

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

10/2023

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda 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 il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

T. PIETRELLA, <i>L'incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive. Rilevanza giuridica della comunicazione degradante online nel reato di diffamazione</i>).....	5
N. FURIN, E. RIVA, <i>Collezionista, speculatore e mercante d'arte: le ipotesi di omessa dichiarazione e dichiarazione infedele</i>	37
A. CAVALIERE, <i>'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale?</i>	63
B. MONZILLO, <i>La sopravvivenza nel processo della vittima dopo l'accordo sulla pena: un interesse di fatto?</i>	93
N.G. ORSI, <i>Le indagini e l'udienza preliminare nel processo a carico degli enti dopo la riforma Cartabia</i>	103
V. PAONE, <i>La procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza alimentare: molte ombre e poche luci</i>	117

CONTRIBUTI E OPINIONI

G. FIANDACA, <i>Considerazioni su rieducazione e riparazione</i>	135
M. NICOLINI, <i>Le Sezioni unite sulla legittimità della contestazione suppletiva della recidiva anche successivamente al decorso della prescrizione del reato originariamente contestato</i>	149
D. ALBANESE, <i>Sostituzione officiosa della pena detentiva breve "patteggiata": la Cassazione prende posizione, ma non dissipa i dubbi</i>	157
G. M. CALETTI, <i>La prima pronuncia di legittimità sull'art. 612-ter c.p.</i>	163

L'INCIDENZA DELLO SVILUPPO TECNOLOGICO SULLA TENUTA DI CONDOTTE OFFENSIVE. RILEVANZA GIURIDICA DELLA COMUNICAZIONE DEGRADANTE ONLINE NEL REATO DI DIFFAMAZIONE

di Tommaso Pietrella

Prendendo le mosse da una breve illustrazione circa il cambiamento antropologico e sociale conseguente alla diffusione delle moderne tecnologie di comunicazione e informazione (ICT), il presente contributo intende smentire l'assunto per il quale, nella valutazione giuridica di un fatto, il medium tecnologico abbia una valenza neutra, consistendo in mero strumento dell'agire umano. La riflessione, pur rivolta alla categoria dei cybercrimes, si incentra in modo particolare sulla divulgazione, sul web e tramite ICT, di contenuti latu sensu ingiuriosi per valutare se tale condotta integri tutti gli elementi tipici della diffamazione. L'esito dell'analisi conduce a sconfessare la logica della mera equiparazione tra strumenti "digitali" e corrispondenti "analogici"

SOMMARIO: 1. Diritto penale e post-modernità. – 2. Profilo criminologico e tratti criminosi della mente digitale. – 3. Informatizzazione senza informazione: gli esiti di una liberalizzazione. – 4. L'impiego di un linguaggio *latu sensu* offensivo nella comunicazione telematica. – 5. Il reato di diffamazione nel *Web 2.0*. – 5.1. L'assenza dell'offeso nel caso di utilizzo di ICT. – 5.2. L'offesa alla reputazione nel contesto dei *Social networks*, *blog*, *forum* e ICT. – 5.3. Turpiloquio *online* ed elemento soggettivo della diffamazione. – 6. Conclusioni.

1. Diritto penale e post-modernità.

In parallelo all'apertura dell'*Internet* al pubblico e alla progressiva diffusione delle tecnologie di informazione e comunicazione¹ si è assistito al diffondersi di molteplici sviluppi patologici nell'uso degli strumenti informatici. La criminalità informatica rappresenta, oggi, una categoria ampia in cui rientrano fenomeni criminosi poliedrici, tanto diversi fra loro da rendere superfluo il tentativo di formulare una definizione che possa contenerli tutti².

¹ D'ora in poi abbreviata con l'acronimo ICT, dall'inglese: *Information and Communication Technologies*.

² Sull'assenza di un'universale definizione di "criminalità informatica" cfr. C. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, CEDAM, 2006; C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Informatica, internet e diritto penale*, Giuffrè, 2010, 3^a ed., p. 54 e ss.; M. F. WEISMANN, *International Cybercrime: Recent Developments in the Law*, in R. D. CLIFFORD, *Cybercrime*, Carolina Academic Press, 2011, 3^a ed., p. 257; L. PICOTTI, *La nozione di "criminalità informatica" e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, n. 4, p. 827 e ss. Neppure la Convenzione di Budapest, stipulata in seno al Consiglio d'Europa, in materia di criminalità

Per ragioni di studio è utile richiamare la distinzione tra “reati informatici in senso stretto” (*computer crimes*) – espressione con cui si designano quelle fattispecie incriminatrici di nuova generazione, in cui viene tipizzato un uso anomalo, dannoso o pericoloso, dei processi di “automazione” di dati o informazioni (danneggiamento di dati, accesso abusivo a sistemi, intercettazione di flussi di comunicazione, etc.) – e “reati informatici in senso ampio” o cibernetici (*cybercrime*), ossia fattispecie “comuni” rispetto alle quali l’utilizzo di strumenti informatici, talvolta espressamente indicato nella norma penale, appartiene ad una delle possibili manifestazioni del reato³.

A differenza della categoria dei *computer crimes*, consistente in un novero chiuso e determinato di fattispecie astratte, i reati cibernetici non rimandano ad un gruppo definito di norme incriminatrici. In questo caso, il *cybercrime* esiste come categoria astratta in cui vengono inclusi tutti i corrispettivi virtuali delle fattispecie tipiche: diffamazione *vs* diffamazione via Web; sostituzione di persona *vs* furto d’identità digitale etc. Si potrebbe dire, infatti, che ai fini del diritto penale non interessa dove avvenga la pubblicazione dell’offesa reputazionale, se sul giornale cartaceo o su un *social network*: sempre di diffamazione si tratta.

Anche quando il legislatore tipizza il comportamento *online* (è il caso, ad esempio, del cd. *cyberstalking*), attribuendo all’impiego degli strumenti informatici un disvalore differenziato, intende l’utilizzo delle tecnologie quale condotta *alternativa* alle forme di aggressione ordinaria dei beni giuridici tutelati⁴.

informatica ne azzarda una definizione, onde evitare il rischio di una sua celere desuetudine, stante il costante mutamento delle tecnologie e degli strumenti informatici.

³ Si potrebbe allora suddividere la categoria dei reati cibernetici, a sua volta, in due distinte sotto-categorie: reati cibernetici “in senso stretto” e reati cibernetici “in senso ampio”, a seconda che il comportamento deviante mediante l’utilizzo di strumenti informatici sia espressamente previsto dalla fattispecie incriminatrice entro gli elementi del fatto tipico ovvero rappresenti una mera circostanza di fatto nella manifestazione del reato “comune”. Nella prima, può indicarsi, a titolo esemplificativo, l’ipotesi aggravata di cui all’art. 270-*quinquies* c.p., mentre per la seconda, può considerarsi la diffamazione “informatica”, intendendo così la diffusione del contenuto diffamatorio mediante strumenti di comunicazione digitali (fatto rientrante nell’ipotesi “comune” prevista dall’art. 595 c.p.). Si veda, *ex multis*, L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d’insieme*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, *Cybercrime. Diritto e procedura penale dell’informatica*, Utet, 2019, pp. 46 e ss., 59 e ss.; L. PICOTTI, (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, CEDAM, 2013, p. 32 e ss; L. PICOTTI, *La nozione di “criminalità informatica*, p. 845 e ss; R. FLOR, [*Lotta alla “criminalità informatica” e tutela di “tradizionali” e “nuovi” diritti fondamentali nell’era di internet*](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 settembre 2012, p. 4-5.

⁴ In questo il legislatore non sembra prestare adeguata attenzione al fenomeno della criminalità informatica, considerando l’utilizzo della tecnologia come circostanza che attiene alle modalità esecutive dell’azione, dalla quale far dipendere – al più – un aggravamento della pena. Nel caso di atti persecutori, ad esempio, il disvalore differenziato nell’uso delle ICT sembrerebbe giustificarsi dalla maggiore insidiosità della condotta. Come si argomenterà nel proseguo della trattazione, si ritiene che ridurre l’impiego di mezzi digitali ad una questione di aggravio di pena significa travisare l’importanza di un fenomeno criminale decisamente più complesso. Se poi si volesse ignorare tale considerazione, ci si chiede – rispetto all’art. 612-bis c.p. – se davvero l’aggravamento della pena corrisponda ad un fatto più grave: non sarebbe, forse, più corretto identificare nella tenuta di comportamenti di facile esecuzione e meno invasivi (lo *stalker* che invia *email* seriali comodamente dalla propria abitazione) una minore gravità del fatto (rispetto a quei soggetti che, invece, non si accontentano della comunicazione da remoto e si spingono a forme di interazione sociale diretta, senza la mediazione di dispositivi informatici)?

Nel panorama attuale, dunque, sembrerebbe che la categoria dei reati cibernetici sia fondata sull'assunto per il quale le moderne ICT costituiscono "meri strumenti" adoperati dal delinquente nella commissione del reato: conta la realizzazione dell'evento giuridico, che può alternativamente aversi tramite l'utilizzo di mezzi tradizionali ovvero con strumenti informatici. In quest'ottica, l'*Internet* e le moderne ICT avrebbero un significato "neutrale": sarebbero meri strumenti dell'agire umano, che facilitano o rendono possibili attività di ogni sorta, eventualmente anche quella criminale. Sarebbe allora inutile "prendersela" con l'*Internet* e, in genere, con le tecnologie, che di per sé sarebbero appunto neutrali, dovendosi rimproverare piuttosto chi ne fa un utilizzo distorto⁵.

Orbene, si ritiene che una strategia di contrasto ai reati cibernetici, basata su una simile presunzione di equivalenza degli strumenti digitali di informazione e comunicazione con quelli "tradizionali", non colga affatto nel segno. Bisogna ammettere, al contrario, che le caratteristiche dell'*Internet* e le modalità di sviluppo delle ICT sono tanto pervasive da favorire l'emersione di nuove fenomenologie, un catalogo di comportamenti devianti che – al di fuori di un contesto virtuale – non sarebbero mai stati commessi.

Il sociologo Marshall McLuhan, all'approssimarsi dell'Era digitale, nel 1964, constatava che le modalità e le caratteristiche dei mezzi di comunicazione sono capaci di influenzare il modo di vivere e di pensare dell'uomo più radicalmente del contenuto che viene veicolato loro tramite. In una sua opera, l'Autore sosteneva: «*All media work us over completely. They are so pervasive in their personal, political, economic, aesthetic, psychological, moral, ethical, and social consequences that they leave no part of us un-touched, unaffected, unaltered. The medium is the message. Any understanding of social and cultural change is impossible without a knowledge of the way media work as environments. All media are extensions of some human faculty – psychic or physical*»⁶. E ancora, in un diverso passaggio: «*Media, by altering the environment, evoke in us unique ratios of sense perceptions. The extension of any one sense alters the way we think and act, the way we perceive the world. When these ratios change, men change*»⁷.

⁵ Un assunto, questo, ampiamente screditato da Umberto Galimberti: «Occorre innanzi tutto farla finita con le false innocenze, con la favola della tecnica *neutrale* che offre solo i mezzi che poi gli uomini decidono di impiegare nel bene o nel male. La tecnica non è neutra, perché crea un mondo con determinate caratteristiche che non possiamo evitare di abitare e, abitando, contrarre abitudini che ci trasformano ineluttabilmente. Non siamo infatti esseri immacolati ed estranei, gente che talvolta si serve della tecnica e talvolta ne prescinde. Per fatto che abitiamo un mondo in ogni sua parte tecnicamente organizzato, la tecnica non è più un oggetto di una nostra scelta, ma è il nostro ambiente, dove fini e mezzi, scopi e ideazioni, condotte, azioni e passioni, persino sogni e desideri sono tecnicamente articolati e hanno bisogno della tecnica per esprimersi». U. GALIMBERTI, *Psiche e techne: l'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, 1999, p. 34. Per una riflessione critica circa la neutralità della tecnologia si rimanda ai lavori di Luciano Floridi. Tra i più recenti, si segnala: L. FLORIDI, *On Good and Evil, the Mistaken Idea That Technology Is Ever Neutral, and the Importance of the Double-Charge Thesis*, in *Philosophy & Technology*, 2023, vol. 36, n. 60, reperibile online sulla pagina dell'editore link.springer.com.

⁶ E.M. MC LUHAN - Q. FIORE, *The Medium is the Message: An Inventory of Effects*, Gingko Press, 2001, p. 26.

⁷ *Ivi*, p. 41.

Sono passati diversi anni da quando Mc Luhan indagò l'influenza dei modelli di comunicazione sul comportamento umano. Oggi, sul piano delle scienze sociali, sembra esserci unanimità nel ritenere che l'evoluzione della tecnologia e lo sviluppo dell'*Internet* abbiano inciso tanto pervicacemente sulle abitudini di vita, personale e collettiva, da penetrare fin dentro l'interiorità umana. V'è chi segnala l'approssimarsi di una "mutazione antropologica dell'umano", in cui la mente analogica pre-insurrezione digitale cede velocemente il passo ad un sistema cervello/mente diverso: "la mente tecno-liquida"⁸. Lo studio di questa metamorfosi psicosociale, supportata da riscontri neuroscientifici, evidenzia la de-strutturazione e ri-strutturazione della mente umana, ossia l'emergere di nuovi processi cognitivi, sensoriali, comportamentali etc., tali per cui può validamente sostenersi che la mente dei cd. *nativi digitali*, la generazione post-rivoluzione digitale, sia diversa rispetto a quella dei loro ascendenti⁹.

L'analisi del *cybercrime* sembrerebbe confermare, sul piano delle condotte illecite, l'esistenza di "tipologie criminose" nuove, ancorché astrattamente riconducibili nel quadro di fattispecie tipiche già esistenti ("tradizionali" potremmo dire), nelle quali è possibile ravvisare i segni della metamorfosi psicosociale in atto. Certo, occorre ammettere che la categoria dei cd. *cybercrimes* non ha una morfologia unitaria, in quanto essa varia necessariamente a seconda del ruolo che gli strumenti informatici, l'*Internet* e le moderne ICT, assumono nella commissione del reato e nel contesto concreto. Ciò nondimeno, si ritiene possibile ritagliare, all'interno della categoria dei reati cibernetici, tipologie criminose che presentano tratti ben distinti da quelle tradizionali e che sono espressione di quello stesso mutamento antropologico di cui le altre scienze hanno già segnalato il realizzarsi. Rispetto a tale insieme di reati, la valutazione delle tecnologie adoperate e delle caratteristiche della Rete rileva sul piano della spiegazione causale degli eventi, per cui diviene impossibile comprendere la genesi della condotta illecita, le sue modalità e l'evento da essa prodotto, se prima non si è compreso il ruolo concretamente svolto dalle ICT impiegate o, ad esempio, il particolare segmento di *cyberspace* implicato nel fatto (*forum*, *blog*, *social network*, *chat* istantanee, *siti Web*, etc.).

Prendere consapevolezza che le modalità di sviluppo delle tecnologie e la struttura dell'*Internet* possono influenzare un determinato agire e, in generale, alterare il prodursi di particolari accadimenti consente di contestualizzare il fatto storico entro scenari alternativi, ai quali dovrebbe corrispondere un diverso inquadramento giuridico (talvolta dal legislatore, talaltra dal giudice) o un'adeguata risposta sanzionatoria.

La questione, ovviamente, interessa un ampio catalogo di comportamenti posti in essere mediante strumenti informatici. Tra questi, abbiamo scelto di analizzare l'impiego di un linguaggio *latu sensu* offensivo dell'onore altrui, il cd. *turpiloquio*, nella

⁸ Cfr. T. CANTELMÌ, *La mente tecno-liquida ai tempi di internet: una nuova sfida per la comprensione umana*, in *Psicologia Contemporanea*, 2020, gennaio-febbraio, p. 38.

⁹ L'esplorazione della mente umana nel corso della mutazione antropologica ancora in atto è stata per anni ed è tutt'ora al centro della ricerca di Cantelmi, il quale ne ha approfondito le caratteristiche a partire dal saggio T. CANTELMÌ - B. TORO - M. TALLI, *Avatar. Dislocazioni mentali, personalità tecno-mediate, derive autistiche e condotte fuori controllo*, Magi edizioni, 2010. Per un quadro sintetico dei tratti della mente tecno-liquida si rimanda a T. CANTELMÌ - E. LAMBIASE, *Tecnoliquidità: nuovi scenari (evolutivi?) per la salute mentale*, in *Modelli della Mente*, 2017, n. 1, pp. 7-69.

comunicazione digitale, per valutare se e in che modo la contestualizzazione del fatto entro dinamiche virtuali incida sulla sua qualificazione giuridica.

La metodologia adottata in queste brevi note comprende l'analisi di dati empirici di saperi extragiuridici, nella convinzione che la natura stessa del diritto penale sia composita, complessa, irriducibile al mero tecnicismo¹⁰. Lo sguardo del penalista, si ritiene, è sempre rivolto all'osservazione dei fenomeni sociali ed è per questo chiamato a dialogare con gli altri saperi. Uno dei profili della scienza penalista si risolve, infatti, nel cd. «*rerum cognoscere causas*: secondo il principio della condivisione dei saperi, il sapere empirico e le scienze sociali, che attengono alle materie regolate, non sono "divisi" tra i poteri dello Stato, ma comuni»¹¹.

Il dialogo con l'epistemologia extragiuridica è infatti essenziale per capire la diversità (antropologica, sociologica, *etc.*) tra le fenomenologie devianti emerse con lo sviluppo tecnologico e i fenomeni sociali del passato (ai quali sono rivolte le norme penali e quelle di altri settori già presenti nel nostro ordinamento), e – conseguentemente – per poter attuare, sul piano del diritto e della scienza penale, schemi e modelli di gestione del fenomeno più adeguati. Una gestione, tuttavia, non esclusivamente penale, anzi, solo in ultima istanza penale.

2. Profilo criminologico e tratti criminosi della mente digitale.

L'analisi prende dunque le mosse dall'architettura delle ICT. Si è soliti utilizzare l'espressione "rivoluzione del Web 2.0"¹² per indicare il passaggio da un Web di natura "statica", incentrato prevalentemente su una comunicazione di tipo unidirezionale, a un Web "dinamico", composto da applicazioni che favoriscono l'interazione diretta tra singoli utenti, i quali – oltre a fruire dei contenuti digitali inseriti – concedono la possibilità di produrli e condividerli in prima persona. Questo mutamento ha un'evidente ricaduta sul tipo di comunicazione sociale: si afferma infatti un modello di comunicazione orizzontale, interattiva, "dal basso", opposto alle modalità dei mezzi di

¹⁰ Si rimanda, sul punto, alle riflessioni di Massimo Donini, al quale si deve una lineare ricostruzione del pensiero filosofico sviluppato nel tempo attorno alla natura e agli scopi del diritto e della scienza penale nonché un importante contributo alla loro definizione. Cfr., *ex multis*, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004; M. DONINI, *Democrazia penale e ruolo della scienza*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi Editoriale, 2005, pp. 27 e ss; M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, pp. 127 e ss; M. DONINI, *Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, pp. 121 e ss.; M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.1, 2015, pp. 95 e ss.

¹¹ M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, p. 134.

¹² Cfr. M. MURERO, *Comunicazione post-digitale. Teoria interdigitale e mobilità interconnessa*, Libreria universitaria, 2014, p. 61. Il termine, secondo questa accezione, è stato per la prima volta utilizzato dall'editore Tim O'Reilly nell'ottobre 2004, nel corso di una conferenza sul mondo digitale. Per una più approfondita analisi si rimanda a T. O'REILLY - J. BATTELLE, *Web Squared: Web 2.0 Five Years On*, O'Reilly Media Inc., 2009.

comunicazione tradizionali (film, giornali, radio, libri, programmi televisivi), incentrati sulla diffusione di contenuti confezionati “dall’alto”. Si pensi ad applicazioni come *Facebook, Instagram, Tik-Tok, Twitter, Youtube* etc., in cui non c’è un’unica fonte che diffonde informazioni in modo unilaterale, ma sono i singoli individui, in autonomia, ad interagire tra loro.

Si moltiplicano poi le applicazioni che consentono la comunicazione interpersonale¹³ cd. *one-to-one*, in cui mittente e destinatario interagiscono istantaneamente senza alcuna mediazione: *WhatsApp, Telegram, Snapchat, Tinder*, etc. Il cuore della transizione verso il *Web 2.0* è, in sostanza, la trasformazione dell’*Internet* da flusso di informazioni digitali a spazio per l’interazione sociale¹⁴.

La virtualizzazione della socialità e la “tecno-mediazione della relazione” attraverso diversi canali, quali *chat, social network, forum, blog* etc., disegnano un nuovo schema di relazione con l’altro, così strutturato: “uomo-macchina-uomo”¹⁵. Questa forma di interazione sociale su piattaforme o mediante strumenti digitali ha tratti peculiari rispetto a quella che avviene “faccia a faccia”, in quanto risente delle caratteristiche dei nuovi *media* (“nuovi”, oramai, solo per dire) e della diversa forma di comunicazione che li contraddistingue, caratterizzata da «ipertestualità, ipermedialità, elevata velocità, sostanziale anonimato, giochi di identità, superamento dei normali vincoli spaziotemporali, parificazione dello *status* sociale, accesso a relazioni multiple, insorgenza di emozioni imprevedibili, anarchia e libertà di trasgressione»¹⁶.

L’indagine sugli effetti, anche criminologici, prodotti dal processo di virtualizzazione della socialità sul comportamento umano ha evidenziato l’attivazione di specifici processi intrapsichici, sulla scorta dei quali è possibile interpretare e spiegare la tenuta di determinate condotte. Si ritiene, infatti, che la *cyber-criminologia* goda di una

¹³ Cfr. M. CASTELLS, *Comunicazione e Potere*, trad. italiana, EGEA – Università Bocconi Editore, 2014, pp. 59 e ss. Secondo l’Autore: «La comunicazione interpersonale deve essere tenuta distinta dalla comunicazione a livello sociale. Nella prima, mittenti e destinatari sono i soggetti della comunicazione. Nella seconda, il contenuto della comunicazione ha la potenzialità di essere diffuso alla società nel suo intero: questo è ciò che abitualmente si chiama *comunicazione di massa*. La comunicazione interpersonale è interattiva (il messaggio è inviato *one-to-one* con annessi circuiti di feedback), mentre la comunicazione di massa può essere interattiva ma anche unidirezionale. La comunicazione di massa è generalmente unidirezionale (il messaggio è inviato da uno a molti, come accade con i libri, i giornali, i film, la radio e la televisione). [...] Con la diffusione di Internet, però, è emersa una nuova forma di comunicazione interattiva, caratterizzata dalla possibilità di inviare messaggi *many-to-many* [...] Chiamo *autocomunicazione di massa* questa forma storicamente nuova di comunicazione».

¹⁴ Cfr. L. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell’uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. merito*, 2012, n.12, p. 2523.

¹⁵ «È fluida, consente espressioni narcisistiche di sé, esalta l’*emotivismo*, è provvisoria, liquida e senza garanzie di durata, è ambigua e indefinita: la connessione (cioè la tecnomediazione della relazione grazie alla tecnologia digitale) è dunque la più straordinaria ed efficace forma di relazione per l’uomo “liquido”». T. CANTELMÌ - E. LAMBIASE, *Tecnoliquidità*, p. 20.

¹⁶ T. CANTELMÌ - E. LAMBIASE, *Tecnoliquidità*, p. 13. Simile catalogo si ritrova anche in G. PERRONE, *Crimini online come risultato di un sistema di interconnessione digitale. Una riflessione cyber criminologica*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2021, n. 3, p. 240, ove si indicano le seguenti caratteristiche: rapidità, immaterialità, a-territorialità e transnazionalità, insieme alla possibilità di agire in anonimato.

propria autonomia concettuale, rinvenendosi nell'agire *online* una fenomenologia comportamentale completamente diversa¹⁷.

Procedendo ad un'approssimativa analisi dei fattori criminologici rispetto al *cybercrime*, merita particolare attenzione la cd. *Space Transition Theory of Cyber Crimes*¹⁸, a mente della quale soggetti con un comportamento criminale represso nella "vita reale" sono invece liberi nel *cyberspace* di assecondare la loro "propensione" criminosa, assumendo così contegni criminali che, altrimenti, non avrebbero tenuto a causa del loro *status* o della loro posizione socioculturale.

Vi sarebbero, infatti, diversi fattori in grado di incidere sulla mente umana e di suscitare l'impulso criminale: la possibilità di fluidificare la propria identità, ossia la possibilità illimitata di assumere le somiglianze e i caratteri di chi si vuole, mista all'assoluto anonimato che almeno apparentemente sembra offrire la Rete. Il convincimento che non sia possibile risalire alla reale identità dell'internauta provocherebbe, quindi, un generalizzato senso di sicurezza, in grado di vanificare l'efficacia deterrente delle norme penali¹⁹ e, soprattutto, di quelle etico-sociali.

Le caratteristiche del *Web*, secondo altri autori, agevolano un processo di "deindividuazione"²⁰ nella mente di tutti gli utenti della Rete, così favorendo comportamenti meno altruistici, più egoistici nonché più aggressivi²¹. La teoria della cd. *deindividuazione*, elaborata dalla psicologia sociale e dalla sociologia²², poi estesa alle scienze criminali, fa riferimento ad uno stato mentale di perdita di autoconsapevolezza e autocontrollo, per effetto del quale l'individuo diviene capace di porre in essere azioni con fortissime connotazioni negative, aggressive, crudeli, che in contesti di normale soggezione a inibizioni soggettive, morali e sociali non avrebbe mai commesso.

Altri autori insistono maggiormente su aspetti diversi. In particolare, si riconosce alla Rete una capacità "disinibente" sul comportamento umano, di liberazione da

¹⁷ Cfr. K. JAISHANKAR, *Cyber Criminology: Evolving a novel discipline with a new journal*, in *International Journal of Cyber Criminology*, 2007, vol. 1, n. 1, p. 1 e ss. L'autore, fondatore della rivista "International Journal of Cyber Criminology", spiega in questo breve elaborato la necessità di delineare un'apposita disciplina, ritenendo che la realtà virtuale e la comunicazione mediata dal computer abbiano introdotto nuove forme di devianza, reati e controllo sociale. Secondo la definizione dell'Autore, dunque, per "cyber-criminologia" dovrebbe intendersi "lo studio delle cause dei reati che vengono commessi nel *cyberspace* e delle conseguenze da essi prodotti nello spazio fisico".

¹⁸ Cfr. K. JAISHANKAR, *Space Transition Theory of Cyber Crimes*, in F. SCHMALLEGGER – M. PITTARO, *Crimes of the Internet*, Prentice Hall, 2008, p. 283 ss.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Traduzione del termine inglese "Deindividuation".

²¹ Cfr. C. DEMETRIOU – A. SILKE, *A Criminological Internet 'Sting'. Experimental Evidence of Illegal and Deviant Visits to a Website Trap*, in *British Journal of Criminology*, 2003, n. 43(1), p. 213 e ss. Sulle conseguenze psicopatologiche dell'effetto dissociativo e di deindividuazione si rimanda anche a G. CAVIGLIA - R. PERRELLA, *Dipendenza da Internet. Adolescenti e adulti*, Maggioli, 2014, p. 23 e ss.

²² Si è iniziato a parlare di teoria della *deindividuazione* sin dalle origini della psicosociologia. Tra i primi, ne parla Gustave Le Bon (in *Psychologie des foules*, I ed., 1895), il quale descrive come l'essere inserito in un gruppo, una folla, è un'esperienza psicologicamente trasformante, a causa dell'anonimato, della suggestione e contagiosità emotiva che un'aggregazione sociale è in grado di offrire ai suoi membri. Si veda, per approfondimenti, P. ZIMBARDO, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Cortina Raffaello, 2007.

resistenze tanto esteriori (si pensi alle semplici limitazioni spazio-temporali che impedirebbero la comunicazione tra due determinati individui), quanto interiori, consentendo il superamento di quelle barriere psicologiche che nella realtà inibiscono l'espressione di pensieri, bisogni e azioni²³. Gli studi che ne hanno approfondito le cause e le implicazioni prendono le mosse da una semplice constatazione: le persone che si intrattengono *online* assumono spesso contegni diversi e/o utilizzano espressioni che *offline*, nella realtà, non avrebbero mai utilizzato. Dietro un aggressivo e insistente *cyber stalker* potrebbe celarsi, nella realtà, un bambino timido e solitario; o ancora, ci si potrebbe intrattenere per *Internet* alla ricerca di informazioni o esperienze (ad esempio di natura sessuale) che altrimenti non si sarebbero mai ricercate fuori dalla Rete.

Numerosi sono gli elementi del *cyberspace* che sarebbero in grado di indebolire le resistenze e i freni inibitori di ciascuno di noi²⁴. Il primo, e forse il principale, è un *anonimato dissociativo*²⁵: l'*username* di una *e-mail*, il nome e l'immagine di un profilo *social*, le informazioni personali e le foto ivi pubblicate, sono tutti elementi da cui si dovrebbe desumere l'identità del soggetto con cui si interagisce. Tali informazioni, tuttavia, sono inserite spontaneamente dall'internauta e non hanno possibilità di riscontri esterni²⁶, sicché basta il mendacio ad alterare i tratti della propria personalità. La possibilità di assumere identità fittizie consente, allora, di tenere comportamenti *online* estranei allo stile di vita e allo *status* che il soggetto mantiene nella realtà, attenuando quel senso di vulnerabilità correlato al cd. *self disclosing* e *acting-out*²⁷. Tale sostanziale anonimato è, però, descritto come dissociativo: l'identità digitale rappresenta un'espressione della personalità segregata in un contesto autonomo e separato, non integrato con l'identità personale reale. In considerazione di ciò, qualora il soggetto assuma *online* un contegno ostile (si parla in letteratura di "*flaming*"²⁸), è possibile che egli divenga capace di fuggire

²³ Cfr. ex multis: J. SULER, *The Online Disinhibition Effect*, in *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 2004, Vol. 7, n. 3, p. 321 e ss. L'autore in particolare individua sei fattori preminenti: «*dissociative anonymity, invisibility, asynchronicity, solipsistic introjection, dissociative imagination, and minimization of authority*. [...] *Personality variables also will influence the extent of this disinhibition. Rather than thinking of disinhibition as the revealing of an underlying "true self," we can conceptualize it as a shift to a constellation within self-structure, involving clusters of affect and cognition that differ from the in-person constellation*». Similmente anche: P. WALLACE, *La psicologia di Internet*, Cortina, 2017, p. 134 e ss.

²⁴ Ci si attiene, nel presente elaborato, a quanto rilevato da J.R. SULER in *The Online Disinhibition Effect*, p. 321 e ss, ovvero in *Psychology of the Digital Age: Humans Become Electric*, Cambridge University Press, 2016, p. 95 e ss. Mette conto osservare che anche altri autori hanno esaminato l'effetto di "disinibizione" prodotto dalla Rete, evidenziando però cause e sintomi diversi. Si veda, ad esempio: H. JOINSON, *Disinhibition and the Internet*, in J. GACKENBACH (a cura di) *Psychology and the Internet: Intrapersonal, Interpersonal, and Transpersonal Implications*, 2° ed., 2007, p. 63 e ss. Secondo l'Autore, al centro dell'effetto di disinibizione vi sarebbe, in modo particolare, l'anonimato, le cui implicazioni sarebbero essenzialmente di due tipi: da una parte *self-disclosure* e/o *flaming* e, dall'altra, *sensation seeking*.

²⁵ Cfr. J.R. SULER, *The Online Disinhibition Effect*, p. 322.

²⁶ Nella sostituzione di persona, il soggetto che assume un'identità fittizia è, per lo meno, obbligato ad attenersi ai suoi tratti genetici/somatici essenziali. Difficilmente un soggetto di sesso maschile, di mezza età, potrebbe assumere l'identità di una giovane ragazza come invece accade nel *cyberspazio*.

²⁷ Vi si sofferma, sufficientemente, A.H. JOINSON, *Disinhibition and the Internet*, p. 64, con numerosi richiami bibliografici.

²⁸ *Ivi* p. 67

il senso di responsabilità delle proprie azioni, come se le restrizioni morali e i processi cognitivi del super-io fossero temporaneamente sospesi dalla psiche *online*.

L'*invisibilità*, pur contribuendo all'anonimato, ha valenza autonoma, in quanto le si riconosce capacità disinibente anche in contesti in cui la reale identità degli internauti non sia necessariamente sconosciuta²⁹. Si è osservato, infatti, che nella *comunicazione mediata dal computer* (acronimo: CMC), specialmente quella basata su scambio di messaggi istantanei, gli interlocutori sono liberi di esprimersi senza preoccuparsi di come essi possano apparire o quale reazione essi provochino. Nell'interazione *online*, infatti, manca l'espressività di quelle reazioni (ad esempio di noia, stupore, ribrezzo e altri segni di disapprovazione o indifferenza) che, nel contatto visivo, inibirebbero la comunicazione di taluni contenuti.

L'*a-sincronicità*³⁰ delle relazioni *via-chat*, ossia la possibilità di rispondere a intervalli di tempo più o meno prolungati, vanifica l'efficacia inibente di un'interazione immediata e spontanea. In assenza di riscontri immediati, infatti, il flusso dei pensieri dell'internauta rischia di virare verso forme di disinibizione, che altrimenti, nella comunicazione istantanea, sarebbero state immediatamente intercettate.

L'assenza di stimoli facciali e vocali nella comunicazione testuale può causare un'alterazione dei freni inibitori a causa di una possibile *introiezione solipsistica* dell'interlocutore. Con tale espressione John Suler intende riferirsi a quel processo interiore in forza del quale, in una relazione basata sullo scambio di messaggi di testo, la mente umana tende ad attribuire all'interlocutore virtuale (le cui sembianze sono neutre) tratti personali, fisici e vocali, conformi a proprie rappresentazioni interne, influenzate da aspettative, desideri e bisogni. Ciò determina l'introiezione psichica di un personaggio, modellato (inconsapevolmente) in base alla propria fantasia³¹. Per effetto di questa proiezione psicologica, l'internauta – sostiene Suler – sentirebbe dentro di sé maggior sicurezza nel rapporto (quasi dominasse l'altro, lo conoscesse nell'intimo) e assoluta libertà di dire o agire secondo la propria fantasia.

Sempre sul piano dell'immaginario individuale, la possibilità di dissociazione tra proprie azioni *online* e identità personale (anonimato dissociativo) sommata alla possibile creazione di personaggi immaginari (introiezione solipsistica) determinano l'emergere di un diverso fattore di disinibizione: l'*immaginazione dissociativa*. Consapevolmente o inconsapevolmente le persone possono avvertire che i personaggi che essi hanno creato "esistono" nel *cyberspace* e vi si possono rifugiare scappando dalle responsabilità, inconvenienti e incombenze che invece sperimentano nella realtà³². Il cyberspazio diviene, in sostanza, il teatro di novelle fantastiche nelle quali proiettare desideri, ansie, rancori etc. trovando quel lieto fine che nella realtà non pare realizzabile.

²⁹ Cfr. J.R. SULER, *The Online Disinhibition Effect*, p. 322

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ivi*, p. 323; cfr. anche J.R. SULER, *Psychology of the Digital Age*, p. 102 e ss.

³² L'*immaginazione dissociativa* ha una propria autonomia concettuale rispetto al cd. anonimato dissociativo. Per anonimato dissociativo si intende la possibilità di avvalersi di una semplice identità fittizia (una non-identità). Nell'immaginazione dissociativa il soggetto provvede alla costruzione di un proprio sé, alternativo a quello reale, con il rischio di provocare una crisi identitaria. Cfr. sempre J.R. SULER, *The Online Disinhibition Effect*, p. 324.

Infine, le stesse caratteristiche del *cyberspace* e la struttura della Rete stimolerebbero negli utenti una *minimizzazione dello status e dell'autorità*. È evidente, infatti, che nella Rete i ruoli sociali sbiadiscono e la veste delle autorità non è immediatamente riconoscibile, sia perché non sono percepibili quei caratteri che indiziano lo *status* di una persona o ne rappresentano l'autorevolezza così come avviene nella dimensione fisica (si pensi semplicemente all'uniforme di un poliziotto), sia perché la Rete si caratterizza come contesto "anarchico", di parificazione sociale, in cui ognuno ha possibilità d'espressione. Il *cyberspace* diviene allora il luogo del riscatto sociale, della disinibizione, in cui manca autorità che possa esprimere disapprovazione o dalla quale ci si possa aspettare ritorsione³³.

Potremmo a questo punto ritenere che le caratteristiche della Rete sono tali da facilitare una doppia dissociazione da parte dell'internauta: quella tra identità *reale* e identità *digitale*³⁴; quella tra interlocutore *digitale* e persona *reale*. Non essendo immediatamente percepibili le reazioni emotive o psicologiche suscitate nell'altro, nonché le conseguenze patite concretamente da quest'ultimo, l'internauta può sentirsi libero di espandere in modo incontrollato il proprio Io, le proprie passioni, pulsioni, sentimenti e desideri, nell'impressione di aver interagito con un'entità virtuale che cessa di esistere una volta disconnessi dalla Rete. Per tali ragioni, in alcuni casi, sembra che lo schema "fisiologico" di interrelazione sociale "uomo-macchina-uomo", degeneri in un diverso schema, questo "patologico", in cui l'interlocutore, inteso nella sua essenza di persona, scompare e il soggetto rimane solo con sé stesso davanti uno schermo. Viene allora in rilievo un nuovo rapporto, secondo lo schema "uomo-macchina", che però è solo un'illusione: seppure mediata da strumenti informatici, infatti, si tratta sempre di una relazione *interpersonale*³⁵.

L'analisi di questi processi intrapsichici induce a concludere che le moderne ICT, le loro modalità di sviluppo, possano rappresentare – in dati contesti – fattori di rischio rispetto a comportamenti antisociali che non sarebbero stati tenuti senza tali strumenti. Questo giudizio prognostico (senza una data ICT il soggetto non avrebbe offeso, diffamato, minacciato, denudato sé stesso etc.) non assume semplicemente che

³³ *Ibidem*.

³⁴ Se si analizzano le caratteristiche della Rete ci si accorge che questa dissociazione tra sé "reale" e sé "virtuale" è alla base stessa del funzionamento di alcune sue applicazioni. Si prenda in considerazione il funzionamento del noto *social network* "Instagram", ove è l'utente stesso a decidere quali contenuti pubblicare e condividere con la sua rete di collegamenti. Quando diffonde immagini della propria vita personale, infatti, l'utente provvede a selezionare i contenuti che più lo interessano, facendo una cernita di eventi, momenti personali, stati d'animo, che egli intende condividere. In altre parole, si condivide solo ciò che si vuol mostrare, dando un'immagine di sé insuscettibile di raffigurare la complessità della vera identità personale.

³⁵ Si rimanda sul punto a T. CANTELMÌ - M. TALLI, *Psicopatologia del Cyberspazio. Dislocazioni mentali, personalità avatar-mediate, derive autistiche e condotte fuori controllo*, in *Modelli per la mente*, 2008, vol. I, p. 33, ove gli Autori distinguono con precisione 4 fasi evolutive nel progressivo sviluppo di una *Internet-dipendenza*, nel cui culmine viene descritto il passaggio da una relazione "uomo-macchina-uomo" (ove la Rete è percepita come un mezzo di comunicazione interpersonale) ad una forma di relazione tipo "uomo-macchina", per effetto della quale, anche se il soggetto comunica con altre persone, queste vengono percepite come oggetti di proprio piacere.

l'informatizzazione delle attività umane abbia facilitato la tenuta del comportamento: assume, piuttosto, che senza un profilo su un *social network*, l'autore della diffamazione non avrebbe mai pubblicato su un giornale, affisso volantini, riferito in pubblico o comunicato ad altri un'offesa all'altrui reputazione.

Quando si afferma che fuori da un dato contesto tecnologico il comportamento antisociale non sarebbe stato tenuto, si vuole dunque intendere che l'attuale struttura dell'*Internet* e di determinate ICT hanno favorito l'esternazione di un impulso/volontà antisociale altrimenti inesistente o, al limite, represso nella realtà, che si è manifestato nella (o tramite la) Rete a causa di quei processi di disinibizione, de-individuazione, dissociazione etc. che si riscontrano solo in contesti virtuali³⁶.

La consapevolezza che la complessa evoluzione digitale e la struttura delle tecnologie di massa hanno effettivamente modificato il registro delle strutture mentali e sensoriali dell'uomo, le forme di sentire il rapporto con sé, con gli altri e con il mondo³⁷, induce dunque a ritenere che determinati comportamenti devianti siano espressione di fenomenologie peculiari e non equiparabili a quelle "tradizionali".

3. Informatizzazione senza informazione: gli esiti di una liberalizzazione.

Occorre considerare che, rispetto a comportamenti tenuti *online* o implicanti l'utilizzo di strumenti informatici, non è sempre agevole comprendere il confine tra lecito e illecito. È un dato costante il riscontrarsi nella prassi, rispetto agli autori di reati cibernetici, il versare in situazioni di errore di diritto, tali per cui il soggetto agente ignorava, all'epoca del fatto, l'illiceità normativa della propria condotta. L'erronea convinzione della liceità del proprio agire o, quantomeno, l'ignoranza del precetto penale dipende da molteplici coefficienti, non riconducibili unicamente alla sfera cognitivo-personale del soggetto criminale.

Bisogna prendere atto, a tal proposito, di una diffusa diseducazione del digitale, ovvero al corretto utilizzo della Rete, la cui conoscenza è di fatto rimessa all'autoistruzione degli utenti. Mentre le modalità di funzionamento di una data ICT o di un particolare applicativo informatico possono facilmente apprendersi con il tempo e con la pratica, l'istruzione alle regole per un appropriato e sano utilizzo, in assenza di chi la impartisca, è semplicemente rimessa al buon senso degli utenti, spesso insufficiente a cogliere le situazioni di rischio. La mancanza di un'adeguata educazione all'interazione "uomo-macchina-uomo" espone, infatti, gli utenti della Rete a fenomeni

³⁶ In termini simili si esprime anche P. GALDIERI in, *Il diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021, p. 283: «L'astrazione della vittima facilita l'azione del delinquente in quanto determina la riduzione dei freni inibitori. Tale astrazione non è frutto di un processo mentale deviato, di rimozione, *ma sono le stesse metodologie telematiche ad impedire di vedere la persona su cui ricade effettivamente la condotta*» (corsivi nostri).

³⁷ Cfr. D. LA BARBERA, *La Rete che connette, la Rete che cattura: metafore della "esperienza" Internet*, in T. CANTELMINI - M. TALLI - C. DEL MIGLIO - A. D'ANDREA (a cura di), *La mente in internet. Psicopatologia delle condotte on-line*, Piccin, 2000, p. 23.

di vittimizzazione cibernetica (si pensi a chi ignora le pericolose conseguenze della condivisione di materiale erotico autoprodotta) nonché a rischi di dipendenza e di sviluppo patologico nell'uso di strumenti informatici (le cd. *Internet-related psychopathologies*), i quali favoriscono l'assunzione di comportamenti antisociali.

Questa lacuna incide in particolar modo sulla categoria dei cd. "nativi digitali", per i quali l'esperienza del digitale non è confinabile in un segmento limitato della loro esistenza, secondo una dicotomia spazio virtuale/spazio reale, ma rappresenta, piuttosto, la realtà di maggiore interazione sociale, specie in assenza di controlli e limitazioni da parte di coloro che ne hanno cura. A differenza delle precedenti generazioni, per le quali la differenza tra realtà fisica e digitale è più accentuata e possono, quindi, sopperire alla mancata formazione replicando nella dimensione virtuale quei modelli educativi appresi nel corso del loro vissuto, i nativi digitali sono sprovvisti di questo sapere ed apprendono a rapportarsi con l'altro, le regole del vivere comune, direttamente nella Rete, imitando³⁸ il comportamento che gli utenti di una determinata comunità virtuale sembrano adottare³⁹.

³⁸ Questo processo di imitazione comportamentale caratterizza tanto i nativi digitali quanto le precedenti generazioni. Si rimanda sul punto a S. HURLEY, *Imitation, Media Violence, and Freedom of Speech*, in *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, 2004, vol. 117, n. 1/2, pp. 165 e ss., ove l'Autrice analizza le scoperte e le indagini più rilevanti nell'ambito delle neuroscienze cognitive, della neuropsicologia, della psicologia sociale e delle teorie dell'evoluzione culturale. L'apprendimento sociale mediante *imitazione* non sarebbe esclusivamente un meccanismo dell'età infantile, ma avrebbe un'influenza pervasiva anche in fasi di età più avanzata. L'essere umano avrebbe in sé una tendenza imitativa, non semplicemente quale risultato di un autonomo processo deliberativo, ma quale inconscio strumento cognitivo. Secondo tale processo, subire o assistere ad un dato comportamento – tenuto da altri soggetti – aumenterebbe, senza che la persona ne sia consapevole, la possibilità di assumere quello stesso comportamento.

Sul piano della psicologia sociale tale fenomeno è stato da tempo definito come "effetto camaleonte": l'essere umano tenderebbe ad associare un certo comportamento ad un dato contesto sociale, per cui la percezione di sé entro specifici stereotipi sociali attiverebbe automaticamente la tenuta di quegli atteggiamenti associati allo *status*. L'effetto camaleonte, infatti, non sarebbe un procedimento consapevole, sicché la relazione tra gli stimoli che il soggetto riceve e gli effetti che essi producono sul proprio comportamento non è immediatamente percepibile (*ivi*, p. 171-172, ove si richiama il lavoro di T. CHARTRAND - J. BARGH., *The Chameleon Effect*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1999, vol. 76, n. 6, pp. 893-910).

³⁹ Secondo l'analisi di Cantelmi e Lambiase, nel panorama attuale, alla luce della mutazione antropologica prodotta dalla rivoluzione digitale, sarebbe possibile distinguere due distinte generazioni: quella degli adulti di oggi, definita «"generazione-di-mezzo" (affascinati dalla tecnologia e alti utilizzatori della stessa, ma dotati di un sistema mente-cervello predigitale e figli di una generazione pre-digitale oggi in estinzione) e i bambini [adolescenti e giovani adulti] di oggi, "nativi-digitali" (cresciuti cioè in costanti immersioni telematiche attraverso i videogiochi, il cellulare, il computer, l'MP3 e pertanto dotati di nuove organizzazioni cognitive-emotive e forse di un cervello diverso)». L'evoluzione della Rete e la sua pervasività avrebbero segnato radicalmente l'esperienza umana, provocando un distacco netto tra le due generazioni.

Queste nuove generazioni sembrerebbero assumere modelli comportamentali, non dalla precedente generazione (che sentono distante e anacronistica), ma direttamente dalla Rete. Secondo gli Autori: «[i nativi digitali] non hanno come riferimento la comunità degli adulti, poiché, grazie alla tecnologia, vivono in comunità tecnoreferenziate e prevalentemente virtuali, nelle quali costruiscono autonomamente i percorsi del sapere e della conoscenza. È in questo contesto che si assiste ad un fenomeno straordinario: il silenzio degli adulti e lo smarrimento dei figli, che potremmo definire "figli orfani di maestri". I "figli orfani di

L'assenza di un'autorità che regoli l'interazione tra gli utenti e di una pur minima educazione al digitale favorisce l'emersione di un sistema di regole di azione e relazione "autopoietiche", alle quali si rifanno gli utenti di una determinata applicazione informatica⁴⁰. Emergono in questi contesti virtuali modelli comportamentali autoctoni, talvolta consistenti in forme di interazione che altrove non sarebbero socialmente approvate, ma la cui ripetizione – all'interno di quella data comunità – ne provoca la normalizzazione⁴¹. Basti considerare lo stile comunicativo e il registro linguistico adottato su *social networks* come Facebook, ove l'interazione degli utenti è segnata da un linguaggio semplicistico, diretto e di immediata comprensione, da espressioni forti e sintagmi altamente espressivi. È oramai pacifico che la comunicazione dei *media* digitali, e in particolar modo quella che si riscontra sui *social networks*, abbia assunto tratti del tutto peculiari (tali anche da introdurre nella lingua italiana significativi mutamenti, segno – questo – di una società che cambia e si sviluppa), che la distinguono in modo netto dal registro di esposizione altrimenti utilizzato⁴².

Si consideri ancora, a titolo esemplificativo, la condivisione di materiale sessualmente esplicito non richiesto: il cd. *cyber-flashing* (o anche esibizionismo digitale). Tale pratica viene comunemente percepita come una forma di aggressione *online*, specialmente in ambienti virtuali in cui l'internauta non si aspetta dalla generalità degli utenti la tenuta di un simile contegno (il caso più frequente riguarda utenti di sesso femminile che ricevono, tramite messaggistica istantanea, un'immagine raffigurante i genitali maschili). Il medesimo comportamento, tuttavia, è ritenuto inevitabile o, perfino, apprezzabile qualora ci si sposti entro lo spazio virtuale di altre applicazioni

maestri" sono però "nativi digitali", dunque capaci costruire comunità tecnoreferenziate di bambini e di adolescenti, dotate di tecnologie e saperi propri, che non hanno più bisogno di adulti. Ed ecco profilarsi una nuova emergenza: l'emergenza educativa». T. CANTELMÌ - E. LAMBIASE, *Tecnoliquidità*, p. 48.

⁴⁰ Cfr. V. DE ROSA, *La formazione di regole giuridiche per il "cyberspazio"*, in *Dir. Informatica*, fasc. n. 2, 2003, p. 367.

⁴¹ Secondo l'indagine di alcuni autori, la pervasività di comportamenti antisociali all'interno delle comunità digitali ha prodotto nel tempo una loro normalizzazione. Specialmente le nuove generazioni mostrano maggiore tolleranza e abitudine nei riguardi di condotte *online* offensive, aggressive o denigratorie (come la ricezione di materiale pornografico non richiesto, frasi ingiuriose etc.), nonché una spiccata attitudine a minimizzare il significato di questi comportamenti e dei loro effetti. Cfr. a tal riguardo: C. HASLOP - F. O'ROURKE - R. SOUTHERN, *#NoSnowflakes: The toleration of harassment and an emergent gender-related digital divide, in a UK student online culture*, in *The International Journal of Research into New Media Technologies*, 2021, Vol. 27, n. 5, pp. 1418 e ss. Altrettanto interessante: A. CAPUTO - F. ROSSI - V. LEPRE - F. DI VENOSA, *Esibizionismo*, in R. BRUZZONE - A. CAPUTO (a cura di), *Criminologia dei sex offender aspetti psicopatologici, investigativi e giuridici*, Giuffrè, 2019, p. 170, ove si osserva una mutata percezione dell'esibizionismo, in parte provocata dall'uso frequente di nudo da parte dei *media* teoricamente non pornografici, dalla diffusione capillare di immagini erotiche, nonché da un atteggiamento dei *media* tradizionali, ove il fenomeno del *cyber-flashing* e dell'esibizionismo in pubblico è spesso associato ad argomentazioni divertite.

⁴² Cfr. a tal riguardo R. ORAZI - S. FORNARI, *La sicurezza sociale della Rete: nuovi modelli educativi per gli adolescenti*, in *Sicurezza e scienze sociali*, 2017, vol. V, n. 3, p. 169: «La nascita dei *social network* ha poi modificato completamente la comunicazione e ha creato anche un nuovo «ecosistema dell'aggressività su Internet» (Palfrey e Gasser, 2009: 9), che ha fatto nascere un nuovo linguaggio in cui si è insinuata la possibilità di ferire o sminuire le persone con cui si comunica per affermare la propria personalità a loro danno» (la citazione ivi indicata si riferisce a J. PALFREY - U. GASSER, *Nati con la rete*, Rizzoli, 2009).

informatiche. È il caso di alcune applicazioni per incontri (se ne è parlato, in modo particolare, rispetto a *Grindr*⁴³), nel cui contesto la condivisione di immagini pornografiche non richieste rappresenta un comportamento normalizzato, al quale non è necessariamente attribuita una connotazione negativa⁴⁴.

Si aggiunga, poi, che il *cybercrime* rappresenta, in alcuni casi, l'aggiornamento in chiave tecnologica, da parte della giurisprudenza, di fattispecie incriminatrici esistenti. Questa consolidata ermeneutica, seppure ritenuta conforme all'ordinamento giuridico e ai principi che regolano la materia penale (primo fra tutti il principio di legalità e i suoi corollari), lascia pur sempre un margine di incertezza⁴⁵, per cui può risultare non agevole comprendere l'illiceità di una propria condotta.

4. L'impiego di un linguaggio *latu sensu* offensivo nella comunicazione telematica.

Nella prefazione alla prima importante opera di Eugenio Florian, "La teoria psicologica della diffamazione", Enrico Ferri scriveva: «Per questo reato, come per altri che più sentono le variazioni dell'ambiente sociale, è avvenuto che, mentre le condizioni di vita collettiva profondamente mutate (colla diffusione immensamente maggiore della stampa quotidiana, colla partecipazione sempre crescente di tutti alla vita pubblica, colle associazioni, ecc.) hanno esercitato una radicale influenza sul fenomeno più o meno criminoso; dall'altra parte invece legislatori e magistrati hanno continuato e continuano ad occuparsi di questo reato coi tradizionali e sonnolenti principii teorici, nati in condizioni sociali profondamente diverse e tramessi per fedecommesso, di trattato in trattato, di codice in codice, di sentenza in sentenza»⁴⁶.

⁴³ Cfr. S. PAASONEN – B. LIGHT – K. JARRETT, *The Dick Pic: Harassment, Curation, and Desire*, in *Social Media + Society*, 2019, Vol. 5, n. 2, p. 4.

⁴⁴ Cfr. ad esempio D. TEXTBRIT, *Is an unsolicited dick pic ban progressive or just lame?*, in *Dazed*, 23 settembre 2019 ([dazeddigital.com](https://www.dazeddigital.com) – consultato il 10 settembre 2022), ove il giornalista – commentando l'introduzione nel codice penale dello Stato del Texas di una nuova fattispecie atta a sanzionare l'invio di materiale pornografico non richiesto (il cd. *cyber-flashing*) – evidenzia, anzi, come la nuova legislazione potrebbe incidere negativamente sulla "comunità LGBT". Riferisce, infatti, che per un utilizzatore di *dating app* come "Grindr" ricevere materiale pornografico autoprodotta, senza il previo consenso, rappresenta un comportamento non necessariamente aggressivo e rileva, in ogni caso, che sia talmente diffuso che gli utenti dell'applicazione ne sono insensibili.

⁴⁵ È il caso, ad esempio, del reato di appropriazione indebita recentemente applicato all'ipotesi di sottrazione da un personal computer aziendale, affidato per motivi di lavoro, dei dati informatici ivi presenti, provvedendo successivamente alla cancellazione degli stessi e alla restituzione del computer "formattato". È quanto affermato dalla Corte di Cassazione (cfr. Cassazione penale, Sez. II, 07/11/2019, (ud. 07/11/2019, dep. 10/04/2020), n.11959, in *Cass. pen.*, 2020, fasc.11, pp. 4159 e ss. con nota di M. CARANI, *L'appropriazione indebita dei dati informatici: perché i files si possono considerare cose mobili*), che ha ritenuto di poter qualificare i dati informatici (*files*) come "cose mobili" ai sensi della legge penale. Secondo la Corte, infatti, tale soluzione ermeneutica non violerebbe il principio di legalità, sotto il profilo della determinatezza e tassatività, trovando fondamento in una considerazione evolutiva dell'oggettività giuridica tutelata, secondo un'interpretazione «logico-sistemica, assiologica e per il principio dell'unità dell'ordinamento, non in via analogica».

⁴⁶ E. FERRI, *Prefazione* a E. FLORIAN, *La teoria psicologica della diffamazione. Studio sociologico-giuridico*, f.lli Bocca

È passato ben più di un secolo da quando il Ferri scriveva queste note, ma, bisogna ammetterlo, sembra che siano scritte proprio per noi. Si è infatti esaminato, richiamando brevemente alcuni studi criminologici e di psicosociologia, come lo sviluppo dell'*Internet* e delle ICT abbia esercitato un'influenza determinante sull'espandersi di un fenomeno "più o meno" – per riprendere le parole del Ferri – criminoso: l'utilizzo *online* di un linguaggio che impiega espressioni degradanti. Non si tratta, è il caso di ripeterlo, di una semplice innovazione delle modalità con cui può essere leso l'onore altrui, bensì – visto l'istaurarsi di un processo evolutivo dell'esistenza umana – del mutamento degli stessi soggetti che, a diverso titolo, sono interessati da un fatto di reato: autore, vittima e società⁴⁷.

La diffusione tra gli internauti – specie su *blog*, *forum* e piattaforme *social* come *Facebook* – di un registro linguistico alternativo, spesso distinto da basso livello culturale e da espressioni forti, virulente e offensive, è un dato oggettivo, la cui spiegazione risiede in quei fattori precedentemente accennati: "deindividuazione", efficacia disinibente della Rete, diseducazione al digitale e "normalizzazione" dei comportamenti.

Trascurando in questa sede le ragioni di contingenza processuale (come, ad esempio, la difficoltà, a livello d'indagine, di risalire agli autori delle pubblicazioni *online*⁴⁸ e ad affermarne la responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio), servirsi della sanzione penale per censurare la divulgazione di contenuti *latu sensu* offensivi può celare il rischio di un utilizzo del diritto penale con valore moralizzatore⁴⁹. Preso atto

Editori, 1893, p. VII.

⁴⁷ È una constatazione che, implicitamente, sembra riferibile anche al Ferri, quando sostiene che "le condizioni di vita collettiva" sono "profondamente mutate". Nelle parole dell'Autore, questo mutamento non viene infatti rapportato al singolo individuo, alle condizioni personali del diffamatore, ma alla dimensione collettiva. La diffamazione – prescindendo ora dalle argomentazioni della Scuola Positiva, di cui gli Autori citati fanno parte – è un reato che vive e si modella in base allo sviluppo del contesto socio-culturale di riferimento. Non solo perché il bene giuridico leso, la reputazione, attiene alla proiezione dell'individuo nel suo ambiente sociale (non riducendosi quindi ad uno stato individuale, estraneo al contesto esterno), ma, anche, per il fatto che la suscettibilità lesiva delle forme d'espressione impiegate è parametrata al significato e al valore che una data comunità di individui attribuisce ad esse. Così, ad esempio, anche A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico criminali*, Torino, 2018, p. 559: «L'ipotesi di partenza è che il concetto di reputazione, preso in sé, non possa essere correttamente compreso se non inquadrandolo anche dal punto di vista sociologico, data la natura prettamente funzionale di questo bene».

⁴⁸ L'acquisizione di dati informatici, come il *file* di *Log*, utile a collegare il *client* alla persona fisica che abbia effettivamente acceduto al *server*, è particolare insidiosa rispetto alla pubblicazione di espressioni diffamanti, in quanto secondo le leggi penali degli ordinamenti angloamericani, nel cui territorio sono allocati la maggior parte dei *servers* (ad esempio quello di *Facebook*), tale condotta non sempre costituisce reato – con ciò ostando ad una proficua cooperazione giudiziaria basata principalmente sul "principio di mutualità". Tuttavia, la giurisprudenza è corsa ai rimedi, ritenendo conforme a "criteri logici" e a "condive massime di esperienza" dedurre la corrispondenza tra autore di un *post* e titolare dell'*account* dall'omessa denuncia di un uso illecito del proprio profilo, eventualmente realizzato da terzi. Secondo la Corte di Cassazione (cfr. Sez. V, 22/06/2022, n. 40309), infatti: «L'omessa denuncia del c.d. "furto di identità", da parte dell'intestatario della bacheca sulla quale vi è stata la pubblicazione di post "incriminati", [può, ndr.] costituire valido elemento indiziario (Sez. 5, n. 4239 del 21/10/2021, dep. 2022, Ciocca, n.m.; Sez. 5, n. Sez. 5, n. 45339 del 13/07/2018, Petrangelo, n. m.; Sez. 5, n. 8328 del 13/07/2015, dep. 2016, Martinez)».

⁴⁹ Un cenno a questo effetto *latu sensu* eticizzante del reato di diffamazione si rinviene in A. VISCONTI,

dell'esistenza di un vuoto educativo rispetto all'uso del digitale, sopperito dall'autoistruzione di quei comportamenti praticati all'interno di comunità virtuali "tecno-referenziate" (tra cui, per l'appunto, l'utilizzo di un diverso registro comunicativo), il diritto penale si sostanzia allora in uno strumento educativo, utilizzato per accrescere tra gli internauti una sensibilità al rispetto altrui oggi assente o poco sviluppata e per imporre, mediante minaccia di sanzione, il corretto registro linguistico nelle interazioni digitali.

Constatare la pervasività di interazioni sociali più virulente nella CMC ed assumere un atteggiamento critico rispetto all'utilizzo del diritto penale non significa, certo, arrendersi ad un dato di fatto, sostenendo una decriminalizzazione di fatto (o di diritto) della diffamazione sulla base della frequenza di reati commessi. Se non vi fosse "censura" rispetto alla possibilità di dire tutto quel che si vuole si porrebbe in serio pericolo la tenuta di una società libera e democratica⁵⁰. Come sosteneva Ferrando Mantovani, infatti, «la democrazia, se da un lato si differenzia dalla tirannide perché è libertà, anche di parola, dall'altro si differenzia altresì dall'anarchia perché è limite»⁵¹. Occorre però domandarsi se, date le dimensioni del fenomeno, le soluzioni sinora proposte da chi, a vario titolo, attua una strategia di contrasto (giudici e legislatore) siano soddisfacenti.

L'atteggiamento della giurisprudenza e di parte della dottrina rispetto all'impiego di espressioni offensive nella comunicazione *online* è icasticamente rappresentato da una recente sentenza della Cassazione⁵², da cui è utile prendere le mosse. Il caso riguarda la pubblicazione nella sezione "commenti", presente in calce ad un articolo diffuso su un *forum online*, di espressioni quali "terronità", "paganità" e "bestialità" che, seguendo il filo argomentativo dell'autore, sono state ritenute lesive del decoro e della reputazione dei soggetti citati nella pubblicazione, ai quali, quelle espressioni, erano appunto riferite⁵³. La difesa, invitava la Corte a rivalutare l'offensività del linguaggio impiegato,

Reputazione, dignità, onore, p. 595: «Come si è già avuto modo di osservare, però, in una prospettiva di riforma sembrerebbe opportuno, quanto meno, interrogarsi sull'effettiva necessità, considerati i fondamentali principi di sussidiarietà e frammentarietà propri del diritto penale, di mantenere una tutela anche penalistica della dignità in sé considerata, o quanto meno sulla legittimità della sua attuale estensione. *In fin dei conti, sembra a chi scrive che un'attività di puro presidio delle 'buone maniere' possa ragionevolmente risultare estranea ai compiti di un diritto penale liberale*» (corsivi nostri).

⁵⁰ Cfr. E. FLORIAN, *La teoria psicologica della diffamazione*, pp. 10 e ss.

⁵¹ F. MANTOVANI, *Parere Pro Veritate*, in *Esiste ancora il reato di diffamazione?: analisi di un clamoroso caso giudiziario*, Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei, Roma, 1984. Sulla necessità di una tutela penale rispetto alle offese all'onore si rimanda, esemplificativamente, al Carrara, il quale indicava le relative fattispecie come appartenenti alla categoria dei "delitti naturali" (cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, p. 6). Più di recente si sono levate numerose voci in dottrina contro l'utilizzo della sanzione penale in materia dei delitti d'onore. Sul punto si rinvia, tra i tanti, a A. MANNA, *Problemi vecchi e nuovi in tema di diffamazione a mezzo stampa*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 3, pp. 989 e ss.

⁵² Cfr. Cassazione penale, Sez. V, 12/04/2019, n. 30737.

⁵³ Il testo integrale dello scritto diffamatorio, epurato dall'indicazione dei soggetti coinvolti, è il seguente: «Nell'articolo che segue descritto un concentrato di paganità e terronità come raramente capita di leggere. Da una parte il senso naturale della Giustizia l'uso della forza mai gratuito e solo come estrema ratio, dall'altra la bestialità Levantina, la sopraffazione fine a sé stessa, l'irrazionalità, il delirio degli istinti

rapportando il canone interpretativo al contesto sociale in cui tale divulgazione si era svolta: “una discussione da *Web*” (accostata – non è chiaro se dal giudice relatore, che riporta i motivi del ricorso, o dallo stesso difensore, che li ha proposti – alle discussioni “da bar”)⁵⁴.

La Cassazione, rigettando l’impostazione proposta, ritiene irrilevante «il fatto che l’invettiva sia stata posta in essere nell’ambito di un forum su internet in cui i partecipanti sono adusi a lasciarsi andare a commenti anche pesanti sui vari temi trattati». Nel ragionamento della Corte, il carattere diffamatorio della condotta è infatti oggettivamente scolpito nelle “frasi ed espressioni utilizzate”, sicché l’impiego di strumenti di comunicazione telematica, lungi dallo scriminare il fatto, aggraverebbe al più l’offesa arrecata, data la capacità amplificativa del mezzo.

Traspare poi dalle argomentazioni impiegate l’idea che il ricorso alla fattispecie di cui all’art. 595, c. 3, c.p., costituisca lo strumento di politica criminale adatto a contrastare la «schiera di “opinionisti social” [cui] spesso si associano i cosiddetti “odiatori sul *Web*”, che non esitano – spesso dietro l’anonimato – ad esprimere giudizi con eloquio volgare ed offensivo», così scongiurando il rischio che la Rete diventi una “zona franca” in cui poter dire tutto ciò che si pensa.

L’assunto da cui muove la Corte è, quindi, che il ricorso a strumenti di comunicazione telematica non muta la natura diffamatoria del contenuto divulgato. In altre parole: il *medium* è neutrale.

Il caso, dunque, ci dà modo di saggiare la validità della tesi secondo la quale le caratteristiche di una data ICT e/o di taluni “ambienti” della Rete hanno un’influenza diretta sul fatto, inteso come insieme di condotta ed evento, tale da trasformarne i connotati sociologici e giuridici. Urge, di conseguenza, una riflessione sull’influenza della CMC nella realizzazione del fatto, per comprendere se e in che misura il linguaggio offensivo incontenuto, irrispettoso, degradante e virulento mediante ICT debba essere sussunto entro la fattispecie astratta del reato di diffamazione, come tradizionalmente interpretata.

Il timore che si riscontra quando a questioni di diritto penale si affianchino percorsi argomentativi di natura extragiuridica (antropologica, psicosociale, criminologica, come si è fatto nella prima parte di questo scritto) è quello di dirigersi, più o meno consapevolmente, verso derive personologiche, in deroga al principio secondo il quale

incontrollati. Stavolta i terroni si sono trovati di fronte a un padano armato e la storia è andata diversamente da come in genere va. Molto istruttivo».

⁵⁴ La difesa invitava la Corte a riconsiderare la continenza espressiva secondo *standards* più laschi, così da poter ritenere scriminante il diritto di cronaca o di critica dell’imputato. La Corte, di contro, ricordando che “la continenza” non costituisce un criterio per valutare la sussistenza del reato, bensì uno dei parametri (insieme alla pertinenza e alla veridicità della notizia) in forza dei quali stabilire se vi sia stato un esercizio del diritto di critica e di cronaca con valore scriminante, rigetta nel merito la questione. Si ritiene, infatti, che l’offesa all’onore essenzialmente gratuita, ingiustificata e fine a sé stessa, non rappresenti mai esercizio del diritto di cronaca o di critica. La continenza espressiva, canone che esclude l’antigiuridicità e non la tipicità, non è quindi un elemento su cui occorra discutere se, nel caso concreto, la condotta dell’imputato non abbia consistito (a monte) un esercizio del suo diritto di critica o di cronaca.

il diritto penale è costruito e si costruisce attorno al fatto, non all'attore⁵⁵. Sono i fatti materiali – lo richiede lo stesso dettato costituzionale – oggetto di tipizzazione legale, non gli autori di reato e le diverse tipologie di delinquente. Così, rapportando il caso al reato di diffamazione, quello che la Cassazione definisce “opinionista social” o “odiatore sul Web”, altro non è che un diffamatore, l'autore che ha commesso il fatto di cui all'art. 595 c.p., come potrebbe esserlo un giornalista, un politico, una casalinga.

Tenere in conto del mutamento antropologico innescato dalla rivoluzione digitale non significa però spingere verso un diritto penale del tipo criminologico, con ciò suggerendo, *de iure condito*, di escludere determinati autori dal novero dei soggetti attivi della fattispecie, ovvero, *de iure condendo*, di distinguere tanti tipi legali quante sono le fenomenologie, virtuale e/o reale, in cui potrebbe concretizzarsi l'offesa al bene giuridico. Del resto, non sarebbe neanche corretto configurare due diverse tipologie delinquenziali esclusivamente in base all'utilizzo, o meno, di strumentazione informatica. Per rimanere in tema dei delitti contro l'onore, la distinzione reato tradizionale e *cybercrime* in senso lato è meramente concettuale e classificatoria. Essa si poggia sull'impiego di dispositivi informatici per la diffusione delle comunicazioni, senza tuttavia nulla implicare rispetto alla diversità fenomenologica. La circostanza per la quale la pubblicazione di uno scritto ingiurioso avvenga tramite stampa e diffusione di un quotidiano cartaceo o, piuttosto, sul portale telematico della medesima testata giornalistica (soggetti, quindi, professionali) non pare⁵⁶, di primo acchito, sottendere una diversità sul piano fenomenologico.

Ciò nonostante, si sostiene che la considerazione delle tecnologie impiegate, delle loro caratteristiche di sviluppo e di utilizzo da parte degli utenti della Rete riveli, in taluni casi, una diversità del “fatto”, non meramente soggettivistica, che spinge l'utilizzo di un linguaggio offensivo al di fuori delle tipologie legislative di riferimento, ovvero impone una diversa considerazione in sede sanzionatoria. Risulterebbe, quindi, essenziale identificare il ruolo che l'*Internet* e le moderne ICT hanno assunto rispetto alla tenuta di un dato comportamento, perché potrebbe condurre ad una diversa applicazione della norma penale.

5. Il reato di diffamazione nel Web 2.0.

Passiamo, quindi, a valutare l'incidenza delle moderne ICT rispetto all'impiego di uno stile comunicativo alternativo, nel tentativo di dimostrare che quella diversità fenomenologica già riscontrata sul piano extragiuridico può, altresì, darsi sul piano delle qualificazioni giuridiche. Per fare ciò è necessario esaminare come i singoli elementi del

⁵⁵ Senza dilungarsi sul principio di materialità, si rimanda ad A. FIORELLA, voce “Reato (dir. pen.)”, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVIII, 1987, pp. 779 e ss., per un inquadramento complessivo degli argomenti.

⁵⁶ È, questo, un assunto a cui non prestare troppa fede, utile esclusivamente al proseguo della presente trattazione. Per essere precisi, infatti, si dovrebbe approfondire meglio gli effetti del passaggio della stampa classica a quella *online* da parte dei soggetti che si occupano professionalmente di informazione, qui non ancora esplorati.

reato di diffamazione si atteggiavano rispetto al fenomeno del linguaggio offensivo, degradante e virulento *online*.

Così ricostruito e circoscritto l'oggetto di questa indagine, ne risultano esclusi i casi in cui la lesività della comunicazione derivi dall'addebito di un determinato fatto⁵⁷ o quelli in cui la diffusione del contenuto diffamatorio rappresenti esercizio del diritto di cui all'art. 21 Cost. Diamo qui per presupposto, infatti, che, in base ai parametri generalmente applicati (verità del fatto, pertinenza e continenza)⁵⁸, lo scritto non meriti la tutela accordata dall'ordinamento giuridico alle manifestazioni del proprio pensiero e che l'utilizzo delle espressioni diffamanti non possa ritenersi giustificato ex art. 51 c.p.

5.1. L'assenza dell'offeso nel caso di utilizzo di ICT.

Riformulando le fattispecie di ingiuria e diffamazione, il Codice Rocco non ha riproposto la distinzione previgente fondata sull'addebito di un fatto determinato (diffamazione) o indeterminato (ingiuria), così lasciando agli interpreti il compito di individuarne il criterio differenziale. La giurisprudenza e la dottrina, pressoché unanimemente⁵⁹, hanno da sempre ritenuto che la distinzione tra ingiuria e diffamazione dovesse rinvenirsi nella presenza o nell'assenza dell'offeso⁶⁰. Non si tratta, quindi, di un diverso oggetto giuridico, genericamente individuato nell'onore, nel decoro e/o nella reputazione. Secondo l'esegesi conforme al dettato normativo, il minor disvalore di

⁵⁷ Si interroga, in un'ottica *de iure condendo*, dell'opportunità della tutela penale rispetto alle offese all'onore altrui che non si siano sostanziate in attribuzione di fatti determinati. A. VISCONTI: «Resterebbe, tuttavia, aperta la questione se sia opportuno sanzionare penalmente le imputazioni diffamatorie che non consistano in "fatti determinati", la cui potenzialità lesiva nei confronti della reputazione appare certa, ma che, a seconda della maggiore o minore vaghezza, potrebbero presentare contorni così sfumati da non potersi considerare come realmente incidenti sull'onore inteso come 'identità stimabile' della persona». A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore*, pp. 569. La questione sembra successivamente risolta dall'Autrice nel senso di «continuare a riservare alla (eventuale) natura circostanziata e puntuale dell'addebito un mero ruolo di aggravamento sanzionatorio», dal momento che: «da un lato, come si è visto, la "determinatezza" di un fatto non è così facilmente definibile o predicabile; d'altro canto, poi, una simile configurazione andrebbe contro un dato acquisito nella prassi, relativo alla verificabilità o falsificabilità anche di addebiti non strettamente determinati» (p. 637).

⁵⁸ Interessante la riflessione circa l'utilizzo dei canoni di verità, pertinenza e continenza quali elementi del fatto tipico della diffamazione piuttosto che come presupposti per l'applicazione della scriminante ex art. 51 c.p. in A. TESAURO, *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, n. 4, pp. 1083 e ss. Riconduce alla tipicità della lesione dell'onore la verità del fatto e la continenza espressiva, più recentemente, anche A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore*, pp. 549 e ss., nonché pp. 590 e ss.;

⁵⁹ In senso contrario, si veda ad esempio la posizione di E. ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, in *Trattato di diritto penale coordinato da Florian*, Milano, 1934, p. 228 ripreso da E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, p. 136.

⁶⁰ Si sofferma, sul punto, il V. MANZINI in, *Trattato di diritto penale italiano. Delitti contro la persona*, Vol. VIII, ed. 4°, Torino, 1964, pp. 367 e ss., richiamando in nota la *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, pp. 401 e ss. Si veda anche: D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, Vol. I, Torino, 2014, p. 353; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I reati contro la persona*, 2011, ed. 4°, Padova, p. 214; E. MUSCO, *Bene giuridico*, p. 134 e la bibliografia ivi indicata.

un'offesa all'onore pronunciata in presenza dell'offeso deriverebbe quindi dalla «possibilità di una immediata reazione difensiva atta a neutralizzare o, comunque, ad attenuare gli effetti lesivi della manifestazione ingiuriosa»⁶¹.

La distinzione tra diffamazione e ingiuria nel codice Rocco, secondo il criterio indicato dal Carrara⁶² e già adottato dal Regolamento sui delitti e sulle pene dello Stato Pontificio decenni prima⁶³, fu accolta benevolmente dal legislatore del '30, in quanto ritenuto di maggiore semplicità e precisione⁶⁴.

L'intervenuta depenalizzazione dell'ingiuria ci obbliga a riflettere con maggiore attenzione su questo criterio, posto oggi come discrimine tra lecito e illecito, per comprendere se e in che modo la diffusione di espressioni ingiuriose tramite ICT si risolve in una comunicazione in "presenza" o in "assenza" dell'offeso.

Secondo i più recenti orientamenti espressi in materia dalla giurisprudenza di legittimità, la nozione di "presenza", utile ancora oggi a distinguere il reato di diffamazione dall'illecito civile dell'ingiuria, «implica necessariamente la presenza fisica, in unità di tempo e di luogo, di offeso e spettatori ovvero una situazione ad essa sostanzialmente equiparabile realizzata con l'ausilio dei moderni sistemi tecnologici (call-conference, audioconferenza o videoconferenza)»⁶⁵. La Corte di Cassazione ritiene dunque necessario indagare caso per caso, avendo riguardo alle specifiche caratteristiche dello strumento di comunicazione adoperato, se può darsi "presenza" o "assenza" dell'offeso, di modo che: se l'offesa è diretta a una persona fisicamente "distante", essa costituisce ingiuria solo quando la comunicazione offensiva avviene tra autore e destinatario. Al contrario, nel caso in cui la comunicazione mediante ICT è indirizzata, dal soggetto agente, ad altre persone oltre all'offeso, ovvero è indirizzata ad almeno due persone (presenti o distanti) e riguarda un assente, essa configura il reato di diffamazione⁶⁶.

⁶¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, p. 354. Nello stesso modo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 215: «Sulla base della concezione costituzional-personalistica dell'onore, l'ingiuria e la diffamazione presentano identità di oggetto giuridico, tutelando entrambe l'onore nel senso personalistico sopraprecisato e si differenziano soltanto in quanto tipologie offensive diverse di uno stesso bene. La *ratio* della distinzione sta nel fatto che l'offesa all'onore quale valore obiettivo della persona è meno grave se pronunciata in presenza del solo offeso».

⁶² Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale. Esposizione dei delitti in specie*, ed. 7°, Vol. III, Firenze, 1903, p. 24.

⁶³ Cfr. P. MAGRI (a cura di), *Regolamento sui delitti e sulle pene del 20 settembre 1832*, Bologna, 1862, p. 55, art. 329: «Le ingiurie verbali alla persona presente, e la diffamazione di un assente seguita in presenza di due o più persone, sono punite colla pena prescritta nell'articolo precedente o colla ritrattazione in iscritto o in voce». Documento reperibile online alla URL: «https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Regolamento_penale_StatoPontificio_1831.pdf» (consultato il 23 settembre 2022).

⁶⁴ In tal senso si esprimeva il Rocco nella *Relazione al Re sul codice penale*, dichiarando di aver voluto superare la confusione dei concetti creatasi in seno alla vigenza del codice previgente. Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, p. 398.

⁶⁵ Cassazione penale, Sez. V, 4/03/2021, n. 13252, § 2.2.

⁶⁶ *Ibidem*, § 2.1.

Facendo applicazione di questo principio la giurisprudenza ha qualificato come diffamazione: la divulgazione di espressioni offensive su una “bacheca” Facebook⁶⁷ oppure tramite l’inserzione di “commenti” a “post” o video caricati da altri⁶⁸; l’invio di una *e-mail* denigratoria ad una serie di destinatari, inclusa – in copia – la persona offesa⁶⁹; l’inserimento di contenuti offensivi all’interno di un “gruppo” di utenti di *WhatsApp*, a cui partecipava anche l’offeso⁷⁰; la pubblicazione di “commenti” offensivi in apposita sezione in calce ad articoli di giornale, *forum* o *blog online*⁷¹.

A nostro parere, nella soluzione accolta dalla Cassazione, che pure si propone di indagare di volta in volta le caratteristiche delle ICT coinvolte nella commissione del fatto, emerge un concetto di “presenza” incapace di cogliere le specificità delle moderne ICT e di dare ad esse opportuna rilevanza. Tale ermeneutica sembra, infatti, ancorata ad una visione “analogica” delle comunicazioni, ove la presenza o assenza degli attori coinvolti nel fatto si definisce in base alla mera sincronicità spazio-temporale dell’interazione sociale. A nostro avviso, non basta escludere il reato di diffamazione nei casi di videochat o audiochat, in cui offensore e offeso dialogano tra loro come fossero l’uno di fronte all’altro, per poter dire di aggiornare in chiave tecnologica le fattispecie esistenti.

La “presenza” o “assenza” – in relazione al *cyberspazio* – si coglie, invero, nel sistema di interconnessioni che l’*Internet* è in grado di offrire. La connessione alla Rete tramite sistemi digitali (*blog*, *social network*, *forum*, *e-mail*, *instant-messaging*, etc.), infatti, trasforma le coordinate spazio-temporali⁷² generalmente utilizzate per situare la comunicazione entro certi limiti, estendendo la dimensione spaziale oltre confini fisici e diluendo quella *temporale*. L’alternativa “comunicazione sincronica/comunicazione diacronica”, che nelle forme tradizionali *faccia a faccia* o *epistolare* è evidente, sfuma quando ci si confronta con la cd. CMC, data l’istantaneità che la contraddistingue e che la ravvicina più ad un dialogo tra presenti che a quello tra distanti. L’esserci *qui e ora*, nella realtà materiale, esige un *aut aut*: c’è o non c’è. Nel *cyberspazio* l’identità virtuale dell’internauta, l’*account*, è perennemente presente, visualizzabile; può essere in qualunque momento destinatario di una comunicazione, ancorché il soggetto, che ne è titolare, sia connesso o meno. Quindi, mentre la comunicazione tra due o più internauti può essere sincronica o diacronica a seconda che entrambi siano connessi o meno alla Rete nel medesimo istante, la comunicazione tra due o più profili *online* è sempre istantanea, perché essi permangono sulla Rete anche quando il soggetto se ne

⁶⁷ Cfr. Cassazione penale, Sez. V, 21/10/2021, n. 4239.

⁶⁸ Cfr. Cassazione penale, Sez. V, 07/02/2020, n.17944.

⁶⁹ Cfr. Cassazione penale, Sez. V, 04/03/2021, n. 13252.

⁷⁰ Cfr. Cassazione penale, Sez. V, 10/06/2022, n. 28675.

⁷¹ Cfr. Cassazione penale, Sez. V, 29/10/2015, n. 8275.

⁷² Cfr. G. BOCCIA ARTIERI, *Forme e pratiche della socievolezza in Rete: connessi in pubblico*, in *Sociologia della comunicazione*, 2011, vol. 41-42, p. 51: «Quello che è accaduto è che nell’evoluzione mediale si è modificata la connessione tra atto del comunicare e comprensione, quindi tra il versante di produzione e quello del consumo o di emissione e ricezione. I media rielaborano la forma della dimensione spazio-temporale della comunicazione consentendo al rapporto tra produzione, distribuzione e consumo di contenuti di giocare attorno a differimento e tempo reale, delocalizzazione e presenza».

disconnette. La presenza o l'assenza dell'offeso, che in forme di comunicazione tradizionale era una condizione dominabile, nella CMC diviene un elemento ingovernabile da parte degli utenti, i quali dialogano con identità virtuali, ignorando se, nell'istante in cui trasmettono un contenuto, i soggetti che ne sono titolari siano connessi o meno.

Il concetto di "presenza" nella CMC, più che essere valutato in base a coordinate di spazio e tempo (concetti, come abbiamo visto, del tutto malleabili in contesti virtuali), dovrebbe essere rapportato alla possibilità di interazione istantanea che autore dell'offesa e suo destinatario, entrambi utenti di una data ICT, hanno tra loro. A ben vedere, la possibilità di un'effettiva interazione tra offensore e offeso nonché l'istantaneità della comunicazione, intesa come immediata percepibilità delle espressioni lesive, rappresentano le condizioni più idonee a distinguere le diverse tipologie di offesa all'onore, anche quando vengono adottate modalità "tradizionali"⁷³. Rispetto a ogni singolo caso, pertanto, il giudice dovrebbe valutare – esaminando le caratteristiche della Rete e delle ICT coinvolte – se nel concreto si siano date queste due condizioni e così distinguere una diffamazione, penalmente rilevante, da una ingiuria aggravata, mero illecito civile.

L'interpretazione proposta, a parere di chi scrive, sarebbe quella più fedele alla *ratio* stessa della scelta di porre l'elemento della presenza/assenza dell'offeso come criterio di distinzione tra fatto più grave o meno grave. Per recuperare il significato di questo distinguo appare utile richiamare le parole del Carrara, che nella vigenza del precedente codice penale, già ne suggeriva l'adozione. Il maggior disvalore di un'offesa pronunciata in assenza della vittima dipende dal fatto che le «velenose asserzioni possono più facilmente prendere radice nella credulità di chi le ascoltò: perché quelle ragioni e dimostrazioni con le quali l'offeso poteva immediatamente smentirle, egli è impotente a presentare essendo lontano ed ignaro del fatto; e quando ne venga poscia in cognizione più assai difficile gli riuscirà dileguare le sinistre impressioni, e distruggere gli effetti della ingiuria già divulgatasi. Perloché anche il danno mediato, nel malefizio che si estrinsechi sotto cotesta forma, è assai più inteso e diffondibile per la coscienza dei maggiori ostacoli alla difesa privata»⁷⁴.

La presenza della vittima, invece, consente a costui di difendersi, di smentire l'asserzione offensiva, di svuotarla di significato, così che «del fatto non resti macchia sul nome dell'offeso, ed invece ne ricada disdoro e discredito sull'offensore nell'animo di tutti coloro che furono testimoni»⁷⁵. Non solo. L'assenza dell'offeso impedisce anche ai terzi ai quali è comunicata l'offesa di assistere alla reazione dell'interessato, potendo non esservi risposta alcuna (anche il silenzio, talvolta, parla). Non si tratta,

⁷³ Si consideri – a titolo esemplificativo – l'offesa all'onore pronunciata dal palco di uno stadio o di un evento qualsiasi nei confronti di uno degli spettatori. Ancorché offensore e offeso siano fisicamente presenti nello stesso luogo, contemporaneamente, nel momento in cui è pronunciata l'ingiuria, la vittima è di fatto impossibilitata a rispondere alle asserzioni offensive e ad interagire con chi le proferisce. Ne consegue che risulterebbe integrato il reato di diffamazione e non l'ingiuria aggravata dalla presenza di più persone, nonostante l'offeso sia astrattamente presente all'ingiuria secondo coordinate spazio-temporali.

⁷⁴ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, p. 25.

⁷⁵ *Ibidem*.

esclusivamente, della possibilità di difendersi: se così fosse, non si vede per qual motivo un'offesa all'onore proferita pubblicamente ad un soggetto che si astiene dal difendersi, per timidezza o perché il fatto addebitato sia vero e non vi siano ragioni per approntare una difesa, non si trasformi in diffamazione. La presenza dell'offeso, invero, consente a costui di confrontarsi con l'offensore, di conoscere istantaneamente la dimensione dell'offesa (quali furono le parole o i segni utilizzati, ossia il contenuto esatto della comunicazione offensiva), e ai terzi di riconoscere, dal confronto tra offensore e offeso, se il comportamento del primo rappresenti un'ingiusta aggressione alla dignità del secondo.

L'assenza dell'offeso imprime, quindi, alla comunicazione contenente asserzioni offensive maggiore gravità, in quanto – non essendo immediato il riconoscimento della fonte o essendone impossibilitata la smentita – essa è suscettibile di circolare “anonimamente”, come *informazione oggettiva* piuttosto che di *asserzione soggettiva*.

Il criterio della presenza o dell'assenza dell'offeso sottintende, quindi, la capacità o l'incapacità di costui di intervenire direttamente rispetto alla lesione del suo onore e/o della sua reputazione, di intercettare la diffusione di una comunicazione offensiva prima che si radichi nella coscienza altrui o che provochi indebite impressioni sul proprio conto. In altri termini, l'assenza o la presenza dell'offeso sono il *significante*, mentre la capacità o incapacità dell'offeso di replicare istantaneamente alle offese ricevute il *significato*⁷⁶.

Quando il codice Rocco entrò in vigore, la presenza della vittima collocava offensore e offeso in una medesima spazio-temporale, da qui l'adozione del criterio per distinguere le due fattispecie. L'evoluzione dell'*Internet* e delle moderne ICT hanno però trasformato il concetto di “presenza” e “assenza”, di modo che – qualora ci si occupi di comunicazioni *online* o tramite ICT – la distinzione tra diffamazione e ingiuria dovrà basarsi sul *significato* che quel criterio (come *significante*) intendeva esprimere, ossia l'effettiva possibilità per l'offeso di replicare all'offesa entro le medesime coordinate spazio-temporali, assunte – queste – secondo le caratteristiche del *cyberspazio*.

Riprendendo la casistica prima riportata, trattata dalla giurisprudenza come fattispecie diffamatorie, e applicando la chiave interpretativa qui proposta, potremmo dire che, nel caso dell'inserimento di espressioni offensive sulla pagina personale dell'offeso o in calce ad un suo “post”, il titolare dell'*account* ha l'effettiva possibilità di

⁷⁶ Sul punto, non pare che ci discostiamo troppo dallo Spasari, secondo il quale: «Il primo requisito della diffamazione è, dunque, costituito non tanto dall'assenza del soggetto passivo quanto dalla impossibilità che egli percepisca direttamente l'offesa. Può darsi infatti che il soggetto passivo, pur presente, non sia attaccabile in maniera diretta o per ragioni obiettive o per le modalità scelte dall'agente: in tal caso è evidente che non si configura il delitto di ingiuria ma quello di diffamazione, qualora vi sia l'altro elemento della comunicazione con più persone. D'altro lato può aversi ingiuria anche nel caso di assenza dell'offeso, qualora, come nel caso di comunicazione telegrafica o telefonica ovvero di scritti o disegni a lui diretti, la trasmissione dell'addebito lesivo dell'onore gli venga fatta direttamente e diretta sia la percezione da parte sua. Quindi, soltanto la mancanza di una comunicazione diretta o direttamente percepibile dal destinatario caratterizza il delitto di diffamazione rispetto a quello di ingiuria, perché soltanto a una situazione del genere è legata la esistenza di una offesa alla reputazione del soggetto passivo». M. SPASARI, voce “Diffamazione e ingiuria (dir. pen.)”, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, 1964, p. 485.

rispondere all'offensore, di modo che tutti gli utenti della Rete, che hanno visualizzato il contenuto degradante, possono altresì visualizzare quello pubblicato dall'offeso in sua difesa. La circostanza per la quale l'offeso si astenga dal rispondere non incide sul criterio della "presenza" o "assenza" così come, nel caso dell'ingiuria/diffamazione tradizionale, non rileva il silenzio dell'ingiuriato al cospetto di altre persone.

Parimenti, rispetto all'offesa trasmessa all'interno di un "gruppo" *WhatsApp* al quale appartengono offensore e offeso, occorre ammettere che la possibilità di interazione – tra i due – è massima. Se si rapporta la "presenza" dell'offeso alla sincronicità delle connessioni digitali, come propone la giurisprudenza di legittimità, l'integrazione di un reato (la diffamazione) piuttosto di un illecito civile (l'ingiuria) finirebbe per dipendere dal caso, ponendo – tra l'altro – un'incertezza circa l'effettiva consapevolezza, da parte dell'offensore, dell'assenza dell'interessato, la quale dovrebbe integrare l'elemento soggettivo della diffamazione.

Anche nel caso dell'invio di una *e-mail* offensiva dell'onore e/o della reputazione altrui all'interessato e a più destinatari in copia, non sembrerebbe suscettibile di integrare l'elemento in discorso. Infatti, l'offeso ha la possibilità di "rispondere" alle *e-mail* denigratorie, coinvolgendo tutti i medesimi destinatari e instaurando con ciascuno di essi – istantaneamente, con possibilità di intervento – una medesima conversazione. L'equiparazione della comunicazione via *e-mail* e di *instant-messaging* con quella epistolare, posta a fondamento delle valutazioni della Corte di Cassazione, è priva di logica perché trascura le caratteristiche e le peculiarità delle ICT. A differenza della lettera cartacea, infatti, l'impiego di strumenti di comunicazione digitale si distingue per: conoscibilità dei destinatari della comunicazione; conoscibilità del tempo della trasmissione; istantaneità della comunicazione offensiva e della risposta dell'offeso. L'inclusione dell'interessato tra i destinatari dell'*e-mail* offensiva e la possibilità di rispondere, coinvolgendo tutti gli altri destinatari, potrebbe quindi far considerare il fatto come ingiuria in presenza di più persone, piuttosto che una diffamazione⁷⁷.

5.2. L'offesa alla reputazione nel contesto dei Social networks, blog, forum e ICT.

Sempre sul piano dell'elemento oggettivo del fatto tipico, occorre riflettere se l'utilizzo di ICT per la comunicazione offensiva abbia possibili ricadute sull'evento

⁷⁷ In modo non dissimile L. SCOPINARO, *Internet e delitti contro l'onore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2000, n. 2, p. 626. L'Autrice evidenzia che l'invio di *email* per il tramite di *mailing list* o su *forum* di discussione presenta caratteristiche proprie che ne impediscono l'equiparazione con la corrispondenza cartacea o, anche, con l'invio di *email* a più destinatari.

Per quanto riguarda il primo caso, infatti, non sarebbe possibile rinvenire i caratteri della corrispondenza tradizionale: quello della segretezza, ossia la possibilità di escludere terzi dalla lettura, e la formale unicità del destinatario, per cui – anche se inviata a più destinatari – è sempre letta da tutti disgiuntamente. Nota, l'Autrice, che l'invio di un messaggio a più destinatari contemporaneamente – ad esempio in un *forum* – è destinato e leggibile da tutti gli iscritti contemporaneamente. Di conseguenza, allora, non si tratterebbe di una comunicazione in "assenza" dell'offeso, bensì di un dialogo fra presenti, configurandosi per questo un'ingiuria aggravata dalla presenza di più persone (e non un concorso tra ingiuria e diffamazione).

giuridico contemplato dalla fattispecie di cui all'art. 595 c.p. Senza poterci troppo dilungare, in questa sede, sulla natura della diffamazione quale reato ad evento di danno o di pericolo⁷⁸, ci limitiamo ad osservare che la giurisprudenza oggi maggioritaria è orientata nel ritenere sufficiente, ai fini dell'integrazione della fattispecie, la comunicazione di espressioni potenzialmente lesive della reputazione altrui, non ritenendo necessario l'accertamento di un "danno" al bene giuridico tutelato⁷⁹.

Prestando fede a questo orientamento, in materia di comunicazioni tramite piattaforme digitali (come *social networks*) e altre ICT, occorre valutare se l'utilizzo di un linguaggio ingiurioso sia idoneo a ledere la reputazione dell'internauta entro il contesto sociale in cui egli sviluppa la sua esistenza. Non si tratta, però, di un pericolo che può desumersi astrattamente dalle parole utilizzate, bensì di un pericolo che deve essere concretamente valutato in base al contesto in cui si sviluppa l'azione. Perché il pericolo alla reputazione assumi concretezza, pertanto, non è possibile ignorare che taluni comportamenti, tradizionalmente ritenuti denigratori e/o ingiuriosi, si sono invece "normalizzati" a causa della diffusione generalizzata di nuovo registro espressivo e comunicativo, caratterizzato da un eloquio volgare e offensivo, nel contesto dei *social networks* e delle ICT⁸⁰.

Richiamarsi ad un fenomeno psicosociale quale la "normalizzazione" del linguaggio offensivo non vuol dire giustificare l'utilizzo (secondo la logica: "lo fanno tutti"); significa, piuttosto, evidenziare il prodursi di un'assuefazione degli internauti a contenuti ingiuriosi, la quale impedisce che comunicazioni di tal fatta siano, per sé stesse, idonee a ledere l'onore o la reputazione altrui entro quel contesto⁸¹. Specialmente

⁷⁸ In materia di delitti contro l'onore, nel corso degli anni si sono distinte diverse elaborazioni del concetto di "onore". In particolare: quella denominata "fattuale", secondo la quale i beni giuridici tutelati dalle norme rappresenterebbero entità astrattamente riscontrabili, opposta a quella definita "normativa", a mente della quale l'onore costituirebbe un valore inerente alla persona umana e alla sua dignità, in quanto tale suscettibile di tutela. Si rimanda, *ex multis*, a: E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, pp. 3 e ss.; A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore*, pp. 333 e ss.; R. GUERINI, *La tutela penale dell'onore come diritto della personalità*, in *STUDI SENESI*, 2019, n. 1-2, pp. 20 e ss.

⁷⁹ Cfr. ad esempio Cassazione penale, Sez. I, 21/12/2010, n. 2739: «Occorre premettere che il reato di diffamazione è un reato di evento, inteso quest'ultimo come avvenimento esterno all'agente e causalmente collegato al comportamento di costui. Si tratta di evento non fisico, ma, per così dire, psicologico, consistente nella percezione da parte del terzo (*rectius* dei terzi) della espressione offensiva, che si consuma non al momento della diffusione del messaggio offensivo, ma al momento della percezione dello stesso da parte di soggetti che siano "terzi" rispetto all'agente ed alla persona offesa». Anche il Manzini prende chiara posizione nell'interpretare la fattispecie in esame come reato di pericolo, ritenendo non richiesto, per la sua consumazione, il verificarsi di un danno qualsiasi nella reputazione. Basterebbe, dunque, l'offesa «con la idoneità, che è inerente alla sua nozione, di ledere i detti beni giuridici, se anche in concreto non sia riuscita a lederli». V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, pp. 366-367. Così anche: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, 1999, 13° ed., p. 192; *Contra* cfr. P. NUVOLONE, *L'evento e il dolo nella diffamazione*, in *Riv. it. Dir. pen.*, 1949, p. 573; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, p. 216; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale. I Delitti contro la persona.*, 2011, 3° ed., pp. 99 e 104.

⁸⁰ Cfr. *Supra*, nota 41.

⁸¹ In questo senso si accoglie positivamente una recente sentenza della giurisprudenza di merito, che – sebbene pronunciata in sede civile e riferita all'antigiuridicità piuttosto che all'atipicità dello scritto – ci pare cogliere nel segno. Così afferma: «Per un verso, e premesso che la continenza formale e sostanziale della critica è definita anche dal contesto in cui la critica si inserisce, gli utenti dei social network sono consapevoli

tra gli utenti dei *social networks* (ma altrettanto può dirsi con riguardo ai *blog*, *forum* e agli altri canali di comunicazione *online*), si riscontra, infatti, una sorta di “desensibilizzazione”⁸² alla lettura di contenuti scurrili, denigratori e virulenti. Se la generalità degli utenti trova irrilevante e non significativo l’utilizzo gratuito di espressioni *latu sensu* ingiuriose, il rischio che si produca, tra di essi, una disistima del soggetto offeso o che sia pregiudicata l’opinione dell’ingiuriato presso la collettività è, allora, in concreto inesistente.

Non si vuole, con questo, riconoscere all’internauta la licenza di denigrare o di utilizzare un eloquio offensivo per esprimere le proprie opinioni. Il fatto rimane lesivo dell’onore del destinatario delle offese, ma tale offesa può apparire, in taluni casi, concretamente inidonea a nuocere alla reputazione dell’offeso, intesa quale: «l’opinione favorevole e, quindi, la stima che i consociati hanno di una determinata persona sia sotto il profilo morale sia sotto il profilo sociale»⁸³.

Nel contesto attuale sembra, allora, proficuo recuperare il dibattito sulla diversità delle componenti dell’onore, per anni sopito dalla giurisprudenza che ha ritenuto egualmente offesi, nell’ingiuria e nella diffamazione, l’onore, la dignità, il decoro e la reputazione⁸⁴, così espungendo dalla diffamazione tutte quelle offese che, pur sgradite all’offeso, non hanno alcuna possibilità di incidere negativamente nei rapporti tra costui e il resto dei consociati.

5.3. Turpiloquio online ed elemento soggettivo della diffamazione.

In tema di elemento soggettivo, si ritiene solitamente che il dolo della diffamazione non si identifichi con l’*animus diffamandi*, bensì nella generica consapevolezza dell’utilizzo di espressioni offensive all’altrui reputazione⁸⁵. Occorre, poi, ricordare che

che i post propri e altrui sono caratterizzati da elevati soggettivismo, improvvisazione e relatività, oltre che da strutturale apertura a immediati commenti contrastanti e smentite, che *hanno l’effetto di limitare la loro potenzialità lesiva della reputazione*: sono cioè consapevoli che i frequentissimi sconfinamenti dall’area propria dei diritti di cronaca e di critica che vi si verificano (messaggi con toni sguaiati, enfatici, deliberatamente faziosi, che offrono in termini generici rappresentazioni falsate e denigratorie di persone o eventi) si condannano da soli a una sostanziale irrilevanza e a una pratica inoffensività; ciò comporta una sorta di *desensibilizzazione oggettiva* in relazione ai confronti sui social network, la quale impone un vaglio particolarmente penetrante al fine di individuarne l’effettiva valenza diffamatoria». Tribunale di Lanciano, Sez. I, 20/01/2022, (ud. 18/01/2022, dep. 20/01/2022) n. 43, reperibile su *DeJure.it* (corsivi nostri).

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Così M. SPASARI, voce “Diffamazione e ingiuria (dir. pen.)”, p. 482. In giurisprudenza, si rimanda, *ex multis*, a Cassazione, sez. V, 25/01/2022, (ud. 25/01/2022, dep. 01/04/2022), n. 12186: «In tema di diffamazione, la reputazione non si identifica con la considerazione che ciascuno ha di sé o con il semplice amor proprio, ma con il senso della dignità personale in conformità all’opinione del gruppo sociale, secondo il particolare contesto storico” (cfr. Sez. 5, n. 3247 del 28/02/1995, dep. il 24/03/1995, Labertini, Padovani e al. Rv. 201054 - 01)».

⁸⁴ Si rimanda, sull’argomento, ad A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore*, pp. 505 e ss.

⁸⁵ Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione (cfr., ad esempio, Sez. V, 15/04/2014, n. 7715): «In tema di delitti contro l’onore, ai fini della sussistenza dell’elemento soggettivo del delitto di diffamazione, non si richiede che sussista l’*animus iniurandi vel diffamandi*, essendo sufficiente il dolo

il dolo – ricadendo su tutti gli elementi del fatto tipico – deve altresì coinvolgere la comunicazione a più persone⁸⁶.

Ebbene, valutando ancora l'utilizzo di espressioni volgari e offensive su *social networks*, *blog*, *forum* e tramite i canali delle ICT, non può certo negarsi che la diffusività e "normalizzazione" di un certo stile comunicativo incida anche sul piano dell'elemento soggettivo. Prima di darne ragione, puntualizziamo, ancora una volta, che la reiterata violazione di una norma penale entro un dato contesto sociale, da parte della generalità dei consociati, non vale certo a privare la norma della sua validità e a sottrarle efficacia per desuetudine.

Ciò premesso, occorre però constatare che, in numerosi casi, la CMC produce un effetto disinibente negli internauti e, parallelamente, favorisce processi di deindividuazione che non consentono agli utenti della Rete di afferrare l'idoneità offensiva del proprio *modus exprimens* e di comprendere come il proprio agire possa avere ricadute negative anche al di fuori del contesto virtuale in cui ci si esprime. Una vera e propria "ignoranza", di cui la società è in parte corresponsabile, per non aver saputo apprestare – al pari passo di uno sviluppo tecnologico – una minima educazione al digitale né modelli comportamentali alternativi.

Sulla scorta di questa considerazione potrebbe, allora, escludersi – in capo all'offensore – il dolo generico della diffamazione (inteso come rappresentazione e volontà dell'utilizzo di espressioni offensive), osservando che in concreto il soggetto agente fosse inconsapevole o, comunque, ignorasse che il proprio linguaggio, oltre che lesivo dell'onore dell'offeso, fosse altresì idoneo a ledere la sua reputazione⁸⁷.

Altro elemento da dover considerare è rappresentato dalla coscienza e volontà di comunicare con più persone e non con l'offeso. Sul punto la giurisprudenza non sembra

generico, che può anche assumere la forma del dolo eventuale, in quanto è sufficiente che l'agente, consapevolmente, faccia uso di parole ed espressioni socialmente interpretabili come offensive, ossia adoperate in base al significato che esse vengono oggettivamente ad assumere, senza un diretto riferimento alle intenzioni dell'agente, (così Sez. 5, n. 4364 del 12/12/2012 - dep. 2013, Arcadi, Rv. 254390; v. anche Sez. 5, n. 8419 del 16/10/2013 - dep. 2014, Verratti, Rv. 258943; Sez. 5, n. 7597 del 11/05/1999, Beri Riboli, Rv. 213631)». In dottrina, similmente F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, p. 203; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, p. 104; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, p. 216. È, dunque, rimasta isolata, in dottrina, la tesi secondo la quale il reato di diffamazione richiedesse un particolare *animus*. Cfr. ad esempio il Florian, a parere del quale: «La figura del vero diffamatore sorge invece quando l'individuo è sospinto all'accusa da moventi strettamente egoistici, da basse passioni di vendetta o di avidità; quando il fine propostosi non è l'interesse generale, ma il disonore del colpito puramente e semplicemente; quando infine vi sia antisocialità nei motivi e nel fine che ispirarono l'agente». E. FLORIAN, *La teoria psicologica della diffamazione*, p. 16.

⁸⁶ In questo senso: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, p. 203; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, p. 252.

⁸⁷ Anche il Manzini (cfr., *Trattato di diritto penale italiano*, p. 511) osservava che il dolo del reato di ingiuria e della diffamazione possa escludersi se, le espressioni o i gesti adoperati siano – in un dato contesto, ossia in modo generalizzato – utilizzati senza l'intenzione di offendere. È pur vero che il Manzini teneva a precisare che la "mala abitudine individuale", ancorché diffusa in un dato contesto, non fosse sufficiente a escludere il dolo; ciononostante, avendo riguardo alla diffusione di linguaggio virulento sulla Rete, ci si accorge ben presto che non si tratta di un semplice "attitudine individuale" né di un comportamento di determinato gruppo di utenti o di ICT, quanto – piuttosto – di un fenomeno endemico all'*Internet* nel suo complesso.

dare rilievo al fatto che, specialmente quando si “postano” commenti ingiuriosi sulla bacheca *Facebook* (o altro *social network*) dell’offeso o in calce a suoi *post*, o ancora su gruppi di *WhatsApp*, l’autore della comunicazione si rivolge direttamente all’offeso⁸⁸. Il concetto di “presenza”, come abbiamo visto, si declina diversamente quando il soggetto fa ricorso alla Rete e alle ICT, consentendo di valutare una comunicazione come “diretta” all’offeso anche se avvenga a distanza, passando per canali di ICT. Pertanto, potrebbe escludersi il dolo della “comunicazione a più persone” nei casi in cui il soggetto, fermi i requisiti della presenza come indicati precedentemente, interagisca direttamente con colui che intende offendere⁸⁹. D’altronde, se accogliessimo una nozione di “presenza” intesa come sincronicità delle connessioni⁹⁰, quanto all’elemento psicologico potrebbe sempre sospettarsi che il soggetto versasse in errore sulla “presenza” dell’offeso, che, ai sensi dell’art. 47 c.p., escluderebbe la punibilità per il reato di diffamazione.

È pur vero, infine, che l’autore di un *post* diffamatorio nel momento in cui inserisce materiale offensivo *online* è consapevole che, oltre all’autore, anche altri soggetti prenderanno visione di quella medesima comunicazione. Tuttavia, il dolo – addirittura nelle forme di quello diretto ed eventuale – circa il fatto che altre persone assistano alla comunicazione non dovrebbe rilevare ai fini dell’integrazione della diffamazione, in quanto assorbito nell’ipotesi di ingiuria aggravata dalla presenza di più persone (oggi penalmente irrilevante).

6. Conclusioni.

Ridurre la fenomenologia dei comportamenti devianti *online* a forme alternative di reati “tradizionali” equivale ad interpretare nuove realtà con schemi anacronistici. Come si è detto, uno studio approfondito delle moderne ICT, della Rete e delle sue applicazioni evidenzia l’insorgere di nuove fenomenologie, che hanno poco a che fare con quelle

⁸⁸ In un precedente, oramai isolato, in riferimento alla condotta di chi avesse affisso sul garage di un privato un cartello recante la dicitura “siete dei ladri”, la Cassazione aveva fatto attuazione del principio per cui «l’elemento di distinzione fra i reati di ingiuria e di diffamazione è costituito dal fatto che, nella prima ipotesi delittuosa, il mezzo di comunicazione (verbale o scritto) utilizzato dall’agente è rivolto all’offeso; mentre la seconda ipotesi è caratterizzata dalla comunicazione con persone diverse dall’offeso, il quale non è presente al compimento dell’atto lesivo della sua reputazione». Così argomentando, aveva quindi ritenuto che, per il tenore dello scritto e per le modalità della sua collocazione (in appoggio alla porta del garage delle odierne parti civili), la condotta avesse costituito una forma di comunicazione direttamente rivolta alle persone offese. Cfr. Cassazione penale, Sez. V, 03/02/2010, (ud. 03/02/2010, dep. 24/05/2010), n. 19544.

⁸⁹ Se, al contrario, il soggetto agente, invece di inserire commenti denigratori direttamente sulla pagina personale dell’offeso, provvedesse a pubblicarli sulla propria bacheca personale, sarebbe certo indizio di una volontà di comunicare con più persone e non, direttamente, con l’offeso.

⁹⁰ È, di fatto, il criterio applicato dalla recente giurisprudenza (cfr. Cassazione penale, Sez. V, 10/06/2022, n. 28675) in tema di comunicazione offensiva dell’onore altrui mediante messaggistica istantanea. Nello specifico la Corte ha evidenziato che: «La percezione da parte della vittima dell’offesa può essere contestuale ovvero differita, a seconda che ella stia consultando proprio quella specifica chat di WhatsApp o meno; nel primo caso, vi sarà ingiuria aggravata dalla presenza di più persone quanti sono i membri della chat perché la persona offesa dovrà ritenersi virtualmente presente; nel secondo caso si avrà diffamazione, in quanto la vittima dovrà essere considerata assente».

tradizionali, in termini di tipo criminologico d'autore, sul piano degli elementi del fatto tipico e dell'evento giuridico. Dare autonoma rilevanza a queste espressioni dell'agire umano, *de iure condito et de iure condendo*, non significa necessariamente attribuire all'illecito una configurazione personologica, raccordando il disvalore penale alla personalità dell'autore piuttosto che al fatto. Significa, al contrario, prendere atto di una diversità fattuale e trasporla in termini giuridici secondo una molteplicità di fini: rispetto alla corretta qualificazione giuridica del fatto concreto; alla valutazione del grado di colpevolezza dell'autore; all'accertamento della sua imputabilità; in termini di concreta offensività; sul piano sanzionatorio, *etc.*

La tesi sembra trovare conferma quando si considera l'utilizzo di un linguaggio offensivo all'interno della Rete: l'impiego di ICT per il turpiloquio non costituisce una mera evoluzione – in chiave tecnologica – del reato di diffamazione. Rappresenta, piuttosto, un fenomeno diverso (non necessariamente criminoso), che fonda le proprie radici nel mutamento psicosociale indotto dallo sviluppo digitale.

Siamo abituati a concepire le moderne ICT come strumenti a nostro servizio e sotto il nostro dominio⁹¹, mediante i quali interagiamo con il mondo e con gli altri. Al contrario dovremmo accorgerci che «tali tecnologie sono divenute forze ambientali, antropologiche, sociali e interpretative [che] creano e forgianno la nostra realtà fisica e intellettuale, modificano la nostra autocomprensione, cambiano il modo in cui ci relazioniamo con gli altri e con noi stessi, aggiornano la nostra interpretazione del mondo, e fanno tutto ciò in maniera pervasiva, profonda e incessante»⁹².

Lo sviluppo e l'ampliamento dell'*Internet*, nonché la pervasività delle ICT hanno prodotto profonde trasformazioni nella società, nella cultura e nella mente dell'uomo, che spingono a riconsiderare, aggiornare e integrare alcune categorie della nostra materia e a ricercare nuove soluzioni per un sistema di giustizia penale non anacronistico.

Secondo tali direttive, valorizzando l'incidenza diretta che la struttura della Rete può assumere rispetto alla tenuta e diffusione di un linguaggio offensivo dell'onore altrui, si è cercato di dimostrare come la considerazione del contesto virtuale in cui si sviluppa il fatto può modificarne la sua rilevanza giuridica. Perché la comunicazione degradante *online* possa rientrare nella cornice della diffamazione, nella sua forma aggravata, è necessario che tutti gli elementi del fatto tipico siano riletti alla luce delle caratteristiche del *cyberspazio* e delle sue applicazioni. Non è possibile limitarsi a riportare entro categorie classiche concetti che non hanno precedenti: assimilare *sic et simpliciter* l'utilizzo di ICT alla comunicazione epistolare appare un approccio riduttivo,

⁹¹ Qui ritorna alla mente l'avvertimento di Galimberti, a cui si è già fatto cenno nelle prime righe del presente elaborato, circa l'illusione di dominare la tecnica.

⁹² L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, trad. it. a cura di M. DURANTE, Raffaello Cortina Editore, 2017, *Introduzione*. È, dunque, sulla valorizzazione di queste caratteristiche che possiamo concludere: «La matrice tecnologica non può essere ridotta, in vero, ad un mero fatto tecnico, poiché le tecnologie dell'informazione, oltre a modificare le condotte e lo stesso modo di pensare del soggetto agente, sono allo stesso tempo figlie di una visione sensibilmente diversa del modo di concepire le relazioni umane in generale ed anche quelle aventi natura criminale». P. GALDIERI, *Il diritto penale dell'informatica*, p. 140-141.

insuscettibile di comprendere l'impatto reale che l'evoluzione digitale della comunicazione sta producendo nelle società moderne.

Una volta accertata la sussistenza degli elementi tipici di un reato, è chiaro che siano indifferenti i tratti criminologici dell'autore: l'assioma secondo il quale ad essere punito è il reato e non il suo autore, rappresenta indiscutibilmente uno dei caposaldi per un ordinamento liberale. La descrizione normativa di fatti di reato (la diffamazione), piuttosto che di personalità criminose (il giornalista che vuol fare clamore; il politico che vuole screditare l'avversario; il chiacchiericcio tra conoscenti; gli opinionisti dei *social network*), se da una parte incardina il diritto penale sulla tutela dei beni giuridici, dall'altra, però, si risolve nella parificazione giuridica di fenomenologie diverse e molto distanti tra loro⁹³. Questa perdita eterogeneità potrebbe, allora, riacquistarsi sul piano della sanzione, mediante una diversificazione delle pene principali che consenta di tenere conto delle diverse fenomenologie criminose⁹⁴.

L'analisi del *cybercrime* rende ancor più evidente, pertanto, la necessità di superare un apparato punitivo «nella sostanza [ancora] monosanzionatorio»⁹⁵, ancorato ad un paradigma retribuzionistico, e di prevedere in sua vece risposte sanzionatorie «di tipo progettuale», e in particolare «prescrittivo»⁹⁶, nei confronti dei reati, adeguandole alle diverse tipologie criminose di volta in volta riscontrate. Questo processo innovativo – che non richiederebbe grandi sconvolgimenti – rappresenta un'opzione concreta per adeguare il diritto penale a quel mutamento dell'umano, innescato dallo sviluppo tecnologico degli ultimi decenni, che il giurista di oggi – specialmente se penalista – non può continuare ad ignorare.

Prevedere pene prescrittive adeguate alla natura contingente dei *cybercrimes* significherebbe, in aggiunta, farsi carico di quei profili di corresponsabilità sociale⁹⁷, dovuti in larga parte ad una liberalizzazione dell'*Internet* senza istruzione e informazione, e con l'effetto impegnarsi – seppure *ex post* – per una vera e propria (ri)educazione del condannato.

Sapere che tipo di incidenza possa avere l'*Internet* nella tenuta di comportamenti antisociali consente, non solo, di adeguare la tutela penale alle situazioni di concreto disvalore (secondo, anche, il principio *suum cuique tribuere*), ma, soprattutto, di

⁹³ Riecheggia, qui, il dibattito circa i rapporti tra dogmatica e politica criminale; tra principio di materialità e colpevolezza, come tratteggiati in F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, n. 1, p. 1 e ss.

⁹⁴ Cfr. L. EUSEBI, "Gestire" il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena "ritorsione", in C. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G. GATTA, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, p. 228.

⁹⁵ Così, recentemente, L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, n. 3, p. 824.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, n. 4, pp. 1160, secondo il quale occorre «superare l'idea stessa che possa darsi una criminalità estranea all'assetto sociale, criminalità di cui quest'ultimo, quale esso sia, risulti autorizzato a disconoscere ogni corresponsabilità, pervenendo in tal modo a concepire l'agente di reato come radicalmente *altro*, cioè come *nemico*. In altre parole: solo una società che non si ritenga giusta – una società perfetta non esisterà *mai* – saprà concepire modalità non retribuzionistiche di prevenzione».

comprendere quali strumenti di politica criminale adottare per contrastare il fenomeno. Infatti, fintantoché non si supera l'equivoco della neutralità della tecnologia e non si prende atto che questa fenomenologia criminosa è nuova e dai tratti peculiari, non sarà possibile avviare una politica-criminale adeguata, in grado di contrastare efficacemente i fattori (personali, economici, culturali, ecc.) che favoriscono tale forma di criminalità.

Se l'obiettivo è arginare il diffondersi di un linguaggio offensivo sulla Rete non è possibile limitarsi ad invocare il diritto penale contro i cd. "opinionisti social". È essenziale, invece, prevedere interventi di prevenzione primaria, su entrambi i piani in cui essa si articola: quello educativo-culturale e politico-sociale e quello coinvolge i settori dell'ordinamento diversi dal penale, che individuano norme giuridiche specificamente orientate a ostacolare l'operatività dei menzionati fattori criminogenetici⁹⁸.

Nell'ottica di un intervento di prevenzione primaria rispetto al diffondersi di un linguaggio degradante *online*, sarebbe quindi utile promuovere un'educazione al digitale, alle interazioni sociali *online*, oggi mancante, rivolgendosi in particolar modo ai cd. *nativi digitali*⁹⁹, i quali come si diceva, stante l'abisso generazionale con i loro predecessori, sono proclivi a formarsi in comunità auto-referenziate, entro le quali apprendono per imitazione i propri modelli comportamentali¹⁰⁰. A tali fini è, dunque, fondamentale la collaborazione con le famiglie, le istituzioni e gli attori privati che a diverso titolo concorrono a creare e gestire il sistema di interconnessioni virtuali (come gli sviluppatori di *social networks* o di altre applicazioni del *Web*), ai quali è demandato il compito di prevedere strumenti di prevenzione *by design*, come ad esempio la celere rimozione di contenuti illeciti o gratuitamente degradanti; l'esclusione dei minori da circuiti a contenuto erotico, *etc.*

⁹⁸ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma*, p. 1164. Si rimanda, sul punto, anche a: K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. EUSEBI, Giuffrè, 2005; L. EUSEBI, *Crisi del sistema di giustizia penale e percorsi di riforma. Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Democrazia e diritto*, 2000, n. 2, pp. 114 e ss; ID., *"Gestire" il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena "ritorsione"*, pp. 223 e ss. Sul punto, si ritiene utile il richiamo al contenuto e ai riferimenti bibliografici presenti in M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, p. 86, nota 27.

⁹⁹ In tal senso, degne di plauso sono tutte quelle iniziative e campagne informative di cui si stanno facendo carico i diversi corpi della Polizia e la società civile (plurime sono le iniziative promosse dagli Enti del Terzo Settore), specialmente presso gli istituti scolastici.

¹⁰⁰ Cfr. T. CANTELMÌ - E. LAMBIASE, *Tecnoliquidità*, p. 48.

COLLEZIONISTA, SPECULATORE E MERCANTE D'ARTE: LE IPOTESI DI OMESSA DICHIARAZIONE E DICHIARAZIONE INFEDELE

di Novelio Furin ed Emanuele Riva

La compravendita di opere d'arte può dar luogo ad obblighi di dichiarazione ed imposizione fiscale. Ciò accade, in particolare, quando il contribuente sia qualificato come mercante d'arte o come speculatore: non è tassata, invece, la cessione di opere da parte di chi sia mero collezionista. Dopo aver considerato i criteri discretivi tra i possibili inquadramenti tributari, il contribuente approfondisce le fattispecie di dichiarazione infedele (art. 4 D. Lgs. 74/2000) e di omessa dichiarazione (art. 5 D. Lgs. 74/2000), soffermandosi sulle criticità relative all'elemento soggettivo e, quindi, sulla compatibilità tra dolo specifico e dolo eventuale. La complessità del quadro normativo e giurisprudenziale offre lo spunto per una riflessione sull'effettiva conoscibilità della norma e sulla prevedibilità della sanzione penale.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I regimi fiscali. Il mercante d'arte e i redditi d'impresa. – 3. Segue. Lo speculatore occasionale ed il collezionista c.d. puro. – 4. Gli indici oggettivi di distinzione tra mercante, speculatore e collezionista. In particolare: la durata del periodo di detenzione dell'opera. – 5. Gli indici della mancanza di altre fonti di reddito e dell'esistenza di uno stato di necessità familiare. – 6. L'indice della valutazione del volume d'affari complessivo generato dalle compravendite. – 7. L'indice dell'organizzazione dell'attività: la disponibilità di beni strumentali, lo svolgimento di attività promozionali e il ricorso a canali di finanziamento. – 8. L'indice soggettivo-teleologico della passione per l'arte. – 9. La configurabilità delle fattispecie di omessa dichiarazione e dichiarazione infedele. Elemento oggettivo. – 10. Elemento soggettivo. La rilevanza dell'errore di diritto tributario. – 11. Segue. Dolo eventuale e dolo specifico. – 12. La prova dell'elemento soggettivo. – 13. Metodi e problemi di accertamento dell'imposta evasa. – 14. Una riflessione conclusiva.

1. Premessa.

Una recente ordinanza della Sezione Tributaria della Suprema Corte di Cassazione¹ affronta alcuni degli aspetti più attuali ed interessanti del rapporto tra mondo dell'arte e mondo del diritto². Il Supremo Collegio ha confermato la sentenza

¹ Si tratta dell'ordinanza della Suprema Corte di Cassazione civile, Sez. tributaria, n. 6874 del 8 marzo 2023.

² Per alcuni approfondimenti sul tema: A. CORRADO, S. F. D'URSO, *L'arte contemporanea nella realtà giuridica*, Giappichelli, 2021; F. BOSETTI (a cura di), *Arte e diritto privato – teoria generale e problemi applicativi*, Pacini Giuridica, 2021; S. FAVRETTO, *Quando l'arte incontra il diritto – autenticità e inquietudini del mercato*, Giappichelli,

della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, relativa alla legittimità di un avviso di accertamento emesso nei confronti del ricorrente. L'avviso di accertamento impugnato, in particolare, aveva accertato l'esistenza di entrate (qualificabili come redditi d'impresa) generate dalla cessione abituale di opere d'arte: alla base del provvedimento emesso dall'Amministrazione tributaria, v'era la considerazione che il contribuente fosse non già un mero collezionista, ma dovesse essere piuttosto qualificato come commerciante di opere d'arte³. E proprio ricoprendo tale qualifica, egli non avrebbe, quindi, dichiarato e sottoposto a tassazione i redditi provenienti dalla cessione delle opere d'arte che aveva collezionato. La pronuncia della Suprema Corte – che pure affronta l'argomento in chiave civilistica e tributaria – offre l'occasione per una riflessione sui possibili profili penali della vicenda: v'è da chiedersi, in particolare, se il collezionista - che venga qualificato come mercante d'arte - possa incorrere in taluna delle ipotesi di reato previste dal D. Lgs. 74/2000, qualora egli non dichiari i redditi relativi all'attività di cessione delle opere. Il riferimento è, quindi, ai delitti di omessa dichiarazione (art. 5 D. Lgs. 74/2000) e di dichiarazione infedele (art. 4 D. Lgs. 74/2000). Un esempio può aiutare ad inquadrare il tema: si pensi ad un contribuente che, per diverso tempo, acquisti e venda numerose opere d'arte di valore; supponiamo che egli, nel corso degli anni, non abbia mai dichiarato, in sede fiscale, i corrispettivi derivanti dalla cessione delle opere, ritenendo di essere un semplice collezionista. Può accadere, però, che l'Amministrazione tributaria ritenga – come nel caso deciso dalla Suprema Corte – di qualificare il contribuente come mercante d'arte: ciò significa che egli avrebbe dovuto dichiarare e sottoporre a tassazione i proventi, come redditi d'impresa⁴. In casi

2022; F. E. SALAMONE, *Argomenti di diritto penale dei beni culturali*, Giappichelli, 2017; G. NEGRI CLEMENTI, S. STABILE, *Il diritto dell'arte*, Skira, 2013; G. LIBERATI BUCCIANI (a cura di), *L'opera d'arte nel mercato*, Giappichelli, 2019; G. CALABI, S. HECKER, R. SARRO, A. BUSANI, *Le opere d'arte e le collezioni*, CEDAM – Wolters Kluwers, 2020.

³ Cass. Civ., ordinanza 8 marzo 2023, n. 6874.

⁴ Una vicenda simile è stata oggetto di una recente sentenza del Tribunale di Vicenza, Sez. penale, n. 1653/2022 (inedita). La pronuncia di merito è nata da una verifica fiscale condotta dalla Guardia di Finanza. I militari, infatti, hanno individuato diverse movimentazioni di denaro riferibili all'imputato. Tali movimentazioni, tuttavia, non hanno trovato riscontro nella documentazione contabile acquisita nel corso della medesima attività di accertamento. Ben presto, l'attività investigativa acclarava che tali entrate erano relative a proventi della vendita di opere d'arte. A seguito di ulteriore approfondimento, è emerso che la persona sottoposta a verifica fiscale disponeva di due immobili, adibiti a magazzino, ove erano stipate numerose opere d'arte. Va precisato che tali immobili erano formalmente intestati (o, comunque, concessi in locazione) non all'imputato, ma ad altra persona (anche per il tramite di una società a responsabilità limitata, in realtà inattiva): alla luce delle indagini svolte, tuttavia, il Giudicante ha ritenuto che detti immobili siano sempre rimasti, di fatto, nella disponibilità dell'imputato. I depositi sono stati, quindi, sottoposti a perquisizione. Le operazioni condotte dalla Guardia di Finanza hanno consentito di individuare «circa 893 opere (...) principalmente di arte contemporanea, salvo qualche opera di antiquariato o archeologica, e una sessantina di opere di avanguardia russa». È importante evidenziare che dette opere erano accompagnate da un catalogo, che riportava non soltanto il prezzo pagato per l'acquisto dell'opera, ma anche una stima relativamente aggiornata dei manufatti. In sintesi, l'attività di verifica condotta dalla polizia tributaria consentiva di cristallizzare i seguenti elementi: la persona sottoposta alla verifica fiscale aveva acquistato e venduto un gran numero di opere d'arte; tale attività di compravendita si era protratta per diversi anni ed aveva generato entrate quantificabili «in oltre 3,5 milioni di euro»; l'indagato, inoltre, disponeva stabilmente di due immobili ove erano stipate circa un migliaio di opere, tutte catalogate e stimate. Alcune delle attività

come questo, possono essere contestati al contribuente i reati di dichiarazione infedele o di omessa dichiarazione? La risposta al quesito presuppone l'analisi di diversi nodi problematici, che possono essere così individuati: i) la distinzione, ai fini fiscali (e, di conseguenza, anche penalistici) tra le figure del mercante d'arte professionale, dello speculatore d'arte occasionale e del mero collezionista d'arte; ii) la validità ed attendibilità degli indici e criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per distinguere le tre figure appena menzionate; iii) la struttura del fatto tipico nei delitti di omessa dichiarazione e dichiarazione infedele; iv) l'elemento soggettivo del reato e la configurabilità del dolo eventuale nelle ipotesi di cui agli artt. 4 e 5 D. Lgs. 74/2000; v) i criteri di accertamento dell'esatto ammontare dell'imposta evasa. Il presente contributo propone un approfondimento di tali profili.

2. I regimi fiscali. Il mercante d'arte e i redditi d'impresa.

Nell'ottica della presente trattazione, un primo (preliminare, ma essenziale) interrogativo cui rispondere è se, ed eventualmente come, debbano essere tassati i proventi della cessione di opere d'arte. Orbene, la Corte di Cassazione, con l'ordinanza citata, ha osservato in proposito che *«il testo unico delle imposte sui redditi non prevede una normativa specifica sulla tassazione delle compravendite di opere d'arte effettuate dai privati»*; infatti, il riferimento all'«acquisto e la vendita di oggetti d'arte, di antiquariato e in genere da collezione», un tempo previsto dall'art. 76 del DPR 597/1973, non è stato replicato nel «nuovo» TUIR (DPR 917/1986)⁵. A fronte di tale scelta (o, forse, lacuna) legislativa, dottrina e giurisprudenza hanno individuato tre possibili inquadramenti fiscali, tra loro alternativi, applicabili a chi compravende opere d'arte⁶. Secondo un'impostazione ormai consolidata, possono distinguersi tre figure: quella del mercante d'arte, quella dello speculatore occasionale e quella del collezionista c.d. puro. I tre regimi meritano un approfondimento.

predette (ivi compresa la locazione dei due immobili) erano state poste in essere anche grazie all'aiuto della moglie dell'imputato e di un altro collaboratore, i quali fungevano da prestanome. Tutto ciò non era mai stato dichiarato, in sede tributaria, dall'indagato. Alla luce del quadro appena descritto, l'autorità procedente ha ritenuto che l'attività posta in essere dall'imputato *«integrasse un'attività rilevante ex art. 55 T.U.I.R. e, quindi, costituisse un'attività rilevante per l'imposizione fiscale»*. Per meglio comprendere tale conclusione, è opportuno soffermarsi preliminarmente sul regime fiscale o, più esattamente, sui regimi fiscali astrattamente applicabili a colui che faccia compravendita di opere d'arte. Nel caso di specie, l'imputato è stato ritenuto responsabile dei reati di cui agli artt. 4 e 5 D. Lgs 74/00, con condanna alla pena di due anni di reclusione (pena sospesa) e con applicazione della confisca della somma di € 2.282.623,00. Sono, invece, stati assolti la moglie ed un collaboratore dell'imputato, per carenza di elemento soggettivo.

⁵ A. GAETA, L. LOVECCHIO, *Opere d'arte con fiscalità variabile tra mercanti, collezionisti e occasionali*, in *IlSole24ore – Norme e Tributi*, 24 luglio 2022.

⁶ Sullo stesso tema, volendo: N. FURIN, *Il rapporto tra collezionismo e tasse attraverso alcuni casi giurisprudenziali*, in *Exibart*, 19 agosto 2020; G. CALABI, M. CERRATO, *Vediamo se lei è collezionista o speculatore*, in *Il Giornale dell'arte*, n. 439/2023.

Poniamo l'attenzione, anzitutto, sulla figura del mercante o commerciante di settore. Tale qualifica è stata riconosciuta – in dottrina – a colui che «*investe professionalmente ed abitualmente nell'acquisto di opere d'arte, al fine di realizzare un profitto*»⁷.

L'attività di compravendita posta in essere dal mercante d'arte costituisce attività d'impresa: di conseguenza, i relativi proventi debbono essere sottoposti a tassazione sui redditi ai sensi dell'art. 55 TUIR⁸. Tale norma definisce, infatti, i cc.dd. redditi d'impresa come «*quelli che derivano dall'esercizio di imprese commerciali*». Lo stesso articolo di legge specifica poi che «*per esercizio di imprese commerciali si intende l'esercizio per professione abituale, ancorché non esclusiva, delle attività indicate nell'art. 2195 c.c.*»⁹. Dalla norma del TUIR appena riportata si evince che, per aversi attività d'impresa ai fini fiscali, l'esercizio delle attività di cui all'art. 2195 c.c. deve essere posto in essere con abitualità¹⁰, non richiedendosi, invece, che esista sempre un'organizzazione al servizio dell'attività medesima¹¹. Il principio appena affermato è di non poco conto: si riconosce, infatti, come la nozione di impresa vigente agli effetti fiscali sia in parte diversa da quella vigente agli effetti civilistici, dettata in riferimento all'obbligo di iscrizione al registro delle imprese¹². Detto altrimenti, la medesima attività di compravendita di opere d'arte – posta in essere con abitualità – può costituire impresa per l'ordinamento tributario e non, invece, per quello civile¹³. E, come presto si vedrà, la dissociazione tra nozione civilistica e nozione

⁷ AA.VV., *Il trattamento fiscale della cessione di opere d'arte contemporanea*, in *Rivista del Notariato*, n. 3/2020, pp. 615 e segg.

⁸ Sul tema: M. POLANO, *Attività commerciali e impresa nel diritto tributario*, CEDAM, 1984; ma anche: G. TABET (a cura di), *Il reddito d'impresa*, CEDAM, 1997.

⁹ L'art. 55 TUIR ulteriormente precisa che: «Sono inoltre considerati redditi d'impresa: a) i redditi derivanti dall'esercizio di attività organizzate in forma d'impresa dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nell'art. 2195 c.c.; b) i redditi derivanti dall'attività di sfruttamento di miniere, cave, torbiere, saline, laghi, stagni e altre acque interne; c) i redditi dei terreni, per la parte derivante dall'esercizio delle attività agricole di cui all'articolo 32, pur se nei limiti ivi stabiliti, ove spettino alle società in nome collettivo e in accomandita semplice nonché alle stabili organizzazioni di persone fisiche non residenti esercenti attività di impresa. 3. Le disposizioni in materia di imposte sui redditi che fanno riferimento alle attività commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate nel presente articolo».

¹⁰ Il punto è stato oggetto di una Sentenza relativamente recente della Suprema Corte di Cassazione civile, pronunciata proprio nell'ambito di un caso di compravendita di opere d'arte: nell'occasione, il Supremo Collegio ha ribadito che «l'esercizio delle attività di cui all'art. 2195 c.c., tra le quali rientrano quelle ausiliarie del mediatore e del procacciatore d'affari, determina sempre la sussistenza di un'impresa commerciale, indipendentemente dall'assetto organizzativo scelto, ma è necessario che sussista il requisito dell'abitualità». Così, Cass. Civ., sentenza del 4 dicembre 2019, n. 31643. Considerazioni simili in: Cass. Civ., sentenza del 8 settembre 2005, n. 27605. Per una nota alla sentenza: F. BONTEMPO, *Impresa commerciale, non c'è coincidenza tra nozione civilistica e quella fiscale*, in *Fisco Oggi – Rivista online dell'Agenzia delle Entrate*, 17 gennaio 2006.

¹¹ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, XII ediz., UTET, 2019, p. 72. L'Autore richiama, sul punto: Cass. Civ., sentenza del 20 aprile 1993 n. 4651.

¹² Il codice civile, in particolare, fa riferimento, all'art. 2195, ad: «attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi; 2) un'attività intermediaria nella circolazione dei beni; 3) un'attività di trasporto per terra, per acqua o per aria; 4) un'attività bancaria o assicurativa; 5) altre attività ausiliarie delle precedenti».

¹³ Si tratta di una conclusione ben illustrata in una recentissima sentenza della Corte di Giustizia Tributaria di secondo grado del Piemonte, ove si afferma che «la nozione di esercizio di imprese, rilevante in materia tributaria non coincide con quella civilistica, giacché l'art. 55 [TUIR] intende come tale l'esercizio per professione abituale, ancorché non esclusiva, delle attività indicate dall'art. 2195 c.c., anche se non organizzate in forma di impresa, e prescinde, quindi, dal requisito organizzativo, che costituisce, invece, elemento qualificante e imprescindibile per la

tributaria di impresa può avere ricadute anche sulla configurabilità dei reati fiscali. Ma restando, per ora, sui profili tributari della questione, deve darsi atto che la compravendita professionale di beni culturali è soggetta anche ad imposizione indiretta, rientrando nel campo d'applicazione IVA¹⁴. Insomma, chi sia qualificato come mercante di opere d'arte risulta soggetto, per tale attività, ad obblighi dichiarativi e impositivi in campo IRPEF¹⁵ e IVA. Tale approdo è di particolare rilievo perché costituisce il punto di partenza, logico e giuridico, sul quale può innestarsi l'eventuale contestazione di reati tributari. Come si è detto, però, la compravendita di opere può inquadrarsi in altre fattispecie tributarie.

3. Segue. Lo speculatore occasionale ed il collezionista c.d. puro.

L'attività di compravendita di opere artistiche potrebbe non essere posta in essere con stabilità, ma soltanto sporadicamente. Nell'ambito di questa ipotesi, si collocano due categorie rilevanti ai fini tributari. La prima è quella dello speculatore occasionale o mercante occasionale; la seconda è quella del collezionista puro¹⁶. Tradizionalmente, si individua lo speculatore in colui che acquista opere d'arte come investimento economico, al fine, quindi, di attendere che le stesse crescano nel prezzo e così rivenderle, ottenendo un'operazione complessivamente redditizia. Secondo

configurazione dell'impresa commerciale agli effetti civilistici: Corte di Giustizia Tributaria di II grado del Piemonte - Asti, sentenza del 17 febbraio 2023, n. 59. Ma, sul punto, anche: Cass. Civ., ordinanza del 8 marzo 2023, n. 6874.

¹⁴ Il mercante "professionale" di opere artistiche è soggetto alla disciplina IVA prevista dal DPR 633/1972, con applicazione dell'aliquota del 22%. Alternativamente, nelle ipotesi previste dalla legge, è prevista l'applicazione di un regime di imposizione IVA maggiormente favorevole: si tratta, in particolare, del c.d. regime del margine, come disciplinato dagli articoli da 36 a 40-bis del decreto legge 41/1995. Sul punto: Cass. Civ., ordinanza del 8 marzo 2023, n. 6874; in dottrina: F. BROCARDI, *L'IVA sull'arte. Il regime del margine e altri misteri*, in *Atribune*, 14 novembre 2015; M. BODO, op. cit., p. 1; AA.VV., *Il trattamento fiscale della cessione di opere d'arte contemporanea cit.*, pagg. 615 e segg.

¹⁵ A completamento del quadro descritto, va chiarito che, quanto al regime fiscale, gli oggetti d'arte debbono qualificarsi, per il mercante professionale, come beni-merce, vale a dire come beni al cui scambio è diretta l'attività d'impresa. Essi, pertanto, sono idonei a generare ricavi (se venduti) e devono essere iscritti nell'attivo circolante dell'azienda, eventualmente figurando, nel bilancio, come rimanenze di magazzino: S. FACCHINETTI, F. OLIVETI, A. TRABALLI, E. VIAL, *Arte e fisco*, Maggioli, 2020, p. 127; M. BODO, *Le opere d'arte nel reddito d'impresa*, in *BusinessJus*, 2014. La disciplina appena vista si applica solo all'ipotesi in cui il commercio di beni d'arte sia l'attività oggetto dell'impresa (l'attività, quindi, esclusiva o comunque prevalente). Diverso, invece, è il caso in cui l'acquisto e cessione di opere avvenga sì nell'ambito di un'attività imprenditoriale, senza però che ciò costituisca l'oggetto principale dell'attività d'impresa. Per quanto interessa in questa sede, è sufficiente precisare che, in tale diversa ipotesi, i beni artistici acquistati debbono essere inquadrati come immobilizzazioni. Va osservato, però, che - secondo dottrina e giurisprudenza maggioritarie - tali oggetti d'arte non possono considerarsi quali beni strumentali per l'attività d'impresa e, conseguentemente, non possono essere dedotti dal reddito imponibile: sul punto, S. FACCHINETTI, F. OLIVETI, A. TRABALLI, E. VIAL, op. cit., p. 128; Cass. Civ., sentenza del 22 giugno 2006, n. 22021.

¹⁶ Sulla distinzione tra dette figure, si veda anche: E. ARTUSO, I. BISINELLA, *Note sulla fiscalità diretta di cessioni di opere d'arte tra "collezionista", "mercante" e "speculatore occasionale"*, in *Rivista di Diritto tributario - supplemento online*, 11 dicembre 2019.

l'impostazione maggioritaria, lo speculatore consegue, con la propria attività di compravendita, un reddito, imponibile ai fini IRPEF. Difettando, però, in questo caso il requisito della stabilità-abitualità, la fattispecie non deve ricondursi alla disciplina dell'art. 55 TUIR e al reddito d'impresa: piuttosto, i ricavi generati dal mercante occasionale vanno considerati redditi diversi, ex art. 67 TUIR¹⁷.

Ancora differente è la situazione del collezionista puro. Quest'ultima figura deve riconoscersi in colui che, occasionalmente e non stabilmente, acquista e vende opere d'arte per puro diletto personale. Detto altrimenti, e come è stato meglio affermato, egli agisce al fine della «*fruizione privata delle opere*»¹⁸. Il collezionista non pone in essere, quindi, né un'attività professionale, né un'attività speculativa: insomma, egli non genera redditi ai fini fiscali. Di conseguenza, le eventuali e occasionali entrate derivanti dalla cessione di manufatti artistici non rientrano nell'obbligo di dichiarazione fiscale.

Riassumendo la disamina che precede, le entrate riconducibili alla vendita di manufatti d'arte possono essere, alternativamente: imponibili IRPEF e IVA (se il venditore è mercante abituale); imponibili solo IRPEF (se il venditore è speculatore occasionale); oppure non imponibili (se il venditore è collezionista c.d. puro). È evidente, quindi, che, a seconda della qualificazione tributaria del soggetto che pone in essere l'operazione, valgono obblighi dichiarativi e impositivi del tutto diversi. Quanto qui preme evidenziare è che, qualora detti obblighi non risultino osservati dal contribuente, può darsi luogo all'applicazione delle sanzioni previste dall'ordinamento tributario, nonché delle sanzioni penali previste dal D. Lgs. 74/2000.

Appare evidente, quindi, che la prima e preliminare operazione da compiersi è quella di stabilire, caso per caso, a quale delle tre categorie appartenga il contribuente considerato. Per fare ciò, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato alcuni criteri che consentono di definire se colui che vende opere d'arte debba inquadrarsi come mercante professionale, come speculatore occasionale o come semplice collezionista.

4. Gli indici oggettivi di distinzione tra mercante, speculatore e collezionista. In particolare: la durata del periodo di detenzione dell'opera.

I criteri cui si è appena fatto cenno meritano un'analisi attenta, poiché – come si intuisce – è dall'applicazione di detti indici (e dal conseguente inquadramento fiscale del contribuente) che può discendere un'eventuale responsabilità penale ex artt. 4 o 5 D. Lgs. 74/2000. Ebbene, un primo indice di distinzione tra professionista e collezionista è quello della durata del periodo di detenzione delle opere, valutando la distanza temporale che

¹⁷ Sul punto: Commissione Tributaria regionale Lombardia – Milano, sentenza del 3 marzo 2022, n. 769. Quanto alla disciplina dei cc.dd. redditi diversi, si rinvia a: F. TESAURO, op. cit., pp. 81 e segg. In ogni caso, l'attività dello speculatore non rientra nel campo d'applicazione IVA.

¹⁸ AA.VV., *Il trattamento fiscale della cessione di opere d'arte contemporanea*, cit., pagg. 615 e segg. Gli Autori, a loro volta, richiamano sul punto: E. ARTUSO, I. BISINELLA, *Note sulla fiscalità diretta di cessioni di opere d'arte*, cit.

intercorre tra l'acquisto e la successiva vendita dell'opera d'arte¹⁹. Secondo tale impostazione, un lasso di tempo breve tra acquisto e vendita dell'opera sarebbe sintomatico del carattere speculativo dell'attività di compravendita; al contrario, un periodo più lungo di detenzione dell'opera sarebbe tipico di chi è mosso da un'attitudine estetico-contemplativa: è il caso, insomma, del collezionista puro²⁰. Tuttavia, osservando il mercato dell'arte, ci si accorge di come tale sistema di distinzione si riveli incerto ed ambiguo. È incerto, in quanto non è chiaro quale arco temporale debba considerarsi *lungo* e quale, invece *breve*: di conseguenza, residua sempre un ampio margine di discrezionalità in capo all'Amministrazione tributaria o all'organo giudicante.

Ma non è tutto. A ben vedere, infatti, il criterio del periodo di detenzione è anche ambiguo. Da un lato, infatti, si afferma che un periodo ampio di detenzione sarebbe tipico dell'attività del collezionista puro, il quale, non essendo animato da intento speculativo, trattiene per sé l'opera più a lungo, per affezione o piacere estetico. D'altro lato, però, va considerato che proprio l'attività speculativa può talvolta sfruttare i lunghi periodi, traendo così il massimo profitto dalla vendita di un'opera che, negli anni, ha incrementato il suo valore di mercato²¹. Sulla base di quanto s'è detto, quindi, pare potersi affermare che il criterio del periodo di detenzione dell'opera d'arte non è, a ben vedere, dirimente e non costituisce indice sicuro del carattere professionale o speculativo dell'attività²². Quanto detto trova conforto in una recente sentenza di merito, pronunciata dal Tribunale di Vicenza: il Giudice penale vicentino ha affermato, infatti, che «*la distanza temporale tra l'acquisto delle opere (...) e la loro successiva vendita (...) non pare assumere valore dirimente per escludere la logica lucrativa dell'attività: nel mondo dell'arte, infatti, il fattore temporale può giovare all'apprezzamento di un'opera*»²³. Alla luce di queste considerazioni, al criterio della durata del periodo di detenzione dell'opera andrebbe,

¹⁹ Il criterio nasce da un dato storico. Fino al 1986, infatti, la distinzione tra mercante d'arte e speculatore occasionale poteva basarsi sul criterio della speculatività dell'operazione, la cui disciplina era desunta dall'art. 76 del DPR 597/1973. Detta norma, in particolare, configurava una presunzione assoluta di speculatività, assoggettando ad imposizione fiscale tutte «*le plusvalenze derivanti dalla vendita di oggetti d'arte, qualora il periodo di tempo intercorrente tra l'acquisto e la vendita fosse stato non superiore ai due anni*». Una norma simile, però, non è stata replicata nella successiva legislazione fiscale. Eppure, come si è visto, il criterio della durata del periodo di detenzione dell'opera resta, ancor oggi, un indice piuttosto diffuso – in giurisprudenza – per stabilire la natura commerciale dell'operazione posta in essere. In argomento: E. ARTUSO, I. BISINELLA, *Note sulla fiscalità diretta di cessioni di opere d'arte*, cit.

²⁰ Proprio la recente ordinanza della Suprema Corte indica, tra gli elementi su cui fondare la diversa qualificazione del contribuente, quello della durata del possesso dei manufatti artistici: Cass. Civ., ordinanza del 8 marzo 2023, n. 6874.

²¹ Tale aspetto ben emerge nella sentenza della Suprema Corte, Sezione Penale, del 10 febbraio 2017, n. 14858, ove si legge che risulta «*pure non provato che il [soggetto] avesse esercitato l'attività di mercante d'arte piuttosto che essere stato un collezionista, il quale occasionalmente ne aveva ceduta alcuna lucrando l'aumento di valore intervenuto nel tempo*».

²² Quanto detto trova conforto in una recente sentenza di merito, pronunciata dal Tribunale di Vicenza. Il Giudice penale vicentino ha affermato, infatti, che «*la distanza temporale tra l'acquisto delle opere (...) e la loro successiva vendita (...) non pare assumere valore dirimente per escludere la logica lucrativa dell'attività: nel mondo dell'arte, infatti, il fattore temporale può giovare all'apprezzamento di un'opera*»: Tribunale di Vicenza, sentenza n. 1563/2022, inedita.

²³ Tribunale di Vicenza, sentenza n. 1563/2022, inedita.

allora, preferito il criterio della durata del periodo di esercizio dell'attività di compravendita di opere d'arte. In quest'ottica, non interessa tanto il lasso di tempo che intercorre tra acquisto e successiva vendita dell'opera, quanto, piuttosto, la durata, la ripetitività nel tempo e la frequenza delle operazioni di compravendita di opere artistiche. Sul punto, può richiamarsi la recente ordinanza della Suprema Corte di Cassazione, proprio laddove chiarisce che, per riconoscersi la qualità di imprenditore, occorre che *«l'attività sia svolta con caratteri di stabilità e regolarità e che si protragga per un apprezzabile periodo di tempo, pur se non necessariamente con rigorosa continuità»*²⁴. Eppure, nemmeno così interpretato, il criterio temporale sembra davvero univoco e significativo. Infatti, anche il mero collezionista, che intenda semplicemente dismettere la propria collezione, per necessità o per disaffezione²⁵, potrebbe impiegare diverso tempo, perché non è facile vendere "in blocco" un numero significativo di opere. Ed è certo che, in simili ipotesi, pur vendendo opere per diversi anni, il contribuente resterebbe comunque inquadrabile come collezionista, non essendo animato da una logica lucrativa. L'esempio dimostra che, in definitiva, nemmeno la durata dell'attività nel tempo non è indice sicuro di imprenditorialità.

5. Gli indici della mancanza di altre fonti di reddito e dell'esistenza di uno stato di necessità familiare.

Per affermare la natura lucrativa dell'attività viene valutata, talvolta, la mancanza di altre fonti di reddito in capo al contribuente. Ciò perché, qualora le vendite di opere costituiscano l'unica fonte di sostentamento del soggetto, è logico ritenere che egli agisca professionalmente, con finalità lucrativa. Va, tuttavia, evidenziato che la validità di tale criterio viene smentita da diverse pronunce, con le quali il contribuente, già imprenditore in altri settori di mercato, viene riconosciuto imprenditore anche con riferimento all'attività di compravendita di manufatti artistici: è evidente che, in questi casi, il soggetto dispone di altre fonti di reddito, eppure ciò non sembra impedire che l'attività di compravendita delle opere sia qualificata come attività d'impresa.

Altro indice discrezionale, per certi versi connesso al precedente, è quello che si basa sulla sussistenza di uno stato di crisi economica o necessità familiare: si esclude, cioè, il carattere d'impresa in tutte quelle ipotesi in cui le vendite sono poste in essere per far fronte ad un periodo di momentanea illiquidità. Com'è evidente, si tratta di un criterio non esclusivo: a ben vedere, infatti, l'esistenza di uno stato di necessità non esclude, di per sé solo, che le vendite di opere siano imponibili ex art. 55 TUIR; viceversa, il fatto che il soggetto non versi in condizioni economiche difficili non significa, di per sé solo, che l'attività abbia natura lucrativa. Si tratta, piuttosto, di un criterio ausiliario e complementare, che può aiutare a comprendere se il soggetto agisca con intento speculativo oppure per necessità. Ad ogni modo, secondo la giurisprudenza prevalente,

²⁴ Cass. Civ., ordinanza del 8 marzo 2023, n. 6874.

²⁵ È il caso, non infrequente nel mondo dell'arte, di chi dismetta anche solo una parte della collezione, ad esempio per focalizzarsi su un determinato ramo artistico.

la momentanea crisi economica familiare esclude la natura lucrativa dell'operazione soltanto laddove siano soddisfatti alcuni stringenti requisiti. In primo luogo - e preliminarmente - si deve accertare la sussistenza di un effettivo stato di difficoltà economico-finanziaria: necessità che, in questo campo, viene interpretata anche come mera illiquidità o crisi aziendale (in quest'ultimo caso, ovviamente, si suppone che il soggetto sia imprenditore)²⁶. In secondo luogo, per coerenza rispetto a tale situazione di illiquidità, si deve accertare che il soggetto abbia soltanto venduto le proprie opere d'arte e non ne abbia, invece, acquistate di nuove²⁷. Se, infatti, il soggetto ha disponibilità economica per effettuare ulteriori acquisti in opere d'arte, ciò significa che non versa in stato di illiquidità o che, perlomeno, la mancanza di liquidità non è tale da costituire l'unico motivo per cui vengono cedute in vendita le opere artistiche²⁸. In terzo luogo, come ulteriore corollario di quanto detto in precedenza, è necessario verificare che le entrate derivanti dalla cessione delle opere d'arte siano effettivamente impiegate per far fronte allo stato di crisi economica in cui versa il collezionista²⁹. Ciò perché, come si è detto, l'esistenza di una condizione di bisogno familiare è criterio che esclude la natura lucrativa o speculativa delle cessioni di opere d'arte: in altri termini, il contribuente vende le proprie opere perché costretto dalla condizione di difficoltà economica in cui versa. Se è, dunque, questa la ragione per cui egli vende, è allora evidente che il ricavato delle cessioni dovrà essere destinato alla risoluzione del momento di difficoltà economica. Se, invece, le entrate dovessero essere destinate anche ad altre operazioni economiche, ciò rivelerebbe che le vendite di opere d'arte non sono esclusivamente motivate dalle necessità familiari. Infine, si impone di verificare se il periodo in cui si sono vendute le opere d'arte coincide effettivamente con il periodo di crisi: anche tale coincidenza temporale è necessaria per dimostrare che le cessioni di opere d'arte sono ascrivibili alla necessità di recuperare liquidità³⁰.

²⁶ Il tema della crisi di liquidità è di particolare interesse in ottica penalistica. Con riferimento alle ipotesi delittuose previste dal D. Lgs. 74/2000 è discusso, infatti, se l'illiquidità costituisca una causa di giustificazione del reato ovvero possa essere valutata come circostanza attenuante. Sul tema: S. SERVIDIO, *La grave crisi di liquidità non legittima l'inadempienza*, in *Fisco Oggi – Rivista online dell'agenzia delle entrate*, 20 dicembre 2023.

²⁷ Sul punto: Commissione tributaria regionale della Lombardia, sentenza del 3 marzo 2022, n. 769.

²⁸ Si tratta di un profilo ben illustrato nella sentenza del Tribunale di Vicenza, sentenza n. 1563/2022, inedita. Qui, infatti, si precisa che l'imputato «parallelamente all'attività di vendita (...) ha continuato ad acquistare numerose opere d'arte» e che proprio tale circostanza concorre «ad escludere che il motivo che ha spinto [l'imputato] a vendere le proprie opere lo stato di necessità riconducibile alla crisi delle sue attività imprenditoriali».

²⁹ Si tratta, anche in questo caso, di un principio fatto proprio del Tribunale di Vicenza, sentenza n. 1563/2022, inedita. In particolare, ivi si afferma che lo stato di necessità familiare «non può che evocare una condizione di bisogno talmente grave da costringere il "collezionista" ad alienare contro la propria volontà le sue opere pur di farvi fronte, non disponendo di alternative». Nella sentenza, ancora, si spiega che «risulta quindi difficile conciliare [la situazione di necessità familiare] con il fatto che l'imputato non abbia destinato l'intero ricavato delle cessioni di opere d'arte alla risoluzione della situazione di crisi».

³⁰ Sul punto, può richiamarsi la sentenza della Commissione Tributaria Regionale del Veneto, n. 279 del 22 febbraio 2016. Ivi si considera, infatti, che il contribuente ha attraversato, nel biennio 2007-2008, «una grave crisi causata, fra l'altro, dal fallimento di tre importanti clienti e manifestatasi in gravi perdite di esercizio»: in coincidenza con tale crisi, l'imprenditore ha «alienato alcuni immobili di sua proprietà» ed ha «venduto le opere d'arte in questione». La Commissione tributaria evidenzia che le opere d'arte sono state «vendute solamente nel

6. L'indice della valutazione del volume d'affari complessivo generato dalle compravendite.

Il volume d'affari complessivo generato dalla compravendita di opere d'arte è un criterio fondamentale per la demarcazione del confine tra imprenditore di settore e mero collezionista: ciò, almeno, stando alla giurisprudenza sviluppatasi in materia³¹. Ed, in effetti, si tratta di un indice senza dubbio suggestivo per riconoscere la natura professionale-imprenditoriale dell'attività. Va, tuttavia, considerata un'ipotesi "limite", che si verifica quando il volume delle entrate sia effettivamente ingente, ma ciò a fronte dell'alienazione di una sola opera. Va considerato, infatti, che, nel mondo dell'arte, è frequente la vendita di manufatti in cambio di somme di denaro davvero considerevoli: è noto a tutti che una sola opera può valere diversi milioni di euro³². È evidente, quindi, che, anche dinnanzi ad un solo atto traslativo, il volume d'affari potrebbe essere ingente: ci si deve domandare se, in queste ipotesi, sia quindi dirimente far ricorso all'indice del volume d'affari per riconoscere l'esistenza di un'attività imprenditoriale. Il nodo critico può essere risolto traendo spunto dalla giurisprudenza sviluppatasi sul tema. Una prima indicazione utile si trova nella sentenza n. 323 del 2 giugno 1994, pronunciata dalla Commissione Tributaria Regionale di Venezia. Qui, infatti, si precisa che la vendita occasionale di beni d'arte da parte del privato non costituisce necessariamente attività commerciale e ciò è vero, soprattutto, qualora detta vendita «consista in un solo affare». Apparentemente diverso è il concetto espresso nell'ordinanza della Suprema Corte n. 6874 dell'8 marzo 2023. Nell'occasione, gli Ermellini hanno statuito che la qualità di imprenditore non può escludersi «in colui il quale compia un unico affare, di non trascurabile rilevanza economica». Ebbene, apparentemente i due arresti sembrano stabilire principi diversi: tuttavia, proseguendo nella lettura della sentenza di Cassazione appena citata, tale conflitto (lo si ripete: soltanto apparente) viene in realtà superato, grazie ad una importante puntualizzazione. Scrive, infatti, il Supremo Collegio che anche un solo affare può essere sintomo della natura imprenditoriale dell'attività di commercio d'opere, purché – però – detto affare sia stato concluso «a seguito dello svolgimento di un'attività che abbia richiesto una pluralità di azioni»³³. In altri termini, la Suprema Corte

periodo oggetto di accertamento» e non risulta che egli «abbia venduto opere d'arte prima del 2007 e dopo il 2008». Sulla base di tale rilievo, il Giudice tributario di secondo grado ha ritenuto che «l'appellante si sia limitato ad alienare parte del proprio patrimonio al solo fine di porre rimedio ad una situazione di crisi economica che lo aveva colpito». Considerazioni simili in: Commissione Tributaria Regionale Piemonte Torino Sez. III, sentenza n. 1412 del 18.9.2018

³¹ Si veda, in tale senso: Commissione tributaria regionale Veneto - Venezia, sentenza n. 619/2019. La stessa ordinanza della Corte di Cassazione n. 6874 del 2023 menziona più volte il criterio del volume d'affari, facendo riferimento agli importi «elevati» o «notevoli» che avrebbero caratterizzato l'attività di cessione di opere d'arte.

³² Per un caso peculiare, si rinvia in proposito a: M. BUCOLO, *Venduta all'asta da Christie's un'opera d'arte digitale per 69 milioni di dollari. Tutta la storia*, in *Artribune*, 12 marzo 2021.

³³ Cass. Civ., ordinanza del 8 marzo 2023, n. 6874.

sembra intendere che l'unico affare – per quanto redditizio – non consente di ravvisare l'esistenza di un'attività d'impresa: a tal fine, è, infatti, sempre necessario che sussista un connotato di abitudine, stabilità o, comunque, di organizzazione dell'attività³⁴. Detto principio può essere esteso: quello del volume d'affari complessivo è un indice senz'altro utile e significativo, ma non può essere letto da solo, poiché esso, in realtà, non dà conto del carattere di stabilità o ripetitività dell'attività. In definitiva, il solo criterio del volume economico complessivo non consente di stabilire se l'attività rientri, o meno, nell'alveo applicativo dell'art. 55 TUIR.

7. L'indice dell'organizzazione dell'attività: la disponibilità di beni strumentali, lo svolgimento di attività promozionali e il ricorso a canali di finanziamento.

Uno dei criteri forse più solidi per individuare il commerciante d'arte può allora essere quello dell'eventuale disponibilità di un'organizzazione, più o meno complessa, al servizio dell'attività stessa (ad esempio: automezzi, personale, immobili). Sul punto va subito fatta una puntualizzazione. S'è detto in precedenza che la nozione tributaria di impresa non richiede che, per svolgere l'attività, si disponga di un'organizzazione: ciò che conta, infatti, è che la medesima attività abbia carattere di stabilità. Ciò nondimeno, l'esistenza di una organizzazione rileva (non tanto come requisito, quanto) come indizio o elemento sintomatico del carattere professionale dell'attività posta in essere. Ora, l'organizzazione dell'attività può manifestarsi, in quest'ottica, con due modalità diverse, entrambe valide come criterio di qualificazione del contribuente. La prima modalità di organizzazione dell'attività è quella più intuibile e consiste nella predisposizione di personale, mezzi o beni al servizio dell'attività medesima: per esemplificare, si può pensare ad un "collezionista" che sia proprietario di capannoni ove siano stipate le opere³⁵, che disponga di automezzi adibiti al trasporto di manufatti artistici o che, ancora, si avvalga dell'opera di altre persone, remunerandole a tal fine. C'è, però, anche un secondo concetto di organizzazione dell'attività, che qui rileva. Si tratta delle ipotesi in cui le compravendite di beni d'arte sono accompagnate da operazioni accessorie, come ad esempio il ricorso a canali di finanziamento per l'acquisto delle opere, oppure lo sfruttamento di strumenti promozionali o pubblicitari per la vendita delle stesse. Ma non solo. L'organizzazione dell'attività può esplicarsi anche attraverso attività di promozione degli artisti, attraverso la pubblicazione di siti e pagine *web* dedicate, oppure mediante l'organizzazione di mostre o esposizioni: tali iniziative, infatti, possono essere funzionali all'accrescimento del prezzo delle opere dell'artista, rivelando così l'intento lucrativo di chi agisce. E quanto osservato sembra condiviso dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ove si afferma che l'attività di impresa va

³⁴ Frequente, in giurisprudenza, è il riferimento al compimento di una «serie di atti intermedi volti ad incrementare il valore del bene in funzione della successiva vendita»: così Commissione Tributaria di II grado Trentino-A. Adige Trento, Sentenza del 11 giugno 2019, n. 59.

³⁵ Un esempio, in tal senso, si trova nella sentenza del Tribunale di Vicenza, n. 1653/2022 (inedita).

riconosciuta anche valutando l'«attività di promozione degli autori delle opere, svolta al fine di accrescerne il valore»³⁶.

8. L'indice soggettivo-teleologico della passione per l'arte.

Va ora osservato, per completezza, che per distinguere il mero collezionista dal mercante o speculatore d'arte, è frequente il ricorso ad un criterio che potremmo definire soggettivistico-teleologico. Detta impostazione è ricorrente soprattutto in dottrina, per evidenti finalità didascaliche: in quest'ottica, la distinzione tra le due figure è basata sull'intento (potremmo dire, sull'*animus*) che ispira il soggetto che compravende opere artistiche. L'intento è lucrativo o speculativo nel caso del mercante o speculatore; è, invece, estetico o contemplativo nel caso del mero collezionista. Bisogna domandarsi, però, se tale criterio soggettivo possa valere anche quale indice spendibile in sede giudiziaria, per accertare se l'attività di compravendita di opere d'arte abbia, o meno, impostazione imprenditoriale³⁷. Il criterio anzi detto (benché utile sul piano dogmatico – didascalico) non sembra costituire un indice davvero utilizzabile o attendibile per qualificare un soggetto come mercante d'arte oppure come semplice collezionista. Ciò perché l'accertamento dell'*animus* che ispira l'attività di compravendita di opere d'arte presupporrebbe un'analisi tendenzialmente intimistico-psicologica, un processo alle intenzioni dell'agente. È di tutta evidenza, però, che per potersi procedere ad un accertamento di tal fatta è necessario ricorrere ad elementi e indizi oggettivi, certi, riscontrabili nella realtà empirico-fenomenologica esterna alla mera *voluntas* del contribuente. Bisognerebbe chiedersi, allora, quali possano essere gli elementi e indizi oggettivi che consentano di stabilire, al banco delle prove, se il soggetto agisce da speculatore o, invece, da collezionista. Se non fosse che, a ben vedere, gli indizi oggettivi cui si fa riferimento coinciderebbero, in buona sostanza, con i criteri che si sono visti nei paragrafi che precedono. Si ritiene, quindi, che la distinzione basata sull'atteggiamento psicologico del soggetto, sebbene assai efficace in chiave didascalica o illustrativa, si rivela in fin dei conti poco utile nel momento dell'accertamento processuale.

9. La configurabilità delle fattispecie di omessa dichiarazione e dichiarazione infedele. Elemento oggettivo.

Si sono visti, fin qui, i possibili inquadramenti a fini tributari di colui il quale venda opere d'arte: ci si è soffermati, in particolare, sui criteri che consentono di collocare

³⁶ Cass. civ., Sez. I, sentenza del 13 agosto 2004, n. 15769.

³⁷ Si può osservare, peraltro, che l'attenzione all'*animus* psicologico dell'acquirente o venditore di beni artistici è, invero, frequente anche in giurisprudenza. Si tratta, del resto, di un argomento impiegato in sede giudiziaria per avvalorare la tesi di volta in volta sostenuta dalla parte: in particolare, si fa leva sulla passione per l'arte del soggetto per dimostrare che lo stesso ha agito quale mero collezionista (con intento estetico – contemplativo) e che, pertanto, egli non è soggetto ad imposta sulla vendita delle opere.

il contribuente nell'una o nell'altra categoria. Prima di addentrarci nei profili più strettamente penalistici della trattazione, preme evidenziare un dato: come si è visto, la distinzione tra mercante, speculatore e collezionista poggia su valutazioni normative e fattuali problematiche e dibattute. Eppure, sono proprio tali valutazioni a costituire la premessa essenziale per l'eventuale contestazione dei reati di cui agli artt. 4 e 5 del D. Lgs. 74/2000. Ciò perché, come si intuisce, è dall'inquadramento fiscale dell'attività che deriva l'eventuale obbligo di dichiarazione, la violazione del quale può integrare le fattispecie penali poc'anzi richiamate. È giunto il momento, quindi, di soffermarsi sulle due fattispecie incriminatrici.

È opportuno premettere che l'art. 4 D. Lgs. 74/2000 (rubricato: dichiarazione infedele) punisce con la reclusione da due anni a quattro anni e sei mesi «*chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo*». La fattispecie appena richiamata prevede una soglia di punibilità del fatto. In particolare, la dichiarazione infedele è penalmente rilevante se «*l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro 100.000*» ovvero se «*l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi inesistenti, è superiore al dieci per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque, è superiore a euro due milioni*»³⁸.

L'art. 5 del D. Lgs. 74/2000 punisce, invece, le ipotesi di omessa dichiarazione. Precisamente, la fattispecie sanziona – per quanto qui interessa – «*chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte ad euro cinquantamila*»³⁹.

Ora, sul piano dell'elemento oggettivo del reato ed, in particolare, con riferimento al fatto tipico, le due norme non sembrano porre particolari problemi applicativi nelle ipotesi qui considerate. Non v'è dubbio, infatti, che il soggetto, una volta qualificato come speculatore o come mercante d'arte, debba dichiarare i redditi derivanti dalla cessione delle opere: qualora egli ometta di presentare la dichiarazione ovvero, pur presentando la dichiarazione, ometta di indicare compiutamente i proventi della vendita di beni d'arte, la sua condotta integrerà il fatto tipico contemplato, rispettivamente, dall'art. 5 e dall'art. 4 del D. Lgs. 74/2000⁴⁰.

³⁸ Le soglie sono aggiornate alle modifiche apportate dal D. L. 26 ottobre 2019, n. 124. In merito a tale riforma, si rinvia a: S. FINOCCHIARO, *Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. n. 124/2019)*, in *Sistema Penale*, 18 novembre 2019 e S. FINOCCHIARO, *In vigore la "riforma fiscale": osservazioni a prima lettura della legge 157/2019 in materia di reati tributari, confisca allargata e responsabilità degli enti*, in *Sistema Penale*, 7 gennaio 2020; I. IORIO, C. VINCI, M. GAGLIARDI, *Reati tributari*, IPSOA, 2020; M. VILLANO, *La tutela sanzionatoria dell'interesse fiscale*, CEDAM – Wolters Kluwers, 2020.

³⁹ Anche in questo caso, la norma è aggiornata alle modifiche apportate dal D. L. 26 ottobre 2019, n. 124.

⁴⁰ Sulle due fattispecie, si rinvia a: I. IORIO, *I reati tributari*, Wolters Kluwers, 2020; G. GAMBOGI (a cura di), *I nuovi reati tributari*, Giuffrè, 2020; F. CAGNOLA, L. SALVINI (a cura di), *Manuale professionale di diritto penale tributario - Imposte sui redditi, IVA, Accise, Autoriciclaggio, 231 fiscale*, Giappichelli, 2022; A. DI TULLIO D'ELISIIS, *I reati tributari. Commento avente ad oggetto i reati previsti dal d.lgs. 10/03/2000, n. 74*, Key Editore, 2023; E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Zanichelli, 2021; E. D. BASSO, A. VIGLIONE, *Diritto penale tributario*,

Sennonché, ragionando intorno all'elemento oggettivo del reato, un dubbio da risolvere in effetti ci sarebbe. Bisogna chiedersi, infatti, se il mercante d'arte che ometta del tutto l'indicazione dei redditi derivanti dalla cessione delle opere, commetta una mera dichiarazione infedele o, piuttosto, una omessa dichiarazione. In termini concreti, l'ipotesi si configura qualora il contribuente presenti l'atto fiscale, eventualmente indicando alcuni dei redditi che egli ha percepito, ma ometta di compilare il quadro dichiarativo dedicato ai redditi provenienti dalla cessione di opere d'arte. Il nodo critico può essere sciolto analizzando la struttura dei due reati esaminati, le condotte punite ed il momento consumativo delle fattispecie. L'art 4 D. Lgs. 74/2000 è reato istantaneo, che si consuma al momento della presentazione della dichiarazione infedele: la fattispecie postula, dunque, una condotta attiva, che consiste nella presentazione di un documento (la dichiarazione IVA o dei redditi) consapevolmente mendace o incompleto. Al contrario, l'art. 5 del D. Lgs. 74/2000 deve qualificarsi come delitto omissivo proprio⁴¹. L'omissione consiste, appunto, nella mancata presentazione della dichiarazione: precisamente, con riferimento a tale ipotesi delittuosa, il *tempus commissi delicti* viene individuato nel momento in cui risultano decorsi novantuno giorni dalla scadenza del termine previsto per la presentazione del documento dichiarativo⁴². Tali considerazioni evidenziano che, laddove la dichiarazione sia stata presentata⁴³, non potrà tendenzialmente configurarsi il reato punito dall'art. 5 D. Lgs. 74/2000 e ciò quand'anche la dichiarazione risulti incompleta⁴⁴. Sul punto, si può richiamare l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione, secondo cui «la fattispecie di omessa dichiarazione deve essere riservata solo alle ipotesi più radicali, quali l'assoluta inesistenza del documento o la mancata trasmissione all'Ufficio»⁴⁵.

Giappichelli, 2021; I. IORIO, C. VINCI, M. GAGLIARDI, *Reati tributari* cit.; M. VILLANO, *La tutela sanzionatoria dell'interesse fiscale* cit.; F. P. LEDDA, *I reati tributari*, GD Edizioni, 2021; F. GIULIANI, *Violazioni e sanzioni delle leggi tributarie*, Giuffrè, 2021; G. BELLAGAMBA, G. CARITI, *Il sistema delle sanzioni tributarie. I reati tributari. Le sanzioni amministrative tributarie*, Giuffrè, 2011.

⁴¹ G. L. SOANA, *I reati tributari* cit., p. 251. L'autore, in particolare, rileva che «trattandosi – secondo la prospettazione prevalente – di reato di pura omissione la condotta si sostanzia e si esaurisce nella mancata presentazione della dichiarazione».

⁴² Cass. Pen., sentenza del 12 giugno 2020, n. 23176. Ivi si afferma, peraltro, che «la presentazione di dichiarazione dei redditi oltre i novanta giorni dalla scadenza del termine integra il reato di cui al D. Lgs. n. 74 del 2000, art. 5 e non quello di cui all'art. 2 decreto medesimo, anche quando all'interno di essa sono indicati elementi passivi fittizi derivanti dall'utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti».

⁴³ Particolare attenzione merita l'ipotesi in cui la dichiarazione sia presentata ad Ufficio incompetente: giacché in questo caso una dichiarazione effettivamente esiste ed è presentata dal contribuente, si tende ad escludere la configurabilità del delitto di omessa dichiarazione. In questo senso: R. BRICCHETTI, *Dichiarazione omessa o infedele. La fattispecie a condanna monofasica*, in *Fisco*, 2001, p. 7075.

⁴⁴ Sul punto deve, tuttavia, precisarsi che può incorrere nel delitto di omessa dichiarazione colui il quale presenti una dichiarazione «talmente generica, carente ed imprecisa (...) da rendere impossibile all'ufficio ora la costruzione della base imponibile ora la stessa identificazione del contribuente»: così G. L. SOANA, *I reati tributari* cit., pp. 256-257.

⁴⁵ Cass. Pen., sentenza del 14 febbraio 2021, n. 5141. In particolare, la Suprema Corte, richiamando altri precedenti sul punto, chiarisce che «nell'ipotesi in cui il contribuente non ometta la dichiarazione, ma provveda invece ad effettuarla, qualora indichi un valore diverso rispetto a quanto dovuto, incorre in errore, oppure nella dichiarazione infedele, qualora l'errore sia voluto, ma non nell'omessa dichiarazione, [per] cui "la dichiarazione infedele

10. Elemento soggettivo. La rilevanza dell'errore di diritto tributario.

Come si è detto, però, i profili più problematici da affrontare non attengono tanto all'elemento oggettivo del reato, quanto, piuttosto, a quello soggettivo. Ora, va considerato che entrambe le fattispecie penali considerate sono punite a titolo di dolo specifico: entrambe, infatti, richiedono che l'agente operi «*al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto*»⁴⁶. Sia concessa una brevissima considerazione preliminare. Per quanto qui interessa, la condotta può ritenersi dolosa solo se il fatto è stato «*dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione*»⁴⁷; detto altrimenti, il rimprovero doloso esige sempre (o, meglio, dovrebbe esigere sempre) l'accertamento di un atteggiamento psicologico tipico descritto dal binomio «*rappresentazione e volontà*»⁴⁸ del fatto di reato, sintesi moderna delle elaborazioni sul dolo sviluppate dalla dottrina giuridica tedesca (*Vorstellungstheorie* e *Willentheorie*)⁴⁹. Orbene, a mente di tali principi, sembra logico affermare che, per ritenersi integrato il dolo richiesto dagli artt. 4 e 5 D. Lgs. 74/00, il soggetto agente debba preliminarmente essere consapevole di dover dichiarare i redditi generati dalla cessione di opere d'arte⁵⁰. Una tale consapevolezza significa, però, che il soggetto agente sia altresì consapevole – ancor più a monte – di essere inquadrato come mercante d'arte o come speculatore occasionale: ciò perché, come si è visto in precedenza, se il contribuente fosse un mero collezionista non dovrebbe dichiarare i proventi delle cessioni di beni artistici. Come si è sottolineato più volte, però, l'inquadramento fiscale di colui che venda opere d'arte è assai complesso e richiede valutazioni ed accertamenti non sempre *ictu oculi* intuitivi e prevedibili. E ciò ha ricadute importanti sulla configurabilità dei reati fiscali in analisi.

Può accadere, infatti, che chi venda opere d'arte possa “sbagliare” (diremmo, in buona fede) il proprio inquadramento fiscale: versando in errore, egli potrebbe non dichiarare i proventi della propria attività legata ai manufatti d'arte non già perché intenzionato ad evadere il fisco ma, semplicemente, perché convinto di nulla dovere all'erario. V'è da chiedersi, allora, se tale atteggiamento psicologico da parte dell'agente

presentata dal contribuente..., anche quando indichi un valore non verosimile, non è equiparabile alla omessa dichiarazione».

⁴⁶ Identica formulazione si trova sia nel testo dell'art. 4 D. Lgs. 74/2000, sia nel successivo art. 5.

⁴⁷ Cfr. art. 43 c.p.

⁴⁸ A. LANZI (a cura di), *Diritto penale come sistema*, Pacini Giuridica, 2022, pp. 172-177; D. PULITANO', *Diritto Penale*, Giappichelli, 2013 (V ediz.), pp. 307-310. In particolare, l'Autore chiarisce che «per aversi dolo la volontà deve investire l'intero fatto oggetto di rappresentazione, nella sua unità di significato»; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, CEDAM, 1996, p. 266; in precedenza: L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Morcelliana, 1993; A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1930; G. CERQUETTI, *Il dolo*, Giappichelli, 2010; M. MASUCCI, *Fatto e Valore nella definizione del dolo*, Giappichelli, 2004.

⁴⁹ Per un recente ed utile contributo sul tema, si legga: G. GENTILE, *Se io avessi previsto tutto questo – riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 ottobre 2013.

⁵⁰ La consapevolezza dell'obbligo dichiarativo è comunque condizione necessaria ma non sufficiente per ritenersi sussistente il dolo specifico richiesto dai reati tributari: in questo senso, V. DE GIOIA, *Reati tributari: il dolo (omissivo) di evasione*, in *N-Jus*, La Tribuna, 2023.

escluda la sussistenza dell'elemento soggettivo richiesto dalle fattispecie incriminatrici. Più esattamente, si tratta di comprendere se trovi applicazione, in ipotesi, la disciplina di cui agli artt. 47 c.p. e 15 D. Lgs. 74/2000⁵¹. Sul punto, deve registrarsi un orientamento, ormai consolidato, della Suprema Corte di Cassazione. La posizione del Supremo Collegio è nel senso di ritenere che le norme fiscali costituiscono, rispetto ai reati fiscali, elementi extra-penali integrativi del precetto⁵². Pertanto, l'errore sulle norme di diritto tributario si risolve, in definitiva, in errore sul precetto penale. Ovvio corollario di tale impostazione ermeneutica è che l'errore di inquadramento tributario non esclude il dolo di omessa dichiarazione e di dichiarazione infedele⁵³. In altri termini, si fa applicazione del principio di cui all'art. 5 c.p.⁵⁴.

La conclusione appena raggiunta non è, però, sufficiente. È noto, infatti, che l'art. 5 c.p. deve essere letto, oggi, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988⁵⁵: la pronuncia della Consulta impone di verificare la sussistenza di quel «requisito minimo d'imputazione costituito dall'effettiva "possibilità di conoscere la legge penale"»⁵⁶. Detto altrimenti, a fronte della particolare difficoltà di distinzione tra mercante, speculatore e collezionista d'arte, v'è da chiedersi «se esista, in concreto, la possibilità, sia pur eccezionale (di fronte ad un generale, comune errore sul divieto) per il singolo agente di conoscere la legge penale e, pertanto, l'illiceità del fatto»⁵⁷. Il riferimento alla sentenza "364" deve, però, essere completato, precisando che il binomio inevitabilità-scusabilità dell'errore (o dell'ignoranza) della legge penale è invocabile soltanto nell'ipotesi in cui l'agente versi in errore a causa di una obiettiva incertezza o oscurità delle norme di riferimento⁵⁸. E, cioè, l'errore non deve dipendere da un'errata cognizione del precetto

⁵¹ Come noto, tale norma enuncia che: «al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell'articolo 47, terzo comma, del codice penale, non danno luogo a fatti punibili ai sensi del presente decreto le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione».

⁵² Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, affermando che «l'errore sulla norma fiscale non integra un errore di fatto ai sensi dell'art. 47 c.p., comma 3, ma costituisce un errore sul precetto penale»: Cass., Sezioni Unite, sentenza del 28 marzo 2013, n. 37424.

⁵³ Sull'argomento: G. FIANDACA, E. MUSCO (a cura di), *Diritto penale tributario*, Zanichelli, 1997, pp. 289-341; G. IZZO, *L'errore sul precetto nella riforma dei reati tributari*, in *Il Fisco*, n. 14/2000, p. 4541.

⁵⁴ Più esattamente, la Suprema Corte ha affermato «l'inoperatività dell'errore scusabile, tanto di diritto quanto di fatto, quando lo stesso cada non solo sulla norma extrapenale integratrice del precetto penale, ma anche sulla norma tributaria (nella specie quella di cui al D.P.R. n. 633 del 1972, art. 8, riguardante le operazioni di cessione all'esportazione non imponibili), non certo predisposta ai fini della definizione dei reati e quindi non integrante la norma penale di cui al D. Lgs. n. 74 del 2000, art. 4»: Cass. Pen., sentenza del 13 luglio 2017, n. 44293. Con altra pronuncia, la Suprema Corte ha stabilito che «la mancata conoscenza, da parte dell'operatore professionale, della norma tributaria posta alla base della violazione penale contestata, costituisce errore sul precetto che non esclude il dolo ai sensi dell'art. 5 c.p.»: Cass. Pen., sentenza del 8 aprile 2019, n. 23810.

⁵⁵ Recentemente, sul punto: Corte di Cassazione, sentenza n. 15620 del 3 marzo 2022 e Corte di Cassazione, sentenza n. 37422 del 2 luglio 2021. Per alcune recenti riflessioni sui temi della Sentenza della Corte costituzionale, n. 364/1988, si vedano: G. LATTANZI, *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale*, in *Cassazione Penale*, n. 12/2022, p. 4154; E. LUPO, *Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2022, p. 404;

⁵⁶ Così: Corte costituzionale, sentenza n. 364 del 1988.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Deve richiamarsi, sul punto, quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione "all'indomani" della pronuncia del Consulta: «a seguito della sentenza 23 marzo 1988 n. 364 della Corte

dovuta a difficoltà interpretative soggettive⁵⁹. Dall'impostazione descritta, deriva che il mercante d'arte che, per errore, ritenga di non essere tenuto a presentare la dichiarazione, potrà comunque essere chiamato a rispondere dei reati di cui agli artt. 4 e 5 D. Lgs. 74/2000. Ciò vale nella misura in cui si ritenga che un simile errore dipenda da un'errata percezione subiettiva delle norme e non, invece, da un'oggettiva oscurità dell'ordinamento tributario. Al contrario, qualora si ritenesse che «*lo Stato non abbia reso obiettivamente riconoscibili (o "prevedibili")*»⁶⁰ le norme relative alla distinzione tra mercante, speculatore e collezionista, potrà eventualmente escludersi quel requisito minimo di imputabilità costituito dalla conoscibilità del precetto penale. Non pare, tuttavia, che, allo stato, la giurisprudenza sia orientata in tal senso.

11. Segue. Dolo eventuale e dolo specifico.

Trattando dell'elemento soggettivo dei reati fiscali, bisogna considerare che l'incertezza del quadro tributario spiega effetto anche in un'altra direzione. Assai frequente, infatti, potrebbe essere l'ipotesi in cui il soggetto, pur consapevole della possibilità che la propria attività possa ritenersi fiscalmente rilevante ex art. 55 TUIR, comunque non presenti la dichiarazione oppure ometta l'indicazione dei redditi relativi alla cessione di beni d'arte, con ciò accettando scientemente il rischio che la propria condotta possa integrare il fatto di evasione fiscale sanzionato dagli artt. 4 e 5 D. Lgs. 74 del 2000. È il tema, quindi, del dolo eventuale⁶¹. Tema che, per quanto interessa in questa

costituzionale, secondo la quale l'ignoranza della legge penale, se incolpevole a cagione della sua inevitabilità, scusa l'autore dell'illecito, vanno stabiliti i limiti di tale inevitabilità. Per il comune cittadino tale condizione è sussistente, ogni qualvolta egli abbia assolto, con il criterio dell'ordinaria diligenza, al cosiddetto "dovere di informazione", attraverso l'espletamento di qualsiasi utile accertamento, per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia. Tale obbligo è particolarmente rigoroso per tutti coloro che svolgono professionalmente una determinata attività, i quali rispondono dell'illecito anche in virtù di una "culpa levis" nello svolgimento dell'indagine giuridica. Per l'affermazione della scusabilità dell'ignoranza, occorre, cioè, che da un comportamento positivo degli organi amministrativi o da un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale, l'agente abbia tratto il convincimento della correttezza dell'interpretazione normativa e, conseguentemente, della liceità del comportamento tenuto» (Cass., Sezioni Unite, sentenza del 10 giugno 1994, n. 8154).

⁵⁹ Si richiama, sul punto, la sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 23810 del 8 aprile 2019, con la quale si è sancita «l'inapplicabilità dell'art. 47 c.p., attesa la pacifica irrilevanza della dichiarazione integrativa ai fini della "sanatoria" di quanto falsamente dichiarato con la dichiarazione originaria, come del resto consegue dalla lettura del disposto del D. Lgs. n. 74 del 2000, art. 15. Detta disposizione, sotto la rubrica "Violazioni dipendenti da interpretazione delle norme tributarie", recita "1. Al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell'art. 47 c.p., comma 3, non danno luogo a fatti punibili ai sensi del presente decreto le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione". L'interpretazione più corretta della predetta disposizione è nel senso che solo "l'obiettiva incertezza" della norma tributaria integrativa del precetto penale rileva, in quanto la ratio di quanto affermato nella iniziale clausola di riserva ("Al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell'art. 47 c.p., comma 3") è frutto di una precisa scelta del legislatore, che ha inteso ampliare lo spettro dell'ignoranza inevitabile ex art. 5 c.p., sganciandola dall'elemento soggettivo sottesa all'errata cognizione del precetto stesso».

⁶⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 364 del 1988.

⁶¹ Recentemente, la Suprema Corte ha richiamato la struttura del dolo eventuale proprio nell'ambito dei delitti fiscali connotati da dolo specifico, precisando che l'atteggiamento psicologico «si caratterizza per un

sede, va affrontato nell'ottica di comprendere se la forma eventuale del dolo sia compatibile con l'elemento finalistico (*id est*: con il dolo specifico) richiesto dalle fattispecie incriminatrici menzionate. È noto, infatti, che il dolo specifico postula non soltanto la rappresentazione e volontà del fatto (come si è accennato in precedenza), ma impone anche una direzione finalistica della condotta del soggetto agente⁶². La condotta è, quindi, penalmente rilevante soltanto se, oltre che cosciente e volontaria, essa è anche connotata dalla specifica direzione tipizzata dal legislatore. Così ricostruita, la previsione del dolo specifico potrebbe ritenersi per talune fattispecie incompatibile con il dolo eventuale, poiché si richiederebbe «*un certo grado di intensità dolosa, così escludendo l'attitudine di un approccio doloso solo eventuale a integrare, sul versante soggettivo, il reato*»⁶³. Deve darsi atto, tuttavia, che tale ultimo principio non sembra accolto dalla giurisprudenza in tema di reati tributari⁶⁴. L'orientamento prevalente della Suprema Corte di Cassazione sancisce, infatti, la piena idoneità del dolo eventuale ad integrare le fattispecie punite dal D. Lgs. 74/2000⁶⁵. L'interpretazione del Supremo Collegio allarga, così, di non poco le maglie selettive dell'elemento psicologico⁶⁶: anche lo stato di dubbio circa la qualifica di mercante o speculatore d'arte e, quindi, circa l'obbligo di dichiarazione fiscale è, in definitiva, sufficiente per integrare l'elemento soggettivo dei reati di cui agli artt. 4 e 5 D. Lgs. 74/2000, nella misura in cui detto dubbio riveli un'accettazione del rischio di evasione⁶⁷. A ciò si aggiunga che, con altra pronuncia, la Suprema Corte di Cassazione ha sostenuto che il dolo specifico richiesto per

contenuto rappresentativo e volitivo tale da includere in termini di effettività e concretezza anche la specifica finalità richiesta dalla legge ai fini dell'integrazione del reato. Se, infatti, ai fini della configurabilità del dolo eventuale, l'agente deve lucidamente raffigurarsi il fatto lesivo quale conseguenza della sua condotta, e deve inoltre consapevolmente determinarsi ad agire comunque, accettando compiutamente la verifica di tale fatto lesivo, risulta ragionevole concludere che il medesimo agente, nella indicata situazione, pone in essere la sua condotta nella piena consapevolezza che questa potrà realizzare anche la specifica finalità richiesta dalla legge ai fini dell'integrazione del reato, e, quindi, nell'attivarsi accettandola, la fa propria»: Cass. Pen., sentenza del 19 marzo 2020, n. 12680.

⁶² Per alcune recenti riflessioni in tema di dolo specifico, seppure con riferimento ad altra fattispecie: A. AIMI, *La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Sistema Penale*, n. 2/2023.

⁶³ R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale – Manuale Superiore*, Nel Diritto, 2022, p. 889. L'affermazione dell'Autore fa riferimento, in particolare, all'ipotesi di abuso d'ufficio.

⁶⁴ Si veda, ad esempio: Cass. pen., sentenza 26 agosto 2021, n. 32241. Va precisato, però, che tale orientamento della Giurisprudenza ha suscitato diversi rilievi critici in Dottrina. Per un puntuale approfondimento, si rinvia al commento alla sentenza della Corte di Cassazione del 19 giugno 2018, n. 52411, a cura di M. GRANDE, in *Cassazione Penale*, n. 5-6/2019, pag. 2268.

⁶⁵ In questo senso, di recente: Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza n. 42606 del 10.11.2022. Per la nota alla sentenza: D. COLOMBO, *Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti: la Cassazione ribadisce la compatibilità con il dolo eventuale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 11/2022. Si veda anche: G.P. DEMURO, *Sul dolo eventuale nel dolo specifico*, in *Diritto penale e processo*, n. 10/2020.

⁶⁶ La giurisprudenza di legittimità ha dato atto dell'esistenza di un «*costante l'indirizzo che ravvisa la compatibilità del dolo eventuale con il dolo specifico anche in relazione agli altri delitti previsti dal D. Lgs. n. 74 del 2000 i quali richiedono tale forma di finalizzazione volontaria della condotta, come, ad esempio, nel caso dei reati di dichiarazione infedele (Sez. 3, n. 30492 del 2015, cit.), di omessa dichiarazione (Sez. 3, n. 7000 del 23/11/2017, dep. 2018, Venturini, Rv. 272578-01)*»: così Cass. Pen., sentenza del 19 marzo 2020, n. 12680.

⁶⁷ Per un'approfondita riflessione sulle ipotesi in cui il dolo eventuale è «*relativo non all'evento-conseguenza, ma ai presupposti della condotta*», si rinvia a M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di frank nella ricettazione. le sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cassazione Penale*, nn. 7-8/2010, pag. 2555.

l'integrazione dei reati tributari (nella specie, l'art. 8 D. Lgs. 74/2000) può concorrere con altre finalità, anche extra-tributarie⁶⁸. Ebbene, leggendo insieme gli orientamenti appena richiamati, si comprende che il dolo specifico nei reati tributari non riveste, in fin dei conti, una significativa capacità di limitazione dell'area del penalmente rilevante. Di conseguenza, non sembra che la previsione della forma specifica di dolo consenta di escludere l'applicabilità dei reati di cui agli artt. 4 o 5 D. Lgs. 74/2000, nelle ipotesi in esame. Stando all'orientamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione⁶⁹, l'elemento soggettivo può dirsi sicuramente escluso soltanto quando sia provato che il soggetto agente abbia agito unicamente per finalità extra-penali.

Nella trattazione che precede ci si è concessi un'approssimazione, per semplicità espositiva. S'è detto, infatti, che il dolo, ancorché eventuale, deve riferirsi al fatto dell'evasione: ma tale affermazione è imprecisa. Infatti, i reati di cui agli artt. 4 e 5 D. Lgs. 74/2000 contemplano delle soglie di rilevanza del fatto. È opinione prevalente, in dottrina e giurisprudenza, che anche tali soglie costituiscano fatto tipico del reato: il dolo, quindi, deve coprire anche detti elementi⁷⁰. Ciò significa che il mercante d'arte, per incorrere in sanzione penale, non soltanto deve prevedere e volere il fatto di evadere le imposte, ma deve altresì essere consapevole che tale evasione sia di importo superiore a quelli di cui al D. Lgs. 74/2000⁷¹. Ciò non esclude, tuttavia, la compatibilità delle fattispecie in esame con la forma eventuale del dolo: infatti, come ha affermato la Suprema Corte di Cassazione, «*nel delitto di omessa dichiarazione, previsto dall'art. 5 D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, il superamento della soglia rappresentata dall'ammontare dell'imposta evasa ha natura di elemento costitutivo del reato e, come tale, deve formare oggetto di rappresentazione e volizione, anche a titolo di dolo eventuale*»⁷².

12. La prova dell'elemento soggettivo.

Si è descritto quello che potremmo definire l'attuale "standard interpretativo" dell'elemento soggettivo nei reati di omessa dichiarazione e dichiarazione infedele: merita, ora, soffermarsi - perché assai utile ai nostri fini - sullo "standard probatorio" del dolo nei medesimi reati tributari⁷³. V'è da chiedersi, in particolare, da quali elementi

⁶⁸ In questo senso: Cass. Pen., sentenza del 29 ottobre 2018, n. 49190.

⁶⁹ Cass., Sezioni Unite, sentenza del 25 ottobre 2000, n. 27. In particolare, il Supremo Collegio ha stabilito che «*il delitto di frode fiscale può concorrere con quello di truffa comunitaria quando lo specifico dolo di evasione della condotta tipica si coniuga con una distinta e autonoma finalità extratributaria, sempre che quest'ultima non sia perseguita dall'agente in via esclusiva*».

⁷⁰ Sul punto, anche: G. L. SOANA, *I reati tributari*, cit., p. 259.

⁷¹ La Suprema Corte di Cassazione, Sezione Penale, con sentenza del 21 settembre 2021, n. 34881, ha precisato che: «*In tema di reati tributari, la prova del dolo specifico di evasione, nel delitto di omessa dichiarazione (D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 5), può essere desunta dall'entità del superamento della soglia di punibilità vigente, unitamente alla piena consapevolezza, da parte del soggetto obbligato, dell'esatto ammontare dell'imposta dovuta*».

⁷² Cass. Pen., sentenza del 23 novembre 2017, n. 7000.

⁷³ Sull'argomento, diffusamente: A. TRAVERSARI, *La difesa nel processo per reati tributari*, Giuffrè, 2022; L. COSTANZO, A. MARCHESELLI, M. TORTORELLI, *Accertamenti tributari*, Giuffrè, 2022. Per una recente sentenza in tema di prova nei reati tributari: Corte di Cassazione, sentenza del 22 dicembre 2020 n. 36915.

possa desumersi, «*oltre ogni ragionevole dubbio*»⁷⁴, che il soggetto era consapevole dei propri obblighi dichiarativi e fiscali e che, agendo con tale consapevolezza, egli ha preveduto e voluto l'evasione⁷⁵ (oltre le soglie di rilevanza penale) o, comunque, agendo nel dubbio, ha accettato il rischio della predetta evasione. Ora, in linea di principio, la valutazione della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato richiederebbe un certo rigore probatorio⁷⁶: ciò è stato evidenziato anche dalla Suprema Corte di Cassazione, laddove ha affermato che in tema di «*elemento psicologico dell'illecito penalmente rilevante, trattandosi di reato doloso, la sussistenza di tale elemento non può ritenersi di per sé presente, ma deve essere oggetto di specifico accertamento. Di tale prova deve farsi carico la pubblica accusa, non potendo certo esserne onerato l'imputato. La prova del dolo può essere tratta da ogni elemento utile allo scopo, purché il convincimento del giudice derivi da una motivazione logica, coerente e fondata su fatti concreti, senza l'impiego di formule apodittiche*»⁷⁷. Proprio in tema di reati tributari, il Supremo Collegio ha avuto anche occasione di precisare che «*un ruolo decisivo ai fini dell'accertamento del dolo è svolto dagli elementi indiziari*» e che, nell'ipotesi in cui il dolo sia contestato nella sua forma eventuale, deve farsi applicazione dei principi stabiliti in proposito dalla Sezioni Unite, con sentenza n. 38343 del 24/04/2014. Ebbene, alla luce di tale orientamento, il dolo può essere allora accertato, secondo la giurisprudenza, tenendo conto, fra l'altro, di due elementi: i) il comportamento successivo al fatto e ii) il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione⁷⁸. Si menzionano proprio questi due profili poiché essi paiono essere quelli più significativi ai nostri fini.

⁷⁴ Cfr. art. 533 c.p.p. Sul tema: A. CORBO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cassazione Penale*, n. 5/2023. Recentemente, in giurisprudenza: Cass. Pen., sentenza del 15 marzo 2023, n. 15444; Tribunale Taranto, sentenza del 16 gennaio 2023, n.3429. Qui, in particolare, si spiega che il compendio probatorio ed indiziario sul quale si fonda la condanna del reo deve «*consentire l'attribuzione del fatto illecito all'imputato, pur in assenza di una prova diretta di reità, sulla base di un complesso di dati, che, saldandosi logicamente, conducano necessariamente a un giudizio di colpevolezza come esito inevitabile e, conseguentemente, oltre ogni ragionevole dubbio*».

⁷⁵ Sul tema si rinvia anche a: G. L. SOANA, *I reati tributari*, cit., p. 259. L'Autore, concordemente, precisa che è «*necessaria la presenza della prova che l'omessa dichiarazione sia stata preordinata proprio all'evasione dell'imposta*». F. LOMBARDI, *L'accertamento del dolo specifico nei reati tributari*, *La Tribuna*, 15 marzo 2023; M. FRANCESCO, *I reati tributari tra dolo specifico e accertamento in concreto*, in *Iltributario.it*, 27 giugno 2022.

⁷⁶ Si rimanda, sull'argomento, ad un interessante studio relativo all'impiego delle neuroscienze per la prova del dolo: M. T. FILINDEU, *Neuroscienze ed elemento psicologico del reato: considerazioni in tema di dolo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2/2021, pag. 603.

⁷⁷ Così Cass. Pen., sentenza del 4 marzo 2014, n. 31156 (in riferimento ad altra fattispecie di reato). Per un'interessante nota alla sentenza, si veda: D. GALASSO, *La prova del dolo non può ritenersi sussistente 'in re ipsa'*, in *Diritto & Giustizia*, n. 1/2014, pag. 158.

⁷⁸ Come noto, la sentenza delle Sezioni Unite n. 38343 del 24/04/2014 fa riferimento anche ad altri criteri dai quali desumersi l'atteggiamento doloso dell'agente. Essi sono: «*a) la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa; b) la personalità e le pregresse esperienze dell'agente; c) la durata e la ripetizione dell'azione; d) il comportamento successivo al fatto; e) il fine della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali; f) la probabilità di verificazione dell'evento; g) le conseguenze negative anche per l'autore in caso di sua verificazione; h) il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione nonché la possibilità di ritenere, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento*».

Con riguardo al primo aspetto, deve darsi atto che la Suprema Corte di Cassazione ritiene che *«la prova del dolo specifico in capo al contribuente [possa] desumersi anche dal comportamento successivo al mancato pagamento delle imposte dovute e non dichiarate, dimostrativo della volontà preordinata di non presentare la dichiarazione»*⁷⁹. Non si può non rilevare che, a ben vedere, la condotta postuma non costituisce una prova “logicamente certa” della sussistenza dell’elemento soggettivo doloso in un momento antecedente, ovvero quello del *tempus commissi delicti*. Tuttavia, non si può trascurare l’orientamento della Suprema Corte secondo cui *«la prova dell’esistenza della volontà di non presentare la dichiarazione al fine di evadere le imposte può bene essere desunta anche dal comportamento successivo del contribuente-imputato»*⁸⁰, né si può nascondere che una simile *factio probatoria* possa avere, almeno in termini probabilistici, una certa attendibilità. Ci si è soffermati su tale metodo di accertamento del dolo poiché esso potrebbe rivelarsi di frequente applicazione nell’ipotesi di omessa dichiarazione o dichiarazione infedele da parte del collezionista che sia riqualificato come mercante d’arte. In simili ipotesi, infatti, a prescindere dall’eventuale “buona fede” iniziale o dall’errore di diritto tributario, il collezionista dovrà assicurare massima attenzione (e collaborazione) nel momento successivo a quello di consumazione del reato tributario e ciò per non far “scattare la trappola” della “retrodatazione del dolo”. Peraltro, va osservato – per inciso – che la collaborazione del contribuente potrebbe tradursi anche nell’*«integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d’imposta successivo»*, beneficiando così della causa di non punibilità prevista dall’art. 13, comma 2, del D. Lgs. 74/2000⁸¹.

Un secondo elemento di accertamento del dolo merita attenzione, nell’ottica della presente trattazione. Si tratta della valutazione del contesto lecito o illecito in cui si è svolta l’azione. Anche in questo caso, il metodo indiziario accolto dalla giurisprudenza si basa su una presunzione: non è detto, infatti, che l’illiceità del contesto dimostri, in

⁷⁹ Così, Cass. Pen., sentenza del 28 febbraio 2020, n. 16469.

⁸⁰ Cass. Pen., sentenza del 27 ottobre 2022, n. 10997. Nella stessa sentenza si legge che *«la prova del dolo specifico in capo al contribuente può desumersi anche dal comportamento successivo del mancato pagamento delle imposte dovute e non dichiarate, dimostrativo della volontà preordinata di non presentare la dichiarazione»*. sul punto viene richiamata anche: Cass. Pen., sentenza del 28 febbraio 2020, n. 16469.

⁸¹ L’art. 13 D. Lgs. 74/2000 prevede, infatti, che *«I reati di cui agli articoli 10 bis, 10 ter e 10 quater, comma 1, non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all’accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso. 2. I reati di cui agli articoli 2, 3, 4 e 5 non sono punibili se i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d’imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l’autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell’inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali. 3. Qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il debito tributario sia in fase di estinzione mediante rateizzazione, anche ai fini dell’applicabilità dell’articolo 13 bis, è dato un termine di tre mesi per il pagamento del debito residuo. In tal caso la prescrizione è sospesa. Il Giudice ha facoltà di prorogare tale termine una sola volta per non oltre tre mesi, qualora lo ritenga necessario, ferma restando la sospensione della prescrizione»*.

modo inequivoco, che il soggetto abbia preveduto e voluto l'evasione fiscale. Anche in questo caso, però, deve ammettersi che la tesi sostenuta dalla Suprema Corte si rivela, quantomeno, suggestiva. L'illiceità del contesto, in termini concreti, viene desunta dalla natura complessivamente fraudolenta⁸² o dissimulatoria⁸³ di una certa operazione. Se da un lato, quindi, la giurisprudenza di legittimità ha ampliato le maglie interpretative del dolo specifico dei reati tributari, dall'altro lato la stessa giurisprudenza ha restituito una certa capacità selettiva all'elemento psicologico delle fattispecie⁸⁴, richiedendo un certo rigore nella prova del dolo⁸⁵. Sembra sfumare, invece, tale rigore probatorio quando si tratta di verificare la consapevolezza, in capo al soggetto agente, del superamento delle soglie di punibilità previste dagli artt. 4 e 5 D. Lgs. 74/2000: la Suprema Corte ha recentemente affermato, in ipotesi di dichiarazione infedele, che l'imputato deve agire con la consapevolezza «di indicare elementi falsi», precisando, tuttavia, che «tale consapevolezza [invece] non è necessaria con riferimento al superamento delle soglie di punibilità essendo tale dato automaticamente (e matematicamente) ricavabile dalla condotta»⁸⁶.

⁸² In ipotesi, recentemente, è intervenuta anche una sentenza della Suprema Corte di Cassazione, ove si precisa che «il dolo specifico che, nei reati tributari di cui agli artt. 5 ed 8 D. Lgs n. 74 del 2000, è integrato» qualora si registri «la macroscopica illegalità dell'attività svolta e la consapevolezza di tale illegalità»: Corte di Cassazione, sentenza n. 19609 del 10.5.2023 (sul punto, la Suprema Corte richiama un ulteriore precedente: Corte di Cassazione, sentenza n. 2570 del 28.8.2018). Per un commento alla recente sentenza del 2023, si legga: P. COMUZZI, *Frodi carosello e dolo di evasione in presenza di amministratori di diritto e di fatto*, in *IlSole24Ore – Norme e Tributi plus*, 19 maggio 2023.

⁸³ Può richiamarsi, al proposito, la sentenza del Tribunale di Vicenza n. 1653/2022, inedita. Il Giudice di primo grado ha affermato che «il dolo di evasione richiesto dalle norme si ricava dal complessivo disegno dissimulatorio posto in essere dall'imputato rispetto alla propria attività di cessione di opere d'arte». Tra gli elementi considerati nella sentenza si registra innanzitutto la circostanza che i magazzini, presso cui erano stoccate le opere, risultavano formalmente intestati ad altra persona, benché gli stessi fossero – di fatto – nella disponibilità dell'imputato. Imputato che, peraltro, si recava assai frequentemente presso tali depositi; inoltre, le opere ivi depositate erano tutte di proprietà dell'imputato: circostanze, queste, che confermano il carattere fittizio dell'intestazione dei magazzini. Un secondo elemento di prova del dolo è, poi, individuato nella circostanza che alcuni ricavi delle vendite di opere d'arte sarebbero stati dirottati sul conto corrente della moglie del medesimo imputato, benché si trattasse di compravendite che – di fatto – venivano gestite direttamente e personalmente dal reo. Il Tribunale berico fa, infine, riferimento al contegno tenuto da un collaboratore dell'indagato nel corso degli accertamenti svolti dalla Guardia di Finanza.

⁸⁴ Un'esplicita presa di posizione, in questo senso, si trova in: Corte di Cassazione n. 39482/2022 del 14.09.2022, Sez. IV Penale. Ivi si afferma, in particolare, che: «la prova del dolo nella fattispecie in esame sconta le difficoltà tipiche dell'accertamento di fatti che non sono accadimenti materiali esterni, ma puramente interni e che, in quanto tali, devono essere desunti indirettamente. La ricostruzione della volontà del soggetto è procedimento che passa attraverso la considerazione di tutte le circostanze esteriori che possono essere espressioni di atteggiamenti psichici o comunque accompagnarli e attraverso l'inferire da tali circostanze l'esistenza di una volizione, sulla base delle comuni regole di esperienza, rapportate al caso concreto». Per un sintetico commento alla sentenza: A. VILLANI, L. LOPRIENO, *L'accertamento del dolo specifico nel reato di omessa dichiarazione*, Lecce, 28 ottobre 2022.

⁸⁵ Sebbene ancora “resistano” alcune sentenze nelle quali il dolo sembra fatto discendere “presuntivamente” ed automaticamente dalla condotta: in tal senso Corte di Appello di Ancona, sentenza del 13 dicembre 2022, n. 2173, ove si legge che «la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo specifico normativamente richiesto per la punibilità del reato in oggetto è reso evidente dalla complessiva condotta dell'imputato».

⁸⁶ Cass. Pen., sentenza del 8 aprile 2019, n. 23810.

13. Metodi e problemi di accertamento dell'imposta evasa.

Resta un ultimo aspetto, che, per completezza, merita di essere affrontato. La contestazione dei reati di dichiarazione infedele e di omessa dichiarazione presuppone l'accertamento dell'esatto ammontare dell'imposta evasa⁸⁷: ciò risulta essenziale sia per verificare il superamento delle soglie stabilite dal D. Lgs. 74/2000, sia per fornire al Giudice un elemento attendibile per la determinazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p. L'individuazione dell'imposta evasa è, però, in molti casi problematica⁸⁸. Lo è, in particolar modo, qualora l'attività sia riconosciuta come imprenditoriale soltanto in sede di accertamento tributario o in sede giudiziale: in queste ipotesi, infatti, vanno individuati e ricostruiti, *ex post*, quali entrate e quali costi siano imputabili all'attività interessata, nonché i relativi importi. Di conseguenza, l'accertamento dell'imposta evasa richiede due passaggi: il primo consiste nell'individuazione delle voci di entrata effettivamente imputabili all'attività di compravendita di opere d'arte, con esclusione, quindi, dei proventi che derivino da altre fonti o attività. In ordine a tale primo passaggio, deve tenersi in considerazione che l'attività accertativa svolta dall'amministrazione finanziaria può basarsi anche su presunzioni⁸⁹: come si è visto, però, l'importo oggetto di evasione costituisce elemento tipico del fatto punito dagli art. 4 o 5 D. Lgs. 74/2000. Di conseguenza, sul piano del processo penale, l'esatto ammontare dell'imposta è elemento che dovrebbe forse essere puntualmente provato (non in via presuntiva) dalla Pubblica Accusa⁹⁰.

Quanto al secondo passaggio cui si è accennato in precedenza, esso consisterebbe nella riduzione dell'importo sulla base degli eventuali costi accertati. A ben vedere, però, questo aspetto può risultare, di fatto, soltanto eventuale. Ed, infatti, la Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che *«per determinare l'ammontare dell'imposta evasa il Giudice è tenuto a considerare eventuali costi non contabilizzati (...) solo in presenza di allegazioni fattuali da cui desumere la certezza o, comunque, il ragionevole dubbio della loro esistenza»*⁹¹. Tuttavia, calandoci nell'ipotesi del collezionista o mercante d'arte "evasore", andrebbe considerata una circostanza peculiare. Come si è evidenziato in precedenza, l'addebito di responsabilità penale muove, nelle ipotesi che qui si considerano, da una

⁸⁷ Sul «concetto penale di imposta evasa», diffusamente: G. L. SOANA, *I reati tributari*, cit., pp. 65-83.

⁸⁸ In proposito, deve tenersi a mente il principio stabilito dalla Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 16865 del 11 marzo 2021, secondo cui *«spetta esclusivamente al giudice penale il compito di determinare l'ammontare dell'imposta evasa, da intendersi come l'intera imposta dovuta e non versata, suscettibile dapprima di sequestro e, poi, di confisca, in base a una verifica che può venire a sovrapporsi ed anche entrare in contraddizione con quella eventualmente effettuata dal giudice tributario, non essendo configurabile alcuna pregiudiziale tributaria. Inoltre, il giudice penale, mentre non è vincolato dalle valutazioni compiute in sede di accertamento tributario, può tuttavia con adeguata motivazione apprezzare gli elementi induttivi in detta sede valorizzati per trarne elementi probatori, che ritenga idonei a sorreggere il suo convincimento»*.

⁸⁹ Un esempio in tale senso si trova in: Cass. Civ., ordinanza n. 6874 del 8 marzo 2023. Qui si dà atto della *«presunzione su cui l'Ufficio ha basato l'accertamento, secondo cui gli accreditamenti e i prelevamenti dal conto corrente corrispondono a componenti positive del reddito sfuggite dall'imposizione»*.

⁹⁰ Sul tema: F. CAPOROTUNDO, *Presunzioni legali e onere della prova nel processo penale*, in *Giurisprudenza Penale*, n. 1/2017.

⁹¹ Cass. Pen., sentenza del 16 gennaio 2019, n. 8700.

constatazione di fondo, ossia che l'attività posta in essere dall'imputato abbia natura di attività d'impresa. Nel riconoscere tale natura, il Giudice potrebbe dar conto dell'esistenza di una struttura organizzativa, al servizio dell'attività di cessione delle opere d'arte. Nel riconoscere l'esistenza di detta organizzazione, si dovrebbero, allora, computare anche i relativi costi. Detto altrimenti, ciò che costituisce l'impresa ha un suo costo, di acquisto o di gestione. Per esemplificare, quindi, se il tribunale accerta che il mercante d'arte dispone di beni immobili, dovrebbe conseguentemente valutare la deducibilità dell'ammortamento relativo all'acquisto di detti immobili o, comunque, la deducibilità dei costi di gestione degli stessi. Ragionando diversamente, si corre infatti il rischio di cadere in un ragionamento contraddittorio: si corre, cioè, il rischio di affermare la sussistenza di un fatto (l'organizzazione d'impresa) salvo, poi, affermare che non vi è la certezza o, comunque, il ragionevole dubbio che quel medesimo fatto sussista. In questi termini, l'orientamento della Suprema Corte relativo all'allegazione dei costi deducibili in sede fiscale andrebbe in parte ridimensionato, nelle ipotesi in cui l'esistenza dell'impresa, e la relativa "economia", siano dati accertati e ricostruiti, per la prima volta, in sede giudiziale.

14. Una riflessione conclusiva.

All'esito della trattazione, ci sia concessa una breve riflessione conclusiva. Il dato preliminare sul quale si è posta l'attenzione è quello dell'inquadramento tributario dell'attività di cessione di opere d'arte. Come si è visto, la collocazione fiscale del soggetto che compravende manufatti d'arte si basa su criteri non codificati dal legislatore: criteri che, peraltro, non sempre risultano dirimenti o univoci o davvero utili ai fini della distinzione. Certamente, detti indici devono essere apprezzati di volta in volta e congiuntamente, passando in rassegna ognuno di essi. Solo in questo modo, si scongiura il rischio di sopravvalutare circostanze che, a bene vedere, non sono sempre significative. Anche con queste attenzioni, però, il quadro rimane poco intuitivo e poco prevedibile. Come forse si è colto, esiste una figura la cui individuazione è, invero, assai problematica: ci si riferisce allo speculatore occasionale. Rispetto a tale inquadramento, infatti, non vale il criterio della stabilità e ripetitività dell'attività (giacché l'attività è, appunto, occasionale); né sembra dirimente o significativa la valutazione degli indizi tipici dell'attività imprenditoriale organizzata, giacché non si tratta, in effetti, di un'attività d'impresa. Dunque, l'unico criterio che consente di discernere il mero collezionista dallo speculatore occasionale (soggetto ad imposta ex art. 67 TUIR) sembra quello soggettivo-teleologico, indagando quindi il motivo per cui il soggetto acquista l'opera d'arte: si è visto, però, che tale criterio pone non facili problemi di accertamento giudiziale⁹². In definitiva, non resta che prendere atto dell'esistenza di alcune aree oscure

⁹² Le difficoltà di accertamento probatorio relativo alla qualifica tributaria del soggetto agente ben emergono nella vicenda decisa dalla Suprema Corte, Sezione Penale, con sentenza del 10 febbraio 2017, n. 14858, ove si legge che risulta «pure non provato che il [soggetto] avesse esercitato l'attività di mercante d'arte piuttosto che essere stato un collezionista, il quale occasionalmente ne aveva ceduta alcuna lucrando l'aumento di

che connotano il diritto tributario nelle ipotesi *de quibus*. D'altronde, tale incertezza non deve sorprendere, dal momento che, come si è detto, «il Testo Unico delle Imposte sui Redditi non prevede una normativa specifica sulla tassazione delle compravendite di opere d'arte effettuate dai privati»⁹³. Di fronte a tale situazione normativa, con riferimento agli artt. 4 e 5 D. Lgs. 74/00, come integrati dalle norme del TUIR, si pone il sincero dubbio che esista «per l'agente l'oggettiva "possibilità" di conoscere le leggi penali»⁹⁴. O, per lo meno, si pone il dubbio che la contestazione di reati di omessa dichiarazione o dichiarazione infedele sia, nelle ipotesi qui considerate, sufficientemente chiara e prevedibile⁹⁵.

In attesa che il Legislatore, dunque, intervenga a rimediare il *vulnus* normativo⁹⁶, s'impone, nella "quotidianità giudiziaria", un atteggiamento di prudenza. Può accadere, infatti, che la mancata o infedele dichiarazione nasca dalla "innocua" convinzione (magari anche fondata) di essere un mero collezionista d'arte e, quindi, di non dover sottoporre a tassazione i proventi delle cessioni di opere. Tanto più se si considera che, come detto in precedenza, la qualifica tributaria di impresa non coincide con quella civilistica. Per questo, s'impone un atteggiamento prudente (o, se vogliamo, garantista) in tutte quelle ipotesi in cui dall'inquadramento tributario possano scaturire sanzioni penali. E, più precisamente, tale atteggiamento di prudenza deve tradursi nell'esigenza di assicurare, in ogni caso, il massimo rigore probatorio nell'accertamento dell'elemento soggettivo. In altri termini, il dolo dei reati fiscali contestati dovrà ravvisarsi soltanto laddove vi sia la prova inequivoca che il soggetto ha previsto ed ha voluto il fatto di evasione: va evitata, cioè, la tentazione di estendere i confini e mutare la fisionomia del dolo, per non correre il rischio di forgiare, occultamente, ipotesi colpose di omessa dichiarazione o dichiarazione infedele.

valore intervenuto nel tempo».

⁹³ Cass. Civ., ordinanza del 8 marzo 2023, n. 6874.

⁹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 364 del 1988.

⁹⁵ Cfr. Corte Europea Dei Diritti Dell'uomo, Quarta Sezione, Causa Contrada c. Italia (Ricorso n. 66655/13), 14 aprile 2015. Recentemente: G. SPANGHER, *Certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni*, in *Discrimen*, n. 1/2023.

⁹⁶ Si veda, ad esempio, il recente disegno di legge-delega n. 1038 del 23 marzo 2023, con il quale si prevede l'introduzione di una specifica disciplina che consenta di individuare i casi in cui le «plusvalenze derivanti dalla vendita, da parte di collezionisti (...) di oggetti da collezione, d'arte e di antiquariato» debbano essere tassate, come «redditi diversi» (ex art. 67 TUIR). Per uno sguardo sulle attuali proposte di riforma, si rimanda a G. CALABI, M. CERRATO, *Vediamo se lei è collezionista o speculatore*, cit.; S. MONTI, *Riforma fiscale: le novità per il mercato dell'arte*, in *Artribune*, 30 marzo 2023.

‘DIRITTI’ ANZICHÉ ‘BENI GIURIDICI’ E ‘PRINCIPI’ IN DIRITTO PENALE?

A proposito di un saggio di Francesco Viganò

di Antonio Cavaliere

Nel lavoro viene discussa un'autorevole proposta dottrinale di sostituire il riferimento a beni giuridici individuali e a principi del diritto penale con quello ai diritti. Vengono, tra l'altro, discusse le implicazioni problematiche di tale proposta in rapporto alla funzione critica del bene giuridico ed al principio di offensività, agli obblighi costituzionali e convenzionali di tutela penale, ed alla teoria della pena, con particolare riguardo ai rischi legati all'orientamento a finalità soddisfatorie e simboliche.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tutela di beni giuridici e diritti soggettivi: i rischi di una sostituzione parziale. – 3. Una concezione soddisfattoria e, in subordine, simbolica della pena? – 4. Obblighi costituzionali e/o convenzionali di tutela penale? – 5. Cause di giustificazione e diritti soggettivi. – 6. Lesione del “diritto della vittima” e giustizia riparativa. – 7. Legalità, proporzione, colpevolezza: principi o diritti della persona? L’attacco al principio di offensività. – 8. Sguardo d’insieme.

1. Premessa.

Il recente saggio di Francesco Viganò su “Diritto penale e diritti della persona”¹ muove dal dichiarato proposito di restituire la dovuta centralità, nel diritto penale, ai diritti fondamentali della persona o ai diritti umani²; si intende «(ri)accendere una fiammella sulle *persone*, in carne ed ossa, che del reato, del processo e della pena sono le reali protagoniste: la vittima e l'autore»³. In premessa, l'insigne Autore esprime insoddisfazione per il riferimento della tutela penale al bene giuridico, concetto dai “contorni oscuri”, che vorrebbe sostituire – ma soltanto quando si tratta di beni personali – con la tutela penale di diritti, ossia «interessi individuali giuridicamente tutelati»⁴. Un'analoga insoddisfazione egli dichiara in rapporto al riferimento a “principi” del diritto penale (e processuale penale), che vorrebbe sostituire, di nuovo, con il richiamo a

¹ In [questa Rivista](#), 13 marzo 2023.

² Secondo Viganò, a seconda che si privilegi una prospettiva costituzionale o internazionale.

³ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 1.

⁴ Op. cit., 1.

diritti individuali. Il riferimento al bene giuridico sarebbe «coerente con un approccio ideologico che vede coinvolti nel reato — in ogni reato — anzitutto gli interessi della comunità e dello Stato»⁵; e il riferimento a principi, anziché a diritti individuali, metterebbe in secondo piano gli interessi della persona. L'idea lisztiana del diritto penale quale arma a doppio taglio verrebbe così distorta in termini superindividuali, emarginando i diritti di autore e vittima del reato.

L'autorevolezza dello studioso e la ricchezza delle implicazioni della sua proposta — alcune positive, altre a mio parere preoccupanti — mi inducono ad alcune considerazioni, in uno spirito di confronto con l'illustre, caro amico, conosciuto presso l'*Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften* di München oltre trent'anni orsono.

2. Tutela di beni giuridici e diritti soggettivi: i rischi di una sostituzione parziale.

Sul piano dell'oggetto della tutela penale, Viganò afferma: «Non ogni reato, ovviamente, lede un diritto soggettivo — certamente ciò non accade rispetto ai reati che offendono interessi collettivi, o che apprestano una tutela anticipata agli stessi diritti individuali»; «ma allorché il reato in concreto offenda un interesse giuridicamente tutelato di una persona specifica, nulla vieta [...] di considerare quel reato come lesione del suo diritto soggettivo. Il concetto di "bene giuridico" potrà, allora, conservarsi come *concetto di genere*, idoneo a ricomprendere tutti i pensabili oggetti di tutela della norma penale; ma il diritto soggettivo della vittima ben potrà costituirne una *species* dotata di caratteristiche autonome, e chiaramente individuabili»⁶.

Del concetto di bene giuridico l'Autore lamenta l'imprecisione; peraltro, egli ricorda che Feuerbach e Carrara, individuando l'oggetto della tutela penale nei "diritti", ne individuavano anche di superindividuali, con il risultato, però, di «rendere artificiosa l'intera concezione, risultando assai arduo individuare un "diritto" statutale o collettivo leso, ad esempio, dai delitti contro la fede pubblica o la religione, distinto dalla mera pretesa all'obbedienza delle stesse leggi penali»⁷.

In chiusura del saggio, l'eminente penalista lamenta che «l'attenzione dello studioso italiano è sempre più attratta dai reati a vittima diffusa, che offendono beni collettivi e che coinvolgono grandi organizzazioni complesse; e finisce così per trascurare la realtà quotidiana della prassi penalistica, che continua a essere popolata di vicende criminose scaturenti da conflitti interpersonali» tra singoli⁸.

Emerge così un'aspirazione di fondo ampiamente condivisibile, se volta a riaffermare la centralità, anche in diritto penale, della tutela di interessi individuali. Peraltro, essa pare ricalcare, nella sostanza, i canoni della concezione personale del bene giuridico⁹, il cui diffuso accoglimento in dottrina rende difficilmente sostenibile la tesi

⁵ Op.cit., 2.

⁶ Op.cit., 5.

⁷ Op.cit., 3.

⁸ Op.cit., 25.

⁹ Cfr. Per tutti W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in L. PHILIPPS/H. SCHOLLER (hrsg.),

di Viganò secondo cui il riferimento al bene giuridico sarebbe «coerente con un approccio ideologico» che privilegia interessi superindividuali. Quella concezione personale implica, infatti, una critica verso una legislazione ed una dottrina penalistica inclini alla nota “pubblicizzazione artificiale” dei beni giuridici¹⁰, caratteristica del codice Rocco – personalità dello Stato, ordine pubblico, moralità pubblica, integrità e sanità della stirpe... –, ma anche di tanta legislazione complementare repubblicana: si pensi ai tanti “ordini pubblici economici” o “tecnologici”¹¹ – o al “controllo dei flussi migratori” quale preteso bene giuridico¹² –, superfetazioni concettuali che finiscono per avallare l’espansione ipertrofica del diritto penale, sganciata da oggetti di tutela verificabilmente offendibili, individuali o collettivi. Una pubblicizzazione altrettanto artificiale quanto quella lamentata da Viganò in rapporto ai “diritti” superindividuali.

In proposito, è bene ricordare che Hassemer non nega affatto¹³ l’esigenza di tutelare penalmente interessi di più persone, ossia collettivi, o di tutti i consociati, ovvero universali; bensì critica la costruzione di oggetti di tutela sganciati artificiosamente da tale substrato personale¹⁴.

Tuttavia, a ben vedere l’impostazione di Viganò non ricalca affatto la concezione personale di bene giuridico: non tanto perché l’illustre Autore lamenta che essa non faccia il “passo logico successivo” di sostituire il bene giuridico individuale con il diritto soggettivo, quanto perché – diversamente dalla concezione personale e da ampia parte della dottrina del bene giuridico, nella sua lunga storia¹⁵, la cui complessità non andrebbe trascurata – egli non pare avere a cuore la cosiddetta funzione ‘critica’ di quel concetto. Lo dimostra il dato per cui, al di là del settore dei diritti individuali, Viganò non vuol mettere in discussione il riferimento a beni giuridici superindividuali. Ed invece anche chi, molto autorevolmente, ha proposto un “consuntivo critico” della “capacità di prestazione” del concetto di bene giuridico quale limite al potere punitivo¹⁶, ha finito con il riconoscere che, pur tenendo conto di tutti i suoi controversi limiti, non si è ancora reperito un concetto maggiormente idoneo proprio a quella necessaria funzione di critica nei confronti della legislazione¹⁷, ma pure della prassi giudiziale, se si

Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, p.90 ss.

¹⁰ Cfr. T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna 1991, p.49 ss.

¹¹ Espressione tratta da F. SCUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna 1990, p.19 ss.

¹² Difeso, quale oggetto di tutela del reato di immigrazione irregolare, da F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. immigr. e citt.* 3/2010, 16, secondo cui la legittimità dell’«interesse al controllo dei flussi migratori» «può essere difficilmente contestata»; cfr. pure *ivi*, 26, 30.

¹³ Come sostenuto da G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, 3^a ed., Milano 2001, pp.553-554.

¹⁴ W. HASSEMER, *op.cit.*, pp.90-91: «I beni giuridici superindividuali (Universalrechtsgüter) hanno un fondamento solo nella misura in cui si possono dimostrare quali interessi - mediati - dell’individuo», giacché «lo Stato non è fine a se stesso, ma deve soltanto promuovere lo sviluppo e la salvaguardia delle possibilità di vita degli uomini».

¹⁵ Rimane fondamentale in proposito F. ANGINI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, *passim*.

¹⁶ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, p.8 ss.

¹⁷ G. FIANDACA, *op.cit.*, p.151.

tiene adeguatamente conto delle funzioni dommatica ed esegetica del concetto di cui si discute.

Sul piano culturale, va tenuto presente che quello di bene giuridico è un *Grenzbegriff*¹⁸, un concetto limite tra dommatica e politica criminale: sta alla dottrina penalistica costruirlo nel modo più chiaro e preciso possibile e, perciò, dotato di capacità selettiva e critica, anziché dilatarlo fino a renderlo inutilizzabile, avallando così le tendenze espansive di legislazione e prassi. I requisiti della preesistenza del bene giuridico rispetto alla tutela giuridica – ossia, al suo stesso tradursi in un “diritto”! -¹⁹, della necessaria precisione e verificabilità empirica del bene giuridico²⁰ – esigenza riconducibile all’art.25 co.2 Cost. *sub specie* determinatezza/tassatività -, del suo carattere personale, del rango costituzionale dell’oggetto della tutela – e qui è d’obbligo ricordare, nel suo cinquantennale, la magistrale, storica opera di Franco Bricola²¹ -, sono tutti *Bausteine*, pietre angolari della costruzione di un argine concettuale, dommatico e politico-criminale, al potere punitivo statale.

Per altro verso, Viganò non sembra asserire una migliore capacità critica del concetto di diritto soggettivo in rapporto a quello di bene giuridico. In effetti, si può dubitare che tale capacità critica rilevi, nella prospettiva dell’Autore, anche perché egli ne discute a proposito dell’oggetto della tutela e non dei limiti alla tutela penale, su cui si sofferma più avanti, e con toni critici proprio in rapporto al principio di offensività, che alla funzione critica del bene giuridico è strettamente legato. Ma, al di là delle intenzioni dell’Autore, occorre rilevare che il riferimento della tutela penale ai “diritti soggettivi” comporta rischi non lievi di espansione della punibilità²².

Infatti, sotto un primo profilo, quel riferimento si presta notoriamente ad interpretazioni formalistiche. Basti pensare alla concezione giuridica del patrimonio, secondo cui quest’ultimo è, appunto, una somma di “diritti soggettivi” e doveri a contenuto patrimoniale²³: tale concezione comporta che l’offesa si realizzi con la mera

¹⁸ F. VON LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze* (1905), r.a. Berlin 1970, I. Bd., p.222.

¹⁹ È uno dei postulati fondamentali della concezione cosiddetta liberale del bene giuridico risalente a F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21.-22. Aufl., Berlin – Leipzig 1919, r.a. Goldbach 1997, p.4.

²⁰ Cfr. già H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart 1957, p.13, 116.

²¹ *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, Torino 1973, p.15: «Resta da stabilire su quale criterio dovrebbe, ad avviso del costituente, basarsi il legislatore per operare una restrizione degli illeciti penali. Il quesito può risolversi muovendo da un elemento assai decisivo. È indubbio che la Costituzione attribuisce un valore del tutto preminente alla libertà personale: la principale riprova di ciò è costituita dalla collocazione della norma che afferma l’inviolabilità della libertà personale (art.13) in apertura della Parte I della Costituzione... Ne consegue che la massima restrizione della libertà personale, qual è quella che si opera in via effettiva o potenziale tramite la sanzione penale, non può essere posta in essere se non come *extrema ratio*. Per precisare tale concetto che è di vecchia acquisizione può affermarsi oggi, con una maggiore consapevolezza costituzionale, che la sanzione penale può essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale».

²² Cfr. pure le ulteriori considerazioni critiche di L. GRECO, *Lesione di un diritto anziché lesione di un bene giuridico?*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli 2017, p.330 ss., con ampi riferimenti bibliografici sul dibattito nella dottrina tedesca.

²³ Cfr. per tutti S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p.51 ss.

violazione del “diritto soggettivo”, a prescindere da un reale e concreto danno patrimoniale²⁴. Il furto di un biglietto scaduto o di una melanzana (caso non di scuola²⁵) è violazione del diritto; la mera promessa contrattuale di interessi o vantaggi usurari è già violazione del diritto; e, com’è noto, muovendo da un’accezione giuridica di patrimonio si può sostenere che la truffa si realizzi già con la mera stipula di un contratto. La concezione del patrimonio come oggetto di un “diritto soggettivo” può comportare, in altri termini e tra le altre implicazioni, un’artificiosa anticipazione ed estensione della tutela penale. Il concetto di bene giuridico – in particolare, personale – richiama invece, storicamente, la necessità di un’offesa effettiva ed attuale, empiricamente verificabile, ad un bene della vita che il diritto ‘trova’ e non ‘crea’²⁶, che sia effettivamente meritevole e bisognoso di tutela penale.

Ma vi è una manipolabilità più grave ed agevolmente riscontrabile del concetto di “diritto individuale” quale oggetto della tutela penale: ad esempio, si pensi al “diritto alla sicurezza”²⁷ – un diritto alla “libertà dal crimine” – diffusamente declinato quale

²⁴ L. GRECO, op.cit., p.333, rileva la difficoltà di distinguere lesione e messa in pericolo del “diritto soggettivo”.

²⁵ Cass., Sez.V Pen., 2.11.2017, n.12823, su cui v. G. L. GATTA, [La Cassazione e il furto \(tentato\) di una melanzana: tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2018.

Certamente, si può sostenere che la proprietà di una melanzana sia un diritto fondamentale della vittima. Forse, però, accedere ad un tale punto di vista significherebbe avallare un intervento penale sproporzionato, ai limiti del grottesco e del classista.

²⁶ V. *supra*, nota 19.

²⁷ Significativo il richiamo a tale diritto nel famigerato diritto penale del nemico di G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna 2007, p.125; l’affermazione, in alcune Carte internazionali, del diritto alla sicurezza costituisce un’espressione onnicomprensiva, conforme alla vocazione di tale concetto indeterminato e perciò del tutto idoneo a costituire un bene giuridico. Sull’onnicomprendività e manipolabilità del concetto di sicurezza in diritto penale, cfr. per tutti K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. HEFENDEHL – A. VON HIRSCH – W. WOHLERS, Baden-Baden 2003, pp.172-173: «Sicurezza è l’assenza di pericolo di minaccia, in termini politico-criminali mancanza di punibili lesioni o esposizioni a pericolo di beni giuridici. Questa sicurezza sussiste, quando le norme penalmente sanzionate vengono osservate. Pertanto [...] sicurezza è soltanto il riflesso della vigenza fattuale delle norme, un nulla che grazie a un uso linguistico reificante viene trasformato in qualcosa di esistente e con ciò stilizzato in oggetto capace di assurgere a bene giuridico»; A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia - M. Palma, Milano 2001, 19 ss.; B. HAFFKE, *Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?*, in *Krit. Justiz*, 2005, 17 ss., spec. 20, 32; W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *HRRS* 2006, 130 ss., spec. 141 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.* 2006, 673: «La sicurezza come criterio di selezione di tipi criminosi si rivela un po’ simile al valore dell’“obbedienza come tale” di antica memoria [...]. Non solo qualunque fatto violento si pone naturalmente in contrasto con la sicurezza, ma qualunque fatto anche lontanamente prodromico a quello è capace di attentare alla sicurezza [...]. L’esito finale di questa operazione mistificatoria è lo scardinamento dell’intero sistema costituzionale dei diritti fondamentali»; M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini – M. Pavarini, Bologna 2011, pp.55-56; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, p.8 ss.; da ultimo, v. eventualmente A. CAVALIERE, *Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di W. HASSEMER – E. KEMPF – S. MOCCIA, München 2009, p.111 ss.; ID., *Punire per ottenere*

diritto individuale. Si tratta dello strumento concettuale ideale per legittimare artificiosamente un'incontrollabile espansione della sfera del punibile, sotto la bandiera demagogica dei "pacchetti sicurezza". Anche il diritto "alla tranquillità" o al "decoro urbano" si presta ad analoghe espansioni della punibilità a tutela di quelle "vittime", talora non molto 'tolleranti', che abitano nelle z.t.l. e chiedono misure punitive contro poveri ed emarginati che turbano tranquillità e decoro elemosinando o addirittura dormendo 'impunemente' per strada.

I rischi legati alla valorizzazione della "lotta" per i diritti soggettivi e "contro l'impunità" aumentano, allorché viene prospettato un "diritto della vittima alla punizione dell'autore".

3. Una concezione soddisfattoria e, in subordine, simbolica della pena?

Viganò ritiene che sostituire al riferimento ad un bene giuridico individuale quello al diritto soggettivo serva a porre nel debito rilievo la «ferita nella relazione tra autore e vittima, che reclama di essere ricomposta anzitutto sul piano intersoggettivo»²⁸. «La storia del diritto penale è caratterizzata, in verità, da una progressiva emarginazione della vittima, che da protagonista della reazione punitiva — come avveniva nelle epoche arcaiche — diviene spettatrice». Secondo l'illustre Autore, bisogna rimediare a tale stato di cose; e qui il discorso sull'oggetto della tutela penale si salda ad una tesi relativa alla funzione della pena. «Nei reati a vittima individuale, la giustificazione della pena si fonda a mio avviso essenzialmente sul *danno* che la condotta dell'autore ha cagionato *a quella vittima*. La reazione punitiva [...] è al fondo un tentativo - magari rozzo e idealmente sostituibile con altri più idonei allo scopo, come dirò tra un attimo - per ricomporre quella frattura intersoggettiva, venendo incontro all'istintivo, ma psicologicamente prepotente, bisogno di giustizia della vittima. In questi reati, è anzitutto la vittima che reclama la reazione dell'ordinamento; e una denegata giustizia - l'impunità dell'autore - sarebbe fatalmente destinata a essere da lei percepita come una ingiustizia ulteriore». Ciò non esclude che anche la società avverta un "bisogno di punizione"; e Viganò aderisce²⁹ all'orientamento secondo cui la «pena è, appunto, funzionale a contrastare, mediante la solenne riaffermazione della perdurante effettività della legge violata», una «sensazione collettiva di insicurezza»; ma viene prima «l'interesse primario della vittima a che sia fatta giustizia» nella sua vicenda.

Dunque, secondo l'autorevole studioso, la giustificazione della pena risiederebbe nel soddisfare «l'istintivo, ma psicologicamente prepotente, bisogno di giustizia della vittima», che reclama la "reazione punitiva"; secondariamente, la pena serve a riaffermare simbolicamente la vigenza delle norme. Una funzione primariamente soddisfattoria; secondariamente, di prevenzione generale *sub specie* rassicurazione

'sicurezza': corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative, in www.lalegislazionepenale.eu, 20.4.2021, 1 ss.

²⁸ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 5.

²⁹ *Op.ult.cit.*, 6.

simbolica collettiva, secondo la nota concezione di Jakobs³⁰. Tralasciando l'impressione di una certa disinvoltura nel trattare un tema che occupa una riflessione penalistica plurisecolare, c'è da chiedersi quanto tale orientamento sia conforme all'art.27 co.3 Cost. Per rendersene meglio conto, occorre leggere più avanti, ove Viganò prima afferma che l'autore del reato abbia un diritto fondamentale alla proporzionalità della pena, nel senso di una pena non eccessiva; poi precisa che il legislatore può rimettere al giudice la facoltà di irrogare pene *sproporzionate per difetto* rispetto alla gravità del reato, o addirittura di *rinunciare* alla pena, ma soltanto «al di fuori delle ipotesi in cui un *minimum* di reazione punitiva è richiesta a tutela di un nucleo di diritti fondamentali della vittima del reato, secondo i principi poc'anzi illustrati (*supra*, 2.2.)»³¹. Egli afferma inoltre che la rieducazione "potrebbe" essere riguardata quale oggetto di un diritto fondamentale del condannato; ma fa riferimento, qui, alla sola fase dell'esecuzione della pena.

In sintesi, secondo tale prospettiva, la pena, giustificata come si è visto, dev'essere, nella fase legislativa, proporzionata al reato; il legislatore può rimettere al giudice la facoltà discrezionale di irrogarne una inferiore o rinunciarvi, ma solo "al di fuori delle ipotesi" in cui un minimo di reazione punitiva sia dovuta, a tutela della vittima; in fase esecutiva, viene poi in considerazione la rieducazione.

Ebbene, già solo prendendo in considerazione tale visione della 'dinamica' della pena, non mi sembra che essa sia compatibile con la Costituzione. Secondo la Corte costituzionale, a partire dalla nota sent. n.313/1990, la finalità rieducativa della pena accompagna la stessa fin dalla fase della comminatoria edittale e nella sua intera dinamica. Ciò dovrebbe comportare che già in quella fase la pena prevista possa risultare inferiore a quella proporzionata al reato commesso, se ciò risulta funzionale ad esigenze di rieducazione: basti pensare ad una pena detentiva breve ed alla sua valenza criminogena, tale da imporre al legislatore di prevedere già in astratto ipotesi di sostituzione o sospensione della pena o di rinuncia alla stessa. Inoltre, risulta preoccupante il riferimento, in chiave 'ostativa', ad ipotesi in cui "un *minimum* di reazione punitiva" – quale sia, nessun lo sa - sia richiesto a tutela della vittima, secondo le cadenze emotive e soddisfatorie poc'anzi ricordate. Si potrebbe obiettare che l'eccezione è prevista a tutela di un nucleo di diritti fondamentali della vittima; ma Viganò afferma che quasi tutti i diritti individuali tutelati dalla Costituzione siano da ritenersi fondamentali³², ad esempio anche quelli patrimoniali.

Ma poniamo pure che si tratti di un reato grave: se una persona è stata uccisa, dolosamente o con preterintenzione o con colpa grave... -, qual è la pena proporzionata al reato, giustificata alla stregua delle esigenze istintive di punizione avvertite dai suoi familiari, quali vittime del reato e, perciò, titolari di un diritto fondamentale alla "reazione punitiva"? Qual è quella pena, al di sotto della quale non si può andare neppure per finalità rieducative, non solo in fase di comminatoria edittale, ma neppure in sede di commisurazione giudiziale della pena; e, magari, neppure in fase esecutiva,

³⁰ G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin – New York 1993, pp.9-10; ID., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn 2004, pp.29-30.

³¹ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 24.

³² *Ivi*, 7.

perché si potrebbe pur sempre porre in bilanciamento il diritto al reinserimento con quello delle vittime alla “giusta” soddisfazione retributiva? L’ergastolo, magari ostativo, salva la *probatio diabolica* di intervenuta rieducazione?

In generale, desta sconcerto l’idea di una giustificazione della pena quale soddisfazione del bisogno emotivo di giustizia, ovvero di “reazione punitiva”, avvertito dalla vittima. Viganò ricorda che il protagonismo della vittima appartiene ad epoche arcaiche del diritto penale. Ed è proprio così, nella misura in cui, dietro la pretesa «che sia fatta giustizia» con il castigo, si cela la vendicativa legge del taglione – che però potrebbe dar luogo ad esiti addirittura più ‘equilibrati’, come hanno sempre sostenuto i fautori della teoria retributiva, rispetto ad una pena rimessa alla reazione «istintiva, ma prepotente» della vittima -, vista quasi in chiave ‘umanitaria’ come diritto fondamentale della persona offesa. Un conto è assicurare alla vittima il diritto di partecipare nel processo penale, il diritto ad un accertamento statutale imparziale dei fatti e di eventuali responsabilità penali e il diritto a ricevere una riparazione per l’offesa accertata; ben altro è pretendere che la vittima abbia diritto all’inflizione statutale di un castigo, di un male, ad un altro essere umano. Mi limito, qui, a richiamare, in senso adesivo, la prevalente interpretazione della funzione costituzionale della pena in chiave di integrazione sociale – ossia di prevenzione, speciale e generale, positiva³³ - e ad esprimere il convincimento che il commiato dalla teoria retributiva, tanto più se declinata in chiave di soddisfazione dei bisogni istintivi di punizione avvertiti dalla vittima, sia una conquista culturale, prima che costituzionale, ormai consolidata ed irrinunciabile. Ad ogni modo, come ho accennato, Viganò prospetta uno spazio per alternative “ideali” ispirate all’idea di giustizia riparativa, su cui mi soffermerò più avanti.

Subordinatamente alla funzione satisfattoria, l’Autore aderisce alla teoria della pena quale assicurazione collettiva mediante riaffermazione simbolica del precetto violato. Anche tale teoria non mi pare compatibile con i principi costituzionali. Il reo non può essere usato come mezzo allo scopo di assicurare altri circa la vigenza delle norme: al contrario, la pena, fin dalla fase della comminatoria edittale, deve sempre considerare la persona del reo anche quale fine: artt.2, 27 co.1, 27 co.3 Cost.³⁴. Le pene possono essere impiegate solo se costituiscono uno strumento utile a prevenire offese a beni giuridici e non al mero fine di “assicurare simbolicamente” i consociati: un uso meramente simbolico – ovvero, demagogico o populistico - del diritto penale comporta l’inflizione ad una persona di una lesione di beni giuridici fondamentali senza che ne risulti un beneficio reale, effettivo per la tutela di beni giuridici altrui. Ad essere violato è lo stesso art.2 Cost., nella misura in cui lo Stato deve effettivamente garantire la tutela dei beni giuridici dei consociati – ma, come vedremo subito, non necessariamente mediante il

³³ Cfr. per tutti G. FIANDACA, *Art.27 co.3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Artt.27-28*, Bologna-Roma 1991, p.222 ss., 266 ss., 272 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p.96 ss.

³⁴ Sono considerazioni ampiamente diffuse nella nostra dottrina penalistica. Per un confronto con la teoria della pena di G. Jakobs, mi sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p.265 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

diritto penale –; e non ingannare o illudere la collettività “rassicurandola” per stabilizzarne il consenso.

4. Obblighi costituzionali e/o convenzionali di tutela penale?

Secondo Viganò³⁵, «riconoscere nel diritto soggettivo della vittima l’oggetto di tutela» comporta implicazioni in rapporto agli obblighi di tutela penale, che, contro l’avviso della prevalente dottrina penalistica italiana, dovrebbero essere ammessi e sarebbero imposti dal diritto internazionale pattizio e dell’Unione europea, che vincolano l’Italia *ex art.11 e 117 Cost.* La parola d’ordine su cui si fonda il diritto internazionale in materia sarebbe quella della “lotta contro l’impunità”. In particolare, obblighi di tutela penale deriverebbero dalla CEDU e il loro adempimento sarebbe «indispensabile per segnalare la determinazione dell’ordinamento a contrastare efficacemente simili attacchi, e assieme per rassicurare le vittime reali dell’aggressione e la generalità dei consociati sull’assenza di qualsiasi connivenza delle autorità statali con gli autori dell’aggressione»: ancora una volta, quindi, in chiave di rassicurazione simbolica. «Rispetto almeno ai *più fondamentali* tra i diritti umani — primi fra tutti, la vita, il diritto a non essere sottoposti a torture o alle moderne forme di schiavitù o di tratta, la libertà e integrità sessuale — tali doveri di prevenzione e di reazione non possono che attuarsi mediante l’intervento del diritto penale»³⁶.

Volendo lasciare da parte l’indeterminatezza – pur non lieve – del riferimento a diritti “più fondamentali”, occorre tener conto del dato per cui, nel paragrafo successivo, l’autorevole studioso richiama, in funzione di limiti all’intervento penale, i criteri – individuati da dottrina e giurisprudenza a livello internazionale - della proporzione in senso stretto, ma soprattutto della necessità ed idoneità della tutela penale, quali elementi di un giudizio di proporzionalità in senso ampio di tale intervento³⁷, giudizio presentato come oggetto di un “diritto soggettivo” dell’autore del reato, posto a sua difesa da pene illegittime. Ciò solleva l’interrogativo circa il reale significato della precedente affermazione di obblighi di tutela penale di determinati diritti. Infatti, se l’Autore intende sostenere che gli obblighi di tutela penale dei diritti “più fondamentali” prescindano dai requisiti della necessità/*extrema ratio* e della idoneità dell’intervento penale – ovvero, dall’osservanza del principio di effettività, magistralmente delineato da Carlo Enrico Paliero oltre trent’anni fa³⁸ – tale tesi risulta irricevibile, perché contraria a Costituzione. La pena, infatti, è sempre violazione di beni fondamentali della persona, quali dignità e – direttamente o indirettamente – libertà personale, tutelati dagli artt.2 e

³⁵ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 8.

³⁶ *Ivi*, 9.

³⁷ In argomento, cfr. spec. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, p.122 ss.

³⁸ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 430 ss.

13 Cost.; perché sia legittima, occorre che sia non solo proporzionata, ma anche necessaria ed utile a tutelare beni giuridici di rango costituzionale proporzionato³⁹.

Si pensi a pretesi obblighi di tutela penale riferiti a beni fondamentali quali la vita o la salute. Paliero prospettava, in apertura del proprio lavoro, l'esempio dell'abbandono di siringhe: un fatto astrattamente pericoloso per la salute ed eventualmente la vita altrui. Tenendo conto, però, che si tratta di una condotta diffusa e difficilmente controllabile, un intervento penale in materia sarebbe contrario al principio di effettività, perché darebbe luogo ad un inutile sovraccarico per la giustizia penale, viste le possibilità minime di un accertamento di responsabilità. Nonostante la rilevanza costituzionale dei beni in gioco, il principio di effettività comporta la necessità di rinunciare ad un intervento penale inefficace.

Chi dubitasse della decisività dell'esempio – tenendo conto che, in quel caso, la rinuncia all'intervento penale potrebbe fondarsi anche o piuttosto sull'esigenza di evitare un'eccessiva anticipazione della tutela, ossia in chiave di distanza della condotta dall'offesa - può confrontarsi con i due che seguono.

Il primo concerne gli stupefacenti: ormai non pare possano esservi dubbi circa la conclamata inefficacia dell'intervento penale in materia, orientato in senso marcatamente proibizionistico. Limitiamo il discorso ai derivati della cannabis. Ad oltre trent'anni dalla l. n. 162/1990, essi costituiscono le sostanze illegali di gran lunga più trafficate e consumate, reperibili praticamente ovunque, in un mercato che garantisce ingenti profitti alla criminalità organizzata di tipo mafioso, com'è stato riconosciuto persino in una relazione del Procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo⁴⁰. L'intervento penale in materia è accentuatamente selettivo, cioè colpisce solo una minima parte degli autori di reati, concentrandosi in misura preponderante su condotte di cessione e coltivazione al dettaglio, ovvero su 'pesci piccoli': una manovalanza italiana e straniera che contribuisce in modo rilevante al sovraffollamento delle nostre carceri, rendendole indegne di un Paese civile, in contrasto con l'art. 27 co. 3 Cost.

Orbene, al di là del fuorviante richiamo ad oggettività giuridiche artificiali ed onnicomprensive quali ordine pubblico, sicurezza e salute pubblica, una condotta di cessione, coltivazione, importazione etc. di stupefacenti può offendere soltanto la salute di una o più persone in carne ed ossa: è questo il bene giuridico – o il diritto fondamentale – realmente in gioco. Ma proprio il proibizionismo, com'è noto, aggrava i pericoli per la tutela della salute degli assuntori, nella misura in cui l'acquisto di hashish o marijuana sul mercato illegale comporta l'impossibilità di controllare che cosa si assuma e mette l'assuntore in contatto con venditori criminali, che, tra l'altro, sullo stesso 'banco' offrono droghe pesanti e, all'occorrenza, armi. L'intervento penale, in altri termini, non è strumento idoneo, ma inefficace e anzi controproducente in rapporto alla

³⁹ V. per tutti F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit. p.7 ss., che, nel delineare brillantemente il volto costituzionale dell'illecito penale, parte proprio da un'argomentazione che dimostra il rango costituzionale del principio di *extrema ratio*.

⁴⁰ DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA E ANTITERRORISMO, *Relazione annuale 2016*, reperibile online: <https://www.avvisopubblico.it/home/wp-content/uploads/2017/06/RELAZIONE-DNA-1.7.2015-30.6.2016.pdf>, p.337 ss.

tutela del bene salute, e comporta una serie di effetti collaterali avversi. Si dovrebbe, forse, accettare passivamente ed anzi legittimare un obbligo, di fonte internazionale, di tutela penale del bene fondamentale della salute individuale e/o collettiva, nonostante la sua conclamata ineffettività anche e proprio nella tutela della salute? Ciò sarebbe conforme soltanto ad un uso simbolico e demagogico del diritto penale, quale strumento per rassicurare illusoriamente la collettività, proclamando la “lotta contro l’impunità”: uno *slogan* manifestamente populista, ancor più se usato nell’accezione eticizzante di una “lotta del bene contro il male”. Il diritto penale di un ordinamento laico non può essere impiegato in chiave di “lotta” contro il male in senso etico o contro il ‘nemico’ di turno, ma solo per la tutela di beni giuridici, se è necessario ed utile, e sempre nel rispetto dei principi penalistici di uno stato costituzionale di diritto.

Il secondo esempio riguarda l’aborto, uno dei temi complessi e scottanti in rapporto ai quali sorse la risalente disputa circa gli obblighi costituzionali di tutela penale⁴¹. Viene qui in considerazione il “più fondamentale” dei beni, la vita umana; e una nuova vita inizia – aderisco consapevolmente all’orientamento più estensivo – fin dal concepimento. Ebbene, se in materia di aborto si trattasse semplicemente di bilanciare ‘diritti’ o beni, del feto e della madre, non potrebbero esservi dubbi: prevale la vita del feto, a meno che non sia in pericolo la vita della madre. Nessun altro bene può prevalere sulla vita del concepito.

Tuttavia, sarebbe gravemente fuorviante e persino disumano ridurre la questione della punibilità dell’aborto ad un bilanciamento di beni. Un’interruzione volontaria della gravidanza viene per lo più in considerazione in ipotesi in cui la madre si trova in una situazione esistenziale drammatica – ad esempio, versa in stato di grave difficoltà, materiale e/o psichica, o addirittura di abbandono, oppure ha subito uno stupro da cui è derivata la gravidanza, o ancora ha appreso di gravi malformazioni del feto – e, comunque, di conflitto interiore e quindi di sofferenza psicologica. Certo, può anche accadere che una donna scopra la propria gravidanza e, in assenza di qualunque difficoltà, non voglia procreare.

Ebbene, a mio avviso la disciplina vigente in ordinamenti come il nostro, che considera lecita l’interruzione di gravidanza a determinate condizioni, anche temporali, tiene conto di situazioni di inesigibilità e rinuncia condivisibilmente all’assurda pretesa di costringere una donna alla gravidanza, riconoscendo spazi, pur limitati, al suo diritto di decidere della propria maternità. E ciò non perché l’ordinamento riconosca la prevalenza, in un bilanciamento di beni, della libertà di autodeterminazione o di altri interessi della donna sulla vita del feto, e neppure soltanto per una *ratio* incentrata sulla scusa e fondata sull’inesigibilità di un agire diverso; bensì per una ragione diversa e complessa, seppure connessa al bilanciamento di beni e/o alla scusa. In quelle situazioni, sovente drammatiche, di bilanciamento di beni e di conflitto interiore entrano in considerazione, in maniera decisiva, i principi di *extrema ratio* e di idoneità/effettività

⁴¹ Cfr. per tutti D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1983, 484 ss.; F. BRICOLA, *Carattere “sussidiario” del diritto penale e oggetto della tutela* (1984), ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna 1997, p.192 ss., nonché, in tempi più recenti, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009, *passim*, spec. p.102 ss.

della tutela penale: si tratta, cioè, per un verso, di approntare ogni rimedio extrapenale per prevenire gli aborti, assicurando alla donna condizioni materiali e psichiche tali da poter decidere liberamente della propria maternità; ma anche di comprendere che criminalizzare sempre l'aborto sarebbe controproducente, perché porrebbe la madre, che si trovasse in una delle situazioni conflittuali appena descritte e che intendesse abortire, in una condizione di illegalità tale da abbandonarla alla clandestinità e, quindi, anche al mercato degli aborti illegali, con il risultato di rischiare la morte non solo del feto, ma pure della stessa gestante⁴². A meno che non si tratti di persona abbiente, che possa permettersi di andare ad abortire in un Paese in cui è lecito, magari presso un'efficiente, riservata e costosa struttura privata; il *vulnus* al principio di eguaglianza appare evidente.

Per le ragioni appena esposte, in molti ordinamenti costituzionali si rende lecito, nei primi mesi di gravidanza e/o in presenza di determinate indicazioni e condizioni, un fatto pur offensivo del diritto "più fondamentale", rinunciando alla "lotta contro l'impunità" o contro il male in senso etico mediante il diritto penale; e, in una prospettiva da stato sociale di diritto, al tempo stesso liberale e di solidarietà umana, si predispongono - e vanno resi il più possibile effettivi - strumenti extrapenalistici per tutelare sia l'interesse alla procreazione responsabile, sia la vita umana.

A questo punto, preferirei intendere la tesi di Francesco Viganò nel senso che obblighi di tutela penale – persino in rapporto al bene 'più fondamentale' di tutti, la vita – possano ravvisarsi soltanto qualora l'intervento penale sia non solo proporzionato, ma anche necessario e idoneo, ossia efficace, alla stregua di una valutazione di impatto complessivo dell'intervento penale. Tale interpretazione valorizza il richiamo, operato dall'Autore più avanti, ai principi di necessità e idoneità; egli, cioè, correggerebbe successivamente la precedente affermazione perentoria ed incondizionata. Ma, se è così, non comprendo dove sia il contrasto che egli ravvisa tra la sua tesi e la posizione della prevalente dottrina penalistica italiana: perché quest'ultima ha da tempo affermato l'inammissibilità di obblighi costituzionali di tutela penale, proprio sostenendo che il legislatore conservi uno spazio di discrezionalità legato a valutazioni non solo in chiave di bilanciamento di beni, ma anche di sussidiarietà ed effettività dell'intervento penale. Secondo la nota formulazione di Hassemer, il bene giuridico – ma lo stesso dovrebbe valere per il 'diritto individuale della vittima' – ha solo una «funzione negativa di legittimazione»: ravvisare l'offesa ad un bene giuridico non comporta di per sé un obbligo di tutela penale⁴³.

Sotto altro profilo, la prospettazione di obblighi internazionali di tutela penale si pone in contrasto – se non nella forma, sicuramente nella sostanza – con il principio di riserva di legge di cui all'art. 25 co. 2 Cost., principio fondamentale ed in quanto tale 'controlimite' insuperabile persino dai trattati internazionali. Nessuna autorità

⁴² Cfr. in tal senso, nella manualistica, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 12^a ed., Milano 2023, pp. 13-14.

⁴³ W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a.M. 1973, p. 115; nello stesso ordine di idee, cfr. F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 192 ss.

sovrana nazionale può legittimamente arrogarsi – e che ciò avvenga diffusamente nella prassi non significa che sia legittimo, secondo la nota legge di Hume – il potere di dettare al legislatore norme incriminatrici, ossia fattispecie di reato e sanzioni penali che egli sarebbe obbligato ad introdurre; soltanto il legislatore può decidere se e quali norme penali prevedere, conformemente alla *ratio* democratica e, insieme, di garanzia del principio di legalità. Ed un tale monopolio del legislatore interno risulta funzionale anche sul piano della proporzione, necessità e idoneità allo scopo della pena, perché l'imposizione di una disciplina penale rigidamente uniforme ignorerebbe la struttura e la funzione degli ordinamenti e dei sistemi penali nazionali. Ad esempio, è evidente che un obbligo internazionale o sovranazionale di prevedere una pena massima di almeno dieci anni di reclusione per un determinato reato comporta il rischio di gravi disarmonie all'interno dei singoli sistemi delle comminatorie edittali⁴⁴.

D'altro canto, costituisce un fraintendimento del significato dell'adempimento degli obblighi internazionali di tutela penale, nonché un ostacolo alla stessa efficacia della tutela penale, l'idea secondo cui gli Stati dovrebbero tradurre pedissequamente il dettato delle convenzioni internazionali in norme incriminatrici. Un fraintendimento, perché l'adempimento di obblighi internazionali deve comunque tener conto dei principi costituzionali: ad esempio, norme formulate in termini gravemente carenti sul piano della determinatezza-tassatività, o che rendano punibili remoti atti preparatori – sul punto tornerò più avanti – non possono essere trasposte nel nostro sistema penale. Ma un fraintendimento anche perché gli obblighi internazionali non devono essere necessariamente adempiuti introducendo una norma di taglio casistico *ad hoc*: occorre invece che la normativa interna garantisca una tutela, eventualmente penale, efficace⁴⁵. L'idea di una pedissequa trasposizione, inoltre, può rappresentare un ostacolo all'efficacia stessa della tutela penale: ad esempio, richiedere la difficile prova di una intenzionalità o di un determinato dolo specifico può vanificare, nei fatti, la previsione di una norma incriminatrice.

A sostegno degli obblighi di tutela penale, Viganò adduce due argomenti che non mi paiono convincenti. In primo luogo, la previsione di un fatto quale illecito penale comporta la possibilità di indagini penali e dunque una tutela efficace; l'Autore fa l'esempio della tortura. La resistibilità dell'argomento, a mio parere, dipende dalla strutturale selettività dell'intervento penale – e quindi delle stesse indagini –, ben nota

⁴⁴ Sul tema, in riferimento al c.d. *Corpus Juris 2000*, cfr. le magistrali considerazioni di T. PADOVANI, *Le sanzioni nel Corpus iuris 2000*, in S. MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli 2004, p.67 ss

⁴⁵ La stessa sent. Corte EDU, Cestaro c. Italie, cit., n.239 ss., spec.245 – qualunque cosa si pensi intorno alla necessità di un'apposita incriminazione al riguardo - non richiede affatto l'introduzione di una figura di reato *ad hoc*, ma afferma l'inadeguatezza della legislazione in materia e la necessità di una riforma strutturale, precisando che spetta al singolo Stato «la scelta dei mezzi adeguati per adempiere al proprio obbligo» di tutela da torture ed altri maltrattamenti mediante misure generali, imposto dal combinato disposto degli artt. 3 e 46 CEDU.

alla criminologia, specie critica⁴⁶, ma pure alla più attenta dottrina penalistica⁴⁷. È altrettanto risaputo, inoltre, che la stessa tutela penale, anche laddove è necessaria e può essere efficace, richiede comunque, proprio per risultare efficace e non meramente simbolica, l'attivazione previa e/o contestuale di misure extrapenali. Molti fatti di tortura – quelli scoperti sono, come temiamo in molti, solo la punta dell'*iceberg* – si verificano perché mancano una selezione psico-attitudinale e una formazione culturale adeguata delle forze dell'ordine; perché mancano rimedi di prevenzione situazionale – ad esempio, numeri identificativi degli agenti e telecamere – atti ad identificare gli appartenenti alle forze dell'ordine che si rendano autori di torture ed aggressioni violente di persone inermi, anche all'interno delle carceri italiane; perché non funzionano adeguatamente le sanzioni disciplinari, anzi, talora si è assistito a promozioni, nonché addirittura a condotte di mancata collaborazione delle autorità di polizia alle indagini penali volte all'identificazione degli agenti autori delle violenze⁴⁸. Insomma, affidarsi al solo diritto penale per contrastare fatti di tortura e/o aggressioni commessi da appartenenti alle forze dell'ordine rischia di risultare una mera illusione repressiva.

Ad ogni modo, l'obbligo di tutela penale non può fondarsi sulla necessità di disporre di più incisivi poteri di indagine, anche perché ciò costituirebbe un'inversione dei rapporti tra diritto e procedimento penale: se un fatto non necessita dell'intervento penale alla stregua di criteri di offensività, proporzione, utilità e necessità, non si può renderlo punibile al solo scopo di attivare i poteri di indagine di pubblico ministero e polizia giudiziaria. Al contrario, poiché a quei poteri corrispondono interventi particolarmente incisivi sulle libertà della persona indagata, essi sono attivabili solo in rapporto a notizie "di reati", cioè di fatti in sé meritevoli e bisognosi di pena. L'obbligo di tutela penale non può farsi scaturire dall'utilità di 'chiamare la polizia', ma, al contrario, un procedimento penale può attivarsi solo a partire dalla notizia di un fatto che necessita di una pena.

Anche il secondo argomento addotto da Viganò in favore di obblighi di tutela penale mi pare piuttosto debole: è il richiamo alla tradizione, e per giunta ad una tradizione soddisfattoria e simbolica. «La risposta pubblica assicurata dal processo, e dalla solenne affermazione di responsabilità che consegue a una sentenza di condanna, è da sempre considerata dalla società come lo strumento principe per ricomporre il *vulnus*

⁴⁶ Resta di grande attualità la lezione di A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982, p.99 ss., 159 ss.; cfr. pure M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, pp.12-124.

⁴⁷ Cfr. C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova 1985, p. 231 ss.; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p.7 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, trad. it., Napoli, 1994, p.32 ss., 145 ss.

⁴⁸ Si legga in proposito la nota sent. della Corte EDU, V. Section, *Affaire Cestaro c. Italie*, 7 aprile 2015, reperibile in <https://hudoc.echr.coe.int>, p.38, n.216: «La Corte deplora che la polizia italiana abbia potuto rifiutare impunemente di fornire alle autorità competenti la cooperazione necessaria all'identificazione degli agenti che potevano essere implicati negli atti di tortura» (trad. dello scrivente). V. pure i nn. 217-218 in rapporto ai dubbi della Corte EDU circa l'effettiva adozione di sanzioni disciplinari.

provocato dal reato alla vittima, e assieme a assicurare la collettività»⁴⁹. Oltre alle considerazioni critiche già svolte in rapporto alle finalità soddisfattorie e di assicurazione, va aggiunto che tale argomentazione trascura il dato per cui sostenere obblighi di tutela penale significa molto di più che affermare la necessità di un'affermazione di responsabilità: significa sostenere la necessità dell'infrazione di una pena, che non può essere legittimata alla stregua delle finalità 'tradizionali' prospettate dall'Autore. Ad ogni modo, anche la solenne affermazione di responsabilità insita nella condanna, in un diritto penale della tutela di beni giuridici, deve servire alla loro reale protezione e non a mere finalità simboliche di autorappresentazione, soddisfazione emotiva di bisogni di punizione o assicurazione collettiva.

5. Cause di giustificazione e diritti soggettivi.

Francesco Viganò ritiene che la sostituzione del concetto di bene giuridico individuale con quello di diritto soggettivo abbia implicazioni significative in materia di scriminanti. In primo luogo, sostiene che ne derivi l'inquadramento del consenso dell'avente diritto quale causa di esclusione della tipicità; tuttavia, egli riconosce che Roxin sia pervenuto alla stessa conclusione – che condivido – a partire dall'idea di tutela di beni giuridici⁵⁰; ragion per cui non si comprende quale sia l'utilità della predetta sostituzione.

In rapporto agli artt. 52 e 53 c.p., l'illustre Autore afferma che il riferimento ai diritti umani consenta, richiamando in particolare la CEDU, di esigere per tali scriminanti una base legale e il requisito della proporzione, nonché di pervenire ad un'interpretazione restrittiva di entrambe. Anche un tale obiettivo appare, in via di principio, condivisibile. Dubito, però, che il riferimento ai diritti umani o fondamentali abbia effettivamente tale valenza di garanzia: innanzitutto a causa della già ricordata manipolabilità del riferimento a diritti fondamentali. Ad esempio, se si riconoscesse un diritto individuale fondamentale alla 'sicurezza', l'"intrusione violenta" in un luogo di domicilio di cui all'art.52 co.4 c.p., anche solo con violenza sulle cose, giustificerebbe, in termini di proporzione, l'uccisione dell'intruso? Ai sensi dell'art. 2 CEDU, non si tratta forse di "garantire la difesa" da una "violenza illegale"? La risposta dipende da come la Corte EDU interpreti l'art. 2; ed è noto che, in generale, la giurisprudenza di tale Corte sia piuttosto ondivaga, ossia non sufficientemente prevedibile. Su quest'intima contraddizione della 'legalità convenzionale' tornerò fra breve.

Qualora l'esempio appena addotto non convinca, se ne può prospettare un altro piuttosto inquietante: secondo l'art. 2, co.2, lett. b prima parte CEDU, è legittimo uccidere «per eseguire un arresto regolare». Al di là di acrobazie ermeneutiche certamente possibili e ispirate a lodevoli motivazioni, è difficile comprendere quale senso legittimo possa avere, in uno stato di diritto orientato al primato della persona e della vita,

⁴⁹ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 10.

⁵⁰ *Op.ult.cit.*, 11.

uccidere per arrestare! Questa ipotesi, che rischia di fornire una copertura a pene di morte illegali eseguite dalle forze dell'ordine - di problematica riconduzione agli artt. 51, 52 e 53 c.p. - andrebbe semplicemente eliminata da una Convenzione «per la salvaguardia dei diritti dell'uomo»⁵¹. E lo stesso vale per altre previsioni della CEDU: penso in particolare all'art. 5, che consente di privare della libertà personale, mediante arresto e/o detenzione, “un alienato”, “un alcolizzato”, “un tossicomane” o “un vagabondo” in quanto tale.

Ma ammettiamo pure che si possa richiamare la giurisprudenza della Corte EDU per rendere punibili condotte che, secondo la legge penale italiana, ovvero in base agli artt. 52-53 c.p., non lo siano: tale cosiddetta ‘riduzione teleologica’ ridondante *in malam partem* quanto è compatibile con la *ratio* di garanzia del principio di legalità? Parlo del principio costituzionale, non di quello convenzionale, che è un mero principio di ‘giuridicità’, giacché, com'è noto, ammette quale fonte di diritto penale pure una circolare amministrativa o una sentenza. A mio avviso, una soluzione adeguata in rapporto ai gravi rischi di offesa di beni giuridici personali quali vita, integrità fisica e libertà, che derivano dalla vigente disciplina di cui agli artt. 52-53 c.p., passa necessariamente per una riforma legislativa.

In rapporto allo stato di necessità, l'eminente penalista ritiene che soltanto il riferimento a diritti soggettivi possa rimediare ad un orientamento che guarda «ai beni come altrettanti oggetti dell'interesse collettivo, trascurando completamente la loro possibile dimensione di “diritti” individuali”; perché tali diritti sono comprimibili solo alle condizioni stabilite dalla Costituzione e dalle Carte internazionali»⁵². «Pensiamo alle situazioni nelle quali, nel nostro Paese, è stata più discussa negli scorsi decenni la possibile applicazione dello stato di necessità: l'alimentazione coattiva di detenuti in sciopero della fame, l'emotrasfusione coatta a pazienti che si oppongono a tale intervento per ragioni religiose, l'impedimento fisico a lasciare una comunità di recupero per tossicodipendenti nel corso del trattamento di disintossicazione, l'uso di violenza fisica contro persone arrestate per ottenere informazioni rilevanti nel contrasto ad organizzazioni terroristiche».

Dico subito che, in riferimento a tutti e quattro i casi, condivido pienamente il rifiuto di una giustificazione fondata sullo stato di necessità, sostenuto da Francesco Viganò. Ma motivo tale rifiuto a partire dall'idea di tutela di beni giuridici della persona, quali la libertà di autodeterminazione di una persona ‘capace d'intendere e volere’ in ordine alla propria alimentazione e idratazione, così come alle cure, anche da dipendenze; nonché la libertà morale e l'integrità fisica, compromesse dall'uso di violenza fisica per ottenere informazioni. Non condivido la tesi secondo cui il concetto di bene giuridico debba essere necessariamente ridotto ad “oggetto di interesse collettivo”, per la semplice ragione, già ricordata, che esiste e va accolta una concezione personale di bene giuridico.

⁵¹ In argomento, mi sia consentito rinviare a *L'art. 53 c.p. e la vita del ragazzo che fugge*, in *Crit. dir.* 1/2021, 32 ss.

⁵² F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 13, anche per la citazione seguente.

Inoltre, il riferimento a diritti umani risulta tutt'altro che risolutivo e rassicurante, dal momento che, almeno in alcune delle ipotesi richiamate da Viganò, potrebbe venire in considerazione una limitazione di "diritti umani" come quelle previste nei capoversi degli artt.8 ss. CEDU, che costituiscono una pesante ipoteca, incentrata su concetti gravemente indeterminati, onnicomprensivi e manipolabili quali la sicurezza, l'ordine, la protezione della "morale" – *sic!* – e della salute; laddove quest'ultima viene intesa evidentemente come limite oggettivo, legato ad un "interesse collettivo", che osterebbe al libero esercizio dell'autodeterminazione individuale. Mi riferisco, più in particolare, al dato per cui l'art.8, in tema di rispetto della vita privata, al co.2 ammette l'ingerenza di autorità pubbliche sull'esercizio di tali diritti, purché "sia prevista dalla legge" – ma, si ricordi, la legge intesa nel senso della CEDU! – «e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». A sua volta, l'art.9, in materia di libertà di pensiero, coscienza e religione, sempre al co.2 consente restrizioni con base legale – sempre nel senso della CEDU – «che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui».

Si potrebbe replicare che rilievi simili restano fermi al solo tenore della CEDU, ma che la Corte EDU, il 'buon giudice' europeo, ha già rimediato e rimedierà ancora, 'tassativizzando' e restringendo per via ermeneutica quelle vaghe clausole. Ma una tale replica potrebbe soddisfare solo chi non tenga nella debita considerazione la legalità presa sul serio, cioè quella costituzionale, comprensiva, in materia penale, della riserva di legge e della determinatezza/tassatività; e solo chi non voglia vedere ciò che vedono molti studiosi della giurisprudenza della Corte EDU in materia penale, ossia il suo carattere ondivago, incompatibile con esigenze fondamentali di certezza del diritto⁵³.

Concludendo sul tema, l'illustre Autore afferma: «Le ordinarie cause di giustificazione previste dal codice penale non possono essere invocate per rendere lecite condotte lesive di diritti fondamentali della persona, al di là dei limiti» costituzionali e convenzionali. Ma ciò senza pregiudizio di uno stato di necessità scusante «in conformità a una *ratio* di indulgenza per l'eccezionale situazione psicologica in cui versi l'autore, legata all'anormalità delle circostanze concomitanti alla sua condotta, che resta però antiggiuridica»⁵⁴. Si può condividere o meno tale definizione della *ratio* dello stato di necessità scusante. Ma mi auguro – anzi, ne sono convinto – che l'osservazione citata

⁵³ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, p. 340, secondo cui la Corte EDU si è dimostrata «di volta in volta poco incisiva, vaga, frammentaria, inafferrabile, troppo fortemente legata al caso concreto e quindi insuscettibile di significativa generalizzazione, incapace di fornire chiare linee guida, politicamente influenzabile (e influenzata), cauta fino all'estremo...»; v. pure V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano 2011, p.23 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, *ivi*, p.93 ss.

⁵⁴ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 14.

non abbia nulla a che vedere con la casistica prospettata da Viganò: cioè, che egli non intenda affatto aprire al riconoscimento di una scusante per il rappresentante della pubblica autorità che costringa un detenuto ad alimentarsi, per il sanitario che costringa il testimone di Geova a subire la trasfusione, per l'operatore di una comunità di recupero che rinchiuda con la forza un tossicodipendente che decida di uscirne, o per il poliziotto che usi violenza fisica contro persone arrestate per estorcerne dichiarazioni.

6. Lesione del “diritto della vittima” e giustizia riparativa

Secondo Viganò, lo spostamento d'accento dalla lesione del bene giuridico a quella del diritto della vittima inciderebbe sulla misura della pena, in quanto servirebbe «a meglio focalizzare l'incidenza delle condotte dell'autore successive al reato sullo stesso giudizio di proporzionalità della pena, nonché sulla possibilità di modificare la risposta sanzionatoria — o addirittura di rinunziarvi *in toto* — in conseguenza di sue condotte riparatorie»⁵⁵. Anche a tal proposito, va però osservato che l'incidenza sulla misura della pena — fino ad escludere l'applicazione di una pena detentiva — di una condotta riparativa ha, già da lunga data, formato oggetto di autorevoli proposte dottrinali, progetti di riforma e novelle legislative muovendo dall'idea della tutela di beni giuridici⁵⁶; pure sotto tale profilo, la sostituzione di tale concetto con quello di diritto individuale non risulta realmente innovativa.

Ad ogni modo, l'autorevole studioso afferma che, al di là delle previsioni vigenti che valorizzano la riparazione del danno, la misura della pena debba tener conto non solo delle condotte riparative, «ma anche d[e]ll'eventuale volontà della vittima di riconoscere l'almeno parziale ristoro all'ingiustizia subito realizzato dalla condotta “virtuosa” del reo successiva al reato». Si tratta di «ricercare risposte al trauma subito dalla vittima in conseguenza del reato più soddisfattive per la vittima stessa, dal punto di vista materiale e — più ancora — psicologico, di quanto non sia possibile ottenere mediante l'esecuzione della pena»⁵⁷. Il percorso della risocializzazione e quello della riparazione dovrebbero intersecarsi, potendo dar luogo, in sede di esecuzione, all'attenuazione della pena o alla rinuncia alla stessa, in considerazione dell'evoluzione

⁵⁵ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 15.

⁵⁶ Cfr. solo C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1987, 3 ss., spec.15 ss.; *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, Berlin 1992; § 46a StGB, che si riporta per comodità del lettore: «Composizione tra autore e vittima, riparazione del danno.

Quando l'autore

1. nello sforzo di raggiungere una composizione (composizione tra autore e vittima), ha riparato il fatto commesso interamente o in misura preponderante o ha perseguito seriamente la riparazione, oppure
2. in un caso in cui la riparazione del danno ha richiesto per lui prestazioni personali significative o rinunce personali, ha risarcito la vittima interamente o in misura preponderante,
il Tribunale può diminuire la pena secondo il § 49 co. 1 o, se non viene inflitta una pena detentiva superiore ad un anno o una pena pecuniaria superiore a 360 tassi giornalieri, astenersi dal punire» (trad. dello scrivente).

⁵⁷ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 15-16.

e dell'esito di entrambi i percorsi. Ma «senza dimenticare con ciò gli interessi collettivi all'esecuzione della pena - e in particolare la necessità di tutelare la società contro l'eventuale residua pericolosità del condannato»⁵⁸. Più avanti, l'Autore, nel considerare la proporzionalità della pena quale diritto fondamentale del reo, precisa che l'ordinamento può ben «ridurre la pena o addirittura *escluderla* in cambio, ad esempio, della sua collaborazione processuale o di altre condotte successive al reato, ovvero della scelta di un rito semplificato rispetto al dibattimento»⁵⁹.

Non è possibile, in questa sede, affrontare il complesso tema della giustizia riparativa. In particolare, lascio qui da parte la questione dell'ardua conciliabilità di una mediazione in corso di procedimento penale – quale strumento riparativo – con la presunzione di non colpevolezza, art.27 co.2 Cost., alla cui stregua già discutere di “autore” e della “sua” vittima prima che il giudice accerti fatti e responsabilità penali appare costituzionalmente problematico, per usare un eufemismo. Mi limito piuttosto a ribadire – in riferimento anche ad una riparazione in fase esecutiva – che nel nostro ordinamento la pena deve tendere alla rieducazione, art.27 co.3 Cost., intesa laicamente nel senso della risocializzazione; in tale prospettiva, condotte riparatorie volontarie – al di là della *Gesinnung*, ovvero dell'atteggiamento interiore che le sorregga, il cui accertamento è semplicemente impossibile – possono svolgere un ruolo positivo nel superare il conflitto intersoggettivo tra autore e vittima e nel reinserimento sociale del reo⁶⁰. Ciò, tuttavia, non comporta che la “volontà della vittima” di riconoscere il ristoro possa avere rilevanza sulla misura della pena: perché in tal modo si farebbe dipendere la misura della pena da tale volontà della vittima, assegnando alla pena stessa un'inaccettabile funzione satisfattoria. Il rifiuto di una condotta riparativa da parte della vittima non può comportare una conseguenza punitiva per l'autore. Per altro verso, qualora un percorso di risocializzazione abbia avuto esito positivo, un esito negativo sul piano della giustizia riparativa – ad esempio, per l'impossibilità materiale di risarcire il danno e l'indisponibilità ad una soluzione simbolica, si tratti persino del rifiuto non da parte della vittima, ma dello stesso autore, che pur in presenza di una ‘revisione critica’ del fatto commesso non voglia incontrare la vittima – non può risultare preclusivo di benefici relativi all'esecuzione della pena, perché le pene devono tendere alla rieducazione e non a finalità satisfattorie oppure eticizzanti.

In effetti, i sostenitori di una valorizzazione della giustizia riparativa pongono in evidenza la sua connotazione di processo psicologico individuale e sociale di riconciliazione, favorito da prestazioni materiali o anche solo simboliche⁶¹; ma una tale riconciliazione, nella sua componente di atteggiamento interiore, fatta di “ascolto, empatia, riconoscimento dell'altro, vergogna, fiducia”⁶², rimane imperscrutabile quanto

⁵⁸ *Op.ult.cit.*, 16.

⁵⁹ *Op.ult.cit.*, 24.

⁶⁰ Cfr. ancora magistralmente C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 15 ss.

⁶¹ Cfr. per tutti G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017, p.47 ss.

⁶² Le «cinque parole per comprendere la giustizia riparativa», v. G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *op.cit.*, p.109 ss.

l'intima spontaneità della prestazione del reo, e la sua valorizzazione in chiave di misura della pena rischia di comportare una impropria, oltre che poco praticabile, eticizzazione della giustizia penale⁶³.

Al di là di tali considerazioni di fondo, che andrebbero sicuramente approfondite, l'orientamento espresso dal nostro Autore presenta tratti di ambiguità, nella parte in cui condiziona, in misura indefinita, l'incidenza della riparazione sulla pena – non alla risocializzazione, bensì – agli interessi collettivi all'esecuzione della pena stessa e all'esigenza di tutelare la società dalla 'pericolosità del reo'.

Qui riaffiora la questione essenziale se la pena debba servire a soddisfare la vittima o a tutelare beni giuridici. La dominante legittimazione della pena in relazione a finalità di prevenzione generale e speciale non guarda al passato, ma al futuro, in termini di reinserimento sociale del reo e di tutela da ulteriori offese a beni giuridici di uno o più consociati. Una condotta volontaria – nel mero senso di non imposta, ma neppure supportata da un indimostrabile ravvedimento interiore – che sia realmente e non solo simbolicamente riparatoria può certamente, come abbiamo visto, risultare utile nella prospettiva della risocializzazione e della prevenzione generale positiva, in quanto rientri in un percorso di esecuzione della pena volontariamente 'agita' e non subita dal condannato. Resta il dato per cui può esservi risocializzazione senza riparazione e riparazione senza risocializzazione, e lo scopo precipuo della pena secondo la Costituzione è la risocializzazione; d'altro canto, se vi è recupero sociale del reo, l'"interesse collettivo all'esecuzione della pena" o la prevenzione della "pericolosità" soggettiva – concetto, peraltro, notoriamente di problematica verificabilità empirica – non possono da soli legittimare la pena, se non in termini soddisfattori o di prevenzione speciale negativa, ossia di neutralizzazione, incompatibile con l'art. 27 co. 3 Cost.

Ad ogni modo, dall'angolo visuale di una critica, sia interna che esterna, dell'orientamento dell'illustre Autore, non risulta condivisibile la disinvoltura con cui egli legittima una diminuzione o una totale rinuncia alla pena quale corrispettivo della mera collaborazione processuale o della scelta di un rito "semplificato". Invero, sia dal punto di vista della vittima, sia, come è stato diffusamente rilevato, sul piano della tutela di beni giuridici e della funzione costituzionale della pena – tralasciando ulteriori profili – si tratta di affermazioni alquanto problematiche⁶⁴.

⁶³ F. PALAZZO, nella sua *Prefazione* a G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, op.cit., p.XIV, parla di un messaggio «eticamente connotato» che «vibra in tutto il libro».

⁶⁴ Sulla controversa legittimità di premi per la collaborazione processuale, cfr. tra gli altri spec., in senso favorevole, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano 2002, p.382 ss., 418-419, 442 ss., 517 ss. e *passim*, e in precedenza, cautamente D. PULITANO, *Rigore e premio nella risposta alla criminalità organizzata*, in AA.VV., *I reati associativi*, Milano 1998, pp.149-150; ID., *Tecniche premiali tra diritto e processo penale*, in AA.VV., *La legislazione premiale*, Milano 1987, pp.84, 93 ss.; in senso critico, F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale* (1983), ora in *Scritti di diritto penale*, I, Tomo II, Milano 1997, p.1421; L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.* 1982, 209 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli 1997, p.186 ss.; E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in AA.VV., *La legislazione premiale*, cit., p.122 ss.; T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 529 ss.; ID., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1986, 417 ss.; L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, 664 ss.

Non si vede, ad esempio, come il premio per la mera scelta del rito abbreviato, che comporti in caso di condanna la riduzione della pena di un terzo, poniamo da trent'anni a vent'anni, possa risultare compatibile con le esigenze "satisfattorie" di diritti fondamentali della vittima rivendicate da Viganò: mi pare evidente che simili diminuzioni di pena frustrino tali esigenze, sia individuali che avvertite dalla collettività. In ogni caso, la valorizzazione di esigenze satisfattorie della vittima dovrebbe comportare che quest'ultima potesse interloquire su tali forti diminuzioni di pena; il che, d'altronde, conferma l'inaccettabilità di tale valorizzazione, perché non si può far dipendere l'inflizione di dieci anni di pena detentiva in più dalla volontà della vittima! Piuttosto – da un punto di vista di critica esterna alla prospettiva indicata dall'Autore – la diminuzione di pena legata alla mera scelta di un rito alternativo semplificato risulta in contrasto con legittime finalità di prevenzione generale e speciale, nonché con l'esigenza di un pieno accertamento di fatti e responsabilità, nell'interesse non solo dell'autore e della collettività, ma della stessa vittima. La posizione espressa dall'autorevole studioso al riguardo mi pare rappresentare, perciò, una contraddittoria legittimazione dell'esistente.

E ciò vale anche per il complesso e controverso tema, che non è possibile discutere in questa sede, della collaborazione processuale: la questione resta quella dell'impossibilità di prospettare un nesso inscindibile tra collaborazione e rieducazione – com'è ben noto, anche alla luce della recente controversia intorno all'ergastolo ostativo –, ma anche tra collaborazione processuale, tutela dei diritti della vittima e giustizia riparativa, perché è ben possibile che via sia l'una senza l'altra. Piuttosto, la valorizzazione della collaborazione processuale continua notoriamente a porsi in conflitto sia con le funzioni legittime della pena – ivi compresa la tutela di beni giuridici –, sia con i principi costituzionali del giusto processo.

7. Legalità, proporzione, colpevolezza: principi o diritti della persona? L'attacco al principio di offensività.

Dopo aver riconosciuto l'apporto garantistico proveniente dall'orientamento costituzionalistico del diritto penale, Viganò osserva: «Forse, però, è mancata sinora una riflessione approfondita sulla natura e, direi, sulla *teleologia* di questi limiti. La penalistica italiana, dagli anni Settanta in poi, ha dedotto dalla Costituzione soprattutto "principi"» vincolanti per legislazione, giurisprudenza ed esecutivo, ma «la tendenza è stata quella di considerare questi limiti come altrettanti canoni la cui *ratio* è stata per lo più ancorata a interessi super-individuali, a cominciare dalla loro funzionalità agli scopi general- e specialpreventivi della pena. La "scoperta" della Convenzione europea ha posto, però,

In relazione ai riti premiali, la condivisibile opposizione della dottrina penalistica è alquanto diffusa, cfr. per tutti F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.* 1989, 330 ss.; P. FERRUA, *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in *Studi sul processo penale*, II, Torino 1992, p.20 ss.; G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.* 1990, I, c.2387 ss.

la dottrina italiana di fronte a una prospettiva nuova: e precisamente alla possibilità di rileggere questi principi come altrettanti “diritti umani”»⁶⁵.

A me pare, invece, che la dottrina penalistica italiana abbia approfondito, specie negli anni Settanta, la *ratio* e le implicazioni dei principi, segnatamente di quelli cui fa riferimento l'illustre Autore, ovvero legalità, offensività, colpevolezza – *rectius* personalità della responsabilità penale – e proporzionalità; e che ne abbia sempre, condivisibilmente, valorizzato proprio l'aspetto di garanzie individuali, di tutela della persona nei confronti del potere punitivo statale. Basti pensare all'affermazione della *ratio* prioritariamente di garanzia individuale – piuttosto che di certezza (del ‘comando’) – del principio di legalità⁶⁶ o all'arcinota elaborazione, prima in dottrina⁶⁷ e poi nella storica sentenza della Corte cost. n.364/1988, del “principio di colpevolezza”⁶⁸ quale garanzia individuale prevalente su esigenze di prevenzione generale, sia in rapporto al problema della responsabilità oggettiva che alla disciplina dell'*ignorantia legis*.

L'orientamento costituzionalistico della dottrina italiana ha dunque da tempo ‘letto’ i principi quali garanzie individuali. Del resto, la “scoperta” della CEDU, sotto tale punto di vista, non poteva fornire alcun contributo ad intendere la riserva assoluta di legge o la determinatezza/tassatività della legge penale quali garanzie individuali dal potere punitivo statale, per la semplice ragione che tali principi o ‘diritti umani’ non sono contemplati dalla CEDU. E lo stesso si dica per il principio di offensività e per quello di personalità della responsabilità penale.

Con ciò non intendo certo negare che l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU abbia apportato contributi preziosi, anzi fondamentali all'affermazione di alcuni principi o diritti individuali; ciò è avvenuto in particolare valorizzando principi o corollari degli stessi che la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione italiana non avevano adeguatamente valorizzato, a causa di una pluralità di limiti, di carattere politico-criminale, dommatico e strutturale.

Sul piano politico-criminale, mi riferisco, ad esempio, a quelle tendenze conservatrici che hanno fatto sì che, per un verso, le declaratorie di illegittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza siano pochissime – pure in

⁶⁵ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 17.

⁶⁶ Magistralmente, per tutti, F. BRICOLA, *Art.25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, p.231 ss., spec.234: «I tre profili dell'articolo in esame 2° comma, pur sorretti da esigenze specifiche, appaiono, dunque, tutti coordinati verso l'unica finalità di garanzia della libertà personale». Nella manualistica, v. fra gli altri G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 51, secondo cui attribuire al Parlamento «il monopolio della produzione delle norme penali significa assicurare – a garanzia della libertà dei cittadini – una più forte legittimazione alle scelte punitive dello Stato, e una ancor più accentuata preclusione agli interventi del potere esecutivo e del potere giudiziario».

⁶⁷ V. spec. D. PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, *passim*.

⁶⁸ Ma sarebbe meglio parlare di principio della “responsabilità penale personale”, come fa la Costituzione: sia perché comprende pure l'esigenza che il fatto non sia altrui e che possa imputarsi all'autore quale opera propria sul piano causale, che con la colpevolezza non ha nulla a che vedere; sia perché il divieto di una responsabilità oggettiva e quello di applicare una sanzione penale in presenza di un errore inevitabile sulla legge penale devono valere ugualmente sia per gli imputabili che per i non imputabili, incapaci di ‘colpevolezza’. Cfr. per tutti S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p.88 ss.

rapporto alle misure di prevenzione, laddove solo dopo la nota sent. Corte EDU, De Tommaso c. Italia, del 23 febbraio 2017 la nostra Corte cost. si è decisa, e solo parzialmente⁶⁹, a riconoscere le gravi indeterminatezze legislative che caratterizzano la relativa disciplina –; e che, sotto altro profilo, l'inevitabilità dell'*ignorantia legis* dovuta a disorientamenti e *rèquirements* giurisprudenziali sfavorevoli venga troppo raramente riconosciuta nella nostra prassi giudiziaria⁷⁰: a fronte di ciò, la valorizzazione, ad opera della Corte EDU, della prevedibilità quale profilo essenziale della 'legalità convenzionale' risulta innovativa in rapporto alla prassi italiana. Ma sul punto tornerò più avanti.

Un limite di carattere dommatico – cui è, come sempre, connessa una funzione politico-criminale – risiede, ad esempio, nella mancata estensione alle norme processuali penali del principio di irretroattività, anche *sub specie* retroattività favorevole: la nota sent. Corte EDU, Scoppola c. Italia ha superato tale barriera 'dommatica' e politico-criminale tra norme sostanziali e processuali in rapporto alla portata del principio di irretroattività, riconoscendone la rilevanza relativamente alla diminuzione di pena prevista in caso di condanna a seguito di rito abbreviato.

Quanto ai limiti strutturali, mi riferisco al dato secondo cui, com'è noto, almeno in via di schematizzazione idealtipica la Corte EDU è giudice del singolo caso concreto – ma da tale schema si discostano le c.d. sentenze pilota –, che guarda all'effettività dei diritti, mentre la Corte cost. è giudice delle leggi – anche se i 'giudizi di fatto' possono avere conseguenze sulla legittimità di una legge –; ad esempio, il divieto di pene contrarie al senso di umanità è contemplato dall'art. 27 co.3 Cost., e certamente viola tale disposizione ammassare persone in una cella in cui ciascuno dispone di meno di 3 mq, ma la Corte cost. non può intervenire su disposizioni amministrative come regolamenti e circolari, né sulle relative prassi applicative. Qui l'effettività dei principi costituzionali andrebbe garantita mediante il controllo giudiziale su norme sublegislative e prassi della p.a.

Ad ogni modo, tutto ciò non ha a vedere alcunché con la contrapposizione tra principi penalistici «ancorati a interessi super-individuali» e diritti umani.

⁶⁹ Corte cost., sentenze 24 gennaio 2019, nn.24 e 25.

⁷⁰ D'altronde, disorientamenti analoghi, con effetti negativi circa la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, si verificano nell'esperienza di *common law*, laddove la giurisprudenza ricorre al c.d. *distinguishing* o opera *overrulings* rispetto ai precedenti 'vincolanti': in argomento, v. per tutti A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino 1999, p.182 ss., spec.191, il quale riconosce che nell'esperienza nordamericana ed inglese «non di rado le Corti riescono a sfuggire» alle "maglie" del precedente vincolante attraverso un uso «ipocritamente strumentale» di diversi tipi di *distinguishing* e *overruling*, talora sfruttati «con disinvoltura» o con il «superamento strisciante e per così dire "occulto" di tanti precedenti ignorati o dimenticati». Il precedente non riesce quindi a «bloccare lo sviluppo del diritto» e ad «annichilire le più evidenti esigenze di giustizia e di progresso giuridico e giudiziario». Nel nostro ordinamento, il rimedio rappresentato dal riconoscimento dell'inevitabilità dell'errore sulla legge penale, scaturente dall'imprevedibilità, nel caso di specie, dell'interpretazione giurisprudenziale, è l'unico conforme al principio di stretta legalità di cui all'art.25 co.2 Cost.; infatti, la giurisprudenza non è fonte del diritto penale, ma solo interprete – 'umanamente' fallibile, incerta e mutevole - dell'unica fonte costituzionalmente legittima, costituita dalla legge.

D'altronde, parlare di legalità, proporzione, offensività, personalità della responsabilità come diritti individuali o umani anziché principi mi sembra, almeno in parte, fuorviante, al di là di aspetti meramente nominalistici e delle intenzioni certamente condivisibili dell'Autore, in quanto volte alla valorizzazione della persona.

Naturalmente il tema richiederebbe ben altro approfondimento. In questa sede mi limito a qualche rilievo.

In primo luogo, forse il riferimento a principi dà meglio conto della loro ampiezza di contenuti e corollari e della loro 'eccedenza teleologica', del loro spingere oltre le implicazioni già giuridicamente consolidate, in termini di diritti individuali come pure di interessi collettivi e di doveri⁷¹.

Ma le ragioni principali per ritenere fuorviante il riferimento a diritti anche quando si tratta di principi che implicano soprattutto garanzie individuali mi paiono altre due. Per un verso, il riferimento a principi tiene conto, insieme ai diritti individuali e non in sostituzione di questi ultimi, anche degli interessi collettivi e della generalità dei consociati: ad esempio, il principio di determinatezza legale comporta la necessaria precisione di un precetto penale quale interesse dell'intera collettività; e altrettanto vale per alcuni principi del giusto processo, quali ad esempio la sua ragionevole durata, che certamente è una garanzia individuale, ma anche interesse generale⁷². Viganò, mentre intende sostituire, quali oggetti di tutela, solo i beni giuridici individuali con i diritti, sostiene – se non erro – che tutti i principi vadano intesi quali diritti individuali: ma in tal modo sacrifica quelle implicazioni dei principi che sono funzionali pure alla tutela di interessi collettivi e generali.

Al riguardo, non mi pare condivisibile il rilievo dell'illustre Autore secondo cui la dottrina penalistica avrebbe inteso il principio di legalità in chiave "oggettiva", ovvero superindividuale, anziché di diritto della persona, allorché lo ha fondato – anche, direi – sul principio di separazione dei poteri⁷³. Infatti, la stessa separazione dei poteri nasce per finalità di garanzia individuale: perché ovviamente un potere diviso è meno pericoloso per l'individuo. Se, ad esempio, un giudice può creare una norma o, il che è lo stesso, decidere di applicare una norma a casi non previsti dalla legge – come avviene talora nel diritto 'vivente', tanto esaltato da alcuni - e contestualmente applicarla infliggendo una pena, una siffatta unificazione nella stessa autorità del potere di porre e, contestualmente, di applicare la legge penale lede la libertà individuale e, in prospettiva, mette in pericolo quella di tutti i consociati. Viganò lamenta l'accento 'oggettivo' sulla separazione dei poteri: a me sembra invece che il dato per cui le leggi penali debbano essere poste dai rappresentanti democraticamente eletti e non dalla stessa autorità che deve applicarle sia interesse fondamentale dell'individuo e della collettività, come lo è la soggezione del giudice alle leggi, di cui all'art. 101 co. 2 Cost.

⁷¹ Secondo L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, p.69, un sistema penale compiutamente conforme a principi normativi di garanzia costituisce un modello prescrittivo «limite, solo tendenzialmente e mai perfettamente soddisfacibile».

⁷² F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 24, ritiene, invece, che anche i principi processuali vadano intesi piuttosto come diritti.

⁷³ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 18.

In rapporto al principio di legalità, risulta dunque riduttivo e fuorviante trascurare il nesso con il principio democratico, la separazione dei poteri e la soggezione del giudice alle leggi, visti anche e proprio nella loro funzione di garanzia delle libertà individuali⁷⁴. Ciò avviene allorché, valorizzando l'art. 7 CEDU, si riduce la legalità a prevedibilità ed accessibilità del diritto, anche di fonte subordinata alla legge, compresa quella giurisprudenziale; una sorta di legalità senza riserva di legge, né determinatezza legale. Risulta emblematica, in proposito, la vicenda relativa al caso Contrada: la Corte EDU ha condannato l'Italia ritenendo che, essendo la punibilità del concorso c.d. esterno una creazione giurisprudenziale, essa sia convenzionalmente illegittima fino al 1994, ossia prima della sent. Demitry, perché una condanna sarebbe stata imprevedibile a causa dell'incertezza giurisprudenziale fino ad allora⁷⁵. Ebbene, prima di plaudire a tale decisione della Corte EDU, ci si dovrebbe chiedere se davvero dopo il 1994 la punibilità a titolo di concorso c.d. esterno sia divenuta "prevedibile", visti i persistenti contrasti giurisprudenziali sui presupposti di tale punibilità, tali da determinare, com'è noto, più volte l'intervento delle Sezioni unite, oltretutto con risultati non incontrovertiti né tuttora davvero 'consolidati' nella prassi giurisprudenziale; ma, soprattutto, ci si dovrebbe opporre con decisione all'idea di ammettere che la legalità sia salvaguardata allorché la punibilità si fondi su un diritto giurisprudenziale "prevedibile", anziché su una legge, e su una legge conforme al principio di determinatezza/tassatività⁷⁶.

Tornando alla questione relativa alla proposta di intendere i principi penalistici costituzionali quali diritti individuali, un'ulteriore ragione, forse la più significativa, per preferire il riferimento a 'principi' è la seguente: la consacrazione di legalità, offensività, colpevolezza, quali vincoli costituzionali del potere punitivo statale costituisce l'esito di un bilanciamento tra interessi o beni (o, se si vuole, 'diritti') individuali e superindividuali. Il principio di legalità comporta che un fatto pur offensivo di beni altrui non possa dar luogo ad una pena, ossia ad una lesione di beni fondamentali dell'autore del fatto, se non è previsto dalla legge quale reato: non si tratta di un diritto individuale, ma di un principio relativo al bilanciamento tra gli interessi coinvolti in un conflitto interpersonale. Così è pure per l'offensività – un fatto non può comportare una sanzione penale a carico di una persona se non ha offeso beni di una o più persone – e per la personalità della responsabilità penale: un fatto, per quanto lesivo di beni altrui, non può comportare una sanzione a carico di colui alla cui personale responsabilità non è ascrivibile.

Perché mi pare così importante riconoscere che non si tratta di diritti individuali, ma di principi costituzionali del bilanciamento tra interessi individuali e sociali? Perché se si tratta di diritti individuali, essi sono bilanciabili: legalità, offensività, 'colpevolezza'

⁷⁴ In proposito, e sulla 'legalità' convenzionale - a mio avviso solo impropriamente definibile tale, visto che si tratta di un principio di mera 'giuridicità', anche non legale - sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del 'diritto penale vivente' interno ed europeo*, in *Ind. Pen.* 3/2017, 653 ss.

⁷⁵ Corte EDU, sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, pubblicata in italiano in *Dir. pen. proc.* 2015, 1012 ss.

⁷⁶ Cfr., in proposito, in particolare i puntuali rilievi di G. FURNASARI, *Un altro passo nella "riscrittura" della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., pp.453 ss., 458 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

potrebbero cedere, ad esempio, rispetto ad un 'diritto fondamentale alla sicurezza'. Non è un ragionamento meramente ipotetico: autorevole dottrina ritiene, com'è noto, che l'offensività sia principio derogabile, ossia che debba cedere in rapporto alla «prevenzione delle lesioni a beni primari», a tutela dei «diritti della paura» dei consociati⁷⁷. E, come vedremo, l'orientamento di Viganò non è molto lontano da tale posizione. Se, invece, i principi menzionati sono principi del bilanciamento tra interessi, ciò comporta che essi non siano a loro volta bilanciabili. Per usare le parole della Corte costituzionale: «Il principio di colpevolezza non può essere "sacrificato" dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale. I principi fondamentali di garanzia in materia penale, difatti, in tanto si connotano come tali, in quanto "resistono" ad ogni sollecitazione di segno inverso»⁷⁸.

Tale argomentazione vale allo stesso modo per il principio di legalità: si potrebbe affermare, ad esempio, che per tutelare i diritti fondamentali delle potenziali vittime si debba ridimensionare il diritto individuale ad essere puniti sono in presenza di una legge parlamentare, previa, precisa e non estensibile analogicamente. Oppure che, sempre per tutelare i diritti delle potenziali vittime, si debba ridimensionare l'interesse individuale a non essere puniti per fatti inoffensivi, consentendo di punire qualunque manifestazione di pericolosità soggettiva o volontà malvagia che riguardi quei diritti. Al contrario, la non bilanciabilità dei principi comporta che neppure per tutelare diritti fondamentali si possa punire *sine lege praevia et stricta*; e che nessuno possa essere punito per la mera *cogitatio* (principio di materialità) o per una manifestazione, pur percepibile dall'esterno, di mera pericolosità soggettiva o di volontà malvagia, sia pure rivolta contro beni fondamentali: *nullum crimen, nulla poena sine iniuria*.

Dunque, dietro l'apparente valorizzazione in chiave personalistica dei principi penalistici quali diritti individuali fondamentali si cela il rischio di un loro possibile affievolimento a tutela di altri diritti fondamentali.

Una delle tesi a mio parere più allarmanti espresse dal nostro autorevole studioso concerne il 'ridimensionamento' del principio di offensività. «Tale principio, che di per sé sconta le difficoltà connesse alla congenita imprecisione del concetto stesso di bene giuridico, fatica tuttavia a trovare una base normativa nel testo della Costituzione, e ha mostrato a conti fatti una capacità di rendimento assai limitata»; nella stessa giurisprudenza costituzionale esso viene, sì, impiegato, «in chiave però meramente corroborativa di altri principi — in particolare, i principi di eguaglianza e di proporzionalità della pena — sui quali si fondano in effetti quelle decisioni». Secondo l'Autore, il principio di offensività andrebbe «declinato non già secondo la logica "binaria" dell'aut-aut (nessun reato senza offesa al bene giuridico: una formula con assai scarsa capacità di rendimento, posto che qualsiasi norma penale è emanata in vista di qualche finalità, e pressoché ogni finalità legittima è suscettibile di essere considerata, più o meno generosamente, come un bene giuridico), ma secondo la logica

⁷⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 11ª ed., Milano 2020, p. 228 ss., spec. 240 e 242.

⁷⁸ Corte cost., sent. 1° agosto 2007, n. 322, *Considerato in diritto*, 2.3.

“quantitativa” del più e del meno, che impone una ragionevole correlazione tra gravità della lesione che l’incriminazione mira ad evitare (anche in termini di distanza tra la condotta e l’effettiva lesione) ed entità del pregiudizio ai diritti fondamentali dell’autore, determinato dall’applicazione delle sanzioni penali minacciate dal legislatore»⁷⁹.

Il ‘ridimensionamento’ del principio di offensività comincia dall’asserita difficoltà di reperirne una base normativa in Costituzione: tesi che contrasta con l’orientamento, ormai consolidato da decenni, della Corte costituzionale, che si basa soprattutto sull’art. 25 co. 2 Cost. Ma, al di là di ciò, non mi pare che l’argomentazione elaborata da Bricola cinquant’anni orsono⁸⁰ sia mai stata confutata: essa fa leva, com’è noto, anzitutto sul dato per cui, dal momento che la sanzione penale offende sempre la dignità della persona, artt. 2-3 Cost., e – direttamente o indirettamente – la libertà personale, inviolabile secondo l’art. 13 Cost., essa può giustificarsi, in termini di proporzione, solo a fronte dell’offesa ad un bene giuridico di rango comparabile. Infliggere una pena per un fatto inoffensivo contrasta inoltre con gli artt. 27 co.1 e 3 Cost.: perché chi viene punito per un fatto in sé innocuo viene strumentalizzato per finalità di prevenzione generale e non potrebbe ragionevolmente accettare come legittimo un tale intervento statale, venendo così meno la necessaria premessa per un intervento statale in chiave di rieducazione.

A me non pare affatto che il principio di offensività abbia mostrato una capacità di rendimento limitata: basti pensare all’illegittimità, totale o parziale, dei reati di mendicizia (Corte cost., sent. n. 519/1995), ubriachezza (sent. n. 354/2002), esposizione di bandiere estere (sent. n. 189/1997), nonché dell’aggravante dell’irregolarità (sent. n. 249/2010) ed alle numerose pronunce in cui la Corte costituzionale ha imposto al giudice di applicare il principio di offensività quale principio ermeneutico, escludendo la punibilità in assenza di una concreta lesività ad es. in materia di stupefacenti (a partire dalla nota sent. n. 133/1991) o di esplosivi. Anche laddove la Corte si è mostrata conservatrice, ad esempio salvando a più riprese, molto discutibilmente, la legittimità dell’art. 707 c.p., in tema di possesso ingiustificato di chiavi o grimaldelli, la riconosciuta vigenza del principio di offensività l’ha costretta a confrontarsi con esso. Per non parlare, poi, delle innumerevoli sentenze – davvero una miriade – in cui la giurisprudenza di merito e di legittimità italiana ha applicato il principio di offensività quale canone ermeneutico ritenuto di rango costituzionale, per lo più applicando l’art. 49 co. 2 c.p. a reati consumati, in ossequio – detto incidentalmente – alla c.d. concezione realistica del reato⁸¹.

⁷⁹ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 18, 22.

⁸⁰ *Teoria generale del reato*, cit., pp.15 ss., 82-83.

⁸¹ Su cui v., per tutti, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., Milano 2020, p.322 ss.; quella parte della dottrina – v. ad es. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 8^a ed., Bologna 2019, p.505 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p.280 ss., 568-569 – secondo cui l’art.49 co.2 c.p. è applicabile al solo tentativo, e non è invece espressione di un principio generale di offensività, applicabile quindi anche a reati consumati, rimane, da un lato, priva di un aggancio nella legge ordinaria allorché afferma la punibilità di fatti in concreto inoffensivi; dall’altro, per escludere la tipicità, non può che far leva direttamente proprio sul principio costituzionale di offensività per giungere alle conclusioni cui correttamente e costantemente perviene la giurisprudenza. Ciò conferma la portata tutt’altro che scarsa del principio di offensività.

In effetti, bisogna fare seriamente i conti con tale principio, che rappresenta una garanzia fondamentale a tutela della persona dagli eccessi del potere punitivo statale: ed è compito di quella parte della dottrina che difende un diritto penale del fatto e non dell'autore, un diritto penale dell'offesa e non della volontà o della pericolosità soggettiva, continuare ad impegnarsi per l'attuazione legislativa ed applicativa del principio di offensività, difendendone ed affinandone gli strumenti concettuali, come il concetto di bene giuridico e i limiti dell'anticipazione della tutela penale in materia, ad es., di atti preparatori, mero accordo, reati di mera disobbedienza.

Non a caso, il ridimensionamento dell'offensività ad opera di Viganò passa per una sorprendente identificazione del bene giuridico, testualmente, con "qualche" "finalità legittima", ossia per la confusione tra oggetto della tutela e scopo, caratteristica della concezione metodologica di bene giuridico: e qui ha ragione l'illustre Autore allorché afferma che pressoché per ogni norma è possibile rinvenire una finalità. Il reato di mendicizia aveva per scopo impedire di mendicare: ma chi venga offeso dal fatto che taluno mendichi non si sa. Il reato di immigrazione irregolare ha per scopo la regolarità dei flussi migratori: ma chi venga offeso dal fatto che taluno arrivi o soggiorni *sans papiers* nel nostro Paese non si sa. Certo, si può artificialmente creare un bene giuridico del "controllo dei flussi", che in realtà è la *ratio* o la finalità dell'intera disciplina dell'immigrazione e non un bene giuridico: ma proprio contro siffatte mistificazioni, che comportano la punibilità di condotte in realtà inoffensive, dovrebbe levarsi, e talora si leva, la voce della dottrina del bene giuridico e dell'offensività⁸².

Per ridimensionare il principio di offensività, Viganò sostiene che, in realtà, anche laddove è stato riconosciuto ed applicato, tale principio si limita a corroborarne altri ed in particolare il principio di proporzione/ragionevolezza⁸³. Ma a mio parere il principio di offensività non è riducibile al principio di proporzione o al vago concetto di ragionevolezza: il riferimento a bene giuridico ed offesa è infatti indispensabile per identificare il *quid* cui l'intervento penale deve risultare proporzionato⁸⁴. In assenza del

⁸² Così, in rapporto al reato di cui all'art.10-bis t.u. immigrazione, spec. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.* 2009, 121 ss.; A. CAPUTO, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia* 2009, 395; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.* 2011, 454-455; recentemente, F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in F. CURI – F. MARTELLONI – A. SBRACCIA – E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, 1ª ed., Torino 2020, pp.132-133.

⁸³ Per la tesi secondo cui il principio di offensività sarebbe corroborato da quello di ragionevolezza, cfr. spec. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 1995, p.279 ss. e *passim*.

⁸⁴ Si tratta di un'argomentazione tutt'altro che nuova: già ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, ed. Milano 2000, V, nn.3, 1131a, 10 ss.; *Politica*, ed. Roma-Bari 1993, III, nn.9, 12, che dei vari concetti di eguaglianza e proporzione se ne intendeva, si poneva il problema di identificare i criteri di riferimento di tali giudizi. In relazione alla sistematica teleologica penalistica, già L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen 1930, p. 1 ss. delineò con profonda consapevolezza - al di là degli esiti - la costruzione di sistemi diversi a partire, ad esempio, proprio dalla scelta tra un diritto penale del fatto e dell'autore - cfr. *ivi*, p.5 e *passim* -; e, dunque, anche tra il rapportare la 'proporzionalità' della pena al fatto oppure alla pericolosità/volontà soggettiva.

riferimento all'offesa al bene giuridico, si potrebbe ritenere che la pena debba essere proporzionata alla pericolosità soggettiva, oppure alla volontà malvagia, all'immoralità, alla disobbedienza all'Autorità... Solo l'ancoraggio all'offesa al bene giuridico consente di legittimare su basi oggettivistiche l'intervento penale.

La finalità cui il ragionamento dell'illustre Autore tende viene chiaramente esplicitata, nel senso che non si debba più ragionare in termini di "logica binaria": nessun reato senza offesa al bene giuridico. Dunque, si potranno punire condotte inoffensive, se ciò serve alla tutela di diritti fondamentali altrui: ma ad una tutela esasperatamente anticipata, visto che si tratta, in premessa, di condotte inoffensive. La posizione di Viganò mira a legittimare la punibilità di meri accordi, remoti atti preparatori, mere disobbedienze, etc., quando, sullo sfondo, vi siano diritti fondamentali delle oltremodo potenziali vittime. Ma, in tal modo, in realtà la proporzionalità tra l'applicazione della sanzione penale ed il fatto commesso salta completamente.

Certamente, il principio di offensività non esclude, anzi implica graduazioni in proporzione alla maggiore o minore rilevanza del bene tutelato, alla lesione o messa in pericolo, etc.: in tal senso, rivendicarlo non significa muoversi in una logica 'binaria'. Ma quel principio non può essere 'affievolito' o, come ritengono altri, assoggettato a deroghe⁸⁵, legittimando la punizione di fatti inoffensivi. Così come non sono ammesse deroghe ai principi di legalità, personalità della responsabilità penale, umanità della pena e finalismo rieducativo.

8. Sguardo d'insieme.

Concordo pienamente con il richiamo fatto da Francesco Viganò alla centralità dei diritti umani o fondamentali. Il problema è intendersi sulle implicazioni in materia penale, che a mio parere non possono consistere nel diritto della vittima ad una punizione soddisfattoria, o della collettività ad una rassicurazione simbolica mediante l'infrazione statuale di un male; e neppure nell'obbligo, di fonte costituzionale o internazionale, di punire, se l'intervento penale non è non solo proporzionato, ma anche necessario ed utile; e nemmeno nell'abbandono del concetto di bene giuridico nella sua funzione critica, nella rinuncia al principio di offensività e in esasperate anticipazioni della soglia di intervento penale.

Non si può certo condividere la tesi secondo cui «all novelty is but oblivion»⁸⁶; tuttavia, talvolta, l'aspirazione all'innovatività rischia di comportare – curiosamente, pure dietro il richiamo ai diritti dell'uomo – oblii e, quindi, regressi in rapporto a faticose conquiste di civiltà, da difendere ed anzi ancora da realizzare compiutamente, quali sono i principi costituzionali che interessano la materia penale. Per altro verso, nella misura in cui l'innovazione proposta da Francesco Viganò mira ad una più incisiva tutela dei diritti attraverso il sistema penale, essa pare riproporre una risalente illusione

⁸⁵ Cfr. ad es. F. MANTOVANI, *op.loc.cit.*

⁸⁶ F. BACON, *Essays* LVIII, citato in esergo da J.L. BORGES, *El Aleph* (1949), ed. Buenos Aires 2011.

10/2023

repressiva, dimenticando che l'intervento penale è soltanto uno tra gli strumenti di tutela dei beni giuridici; il più invasivo, ma certamente non il più efficace. E perciò dovrebbe essere l'*extrema ratio*, secondo l'insuperato insegnamento di Cesare Beccaria.

LA SOPRAVVIVENZA NEL PROCESSO DELLA VITTIMA DOPO L'ACCORDO SULLA PENA: UN INTERESSE DI FATTO?

di Biagio Monzillo

Le Sezioni unite sono state investite della duplice questione se la costituzione di parte civile per l'udienza preliminare sia inibita dall'accordo sulla pena intervenuto dopo la richiesta di rinvio a giudizio; e, in caso affermativo, se il giudice possa condannare l'imputato al pagamento delle spese sostenute dal preteso danneggiato. Il tema si inquadra nella problematica della rilevanza da riconoscere alle istanze di matrice civilistica all'interno del rito criminale, ma un approccio "realistico" dovrebbe indurre a non trascurare che, molto spesso, la vittima esercita l'azione civile per assumere la veste di parte nel processo penale. Il massimo organo nomofilattico non potrà, dunque, fare a meno di confrontarsi con l'evoluzione del ruolo della persona offesa, il cui interesse a partecipare al giudizio nei confronti dell'imputato pare ormai assumere, specie a causa degli influssi sovranazionali, la consistenza di un autentico diritto.

SOMMARIO: 1. Un rebus senza tempo. – 2. I termini del contrasto. – 3. Un assetto anacronistico. – 4. Verso un riscatto dall'emarginazione? Gli influssi europei. – 5. Prospettive futuribili per il diritto della vittima ad interloquire sull'accordo di patteggiamento "precoce".

1. Un rebus senza tempo

I riti a prova contratta rappresentano l'ambito dove meglio si esprime la preferenza del legislatore del 1988 verso meccanismi idonei ad agevolare il deflusso dell'azione civile nella sua sede naturale.

Tale *favor* raggiunge la più chiara manifestazione in caso di ratifica dell'accordo delle parti sulla pena, eventualità che sbocca in un unico epilogo: lo sgombero dal processo delle pretese extrapenali¹. Per vero, ai sensi dell'art. 444, co. 2, c.p.p., un obbligo di statuizione residua in ordine soltanto alla rifusione delle spese sostenute dal

¹ L'opzione del legislatore in favore di questa soluzione "*tranchant*" è chiaramente ispirata dalla volontà di conseguire obiettivi di accelerazione ed economia processuale, potenziando l'attrattiva dei riti deflativi del dibattimento. Nella *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord.*, n. 93 si legge, infatti, che «una soluzione diversa sarebbe stata fortemente disincentivante per l'imputato, la cui richiesta avrebbe finito normalmente con il comportarne la soccombenza nella controversia civile».

danneggiato per costituirsi parte civile². Gli ulteriori interessi civili cadono sotto la scure del dovere di *non liquet*.

È certo che questa disciplina vada applicata quando la costituzione di parte civile, avvenuta per l'udienza preliminare, anticipi la richiesta di applicazione della pena.

Controversa è stata, invece, la sorte della decisione sulle spese nelle ipotesi di patteggiamento concluso durante le indagini preliminari; finché, investite della questione, le Sezioni unite hanno escluso che la costituzione di parte civile possa avere luogo nell'udienza fissata ai sensi dell'art. 447 c.p.p., giacché qui «il *thema decidendum* riguarda solo l'accoglibilità della richiesta di pena patteggiata». Ne consegue il divieto di ammettere la costituzione di parte civile in tale sede e, dunque, l'illegittimità della liquidazione in favore del danneggiato delle spese occorse per la partecipazione³.

L'istituto in questione ha, peraltro, continuato a suscitare dubbi interpretativi. Né la normativa di riferimento, né le soluzioni elaborate fin qui dalla giurisprudenza sembrano, infatti, capaci di raggiungere alcuni interstizi della prassi. Tant'è che la Sesta sezione della Suprema corte ha ritenuto di dover adottare l'ordinanza in rassegna⁴, per via della discordanza di opinioni registrata in relazione alla duplice questione se la costituzione di parte civile per l'udienza preliminare possa avvenire dopo il perfezionamento dell'accordo sulla pena, a sua volta successivo alla richiesta di rinvio a giudizio; e, in caso affermativo, se il giudice possa condannare l'imputato al pagamento delle spese sostenute dal preteso danneggiato⁵.

2. I termini del contrasto.

Come rileva il giudice rimettente, parte della giurisprudenza di legittimità ritiene dirimente la circostanza che l'accordo sia già stato portato a conoscenza, oltre che del giudice, del danneggiato. In questo caso, la costituzione di parte civile sarebbe inammissibile – e così pure la liquidazione delle relative spese – in quanto il danneggiato si troverebbe nella condizione di avvedersi della inutilità della sua iniziativa, posto che, in tale sede, l'imputato non può essere condannato a risarcire il danno. Viceversa, quando il danneggiato sia lasciato all'oscuro dell'accordo, la sua aspettativa di risarcimento sarebbe ragionevole: pertanto, non gli andrebbe preclusa la costituzione di

² Al riguardo, per tutti, DIDI, *L'impugnazione per gli interessi civili*, Padova, 2011, 5, il quale specifica come «tra gli interessi civili legati all'esercizio dell'azione per la restituzione ed il risarcimento del danno da reato vadano necessariamente comprese le statuizioni – giustificate dal principio di soccombenza – sulle spese sostenute dalla parte civile, dall'imputato e dal responsabile civile».

³ Cass., Sez. un., sent. 27 novembre 2008, n. 47803, in *Cass. pen.*, 2009, 2314 ss., con nota di PISTORELLI, *Per le Sezioni unite non è ammissibile la costituzione di parte civile nell'udienza fissata ex art. 447 c.p.p.*, il quale osserva che «le Sezioni unite si sono limitate a ribadire i limiti esegetici degli artt. 444 e 447 c.p.p.».

⁴ Cass., Sez. VI, ord. 15 giugno 2023 (dep. 19 luglio 2023), n. 31432, *inedita*.

⁵ Nella specie, il danneggiato era stato ammesso a costituirsi parte civile nell'udienza preliminare, dopo essere stato avvisato, all'inizio della stessa udienza, del deposito della richiesta di patteggiamento con il consenso delle parti, sopravvenuto pochi giorni prima. Ratificato l'accordo, il giudice aveva condannato l'imputato al pagamento delle spese in favore della parte civile.

parte civile e il provvedimento con cui il giudice liquidasse in suo favore le relative spese sarebbe legittimo⁶.

L'orientamento contrario afferma la legittimità della condanna alle spese dell'imputato in favore della parte civile, sull'assunto che quest'ultima possa costituirsi anche dopo che la richiesta dell'imputato e il consenso del pubblico ministero siano già stati formalizzati. In questo senso, si osserva che, diversamente da quella fissata in caso di patteggiamento "precoco", ai sensi dell'art. 447 c.p.p., l'udienza che si svolge nelle fattispecie riconducibili all'art. 444 c.p.p. può avere epiloghi diversi dalla ratifica dell'accordo o dalla sua negazione⁷.

Secondo la Sesta sezione, gli indirizzi accennati presenterebbero entrambi profili di criticità. In particolare, la soluzione restrittiva introdurrebbe una causa di inammissibilità della costituzione di parte civile, in mancanza di una espressa previsione in tal senso degli artt. 78 e 420 c.p.p.

Quanto all'orientamento più sensibile alle ragioni del danneggiato, si riconosce che esso risulta più coerente con la disciplina recata dall'art. 444, co. 2, c.p.p., il quale prevede che l'imputato possa essere condannato alla rifusione delle spese in favore della parte civile, senza, in effetti, distinguere a seconda che la costituzione sia avvenuta prima o dopo l'accordo sulla pena. Secondo il giudice rimettente, però, la norma disciplinerebbe la fattispecie «ordinaria», caratterizzata dall'intervento dell'accordo sulla pena solo nel corso dell'udienza preliminare, dopo la costituzione delle parti. In questo senso, si osserva che l'attuale formulazione dell'art. 444, co. 2, c.p.p. è stata introdotta per adeguare la disposizione alla pronuncia additiva con cui il giudice delle leggi l'aveva dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevedeva che, in caso di costituzione di parte civile, l'imputato fosse condannato alla rifusione delle relative spese (salva la facoltà per il giudice di disporre la compensazione, anche soltanto parziale)⁸: pronuncia ispirata dalla «esigenza, meramente equitativa, di tenere indenne

⁶ In questo senso, Cass., Sez. V, sent. 6 marzo 2020, n. 17272, in *C.E.D. Cass.*, rv. 278115; Cass., Sez. V, sent. 12 ottobre 2020, n. 34530, *ivi*, rv. 279979.

⁷ Tale orientamento è espresso da Cass., Sez. III, sent. 6 luglio 2022, n. 32768, in *C.E.D. Cass.*, rv. 283518; Cass., Sez. V, sent. 13 gennaio 2023, *ivi*, rv. 284293.

⁸ Il riferimento è a C. cost., sent. 12 ottobre 1990, n. 443, in *Cass. pen.*, 372 ss. Il giudice delle leggi aveva evidenziato l'irragionevolezza della normativa censurata, osservando come l'omissione della pronuncia fosse la conseguenza di «una scelta tra le parti del rapporto processuale penale favorevolmente valutata dal giudice, sino al paradosso di lasciare a carico della parte civile, impegnatasi dal principio alla fine, anche le spese incontrate per iniziative o attività rivelatesi decisive nell'indurre l'imputato a richiedere o consentire il rito speciale». La Corte esclude, invece, che la norma violasse l'art. 24 Cost., in considerazione del fatto che l'accordo sulla pena lasciava impregiudicata la facoltà per il danneggiato di coltivare l'azione civile nella sua sede naturale; e negò anche che si trattasse di «un'ingiustificata limitazione della tutela giudiziaria riconosciuta alla persona offesa dal reato nel giudizio penale», argomentando dal ruolo ancillare che le pretese civilistiche assumono nel processo penale rispetto alle istanze di garanzia che fanno capo all'imputato, tra cui l'«esigenza di una rapida conclusione del processo penale». Né, infine, ritenne violato l'art. 25 Cost., posto che l'esaurimento del potere giurisdizionale avviene «in seguito al verificarsi di una determinata condizione espressamente prevista in via generale dalla legge (v. sentenze n. 164 del 1983, nn. 207 e 641 del 1987)». Del resto, nel caso del patteggiamento, «la competenza così sottratta al giudice penale è una competenza originariamente spettante al giudice cui viene ora restituita, dopo essergli stata sottratta in seguito al verificarsi di un'altra condizione egualmente prevista in via generale dalla legge» quale la

dalle spese già sostenute il danneggiato» al fine di costituirsi parte civile per l'udienza preliminare, «e cioè in una situazione processuale che legittimasse la sua aspettativa affinché il processo potesse concludersi con la condanna dell'imputato al risarcimento del danno»⁹.

Un simile affidamento non ricorrerebbe nell'ipotesi sottoposta al vaglio delle Sezioni unite, in quanto in essa la costituzione di parte civile segue il perfezionamento dell'accordo tra l'imputato e il pubblico ministero. Sicché, conclude la Sesta sezione, la fattispecie in esame esorbiterebbe dall'ambito di applicazione dell'art. 444, co. 2, c.p.p. Le pronunce che esprimono i due orientamenti in conflitto sono accomunate dalla circostanza che in esse la questione circa l'ammissibilità della costituzione di parte civile dopo il perfezionamento di un accordo sulla pena è affrontata per risolvere il problema relativo alla legittimità della condanna dell'imputato al pagamento delle spese. Tale interrelazione manca nelle decisioni riconducibili a un terzo filone interpretativo, di cui pure è dato conto nell'ordinanza interlocutoria in rassegna.

Al pari dell'orientamento più restrittivo, quello appena accennato si caratterizza per la valorizzazione della conoscenza che il danneggiato abbia dell'accordo; ma gli effetti di tale consapevolezza sono valutati direttamente in relazione all'ammissibilità della condanna al rimborso delle spese, non anche della costituzione di parte civile. Si è, infatti, affermato che, quando l'esercizio dell'azione civile in sede penale anticipi l'intervento dell'accordo sulla pena, l'imputato può essere condannato al pagamento delle spese processuali¹⁰.

Il giudice rimettente propende per tale ultima soluzione. Essa consentirebbe, infatti, di ammettere la costituzione di parte civile anche dopo che le parti si siano accordate sulla pena; nonché, al contempo, di escludere la condanna dell'imputato alla rifusione delle spese in favore di «un soggetto già edotto della probabile definizione del giudizio senza che sia adottata alcuna statuizione risarcitoria» e, ciononostante, determinatosi a svolgere un'attività processuale potenzialmente inutile ai suoi fini. Insomma, quando «non vi sarebbe alcun affidamento incolpevole da tutelare»¹¹.

In tale prospettiva, a nulla varrebbe obiettare che l'art. 444, co. 2, c.p.p. prevede la condanna al pagamento delle spese in favore della parte civile, senza distinguere espressamente a seconda del momento in cui la costituzione è intervenuta. Alla luce della *ratio* sottesa all'introduzione della disposizione, infatti, «le esigenze di "tutela" della parte civile vengono meno lì dove la scelta di costituirsi interviene in un quadro processuale tendenzialmente incompatibile con l'accoglimento della domanda risarcitoria». D'altronde, si osserva ancora, «nulla impedisce al danneggiato di attendere la decisione sulla richiesta di patteggiamento e, nel caso in cui questa non sia accolta,

costituzione di parte civile.

⁹ Così l'ordinanza in rassegna, § 3.2. della motivazione.

¹⁰ È la soluzione proposta da Cass., Sez. II, sent. 5 aprile 2022, n. 13915, in *C.E.D. Cass.*, rv. 283081; Cass., Sez. V, sent. 28 giugno 2018, n. 48342, *ivi*, rv. 274141; Cass., Sez. IV, sent. 6 luglio 2016, *ivi*, rv. 267896. Il giudice rimettente osserva, inoltre, come tale orientamento risulti coerente con il principio di diritto enunciato in Cass., Sez. un., n. 47803 del 2008, cit., ove pure il diritto della parte civile alla rifusione delle spese è collegato all'antioriorità della costituzione rispetto all'accordo sulla pena.

¹¹ Così § 4.1. della motivazione.

procedere alla costituzione, dovendosi ritenere non esaurita la fase preliminare deputata alla costituzione delle parti fin quando non interviene la pronuncia sulla preesistente richiesta di applicazione della pena»¹².

La Sesta sezione propone, infine, di ammettere che la preventiva conoscenza della probabile definizione del procedimento con una pronuncia resa ai sensi dell'art. 444 c.p.p. possa essere valutata dal giudice quale giusto motivo per la compensazione delle spese di giudizio, in modo da «elidere l'automatismo della condanna nei casi in cui la costituzione intervenga dopo la formalizzazione dell'accordo, nei quali non sussiste neppure quell'esigenza di tutela dell'affidamento incolpevole della parte civile, in ordine all'aspettativa di una pronuncia sulla sua domanda»¹³.

3. Un assetto anacronistico.

A ben vedere, la disputa descritta involge il dibattito, mai sopito, sulla rilevanza da attribuire alle pretese risarcitorie e restitutorie all'interno del rito penale e sulla stessa opportunità di conservare l'istituto della parte civile¹⁴.

Eppure, la problematica non si risolve nell'individuazione degli anditi del processo penale entro cui confinare le istanze di matrice civilistica. In questo senso, non va trascurato che, molto spesso, la costituzione di parte civile rappresenta la "cassa di risonanza" di cui la persona offesa si serve per non restare muta¹⁵. Basterebbe, forse,

¹² Così § 4.2. della motivazione.

¹³ Così § 4.3. della motivazione. In proposito, si argomenta che «la problematica in esame [...] andrebbe collegata al principio generale secondo cui la condanna al pagamento delle spese del giudizio è frutto di un giudizio di soccombenza che, nel caso del patteggiamento, è escluso in radice dalla natura della sentenza. [...] Invero, anche nel processo civile sono noti casi di condanna alle spese a fronte della mancata decisione sulla domanda risarcitoria - in applicazione della cosiddetta "soccombenza virtuale" - ma si tratta di ipotesi in cui una valutazione circa la fondatezza della domanda, sia pur incidentale e limitata al riparto delle spese di lite, viene ugualmente compiuta. Nel caso del patteggiamento, invece, la condanna dell'imputato è del tutto scissa da una valutazione, sia pur incidentale, della soccombenza rispetto alla domanda introdotta dalla parte civile». La soluzione proposta sarebbe, dunque, volta ad «evitare un'eccessiva frizione tra il principio della soccombenza e la mancanza dell'accertamento di responsabilità nel caso di sentenza ex art. 444 c.p.p.».

¹⁴ Non può farsi a meno di menzionare il volume a cura di DE LUCA, *Primi problemi della riforma del processo penale*, Firenze, 1962, ove sono raccolti gli atti del convegno tenuto a Venezia nel 1961 sul tema "La riforma del processo penale", tra cui le relazioni di Francesco Carnelutti e Remo Pannain, sostenitori dell'eliminazione della parte civile, e quelle di Gaetano Foschini, Alfredo De Marsico e Giuliano Vassalli, favorevoli, invece, alla conservazione dell'istituto. In argomento, più di recente, GAITO – SANTORIELLO, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, in *Arch. pen.*, 2013, 391 ss.

¹⁵ Come osserva, infatti, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012⁹, 277, l'offeso «è ancora un postulante, nonostante i molti diritti. Gli mancano i poteri della parte: non agisce, né formula *petita* sul merito; meno che mai impugna ed è escluso dall'istruzione attiva (culminante negli esami diretti)». In proposito, v. AMODIO, *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in AMODIO - DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Art. 1-108, Milano, 1989, 434, il quale, con riguardo all'asimmetria tra i poteri, assai limitati, attribuiti alla persona offesa e le prerogative riconosciute alla parte civile, osserva come il rafforzamento di queste ultime realizzi «una indiretta incentivazione

attribuire maggior rilievo a questa circostanza (tenendo, dunque, ben distinte le ineludibili aspettative di giustizia della persona offesa dalle pretese fondate su asseriti danni originati dal reato) per evitare di giungere a soluzioni pregiudizievoli per la vittima di reato.

Del resto, la tendenziale riluttanza della giurisprudenza di legittimità ad aprire spazi ove la vittima possa difendere «la sua sopravvivenza nel processo»¹⁶ non è che il riflesso del silenzio del legislatore.

Secondo l'esegesi avallata dal massimo organo nomofilattico¹⁷, la costituzione di parte civile non può avere luogo nell'incidente camerale di cui all'art. 447 c.p.p., in quanto tale disposizione, diversamente dall'art. 444, co. 2, c.p.p. tace del tutto sulla sorte della domanda risarcitoria¹⁸.

In definitiva, dunque, soltanto all'offeso che sia riuscito a costituirsi parte civile è oggi riservata la facoltà «di battersi per convincere il giudice a non concedere il patteggiamento o a evitare una declaratoria di non punibilità a norma dell'art. 129 c.p.p.»¹⁹.

Nell'attesa di un tanto opportuno quanto insperato intervento del legislatore, l'ordinanza in commento offre alle Sezioni unite l'occasione di avviare lo smantellamento di questo assetto, divenuto ormai anacronistico a fronte del «moto di tendenziale rivalutazione dell'offeso e della sua posizione nel processo penale», attualmente in atto «anche su impulso delle istituzioni europee ed euro-unitarie»²⁰.

all'ingresso nella sede penale che offre al danneggiato una più robusta tutela». V. pure ORLANDI, *I diritti della vittima in particolari definizioni del rito*, in BARGIS – BELLUTA (a cura di) *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, 170, il quale chiarisce, efficacemente, che «per il nostro ordinamento non esiste un interesse della persona offesa a ottenere la condanna penale dell'imputato [...] chiedendo al giudice l'applicazione di una pena l'offeso fa valere una pretesa dello Stato; appaga un proprio desiderio, ma non fa valere un proprio diritto».

¹⁶ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1043.

¹⁷ Cass., Sez. un., n. 47803 del 2008, cit.

¹⁸ Trattandosi di udienza destinata «esclusivamente ad una conclusione processuale incompatibile con l'esercizio dell'azione civile» (così Cass., Sez. V, sent. 11 gennaio 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 2384). Analogamente, Sez. V, sent. 17 ottobre 2002, *ivi*, 2004, 3726; Sez. V, sent. 5 aprile 2004, *ivi*, 2005, 901; Sez. V, sent. 22 aprile 2005, *ivi*, 2006, 3735; Sez. fer., sent. 6 settembre 2005, Lagnena; Sez. V, sent. 13 giugno 2006, Verza; Sez. VI, sent. 30 ottobre 2006, Motta; Sez. VI, sent. 4 dicembre 2006, Chabbi Oualid; Sez. IV, sent. 28 giugno 2007, Biagioli. L'orientamento espresso da tali pronunce si fonda, essenzialmente, su due argomenti: la circostanza che, ai sensi dell'art. 79 c.p.p., «la costituzione [...] può avvenire per l'udienza preliminare»; e il fatto che l'art. 447 c.p.p. non preveda alcun avviso alla persona offesa.

¹⁹ ORLANDI, *op. cit.*, 172.

²⁰ ORLANDI, *op. cit.*, 168. In argomento, per una compiuta disamina della normativa e della giurisprudenza sovranazionali pertinenti, v. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato: modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Assago - Padova, 2015; nonché ALLEGREZZA – BELLUTA – GIALUZ – LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale fra Europa e Italia*, Torino, 2012, spec. – con riguardo agli influssi di matrice sovranazionale sulla legislazione domestica in materia di vittime di reato – LUPÁRIA, *Quale posizione per la vittima nel processo penale italiano?*, 36 ss.

4. Verso un riscatto dall'emarginazione? Gli influssi europei.

Le sollecitazioni più intense a un riscatto della vittima di reato dalla sua strutturale emarginazione provengono dal diritto dell'Unione europea.

La Direttiva 2012/29/UE, in particolare, contempla intensi strumenti di protezione e poteri propulsivi (per vero, di scarsa incisività)²¹: tra questi, il diritto alla partecipazione. Tale prerogativa è declinata in varie facoltà, quali il diritto di opporsi alla decisione di non esercitare l'azione penale, specificazione del più ampio *right to be heard*²².

Come osservato da alcuni, quello all'ascolto «parrebbe un diritto senza eccezioni»: sicché, «a monte (durante la procedura) o a valle (con un riesame) della decisione di non esercitare l'azione penale la vittima deve poter fornire elementi di prova ed essere sentita»²³.

Se la vittima ha diritto di essere ascoltata sulla scelta del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale, non si vede perché lo stesso debba esserle negato a fronte di decisioni che preludano ad epiloghi processuali comunque diversi da un accertamento pieno della responsabilità dell'imputato²⁴. Si tratta, in effetti, di alternative diverse soltanto in apparenza; l'esito è lo stesso: la frustrazione definitiva dell'interesse della vittima a un'autentica condanna²⁵.

Ciò è tanto più vero nel caso di richiesta di applicazione della pena, la quale devia il processo verso una sentenza che, tra l'altro, in forza dell'art. 445, co. 1-bis, c.p.p., è priva di qualunque efficacia nel giudizio civile o amministrativo relativo ai medesimi fatti²⁶.

²¹ Cfr., tra i molti, BARGIS – BELLUTA, *La Direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in BARGIS – BELLUTA (a cura di) *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 15 ss. In argomento, anche ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in ALLEGREZZA – BELLUTA – GIALUZ – LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada*, cit., 3 ss. Per una disamina della normativa di attuazione, introdotta dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, basti il riferimento a CAGOSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2016.

²² Artt. 10 e 11. L'importanza del diritto della vittima all'ascolto è ben evidenziata da ALLEGREZZA, *op. ult. cit.*, 14, la quale chiarisce che «esso rappresenta la traduzione legale del diritto al racconto quale [...] momento imprescindibile del percorso di riconoscimento della vittima come tale, verso se stessa e verso i consociati».

²³ BARGIS – BELLUTA, *La Direttiva 2012/29/UE*, cit., 52. V., però, ALLEGREZZA, *op. locs. ult. cit.*, la quale esclude che il diritto di chiedere il riesame della decisione di non esercitare l'azione penale abbia carattere assoluto: «qualora – spiega l'Autrice – l'ordinamento di riferimento conferisca un ruolo alla vittima solo in seguito all'esercizio dell'azione penale, il diritto al riesame dovrà essere assicurato solo per i "reati gravi"».

²⁴ A questo proposito, non sembra inutile notare che, ai sensi dell'art. 405 c.p.p., la richiesta delle parti di applicare la pena patteggiata costituisce una forma tipizzata di esercizio dell'azione penale. Cfr., per tutti, GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Milano, 2008, 39.

²⁵ Cfr. CORDERO, cit., 1049, il quale riconosce rilevanza a tale interesse argomentando che «le decisioni negative [sull'istanza di patteggiamento] preludono al giudizio ordinario; sono quindi interlocutorie».

²⁶ Peraltro, come osserva QUAGLIERINI, *Procedimenti speciali e tutela del danneggiato del reato*, in *Cass. pen.*, 1991, 2117, il danneggiato dal reato «ha interesse a costituirsi parte civile, non tanto per ottenere un giudicato penale di cui poter "spendere" l'efficacia nel giudizio civile, quanto per la più immediata ed incisiva tutela che può ottenere nel processo penale». Sull'effetto, attribuito dagli interpreti alla sentenza di patteggiamento, di alleggerire gli oneri probatori in capo al danneggiato nell'ambito del successivo giudizio extrapenale, anche per una rassegna della pertinente giurisprudenza civile, v. CARRATTA, *Sentenza di*

Irradiato dallo spiraglio di luce europea, l'interesse della persona offesa a partecipare al procedimento pare assumere, in definitiva, la consistenza di un vero e proprio diritto. In tal senso induce ad opinare anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha escluso che la tutela civilistica possa essere considerata da sola sufficiente quando l'offesa riguardi valori fondamentali ed aspetti essenziali della vita privata²⁷. Da questo punto di vista, appare assai meno persuasivo uno dei principali argomenti addotti dai fautori dell'impostazione rigorosa, i quali riducono al minimo i margini di intervento della vittima al cospetto di un accordo delle parti sulla pena, invocando altresì il carattere ancillare assunto nel rito penale dall'azione civile e, dunque, la possibilità che questa sia coltivata nella sua sede propria anche dopo la pronuncia della sentenza di patteggiamento²⁸.

Entro le accennate coordinate di matrice sovranazionale, la problematica della posizione della vittima all'interno del rito penale pare destinata a ricevere soluzioni "a rime obbligate".

Con riguardo, in particolare, al ruolo dell'offeso nell'ambito del patteggiamento, la Grande e la Piccola Europa sollecitano il ricorso al "cesello" dell'interpretazione conforme per intagliare nell'impianto codicistico vigente spazi di interlocuzione nei quali la vittima abbia la possibilità di convincere il giudice dell'opportunità di negare la ratifica dell'accordo sulla pena²⁹.

patteggiamento, accertamento semplificato dei fatti e riflessi sul giudizio civile, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 439 ss.

²⁷ Per tutte, C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 20 marzo 2012, C.A.S. e C.S. c. Romania, § 71. Sul punto, CASIRAGHI, *La persona offesa e l'ente rappresentativo degli interessi lesi dal reato*, in UBERTIS (a cura di), *Sistema di procedura penale*, Milano, 2023², 106.

²⁸ Argomento speso anche da C. cost., sent. n. 443 del 1990, cit. per escludere la paventata contrarietà all'art. 24 Cost. della omessa previsione dell'obbligo per il giudice di decidere anche sulla domanda della parte civile. In particolare, il giudice delle leggi ha negato che il relativo interesse del danneggiato goda di copertura costituzionale, osservando che «ogni separazione dell'azione civile dal processo penale non può essere considerata come esclusione o menomazione del diritto di tutela giurisdizionale: essa costituisce una modalità di detta tutela, che generalmente è alternativa, ma che il legislatore, nell'ambito del suo potere discrezionale, può scegliere come esclusiva in vista di altri interessi da tutelare, quale quello alla speditezza del processo».

²⁹ Sollecitazione già raccolta da alcuni giudici del merito. È il caso di ricordare, in particolare, l'"avanguardistica" Trib. Torino, sez. G.i.p., ord. 28 gennaio 2014, giud. Recchione, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2014, con nota di BELLUTA, *Per piccoli passi: la vittima di reato cerca spazio nel procedimento penale*. In quel provvedimento, si osserva come «l'onere di interpretare il diritto interno in modo conforme al riconoscimento del diritto alla vittima di partecipare al processo penale, impedisca di escludere gli offesi interessati dall'udienza camerale [nello specifico, quella fissata *ad hoc* ai sensi dell'art. 447 c.p.p.]. Lo stesso onere impone di consentire a tali offesi di essere ascoltati (anche attraverso i loro difensori) e di fornire elementi per il giudizio». Correttamente, si argomenta anche che il codice non prevede «un "divieto" di partecipazione degli offesi all'udienza camerale per la decisione sulla pena concordata, ma solo un "difetto" di comunicazione nei loro confronti». Peraltro, è esclusa l'ammissibilità della costituzione di parte civile (e, dunque, di una pronuncia sulle spese) nell'udienza camerale che precede la decisione sulla richiesta di patteggiamento "precoce", posto che in quella sede è consentita «agli interessati una interlocuzione sulla legittimità della pena proposta», mentre è precluso «effettuare valutazioni sulla pretesa risarcitoria». Condivisibile la chiosa di BELLUTA, *cit.*, § 2, secondo il quale «il reale incremento di garanzie che così si ottiene sembra poco più di un traguardo simbolico. Difatti, dal momento che non esiste un obbligo di

Difficilmente le Sezioni unite potranno ignorare questo richiamo. La questione di cui sono state investite con l'ordinanza in commento andrebbe giocoforza risolta ammettendo la costituzione di parte civile anche dopo la concorde presentazione di un progetto di patteggiamento.

Certo, questa soluzione comporta il rischio di una maggiore apertura delle porte della giustizia penale ad istanze diverse da quelle autenticamente riferibili alla persona offesa; ma è un rischio che il sistema deve accollarsi se intende avvicinarsi all'ideale di un processo giusto, «più simile ad un ballo collettivo, in cui si prendono in carico anche gli interessi di soggetti differenti»³⁰ dai due "tangueri" ai quali è ora riservata la pista processuale.

In ogni caso, si tratta di eventualità che il giudice potrebbe contrastare attraverso un uso equilibrato della discrezionalità riconosciutagli dall'art. 444, co. 2, c.p.p. in ordine alla liquidazione delle spese di costituzione. In linea di massima, perché non sia scoraggiata a partecipare – e non veda, così, compromesso il suo diritto ad interloquire sulla richiesta di patteggiamento – la vittima dovrebbe ottenere la condanna dell'imputato alla rifusione delle spese, indipendentemente dal momento in cui sia avvenuta la costituzione di parte civile³¹. La compensazione – che la Sesta sezione propone di disporre quando la costituzione intervenga, come nella specie considerata, dopo la formalizzazione dell'accordo – andrebbe, invece, riservata alle ipotesi in cui si appalesino pretese di natura prettamente civilistica.

5. Prospettive futuribili per il diritto della vittima ad interloquire sull'accordo di patteggiamento "precoce".

La composizione del contrasto ermeneutico nel senso auspicato approfondirebbe il solco che corre tra la disciplina dell'azione civile esercitata per l'udienza preliminare (sia pure dopo l'accordo di patteggiamento) e il regime previsto per la medesima iniziativa, che sia realizzata, però, nell'ambito delle indagini preliminari.

L'irragionevole disparità di trattamento di situazioni sostanzialmente identiche potrebbe essere eliminata percorrendo lo stesso itinerario interpretativo tracciato con riguardo alle ipotesi riconducibili alla fattispecie considerata dall'art. 444 c.p.p. Ulteriori argomenti verrebbero, peraltro, in soccorso.

notifica alla vittima della fissazione dell'udienza deputata a decidere sul patteggiamento, nella maggior parte dei casi le persone offese non conosceranno neppure l'esistenza di tale momento, restandone fatalmente escluse».

³⁰ Così LUPÁRIA, *Vittime dei reati e diritto all'assistenza linguistica*, in FALBO – VIEZZI (a cura di), *Traduzione e interpretazione per la società e le istituzioni*, Trieste, 2014, 101, evocando la suggestiva similitudine offerta da Grande, "Dances of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth", in JACKSON – LANGER – TILLERS (eds), *Crime, Procedure and Evidence in Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, 145 ss.

³¹ In questo senso, pare inevitabile rimarcare il «paradosso», evidenziato da C. cost., sent. n. 443 del 1990, «di lasciare a carico della parte civile, impegnatasi dal principio alla fine, anche le spese incontrate per iniziative o attività rivelatesi decisive nell'indurre l'imputato a richiedere o consentire il rito speciale».

Sarebbe agevole affermare che si tratta di discriminazione difficilmente giustificabile alla stregua del criterio di cui all'art. 3 Cost. e, dunque, suscettibile di essere giustiziata – anche in questo caso, per il tramite, anzitutto, dell'interpretazione orientata – ai sensi della stessa disposizione costituzionale³². La possibilità di azionare le pretese civilistiche nel processo penale (e, dunque, di fruire dei poteri partecipativi riconosciuti al danneggiato in quanto parte) è, infatti, condizionata a una mera contingenza, il momento in cui la richiesta di patteggiamento è formulata: circostanza che, oltretutto, non segue necessariamente una precisa strategia dei paciscenti.

Non devono, poi, essere trascurate le esigenze di coerenza sistematica originate dalla Riforma “Cartabia”³³. Tra le novità di maggior rilievo spicca l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa, anche mediante l'interpolazione delle norme del codice di rito.

Per quanto qui rileva, degna di considerazione è l'aggiunta³⁴, all'interno del primo comma dell'art. 447 c.p.p., della disposizione secondo cui con il decreto di fissazione dell'udienza adottato in seguito alla richiesta di patteggiamento presentata nel corso delle indagini preliminari il richiedente dev'essere avvisato della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa³⁵. Analoga informazione è fornita alla persona offesa, ai sensi del novellato art. 90-bis c.p.p.³⁶.

In definitiva, ammettere la partecipazione dell'offeso all'incidente camerale previsto dall'art. 447 c.p.p. pare, altresì, funzionale ad aumentare le occasioni di incontro tra l'indagato e la vittima e, così, propiziare la realizzazione di una prospettiva sempre auspicata dal legislatore della riforma; prospettiva, oltretutto, compatibile con l'interesse del prevenuto, sotteso all'istanza di patteggiamento, alla sollecita conclusione del procedimento penale.

³² Opinione sostenuta, tra gli altri, da BRUNO, *Esclusa la parte civile all'udienza per decidere sulla pena negoziata*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1135.

³³ La Riforma, come noto, è avvenuta mediante l'emanazione del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, *Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in *Gazz. uff.*, 17 ottobre 2022, n. 243, *Suppl. ord.*, n. 38. In argomento, per tutti, v. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022; nonché la *Relazione su novità normativa: la “Riforma Cartabia”*, n. 2 del 2023, dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, consultabile all'indirizzo www.cortedicassazione.it.

³⁴ Ad opera dell'art. 25, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 150 del 2022.

³⁵ Secondo quanto precisato nella Relazione del Massimario, la giustizia riparativa «non è un rito speciale, ma, al più, un procedimento incidentale, parallelo alla giustizia contenziosa» (p. 277): «non è, infatti, un'alternativa alla giustizia penale, posto che non è ancorata al procedimento penale e non si esaurisce in esso» (p. 283).

³⁶ Ai sensi del nuovo art. 90-bis.1 c.p.p. la medesima informazione è fornita alla vittima, come definita dall'art. 42, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 150 del 2022 ai fini della disciplina in tema di giustizia riparativa. Trattasi, precisamente, della «persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché [del] familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona».

Le indagini e l'udienza preliminare nel processo a carico degli enti a seguito della riforma cartabia

di Nicolò Giovanni Orsi

Il contributo analizza gli istituti in ambito di indagini e udienza preliminare che sono stati interessati dalla recente riforma c.d. Cartabia nel 2022, mettendo in evidenza il mancato coordinamento delle novità apportate al codice di procedura penale con la corrispondente disciplina prevista per il processo a carico degli enti ex d. lgs. n. 231 del 2001. In particolare, vengono presi in considerazione gli istituti dell'annotazione dell'illecito amministrativo e quello della regola di giudizio per l'archiviazione e per il rinvio a giudizio, analizzando le possibili soluzioni interpretative in assenza dell'intervento del legislatore.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rinvio alle norme del codice di procedura ex art. 34 del d. lgs. 231 del 2001: le implicazioni in caso di riforma. – 3. L'iscrizione della notizia di reato e l'annotazione dell'illecito amministrativo. – 4. Le conseguenze sull'annotazione dell'illecito amministrativo a seguito della riforma. – 5. La regola di giudizio per l'archiviazione e per l'udienza preliminare. – 6. La ragionevole previsione di condanna e il silenzio del legislatore nella disciplina del processo a carico dell'ente: le soluzioni prospettabili. – 7. L'ipotesi del giudizio di costituzionalità.

1. Premessa.

Il d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, recante le disposizioni di riforma del processo penale, e contenente le disposizioni in materia penalistica della c.d. riforma Cartabia, introduce una serie di rilevanti novità all'interno del codice di procedura penale. Tali incidono su una pluralità di istituti fondamentali del processo penale, tanto da interessare ogni tipo di procedimento di carattere penalistico.

In nessun modo, però, la novella legislativa si preoccupa di intervenire direttamente mediante un coordinamento con la disciplina del procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Neppure per regolare gli effetti che possano derivare dall'applicazione delle novità introdotte dalla riforma al sistema descritto dal d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

A ben vedere, la legge delega 27 settembre 2021, n. 134 – legge con la quale il Governo ha ricevuto la delega per la riforma c.d. Cartabia attuata mediante il d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 – prevedeva interventi normativi finalizzati a coordinare le novità introdotte nel codice di procedura penale con gli altri plessi normativi che potessero ritenersi coinvolti. Segnatamente, l'art. 1 della l. n. 134 del 2021 conferisce delega al Governo per modificare la formulazione «delle disposizioni contenute in leggi speciali

non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega in modo da renderle ad essi conformi». Tale delega sembra, al momento, potersi dire inattuata.

Nonostante ciò, però, le novità apportate alla disciplina generale hanno un riflesso anche sulla disciplina relativa al processo a carico dell'ente e richiedono un'interpretazione in grado di coniugare le novità introdotte con l'immutata disciplina del d. lgs. n. 231 del 2001.

2. Il rinvio alle norme del codice di procedura *ex art. 34 del d. lgs. 231 del 2001*: le implicazioni in caso di riforma.

I rapporti tra le norme del codice di procedura e quelle dettate per il processo a carico degli enti sono regolati dall'art. 34 dello stesso d. lgs. n. 231 del 2001. Questo prevede che la disciplina del codice di procedura possa etero-integrare quella prevista nel capo III del citato decreto – dedicato alle norme processuali – in quanto compatibile e per quanto in esso non disciplinato¹.

La formulazione dell'art. 34 ha comportato, in maniera per certi versi differente rispetto all'originaria volontà del legislatore², che le norme processuali contenute nel d. lgs. n. 231 del 2001 si pongano in rapporto di specialità rispetto a quelle del codice di procedura, potendo pertanto riconoscersi alle prime una priorità applicativa, e riservando alle seconde un ruolo integrativo³.

A fronte del dettato dell'art. 34, i casi in cui opera il meccanismo di integrazione ivi previsto possono ricondursi sostanzialmente entro tre categorie di ipotesi⁴.

Una prima è relativa ai casi in cui il d. lgs. n. 231 del 2001 non regola in alcun modo l'istituto processuale. Con riferimento a questa non si pongono particolari problemi interpretativi: mancando una disposizione speciale nella disciplina del processo a carico dell'ente, supplirà quella del codice di procedura, operando pienamente il meccanismo integrativo.

¹ Per una analisi più approfondita circa l'art. 34 si rinvia a P. CORVI - G. VARRASO, *sub art. 34*, in AA. VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano 2019, p. 853 ss., nonché G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano 2012, p. 103 ss.

² Si veda l'art. 11, lett. q) della legge delega 29 settembre 2000, n. 300 dal quale emerge chiaro il volere del legislatore di prevedere un sistema di responsabilità a carico degli enti le cui norme processuali siano dettate principalmente dal codice di procedura penale e solo in casi residuali dalla normativa delegata.

³ In questi termini, individuando un rapporto gerarchico tra le fonti normative nel processo a carico degli enti Cfr. G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in G. LATTANZI - P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, sez. II, Diritto processuale, Torino 2020, p. 3 ss; A. GIARDA, *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisprudenza penale si amplia*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, p. 195; L. LUPARIA DONATI - F. CENTORAME, *Le fonti normative della procedura penale d'impresa*, in D. PIVA (a cura di), *Responsabilità degli enti ex d. lgs. n. 231 del 2001 tra diritto e processo*, Torino 2021, p. 716; A. GUALAZZI, *Sulla regola di giudizio per l'udienza preliminare a carico dell'ente dopo la "riforma Cartabia"*, www.giurisprudenzapenale.com, 2023, 2, p. 4.

⁴ L'analisi si deve a A. GUALAZZI, *Sulla regola di giudizio per l'udienza preliminare a carico dell'ente dopo la "riforma Cartabia"*, cit., p. 5.

Particolari problemi non si presentano neppure per la seconda categoria, descritta dai casi in cui il d. lgs. n. 231 del 2001 prevede un istituto che si discosta dal dettato codicistico e sia autosufficiente, o quantomeno autonomo nella sua operatività, non necessitando di integrazioni. Qui la fattispecie processuale nella disciplina relativa all'ente è delineata in modo autonomo e autosufficiente e, operando il principio di specialità, non richiederà alcuna integrazione, rimanendo sbarrata così la strada ad ogni integrazione con la normativa codicistica.

Maggiori dubbi interpretativi possono sorgere invece con riferimento alla terza categoria. Questa è descritta dai casi in cui il d. lgs. n. 231 del 2001 regoli in modo compiuto un istituto processuale, ma, nel farlo, riproduca in sostanza la regola codicistica – magari apportando solo correttivi terminologici –, rendendo quindi solo formalmente speciale la disciplina processuale prevista per l'ente.

Tali dubbi ermeneutici sono resi maggiormente evidenti in occasione di interventi di riforma della portata di quello del 2022. Tanto più in assenza di un intervento specifico di coordinamento, rimettendo così all'attività dell'interprete la conciliabilità tra norma codicistica riformata e previsione analoga, solo formalmente speciale, contenuta nel d. lgs. n. 231 del 2001.

L'opera di coordinamento lasciata all'interprete s'impone poi anche alla luce dell'interpretazione che la dottrina ha dato circa l'operatività dell'art. 34 nella categoria di casi in considerazione. È stato infatti osservato come, il rinvio operato alle norme del codice di procedura penale «non allude unicamente alla formulazione originaria del codice e all'assetto processuale vigente all'epoca dell'introduzione del d. lgs. n. 231 del 2001. [Tale rinvio] viceversa, si riferisce altresì alle modifiche subite successivamente dalle medesime disposizioni, nonché agli ulteriori innesti normativi operati, nel corso del tempo, sull'ordito codicistico ordinario»⁵.

Nel condurre la presente analisi si tenterà, pertanto, – senza presunzione di esaustività – di individuare quei casi che rientrano entro tale ultima categoria e, in particolar modo, quelli aventi ad oggetto istituti relativi alle indagini preliminari sui quali è intervenuta più direttamente la riforma c.d. Cartabia.

3. L'iscrizione della notizia di reato e l'annotazione dell'illecito amministrativo.

Il primo istituto che viene in rilievo è l'annotazione dell'illecito amministrativo e il rapporto con il suo corrispondente nella disciplina codicistica individuabile nell'iscrizione della notizia di reato.

Con la riforma c.d. Cartabia si è modificato l'art. 335 c.p.p. che disciplina l'iscrizione e la tenuta da parte del pubblico ministero dei registri delle notizie di reato. In particolare, la riforma ha inciso sul concetto di notizia di reato definendola quale «rappresentazione di un fatto determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a

⁵ L. LUPARIA DONATI - F. CENTORAME, *Le fonti normative della procedura penale d'impresa*, cit. p. 719

una fattispecie incriminatrice»⁶. Così facendo il legislatore individua i caratteri tipici della notizia di reato, formalizzandone i requisiti. Ciò permette di meglio definire i parametri dell'obbligo di iscrizione che sussiste in capo al pubblico ministero, guidando quest'ultimo in quello che, nel sistema previgente, era un ambito di discrezionalità a lui lasciato senza parametri di riferimento e senza controlli.

La definizione del contenuto dell'obbligo di iscrizione consente, da una parte, una più puntuale attuazione del principio di obligatorietà dell'azione penale affermato dall'art. 112 Cost., del quale l'iscrizione costituisce l'atto prodromico e necessario; dall'altra, formalizzando lo *status* di indagato, agevola l'individuazione, in modo sufficientemente preciso, del momento in cui sorge l'obbligo di iscrizione in capo al pubblico ministero, e a cui deve allinearsi il rispettivo provvedimento.

L'individuazione del corretto momento in cui sorge la *notitia criminis*, e il conseguente obbligo di iscrizione, è utile a determinare il termine di scadenza delle indagini. La finalità dell'iscrizione della notizia di reato è infatti quella di individuare, tra le altre garanzie connesse allo *status* che assume la persona sottoposta ad indagini, il *dies a quo* delle stesse.

Tale finalità di precisa individuazione dei limiti temporali è quella espressamente perseguita dalla riforma del 2022, che interviene nel chiaro intento di ridurre i tempi della giustizia penale, e, in primo luogo quelli delle indagini preliminari. Entro la medesima ottica si colloca anche l'introduzione, tra gli altri, dell'art. 335 *quater* c.p.p., il quale prevede il controllo giurisdizionale da parte del giudice per le indagini preliminari della tempestività dell'iscrizione, e quindi il controllo sull'obbligo di iscrizione e sulla tempestività dell'adempimento dello stesso.

Nel sistema della responsabilità amministrativa a carico degli enti, l'istituto dell'iscrizione trova il suo corrispondente nell'annotazione⁷. Questa riflette infatti la stessa funzione che nel codice assolve l'iscrizione della notizia di reato. Ciò è reso ancor più evidente dall'espresso richiamo che l'art. 55 del d. lgs. n. 231 del 2001 fa all'art. 335 c.p.p. Non sono molti, infatti, i tratti che differenziano le due disposizioni normative, quantomeno rispetto alla versione previgente dell'art. 335 c.p.p. Nell'art. 55 del citato decreto è previsto che il pubblico ministero annoti immediatamente nel registro delle notizie di reato la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dall'ente, unitamente agli elementi identificativi dello stesso e alle generalità del suo

⁶ Per l'analisi circa le modifiche intervenute sull'art. 335 c.p.p. si rinvia a L. GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO - V. GREVI - M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Milano 2023, p. 467 ss.; C. PARODI, *Il controllo giurisdizionale sulle iscrizioni*, in A. BASSI - C. PARODI (a cura di), *La riforma del sistema penale. Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134, Milano 2022, p. 92 e ss.; D. CURTOTTI, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pisa 2022, p. 198; F. CASSIBBA - E. M. MANCUSO, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, in D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E. M. MANCUSO - G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale*, Milano 2023, p. 605 ss.

⁷ Per una panoramica generale sull'istituto dell'annotazione si rinvia a: M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino 2019, p. 168 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 271 ss.; L. PISTORELLI, sub art. 55, in AA. VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 1102 ss.

legale rappresentante. In maniera non dissimile all'iscrizione, l'annotazione determina l'assunzione in capo all'ente delle medesime garanzie dell'indagato in quanto compatibili e tra queste, in particolare, l'individuazione del *dies a quo* da cui dedurre i termini per le indagini preliminari.

Neppure la diversa denominazione degli istituti induce a ritenere, secondo la dottrina unanime sul punto⁸, una diversità quanto a funzione o contenuto. Il nome annotazione utilizzato dall'art. 55 d. lgs. n. 231 del 2001 deve essere interpretato nel senso che si presuppone che al momento dell'annotazione sia già presente un'iscrizione per il reato presupposto. Ciò dal momento che nell'annotazione deve essere indicato anche il reato presupposto⁹.

Nonostante ciò, non si può però ritenere che l'annotazione – e l'intero procedimento a carico dell'ente – si pongano in relazione di accessorietà rispetto all'iscrizione della notizia di reato. In ragione delle regole generali che informano l'intero sistema descritto dal d. lgs. n. 231 del 2001, è da ricordare come la responsabilità amministrativa dell'ente sia autonoma rispetto a quella della persona fisica che ha commesso il reato presupposto, così come previsto all'art. 8 d. lgs. n. 231 del 2001. Di conseguenza, ugualmente autonomi sono i rispettivi procedimenti. Ciò è ricavabile oltre che a livello di principio generale, anche dalle regole che specificano il principio di autonomia. Lo stesso art. 8 d. lgs. n. 231 del 2001 prevede infatti che la responsabilità dell'ente non venga meno anche quando il reato presupposto si estingua, e, allo stesso modo, non viene meno qualora l'autore del reato rimanga ignoto o non sia imputabile. I due procedimenti, quindi, non è necessario coincidano in quanto le vicende dell'uno non si riflettono nell'altro.

Le questioni sorte circa l'annotazione sono speculari a quelle che hanno interessato dottrina e giurisprudenza relativamente all'interpretazione del dettato dell'art. 335 c.p.p. nella sua formulazione previgente alla riforma c.d. Cartabia¹⁰. Tali interrogativi sono riconducibili essenzialmente a due ordini di questioni: da una parte se possa affermarsi l'obbligo in capo al pubblico ministero di iscrizione; e, soprattutto, se lo stesso possa essere trasposto anche nel sistema del d. lgs. n. 231 del 2001, venendo così ad affermarsi l'obbligo di annotazione. Dall'altra, quali siano i contenuti di tale obbligo e quindi i caratteri in grado di definire il concetto di *notitia criminis* in ambito di responsabilità amministrativa dell'ente.

Con riferimento al primo interrogativo, il tema che si pone è quello dell'obbligatorietà dell'annotazione dell'illecito amministrativo, e quindi se il pubblico ministero in presenza dei presupposti, sia gravato da tale obbligo. Tema, questo, controverso anche nel dibattito, anche giurisprudenziale, relativo all'iscrizione a carico delle persone fisiche di cui all'art. 335 c.p.p., dove è stato rilevato, a più riprese, come gli

⁸ Sul punto, per tutti v. G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 272.

⁹ Osserva R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del processo penale*, Napoli 2010, p. 130 che l'impiego del termine annotazione si spiegherebbe proprio perché una previa registrazione ci sarebbe già stata.

¹⁰ Le posizioni della dottrina in tema di iscrizione della notizia di reato sono efficacemente compendiate da: R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del processo penale*, cit., p. 3 ss.; D. VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini preliminari*, Torino 2012, p. 113 ss.

adempimenti previsti dall'art. 335 c.p.p. sono di attribuzione esclusiva del pubblico ministero, destinatario, al ricorrere dei presupposti, di un obbligo e non di un potere discrezionale, e le cui scelte sono sindacabili non sul piano processuale, ma esclusivamente su quello disciplinare¹¹.

Con riferimento all'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, a parere della dottrina maggioritaria, militano contro l'affermazione dell'obbligo due considerazioni. In primo luogo, la circostanza per cui, riconoscendo natura di *tertium genus* alla responsabilità amministrativa degli enti¹², il principio di obbligatorietà dell'azione affermato dall'art. 112 Cost. non può essere ad essa esteso, dovendo lo stesso limitarsi ai soli procedimenti a carico di persone fisiche. In secondo luogo, non potrebbe affermarsi un obbligo di annotazione speculare a quello di iscrizione in quanto, nel sistema previsto dal d. lgs. n. 231 del 2001, il regime dell'archiviazione dei procedimenti è sottratto al sindacato del giudice. L'unico controllo sull'inazione è di natura gerarchica e comunque interna al medesimo ufficio del pubblico ministero¹³.

La seconda tra le questioni poste – quella relativa al contenuto dell'obbligo di annotazione e, soprattutto, all'individuazione dei caratteri definitori della *notitia criminis* – è stata affrontata, con riferimento alla disciplina codicistica, guardando all'attività di qualificazione giuridica del fatto che compie il pubblico ministero al momento dell'iscrizione. In particolare, la dottrina ha individuato nel concetto di notizia di reato le componenti di “consistenza” e “contenuto”, dove per consistenza si intende il livello epistemologico che l'informazione contenuta nella notizia di reato deve avere, e per contenuto s'intende il grado di conformità della stessa ad una fattispecie tipica di reato¹⁴. Il tema dei caratteri definitori della *notitia criminis* riguarda il secondo dei due elementi, quello del contenuto, inerente al momento della qualificazione giuridica del fatto. Ci si è domandati infatti «quanta parte di legalità deve sostenere la notizia affinché possa parlarsi di “notizia di reato”?»¹⁵ e quindi quali elementi di tipicità della fattispecie incriminatrice devono scorgersi perché possa procedersi ad iscrizione. La più attenta dottrina ha osservato come la risposta a tale interrogativo non sia univoca, ma dipenda dall'estensione, più o meno ampia, che s'intende attribuire al concetto di fatto tipico: se ci si limiti a considerare i soli elementi di condotta, evento e nesso di causalità, o se invece la nozione di fatto tipico debba ricomprendere anche l'elemento soggettivo e le cause di

¹¹ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. U, 24 settembre 2009, Lattanzi Rv. 244378; Cass. Pen. Sez. U., 21 giugno 2000, Tammaro Rv. 216248.

¹² Così, da ultimo, v. anche Cass. Pen., Sez. U, 27 ottobre 2022 (dep. 6 marzo 2023), n. 14840 in questa *Rivista online*, con nota di M. MOSSA VERRE, [La messa alla prova degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite](#), f. 5, 2023, dove le Sezioni Unite hanno avuto modo di ritornare sul dibattito circa la natura della responsabilità amministrativa dell'ente, affermando come si tratti di un «*tertium genus* di paradigma punitivo, che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e quello amministrativo».

¹³ Le posizioni della dottrina maggioritaria vengono efficacemente compendiate da G. AMATO, sub art. 55, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna 2014, cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche.

¹⁴ L'analisi si deve a T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Indice Penale*, f. 2, 1999, p. 531.

¹⁵ T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., p. 532.

giustificazione¹⁶. La dottrina maggioritaria ha ritenuto che la nozione di fatto tipico da prediligersi con riferimento al momento dell'iscrizione della notizia di reato sia quella che prende in considerazione solo gli elementi della condotta, dell'evento e del nesso di causalità, rimanendo esclusi l'elemento soggettivo e le cause di giustificazione¹⁷.

Il dibattito si è posto in termini non dissimili con riferimento all'istituto dell'annotazione dell'illecito amministrativo. Qui la dottrina maggioritaria ha ritenuto che lo standard di elementi indiziari idoneo a rendere l'illecito suscettibile di annotazione non si spinga fino all'individuazione di un *fumus* di responsabilità in capo all'ente. Viene considerato sufficiente ai fini dell'annotazione che il pubblico ministero abbia notizia della commissione di un fatto di reato previsto tra quelli che costituiscono presupposto della responsabilità amministrativa degli enti di cui agli artt. 24 e seguenti del d. lgs. n. 231 del 2001, e che questo sia commesso nell'ambito di attività dell'ente. Rimanendo così oggetto della successiva attività di indagine l'accertamento degli altri caratteri tipici della responsabilità amministrativa dell'ente¹⁸.

4. Le conseguenze sull'annotazione dell'illecito amministrativo a seguito della riforma.

Con la riforma dell'art. 335 c.p.p. ad opera del d. lgs. n. 150 del 2022, le questioni fino a qui prospettate, nonché gli approdi della dottrina maggioritaria, sembrano dover essere nuovamente messi in discussione. Ciò, tanto più che nulla dice sul punto la riforma, lasciando quindi all'interprete il compito di verificare la compatibilità della nuova disciplina con il sistema della responsabilità *ex* d. lgs. n. 231 del 2001.

Relativamente alla possibilità di affermare l'obbligatorietà dell'annotazione dell'illecito amministrativo, l'intervento del legislatore sulla disciplina generale può dirsi abbia delimitato gli ambiti di discrezionalità del pubblico ministero in genere, e, in particolare, le valutazioni del momento dell'iscrizione, rendendo maggiormente evidente la sussistenza dell'obbligo di iscrizione¹⁹. In ragione del rinvio, tanto generale operato dall'art. 34, quanto speciale nel testo dell'art. 55 del d. lgs. n. 231 del 2001, alla disciplina del codice di rito, sembra che la sussistenza di tale obbligo debba affermarsi anche con riferimento all'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato. La riforma della disciplina generale così interpretata rende maggiormente condivisibile quegli argomenti della dottrina, rimasta minoritaria nel dibattito svoltosi fino ad oggi,

¹⁶ Cfr. D. VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini preliminari*, cit. p. 127; e v., più ampiamente, A. GARGANI, *Dal corpus iuris al Tatbestand. Le origini della tipicità legale*, Milano 1997, p. 516 ss.

¹⁷ Cfr., *ex multis*, D. VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini preliminari*, cit., p. 129. Nello stesso senso, D. NEGRI, *Fumus commissi delicti, la prova per le fattispecie cautelari*, Torino 2004, p. 77; P. P. PAULESU, *Notizia di reato*, in *Dig. disc. Pen.*, Agg. 2011, Torino, p. 35.

¹⁸ In questo senso, v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino 2019, p. 168; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano 2012, p. 273; P. IELO, sub art. 34-82, in F. PALAZZO - C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova 2007, p. 1449.

¹⁹ In questo senso, v. C. PARODI, *Il controllo giurisdizionale sulle iscrizioni*, cit., p. 92 ss.

che affermano – contrariamente all'impostazione maggioritaria sopra riportata – la sussistenza di un obbligo di annotazione.

In particolare, viene affermato che: «in un sistema ispirato al principio di legalità non può affidarsi alla discrezionalità del pubblico ministero la scelta se avviare o meno un procedimento a carico di un ente, dalle ricadute potenzialmente anche molto invasive»²⁰. Tale dottrina sostiene infatti che il fondamento dell'obbligatorietà dell'annotazione non risieda tanto nell'estensione del principio di obbligatorietà dell'azione previsto dall'art. 112 Cost. anche alla responsabilità amministrativa dell'ente. Piuttosto, le ragioni da cui trarre la sussistenza dell'obbligo di annotazione devono rinvenirsi nel rispetto del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che impone un trattamento uniforme in situazioni uguali. Sarebbe con ciò incompatibile rimettere alla sola discrezionalità di chi è investito di un potere pubblico l'adozione delle iniziative di controllo e sanzionatorie²¹.

L'assenza di un controllo giurisdizionale sull'inazione non fa venir meno la sussistenza dell'obbligo di annotazione. Tale obbligo è reso solo più opaco, meno sorvegliabile in ragione della complessità degli elementi costitutivi dell'illecito amministrativo, i quali comportano necessariamente valutazioni di opportunità in capo all'organo titolare dell'esercizio dell'azione²².

A ulteriore sostegno di tale tesi, soccorre la considerazione per cui il fatto storico in grado di fondare la responsabilità tanto della persona fisica, quanto dell'ente è il medesimo, e il suo accertamento necessita di seguire principi il più uniformi possibile.

La sussistenza dell'obbligo pare quindi potersi affermare, non tanto in ragione dell'estensione del principio di obbligatorietà dell'azione all'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente, quanto piuttosto all'espressa previsione dell'art. 55 d. lgs. n. 231 del 2001, oggi da interpretare, in ragione del puntuale rinvio alla norma codicistica, quale norma che impone un obbligo di annotazione.

La questione che sembra maggiormente necessitare una nuova valutazione, alla luce delle novità apportate dalla riforma c.d. Cartabia, è però la seconda di quelle esposte; ossia quella relativa al contenuto dell'obbligo di annotazione e, quindi, all'individuazione dei presupposti al ricorrere dei quali il pubblico ministero dovrebbe procedere all'iscrizione.

La dottrina minoritaria nel dibattito svoltosi fino ad oggi, riteneva che, nell'individuare i presupposti in grado di determinare l'iscrizione, fosse necessario quantomeno il *fumus* della responsabilità della società²³. Viene evidenziato da tale autorevole dottrina, come la particolarità dell'annotazione dell'illecito amministrativo risieda nella differenza relativa alla componente soggettiva dell'iscrizione. Diversamente da quanto avviene nel procedimento secondo la disciplina generale del

²⁰ L. PISTORELLI, sub art. 55, in AA. VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano 2019, p. 1104.

²¹ Cfr. L. PISTORELLI, sub art. 55, cit., p. 1104.

²² Cfr. R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, Torino 2018, p. 16.

²³ Così, C. SANTORIELLO, *Il procedimento penale per l'accertamento della responsabilità dell'ente*, Torino 2011, p. 24.

codice²⁴, non può aversi un procedimento iscritto – *rectius* annotato – a carico di un ente ignoto. La precedente identificazione dell'ente viene utilizzata quale argomento per affermare che, dal momento che il pubblico ministero deve necessariamente aver già acquisito notizia dell'illecito fondante la responsabilità amministrativa dell'ente, allora, devono potersi ricavare da ciò solo ulteriori elementi dai cui desumere che l'illecito sia dovuto a carenze dell'organizzazione collettiva. Pertanto, l'annotazione della società nel relativo registro non segue automaticamente l'iscrizione del reato presupposto, ma «occorrerà che si configuri quantomeno il *fumus* della responsabilità della società»²⁵.

Tale impostazione, ritenuta eccessivamente rigorosa secondo la disciplina previgente, sembra però essere maggiormente condivisibile alla luce della modifica dell'art. 335 c.p.p. intervenuta con il d. lgs. n. 150 del 2022.

Il novellato art. 335 c.p.p., tipizzando i presupposti dell'iscrizione, come detto, ha definito il concetto di *notitia criminis* quale *rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice*. Il preciso riferimento alla necessaria sussumibilità del fatto entro una fattispecie incriminatrice sembra comportare che, affinché il pubblico ministero possa procedere all'iscrizione, è necessario che ravvisi circostanze di fatto in grado di integrare ogni elemento della fattispecie tipica. Sarà quindi necessario che dalla notizia di reato, nella scelta della fattispecie incriminatrice più idonea a descrivere il fatto, il pubblico ministero individui elementi in grado di ritenere sussistente il reato ipotizzato relativamente a tutti gli elementi che la fattispecie tipica richiede.

Alla luce di ciò, e della necessaria integrazione della disciplina dell'annotazione prevista dall'art. 55 d. lgs. n. 231 del 2001 con quella prevista all'art. 335 c.p.p., sembra potersi affermare che, a seguito della riforma c.d. Cartabia, l'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato debba effettuarsi quando dagli atti in possesso del pubblico ministero possano scorgersi i tratti di tipicità di una fattispecie incriminatrice fondante la responsabilità amministrativa da reato dell'ente.

Com'è noto, costituiscono requisiti tipici della responsabilità amministrativa dell'ente: la commissione di uno dei reati c.d. presupposto indicati dagli artt. 24 e ss. del d. lgs. n. 231 del 2001; il fatto che lo stesso sia stato commesso da un soggetto che nell'ente ricopre uno tra gli incarichi previsti dall'art. 5 del menzionato decreto; che tale soggetto abbia commesso il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente²⁶.

Tale interpretazione pare costituire un equilibrato compromesso, dal momento che non prevede requisiti particolarmente stringenti. Viene lasciato spazio nella fase investigativa alla raccolta di elementi in grado di ritenere fondati i requisiti di tipicità della fattispecie ipotizzata, e, al contempo, di operare le opportune verifiche circa

²⁴ L'art. 335 c.p.p., al co. 1 *bis*, prevede che il pubblico ministero iscrive la notizia di reato e, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona a cui il reato è attribuito. L'art. 55 d. lgs. n. 231 del 2001 prevede invece che il pubblico ministero che riceve la notizia dell'illecito annoti gli elementi identificativi dell'ente.

²⁵ C. SANTORIELLO, *Il procedimento penale per l'accertamento della responsabilità dell'ente*, cit., p. 24.

²⁶ Per tutti, v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2022, p. 948 ss.

l'eventuale adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione. Attività quest'ultima in cui risiede l'effettiva attività di indagine in materia di responsabilità amministrativa degli enti²⁷.

5. La regola di giudizio per l'archiviazione e per l'udienza preliminare.

Tra le principali e più note modifiche apportate dalla riforma c.d. Cartabia ad opera del d. lgs. n. 150 del 2022, vi è quella relativa alla regola di giudizio in base alla quale il pubblico ministero e il giudice delle fasi preliminari valutano i casi di inazione o comunque di non luogo a procedere. Entro la generale ottica efficientista che ispira l'intera riforma, emerge chiaro l'intento di ridurre il numero di processi che giungano fino alla fase dibattimentale. A tal fine, il legislatore interviene sulla regola di giudizio dettata al co. 3 dell'art. 425 c.p.p., introducendo un «filtro a maglie strette»²⁸ rispetto al previgente assetto. Il vaglio di quanto raccolto ad esito delle fasi preliminari deve essere oggi condotto alla luce, non più della *sostenibilità dell'accusa in giudizio*²⁹, ma valutando se gli elementi acquisiti nel corso delle indagini permettano di formulare una *ragionevole previsione di condanna*³⁰.

Nel sistema descritto dal d. lgs. n. 231 del 2001 non vengono esplicitamente indicati i presupposti al ricorrere dei quali il pubblico ministero debba disporre l'archiviazione. Dal combinato disposto degli art. 58, 59 e 61 del citato decreto – relativi rispettivamente all'archiviazione, alla contestazione dell'illecito e ai provvedimenti dell'udienza preliminare – si ricava come, per la responsabilità amministrativa dipendente da reato a carico degli enti, la regola di giudizio sia quella della non sostenibilità dell'accusa in giudizio. Ciò viene affermato, da una parte, in ragione del dettato normativo dell'art. 61 del d. lgs. n. 231 del 2001, il quale riproduce pressoché integralmente la disposizione dell'art. 425 co. 3 c.p.p., laddove afferma che «il giudice pronuncia sentenza di non luogo

²⁷ In questo senso, v. E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in E. DOLCINI - C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 3, Milano 2006, p. 2714.

²⁸ L'espressione è di F. D'ARCANGELO, *L'udienza preliminare*, in C. BASSI - A. PARODI (a cura di), *La riforma del sistema penale. Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, cit., p. 148.

²⁹ Regola che era prevista all'art. 125 disp. att. "Richiesta di archiviazione. Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio", ora abrogato ad opera dell'art. 98 co. 1 lett. b) del d. lgs. n. 150 del 2022.

³⁰ L'art. 23 co. 1 lett. I) del d. lgs. n. 150 del 2022 è intervenuto sul co. 3 dell'art. 425 c.p.p., che disciplina la sentenza di non luogo a procedere, sostituendo le parole «risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio» con «non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna». L'interpretazione di tale locuzione è oggetto di attuale dibattito in dottrina per il quale si rinvia, tra gli altri, a: M. GIALUZ, [Per un processo più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia \(profili processuali\)](#), in questa Rivista, p. 51; G. ILLUMINATI, *Alla ricerca di un processo penale efficiente*, in *Diritto penale e processo*, 2022, f. 4, 1155; M. CECCHI, *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, in *Arch. pen.*, 2022, 2; C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in *Arch. pen.*, 2022, f. 2. Nonché, nella trattazione manualistica, L. GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 571 ss; P. TONINI - C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2023, p. 677 ss.

a procedere [...] quando l'illecito non sussiste o gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente». Dall'altra, la regola della sostenibilità dell'accusa in giudizio viene ricavata in via interpretativa in ragione dell'art. 125 disp. att. c.p.p., oggi abrogato, che poteva essere richiamato anche nella disciplina della responsabilità da reato degli enti, a mente dell'art. 34 d. lgs. n. 231 del 2001, in quanto non incompatibile³¹.

6. La ragionevole previsione di condanna e il silenzio del legislatore nella disciplina del processo a carico dell'ente: le soluzioni prospettabili.

L'assetto interpretativo fin qui rappresentato, che garantiva una certa armonia di giudizio, soprattutto in caso di processo a carico dell'ente simultaneo a quello a carico della persona fisica, necessita di essere riconsiderato alla luce della novità – di non poco conto – introdotta dalla riforma c.d. Cartabia, e, soprattutto, in ragione del silenzio di quest'ultima circa il coordinamento, o comunque la compatibilità, con il sistema del d. lgs. n. 231 del 2001.

Si pone allora l'alternativa tra l'applicazione della regola così come prevista dall'art. 61 del d. lgs. n. 231 del 2001 – e quindi il regime previgente con la regola della sostenibilità dell'accusa in giudizio –, e l'applicazione anche alla responsabilità amministrativa dell'ente del nuovo standard di giudizio, e quindi la ragionevole previsione di condanna. Ancora più attentamente, il dilemma ha ad oggetto il comportamento del legislatore: se si tratti di una mera svista o di una precisa volontà di escludere il procedimento *ex d. lgs. n. 231 del 2001* dall'applicazione delle novità introdotte con la riforma del 2022³².

Nel caso in cui l'omesso intervento denotasse una precisa scelta del legislatore, viene osservato³³, si avrebbero due regole di giudizio differenti: l'una per la persona fisica, l'altra per l'ente.

Questa prima soluzione non pare però convincere. Il meccanismo dettato dall'art. 34 del d. lgs. n. 231 del 2001 applicato all'art. 61, sembra imporre una necessaria interpretazione nel segno della compatibilità. Per come generalmente inteso, quello dell'art. 34 d. lgs. n. 231 del 2001, è un meccanismo che opera non solo quando nel microcodice della responsabilità amministrativa degli enti non vi sia alcuna norma di riferimento, ma anche quando – come nel caso dell'art. 61 – venga dettata una norma

³¹ Tale interpretazione è offerta dalla dottrina maggioritaria sul punto per la quale, per tutti, v. G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 297. Si veda però anche, *contra*, E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 2713, il quale esclude la possibilità di applicare l'art. 125 disp. att. al sistema della responsabilità *ex d. lgs. n. 231 del 2001*.

³² Così, A. GUALAZZI, *Sulla regola di giudizio per l'udienza preliminare a carico dell'ente dopo la "riforma Cartabia"*, cit., p. 3.

³³ Cfr., A. GUALAZZI, *Sulla regola di giudizio per l'udienza preliminare a carico dell'ente dopo la "riforma Cartabia"*, cit., p. 3.

speculare a quella della disciplina generale, imponendo quindi una compatibilità tra questa e il suo corrispondente codicistico³⁴.

Essendo quindi modificato il co. 3 dell'art. 425 c.p.p., il suo corrispettivo nel sistema del d. lgs. n. 231 del 2001 necessita di un'interpretazione che non può avere come risultato due criteri totalmente incompatibili tra loro. Così facendo, infatti, seppur sia difficile integrare una norma che offre una disciplina completa, è innegabile che «l'omesso intervento sull'art. 61 negli stessi termini della modifica dell'art. 425 c.p.p. lasci forti dubbi in merito all'accettabilità, da parte del sistema, di una discrasia normativa così evidente»³⁵.

Resta allora la necessità di trovare una compatibilità tra le due regole di giudizio, al fine di giungere ad uno standard di valutazione unitario, tanto per la responsabilità a carico dell'ente, quanto per quella a carico della persona fisica³⁶.

A tale risultato può pervenirsi entro almeno due vie interpretative. L'una prevede di ritenere abrogato implicitamente l'art. 61 del d. lgs. n. 231 del 2001 nella parte in cui riproduce la previgente formulazione dell'art. 425 co. 3 c.p.p., e, per l'effetto, ritenere applicabile la disciplina generale riformata e quindi la regola della ragionevole previsione di condanna³⁷.

Il medesimo risultato potrebbe ugualmente raggiungersi, sempre in via interpretativa, accordando al meccanismo descritto dall'art. 34 del d. lgs. n. 231 del 2001 quel ruolo rimediante che la dottrina maggioritaria gli tributa in tutti quei casi in cui il legislatore interviene su regole del processo, trascurandone però i coordinamenti con le discipline collegate, e tra queste quella del d. lgs. n. 231 del 2001.

In entrambi i casi si darebbe per presupposto che il silenzio del legislatore sia dovuto più a una dimenticanza e, valorizzando i tratti di corrispondenza con la disciplina previgente nel segno di un necessario coordinamento, si dovrebbe procedere con interpretazioni *contra legem*.

7. Ipotesi del giudizio di costituzionalità.

Nonostante gli sforzi ermeneutici profusi dalla dottrina nella ricerca della compatibilità tra le due discipline, resta la necessità di confrontarsi con il dato positivo dal quale si evidenzia la discrasia tra le norme in analisi.

Un'attenta dottrina, interrogatasi sul punto, ha prospettato un rimedio che, seppur più arduo quanto a praticabilità, offrirebbe un risultato più rispettoso del volere del

³⁴ Di ciò ve ne è traccia già nella Relazione ministeriale al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, *sub* art. 61.

³⁵ A. GUALAZZI, *Sulla regola di giudizio per l'udienza preliminare a carico dell'ente dopo la "riforma Cartabia"*, cit., p. 6.

³⁶ Le ragioni che impongono una necessaria compatibilità tra le due regole di giudizio sono efficacemente analizzate da M. BONTEMPELLI, *La nuova regola di giudizio dell'udienza preliminare nel processo agli enti*, in *Arch. n. proc. pen.*, n. 3/2023, p. 240 ss.

³⁷ Ciò in quanto l'operatività dell'art. 34 d. lgs. n. 231 del 2001 sarebbe, in questo caso, quella di permettere l'applicazione della norma codicistica in quanto non prevista, e compatibile, nel sistema del d. lgs. n. 231 del 2001.

legislatore e più stabile quanto a uniformità dei giudizi sul punto rispetto ai rimedi interpretativi prospettati sinora. È stato infatti evidenziato come la discrasia tra regole di giudizio creata dal mancato coordinamento determinerebbe una disparità di trattamento tra persona fisica ed ente, pur a fronte di un giudizio su un medesimo fatto. Come attentamente rilevato, «l'assenza, nella Relazione ministeriale al d.lgs. n. 150 del 2022, di qualunque motivazione tesa a giustificare la scelta di limitare l'operatività della nuova regola di giudizio alla sola udienza preliminare del procedimento "ordinario" contro la persona fisica non può che far propendere per una probabile irragionevolezza della diversità della regola di giudizio che il giudice per l'udienza preliminare deve applicare nei confronti di soggetti i quali, precedentemente, venivano giudicati sulla base dello stesso parametro»³⁸.

L'intervento della Consulta risulta ancor più necessario se ci si sposta dal piano dei principi generali a quello dell'attività di accertamento che si troverà a svolgere il giudice. Considerando che il fatto oggetto del procedimento, tanto a carico dell'ente quanto a quello della persona fisica, è il medesimo, risulta ancor meno ragionevole l'applicazione di due diverse regole di giudizio in ragione delle conseguenze che ciò può causare.

In primo luogo, viene notato come tale discrasia normativa rischi di consentire al pubblico ministero di assolvere un onere probatorio meno rigoroso per il rinvio a giudizio dell'ente rispetto a quello per la persona fisica. In questo modo, graverebbe sul difensore dell'ente un onere probatorio maggiore per dimostrare l'insussistenza dell'illecito. Ciò, non solo con riferimento al pubblico ministero, ma anche guardando ai poteri integrativi del giudice dell'udienza preliminare, determinando così una diversa modulazione da parte della difesa degli strumenti e delle opzioni difensive previste in sede di udienza preliminare.

Nondimeno, poi, la differenza di regole di giudizio, nel silenzio del legislatore del 2022, rischia di compromettere gli obiettivi di efficienza che ispirano l'intera riforma c.d. Cartabia. Rimanendo per l'ente lo standard della sola sostenibilità dell'accusa in giudizio, ben potrebbe aversi rinvio a giudizio per l'ente e sentenza di non luogo a procedere per l'imputato persona fisica – in quanto magari gli elementi raccolti non riescono a soddisfare per quest'ultima lo standard della ragionevole previsione di condanna-. Così facendo, il giudice del dibattimento, per accertare la responsabilità dell'ente, dovrebbe accertare, ancorché in via incidentale ma comunque in maniera compiuta, la sussistenza del reato presupposto, aggirando in tal modo la diversa regola prevista per la persona fisica³⁹.

In assenza di un intervento di coordinamento da parte del legislatore, la via del giudizio di costituzionalità pare quella maggiormente condivisibile alla luce delle ragioni poste alla base della modifica della regola di giudizio e alle prescrizioni del legislatore delegante, il quale all'art. 1 della l. 27 settembre 2021, n. 134 imponeva di

³⁸ A. GUALAZZI, *Sulla regola di giudizio per l'udienza preliminare a carico dell'ente dopo la "riforma Cartabia"*, cit., p. 7.

³⁹ Così, A. GUALAZZI, *Sulla regola di giudizio per l'udienza preliminare a carico dell'ente dopo la "riforma Cartabia"*, cit., p. 9.

modificare le disposizioni contenute in leggi speciali non direttamente investite dai criteri direttivi di delega, in modo da renderli ad essa conformi. Il giudizio di costituzionalità sembra l'unico in grado di emendare al problema, così da scongiurare anche l'applicazione di canoni decisori non uniformi.

La questione della discrasia tra regole di giudizio si è posta, peraltro, anche di recente a livello di giurisdizione di merito. Il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano ha risolto la problematica relativa alla diversa regola di giudizio per l'ente rifacendosi a quella giurisprudenza pronunciata sull'applicazione ai procedimenti per gli enti della regola contenuta nell'art. 425 co. 3 c.p.p., nella sua formulazione precedente⁴⁰. Preso atto del difetto di coordinamento, e al fine di evitare interpretazioni creative o *manu iudicis* abrogative dell'art. 61 del d. lgs. n. 231 del 2001, il giudice dell'udienza preliminare ritiene di fare propria quell'interpretazione adottata da alcune pronunce della Cassazione sul punto. In particolare, viene ribadito il principio secondo cui «la piattaforma degli elementi conoscitivi, costituiti dalle prove già raccolte e da quelle che potranno essere verosimilmente acquisite nello sviluppo processuale – secondo una valutazione prognostica ispirata a ragionevolezza – deve essere munita di una consistenza tale da far ritenere probabile la condanna e da dimostrare, pertanto, l'effettiva, seppur potenziale utilità del passaggio alla fase dibattimentale»⁴¹. Tale ricostruzione del giudice ambrosiano denota però l'auspicabilità di un intervento del legislatore sul punto nel senso del coordinamento. Intervento che dovrebbe essere condotto avuto riguardo delle ricadute pratiche in sede di applicazione delle novità introdotte.

⁴⁰ Si fa riferimento all'ordinanza del G.u.p. del Tribunale del 15/02/2023, in www.giurisprudenzapenale.com, 16 marzo 2023.

⁴¹ Cass. Pen., sez. V, 04/04/2017, n. 32023.

LA PROCEDURA ESTINTIVA DELLE CONTRAVVENZIONI IN MATERIA DI SICUREZZA ALIMENTARE: MOLTE OMBRE E POCHE LUCI

di Vincenzo Paone

Nel presente contributo, l'a., dopo aver premesso che la Riforma Cartabia ha introdotto nel settore dei reati alimentari la procedura di estinzione delle contravvenzioni, porta l'attenzione sulle criticità che potrebbero inceppare il funzionamento del meccanismo estintivo, con particolare riferimento all'impossibilità di realizzare le "condotte ripristinatorie", e illustra sinteticamente le ingiustificate differenze con le disposizioni contenute nelle preesistenti procedure estintive.

SOMMARIO: 1. La nuova causa estintiva delle contravvenzioni alimentari. – 2. Le criticità che emergono dalle nuove disposizioni. – 2.1. Concorso tra delitto e contravvenzione. – 2.2. Il concetto di danno o pericolo quale presupposto della disciplina. – 2.3. Le condotte risarcitorie. – 2.4. Impossibilità di realizzare le condotte ripristinatorie per regolarizzare l'illecito. – 2.5. Una possibile, ma discutibile via di uscita alle ipotesi di impossibilità di regolarizzare l'illecito. – 3. Ulteriori perplessità derivano dal mancato coordinamento del nuovo istituto con le procedure analoghe.

1. La nuova causa estintiva delle contravvenzioni alimentari.

Nelle intenzioni del Governo, e prima ancora del Parlamento delegante, l'inserimento nel sistema delle contravvenzioni alimentari della procedura di estinzione¹ dovrebbe far conseguire consistenti risultati in termini di deflazione del carico giudiziario.

Infatti, nella Relazione illustrativa al D. Lgs. n. 150/2022 si evidenzia che "Nel contesto di un intervento volto a migliorare l'efficienza del processo penale, in linea con gli obiettivi del P.N.R.R. tesi alla riduzione della durata media dei procedimenti, la legge delega intende valorizzare ulteriormente una causa estintiva del reato già prevista nel

¹ Per i primi commenti in materia, v. A. MARTUFI, [La definizione anticipata delle contravvenzioni alimentari all'indomani della riforma Cartabia: tra compliance e logiche punitive](#), in questa Rivista, 14 giugno 2023, pp. 1 ss.; G. AMARELLI, *La nuova procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza alimentare*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 70 ss.; C. BERNASCONI, *Deflazione processuale mediante istituti di diritto penale sostanziale*, in *DisCrimen*, 16 febbraio 2023, pp. 8 ss.; F. DIAMANTI, *Estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni*, in D. CASTRONUOVO – M. DONINI – E.M. MANCUSO – G. VARRASO (a cura di) *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Padova, 2023, pp. 143 ss.; A. RUGANI, *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»)*, in *Leg. pen.*, 6 febbraio 2023, pp. 1 ss.

sistema e destinata a operare nella fase delle indagini preliminari, in rapporto a reati di non particolare gravità”.

Si sottolinea poi che gli ambiti di materia nei quali sono previste contravvenzioni suscettibili di elisione del danno o del pericolo sono stati individuati tenendo conto del significativo impatto sull’attività giudiziaria, essendo di frequente contestazione.

Ma è tutto oro quel che riluce?

Un’attenta analisi del testo unitamente alla considerazione della specificità del settore della sicurezza alimentare ci porta a concludere che la riforma, per come è congegnata, non solo presenta forti criticità, ma rischia di non essere lo strumento adeguato rispetto alla finalità perseguita.

Per giungere a questa conclusione così *tranchant* occorre partire dal D. Lgs. n. 758/1994 che ha introdotto la procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di igiene e sicurezza sul lavoro: si è trattato di una vera rivoluzione copernicana perché, per la prima volta, lo Stato, anche per contrastare la deriva della prescrizione, ha garantito l’osservanza effettiva delle norme in materia puntando pragmaticamente sull’adempimento tardivo da parte del contravventore al quale è ingiunto di tenere una specifica contro-condotta per regolarizzare l’illecito commesso in cambio del pagamento di una sanzione pecuniaria ridotta rispetto al livello edittale, ma non per questo priva di significato “punitivo”².

È però necessario sottolineare che l’istituto ha dato ottima prova di sé per ragioni strettamente connesse alla struttura degli illeciti previsti in materia di sicurezza sul lavoro: infatti, in questo settore, la quasi totalità dei reati ha carattere omissivo permanente e i comportamenti idonei a regolarizzare l’illecito rientrano nell’esclusiva sfera di azione e di controllo del datore di lavoro. Perciò, la condotta antagonista occorrente per ripristinare la legalità violata non dà luogo a particolari difficoltà.

Invece, nei settori della tutela dell’ambiente e della sicurezza alimentare, in cui il modello originario è stato esportato senza gli opportuni adattamenti, i reati, il più delle volte, hanno natura commissiva, sono per lo più istantanei e, comunque, gli eventuali effetti derivanti dall’illecito sono difficilmente eliminabili. Inoltre, nei comparti diversi da quello infortunistico, si registra la presenza di molteplici contravvenzioni imperniate sul preventivo possesso di un’autorizzazione per lo svolgimento di determinate attività: ciò comporta che il contravventore potrà al più garantire la presentazione della richiesta, ma non l’ottenimento del titolo, il cui rilascio dipende dalla Pubblica amministrazione.

Gli evidenziati profili costituiscono dunque un forte ostacolo all’attuazione delle finalità che si è ripromesso il legislatore.

² A. MARTUFI, *La definizione anticipata delle contravvenzioni alimentari*, cit., p. 9, riferendosi al nuovo procedimento definitorio, parla di logica premiale del meccanismo, caratterizzata dalla neutralizzazione di un pericolo di offesa alla salute perseguita attraverso “la condotta antagonista del contravventore”. L’effetto premiale si lega all’estinzione dell’illecito penale derivante dall’eliminazione delle “conseguenze dannose e pericolose” della contravvenzione e dal pagamento, in sede amministrativa, di una somma pari a un sesto del massimo edittale dell’ammenda.

2. Le criticità che emergono dalle nuove disposizioni.

La disciplina della causa estintiva è stata inserita direttamente nella legge 30 aprile 1962 n. 283 con una serie di articoli successivi all'art. 12-*bis*.

L'istituto è strutturato in alcuni "tradizionali" passaggi che possono così riassumersi:

- accertamento di un reato in materia di igiene, produzione, tracciabilità e vendita di alimenti e bevande;
- emissione di una prescrizione da parte di autorità amministrative di vigilanza e di corpi di polizia o dei Carabinieri (come i Nuclei Anti Sofisticazione e Sanità N.A.S.) specializzati nell'accertamento dei reati nei menzionati ambiti;
- controllo dell'adempimento puntuale e conforme;
- ammissione del trasgressore al pagamento in forma ridotta;
- comunicazione al PM (al quale la notizia di reato va trasmessa unitamente alla prescrizione impartita) dell'eventuale mancato adempimento della prescrizione oppure del mancato pagamento della sanzione;
- archiviazione del procedimento o esercizio dell'azione penale.

Fin qui, nulla di nuovo. Ora passeremo in rassegna le principali novità della procedura in cui si intravedono consistenti criticità in sede applicativa.

2.1. Concorso tra delitto e contravvenzione.

L'art. 12-*ter* l. n. 283/1962 esordisce stabilendo che la procedura si applica "Salvo che [le contravvenzioni: *ndr*] concorrano con uno o più delitti" perché "l'economia processuale realizzata con l'archiviazione del procedimento non si determina quando il procedimento stesso deve proseguire per concorrenti delitti", come recita la relazione di accompagnamento del decreto n. 150/2022.

Questa previsione rischia di ridurre i casi in cui la nuova disciplina potrà entrare in gioco. Infatti, è frequente l'ipotesi in cui lo stesso fatto integri tanto la contravvenzione (pensiamo alle molteplici fattispecie previste dall'art. 5 l. n. 283/1962) quanto il delitto (pensiamo alla frode in commercio o alla messa in vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine)³.

Come è noto, il bene tutelato dagli artt. 515 e 516 cod. pen. è l'onestà e la correttezza negli scambi commerciali nonché la trasparenza del mercato e la fiducia dei consumatori. Quanto alla l. n. 283/1962, è stato invece affermato⁴ che "Anche se, *prima facie* (art. 1), il bene protetto appare la salute pubblica, in realtà, oggetto immediato e diretto di tutela sono ora l'igiene e la genuinità degli alimenti (ossia una forma

³ V., in argomento, da ultimo, A. MADEO, *Le fattispecie penali di cui alla legge n. 283/1962*, in A. GARGANI (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agroalimentare*, in F. PALAZZO – C.E. PALIERO – M. PELISSERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2021, pp. 308-309.

⁴ A. GARGANI, *La tutela penale della salute tra delitti e contravvenzioni alimentari*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente*, Fasc. 1/2022, pp. 8-9.

prodromica e anticipata di protezione della salute collettiva), ora la purezza e la genuinità degli alimenti. La duplice direzione teleologica può essere apprezzata nella prospettiva della tutela anticipata della salute umana (intesa in senso lato) e della protezione della buona fede dei consumatori. La garanzia di sicurezza igienica è, infatti, considerata quale mezzo di anticipazione della tutela della salute e, al contempo, di interessi economici”.

Ciò posto, la giurisprudenza propende per ritenere il concorso tra la contravvenzione di cui all'art. 5 l. n. 283/1962 e i delitti di cui all'art. 515 o 516 c.p.⁵

Ne deriva che, al di là della verifica, da condurre caso per caso, dell'effettiva configurabilità della fattispecie delittuosa (che potrebbe anche non essere ravvisata, ad es. per mancanza di dolo), l'interferenza tra la l. n. 283/1962 e i citati delitti codicistici non pare dubitabile sicché, se nella fase di accertamento dell'illecito, il concorso tra quei reati sarà ipotizzato dall'organo di vigilanza, l'attivazione della procedura di cui trattasi è di fatto preclusa.

Per completezza, ricordiamo che la giurisprudenza consolidata della Suprema Corte è nel senso che la contravvenzione di cui all'art. 5, con specifico riferimento all'ipotesi della lett. d), in cui è richiesta espressamente la nocività in concreto della sostanza alimentare, è assorbita nel delitto di cui all'art. 444 c.p. (commercio di sostanze alimentari nocive posto a tutela diretta della salute pubblica⁶). Pertanto, in questo caso, il problema del concorso dei reati neppure ha ragion d'essere.

2.2. Il concetto di danno o pericolo quale presupposto della disciplina.

La prescrizione va impartita quando la contravvenzione abbia cagionato un danno o un pericolo suscettibile di elisione: nella relazione illustrativa si dice, infatti, che “La delimitazione della sfera di applicabilità della procedura e della causa estintiva alle sole contravvenzioni che hanno cagionato un danno o un pericolo suscettibile di elisione mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie è conforme al criterio di delega e richiede all'organo accertatore di compiere un tipo di valutazione analoga, metodologicamente, a quella richiesta per le contravvenzioni in materia ambientale dall'art. 318-*bis* d.lgs. n. 152/2006”⁷.

In realtà, nell'art. 318-*bis* l'aver cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette è un requisito negativo, nel senso che impedisce l'avvio della procedura, mentre nel sistema dei reati alimentari è il presupposto per impartire la prescrizione.

⁵ Così Cass. 22 aprile 1999, n. 8507, Barbaro, Rv. 214223; Cass. 20 settembre 2013, n. 15113, Greco, in *Foro it.*, 2014, II, 485.

⁶ Così Cass. 7 giugno 2005, n. 36345, Disperso, Rv. 232228; Cass. 2 ottobre 2007, n. 44779, Consiglio, Rv. 238661.

⁷ V., in tema, M. POGGI D'ANGELO, *La procedura estintiva ambientale: l'idea dell'inoffensività/non punibilità in ottica riparatoria e deflattiva*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente*, Fasc. n. 1/2022, pp. 37 ss.

A parte questa prima osservazione, riteniamo che, come nelle precedenti normative che hanno introdotto la procedura estintiva delle contravvenzioni, la prescrizione impartita dall'organo accertatore sia finalizzata a ristabilire l'ordine legale⁸ il che non può che voler dire:

- a) interrompere la condotta che integra un reato permanente,
- b) rimuovere gli effetti della condotta completamente esaurita (a prescindere che il reato sia permanente oppure istantaneo).

In questa ottica, la nozione di danno/pericolo, chiamata in causa dalla disposizione, corrisponde perciò agli effetti provocati dalla condotta illecita. Infatti, anche nelle contravvenzioni che non sono strutturate come reati di evento, inteso in senso naturalistico come un'entità diversa e distinta dalla condotta, è riscontrabile una modificazione della realtà materiale correlata al comportamento posto in essere. Prendendo spunto dal settore ambientale, si può pensare, ad esempio, a situazioni come aprire senza autorizzazione uno scarico idrico o un punto di emissione in atmosfera o attivare un impianto per smaltire rifiuti: queste condotte comportano una più o meno significativa trasformazione della realtà perché lo scarico prima non esisteva, ora esiste, e via dicendo.

In definitiva, con i termini danno/pericolo, il legislatore ha fatto riferimento alle modificazioni/alterazioni della realtà materiale eliminabili dal contravventore.

Però, come si è già detto, esiste una differenza tra la materia ambientale e alimentare: nel primo settore, la procedura estintiva richiede, per la sua attivazione, che l'organo di vigilanza effettui una valutazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, in concreto verificatisi⁹, in termini di gravità crescente secondo una scala che

⁸ Il D. Lgs. n. 758/1994 testualmente impiega l'espressione "eliminare la contravvenzione", ma è chiaro che si è voluto indicare lo scopo sostanziale cui mira la prescrizione e cioè far cessare l'illecito o rimuoverne gli effetti. In questo senso, v. A. MARTUFI, [La "diversione" ambientale tra esigenze deflattive e nuove tensioni sistemiche](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. n. 1/2018, pp. 296-300, secondo il quale "Da un punto di vista ontologico, il meccanismo è quindi caratterizzato da una contro-condotta (tardivamente adempiente) finalizzata a neutralizzare l'offesa al bene giuridico tutelato, la quale ricalca lo schema del "ravvedimento operoso", sia pure in assenza della volontarietà di quest'ultimo...Sembra dunque corretto ritenere che la prescrizione di cui all'art. 318-ter t.u.a. possa essere impartita solo allorché sia possibile eliminare la situazione antigiuridica oppure quando sia possibile rimuovere i suoi eventuali effetti permanenti: risulterebbero perciò sottratte al raggio d'azione del meccanismo estintivo quelle contravvenzioni che hanno natura di reato istantaneo o che si siano già giunte a consumazione. Di converso, beneficiano della non punibilità le contravvenzioni permanenti, o ad effetto permanente, che siano state neutralizzate da una condotta successiva al perfezionamento della fattispecie...Per le ragioni da ultimo evocate, infine, la condotta antagonista potrà intervenire solo rispetto a quelle violazioni, anche non meramente formali, che siano eliminabili dal contravventore destinatario del precetto penale. Per questo motivo non rientrano nel raggio di applicazione della procedura né le violazioni materialmente ineliminabili né quelle che risultino giuridicamente ineliminabili".

⁹ Infatti, non tutte le modifiche sono da mettere sullo stesso piano: lo scarico idrico o l'emissione in atmosfera potrebbe avvenire sì illegalmente, ma attraverso un depuratore per cui, di fatto, il pregiudizio per il bene ambientale potrebbe essere minimo o del tutto inesistente; nel caso dell'abbandono di rifiuti non è indifferente l'oggetto dell'abbandono e la sua quantità essendo diverso abbandonare un modesto carico di rifiuti inerti o lastre di eternit.

Al riguardo, G. AMARELLI, *La procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali: il controverso ambito di*

va dalla loro totale assenza fino alla significativa e misurabile compromissione/deterioramento delle risorse ambientali, coincidente con il "danno ambientale" di cui all'art. 300 D. Lgs. n. 152/2006¹⁰.

Invece, nel comparto delle infrazioni alla sicurezza alimentare, l'organo accertatore deve solo verificare l'esistenza di conseguenze dannose o pericolose del reato suscettibili di elisione mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie.

In effetti, i problemi applicativi cominciano proprio adesso.

2.3. Le condotte risarcitorie.

Vi è un silenzio assordante nella relazione illustrativa al D. Lgs. n. 150/2022 con riferimento alle condotte risarcitorie che potrebbero essere prescritte al contravventore (in alternativa a quelle ripristinatorie¹¹) per sanare l'illecito.

Come si è già rilevato, le contravvenzioni in materia di sicurezza alimentare hanno per oggetto in via diretta ed immediata l'igiene e la genuinità degli alimenti a tutela dell'intera collettività. Ne deriva che il singolo consumatore non è la persona offesa dal reato, ma al più è persona danneggiata dal medesimo.

Fatta questa premessa, osserviamo che nella riforma di che trattasi sono del tutto assenti le modalità attraverso le quali potrebbe operare l'istituto sotto il profilo qui in

operatività, gli auspicati correttivi e le attese deluse dalla riforma Cartabia, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente*, Fasc. n. 4/2022, pp. 13-14, ha osservato che "una interpretazione sistematica dovrebbe portare a concludere che la procedura possa essere applicata alle contravvenzioni in cui si è creato un pericolo solo potenziale e remoto per l'ambiente, mentre non possa operare per quelle in cui si è generato un pericolo concreto ed imminente".

Anche per A. MARTUFI, *La "diversione" ambientale*, cit., pp. 296-297, "la procedura di regolarizzazione sarà applicabile in prima battuta alle contravvenzioni incentrate su violazioni c.d. formali (che non modificano in alcun modo la realtà materiale) ma potrà estendersi anche a talune lesioni "minimali" dell'ecosistema; si pensi a condotte che, pur traducendosi in una qualche alterazione della realtà, non arrechino un danno o un pericolo alle matrici ambientali (così ad esempio un deposito di pochi rifiuti solidi su una superficie di pochi metri quadri, suscettibile di rapida e integrale rimozione)".

¹⁰ Questa impostazione ha avuto l'avallo dalla più recente giurisprudenza che ha messo a fuoco che il danno al quale fa riferimento l'art. 318-bis D. Lgs. n. 152/2006 non è quello definito dall'art. 300, stesso decreto: infatti, il danno di cui all'art. 300, ha natura ben più ampia e consistente e si identifica con l'evento del delitto di inquinamento ambientale o, in caso di irreversibilità, con l'evento del delitto di disastro ambientale con la conseguenza che il danno di cui all'art. 318-bis D. Lgs. n. 152/2006 non necessariamente deve avere le caratteristiche di quello definito dall'art. 300 potendo avere dimensioni e consistenza ben minori. V., in proposito, Cass. 11 dicembre 2020, n. 25528, Mastrangelo, Rv 281733 e *Foro it.*, 2021, II, 698; la sentenza è riportata anche in *Cass. pen.*, 2022, 617, con commento adesivo di M. POGGI D'ANGELO, *L'offensività/non punibilità nelle contravvenzioni ambientali assoggettabili alla procedura estintiva (artt. 318-bis ss. t.u.a.)*. Nello stesso senso di Cass. Mastrangelo, si è espressa, da ultimo, Cass. 12 ottobre 2022, n. 5576, Rogato, consultabile a www.unaltroambiente.it, 17 marzo 2023.

¹¹ V. sul punto Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario n. 2/2023, Relazione sulla novità normativa "Riforma Cartabia 2.1.2023, p. 261.

esame. Che, peraltro, poteva rivestire un ruolo importante in quanto, come diremo tra breve, è pressoché impossibile procedere al ripristino dello *status quo ante*¹².

Senza pretesa di esaustività, evidenziamo che il destinatario del risarcimento dovrebbe essere lo Stato, in quanto titolare dell'interesse diffuso protetto dalla normativa in materia, ma la nuova legge non prevede che l'organo accertatore debba informare una specifica istituzione pubblica per valutare, tra l'altro, la natura e l'entità del danno risarcibile, le modalità del ristoro, la destinazione delle somme e via dicendo.

Insomma, manca completamente la definizione del sotto-sistema in cui collocare la condotta risarcitoria che potrebbe essere richiesta al trasgressore. Assenza aggravata dal fatto che, per regolarizzare l'illecito e quindi per l'operatività del beneficio estintivo, la prescrizione che ingiunga il risarcimento, in alternativa al ripristino, deve essere emanata nella fase iniziale del procedimento, come risulta dal comma 5 dell'art. 12-ter "Resta in ogni caso fermo l'obbligo dell'organo accertatore di riferire al pubblico ministero la notizia di reato relativa alla contravvenzione, ai sensi dell'articolo 347 del codice di procedura penale, e di trasmettere il verbale con cui sono state impartite le prescrizioni".

Analoga, se non maggiore, incertezza si riscontra se ci mettessimo dalla parte del contravventore: ad esempio, con chi potrebbe instaurare una "trattativa" volta a risarcire il danno e in quale momento ciò potrebbe avvenire?

Per completezza, va considerato che la stessa nascita del procedimento per la contravvenzione alimentare potrebbe derivare dalla denuncia o dalla querela del privato danneggiato dal consumo di un alimento irregolare: tuttavia, in questo caso saremmo in presenza di un delitto a tutela della vita e dell'incolumità personale, connesso alla contravvenzione alimentare, e perciò l'attivazione del meccanismo di cui si discute sarebbe in ogni caso preclusa per quanto già esposto nel par. 2.1.

2.4. Impossibilità di realizzare le condotte ripristinatorie per regolarizzare l'illecito.

Lo abbiamo già detto *en passant*: la circostanza che renderà molto difficoltosa l'applicazione della nuova normativa è il fatto che le irregolarità accertate dagli organi di controllo non sono suscettibili di elisione mediante condotte ripristinatorie per il semplice motivo che le alterazioni/trasformazioni¹³ subite dall'alimento, nella quasi totalità dei casi, sono materialmente irreversibili.

L'art. 5 l. n. 283/1962, nelle lettere da a) ad h), prevede una serie di ipotesi specifiche riguardanti le sostanze alimentari contraddistinte da non conformità (intrinseca o estrinseca) ai requisiti di igiene, purezza, genuinità e integrità, previsti dalla legge o richiesti dalla comune esperienza. Vengono infatti presi in considerazione

¹² Come ha osservato F. DIAMANTI, *Estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni*, cit., p. 158, "anche la disgiuntiva «o» è molto significativa in questo senso, perché consente (a nostro avviso "giustamente") di adottare il meccanismo estintivo anche se al contravventore rimangono "solo" condotte riparatorie di natura esclusivamente risarcitoria".

¹³ Con questo termine alludiamo in modo onnicomprensivo alle fattispecie descritte dall'art. 5 l. n. 283/1962.

prodotti non genuini (art. 5, lett. a), sostanze alimentari in cattivo stato di conservazione (art. 5 lett. b), sostanze alimentari con cariche microbiche superiori ai limiti (art. 5, lett. c), sostanze alimentari insudiciate, invase da parassiti, in stato di alterazione o comunque nocive, ovvero sottoposte a lavorazioni o trattamenti diretti a mascherare un preesistente stato di alterazione (art. 5, lett. d) o, infine, prodotti privi di purezza (art. 5, lett. g) e h)¹⁴.

Senza approfondire la specificità delle singole ipotesi criminose appena ricordate, è essenziale puntare l'attenzione sul risultato finale, e cioè lo stato in cui si presenta la sostanza alimentare all'atto del controllo da parte dell'organo di vigilanza.

Orbene, non si può ragionevolmente ipotizzare che una sostanza alimentare, frutto di illecite manipolazioni, di sottrazione di elementi nutritivi, di aggiunta di additivi vietati, di trattamenti con fitofarmaci non consentiti, possa essere "regolarizzata" tenendo la doverosa contro-condotta capace di aggiungere gli elementi nutritivi mancanti; di riportare l'alimento allo stato originario in cui siano distinguibili i componenti originari prima della mescolanza; di modificare la composizione del prodotto alimentare trattato in modo illecito e così via.

Insomma, tendenzialmente, il prodotto finito non è suscettibile di essere "ri-trattato" per offrire al consumatore un alimento genuino, igienicamente salubre e puro. Ne consegue che il ripristino dello *status quo ante* (vale a dire l'eliminazione dell'irregolarità cui deve essere finalizzata la prescrizione) non è possibile¹⁵.

Se ora ci concentriamo non tanto sulla condizione irregolare dell'alimento, ma sulla condotta realizzata in relazione ad esso¹⁶, è noto che, fatta salva l'ipotesi della detenzione per la vendita, le altre fattispecie criminose assumono natura di reati istantanei, realizzati in forma commissiva. In queste ipotesi, per quanto già spiegato, la regolarizzazione è materialmente impossibile, mentre uno spazio applicativo (per vero molto modesto) residua nel caso in cui l'organo di vigilanza accerti che l'alimento, con

¹⁴ V. A. GARGANI, *La tutela penale della salute tra delitti*, cit., p. 11.

¹⁵ V. Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *op. cit.*, p. 262, in cui si esprime analogo convincimento: "con particolare riferimento al profilo delle condotte ripristinatorie attivabili dal trasgressore, apparirebbe incerta la praticabilità dell'istituto ai reati *de quibus* attraverso una contro-azione antagonista del reo (cd. *contrarius actus*) in grado di impedire o attenuare l'evento, ovvero mediante condotte contro-offensive riparatrici dell'offesa (che non siano squisitamente risarcitorie), posto che il campo di elezione riguarda, per lo più, reati alimentari di mera condotta, aventi natura istantanea con effetti permanenti, difficilmente regolarizzabili o suscettibili di elisione mediante un contegno post-contravvenzionale, una volta che sia stata compromessa irreversibilmente la sicurezza alimentare. Dalla copiosissima casistica giurisprudenziale dei reati alimentari di cui agli artt. 5 e 6 della legge n. 283 cit. sembra potersi trarre una tendenziale impossibilità ontologica (giuridica e materiale) di statuire prescrizioni per eliminare le conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione accertata."

Anche F. DIAMANTI, *Estinzione delle contravvenzioni*, cit., p. 158, ha osservato che "In materia agroalimentare – questo va detto – le condotte ripristinatorie attivabili dal trasgressore per impedire, attenuare l'evento o riparare l'offesa (diverse dal risarcimento) non sono moltissime, trattandosi spesso di reati istantanei di mera condotta e con effetti permanenti".

¹⁶ L'art. 5 l. n. 283/1962 punisce le violazioni realizzate nel corso delle diverse fasi del «ciclo vitale» degli alimenti: dalla preparazione del prodotto, alle fasi intermedie di commercializzazione (detenzione per la vendita, vendita effettiva) e/o distribuzione diretta al consumatore (somministrazione, distribuzione per il consumo).

caratteristiche difformi rispetto alle norme in materia di igiene e sicurezza alimentare, sia detenuto per la vendita.

In questa situazione, la prescrizione, volta ad ottenere l'osservanza tardiva della disciplina in materia, potrà essere efficacemente impartita mediante l'ingiunzione a cessare (immediatamente) la condotta illecita¹⁷.

Per inciso, riteniamo che sarebbe stato altamente opportuno aggiungere al meccanismo previsto dalle disposizioni attuali una procedura modellata sul progetto di riforma predisposto nel 2020 a firma del Ministro Bonafede che aveva recepito lo schema messo a punto dalla Commissione Caselli¹⁸: in questa prospettiva, il procedimento sarebbe stato focalizzato non su azioni da intraprendere sull'alimento irregolare – non più modificabile – ma su interventi strutturali (relativi all'impresa produttrice/venditrice) idonei ad evitare il ripetersi in futuro della medesima infrazione¹⁹.

¹⁷ A. MARTUFI, *La definizione anticipata delle contravvenzioni alimentari*, cit., pp. 29-30, ha osservato che “queste ipotesi – laddove effettivamente verificabili, ad es. consentendo la rimozione dagli scaffali della merce rischiosa esposta alla vendita (previsione la quale, oltre a differenziare le fattispecie contravvenzionali per tipo di “irregolarità”, descrive la condotta tipica alternativa riferendosi a qualsiasi attività di filiera alimentare, inclusa la “detenzione per la vendita”) – non darebbero comunque luogo a condotte che ripristinano in senso stretto lo *status* preesistente alla violazione del precetto”.

¹⁸ La bozza del progetto prevedeva: «Art. 12-ter. – 1. Le disposizioni del presente articolo si applicano alle contravvenzioni in materia di alimenti, sicurezza, tracciabilità e igiene alimentare punite con la pena dell'ammenda, anche se alternativa a quella dell'arresto, e la cui consumazione è dipesa da eventi inerenti a un contesto produttivo, organizzativo, commerciale o comunque di lavoro che possono essere neutralizzati o rimossi».

Il legislatore non è stato insensibile all'innovazione visto che, in materia di radiazioni ionizzanti, l'art. 228 D. Lgs. n. 101/2020 stabilisce, nel comma 1, che “Le contravvenzioni punite con la pena dell'ammenda, anche se alternativa a quella dell'arresto, possono essere estinte se la consumazione è dipesa da eventi inerenti a un contesto produttivo, organizzativo, commerciale o comunque di lavoro che possono essere neutralizzati o rimossi e se dal fatto non è derivato un danno”.

¹⁹ Anche A. MARTUFI, *La definizione anticipata delle contravvenzioni alimentari*, cit., pp. 29-30, ha notato che “Insomma, quand'anche si ammettesse un ripristino fondato su una condotta antagonista effettiva, l'adempimento della prescrizione non può “riportare le lancette” a un momento precedente alla commissione del reato. Semmai, ove si volesse attribuire autonoma rilevanza alle condotte resipiscenti del reo, queste dovranno per forza guardare al futuro: segnatamente, alla riorganizzazione dei processi produttivi che hanno dato luogo alla commissione del reato... Il modello tradizionale della condotta antagonista che elide l'offensività del reato commesso, giustificando l'esclusione della punibilità, non pare essere il più adatto in un panorama normativo costellato da illeciti a contenuto preventivo, che incorporano regole cautelari ovvero di vera o propria precauzione: semmai, anziché guardare al passato (come sembra suggerire la diade utilizzata dal legislatore: “ripristino o risarcimento”), le prescrizioni dell'organo accertatore dovrebbero rivolgersi al futuro, alla *compliance* aziendale, riorganizzando strutture decisionali e processi produttivi, neutralizzando il rischio di recidiva: il tutto, naturalmente, ritenendo che la contravvenzione accertata costituisca la “spia” del rischio di una possibile progressione offensiva”.

2.5. Una possibile, ma discutibile via di uscita alle ipotesi di impossibilità di regolarizzare l'illecito.

È noto il dibattito²⁰ su come disciplinare i casi in cui non sia possibile impartire una prescrizione quando sussiste l'impossibilità giuridica o materiale ad effettuare il ripristino dello *status quo ante*. Peraltro, la questione non va confusa, anche se si interseca, con la diversa tematica se la prescrizione debba essere necessariamente impartita o se l'organo di vigilanza sia titolare di un potere discrezionale²¹.

Di recente, la Suprema Corte²², pronunciandosi in un caso rientrante nel settore della tutela dell'ambiente, ha affermato che la procedura estintiva debba trovare applicazione in tutte le ipotesi di «condotta esaurita», vale a dire tutte le condotte prive di conseguenze dannose o pericolose per cui risulti inutile o impossibile impartire prescrizioni al contravventore²³.

Orbene, vi è chi, in dottrina²⁴, rievocando la questione concernente la natura doverosa o facoltativa della prescrizione, ha fatto presente che questa seconda opzione ricorre in caso d'impossibilità giuridica di regolarizzazione, laddove, per cause iniziali o sopravvenute (all'emanazione della prescrizione), il soggetto titolare del potere di regolarizzare non sia (o non sia più) il contravventore.

In caso d'impossibilità giuridica sopravvenuta, il giudice dovrebbe valutare se il mancato tempestivo adeguamento sia dipeso o meno dalla colpa del contravventore, con la conseguenza che soltanto nel primo caso risulterebbe precluso l'effetto estintivo. La dottrina, all'uopo, ha fatto propria la tesi emersa in giurisprudenza secondo cui la

²⁰ V., in tema, A. GARGANI, *Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro*, in B. DEIDDA – A. GARGANI (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, X, *Reati contro la salute e la dignità dei lavoratori*, Torino, 2012, pp. 395-400.

²¹ Non è la sede per approfondire la questione, ma riteniamo che la prescrizione sia obbligatoria tutte le volte in cui vi sia “qualcosa da regolarizzare”: se così non fosse, e quindi se la norma venisse intesa nel senso che l'organo ha la mera “facoltà” di impartire la prescrizione, senza neppure esplicitare le ragioni di tale scelta, è evidente il rischio di un eccesso di soggettività dell'organo di vigilanza che potrebbe dar luogo ad illogiche disparità di trattamento perché, a fronte di identiche contravvenzioni commesse da soggetti diversi, il differenziato comportamento dell'organo pubblico potrebbe impedire ingiustificatamente al contravventore di utilizzare la causa di non punibilità dal reato, cui ha invece diritto. Per approfondimenti, ci si permette di rinviare a V. PAONE, *La procedura estintiva delle contravvenzioni lavoristiche e ambientali tra obbligatorietà e improcedibilità dell'azione penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, Fasc. n. 3/2022, pp. 54 ss.

²² Cass. 18 aprile 2019, n. 36405, Rossello, Rv. 276681. In argomento, ci si permette di rinviare a V. PAONE, *Dopo tre anni dall'entrata in vigore della l. n. 68/2015, persistono dubbi e criticità in tema di estinzione delle contravvenzioni ambientali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, Fasc. n. 2/2019, p. 87-93; ID., *Per la Cassazione la procedura di estinzione dei reati prevista dagli artt. 318 bis ss d. leg. 152/06 si applica a tutti i casi di condotta esaurita*, consultabile in www.lexambiente.it 4 Ottobre 2019; Amendola, *Contravvenzioni ambientali a condotta esaurita e procedura estintiva della legge 68/2015*, consultabile in www.lexambiente.it, 16 Febbraio 2018.

²³ Pensiamo, a titolo di esempio, ai seguenti casi in cui le conseguenze del reato non sono eliminabili: superamento dei limiti per le sostanze immesse in corpi ricettori; abbandono di rifiuti su un terreno, rimossi successivamente da un terzo; immissione di sostanze liquide in un corso d'acqua; conclusione dei lavori in un cantiere edile; cessazione dell'attività per fallimento dell'azienda; distruzione della macchina irregolare; dimissione volontaria della carica di rappresentante legale dell'azienda; licenziamento del dirigente.

²⁴ A. RUGANI, *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»)*, cit., pp. 17-19.

condotta di inottemperanza all'obbligo di regolarizzazione indicato dall'organo di vigilanza, purché ascrivibile al soggetto agente quanto meno a titolo colposo, integra una condizione di punibilità "intrinseca", cioè incidente sull'interesse tutelato dalla fattispecie, in quanto il legislatore ha condizionato la punibilità del reato all'ulteriore comportamento del contravventore che non regolarizzi le condizioni di igiene e sicurezza del lavoro, rimuovendo l'offesa arrecata all'interesse protetto²⁵. Pertanto, è onere del giudice accertare se il contravventore abbia omesso di ottemperare alla prescrizione per negligenza, imprudenza o imperizia o inosservanza di norme regolamentari ovvero se sia stato impossibilitato a ottemperare per caso fortuito o per forza maggiore²⁶.

Tuttavia, in senso contrario, la Cassazione ha sostenuto che il sopravvenuto stato di liquidazione societaria, nemmeno se determinato da difficoltà finanziarie, costituisce causa di forza maggiore idonea a giustificare il mancato adempimento alle prescrizioni impartite dall'organo di vigilanza²⁷ e che la sopravvenuta dichiarazione di fallimento del contravventore, ammesso alla procedura di estinzione dei reati antinfortunistici, non costituisce impedimento di fatto rilevante, idoneo a giustificare il mancato espletamento della procedura estintiva²⁸.

Insomma, se si accoglie il principio più favorevole all'imputato elaborato dalla giurisprudenza, nell'ipotesi di impossibilità giuridica sopravvenuta – che deve comunque essere dimostrata dall'interessato che adduce l'inadempimento incolpevole – il contravventore potrebbe essere ammesso all'oblazione in sede amministrativa.

La stessa dottrina, appellandosi alla sentenza cui abbiamo già fatto riferimento²⁹, ha poi affermato che "L'omessa emanazione di una prescrizione potrebbe, altresì, essere ricondotta ad ipotesi d'impossibilità materiale, in ordine alla quale assume rilievo l'evoluzione legislativa (e giurisprudenziale) che ha finito per includere la categoria dei "reati istantanei" nel novero delle contravvenzioni estinguibili in materia di sicurezza, igiene sul lavoro e ambiente...L'approvazione del d.lgs. 124/2004 in materia di lavoro e legislazione sociale, e la conseguente estensione del meccanismo estintivo alle fattispecie "a condotta esaurita" (art. 15 co. 3), ha consentito di riconoscere la non "incompatibilità ontologica" tra reati istantanei e procedura estintiva fondata sull'adempimento della prescrizione. Sviluppando l'indicazione legislativa, la giurisprudenza successiva ha esteso il meccanismo alle contravvenzioni istantanee di carattere ambientale e in materia di sicurezza e igiene sul lavoro: oltre che ad argomentazioni letterali e sistematiche (fondate, essenzialmente, sul richiamo del citato art. 15 co. 3), si è fatto ricorso al parametro della ragionevolezza, affermando la sostanziale equivalenza, in funzione applicativa, delle situazioni in cui il reo abbia commesso un illecito dannoso o pericoloso ponendovi rimedio, a quelle in cui il «contravventore (abbia) commesso una violazione meno grave – perché istantanea e priva di conseguenze – ed abbia correttamente

²⁵ Cass. 22 gennaio 2004, n. 14777, Ranieri, Rv. 228467.

²⁶ Cass. 11 gennaio 2008, n. 8372, Pirovano, Rv. 239279.

²⁷ Cass. 5 aprile 2011, n. 24410, Bolognini, Rv. 250805.

²⁸ Cass. 28 settembre 2011, n. 44399, Petrarca, Rv. 251324.

²⁹ Cass. 26 agosto 2019, n. 36405.

proceduto al pagamento delle sanzioni amministrative imposte dall'autorità di vigilanza». La conclusione assume particolare rilievo ai fini della presente indagine, non solo perché consente di ritenere compatibile il sistema delle contravvenzioni alimentari (formato da reati istantanei) con la procedura estintiva di cui agli artt. 12-ter e ss. l. 283/1962, ma anche perché induce a riflettere sull'effettiva ragionevolezza del requisito normativo volto a subordinare l'applicazione della disciplina all'accertamento della ipotesi in cui la violazione sia stata rimossa e il danno o il pericolo eliminati a cura del reo, a quelle – meno gravi – in cui non vi sia possibilità alcuna di regolarizzazione (considerata l'istantaneità della condotta e l'assenza di un danno o un pericolo effettivamente rimovibili), sembra, infatti, suggerire l'opportunità di un'equiparazione a livello disciplinare”.

Queste conclusioni suscitano in noi notevoli perplessità.

Al centro del ragionamento è stato posto il D. Lgs. n. 124/2004, razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, che avrebbe esteso il meccanismo estintivo alle fattispecie a “condotta esaurita” (espressione che, peraltro, compare soltanto nell'art. 15, comma 3 D. Lgs. n. 124/2004).

L'art. 15 recita:

«1. Con riferimento alle leggi in materia di lavoro e legislazione sociale la cui applicazione è affidata alla vigilanza della direzione provinciale del lavoro, qualora il personale ispettivo rilevi violazioni di carattere penale, punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda ovvero con la sola ammenda, impartisce al contravventore una apposita prescrizione obbligatoria ai sensi degli articoli 20 e 21 del decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758, e per gli effetti degli articoli 23 e 24 e 25, comma 1, dello stesso decreto.

2. L'articolo 22 del citato decreto legislativo n. 758 del 1994, trova applicazione anche nelle ipotesi di cui al comma 1.

3. La procedura di cui al presente articolo si applica anche nelle ipotesi in cui la fattispecie è a condotta esaurita, ovvero nelle ipotesi in cui il trasgressore abbia autonomamente provveduto all'adempimento degli obblighi di legge sanzionati precedentemente all'emanazione della prescrizione».

Ma quale era lo “stato dell'arte” in cui si colloca la disposizione riportata?

Dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 758/1994, la Corte cost. è stata sollecitata da varie ordinanze di rimessione con le quali era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, 1° comma, D. Lgs. n. 758/1994, per violazione l'art. 3 Cost., “nella parte in cui non prevede che possano essere ammessi alla definizione in via amministrativa con conseguente dichiarazione di estinzione del reato coloro i quali abbiano regolarizzato la violazione prima che l'autorità di vigilanza abbia impartito la prescrizione”, o “abbiano regolarizzato la violazione nonostante l'organo di vigilanza abbia omesso di impartire la prescrizione, ovvero l'abbia impartita senza osservare le forme legislativamente richieste”.

Nella sentenza 18 febbraio 1998, n. 19, il Giudice delle leggi ha rilevato che “le lacune segnalate dal giudice rimettente dipendono da una difettosa formulazione tecnica della normativa in esame, derivante dall'obiettivo difficoltà di prevedere in astratto tutte le possibili situazioni equipollenti a quelle espressamente disciplinate dalla

legge, e, in quanto tali, non sono dovute ad una consapevole scelta di politica legislativa. Pertanto, è senz'altro possibile un'applicazione della disciplina in base alla quale, in caso di notizia di reato acquisita da un'autorità di polizia giudiziaria diversa dall'organo di vigilanza e di spontanea regolarizzazione da parte del contravventore, l'organo di vigilanza sia autorizzato ad impartire "ora per allora" la prescrizione prevista dall'art. 20, ovvero, ed a maggior ragione, a ratificare nelle forme dovute prescrizioni irritualmente impartite, nonché a verificare l'avvenuta eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e ad ammettere il contravventore al pagamento della somma determinata a norma dell'art. 21, commi 1 e 2, sì che l'autore dell'illecito, previo pagamento della somma stabilita, possa usufruire dell'estinzione del reato disciplinata dall'art. 24".

La Corte cost. ha dunque interpretato la norma come se dicesse che possono essere ammessi alla definizione in via amministrativa anche i contravventori che hanno regolarizzato la violazione prima dell'intervento prescrittivo dell'autorità di vigilanza.

Dopo questa prima pronuncia, è particolarmente significativa l'ord. 10 dicembre 1998 n. 416 della stessa Corte cost. concernente proprio i reati a «condotta esaurita».

La Corte ha infatti dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, 2° comma, D. Lgs. n. 758/1994 nella parte in cui non prevede l'obbligo dell'organo di vigilanza di ammettere obbligatoriamente il contravventore al pagamento in sede amministrativa anche nel caso in cui non venga impartita alcuna prescrizione per la materiale impossibilità della sua emanazione³⁰.

Due sono le considerazioni che si possono ricavare da questa decisione: in primo luogo, le situazioni oggetto della pronuncia riguardano proprio i casi in cui non è possibile impartire una prescrizione per la materiale impossibilità della sua attuazione

³⁰ In motivazione, la Corte cost. ha affermato che "...le censure di legittimità costituzionale si basano sull'erroneo presupposto che, ove si tratti di reato per cui sia «ontologicamente» impossibile impartire qualsiasi prescrizione per eliminare le conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione accertata, la natura del reato costituisca elemento idoneo ad incidere in termini di irragionevolezza e di ingiustificata disparità di trattamento sulla disciplina del decreto legislativo n. 758 del 1994; che l'obiettivo diversità della struttura dei diversi reati, quale risulta dagli elementi costitutivi della fattispecie, e, conseguentemente, il momento in cui si realizzano la commissione e la consumazione del reato stesso, nonché la natura istantanea o permanente del reato, appartengono a scelte del legislatore, che nella costruzione delle fattispecie incriminatrici traduce le proprie opzioni di politica criminale, ovvero sono imposte dalla stessa natura degli obblighi e dei comportamenti di cui si vuole assicurare l'osservanza mediante il ricorso alla sanzione penale; che pertanto eventuali trattamenti differenziati risultano giustificati dalla diversa struttura delle fattispecie incriminatrici; che questa Corte, prendendo in esame con la sentenza n. 19 del 1998 la situazione del contravventore che aveva regolarizzato la violazione prima che l'organo di vigilanza avesse impartito la prescrizione, ovvero nonostante la prescrizione fosse stata omessa o fosse stata impartita senza osservare le forme prescritte, aveva precisato che esistono soluzioni interpretative tali da consentire egualmente l'applicazione della causa estintiva del reato, idonee a «ricondere situazioni sostanzialmente omogenee a quelle espressamente previste dalla legge nell'alveo della procedura disciplinata dagli articoli 20 e seguenti del decreto legislativo in esame»; che tale conclusione trova il suo fondamento nella *ratio* del decreto legislativo n. 758 del 1994, che si propone il duplice obiettivo di favorire l'effettiva 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 conseguente tutela dei lavoratori è prevalente rispetto all'applicazione della sanzione penale – e di attuare una consistente deflazione processuale".

ed è agevole comprendere che si tratti esattamente se non di tutti, certamente di una buona parte dei casi che ricadono nella locuzione “condotta esaurita”.

In secondo luogo, la Corte cost. ha messo l’accento sulla circostanza che l’estensione della procedura estintiva ad opera della sentenza n. 19/1998 si basava sul rilievo accordato al comportamento volontario dell’autore dell’infrazione che vi aveva posto rimedio, situazione nettamente diversa da quella di chi non ha nulla da “rimediare” perché il reato commesso è cessato senza conseguenze ulteriori passibili di eliminazione ³¹.

In questo contesto dai contorni ben definiti, si inserisce dunque il D. Lgs. n. 124/2004: da un lato, tale normativa aveva il solo scopo di estendere a leggi diverse da quelle di cui all’allegato I del D. Lgs. n. 758/1994 la medesima procedura prescrizione; dall’altro lato, il 3° comma dell’art. 15 ha esteso a settori diversi dalla sicurezza e igiene sul lavoro il meccanismo di favore previsto dalla sentenza della Corte cost. n. 19/1998.

Ne deriva il perfetto parallelismo della disciplina applicabile nei due ambiti normativi: tanto nell’uno quanto nell’altro, l’oblazione in sede amministrativa è consentita, oltre che nel caso di adempimento a seguito di prescrizione, anche nel caso in cui il trasgressore abbia autonomamente provveduto all’adempimento degli obblighi di legge senza attendere l’imposizione della prescrizione da parte dell’organo di vigilanza.

Così si giustifica la formulazione letterale dell’art. 15: il legislatore ha fatto ricorso alla congiunzione “ovvero” per spiegare, per l’appunto, che cosa si debba intendere per condotta esaurita. La congiunzione, perciò, ha funzione esplicativa e non disgiuntiva con la conseguenza che la fattispecie, indicata con la locuzione “condotta esaurita”, non si aggiunge all’altra fattispecie in cui “il trasgressore abbia autonomamente provveduto alla regolarizzazione del reato precedentemente all’emanazione della prescrizione”.

Senonché, la Cassazione³² ha costantemente letto l’art. 15, comma 3, come se fosse diviso in due parti: a) ipotesi in cui la fattispecie è a condotta esaurita, e cioè non sia più possibile attuare alcuna forma di regolarizzazione; b) ipotesi in cui il trasgressore abbia autonomamente provveduto all’adempimento degli obblighi di legge sanzionati precedentemente all’emanazione della prescrizione.

Per motivare questa conclusione, si è sostenuto che certamente il legislatore ha utilizzato la congiunzione “ovvero” come equivalente di “oppure” e non di “cioè”. Invero, pur accettando l’idea che, dal punto di vista lessicale, il significato del termine “ovvero” non sia univoco, osserviamo che, in presenza di un vocabolo polisenso, il significato può ben dipendere da criteri diversi da quello strettamente letterale. In questa ottica, nell’interpretare la congiunzione “ovvero”, la Suprema Corte avrebbe potuto tener conto che nel 2004 l’istituto estintivo era applicabile non alle condotte esaurite *tout court*, ma solo a quelle riferibili all’intervento volontario, indotto o spontaneo, da parte del contravventore.

³¹ Per completezza, si fa presente che la Corte cost. ha ribadito il proprio orientamento con l’ord. 24 maggio 1999 n. 205 e 23 maggio 2003 n. 192.

³² A cominciare da Cass. 6 giugno 2007, n. 34900, PM. in proc. Loi, Rv. 237198.

A questo punto, la sola ragione che potrebbe giustificare uno strappo nella ricostruzione del sistema e valorizzare, pur in assenza dell'elemento di "meritevolezza" enunciato dalla Corte cost. nel 1998³³, tutte le ipotesi di impossibilità a rimuovere gli effetti della condotta, può ancorarsi ad un passaggio della sentenza della Cassazione n. 36405/2019 in cui si afferma che "la Corte cost...ha identificato come "deflattiva" e non "premiale" la *ratio* sottesa alla procedura di estinzione di cui si discute ed ha quindi implicitamente negato che la stessa sia appannaggio esclusivo del soggetto che - per prescrizione impartita dall'autorità di vigilanza o per spontaneo ravvedimento operoso - rimuova attivamente le conseguenze dell'illecito".

In questo ordine di idee, è stato osservato³⁴ che "Proprio la possibile applicabilità dello strumento in parola alle contravvenzioni a condotta esaurita (riconosciuta da una parte della giurisprudenza e criticata in dottrina con riferimento alla procedura estintiva in materia lavoristica e ambientale) sembra indicare una possibile soluzione interpretativa, aprendo significativi spazi per sfruttare le potenzialità del meccanismo di definizione *de quo* e valorizzarne gli effetti deflattivi nella materia dei reati alimentari...si è consentito di beneficiare dell'impunità senza pretendere dal reo un comportamento ripristinatorio, segnando così "la crescente prevalenza attribuita alla finalità deflattiva" e la trasformazione funzionale della speciale procedura da ipotesi di non punibilità a vera e propria causa estintiva. A nostro avviso, sembra questa l'unica lettura plausibile per il procedimento estintivo nella materia alimentare: da un punto di vista strutturale, la soluzione proposta parrebbe la sola in grado di evitare un'*interpretatio abrogans* della disciplina di nuovo conio in una materia costellata di illeciti la cui consumazione istantanea si accompagna solo raramente a effetti permanenti e rimuovibili; da un punto di vista politico-criminale l'interpretazione proposta si sposa con le pulsioni efficientiste che animano il complessivo disegno di riforma del sistema sanzionatorio in vista di una riduzione dei tempi del procedimento penale".

Orbene, non si contesta che la Corte cost. abbia dichiarato che la disciplina del 1994 "si propone di conseguire una consistente deflazione processuale", ma è discutibile che tale finalità fosse quella prevalente. I tempi però sono cambiati: oggi soffia il vento della deflazione costi quel che costi sicché non ci stupiremmo se dovesse, in futuro, affermarsi, nell'ambito alimentare, la tesi che si possa applicare la procedura estintiva anche alle situazioni non regolarizzabili.

È superfluo dirlo, ma una siffatta conclusione significherebbe stravolgere del tutto la nuova legge svuotando di qualsiasi rilievo il parametro consistente nella necessità di elidere il danno o il pericolo quale presupposto per godere dei benefici premiali previsti in materia.

Forse è il caso di ripensare al meccanismo con soluzioni diverse che concilino l'esigenza di ridurre il carico giudiziario con il rispetto dei principi generali. Ad esempio, l'ipotesi di cui abbiamo parlato finora potrebbe diventare un caso tipico all'interno dello schema dell'art. 162 *bis* c.p. Infatti, per incentivare il ricorso a procedure più snelle

³³ Diversamente opinando, situazioni ontologicamente differenti sarebbero trattate nello stesso modo in assenza di qualsiasi razionale giustificazione.

³⁴ A. MARTUFI, *La definizione anticipata delle contravvenzioni alimentari*, cit., p. 26.

dell'ordinario processo penale, il contravventore, che non può regolarizzare nulla, potrebbe ugualmente essere ammesso all'oblazione speciale prevedendo, tuttavia, il pagamento ridotto in misura diversa rispetto a chi concluda positivamente l'iter di regolarizzazione in sede pre-processuale. Il fatto che l'art. 162 *bis* c.p. prevede che il giudice possa respingere la domanda di oblazione avuto riguardo alla gravità del fatto evita il rischio che, per raggiungere il massimo risultato, tutte le violazioni alle norme in tema di sicurezza alimentare, anche di particolare gravità e allarme sociale, godano del medesimo trattamento premiale.

3. Ulteriori perplessità derivano dal mancato coordinamento del nuovo istituto con le procedure analoghe.

L'auspicio che il legislatore ponga mano ad una rivisitazione della riforma Cartabia deriva non solo da quanto spiegato nel capitolo che precede, ma anche da alcune novità della recente normativa che suscitano non poche perplessità pensando a come le stesse situazioni siano disciplinate nel settore delle contravvenzioni antinfortunistiche, ambientali e delle radiazioni ionizzanti³⁵.

Infatti, il canale differenziato di accesso al meccanismo premiale per i reati in tema di sicurezza alimentare rispetto agli altri settori non è sostenuto da effettive ragioni sostanziali legate al diverso peso degli interessi in gioco, ma solo dall'esigenza deflattiva che il legislatore del 2022 vuole incentivare³⁶.

La prima novità è che le contravvenzioni per le quali si applica il procedimento sono, oltre quelle punite con la pena della ammenda sola o alternativa a quella dell'arresto, quelle punite con la pena della ammenda congiunta a quella dell'arresto.

Invero, attribuiamo alla scelta del legislatore il solo merito di aver evitato le discussioni nate in relazione all'art. 318-*bis* D. Lgs. n. 152/2006 rispetto al quale era (ed è tuttora) controverso se l'istituto sia applicabile alle contravvenzioni punite con la pena pecuniaria congiunta a quella detentiva³⁷.

³⁵ In tema, v. I. GIUGNI, [Procedura estintiva delle contravvenzioni antinfortunistiche: verso una questione di costituzionalità all'indomani della c.d. riforma Cartabia?](#), in questa Rivista, 6 giugno 2023.

³⁶ G. AMARELLI, *La nuova procedura estintiva delle contravvenzioni*, cit., p. 76.

³⁷ Propendiamo per la tesi negativa evidenziando tra l'altro che l'art. 318-*septies*, comma 3, D. Lgs. n. 152/2006 prevede la possibilità per l'autore del reato, in caso di adempimento in un tempo superiore a quello indicato dalla prescrizione, ma congruo, oppure in caso di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate dall'organo di vigilanza, di essere ammesso all'oblazione di cui all'art. 162 *bis* c.p., applicabile, come è noto, alle sole contravvenzioni punite con l'ammenda alternativa all'arresto. Così disponendo, la legge ha congegnato un meccanismo che ha una sua coerenza interna perché lo stesso tipo di contravvenzione è estinguibile mediante versamento di una somma di denaro nell'ambito della procedura pre-giudiziaria o in sede giudiziaria; sarebbe inoltre del tutto irrazionale ammettere al beneficio gli autori delle contravvenzioni più gravi, quelle cioè sanzionate con l'arresto e l'ammenda, a scapito di quelle punite formalmente in modo meno grave, e cioè con la sola pena dell'arresto, che non hanno accesso né alla nuova procedura né all'oblazione speciale di cui all'art. 162 *bis* c.p.; infine, la pena dell'arresto non può "scompare" in difetto di una norma espressa che consenta tale operazione di per sé non conforme al principio di legalità della pena vigente in materia penale.

Tuttavia, anche nella nuova normativa nulla è detto sulla sorte della pena dell'arresto: si sarebbe, ad esempio, potuto stabilire che la pena detentiva poteva essere convertita in pena pecuniaria ricorrendo al ragguaglio di cui all'art. 135 c.p., ma allora sarebbe stato ancora più incomprensibile l'esclusione delle contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto³⁸.

Peraltro, si tenga conto che la l. n. 283/1962 prevede soltanto (v. artt. 6 e 12) contravvenzioni punite con la pena dell'arresto alternativa a quella dell'ammenda³⁹ e perciò la scelta di allargare il campo applicativo della procedura non appare neppure giustificata dall'esigenza di alleggerire un eventuale maggior carico giudiziario derivante dalla commissione di reati puniti con la pena congiunta.

In secondo luogo, il decreto del 2022 ha stabilito che, quando la prescrizione è adempiuta, l'organo accertatore ammette il contravventore a pagare in sede amministrativa una somma pari ad un sesto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa. Il problema è che l'art. 318-*quater*, D.Lgs. n. 152/2006 – come l'art. 21 D. Lgs. n. 758/1994 – stabilisce che la somma da versare per estinguere il reato è pari ad un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa⁴⁰.

È vero che la l. n. 283/1962 prevede sanzioni dall'importo molto elevato (l'art. 6 stabilisce che la violazione dell'art. 5, 6 e 12 sia punita con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda da € 309 a € 30.987; per la violazione delle disposizioni di cui alle lettere d) e h) dell'art. 5, si applica la pena dell'arresto da tre mesi ad un anno o dell'ammenda da € 2.582 a € 46.481) e quindi occorre incentivare, in modo più consistente, il trasgressore ad attivarsi per la regolarizzazione dell'illecito. Ma è altrettanto vero che la disarmonia tra la disposizione del 2022 e quelle precedenti non può passare inosservata.

In terzo luogo, nell'ipotesi in cui la prescrizione è inadempita, ma il contravventore ha regolarizzato l'illecito in un tempo superiore a quello prescritto, ritenuto però lo stesso congruo dall'organo di vigilanza, o comunque ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate, l'art. 24 D. Lgs. n. 758/1994 dispone che la somma da versare è ridotta al quarto del massimo dell'ammenda (si tratta perciò di un ulteriore favore per l'imputato che viene ancora una volta invogliato a mettersi comunque in regola), mentre l'art. 318-*septies*, comma 3, D. Lgs. n. 152/2006 stabilisce che la somma da versare è ridotta alla metà del massimo dell'ammenda, parificando perciò questa sanzione ridotta a quella già

³⁸ Così C. BERNASCONI, *Deflazione processuale*, cit., p. 11.

³⁹ Anche "pescando" tra le altre normative evocate dall'art. 12-*ter*, si constata la prevalenza di illeciti puniti con l'ammenda alternativa all'arresto: v., ad esempio, l'art. 15 D. Lgs. n. 169/2004, Attuazione della direttiva 2002/46/CE relativa agli integratori alimentari; gli artt. 2 e 3 D. Lgs. n. 70/2005, Disposizioni sanzionatorie per le violazioni dei regolamenti (CE) numeri 1829/2003 e 1830/2003, relativi agli alimenti ed ai mangimi geneticamente modificati; l'art. 6 D. Lgs. n. 193/2007, Attuazione della direttiva 2004/41/CE relativa ai controlli in materia di sicurezza alimentare e applicazione dei regolamenti comunitari nel medesimo settore.

⁴⁰ Si segnala che il comma 7 dell'art. 228 D. Lgs. n. 101/2020, sulle radiazioni ionizzanti, dispone che la somma da versare in forma ridotta è pari ad un terzo del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa.

prevista in via ordinaria dall'art. 162-*bis* c.p.⁴¹. L'art. 12-*nonies* l. n. 283/1962 prevede, invece, non soltanto una diminuzione della pena che opera se la prescrizione è adempiuta in un tempo superiore a quello stabilito, ma dispone anche che l'adempimento tardivo, ai fini dell'applicazione dell'art. 162-*bis* c.p., comporta il versamento della somma pari ad un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa.

Insomma, un vero e proprio ventaglio di soluzioni che non trovano razionale spiegazione.

Infine, un profilo di assoluta originalità rispetto al passato concerne la possibilità per l'imputato di prestare lavoro di pubblica utilità, in alternativa al pagamento della somma di denaro, allorché il pagamento sia eccessivamente oneroso in ragione delle sue condizioni economiche e patrimoniali (art. 12 *quinquies*, l. n. 283/1962). È intuitiva la ragione di questa previsione: le somme da versare, anche se ridotte rispetto al massimo edittale, sono comunque corpose (e peraltro non sono neppure "rateizzabili") sicché l'alternativa del lavoro di pubblica utilità dovrebbe facilitare l'accesso alla causa estintiva nonostante le condizioni economiche del contravventore. Anche in questo caso, non è seriamente accettabile che la previsione di favore operi solo per il contravventore alimentare.

Da queste sintetiche osservazioni, emerge come la disciplina in tema di reati alimentari contenga numerosi motivi di frizione rispetto alle procedure per l'estinzione dei reati dettati a tutela di beni giuridici diversi, ma certamente omogenei, e come sia perciò opportuno costruire un unico modello procedurale valevole per tutte le materie contravvenzionali in relazione alle quali appare utile predisporre meccanismi premiali.

⁴¹ La Corte cost. 20 febbraio 2019 n. 76 ha già dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 318-*septies*, comma 3, D. Lgs. n. 152/2006 nella parte in cui prevede che la riduzione della somma da versare sia pari alla metà del massimo dell'ammenda prevista per il reato in contestazione, anziché a un quarto del medesimo ammontare massimo, come disposto in fattispecie analoga dall'art. 24 D. Lgs. n. 758/1994.

CONSIDERAZIONI SU RIEDUCAZIONE E RIPARAZIONE (*)

di Giovanni Fiandaca

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Quali relazioni tra ‘rieducazione’ e ‘riparazione’? *Excursus* nell’ambito della dottrina più recente. – 3. Uno sguardo d’insieme alla giurisprudenza. – 4. Cosa intendiamo oggi per ‘rieducazione’? Verosimilmente, non esiste una concezione sufficientemente condivisa del suo contenuto. – 5. Rieducazione, condotte riparatorie e giustizia riparativa: ragioni di convergenza e di possibile divergenza. – 6. Rilievi sulla giustizia riparativa in fase esecutiva.

1. Premesse.

Il tema specifico oggetto dell’odierno seminario ben si inquadra nel più ampio orizzonte tematico della “riforma del penale in crisi”, che fa da filo conduttore dell’intero ciclo di seminari promosso da Vincenzo Mongillo. È ormai da non pochi decenni che, come studiosi, diagnosticiamo una condizione di crisi o perdita di legittimazione del diritto penale¹, che purtuttavia non ne hanno impedito – ecco la paradossale contraddizione – una progressiva espansione sul versante della produzione legislativa: stante – come sappiamo – la ricorrente e trasversale tentazione politico-partitica di strumentalizzare il penale per scopi politici generali o per lucrare un facile consenso elettorale, a prescindere da una comprovabile idoneità empirica della sanzione punitiva a svolgere una effettiva funzione repressivo-preventiva. Eppure è non ultimo sul terreno della pena, del suo senso e dei suoi fini – come anche sappiamo non certo da ora – che si è andato sempre più percependo lo stato di profonda crisi del penale. Crisi che ha finito col sollecitare, nel corso degli anni a noi più vicini, una tendenza dottrinale incline a ripensare in radice il significato, i contenuti e gli scopi delle sanzioni penali, invero in una prospettiva teorica di auspicato superamento non solo della pena retributiva ma anche della pena rieducativa tradizionalmente intesa; e ciò sino al punto di contestare che l’essenza básica della pena vada, immutabilmente, individuata in una inflizione di sofferenza che aggiunge male al male prodotto dal reato. Com’è noto, è da questa mutata prospettiva visuale che deriva la sollecitazione a recuperare e riattualizzare l’idea di riparazione. Dico ‘recuperare’ perché la dimensione riparativa è tutt’altro che inedita

(*)Testo, con qualche integrazione, della relazione svolta al Seminario su “La rieducazione del condannato e i diversi volti della riparazione: un possibile binomio? (Unitelma Sapienza, 20 aprile 2023).

¹ Mi sia consentito rinviare, ad esempio, a G. FIANDACA e E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 16 ss.

nella storia della penalità. Come hanno messo da tempo in evidenza gli antropologi, i sociologi, gli storici del diritto e gli studiosi di testi sacri, modalità di risposta al delitto in chiave riparativa, compositiva o riconciliativa rappresentano storicamente una *costante* antropologica, in alternativa alla condanna e alla reazione punitiva strettamente intesa; mentre costituiscono *variabili* contingentemente mutevoli le specifiche forme con le quali l'obiettivo riparatorio viene nelle diverse epoche storiche perseguito.

I biblisti, dal canto loro, hanno ad esempio segnalato come nelle Scritture vetero-testamentarie fossero previste, per il ristabilimento della giustizia, due procedure nei confronti del colpevole: il giudizio che sfocia nella condanna e nella punizione del trasgressore; e una lite bilaterale tendente invece alla riconciliazione, che può essere considerata una delle forme più antiche della odierna mediazione penale².

Numerosi riscontri del ricorso a modalità riparatorio-conciliative di elaborazione dei conflitti penali sono, altresì, rinvenibili nella letteratura e, più in generale, nella cultura dell'antica Grecia³. Ed è pure risaputo, procedendo nel tempo, come sanzioni di tipo riparatorio e soluzioni a carattere compositivo fossero assai diffuse nei diritti pre-moderni di Antico regime.

Ma vi è di più. Vale, forse, la pena ricordare che una componente riparatoria è stata presa in considerazione persino nell'ambito delle teorie della pena elaborate da alcuni filosofi e gius-filosofi seicenteschi e settecenteschi: i quali annoveravano, tra i fini della sanzione penale, anche la riparazione concepita come risarcimento o riparazione del danno⁴. A ben guardare, ciò dimostra come non sia inedita neppure la suggestione teorica, emersa in una parte della nostra dottrina più recente, di ripensare lo stesso concetto di pena includendovi dimensioni e valenze riparatorie, peraltro secondo proposte dottrinali variamente articolate (e riferibili, in particolare, agli ormai noti approcci di Luciano Eusebi e Massimo Donini).

2. Quali relazioni tra 'rieducazione' e 'riparazione'? Excursus nell'ambito della dottrina più recente.

Avvicinandomi al tema più specifico oggetto di questa mia relazione, premetto che in scritti o interventi degli ultimi anni ho ripetutamente manifestato l'esigenza di sviluppare riflessioni più esplicite e approfondite proprio sui rapporti tra il paradigma rieducativo e le possibili forme di riparazione, distinguendo nel contempo tra riparazione in senso lato e giustizia riparativa in senso stretto: ciò nel presupposto che i modi di far interagire e combinare insieme i due versanti rieducativo e riparativo necessitino e meritino di essere vagliati in misura maggiore di quanto anche in dottrina

² Cfr. G. BELLIA, *Pena e riconciliazione nel mondo biblico*, in *Punire mediare conciliare*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Giappichelli, Torino, 2009, 73 ss.

³ Come è stato di recente messo in evidenza anche da M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Le basi di un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, Torino, 2022, 407 ss.

⁴ In proposito cfr., di recente, P. AUDEGEAN, *Violenza e giustizia*, trad. it., il Mulino, Bologna, 2023, 87 ss.

non sia finora avvenuto⁵. Peraltro, non sono il solo ad avvertire questa esigenza di maggiore riflessione. Essa è condivisa, ad esempio, da un valente studioso delle ultime generazioni come Mongillo, il quale ha in proposito rilevato: «Prevenzione, punizione e riparazione già coabitano nel diritto penale attuale, ma dovranno convivere sempre più armonicamente nel diritto penale del futuro. È un’aspirazione che, inevitabilmente, non manca di sollevare dubbi e dilemmi a partire dalla piena compatibilità dell’inedito ideale riparativo con il più tradizionale finalismo rieducativo. In particolare, occorre chiedersi se l’interazione dialogica tra autore e vittima del reato rappresenti un modello alternativo a quello prefigurato dal principio di rieducatività della pena, o una componente strumentale, finalizzata a motivarne le ragioni»⁶. Come emerge dalle parole ora riportate, il dubbio sulla compatibilità viene sollevato con particolare riferimento alla mediazione penale quale principale strumento della giustizia riparativa. Ed è anche comprensibile, considerato che forme di riparazione latamente intesa, con effetti mitigativi del trattamento punitivo, sono a vario titolo e da tempo risalente presenti nell’ordinamento penale; mentre come vera novità, potenzialmente produttrice di rotture o disarmonie nell’assetto preesistente, è percepibile un modello di giustizia che come la *restorative justice* pretende, nella sua ispirazione di fondo, di essere ‘alternativo’ in quanto privo – appunto – di scopi e connotati sanzionatori (quantomeno secondo l’accezione tradizionale).

Ora, se si rivolge lo sguardo alla nostra letteratura penalistica più recente, si scopre che non mancano riferimenti ai possibili rapporti tra rieducazione e riparazione (soprattutto nel senso più stretto e pregnante della giustizia riparativa); ma, come anticipavo, si tratta in realtà più di rilievi cursori che di riflessioni sviluppate in maniera articolata. Provo, di seguito, a delineare un sintetico quadro esemplificativo.

Vi è chi, nel contesto di rilievi dedicati alla giustizia riparativa, sostiene l’estraneità di quest’ultima rispetto al paradigma rieducativo. In questo senso, afferma Francesco Palazzo: «La giustizia riparativa non può (...) essere considerata uno degli strumenti della rieducazione, magari tentando di conseguenza di confinarla esclusivamente nella fase esecutiva, essendo essa qualcosa di profondamente diverso dalla rieducazione non foss’altro per il ruolo che vi gioca la vittima»; tuttavia, un «punto di contatto» tra i due versanti sarebbe rappresentato dall’esigenza che la rieducazione e la giustizia riparativa abbiano in comune lo stesso «ordine di valori condivisi»⁷.

Ma non mancano opinioni di segno contrario. Come nel caso di Giovannangelo De Francesco, il quale scrive: «In realtà – e malgrado che, presso gli stessi fautori della *restorative justice*, si sia arrivati talora ad affermarlo – non sembra ammissibile identificarne le peculiarità (che pure sono molte ed innegabili) facendo leva, tra l’altro,

⁵ Rinvio, ad esempio, al mio precedente scritto *Sulla rieducazione in fase esecutiva. Aspetti problematici vecchi e nuovi*, in *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, a cura di A. Menghini e E. Mattevi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 213 ss.

⁶ V. MONGILLO, *Crisi immanente e centralità contingente del “penale” tra potere e diritto*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, a cura di C. Piergalini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich, Giuffrè, Milano, 2022, 214.b

⁷ F. PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in *Riflessioni sulla giustizia penale*, cit., 434, 439.

sulla sua autonomia, più o meno accentuata, rispetto al paradigma rieducativo. A parte, invero, la considerazione secondo la quale, com'è ben noto, tale paradigma ha da sempre mostrato al suo interno un'ampia gamma di prospettive teleologiche, ci preme invero osservare come l'esigenza della rieducazione debba restare pur sempre un fondamentale criterio di orientamento nella ricerca delle soluzioni più adeguate rispetto agli autori di reato; essa, in altri termini, configura, per dir così, la 'casa comune' – o, se si vuole, il necessario momento unificante – di ogni possibile intervento volto a favorire (né potrebbe essere altrimenti) il reinserimento del soggetto all'interno della comunità sociale». E ancora: «(...) il percorso riparativo, lungi dall'ostacolarla, si presta a conferire all'esperienza rieducativa quella più autentica vocazione 'emancipatrice' della condizione del colpevole, quale si coglie nel renderlo artefice del medesimo programma in chiave 'solidaristica' che rappresenta il 'cuore' del messaggio racchiuso nello spirito di fondo della nostra Carta costituzionale»⁸. Dall'insieme di questi rilievi di De Francesco sembra, dunque, potersi desumere un modo di concepire la riparazione come funzionale ad una prospettiva rieducativa declinata – a sua volta – in senso marcatamente responsabilizzante e solidaristico. In ogni caso, l'ideale rieducativo continuerebbe a fungere da principio unificante di ogni intervento, anche a carattere riparatorio, orientato alla risocializzazione dell'autore di reato.

Più complesse e articolate appaiono le prese di posizione di Luciano Eusebi e Massimo Donini, cioè due studiosi che – com'è noto – hanno apportato contributi rilevanti in vista di un generale ripensamento del sistema sanzionatorio alla stregua del paradigma della riparazione. Senza poterne qui illustrare il pensiero in maniera dettagliata, anche perché abbastanza conosciuto, mi limito a richiamare in rapida sintesi i profili che hanno maggiore attinenza col tema specifico oggetto della mia analisi.

Cominciando dal primo (Eusebi), ne richiamo la premessa di fondo costituita da una concezione della politica criminale come politica di prevenzione della criminalità intesa in termini molto generali, che fa cioè impiego di un ventaglio di strumenti e interventi assai più ampio di quelli penali in senso stretto: in questo rinnovato quadro di riferimento, la pena a carattere afflittivo si atteggia ad 'eccezione' riservata agli autori dei reati più gravi che siano al contempo socialmente pericolosi; mentre l'idea innovativa che viene proposta per la maggior parte dei reati è quella di una pena come 'progetto', cioè una tipologia di pena cosiddetta *prescrittiva* modellata all'incirca sull'attuale misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, e molto arricchita però di prestazioni riparatorie. Questo nuovo modello di sanzione a carattere prescrittivo-riparatorio tenderebbe ad un obiettivo di fondo definito in chiave di 'prevenzione reintegratrice', che – se ben comprendo – dovrebbe secondo Eusebi inglobare la prospettiva rieducativa tradizionalmente intesa⁹. Quindi, in conclusione, i

⁸ G. DE FRANCESCO, *Rieducazione, giustizia riparativa, logiche premiali. Appunti minimi per un confronto*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, cit., 366 s., 368.

⁹ Tra i molteplici scritti dedicati da Eusebi alla progressiva elaborazione di un nuovo approccio alla politica criminale e alla pena, mi limito a citare *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, 835 ss.; e *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C. E. Paliero, Il Mercato della penalità*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, cit., 389 ss.

due paradigmi rieducativo e riparativo si integrerebbero, sinergicamente, in un orizzonte di prevenzione generale reintegratrice.

In larga misura simile, nella sostanza, mi sembra la posizione di Massimo Donini, un autore che – come sappiamo – si è nel corso degli ultimi anni particolarmente impegnato nel tentativo teorico di coniugare punizione e riparazione¹⁰, con un approccio originale ma non per questo esente da possibili riserve¹¹. In estrema sintesi, la *ratio* di fondo sottostante all'impostazione di Donini, e sfociante tra l'altro nella ormai nota proposta dottrinale del "*delitto riparato*" come nuovo istituto di parte generale, punta all'obiettivo di incoraggiare il più possibile l'autore di reato a compiere volontari atti riparatori, così da lasciare alla pena classica uno spazio residuale. Da qui l'idea di un nuovo sistema penale che, nel dare ampio spazio alle condotte riparatorie latamente intese e agli istituti di giustizia riparativa, rifletta "un programma orientato a un modello costituzionale di rieducazione possibile vedendo nella pena un progetto diverso dalla mera soggezione a una sofferenza imposta o dalla risposta 'emotiva' al rimprovero sociale che esprime il disvalore del fatto"¹². Ora, se ben ne intendo il pensiero, anche Donini tende a ravvisare un rapporto di strumentalità o di integrazione tra le attività riparative e la prospettiva della rieducazione, in particolare nel senso che la disponibilità del colpevole a compiere atti riparatori ne comproverebbe una partecipazione più attiva e responsabile al percorso rieducativo. Ma, a mio avviso, questa insistenza di Donini nel sottolineare il carattere di pena 'agita' (e non subita) della pena riparatoria (in enfatizzata contrapposizione rispetto alla pena classica, che sarebbe vissuta dal soggetto che la subisce del tutto passivamente) rischia di trascurare un dato che andrebbe invece tenuto presente: anche la pena 'rieducativa' tradizionalmente concepita (cioè non integrata da componenti riparatorie), se presa sul serio, non potrebbe infatti mai ridursi a passiva soggezione a una sofferenza coercitivamente imposta, esigendo al contrario un ruolo 'proattivo' del reo in termini di volontaria e operosa partecipazione ad attività trattamentali di vario genere.

Invero, nella prospettiva di attrarre la riparazione nell'orizzonte della rieducazione ci si è spinti più oltre. Una giovane studiosa (Elena Mattevi), in un ancora recente contributo esplicitamente dedicato alla rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa, è giunta a sostenere che il principio di rieducazione *ex art. 27, comma 3, Cost.*, costituisce il vero referente costituzionale anche della giustizia riparativa: non senza enfasi, e in poche e apodittiche battute, si rileva che quest'ultima e la prospettiva riparativa avrebbero in comune «l'orizzonte, il percorso, il progetto», e ciò perché la revisione critica del passato, quale presupposto del recupero, non potrebbe concentrarsi sulla sola persona del condannato, ma implicherebbe il riconoscimento e il coinvolgimento della vittima (pur ammettendosi tuttavia, nel contempo, che la finalità

¹⁰ Nell'ambito dei lavori più recenti, cfr. M. DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, 2027 ss.; e *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*, cit.

¹¹ Rinvio in proposito ai rilievi contenuti in G. FIANDACA, [Note su punizione, riparazione e scienza penalistica](#), in questa *Rivista*, 28 novembre 2020.

¹² M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*, cit., 422.

rieducativa «non può venire messa in discussione dalla volontà contraria della vittima»¹³. A conforto della sua tesi, Mattevi richiama in particolare una pronuncia della Corte costituzionale, in particolare la sent. n. 179/2017 (rel. Marta Cartabia), nella quale – con riferimento a questioni di costituzionalità concernenti condotte sanzionate nel testo unico in materia di stupefacenti, dichiarate però inammissibili – tra gli scopi della pena vengono genericamente menzionate anche la riparazione e la riconciliazione. Più precisamente, la Corte nella sentenza predetta (richiamata dalla successiva n. 40/2019) ha affermato: «(...) i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost. (...) esigono di contenere la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona umana nella misura minima necessaria allo scopo di favorirne il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale». Orbene: ci troviamo in presenza di affermazioni di principio così rilevanti e innovative, da giustificare davvero la tesi che riparazione e riconciliazione rientrino – quantomeno in via implicita – tra i fini costituzionali della sanzione penale? Sia consentito dubitarne. A parte il rilievo che può avere in proposito inciso il personale orientamento culturale della giudice relatrice (Cartabia, anche da costituzionalista, predilige infatti notoriamente modelli di giustizia a carattere riparatorio-riconciliativo), non ritengo che basti, per dare copertura costituzionale alla giustizia riparativa sempre alla stregua dell'art. 27 Cost., limitarsi ad affermare in maniera genericamente e approssimativamente additiva che la Costituzione favorisce nel colpevole un cammino non solo di recupero e reinserimento sociale, ma altresì – come si legge nella parte di sentenza sopra riportata – di “riparazione” e “riconciliazione”; piuttosto, per attribuire alla pronuncia in discorso la valenza e l'importanza di un avallo costituzionale alla giustizia riparativa, la Corte avrebbe dovuto fare quel che non ha fatto, vale a dire addurre espressamente sulla base di argomentazioni articolate le ragioni per le quali riparazione e riconciliazione siano da considerare momenti del cammino del reo verso il reinserimento sociale.

A mio avviso, i rapporti tra rieducazione e giustizia riparativa sono più ambigui e complessi di quanto non risulti dalle opinioni dottrinali fin qui sintetizzate, nonché dalla richiamata presa di posizione dei giudici costituzionali: le ragioni di questa ambiguità e di questa complessità saranno esplicitate nel prosieguo di queste pagine.

3. Uno sguardo d'insieme alla giurisprudenza.

Con riferimento alla prassi giudiziaria (antecedente, beninteso, alla introduzione della disciplina espressa della giustizia riparativa ad opera della riforma Cartabia, in relazione alla quale non sono ancora maturati i tempi per l'emergere di provvedimenti significativi), considero un osservatorio privilegiato la giurisprudenza in materia di liberazione condizionale del condannato. Ciò per più ragioni, forse intuibili. In primo luogo, perché il modo di concepire il ‘sicuro ravvedimento’, quale fondamentale

¹³ E. MATTEVI, *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima*, in *La rieducazione oggi*, cit., in particolare 70 ss.

presupposto della liberazione, può essere influenzato (anche implicitamente) dalla previa maniera di intendere il principio costituzionale di rieducazione; in secondo luogo perché, per verificare il ravvedimento quale buon esito finale del percorso trattamentale, i tribunali di sorveglianza e la stessa Cassazione valutano il significato e la rilevanza dell'eventuale compimento di atti riparatori da parte dell'autore di reato: per cui diventa appunto oggetto di valutazione, in una prospettiva non solo teorica ma anche pratico-applicativa, il rapporto tra rieducazione e riparazione.

Quanto al primo profilo, rilevo in sintesi che si assiste nel complesso a un andamento giurisprudenziale oscillante tra un orientamento 'laico', incline a risolvere sobriamente il ravvedimento nella acquisita attitudine da parte del condannato a tenere – una volta reinserito nella società – una condotta di vita conforme alle regole legali della convivenza; ed un persistente orientamento eticheggiante che richiede invece un profondo mutamento di convincimenti interiori, l'adesione convinta a valori socialmente predominanti, manifestazioni di pentimento o atti riparativi anche di mera valenza simbolica¹⁴.

Rispetto al secondo profilo, prendo atto che nella prassi è andata affiorando, nel corso degli anni, una certa tendenza dei giudici di sorveglianza a considerare l'assenza di atti a carattere riparatorio, o di prese di contatto dialogico-mediative tra autori e vittime, un fattore impeditivo del riconoscimento di una maturata rieducazione; di conseguenza, la componente riparativa sembrerebbe tendere ad atteggiarsi a presupposto indispensabile di un ben riuscito itinerario risocializzante (probabilmente, ciò costituisce un riflesso del progressivo avanzamento dell'ideale riparativo in alcuni settori della magistratura penale). Ad esempio, mi è rimasta impressa una pronuncia di non molto tempo fa del tribunale di sorveglianza di Roma, che negava al noto mafioso Giovanni Brusca la detenzione domiciliare in base alla motivazione «Brusca non ha mai chiesto scusa e non ha mai manifestato atti di pentimento».

Ma di contrario avviso è la predominante giurisprudenza di legittimità: la quale, per un verso, considera l'impegno riparatorio come un segno concreto della volontà del reo di eliminare o attenuare le conseguenze dannose del reato, per cui la riparazione (specie se materiale, e non soltanto simbolica) può ben fungere da significativo indicatore - insieme ad altri elementi - di un maturato ravvedimento; ma per altro verso, pur riconoscendo questa valenza sintomatica, prevalentemente esclude che la mancanza di interessamento riparatorio per la vittima possa essere di ostacolo alla verifica di un credibile ravvedimento¹⁵.

Personalmente, ritengo corretto questo orientamento della Cassazione: la prospettiva della riparazione non può non mantenere la sua priorità e autonomia

¹⁴ Si veda, più in dettaglio, il quadro ricostruttivo tracciato da R. DE VITO, *La liberazione condizionale nel diritto vivente giurisprudenziale*, in *Contro gli ergastoli*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto, Editrice Futura, Roma, 2021, 143 ss.

¹⁵ Tra le pronunce più recenti in tal senso cfr. Cass. 22 febbraio 2022 – 11 marzo 2022, n. 8410 (nella quale si afferma esplicitamente che, specie quando si tratta di reati gravissimi, la relazione con le vittime costituisce il banco di prova umanamente più difficile e può rimanere insuperabile anche laddove l'obiettivo rieducativo sia pienamente raggiunto), in *Foro it.*, 2022, II, 516 ss. con nota di richiami giurisprudenziali di F. PARISI, cui si rinvia.

rispetto a quella riparatoria; certo, ove esistenti, gli atti riparativi possono assurgere – come gli stessi giudici di legittimità ammettono – a significativi elementi sintomatici del riorientamento personale del condannato. Ciò non toglie, beninteso, che la diagnosi giudiziale della autenticità del percorso rieducativo sia e rimanga una delle verifiche più difficili e complesse (anche in presenza, peraltro, di un concreto interessamento riparatorio a favore della vittima), come tale sempre inevitabilmente esposta ad un elevato rischio di errore.

4. Cosa intendiamo oggi per ‘rieducazione’? Verosimilmente, non esiste una concezione sufficientemente condivisa del suo contenuto.

Nel riflettere sui rapporti tra rieducazione e riparazione, ritengo che non sia superfluo chiedersi se sia individuabile un significato di ‘rieducazione’ oggetto di diffuso consenso nel presente momento storico, peraltro anche fuori dalla cerchia dei giuristi accademici. Come sopra accennato, una vera omogeneità di vedute non è riscontrabile neppure nella stessa magistratura di sorveglianza; e, nella mia aggiuntiva esperienza di garante regionale siciliano dei diritti dei detenuti, ho potuto altresì constatare che una diversità di opinioni è rinvenibile pure nell’ambito delle diverse autorità istituzionali e professionalità che sono a vario titolo competenti a gestire percorsi rieducativi. Insomma, concetti alquanto generici come rieducazione, o come risocializzazione e recupero *et similia* è come se fossero divenuti nozioni ‘fai da te’, vale a dire formule manipolabili, contenitori riempibili di contenuti differenti sulla base di preferenze anche soggettive. Ma questo disaccordo non dovrebbe stupire troppo. E’ forse superfluo rilevare che ‘rieducazione’ è un termine polisemico, che riflette un concetto indeterminato posto ai confini tra il diritto e le scienze empirico-sociali, come tale condizionato nelle sue possibili valenze – e non potrebbe essere altrimenti – da pregiudiziali di varia matrice (filosofica, etica, antropologica, pedagogica, sociologica, giuridico-costituzionale ecc.) che ne rendono difficile, anche in sede giudiziaria e penitenziaria, una definizione precisa e univoca: non a caso, non risulta che la stessa Corte costituzionale, pur incline a una progressiva e convinta valorizzazione del principio di rieducazione, si sia mai impegnata in una sua puntuale definizione contenutistica.

D’altra parte, il concetto di rieducazione, oltre a essere difficile da definire in maniera ampiamente condivisa, non ha mai suscitato soverchie simpatie persino in alcuni settori della cultura (non solo giuridica) di ispirazione liberal-progressista a causa, com’è intuibile, dei suoi potenziali risvolti autoritari: incombendo e temendosi, infatti, il rischio e la ricorrente tentazione di una punizione statale volta appunto a imporre, in via coercitiva, l’interiorizzazione di specifici valori o di determinate concezioni morali al posto di altre, con conseguente violazione della libertà di coscienza e della dignità degli stessi soggetti condannati. Non deve sorprendere, allora, che una certa diffidenza e antipatia verso la stessa parola ‘rieducazione’ siano andate nel corso degli anni diffondendosi anche nell’ambito del personale penitenziario ai vari livelli e addirittura tra i magistrati di sorveglianza. A emblematica riprova, riporto quanto di recente

affermato da Marcello Bortolato (presidente del tribunale di sorveglianza di Firenze) nel contesto di un'intervista rilasciata alla nota rivista di vita carceraria *Ristretti orizzonti*: «Rieducare un uomo – uso questo termine rieducare anche se so che non piace a nessuno, però questo è il termine che usa la Costituzione – sostanzialmente significa fare in modo che la pena sia utile»¹⁶. Orbene, questa crescente propensione a rifiutare il concetto di 'rieducare' spiega come mai, nel linguaggio prevalente degli addetti all'esecuzione penale, si tenda ormai per lo più a sostituire rieducazione con reinserimento o recupero sociale: per cui finalità costituzionale della pena diventa il reinserimento del condannato in società, pena rieducativa diventa la pena funzionale a questo futuro reinserimento. Tuttavia, nel contempo, si continua a fare riferimento a una esigenza di 'cambiamento' della persona detenuta, di riorientamento complessivo della sua personalità quale presupposto dell'accesso ai benefici penitenziari o alla liberazione condizionale: lo conferma, ad esempio, uno stimolante confronto a più voci, promosso ancora una volta dalla preziosa rivista sopra richiamata, su come potere promuovere il cambiamento di mentalità dei soggetti appartenenti alla criminalità organizzata non collaboranti con la giustizia, e perciò su come verificare l'autenticità di una loro presa di distanza dal passato criminale pur permanendo l'indisponibilità alla collaborazione giudiziaria¹⁷.

Se così è, vi è dunque il rischio che la sopraggiunta avversione verso la rieducazione si riduca a questione più di parole che di sostanza: se si preferisce parlare di 'cambiamento' della persona del condannato piuttosto che di sua rieducazione, il cuore del problema in realtà non muta, dal momento che il concetto di cambiamento finisce a ben vedere col sollevare – piaccia o non piaccia – i medesimi interrogativi di fondo posti dal concetto gemello di rieducazione. Sicché, la parola rieducazione, ancorché oggi risulti a taluni sgradita a dispetto della sua consacrazione costituzionale, possiamo ben conservarla se non abbiamo paura del suo mero suono; e ci preoccupiamo, piuttosto, di appurare se esista o persista una sua accezione suscettibile di essere quanto più possibile condivisa. Insomma, non la parola in sé, ma il suo contenuto significativo è – ieri come oggi – il vero problema.

Dal canto suo, la prevalente dottrina penalistica di matrice accademica tende – com'è noto ai giuristi di professione – ad attribuire al concetto costituzionale di rieducazione un significato che risulti a sua volta costituzionalmente orientato, in particolare tenendo conto dell'ispirazione pluralista che connota una Costituzione come la nostra: in questo senso, la rieducazione avrebbe un contenuto eticamente neutrale, non essendo lo Stato punitore legittimato a inculcare a cittadini adulti autori di reato concezioni morali o religiose specifiche, pur se eventualmente maggioritarie; per cui rieducazione non potrebbe che equivalere, essenzialmente e laicamente, ad acquisizione

¹⁶L'intervista intitolata *Il magistrato di Sorveglianza è propulsore della funzione rieducativa*, e curata dalla redazione, si legge, precisamente, in *Ristretti orizzonti*, n.3/2023.

¹⁷ Il confronto cui si fa riferimento nel testo, dal titolo *Che cosa significa rieducare soggetti appartenenti alla criminalità organizzata?*, è pubblicato in *Ristretti orizzonti*, n. 3/2022 (vi hanno preso parte chi scrive, M. Bortolato presidente del tribunale di sorveglianza di Firenze, F. Gianfilippi magistrato di sorveglianza di Spoleto, S. Musolino sostituto procuratore a Reggio Calabria e G. Catanzariti avvocato, responsabile nazionale dell'Osservatorio Carcere delle Camere penali italiane).

o riacquisizione da parte del condannato della capacità di comportarsi in modo conforme alla cosiddetta legalità esteriore¹⁸. Senonché, questa sobria accezione dottrinale non è riuscita – come si è rilevato anche nel paragrafo precedente – a farsi strada in maniera chiara e univoca fuori dal recinto accademico, stante la ricorrente tentazione di colorare la rieducazione di venature eticizzanti e/o di intenderla come un percorso di cambiamento che affonda le radici nella profondità del mondo interiore. A questo punto, forse è però il caso di chiedersi se l'insufficiente attecchimento della suddetta concezione costituzionalmente orientata derivi da una sorta di suo peccato di origine, dall'essere cioè frutto di un approccio idealistico-intellettualistico, ancorato più a principi giuridici astratti (sia pure di rilevanza costituzionale) e meno attento alle dinamiche psicologiche reali e alle componenti morali dei processi educativi: per cui non appare infondato il dubbio che anche una rieducazione ridotta a capacità di rispettare la legalità esteriore presupponga, in qualche modo e misura, un riorientamento non superficiale della complessiva personalità dell'autore di reato¹⁹.

Comunque sia, su di un punto si registra ormai da tempo una larga convergenza di vedute, almeno nella cerchia degli esperti di tematiche penitenziarie: sarebbe cioè poco realistico tentare sul serio di rivitalizzare e rilanciare la prospettiva della rieducazione (quale che ne possa essere il preferibile senso odierno) in particolare in ambito intramurario, considerato lo stato di grave degrado in cui prevalentemente versa il sistema carcerario italiano²⁰. Tra i principali ostacoli che si frapporterebbero a un simile tentativo (carenza di risorse, sovraffollamento, prevalenza di preoccupazioni securitarie), includerei anche – come ho potuto constatare nel mio ruolo di garante – la mancanza di studi o riflessioni aggiornate e a carattere multidisciplinare, presso il DAP (Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria), sugli strumenti, sui metodi e sulle tecniche che occorrerebbe impiegare per avviare percorsi trattamentali idonei, almeno potenzialmente, a conseguire concreti effetti riabilitativi.

Come sappiamo, è invece convinzione diffusa che l'obiettivo della rieducazione sia più realisticamente perseguibile grazie ad una estensione applicativa delle sanzioni extradetentive, e ciò anche in fase di cognizione (in questa direzione, com'è noto, si è di recente mossa la riforma Cartabia con la nuova disciplina delle pene sostitutive). Ma sarebbe altrettanto illusorio pensare che basti una riscrittura delle sanzioni non carcerarie a rilanciare l'ideale rieducativo. La questione è molto più complessa, perché molteplici fattori di natura sistemica condizionano non solo l'effettivo accesso a questo tipo di sanzioni, ma anche il loro potenziale rieducativo: tra questi fattori, ha un peso non secondario la disponibilità di più adeguate risorse personali e materiali da destinare al potenziamento di quell'articolato sistema a rete che, secondo l'esperienza sinora

¹⁸ Più diffusamente, sul risalente dibattito dottrinale intorno ai contenuti della rieducazione cfr. G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Commentario alla costituzione*, a cura G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 1991, 222 ss. e letteratura ivi citata.

¹⁹ A riguardo ulteriori sviluppi in G. FIANDACA, *Commenti all'art. 27, comma 3, Cost.*, cit.

²⁰ Sull'enorme divario esistente tra il volto costituzionale della pena e la realtà carceraria cfr., nell'ambito della letteratura più recente, i contributi contenuti nel volume collettivo *La rieducazione oggi*, cit.; e A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

maturata, costituisce condizione necessaria per consentire di fatto al maggior numero di possibili beneficiari di accedere alle sanzioni extramurarie e di seguire percorsi sfocianti in un reinserimento sociale non precario ma stabile²¹.

5. Rieducazione, condotte riparatorie e giustizia riparativa: ragioni di convergenza e di possibile divergenza.

A questo punto provo ad abbozzare, anche sulla base di spunti derivanti dall'insieme delle considerazioni che precedono, un quadro dal mio punto di vista un po' più definito delle possibili connessioni tra rieducazione e riparazione.

Premetto che, nel procedere a questo abbozzo, continuerò a tener fermo quel concetto neutro di rieducazione, depurato cioè da riferimenti ad etiche specifiche, che – come si è ricordato nel paragrafo precedente – la dottrina penalistica a tutt'oggi dominante tende a identificare con l'attitudine a tenere comportamenti conformi alla legalità e, dunque, a non ricadere nel delitto: è una opzione che mantengo, nonostante possa suscitare riserve in vari sensi, perché anch'io la ritengo più conforme in linea teorica allo spirito complessivo della Costituzione.

Ciò premesso, il discorso va distintamente specificato in rapporto agli atti riparativi latamente intesi o alla giustizia riparativa in senso stretto.

Cominciando dai primi, sarebbe difficile negare che una attività riparativa specie a carattere materiale, consistente in condotte o prestazioni concretamente volte a neutralizzare oppure ridurre le conseguenze dannose o pericolose del reato commesso, e quindi a reintegrare il bene leso o posto in pericolo, possa assurgere a significativo elemento sintomatico – come riconosce la stessa Cassazione (cfr. *supra*, par. 3) – della acquisita presa di consapevolezza da parte del reo dei danni prodotti a vittime specifiche o alla collettività, e di una sua conseguente responsabilizzazione ai fini del ripristino della legalità violata: da questo punto di vista, appare dunque indubbio che una attività riparatrice a così orientata possa risultare, nei congrui casi, non solo in linea con una visione laica del trattamento rieducativo ma anche pienamente funzionale rispetto a quest'ultimo. Comparativamente meno chiara e univoca potrebbe invece apparire, a seconda dei casi, la valenza rieducativa di gesti di riparazione di tipo meramente simbolico, in quanto meno impegnativi in termini di oneri prestazionali.

Rispetto alla giustizia riparativa strettamente intesa, il discorso mi sembra più complesso. A mio avviso, non si può preliminarmente fare a meno di chiedersi quali siano il retroterra culturale e l'orizzonte assiologico che paiono averne ispirato la disciplina organica apprestata, nell'ambito della recente riforma Cartabia, dal decreto legislativo n. 150/2022. Per orientarsi in proposito, ritengo che assolvano una funzione fortemente indiziante: a) gli obiettivi di fondo perseguiti con i programmi di GR, che secondo l'art. 43 consistono nel tendere a promuovere «il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la

²¹ Più diffusamente, G. FIANDACA, *Sulla rieducazione in fase esecutiva*, cit., 224 ss.

ricostruzione dei legami con la comunità»; b) il modo di concepire l'“esito riparativo”, che dall'art. 42 viene precisamente definito come «qualunque accordo (...) volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti». Orbene, quale visione della società e dei rapporti tra individuo e comunità sociale è sottintesa o implicita nel suddetto modello di GR?

A ben vedere, sembra esservi alla base una visione a-conflittuale, irenica della società di verosimile matrice religioso-comunitarista, e altresì una concezione della GR di ispirazione cosiddetta umanistica, nella misura in cui si perseguono – al di là della riparazione materiale del danno - l'obiettivo pacificatore del superamento del conflitto nascente dal reato e quello connesso della riconciliazione dell'offensore con l'offeso o con la stessa comunità²². Se così è, vi è però ulteriormente da chiedersi: fino a che punto un modello di GR ideologicamente e assiologicamente connotato nel senso predetto, per nulla neutrale neppure sotto un profilo morale, è compatibile con quel laico concetto costituzionalmente orientato di rieducazione che da studiosi di diritto penale continuiamo in tendenziale maggioranza a privilegiare? In effetti, i valori a sfondo comunitario evocati da obiettivi quali il riconoscimento reciproco e la ricostruzione di una relazione personale tra vittima e offensore, o la riconciliazione con la comunità di riferimento, non sono da tutti egualmente apprezzati in una società conflittuale e pluralista come quella contemporanea²³: possono ben esservi autori di reato di orientamento liberale-individualistico che legittimamente non sono sensibili alla prospettiva di entrare in sintonia con la vittima in carne e ossa e di instaurare con essa rapporti empatici, mentre possono essere disposti a stipulare intese riparative a carattere prestazionale che prescindono da un ravvicinato rapporto personale con l'offeso: dovremmo allora, forse, desumerne che autori siffatti appaiono meno affidabili e credibili, sotto il profilo rieducativo, rispetto ad altri autori che accettano invece di riconciliarsi con le persone offese? Se si ritenesse davvero in questo modo, si finirebbe in realtà col modificare il significato della rieducazione come principio costituzionale, riorientandone i contenuti alla stregua dei principi ispiratori della giustizia riparativa. Un rischio di stravolgimento e confusione, questo, che è necessario prevenire ponendo nel dovuto risalto e ribadendo l'autonomia innanzitutto concettuale della finalità rieducativa rispetto al senso e agli obiettivi di fondo della GR²⁴.

²² Cfr. anche F. PARISI, [Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre n. 150](#), in questa *Rivista*, 27 febbraio 2023.

²³ Rilievi di analogo tenore in F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit.; in una prospettiva sostanzialmente convergente è stato osservato: “Sul piano della riflessione etico-politica può essere posto l'interrogativo, se attribuire al giudice il potere di disporre d'ufficio un contatto interpersonale tra offeso e offensore sia coerente con i principi e con l' *ethos* di una società aperta a concezioni diverse e di pari dignità”, per cui sullo sfondo “c'è anche un problema di legittimità costituzionale” (così D. PULITANÒ, [Riparazione e lotta per il diritto](#), in questa *Rivista*, 9 febbraio 2023).

²⁴ Questa autonomia è sottolineata – forse non senza almeno apparente contraddizione – anche da chi tende a individuare nell'art. 27, comma 3, Cost. il referente costituzionale della stessa giustizia riparativa: cfr. E. MATTEVI, *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa*, cit., 73.

6. Rilievi sulla giustizia riparativa in fase esecutiva.

Aggiungo qualche notazione finale sulla possibilità di ricorrere ai programmi di GR anche nella fase esecutiva, come ha espressamente stabilito la riforma Cartabia prevedendo che la eventuale partecipazione a tali programmi e l'esito riparativo sono valutati ai fini della concessione dei benefici penitenziari, delle misure alternative e della liberazione condizionale. Com'è chiaro, questi interventi integrativi dell'ordinamento penitenziario attribuiscono alla dimensione riparativa una funzione indubbiamente servente rispetto all'obiettivo della rieducazione, che rimane un fine primario.

Mi sia però consentito, anche in base alla mia concreta esperienza di garante, di manifestare alquanto scetticismo rispetto alla possibilità di impiegare in futuro su larga scala, in una realtà penitenziaria come quella di casa nostra, sia la mediazione penale che gli altri strumenti riparativi. Invero, questo scetticismo deriva, innanzitutto, da una considerazione empirico-criminologica relativa alle caratteristiche che di fatto connotano la popolazione penitenziaria: la quale, specie nelle regioni del Sud, è costituita in larghissima maggioranza da persone che – per tratti complessivi di personalità, livello di istruzione, competenze professionali, risorse economiche o di altro tipo – potrebbero non di rado non essere in grado di compiere significativi atti di riparazione a carattere prestazionale, o di comprendere effettivamente il senso e gli obiettivi della giustizia riparativa in senso stretto. Senza contare un possibile rischio di maliziosa strumentalizzazione o di fraintendimento della GR in particolare da parte dei soggetti appartenenti alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Com'è noto, la cultura della composizione mediatrice dei conflitti e della riparazione dei torti a mezzo di intese e scambi di reciproca utilità è tutt'altro che storicamente estranea, infatti, alla tradizione mafiosa; per cui un modo superficiale o – peggio ancora – strumentalmente opportunistico di intendere il senso della *restorative justice* potrebbe paradossalmente provocare il grave inconveniente di perpetuare, sotto mentite spoglie, un modello arcaico di definizione delle conseguenze delle condotte criminose. Prima di sperimentare una applicazione dei programmi di GR anche nel settore dei reati di mafia, occorrerebbero dunque ulteriori riflessioni e molta prudenza.

Qualora invece, contrariamente a ogni pessimistica previsione, la GR dovesse ampiamente diffondersi nell'universo esecutivo, avvertirei un altro tipo di rischio. Com'è forse intuibile, alludo al rischio – già segnalato nelle pagine precedenti – di un irrigidimento in senso rigoristico della valutazione giudiziale dei percorsi rieducativi: nel senso cioè che i magistrati di sorveglianza potrebbero essere progressivamente indotti a considerare gli incontri autori-vittima o il compimento di atti riparativi (in senso sia materiale che simbolico) presupposti indispensabili, o comunque di rilievo prioritario in sede di verifica dei progressi del trattamento rieducativo. È forse superfluo ribadire, in conclusione, che si tratterebbe di una impropria torsione in chiave riparativa del paradigma costituzionale della rieducazione.

**LE SEZIONI UNITE SULLA LEGITTIMITÀ
DELLA CONTESTAZIONE SUPPLETIVA DELLA RECIDIVA
ANCHE SUCCESSIVAMENTE AL DECORSO DELLA PRESCRIZIONE
DEL REATO ORIGINARIAMENTE CONTESTATO**

*Sez. Un., u.p. 28 settembre 2023, Pres. Cassano, rel. D'Agostini
(informazione provvisoria)*

di Mario Nicolini

1. Con l'ordinanza n. 26756/2023, la Quinta Sezione della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite un'interessante questione che interessa profili di diritto sostanziale e processuale. Si domanda alle S.U. di pronunciarsi sulla legittimità della contestazione suppletiva della recidiva una volta che sia decorso il termine di prescrizione del reato come originariamente contestato: il tema, dietro una questione di carattere prettamente processuale, rimanda allo statuto ontologico della recidiva, da sempre oggetto di attenzione sia in dottrina¹ sia in giurisprudenza². Con udienza dello scorso 28 settembre 2023, le Sezioni Unite si sono espresse con informazione provvisoria n. 13/2023 rispondendo in senso negativo: in attesa della pubblicazione delle motivazioni, è utile ripercorrere i profili del contrasto evidenziati dall'ordinanza di remissione.

2. I profili essenziali in punto di fatto possono essere così riassunti.

Oggetto di impugnazione è la sentenza di condanna della Corte d'Appello di Palermo a carico di F.D. per i reati di minaccia aggravata, violazione di domicilio e tentato furto con strappo, commessi tra il dicembre 2011 ed il febbraio 2012. Rispetto a tutti i reati contestati, era già maturata la prescrizione al momento in cui venne contestata la recidiva (specifica, reiterata ed infraquinquennale) in occasione dell'udienza del 17 settembre 2020: l'effetto della contestazione suppletiva, dunque, è quello di far rivivere reati che, in difetto, sarebbero già estinti.

3. L'ordinanza rileva un risalente contrasto giurisprudenziale rispetto alla possibilità di contestare la recidiva anche successivamente al decorso del termine di prescrizione, calcolato alla luce dell'originaria imputazione.

¹ F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli*, Prato, 1885; G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982; G.L. GATTA, *La recidiva nella recente giurisprudenza di legittimità*, in GAROFOLI-TREU (a cura di), *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2012; G.B. IMPALLOMENI, *Il Codice penale italiano*, 1980; E. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997.

² Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798; Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 3585.

Il primo orientamento³ si fonda sulla ritenuta natura costitutiva della contestazione e ne ritiene preclusa ogni successiva dopo il decorso del termine prescrizionale: l'unico esito processualmente possibile sarebbe, dunque, quello dell'immediata declaratoria della sussistenza di una causa di non punibilità ex art. 129 c.p.p.

Alla base di tale lettura sembra scorgersi una concezione moderna della recidiva come elemento accidentale che aggrava il fatto di reato, non più imperniato sull'autore: se l'istituto non corrisponde ad un mero *status* soggettivo del reo, allora, per poter produrre effetti, deve essere ritualmente contestato ed accertato nell'ambito del processo di cognizione⁴.

Il secondo orientamento⁵ giunge a conclusioni diametralmente opposte: si fonda sulla ritenuta natura meramente ricognitiva della contestazione e ritiene che l'aumento per la recidiva sia valutabile ai fini della prescrizione, anche se essa è contestata per la prima volta dopo il decorso del relativo termine previsto per l'imputazione non aggravata, a condizione che tale momento sia precedente alla pronuncia della sentenza.

Secondo tale lettura, dunque, la contestazione della recidiva costituirebbe una scelta discrezionale del pubblico ministero, dimostrativa della volontà di attribuire rilevanza ad un attributo ontologico del fatto di reato la cui sussistenza prescinde dalla contestazione, la quale avrebbe, pertanto, natura meramente ricognitiva.

Il concetto sotteso a tale orientamento pare potersi ravvisare in una scissione fra dimensione ontologica e dimensione processuale della recidiva: essa sussiste ed aggrava il reato prima e a prescindere dalla contestazione, la quale, conformemente alle regole processuali, costituisce solo un presupposto di efficacia.

Questa lettura ritiene di trarre una «indiretta conferma» delle conclusioni cui perviene nella giurisprudenza delle Sezioni Unite "Sorge"⁶: da un lato, infatti, tale pronuncia ribadisce la necessità di contestare in modo specifico le circostanze aggravanti, ma, dall'altro, non limita le «sequenze procedimentali e le scansioni processuali» nel contesto delle quali tale contestazione deve prodursi.

La necessità di un intervento delle Sezioni Unite viene argomentata dall'ordinanza anche alla luce delle rilevanti implicazioni sistematiche sottesa alla questione sopra tratteggiata. Accanto all'istituto della recidiva, infatti, sono anche coinvolti i profili concernenti l'obbligo di immediata declaratoria delle cause di non

³ Cass., Sez. V, 10 settembre 2019, n. 48205; Cass., Sez. VI, 14 settembre 2017, n. 55748; Cass., Sez. VI, 22 settembre 2015, n. 47499; Cass., Sez. III, 30 gennaio 2014, n. 14439; Cass., Sez. II, 3 novembre 1987, n. 5610; Cass., Sez. II, 19 giugno 1981, n. 10448.

⁴ Vale la precisazione che analoghe conclusioni non si attagliano alla fase dell'udienza preliminare allorché l'imputazione è ancora caratterizzata da una naturale componente di fluidità.

⁵ Cass., Sez. V, 11 dicembre 2019, n. 3712; Cass., Sez. V, 2 luglio 2019, n. 47241; Cass., Sez. V, 23 marzo 2016, n. 26822; Cass., Sez. II, 2 luglio 2010, n. 248131; Cass., Sez. VI, 4 novembre 2008, n. 44591; Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2008, n. 40627; Cass., Sez. V, 19 ottobre 2005, n. 9769; Cass., Sez. II, 26 gennaio 1978, n. 373.

⁶ Cass., Sez. Un., 18 aprile 2019, n. 24096.

punibilità⁷ ed il diritto dell'accusato ad una tempestiva conoscenza dell'accusa mossa a suo carico⁸.

4. Il presente commento offre lo spunto per approfondire qualche riflessione in ordine alla natura giuridica della recidiva e alle conseguenze sistematiche che, anche sul piano processuale, derivano dalle scelte in punto di qualificazione.

Tralasciando, per ragioni di economia espositiva, di dar conto dell'evoluzione teorica sui fondamenti politico-criminali della recidiva⁹, è qui sufficiente richiamare i principali orientamenti emersi in relazione alla qualificazione della recidiva.

Secondo l'impostazione più tradizionale, ma ormai recessiva¹⁰, la recidiva costituirebbe un istituto *sui generis* che combina elementi propri della circostanza del reato a considerazioni più perspicuamente riconducibili alla personalità del reo *sub specie* di pericolosità: un argomento a sostegno di tale ricostruzione potrebbe ritrarsi dalla collocazione topografica dell'istituto all'interno del Codice penale nel Titolo dedicato al reo e alla persona offesa, e non già in quello dedicato al reato. Sul piano sistematico, tale qualificazione sottrarrebbe la recidiva dal giudizio di bilanciamento (art. 69 c.p.) e dalle regole relative al concorso di circostanze (artt. 66-68 c.p.).

Dopo la novella del 1974, è prevalso il diverso orientamento¹¹ che qualifica la recidiva come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole: esso ha ricevuto significativo avallo in giurisprudenza¹², che pare ormai consolidata nel senso di accogliere tale qualificazione, che trova, peraltro, espresso riscontro legislativo in plurime disposizioni (artt. 69 co. 4, 70 co. 2, 99 co. 3 c.p.) in cui alla recidiva ci si riferisce come ad una circostanza.

La *ratio* attualmente attribuita alla recidiva è, dunque, quella di aggravare il reato sul piano dell'elemento soggettivo, in quanto maggiore sarebbe la colpevolezza normativamente ravvisabile in capo a colui che, già condannato per un delitto non colposo, ne commetta un altro.

Posta la qualifica circostanziale, alla recidiva si applica per intero lo statuto codicistico degli elementi accidentali del reato: essa è qualificata "ad effetto speciale" se

⁷ Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 12283; Cass., Sez. Un., 28 maggio 2009, n. 35490.

⁸ La rilevanza sovranazionale di tale profilo è ben compendiata nella Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, con cui l'Unione europea ha inteso fornire una cornice comune per armonizzare l'attuazione dell'art. 5 Convenzione EDU e degli artt. 6, 46 e 48 della Carte dei diritti fondamentali dell'UE. Quanto ai riferimenti giurisprudenziali di matrice sovranazionale, è la stessa ordinanza di rimessione a citare le sentenze Corte EDU, 2 luglio 1996, Sejodovic c. Italia; Corte EDU, 25 marzo 1999, Pellissier e Sassi c. Francia; Corte EDU, 25 luglio 2000, Mattoccia c. Italia; Corte EDU, 7 gennaio 2010, Penev c. Bulgaria; Corte EDU, 5 marzo 2013, Varela Geis c. Spagna.

⁹ Cfr. sul punto, l'ampia trattazione di A. VALLINI, *Nota introduttiva* al Capo II del Titolo IV del Codice penale, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, VI edizione, Milano, 2019.

¹⁰ Per averne esemplificazione plastica, è sufficiente constatare che F. ANTOLISEI, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, VII edizione, tratta dell'istituto *de quo* nel capitolo dedicato alla «capacità criminale».

¹¹ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, XI edizione, Milano, 2022, pp. 710 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. II, Milano, 2012, p. 95.

¹² Cass., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35378.

comporta aumenti superiori ad un terzo (artt. 99 co. 5 c.p.); soggiace, di norma¹³, al giudizio di bilanciamento in caso di concorso eterogeneo con circostanze attenuanti (art. 69 c.p.), e vi si applica il particolare regime di cumulo descritto all'art. 63 co. 3 e 4 c.p.

Dunque, riassuntivamente, a medesima qualificazione giuridica corrisponde medesimezza di statuto normativo (arg. ex art. 3 co. 1 Cost.), e ciò sia sul piano del diritto sostanziale (nei termini sopra sommariamente descritti) che su quello del diritto processuale: la recidiva, dunque, qualificata come circostanza aggravante, segue le regole e le cadenze proprie delle circostanze aggravanti anche nell'ambito del processo nel quale se ne deve accertare la sussistenza.

Come sovente accade, è in materia di prescrizione¹⁴ che si declinano in modo problematico le ricadute processuali delle elaborazioni dogmatiche svolte sul piano del diritto materiale.

Per quanto attiene al tema qui esaminato, si deve aver presente la formulazione dell'art. 157 co. 2 c.p., che, nel disciplinare il «tempo necessario a prescrivere», sancisce la regola dell'irrelevanza degli aumenti previsti per le «circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale», sancendo che «nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante».

Orbene, le forme qualificate di recidiva (aggravata ex art. 99 co. c.p.; pluriaggravata ex art. 99 co. 3; reiterata ex art. 99 co. 4; e qualificata dal tipo di illecito ex art. 99 co. 5), comportando un aumento di pena superiore ad un terzo, debbono qualificarsi come altrettante circostanze aggravanti ad effetto speciale, la cui sussistenza, dunque, si riverbera in senso peggiorativo sul termine di prescrizione, allungandolo.

Si tratta di uno dei c.d. «effetti indiretti» che conseguono indefettibilmente all'accertamento (discrezionale) della recidiva operato dal giudice della cognizione.

Tale classe di effetti si pone, per sua natura, in rapporto problematico e dialettico con i principi fondamentali del processo penale, *in primis* quello di presunzione di non colpevolezza: alcuni effetti indiretti, infatti, sono irrimediabilmente votati ad operare a prescindere dalla condanna in quanto modificano lo statuto procedimentale attraverso cui pervenire all'accertamento del reato, necessariamente ancora *sub iudice*.

¹³ Appare ormai recessiva l'opzione politico-criminale riconducibile alla L. 251/2005 (c.d. ex-Cirielli) cui si deve ricondurre l'attuale formulazione dell'art. 69 co. 4 c.p. nella parte in cui esclude dal giudizio di bilanciamento la recidiva reiterata di cui all'art. 99 co. 4 c.p. Come noto, infatti, su tale previsione si è consolidata una copiosa giurisprudenza costituzionale che ha sottoposto a stretto scrutinio la ragionevolezza della scelta di blindatura «in astratto» operata dal Legislatore, sancendo il principio di fondo in base al quale ad un'oggettiva dimidiata offensività del fatto materialmente realizzato non può corrispondere un aggravamento obbligatorio del trattamento sanzionatorio fondato solo su considerazioni afferenti alla persona del colpevole: di tale indirizzo, l'ultima e più recente espressione è rinvenibile in Corte cost., 8 luglio 2021, n. 143 con cui è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per contrasto con gli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. l'art. 69 co. 4 c.p. «nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità – introdotta con sentenza n. 68 del 2012 in relazione al sequestro di persona a scopo di estorsione – sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99 co. 4 c.p.».

¹⁴ È ben nota la celebre «saga Taricco» che ha ben messo in evidenza come la prescrizione sia un istituto di diritto sostanziale foriero di significative proiezioni processuali.

Si tratta, insomma, di conseguenze deteriori che aggravano la posizione processuale dell'imputato (ma anche dell'indagato, ex art. 61 c.p.p.) prima che ne venga accertata con sentenza la penale responsabilità: esse, dunque, derivano essenzialmente dalla sola avvenuta contestazione dell'aggravante che li fonda da parte del pubblico ministero.

Tale preminente ruolo delle circostanze nel conformare lo statuto processuale dell'accertamento dei reati è già da tempo stato messo in evidenza in dottrina¹⁵ e può facilmente evincersi da una scorsa delle norme del Codice di rito che attribuiscono effetti alla sussistenza di circostanze aggravanti ad effetto speciale per l'applicazione di rilevanti istituti.

Si pensi alla competenza, in relazione alla quale l'art. 4 c.p.p. dispone che si tenga conto delle circostanze ad effetto speciale nonché alla delicatissima materia della libertà personale, rispetto a cui gli artt. 278 c.p.p. (in tema di misure cautelari) e 379 c.p.p. (in tema di misure precautelari) contemplano analoghe previsioni. Come detto, anche il termine di prescrizione è destinato ad allungarsi in presenza di circostanze ad effetto speciale.

Dunque, posto che l'allungamento della prescrizione costituisce un effetto indiretto della rituale contestazione (e, successiva, ritenuta sussistenza) di una forma qualificata di recidiva, il contrasto che le Sezioni Unite sono chiamate a dirimere attiene propriamente al termine entro il quale possa dirsi ritualmente contestata la recidiva qualificata agli effetti dell'art. 157 co. 2 c.p.

Posti gli argomenti a sostegno dell'uno e dell'altro orientamento, esaustivamente sintetizzati nell'ordinanza di rimessione e sopra sommariamente ripercorsi, è possibile provare a prospettare una soluzione del contrasto, in attesa di verificare, al momento del deposito della motivazione, i termini in cui le Sezioni Unite lo hanno risolto.

La questione, a parere di chi scrive, può essere risolta a favore del primo orientamento, che ritiene illegittima la contestazione della recidiva effettuata dopo lo spirare del termine di prescrizione, calcolato sulla base dell'originaria contestazione, allorché, come è evidente, tale contestazione valga al Pubblico ministero per allungare i termini di prescrizione del reato attraverso l'introduzione nell'imputazione di un'aggravante ad effetto speciale.

In primo luogo, militano a favore di tale lettura considerazioni di ordine processuale che impingono ai principi fondamentali in materia di diritto di difesa (art. 24 Cost.) e giusto processo (art. 111 Cost.).

Come si è detto, nell'ambito del procedimento penale possono derivare conseguenze deteriori in capo all'indagato-imputato per il sol fatto che determinate circostanze del reato vengano contestate dal pubblico ministero¹⁶: si tratta della

¹⁵ Cfr. F. BASILE, L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2015, vol. LVIII, fas. 4, pp. 1743-1768.

¹⁶ Lo stesso può avvenire anche in conseguenza di determinate qualificazioni giuridiche attribuite a determinati fatti a cui corrisponde un diverso trattamento processuale: si pensi, sul punto, a tutto l'ambito dei «delitti di criminalità» organizzata su cui si è espressa Cass. 30 marzo 2022, n. 34895. L'argomento è di rinnovata attualità a seguito dell'annuncio di una norma di interpretazione autentica in occasione del

constatazione di un dato per certi versi inevitabile che, tuttavia, per le delicate implicazioni dialettiche che comporta rispetto al principio di presunzione di non colpevolezza, deve essere maneggiato con estrema cura. Pertanto, al fine di superare il vaglio di ragionevolezza ex art. 3 Cost., si ritiene che tutte quelle disposizioni che associano regimi processuali deteriori in presenza di fatti solo ritenuti ma non ancora processualmente accertati, dovrebbero necessariamente essere oggetto di interpretazione restrittiva.

Sarebbe, pertanto, doveroso esigere che la contestazione della circostanza da cui dipende l'allungamento della prescrizione avvenga prima che la prescrizione stessa sia maturata. Una soluzione diversa rischierebbe di porsi come iniqua ed irragionevole in quanto foriera di disparità di trattamento rispetto a situazioni analoghe: per "beneficiare" del regime processuale a sé più favorevole, infatti, la pubblica accusa è generalmente, e quantomeno, onerata di provvedere ritualmente ad iscrivere e contestare i fatti-reato in termini rituali e tempestivi, e ciò anche sulla base di un semplice principio di lealtà processuale. Non si vede, pertanto, la ragione per cui in materia di recidiva dovrebbero ammettersi contestazioni tardive, con il grave effetto *in malam partem* di far rivivere un reato già estinto.

Del pari, corrisponde ad un generale canone del giusto processo il principio per cui la persona accusata di un reato debba essere informata nel più breve tempo possibile della natura e dei motivi dell'addebito mossogli (art. 111 co. 3 Cost.).

Orbene, una nozione di accusa può essere sistematicamente tratta dalla lettura dell'art. 417 lett. b) c.p.p. nella parte in cui scolpisce la definizione di imputazione¹⁷, determinando il contenuto della richiesta di rinvio a giudizio con cui il pubblico ministero esercita l'azione penale. Si legge in tale disposizione che essa consiste nella «enunciazione in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge».

La centralità dell'imputazione, insomma, riposa nell'elementare constatazione in base alla quale «la contestazione serve a porre l'imputato in grado di difendersi, ed ecco perché nel meccanismo procedurale viene a dipenderne non tanto la possibilità di procedere quanto quella di concludere il processo in un dato modo»¹⁸.

La presenza di circostanze aggravanti, come la recidiva, in quanto incidente sul trattamento sanzionatorio deve essere oggetto di necessaria contestazione a garanzia del pieno diritto di difesa: tale contestazione, si crede, dovrebbe essere tempestiva, ossia

Consiglio dei ministri del 17 luglio 2023, che, nelle intenzioni del Governo, dovrebbe far fronte ad asserite conseguenze distorsive derivanti dall'applicazioni dei principi espressi nella pronuncia. Sul punto, G. TESSITORE, [Sulla nozione di 'criminalità organizzata' di fini della disciplina in deroga delle intercettazioni](#), in *questa Rivista*, 21 luglio 2023, con nota introduttiva di G.L. GATTA.

¹⁷ La stessa definizione può evincersi nella norma che definisce il contenuto del decreto che dispone il giudizio (art. 429, co. 1 lett. c) c.p.p.); in quella relativa alla citazione per il giudizio direttissimo (art. 450 co. 3 c.p.p.); in quella sul decreto di giudizio immediato (art. 456 co. 1 c.p.p.) nonché all'art. 552 co. 1 lett. c) in materia di citazione diretta a giudizio.

¹⁸ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1979, p. 268.

seguire «nel più breve tempo possibile» il momento in cui emergono profili fattuali che ne rendono verosimile la consistenza.

Difficile, dunque, appare la plausibilità di contestazioni tardive: esse risultano eccentriche dallo scopo sistematico-costituzionale di garantire il diritto di difesa, rispetto al quale è certamente recessivo l'obiettivo del Pubblico ministero di sopperire ad un'inerzia pregressa evitando, con tale espediente, che venga dichiarata la prescrizione di un reato già estinto.

Non sfugge a chi scrive che è lo stesso Codice di rito a contemplare la possibilità di nuove contestazioni: tuttavia, da una lettura degli artt. 516 e 517 c.p.p., pare potersi inferire che i profili di diversità-novità del fatto possano legittimare una modifica dell'imputazione o la contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante solo se emergono «nel corso dell'istruzione dibattimentale». Si tratta, quindi, di istituti che realizzano un ragionevole bilanciamento fra i principi di obbligatorietà dell'azione penale, completezza del giudicato e diritto di difesa, senza certo attribuire all'attore pubblico la possibilità di sopperire a pregresse inerzie o deficienze.

Tali argomenti di matrice processuale fungono da base per sviluppare anche un'elementare considerazione di diritto sostanziale che dovrebbe condurre l'interprete a ritenere illegittima la contestazione tardiva della recidiva.

Il sillogismo, in tal caso, è di evidente semplicità: se la recidiva è circostanza aggravante, e se la circostanza aggravante rientra nell'oggetto dell'imputazione che deve essere ritualmente contestato secondo le scansioni previste dal Codice di rito, allora ad esse dovrebbe assoggettarsi anche la recidiva, la cui omessa contestazione determina, per il principio di correlazione fra accusa e sentenza (art. 521 c.p.p.), l'impossibilità di dichiararla in capo al giudice.

Il diverso orientamento, che ammette la contestazione tardiva, ponendo come unico limite quello dell'intervenuta pronuncia della sentenza, pare tributario di una concezione ormai superata dellarecidiva come condizione personale del reo disancorata al fatto di reato e, perciò, immanente a prescindere dalle scansioni processuali in cui se ne articola l'emersione.

A sostegno di tale orientamento viene addotto il precedente delle Sezioni Unite "Sorge" del 2019¹⁹ con cui si è affermato il principio in base al quale «non può essere ritenuta in sentenza dal giudice la fattispecie aggravata del falso in atto pubblico, ai sensi dell'art. 476, comma 2, c.p., qualora la natura fidefacente dell'atto considerato falso non sia stata esplicitamente contestata ed esposta nel capo di imputazione con la precisazione di tale natura o con formule alla stessa equivalenti, ovvero con l'indicazione della norma di legge sopra citata».

Orbene, secondo i sostenitori dell'orientamento in base al quale sarebbe legittima la contestazione della recidiva dopo lo spirare del termine prescrizionale, tale sentenza, «pur affermando il principio della necessità di una specifica contestazione della circostanza aggravante, non avrebbe in alcun modo limitato le sequenze procedurali

¹⁹ Cass., Sez. Un., 18 aprile 2019, cit., su cui B. FRAGASSO, [Le Sezioni Unite escludono l'ammissibilità della contestazione "in fatto" dell'aggravante della natura fidefacente dell'atto pubblico \(art. 476 co. 2 c.p.\)](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 18 aprile 2019.

e le scansioni processuali, come previste dal codice di rito, attraverso le quali l'imputato possa essere messo in condizione di conoscere specificamente la contestazione (e, con essa, la ritenuta circostanza aggravante) e, conseguentemente, esercitare i propri diritti difensivi»²⁰.

A ben vedere, tuttavia, è proprio dalla lettura di tale arresto nomofilattico che potrebbero, invece, trarsi elementi ulteriori a sostegno dell'orientamento che propugna la necessità di contestare tempestivamente la circostanza aggravante.

Per vagliare la legittimità di contestazioni c.d. "in fatto" delle circostanze aggravanti, il Supremo Collegio pone alla base il principio della «concreta possibilità per l'imputato di difendersi dall'oggetto dell'addebito»²¹ che, come si è visto, sottende tutto lo statuto della contestazione processuale.

Si distingue, dunque, tra fattispecie circostanziali che sono costituite esclusivamente da elementi di fatto e altre che si compongono di elementi valutativi: mentre per le prime, è sufficiente che il capo di imputazione contenga l'indicazione dei fatti materiali idonei a ricondurre la contestazione all'ipotesi aggravata, invece per le seconde è necessario che sia resa esplicita la valutazione operata in primo luogo dal pubblico ministero e, poi, dal giudice, in ordine alla loro sussistenza.

Orbene, se, come ormai consolidato, la recidiva non corrisponde alla mera sussistenza di precedenti penali ma è sottesa ad una valutazione di maggior gravità del reato commesso²², è giocoforza inferirne la natura valutativa: essa dovrà, pertanto, a metro dei principi affermati dalle Sezioni Unite "Sorge", essere oggetto di precisa, puntuale e tempestiva contestazione da parte della pubblica accusa.

Riassuntivamente, e conclusivamente, dunque, pare doversi prestare adesione all'orientamento che ritiene illegittima la contestazione di ipotesi di recidiva qualificata dopo lo spirare del termine di prescrizione: in tale evenienza, infatti, il giudice non potrebbe che prendere atto dell'avvenuta estinzione del reato e provvedere ai sensi dell'art. 129 c.p.p. all'immediata declaratoria di tale causa di non punibilità.

Sarà interessante, una volta depositate le motivazioni, verificare l'iter argomentativo svolto dalle Sezioni Unite nell'articolare una soluzione che, dall'informazione provvisoria, pare consentanea con quanto qui sommariamente prospettato.

²⁰ Così sintetizza l'orientamento l'ordinanza di remissione a p. 5.

²¹ Cass., Sez. Un., 18 aprile 2019, cit., p. 10.

²² Così, anche Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, con commento di G.L. GATTA, [Le Sezioni Unite sul concorso tra recidiva e altre circostanze aggravanti ad effetto speciale](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 25 maggio 2011.

SOSTITUZIONE OFFICIOSA DELLA PENA DETENTIVA BREVE “PATTEGGIATA”: LA CASSAZIONE PRENDE POSIZIONE, MA NON DISSIPA I DUBBI

Cass. pen., Sez. IV, 9 maggio 2023, n. 32357, pres. Ciampi, rel. Bellini

di Dario Albanese

1. Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione ha escluso che il giudice, in sede di “patteggiamento” (art. 444 ss. c.p.p.), possa applicare d’ufficio una pena sostitutiva *ex art.* 53 ss. l. n. 689/1981 in luogo della pena detentiva breve negoziata dalle parti.

Si tratta di una presa di posizione di sicuro interesse, in quanto investe un dubbio interpretativo attuale, già attentamente messo in luce in dottrina¹. Eppure, l’incedere argomentativo dei giudici di legittimità non sembra capace di dissipare i dubbi manifestati dagli interpreti, avendo mancato di confrontarsi con la nuova formulazione dell’art. 53 l. n. 689/1981, cioè col vero “pomo della discordia”.

2. La vicenda procedimentale su cui la Corte di cassazione è stata chiamata a pronunciarsi si lascia riassumere in poche battute.

Su richiesta delle parti, il giudice aveva applicato una pena detentiva pari a dieci mesi di reclusione, oltre a una multa di duemila euro, per un episodio di detenzione di sostanze stupefacenti destinate allo spaccio.

Contro la sentenza veniva proposto ricorso per cassazione da parte dell’imputato, il quale lamentava di non aver ricevuto l’avviso previsto dal nuovo art. 545-bis c.p.p. e, conseguentemente, di non essere stato messo nelle condizioni di ottenere la sostituzione della pena detentiva patteggiata con una delle pene sostitutive di cui all’art. 53 l. n. 689/1981. Sebbene l’accordo col pubblico ministero fosse stato raggiunto prima dell’entrata in vigore della “riforma Cartabia”, l’udienza si era tenuta in epoca successiva, e pertanto – secondo il ricorrente – il giudice avrebbe dovuto darvi applicazione. Ciò anche in quanto la riforma ha implementato il novero delle pene sostitutive aggiungendovi il lavoro di pubblica utilità, che le parti non avevano potuto tenere in considerazione nella propria attività “negoziale”.

3. La suddetta doglianza è stata tuttavia respinta dai giudici di legittimità, che hanno rigettato il ricorso. Secondo la Corte di cassazione, infatti, l’avviso di cui al primo

¹ Cfr. in particolare F. LAZZARINI, [L'applicazione delle pene sostitutive nel patteggiamento tra iniziativa delle parti e poteri del giudice](#), in questa *Rivista*, 14 settembre 2023, p. 17 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

comma dell'art. 545-bis c.p.p. deve essere fornito soltanto nel procedimento ordinario², non anche in sede di applicazione della pena su richiesta delle parti, come risulta confermato sia dal tenore della disposizione, sia dalla sua collocazione nel libro VII del codice di rito³.

Tale conclusione sarebbe peraltro avvalorata dal nuovo comma 1-bis dell'art. 448 c.p.p., il quale, in relazione al caso in cui le parti abbiano concordato l'applicazione di una pena sostitutiva, rinvia al solo secondo comma dell'art. 545-bis c.p.p.⁴.

Dalle coordinate normative appena menzionate si ricaverebbe dunque che, nella disciplina del c.d. patteggiamento, l'applicazione delle pene sostitutive non può dipendere da un'iniziativa del giudice, ma è rimessa all'«accordo negoziale dei contraddittori»⁵.

Né, ad avviso dei giudici di legittimità, si può dire che l'imputato sia stato pregiudicato dall'aver raggiunto l'accordo con il pubblico ministero prima dell'entrata in vigore della "riforma Cartabia". Alla luce della sopravvenienza normativa favorevole, infatti, ben avrebbe potuto l'imputato, prima della pronuncia *ex art.* 448 c.p.p., revocare il consenso già prestato e intraprendere un nuovo "negoziato" con l'accusa⁶.

4. Come anticipato (*supra*, §1), il tratto saliente della sentenza appena brevemente illustrata si lascia rinvenire nell'esclusione della sostituibilità della pena detentiva breve "patteggiata" dalle parti con una delle pene sostitutive di cui all'art. 53 l. n. 689/1981.

Soffermandosi soltanto sull'approdo, la pronuncia *de qua* potrebbe apparire di non particolare interesse. Invero, sebbene una parte della dottrina, invocando il *favor libertatis*, si sia schierata a favore della sostituibilità officiosa della pena detentiva breve concordata dalle parti⁷, la giurisprudenza prevalente è da tempo orientata nel senso oggi ribadito⁸. In più occasioni si è infatti affermato che, consentendo la sostituzione officiosa

² Va peraltro precisato che la disciplina di cui all'art. 545-bis c.p.p. si applica anche nel giudizio abbreviato, dato il rinvio compiuto dall'art. 442, co. 1, c.p.p. agli artt. 529 ss. c.p.p. In questo senso si esprime anche la [Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150](#), consultabile in questa *Rivista*, 20 ottobre 2022, p. 241.

³ Cfr. §3 del "considerato in diritto" della sentenza in commento.

⁴ Cfr. §3.2 del "considerato in diritto" della sentenza in commento.

⁵ Cfr. §3.3 del "considerato in diritto" della sentenza in commento.

⁶ Cfr. §4.3 del "considerato in diritto" della sentenza in commento, che richiama Cass. pen. Sez. IV, 8 aprile 2015 (dep. 13 aprile 2015), n. 15231, CED 263151: «[i]n tema di patteggiamento, il consenso prestato alla richiesta di applicazione della pena è sempre revocabile qualora, dopo la stipulazione del patto e prima della pronuncia della sentenza *ex art.* 444 cod. proc. pen. sopravvenga una legge più favorevole»; Cass. pen. Sez. IV, 23 febbraio 2012 (dep. 22 marzo 2012), n. 11209, CED 252173: «[i]n tema di patteggiamento, il consenso prestato alla richiesta di applicazione della pena è sempre revocabile qualora, dopo la stipulazione del patto e prima della pronuncia della sentenza, *ex art.* 444 cod. proc. pen., sia sopravvenuta una legge più favorevole o tale ritenuta dall'interessato, che alteri la precedente valutazione di convenienza sulla base della quale la parte si sia determinata a chiedere o ad acconsentire all'accordo».

⁷ Cfr. M. CECCHI, *Patteggiamento: poteri del giudice in relazione alle sanzioni sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2017, p. 254 ss., spec. p. 259; P. Corvi, *I poteri del giudice di appello in materia di sostituzione delle pene detentive brevi*, in *Proc. pen. giust.*, n. 5/2017, p. 822 ss. In senso critico F. LAZZARINI, [L'applicazione delle pene sostitutive](#), cit., p. 24.

⁸ Cfr. Cass. pen. Sez. V, 24 aprile 1992 (dep. 24 giugno 1992), n. 7254, CED 190993; Cass. pen. Sez. I, 26 giugno

della pena pattuita dalle parti, si tradirebbe la stessa logica negoziale sottesa al procedimento di cui agli artt. 444 ss. c.p.p., la quale esige che al giudice si consenta «esclusivamente di ratificare ovvero di negare la propria ratifica ai termini concordati tra le parti»⁹. Da questo punto di vista, dunque, la sentenza in commento non fa che avallare l'esistente.

5. Senonchè, come si è già accennato (*supra*, §1), il dibattito sulla tematica *de qua* ha recentemente ricevuto nuova linfa dalla riformulazione dell'art. 53 l. n. 689/1981 operata dal d.lgs. n. 150/2022.

Con l'art. 1, co. 17, lett. e), l. 27 settembre 2021, n. 134, il parlamento ha delegato il governo a prevedere che il giudice possa procedere alla sostituzione della pena detentiva «nel pronunciare la sentenza di condanna o la sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale». Recependo tale criterio direttivo, il legislatore delegato ha riscritto l'art. 53 l. n. 689/1981, prevedendo che il giudice «può sostituire» la pena detentiva non superiore a quattro anni con una delle pene di cui all'art. 20-*bis* c.p. non soltanto quando pronuncia sentenza di condanna – come precedentemente previsto –, ma anche «nel pronunciare sentenza [...] di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale».

Soffermandosi sulla novella, la dottrina ha attentamente iniziato a domandarsi «se tale disposizione possa essere letta nel senso che il giudice del patteggiamento, ricevuto l'accordo che preveda l'applicazione della pena detentiva, possa d'ufficio sostituirla oppure se si tratti della mera ricognizione della facoltà delle parti di concordare l'applicazione di una pena sostitutiva, come già previsto dall'art. 444, comma 1, c.p.p.»¹⁰.

6. In effetti, il nuovo art. 53 l. n. 689/1981 offrirebbe più di un argomento all'interprete che volesse intraprendere una rivisitazione dello stato dell'arte.

Anzitutto, la locuzione «nel pronunciare sentenza [...] di applicazione della pena su richiesta delle parti» pare riferirsi a un momento procedimentale nel quale l'accordo tra imputato e pubblico ministero è stato già raggiunto, e la parola spetta ormai al giudice.

Sempre sul piano degli argomenti letterali, si deve poi osservare che con l'espressione «può sostituire» si è concepita l'applicazione della pena sostitutiva come un'alternativa all'irrogazione di una pena detentiva, che è pur sempre il punto di partenza da cui muovono le valutazioni del giudice. Ma se si afferma che nel c.d.

1996 (dep. 06 agosto 1996), n. 4370; Cass. pen. Sez. V, 18 marzo 2011 (dep. 13 aprile 2011), n. 15079, CED 250172; Cass. pen. Sez. VI, 17 giugno 2014, (dep. 30 giugno 2014), n. 28154; Cass. pen. Sez. III, 9 settembre 2015 (dep. 6 aprile 2016), n. 13719; Cass. pen. Sez. V, 18 maggio 2017, (dep. 6 giugno 2017), n. 33023; Cass. pen. Sez. V, 20 settembre 2017 (dep. 26 ottobre 2017), n. 49227.

⁹ Cfr. Cass. pen. Sez. V, 20 settembre 2017 (dep. 26 ottobre 2017), n. 49227. In dottrina, si esprime in senso adesivo a questo orientamento D. VIGONI, *Patteggiamento "allargato": riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2004, II, p. 711.

¹⁰ Cfr. F. LAZZARINI, [L'applicazione delle pene sostitutive](#), cit., p. 20.

patteggiamento l'applicazione della pena sostitutiva può avvenire solo su richiesta delle parti, ecco che viene meno il suddetto rapporto di alternatività rispetto alla pena detentiva: in caso di rigetto della richiesta delle parti non si avrebbe, ovviamente, l'irrogazione di alcuna pena.

Infine, non può trascurarsi che, attribuendole un significato meramente ricognitivo della possibilità, per le parti, di chiedere l'applicazione di una pena sostitutiva, l'interpolazione risulterebbe inutile, e l'approdo ermeneutico si porrebbe in contrasto con il c.d. canone dell'interpretazione utile, spesso valorizzato dalla giurisprudenza¹¹. Invero, tale facoltà delle parti risultava – e risulta tuttora – già prevista dall'art. 444, co. 1, c.p.p.

Va peraltro segnalato che nei primi commenti alla riformulazione dell'art. 53 l. n. 689/1981 sono stati già enucleati alcuni argomenti che potrebbero convincere della (perdurante) inesistenza di poteri di sostituzione officiosa della pena da parte del giudice in sede di "patteggiamento"¹².

In primo luogo, si è fatto notare che la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, spiega la modifica normativa con l'esigenza di «aggiornare la disciplina dell'art. 53, l. n. 689/1981, che nella sua versione originaria precede l'introduzione del rito speciale nel codice di procedura penale del 1988»¹³, e che non si tratterebbe di mero "aggiornamento" se si ravvisasse l'introduzione di nuovi poteri officiosi.

In secondo luogo, si è sottolineato che il nuovo art. 448, co. 1-bis, c.p.p. rinvia all'art. 545-bis, co. 2, c.p.p. – che, evocando il *sentencing* anglo-americano¹⁴, prevede la fissazione di un'apposita udienza laddove non sia possibile decidere immediatamente sulla pena sostitutiva – per il solo caso in cui l'applicazione della pena sostitutiva sia stata concordata dalle parti. Non vi è invece alcun riferimento alla sostituzione officiosa, rispetto alla quale, quindi, non si saprebbe che procedimento seguire.

Infine, si è sottolineato che l'ammissione di una sostituzione officiosa della pena striderebbe con la stessa logica ispiratrice del c.d. patteggiamento, «rito dominato dal consenso, che vede il giudice intervenire unicamente nel senso dell'accoglimento o del rigetto della richiesta»¹⁵.

¹¹ In questo senso, da ultimo, Cass. pen., Sez. un., 16 dicembre 2021 (dep. 31 gennaio 2022), n. 3513, §5.5 del "considerato in diritto", che ha valorizzato tale criterio ermeneutico per assegnare all'art. 28, co. 2, d.lgs. n. 159/2011 il ruolo di fattispecie revocatoria "aperta". La sentenza può essere consultata in questa *Rivista* con nota di D. ALBANESE, [Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019 sui provvedimenti definitivi: le Sezioni unite ammettono la revocazione delle confische disposte per la fattispecie di pericolosità 'generica' dichiarata costituzionalmente illegittima e ne individuano il fondamento nell'art. 28, co. 2, d.lgs. 159/2011](#).

¹² Per gli argomenti riportati di seguito cfr. F. LAZZARINI, [L'applicazione delle pene sostitutive](#), cit., pp. 20-21.

¹³ Cfr. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 190.

¹⁴ In questo senso E. DOLCINI, [Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive](#), in questa *Rivista*, 30 agosto 2022, p. 18.

¹⁵ Così F. LAZZARINI, [L'applicazione delle pene sostitutive](#), cit., p. 21, il quale ricorda che l'unica eccezione a tale principio è rappresentata dalle statuizioni dovute *ex lege*, cui però non possono essere ricondotte le determinazioni discrezionali riguardanti le pene sostitutive.

Le considerazioni appena brevemente richiamate si lasciano senz'altro apprezzare per la puntuale problematizzazione della tematica; e tuttavia, non può sottacersi che, anche alla luce di queste attente riflessioni, il quadro normativo conserva, comunque, un certo grado di plurivocità.

A proposito della volontà del legislatore che emergerebbe dalla *Relazione illustrativa*, si deve rilevare che, se già essa rappresenta un criterio ermeneutico malcerto in termini astratti¹⁶, ancor di più si rivela tale nel caso di specie. Al di là del fatto che già prima della novella v'era chi riteneva ammissibile una sostituzione della pena officiosa (*supra*, §4), il termine "aggiornamento" non sembra invero incompatibile con l'introduzione di un *quid novi* in funzione di "adeguamento" tra due testi normativi.

Quanto all'argomento che fa perno sulla previsione di cui all'art. 448, co. 1-*bis*, c.p.p., si potrebbe replicare che essa esclude unicamente l'operatività dei poteri di cui all'art. 545-*bis* c.p.p., e non, *tout court*, l'ammissibilità di una sostituzione officiosa della pena. In altre parole, si potrebbe sostenere che, quando la richiesta proviene dalle parti, il giudice deve vagliare l'applicabilità di una pena sostitutiva anche quando «non è possibile decidere immediatamente» (art. 448, co. 1-*bis*, c.p.p.), acquisendo tutte le informazioni necessarie secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 545-*bis*, c.p.p.; mentre la sostituzione officiosa potrebbe avvenire solo in caso di decidibilità "allo stato degli atti". Tale ricostruzione, pur dovendo scontare una certa "asimmetria" dei poteri del giudice, potrebbe essere presentata come un punto di equilibrio tra le *rationes* sottese alla preferenza verso pene non detentive, da un lato, e le esigenze di celerità del procedimento speciale, dall'altro lato.

Inoltre, neanche la matrice consensualistica del c.d. patteggiamento – pur rappresentando un fondamentale criterio orientativo per l'interprete – sembra pretendere la totale esclusione di poteri officiosi da parte del giudice. Indubbiamente, l'applicazione di una pena sostitutiva contro la volontà dell'imputato risulterebbe problematica e difficilmente tollerabile. Non è infatti necessariamente vero che la pena sostitutiva sia sempre di per sé preferibile rispetto all'applicazione di una pena detentiva breve: come si è giustamente osservato, «una pena pecuniaria di rilevante entità potrebbe risultare più afflittiva di una pena detentiva espiata con una misura alternativa in un contesto extramurario»¹⁷. Lo scenario si presenta però ben diverso se si prendono in considerazione le pene sostitutive che presuppongono il consenso dell'imputato, come il lavoro di pubblica utilità¹⁸. In questo caso, a venire sacrificato dall'iniziativa del giudice sarebbe unicamente il consenso del pubblico ministero, che però, nell'architettura normativa dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, non pare ricevere la medesima considerazione di quello dell'imputato. Il parallelismo tra questo procedimento speciale e il paradigma "contrattualistico" perde infatti gran parte della propria carica suggestiva se solo si considera che il codice ammette l'applicazione della pena su richiesta delle parti anche *a prescindere* dal consenso del pubblico ministero (art. 448, co. 1, c.p.p.), salva la possibilità di quest'ultimo di proporre appello (art. 448, co. 2,

¹⁶ Sul punto cfr., per tutti, G. ZACCARIA, voce *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir., Annali V*, 2012, p. 702.

¹⁷ Cfr. F. LAZZARINI, [L'applicazione delle pene sostitutive](#), cit., p. 24.

¹⁸ Cfr. art. 545-*bis*, co. 1, c.p.p.

c.p.p.). Se addirittura può prescindere dal consenso del pubblico ministero nell'applicazione della pena richiesta dall'imputato, *a fortiori* può tollerarsi la semplice sostituzione – secondo i criteri fissati dalla legge – di una pena detentiva verso cui il pubblico ministero ha già espresso il proprio consenso.

Del resto, è proprio a questa logica che, già da tempo, pare esplicitamente ispirarsi, per i reati in materia di stupefacenti, l'art. 73, co. 5-*bis*, d.p.r. n. 309/1990. Tale disposizione prevede che, quando il fatto risulta di lieve entità (art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309/1990) e, inoltre, è stato commesso «da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, il giudice, con la sentenza [...] di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, su richiesta dell'imputato e sentito il pubblico ministero [...] può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità». Dal momento che il p.m. deve essere soltanto “sentito”, pare difficile negare che, in questo caso, l'applicazione del lavoro sostitutivo in luogo della pena detentiva sia rimessa alla discrezionalità del giudice, come peraltro è stato incidentalmente riconosciuto dalla stessa Corte di cassazione¹⁹.

7. In definitiva, la sentenza in commento – come si è già segnalato (*supra*, §1) – non pare capace di dissipare i dubbi ermeneutici che scaturiscono dalla recente modifica dell'art. 53 l. n. 689/1981. Peraltro, va segnalato che, nel panorama giurisprudenziale, la tesi che esclude la sostituzione officiosa della pena convive con degli arresti che, sul punto, hanno assunto una posizione ambigua²⁰. Sembra allora legittimo attendersi ulteriori sviluppi giurisprudenziali.

¹⁹ Cass. pen. Sez. IV, 18 gennaio 2022, (dep. 07 aprile 2022), n. 13225, §1 del “considerato in diritto”: «la sostituzione della pena [...] applicata in sede di patteggiamento, con il lavoro di pubblica utilità, ai sensi del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5-*bis* è atto discrezionale del giudice».

²⁰ Cfr. Cass. pen. Sez. V, 5 giugno 2023 (dep. 20 luglio 2023), n. 31761 e Cass. pen. Sez. IV, 16 maggio 2023 (dep. 6 giugno 2023), n. 24218, che – come segnala F. LAZZARINI, [L'applicazione delle pene sostitutive](#), cit., p. 22 – hanno respinto le doglianze del ricorrente dando rilevanza all'insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle pene sostitutive, senza valorizzare l'assenza di un accordo tra le parti in relazione a queste ultime.

LA PRIMA PRONUNCIA DI LEGITTIMITÀ SULL'ART. 612-TER C.P.

Cass. pen., Sez. V, sent. n. 14927 (ud. 22 febbraio 2023, dep. 7 aprile 2023), rel. Brancaccio

di Gian Marco Caletti

1. Dopo alcuni controversi provvedimenti di merito¹, si registra la **prima pronuncia della Corte di Cassazione** sul delitto di “diffusione di immagini o video sessualmente espliciti”, come noto introdotto all’**art. 612-ter c.p.** nel 2019, in occasione dell’approvazione del c.d. “Codice Rosso”².

La sentenza, che può leggersi in allegato, non serve a dissipare i dubbi interpretativi sorti in merito al requisito della destinazione privata delle immagini³, fin qui il principale snodo applicativo della fattispecie e la cui problematicità, peraltro, sembra confermata anche da recentissime vicende di cronaca⁴. Il caso, infatti, ha ad

¹ Si veda, ad esempio, Trib. Reggio Emilia, Sez. GIP/GUP, sent. n. 528/2021 (ud. 09/11/2021, dep. 22/11/2021), in *questa Rivista*, 7 giugno 2022, con nota di P. Beccari, [Le prime difficoltà applicative della nuova fattispecie di “revenge porn” in caso di diffusione del materiale da parte di soggetti estranei al rapporto sessuale](#); nonché in *disCrimen*, 7 gennaio 2022, con note di D. Micheletti, *L’interservio publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn*, e C. Paonessa, *Ai confini del c.d. Revenge porn. Tessere di un mosaico normativo* (18 marzo 2022).

² “Codice Rosso” è il nome col quale si indica il Ddl. n. S. 1200 (“Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere”), poi divenuto L. 19 luglio 2019, n. 69. Per una panoramica e un commento in *questa Rivista* anche degli altri contenuti, D. Russo, [Emergenza “Codice Rosso”](#), 9 gennaio 2020. Per una sua lettura in prospettiva rispetto alla lunga evoluzione normativa, F. Basile, *La tutela delle donne dalla violenza dell’uomo: dal Codice Rocco... al Codice Rosso*, in *Dir. pen. Uomo*, 20 novembre 2019. Per un approfondimento circa l’introduzione “emergenziale” del reato di cui all’art. 612-ter c.p. nel provvedimento, G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all’epoca di Internet. L’art. 612-ter c.p. e l’incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2045 ss., in particolare 2059 ss.

³ Oggetto delle condotte incriminate, infatti, sono immagini e video non solo “sessualmente espliciti” ma anche “destinati a rimanere privati”. In una prima pronuncia di merito (v. nota 1), tale requisito è stato interpretato in modo stringente, mettendo di fatto in dubbio l’applicazione del nuovo delitto in relazione a tutte le ipotesi nelle quali le immagini non sono create nell’intimità, privata, di un contesto di coppia. Cfr. P. Beccari, [Le prime difficoltà applicative della nuova fattispecie di “revenge porn”](#), cit., in particolare 13 ss.

⁴ Nelle scorse settimane ha destato sgomento e preoccupazione una vicenda di cronaca avvenuta a Palermo, dove sette giovani sono indagati per aver violentato una coetanea. A quanto si apprende dalla stampa, lo stupro sarebbe stato ripreso dagli stessi protagonisti e le immagini sarebbero state persino messe in vendita online. Cfr. *Stupro a Palermo, in duemila su Telegram per arrivare al video: «Se qualcuno ce l’ha pago bene»*, in *Corriere.it*, 23 agosto 2023. Già in sede di primo commento alla nuova fattispecie, si era prospettata una criticità applicativa in relazione «alle ipotesi, sempre più frequenti, nelle quali vengano filmate molestie o vere e proprie violenze sessuali con finalità “cyberbullistiche” o allo scopo di tenere sotto ricatto la vittima». Cfr. G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all’epoca di Internet*, cit., 2070.

oggetto un episodio di “*revenge porn* in senso stretto”⁵, nel quale l’immagine, poi diffusa a scopo punitivo, era stata realizzata nel contesto intimo di una coppia, reso ancor più segreto dalla natura extraconiugale della relazione. Nondimeno, la Corte affronta **tre questioni** assai rilevanti per delineare l’estensione del perimetro applicativo della fattispecie. In particolare: *a) se l’invio ad una singola persona assuma una valenza diffusiva e risulti, di conseguenza, idoneo ad integrare il delitto; b) se la fattispecie richieda ai fini della sua configurazione un dolo specifico; e, soprattutto, c) quando un’immagine possa dirsi “sessualmente esplicita”.*

2. Questa la vicenda, «chiaramente ricostruita» – a giudizio della Corte (p. 7) – nelle motivazioni di merito. Nel marzo 2019, la persona offesa intraprende una relazione sentimentale con l’imputato, per poi interromperla alla fine di settembre dello stesso anno (quando, nel frattempo, il nuovo reato è stato introdotto durante l’estate). L’uomo, all’epoca poco più che cinquantenne, non accetta la separazione e avvia una serie di condotte persecutorie, dirette dapprima esclusivamente nei confronti della donna e, una volta che questa «blocca il contatto con la sua utenza telefonica», anche nei confronti della sua famiglia. Nello specifico, dopo aver svelato la relazione al marito (il quale chiederà alla moglie di abbandonare la dimora familiare), tempesta i figli di messaggi telefonici e tramite *Facebook*, inviando loro frasi offensive su entrambi i genitori e alcune foto. Tra queste ce n’è una che raffigura **la donna a seno nudo, nell’atto di inviare un bacio** che i giudici di merito non esitano a definire «erotizzante». La stessa immagine viene inoltrata alla sorella della migliore amica della vittima, che la informa di quanto sta accadendo. A seguito di quest’episodio, nonché di un aggressivo appostamento da parte del ricorrente davanti alla sua azienda agricola, la donna si decide a querelarlo.

L’uomo, tratto a giudizio davanti al Tribunale di Latina per i delitti di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) e diffusione di immagini e video sessualmente espliciti (art. 612-*ter* c.p.), viene condannato all’esito di giudizio abbreviato per entrambi i capi d’accusa. La decisione di primo grado è successivamente confermata dalla Corte d’Appello di Roma.

3. Trattandosi di fenomeni sociali relativamente recenti, conviene soffermarsi ancora brevemente sui contorni della vicenda per trarne alcuni spunti di riflessione sul piano **criminologico**, nonché per meglio contestualizzare le questioni interpretative sollevate nel ricorso.

Nel caso giunto all’attenzione della Corte, la diffusione dell’immagine sessuale si inserisce in un più ampio episodio di *stalking*, rappresentandone una delle molteplici

⁵ Per via dell’ampio utilizzo dell’espressione nel linguaggio comune, in un precedente lavoro si è distinto tra “*revenge porn* in senso stretto”, che si configura quando la diffusione di immagini avviene per mano dell’ex partner con finalità vendicative (proprio come nel caso in commento), da tutte le altre ipotesi di diffusione di immagini sessuali (“*revenge porn* in senso lato”), per le quali il neologismo sarebbe del tutto improprio. G.M. Caletti, [“Revenge porn” e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane](#), in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2018, n. 3, 63 ss., spec. 69 ss.

condotte vessatorie. Da questo punto di vista, come si accennava, l'etichetta anglofona "*revenge porn*" – peraltro applicata al caso anche dalla stessa Cassazione (p. 10) – non appare, nonostante i suoi innegabili limiti⁶, del tutto fuorviante: l'imputato invia ai figli della vittima l'immagine della madre a seno nudo a mero scopo *vendicativo*, con l'evidente proposito di umiliarla e creare scompiglio in famiglia, come dimostrato anche dalla rivelazione del tradimento al marito.

Vicende come quella in oggetto sembrano collocare il delitto di cui all'art. 612-ter c.p., perlomeno in alcune sue manifestazioni, non solo all'interno della cornice della **violenza di genere**⁷, come ormai riconosciuto con sempre maggiore nettezza a livello sovranazionale⁸, ma anche nella sua sottospecie⁹ della **violenza domestica**¹⁰. Studi stranieri dimostrano infatti la tendenza ad utilizzare le immagini intime – non per forza realizzate consensualmente o, addirittura, consapevolmente – come uno strumento di coercizione e di controllo, attraverso la minaccia di diffusione delle stesse in caso di rottura della relazione, di abbandono o di mancata sottomissione ad atti sessuali¹¹. In questo senso, l'abuso è *facilitato* dallo strumento tecnologico¹². Anche nel caso di specie,

⁶ *Ibidem*, anche per i riferimenti alla serrata critica della dottrina internazionale a tale espressione.

⁷ Per una panoramica su come le problematiche legate alla violenza di genere siano affrontate all'interno del nostro sistema penale, C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1181 ss.

⁸ Va infatti registrata una sempre più definita tendenza a livello sovranazionale verso un inquadramento giuridico quale violenza di genere degli abusi perpetrati attraverso immagini sessualmente esplicite. Sul fronte convenzionale, vanno segnalate le sentenze CEDU *Volodina c. Russia*, 9 luglio 2019, e *Volodina c. Russia* (n. 2), 14 settembre 2021, che qualificano la disseminazione non consensuale di immagini intime come una forma di "violenza contro le donne". Per un commento delle due pronunce, M. Elósegui, *The Case Law of the European Court of Human Rights on Violence Against Women and the Intimate Image Abuse*, in G.M. Caletti, K. Summerer (a cura di), *Criminalizing Intimate Image Abuse. A comparative perspective*, Oxford, 2023 (in corso di pubblicazione). Sul fronte comunitario, invece, pende una proposta di direttiva da parte della Commissione europea (dell'8 marzo 2022) volta a contrastare la violenza di genere e armonizzare le legislazioni degli Stati membri. Tra le disposizioni, l'art. 7 prevede che gli Stati assicurino l'incriminazione delle condotte di diffusione di immagini intime, anche manipolate. In proposito, si veda l'approfondito commento di C. Rigotti, C. McGlynn, *Towards an Eu criminal law on violence against women: The ambitions and limitations of the Commission's proposal to criminalise image-based sexual abuse*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2022, vol. 13(4), 452 ss.

⁹ Per l'inquadramento della violenza domestica come forma di violenza di genere, M. Bertolino, *Violenza e famiglia: attualità di un fenomeno antico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1710 ss.

¹⁰ Per un recente contributo in lingua italiana dedicato a tale nozione, S. Braschi, *La nozione di "violenza domestica" tra tutela dei diritti umani e sistema penale*, in *Criminalia*, 2022, anticipato su *disCrimen*, 3 luglio 2023.

¹¹ Si veda N. Henry, C. McGlynn, A. Flynn, K. Johnson, A. Powell, A.J. Scott, *Image-based sexual abuse. A study on the causes and consequences of non-consensual nude or sexual imagery*, Abingdon Oxon-New York, 2021, e in particolare il quarto capitolo, intitolato "*Image-based sexual abuse perpetration. Power and control*", 67 ss.

¹² Di qui l'espressione «*technology-facilitated sexual violence*» ("TFSV") sempre più diffusa nella letteratura internazionale, per un sunto della quale, l'ampio lavoro di J. Bailey, S. Dunn, *Recurring Themes in Tech-facilitated Sexual Violence Over Time. The More Things Change, The More They Stay the Same*, in G.M. Caletti, K. Summerer (a cura di), *Criminalizing Intimate Image Abuse*, cit. Potrebbe sorprendere l'impiego della parola violenza in relazioni ad ipotesi nelle quali la violazione è del

del resto, pur non convivendo con la persona offesa, l'imputato prospetta la rivelazione della storia "clandestina": una minaccia resa ancor più verosimile e tangibile dal possesso di immagini intime che ne costituiscono la prova.

I fatti di Latina confermano dunque la contiguità criminologica tra la diffusione di immagini sessualmente esplicite e lo *stalking* che sembra alla base della scelta del legislatore di inserire la nuova fattispecie incriminatrice tra i **delitti contro la libertà morale**, proprio immediatamente dopo gli atti persecutori (art. 612-bis c.p.)¹³. Dato il carattere **plurioffensivo** del reato¹⁴, infatti, le possibili soluzioni "topografiche" erano molteplici, spaziando ad esempio dalla annessione tra i delitti sessuali – che avrebbe trovato giustificazione nel requisito del carattere "sessualmente esplicito" dei materiali diffusi¹⁵ – fino alla creazione di un nuovo titolo dedicato alla tutela dell'intimità o *privacy* sessuale¹⁶. Per quanto riguarda il caso in esame, dalla lettura della sentenza non pare che la contestazione separata di entrambe le fattispecie sia stata oggetto di appello e di ricorso. Esse, anzi, sono state ritenute in **continuazione** tra loro ex art. 81 c.p. senza alcuna obiezione difensiva (p. 2).

Può risultare invece sorprendente osservare da vicino i **protagonisti della vicenda**: un uomo che ha appena superato la cinquantina e una donna sposata con due

tutto priva di contatti corporei. Per una recente riflessione sul tema, nella nostra dottrina, si veda B. Panattoni, *Violazioni "incorporee" della sfera sessuale. Possibili evoluzioni ed insidie nell'ambito dei reati sessualmente connotati*, in *Arch pen.*, 2022, n. 3, 1 ss.

¹³ Si esprime favorevolmente rispetto all'attuale collocazione, T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida dir.*, 2019, n. 37, 54.

¹⁴ Aspetto ben ricostruito da M. Bianchi, *L'incriminazione del "revenge porn": il nuovo delitto di "diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti"*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Diritto penale*, t. III, Milano, 2022, 6568-6569.

¹⁵ La prospettiva dell'offesa alla sfera sessuale è stata evidenziata da diversi Autori. Cfr., ad esempio, B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, in B. Romano, A. Marandola (a cura di), *Codice Rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020, 106 («è indubbio che con il delitto [...] si intenda tutelare la libertà della persona, gravemente vulnerata sul piano della vita di relazione poiché violata nella propria sfera sessuale»). Sia consentito anche richiamarsi a quanto scritto in G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., 2064: «il riferimento al carattere "sessualmente esplicito" delle immagini contenuto nell'art. 612-ter c.p. fa pensare ad un'aggressione anche ad altri valori, quali l'intimità, la riservatezza, talvolta la fiducia prestata nei confronti dell'agente e, più in generale, la libertà di determinarsi in ambito sessuale». Va poi segnalato come nella recente proposta di riforma dei reati sessuali elaborata dall'Associazione italiana dei Professori di diritto penale, una analoga fattispecie venga inserita tra i delitti contro l'autodeterminazione sessuale. Il gruppo, coordinato dal Prof. Sergio Seminara, era composto dai Proff. Giuliano Balbi e Marta Bertolino, nonché dalle dottoresse Malaika Bianchi, Sofia Braschi e Lara Ferla. Cfr. S. Seminara (a cura di), *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, in *www.aipdp.it*.

¹⁶ Una simile collocazione sistematica per il nuovo delitto era stata prospettata dall'Unione Camere Penali Italiane (UCPI) nell'ambito delle audizioni tenute dalla commissione giustizia del Senato in relazione al "Codice Rosso". Il testo scritto è rinvenibile sul sito www.senato.it. In dottrina, sembra favorire questa impostazione S. Seminara, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 456, criticandone invece la collocazione prescelta per l'assenza del requisito della violenza o della minaccia che è presente in tutti gli altri reati contro la libertà morale.

figli. Spesso si tende a considerare circoscritti all'ambito giovanile taluni fenomeni che implicano l'uso disinvolto di nuove tecnologie. Tuttavia, le ricerche empiriche realizzate nei Paesi angloamericani dimostrano da tempo il contrario¹⁷, ovvero la trasversalità anagrafica delle condotte di "sexting"¹⁸ e delle correlate forme di abuso basate su immagini sessualmente esplicite¹⁹. Paradossalmente, per effetto delle campagne di prevenzione indirizzate ai più giovani, che suggeriscono ad esempio la condivisione solo di immagini dalle quali non è possibile il riconoscimento della persona rappresentata, a risultare più esposte al rischio di vittimizzazione potrebbero risultare proprio le persone non più giovanissime²⁰.

Un'ultima peculiarità del caso di specie riguarda le **modalità di diffusione**. Forse per via di eclatanti vicende di cronaca che hanno segnato l'opinione pubblica, si tende ad associare il fenomeno del "revenge porn" a condotte in grado di determinare – o quantomeno innescare – la "viralità" delle immagini. Se è vero che si tratta probabilmente delle vicende contrassegnate dal maggior disvalore, va altresì sottolineato come il quadro criminologico presenti molte storie di condivisione delle immagini con pochi soggetti mirati (ad es. il nuovo partner della vittima, i genitori, il suo datore di lavoro), volte a cagionare conseguenze specifiche prima ancora che la diffusione a tappeto dell'immagine²¹. Ciò, evidentemente, è accaduto anche nella vicenda in esame, nella quale un'immagine della madre nuda e ammiccante è stata inviata solo ai figli della persona offesa (e a un'amica). Tale aspetto ha costituito una sorta di appiglio difensivo per il ricorrente, che nei motivi ha esplicitamente argomentato la mancata configurazione del delitto contestatogli sulla base del fatto che la sua condotta si era limitata a mettere a disposizione l'immagine a un novero ristretto

¹⁷ Da ultimo, N. Henry, C. McGlynn, A. Flynn, K. Johnson, A. Powell, A.J. Scott, *Image-based sexual abuse*, cit. Si vedano in particolare le statistiche della tabella a pagina 36.

¹⁸ La letteratura angloamericana sul tema del *sexting* è ormai vastissima. Nella nostra dottrina, per un inquadramento anche sociologico del fenomeno, si veda per tutti il ricco lavoro monografico di M. Bianchi, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore tra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino, 2019, anche ovviamente per le problematiche giuridiche relative alle interferenze con i reati di pedopornografia. Su quest'ultimo tema, come noto, si sono di recente espresse a più riprese le Sezioni Unite, con pronunce che sono pubblicate [in questa rivista](#).

¹⁹ Nella letteratura internazionale è sempre più condivisa l'idea di ridefinire le condotte di diffusione di immagini sessualmente esplicite (e non solo) come abusi sessuali basati sulle immagini ("*image-based sexual abuse*"). Ciò a partire dall'articolo di C. McGlynn, E. Rackley, *Image-Based Sexual Abuse*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, vol. 37(3), 534 ss.

²⁰ Tanto è evidenziato anche dai risultati di una ricerca empirica alla quale si è direttamente preso parte nell'ambito del progetto *Creep – Criminalizing Revenge Porn?* (<https://creep.projects.unibz.it/it/home/>). Alcune di tali risultanze, anche in relazione al punto in questione, sono riassunte in A. Brighi, A. Amadori, K. Summerer, D. Menin, *Prevalence and Risk Factors for Nonconsensual Distribution of Intimate Images Among Italian Young Adults: Implications for Prevention and Intervention*, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4412642>.

²¹ Sul punto risulta emblematica la rassegna casistica di D.K. Citron, *Hate crimes in Cyberspace*, Cambridge Massachusetts-Londra, 2014, 56 ss.

di soggetti, dai quali, peraltro, era lecito attendersi che non avrebbero dato ulteriore impulso alla disseminazione.

3. E proprio ai **motivi di ricorso** conviene rivolgere lo sguardo. La difesa dell'imputato ne articola quattro, con ampi rimandi interni e contaminazioni: come sintetizza l'estensore, in sostanza, i primi tre afferiscono tutti a **profili probatori** relativi ai reati contestati, mentre l'ultimo solleva le questioni sostanziali sull'art. 612-ter c.p. che rendono di interesse la lettura della sentenza.

La tesi principale del ricorso, approfondita in particolare nei primi due motivi, è che nei gradi di giudizio precedenti non fosse stato identificato con certezza l'autore dell'invio della foto a seno nudo raffigurante la vittima. Tale circostanza, infatti, era stata oggetto di una richiesta di **perizia integrativa del rito abbreviato**, correttamente respinta – a giudizio della Corte – sulla base dei criteri di «novità, decisività e rispetto della finalità di economia processuale che sovrintendono all'ammissibilità della prova integrativa del giudizio abbreviato» (p. 5). Qui sembra interessante osservare che, a differenza dei casi di *upload* di immagini su siti o *social network*, nei quali la prova della condotta presenta notevoli difficoltà probatorie, quanto ad invii "*ad personam*" dell'immagine la Corte avalla l'operato dei giudici di merito, che avevano ritenuto sufficienti le prove testimoniali e gli "*screenshot*" dei telefoni: «i contenuti della perizia ripercorrono dati di prova già certi ed inequivoci, per la presenza di plurime dichiarazioni reciprocamente riscontrantesi e di documenti in atti (gli *screenshot* dei telefoni, ad esempio, che cristallizzano i contenuti dei messaggi e delle foto)»²².

Quanto al reato di atti persecutori, invece, il terzo motivo lamenta – come spesso accade – l'insussistenza (o, comunque, il mancato accertamento) degli **eventi alternativi previsti dall'art. 612-bis c.p.** Sul punto la Corte potrebbe limitarsi ad enfatizzare la solidità logico-argomentativa della sentenza d'appello (p. 7), ma aggiunge *ad abundantiam*: «peraltro, secondo la pacifica opzione della giurisprudenza di questa Corte di legittimità – il realizzarsi di uno degli eventi alternativi descritti dalla fattispecie di atti persecutori è evincibile in ogni caso (anche) dal complesso degli elementi fattuali altrimenti acquisiti e dalla condotta stessa dell'agente per come risulta accertata, senza che sia necessario che la vittima prospetti tali eventi espressamente o li descriva con esattezza» (p. 8). Il significato del richiamo all'**idoneità oggettiva delle condotte a cagionare l'evento** – ribadito anche immediatamente dopo («è indubbio che il complessivo snodarsi della vicenda attesti l'idoneità oggettiva dei comportamenti realizzati dall'imputato a realizzare gli eventi suddetti») – non è del tutto chiaro: essa va intesa come sufficiente per ritenere configurato il delitto o è soltanto indiziante della

²² In proposito, peraltro, l'estensore non fa a meno di osservare che è lo «stesso ricorso che finisce con l'ammettere l'oggetto centrale della richiesta di perizia, vale a dire l'invio (con relativi tempi e modalità) ai figli della persona offesa da parte dell'imputato, di foto che ritraevano la madre, tra l'altro, a seno nudo (cioè facendo nel tentativo di sostenere la tesi dell'invio non finalizzato alla diffusione e di evitare l'affermazione di colpevolezza per il delitto di cui all'art. 612-ter cod. pen.)» (p. 5).

effettiva sussistenza degli eventi legalmente richiesti, la cui verifica rimane comunque da accertare?

Secondo quanto si legge nelle premesse della Corte, ma anche nelle pronunce richiamate nella motivazione, sembra comunque necessario accertare uno degli eventi. Ma la linea risulta estremamente sottile, perché tale evento è – per usare il linguaggio della sentenza – «evincibile» dall'idoneità oggettiva delle condotte a provocarlo. La questione è problematica a maggior ragione in vicende processuali come quella in esame, nella quale il giudizio si è svolto nelle forme del giudizio abbreviato, rendendo di conseguenza assai complicato ipotizzare la piena prova (di almeno uno) degli eventi se la persona offesa non li ha nemmeno «prospettati» nella querela. In questa sede, ci si limita qui incidentalmente a sottolineare come l'orientamento della Corte rischi, *in concreto*, di spostare il baricentro della fattispecie da reato di evento a **reato di mera condotta pericolosa**²³.

Il quarto ed ultimo motivo concentra – come si accennava – le doglianze “sostanziali” relative alla configurabilità della nuova fattispecie. Esse vengono enucleate dalla Corte in tre diverse questioni, così descritte: «a) se l'invio della foto al figlio (*rectius* ai figli) della vittima abbia una **connotazione “diffusiva”**, visto che l'imputato, inoltrandogliela, non aveva la certezza che questi non l'avrebbe a sua volta diffusa; b) se sussista, nel caso di specie, il **dolo specifico** di aver agito con la finalità di recare **nocumento** alla persona offesa; c) se possa essere ricompresa nella categoria delle “**immagini a contenuto sessualmente esplicito**” la foto che ritraeva **la vittima a seno nudo**, mentre mima un bacio serrando le labbra, che, secondo la difesa, non rientra nella tipicità penale, che ricomprenderebbe soltanto le immagini che raffigurano organi genitali ovvero atti sessuali».

4. La **prima questione** viene definita dalla Corte come «di nessun pregio» e «manifestamente infondata» (p. 10). In effetti, lo spettro delle condotte tipizzate dall'art. 612-ter c.p. appare estremamente ampio, contemplando oltre alla “diffusione”, ripresa nella rubrica del reato, anche l'invio, la consegna, la cessione e la pubblicazione dell'immagine, peraltro in perfetta simmetria sanzionatoria tra loro. E proprio il primo nucleo di condotte (inviare, consegnare, cedere) sembra fare evidente riferimento, non senza sovrapposizioni, alle ipotesi di trasferimento delle immagini tra due persone o, comunque, con un novero ristretto e determinato di destinatari²⁴.

Per la Corte, dunque, non risulta particolarmente difficile sostenere che la condotta realizzata dal ricorrente nel caso di specie integra un **invio** ed è pertanto rilevante ai fini della configurabilità del delitto. Sottolineando il passaggio con il corsivo, quasi a suggerirne una sua massimazione, l'estensore argomenta: «*il reato, infatti, è*

²³ Per una lettura dell'art. 612-bis c.p. quale reato di pericolo, tesa a conseguire «un maggior rispetto del principio di determinatezza, una più stringente tutela della vittima in termini di politica criminale e, forse, per assurdo, un maggior rispetto dello stesso principio di offensività», cfr. A.M. Maugeri, *Lo Stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 153 ss.

²⁴ Secondo quanto già sostenuto in G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., 2065.

configurabile come *istantaneo* e *si consuma nel momento in cui avviene il primo invio dei contenuti sessualmente espliciti, non importa se diretto a familiari della vittima, che possano eventualmente avere interesse a non alimentare una successiva diffusione»* (p. 10). È con tale primo invio che si verifica la diffusione penalmente rilevante, poiché la disposizione incriminatrice «*non fa questione di reiterazione della condotta diffusiva né “quantifica” o qualifica in alcun modo la diffusione lesiva del bene protetto»*.

Il passaggio risulta particolarmente interessante anche perché consente alla Corte di soffermarsi sul **bene giuridico** tutelato dalla nuova incriminazione, enfatizzandone in modo originale la componente dell'**autodeterminazione sessuale**: «il reato è inserito tra quelli a tutela della libertà morale individuale e si rivolge alla sfera di intimità e della privacy, intesa quale diritto a controllare l'esposizione del proprio corpo e della propria sessualità, in un'ottica di autodeterminazione della sfera sessuale individuale» (p. 10)²⁵.

Messe così a fuoco le entità giuridiche tutelate, un pregiudizio potrebbe rilevarsi anche nelle ipotesi – non menzionate nella sentenza in quanto non pertinenti al caso deciso – in cui l'agente si limiti a mostrare *de visu* immagini sessualmente esplicite ad un'altra persona, senza che avvenga una cessione “fisica” su un supporto cartaceo o digitale (e, naturalmente, in assenza del consenso della persona rappresentata nell'immagine). Il controllo sull'esposizione del corpo viene infatti meno, così come l'autodeterminazione del soggetto raffigurato. Nondimeno, tale condotta difetta di una connotazione diffusiva e sembra rimanere fuori dall'ambito della tipicità – fermo restando che, laddove l'immagine venga mostrata a molte persone (ad es. in occasione di una festa o di una mostra fotografica), la condotta potrebbe essere incriminata quale “pubblicazione”²⁶.

Ad ogni modo, queste prime considerazioni applicative sembrano accreditare come opportuna la scelta legislativa di non limitare l'estensione del reato a diffusioni a tappeto dell'immagine sessualmente esplicita²⁷. Da una parte, vicende come il caso di specie dimostrano come anche una diffusione contenuta possa dimostrarsi lesiva; dall'altra, il dato empirico insegna che in molte ipotesi è proprio una iniziale e ristretta condivisione a dare il via ad una disseminazione più ampia e incontrollabile²⁸. Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, va ribadito che l'imputato aveva comunque inviato

²⁵ Attraverso queste riflessioni la sentenza sembra iscriversi a quella corrente, probabilmente maggioritaria in dottrina, che ritiene la violenza sessuale come una forma speciale di violenza privata. Cfr. T. Padovani, *Pre-Art. 609-bis c.p. Commento ad Art. 2 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4a ed., Padova, 2006, 431 ss., in particolare 433 («la violenza sessuale non rappresenta del resto che un'ipotesi speciale di violenza privata, qualificata dalla natura dell'atto che la vittima è costretta a tollerare. In questo senso, la serie di incriminazioni [...] avrebbe dovuto ricavare il proprio spazio topografico dopo l'art. 610 c.p.»).

²⁶ Per alcune considerazioni ulteriori su questo profilo, sia consentito rimandare ancora a G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., 2066.

²⁷ *Ibidem*

²⁸ Si pensi al noto caso di Tiziana Cantone. Per quanto i fatti siano tuttora estremamente controversi, l'ipotesi per lungo tempo più accreditata è che la diffusione virale dei video abbia preso avvio da quattro amici, ai quali i materiali erano stati inviati confidenzialmente in attuazione di un gioco di coppia. Per maggiori dettagli, G.M. Caletti, *“Revenge porn” e tutela penale*, cit., 65-66.

l'immagine anche ad una terza persona, il cui collegamento con la persona offesa, molto più flebile di quello dei figli, non poteva dare certezza di non ulteriore diffusione.

Per completezza pare opportuno segnalare che, nonostante la condotta sia stata evidentemente realizzata con «**mezzi informatici o telematici**»²⁹, non risulta essere stata contestata e applicata la relativa **aggravante** prevista dall'art. 612-ter c.p., comma 3. Le ragioni rimangono naturalmente implicite. Atteso che, come noto, la previsione delle circostanze è funzionale a ridurre la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, si può ipotizzare che alla base possa esservi una eventuale sproporzione tra i fatti in commento e l'applicazione di una pena aggravata dalla circostanza. E lo stesso può dirsi, forse, anche dell'altra aggravante ad effetto comune prevista dal comma 3 dell'art. 612-ter c.p. sulla **pregressa relazione affettiva tra autore e vittima**³⁰. Del resto, come si è da tempo sottolineato criticamente, si tratta di previsioni dalla scarsissima portata selettiva che finiscono di fatto per colpire sistematicamente l'ipotesi *base* di commissione del reato, di solito perpetrata da un ex partner con mezzi telematici³¹. Può ben essere dunque – ma, come si accennava, è solo un'ipotesi – che in un caso nel quale la circolazione delle immagini si è arrestata dopo la condotta dell'imputato, si sia valutato di non appesantire il carico sanzionatorio.

5. Anche la **seconda doglianza**, relativa alla mancata sussistenza del **dolo specifico di arrecare nocumento** alla vittima, viene ritenuta dalla Corte come «priva di fondamento». La questione si pone perché era stata la stessa querelante ad inviare al ricorrente l'immagine sessualmente esplicita, come dalla stessa ammesso (e come appurato altresì dalla consulenza di parte realizzata sull'immagine dal ricorrente), comportando l'applicazione del **secondo comma** della disposizione incriminatrice.

A seconda delle modalità di acquisizione dei materiali sessualmente espliciti, infatti, il legislatore ha diversamente modulato l'elemento soggettivo del reato. Nelle ipotesi di ricezione, per la sussistenza del reato l'agente deve realizzare la condotta con «il fine di recare nocumento» alla persona rappresentata nelle immagini o nei video

²⁹ In altri casi di atti persecutori, reato dal quale l'aggravante è mutuata, infatti, la giurisprudenza ha qualificato l'uso della piattaforma *Facebook* utilizzata nel caso di specie quale ipotesi aggravata per via dell'impiego di «strumenti informatici o telematici». Si veda, tra le altre, Cass. pen., sez. V, sent. n. 19363, 31 marzo 2021, in *Dejure*.

³⁰ Anche in questo caso, non sembrano esservi giustificazioni per la non applicazione dovute alle particolarità della vicenda e, nella specie, al fatto che i due protagonisti intrattenessero una relazione extraconiugale. In tema di atti persecutori, infatti, la giurisprudenza insegna «che ai fini della configurabilità della circostanza aggravante di cui all' art. 612-bis, comma 2, c.p. , per 'relazione affettiva' non s'intende necessariamente la sola stabile condivisione della vita comune ovvero il coinvolgimento sentimentale con prospettive di futuro duraturo, ma qualsiasi legame di significativa frequentazione, indipendentemente dalla convivenza con la vittima, dalla stabilità e/o durata della 'relazione', che faciliti il delitto, consentendo all'agente lo sfruttamento del rapporto di fiducia della vittima nei suoi confronti» (Cass. pen., Sez. V, sent. n. 9406, 25 gennaio 2022).

³¹ G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., 2087. Definisce un «pasticcio» le aggravanti introdotte nella disposizione legislativa, G. Panebianco, *La diffusione di immagini o video sessualmente espliciti: tra carenze della fattispecie incriminatrice e coadiuvanti extrapenalali*, in *GenIUS*, 16 novembre 2022, 14.

diffusi. La *ratio* parrebbe quella di differenziare tra il “distributore originario”, colui che ha realizzato le immagini o le ha sottratte alla vittima, per poi pubblicarle per primo, e i c.d. “**secondi distributori**”, coloro che ridiffondono immagini ricevute da altri e contribuiscono alla “viralizzazione”, selezionando, all’interno di quest’ultima eterogenea categoria di soggetti, solo quelle condotte che, proprio perché animate da un intento malevolo, possono rivelarsi più lesive per la persona offesa³².

Fin da subito, in dottrina si è ricondotto l’inciso alla categoria del dolo specifico, non senza metterne in rilievo una sorta di “**eterogenesi dei fini**”³³. Difettando una precisazione circa il mittente dal quale l’autore del reato riceve l’immagine, il secondo comma verrebbe ad applicarsi non solo ai secondi distributori ma anche a frequenti ipotesi di prima diffusione, ad esempio quando l’immagine sia realizzata e inviata confidenzialmente al divulgatore dalla persona offesa (c.d. *sexting*). E se, *prima facie*, la finalità di recare nocumento alla persona raffigurata nelle immagini divulgate può sembrare *in re ipsa*, numerosi studi criminologici dimostrano come la maggior parte delle ipotesi di distribuzione non consensuale di immagini intime (“NCDII”)³⁴, per le quali impropriamente il linguaggio comune ancora scomoda il neologismo “*revenge porn*”, si verifichino sulla base di finalità molto diverse dalla mera vendetta³⁵.

Diversamente nel caso di specie, trattandosi di una vicenda per certi versi “da manuale”, non è difficile ricostruire tale «finalismo ulteriore tipico del c.d. *revenge porn*, dato dalla “vendetta” nei suoi confronti ed integrato dal movente di “punirla” per aver deciso unilateralmente di interrompere il rapporto tra loro» (pp. 10-11). La sentenza si appoggia alle motivazioni dei gradi di giudizio precedenti, che avevano diffusamente argomentato circa la sussistenza del dolo specifico e ravvisato non solo la finalità di arrecare nocumento alla vittima, nella specie rappresentata dalla «*volontà di minarne la*

³² Per un inquadramento della figura del secondo distributore, delle sue eventuali responsabilità e dei connessi problemi a livello di imputazione soggettiva, Ivi, 2063.

³³ Come si è sottolineato fin dalle primissime letture. Cfr. G.M. Caletti, “*Revenge Porn*”. *Prime considerazioni in vista dell’introduzione dell’art. 612-ter c.p.: una fattispecie “esemplare”, ma davvero efficace?*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019. Conf. B. Romano, *L’introduzione dell’articolo 612-ter del codice penale*, cit., 108-109. M. Bianchi, *L’incriminazione del “revenge porn”*, cit., 6575. Si veda tuttavia anche l’opinione di M. Dova, *sub Art. 612-ter*, in *Codice penale commentato*, E. Dolcini, G.L. Gatta (diretto da), Tomo III, Artt. 452bis-649bis, V ed., Milano, 2021, 1942, che prova a ridimensionare la possibile lacuna applicativa. Secondo l’Autore, l’effettività della norma incriminatrice non risentirebbe dell’accertamento del dolo specifico, poiché l’art. 612-ter, comma 2, c.p. rappresenterebbe «un singolare reato di danno la cui realizzazione è sorretta dalla finalità di nocumento» e l’analisi sulle finalità della condotta non può che avviarsi dagli elementi di fatto «e in particolare da quelli che restituiscono al dolo specifico una dimensione oggettiva, in termini di idoneità della condotta al fine, che altrimenti si muoverebbe in un’incerta dimensione puramente psicologica».

³⁴ L’acronimo, che sta sia per “*non-consensual distribution of intimate images*” che per “*non-consensual disclosure of intimate images*”, è di gran lunga la dicitura più utilizzata per riferirsi alla diffusione di immagini intime o sessualmente esplicite. Ad es., tra i tanti, M. Aikenhead, *Non-Consensual Disclosure of Intimate Images as a Crime of Gender-Based Violence*, in *Canadian Journal of Women and the Law*, 2018, vol. 30(1), 117 ss.

³⁵ Tra i numerosi Autori stranieri che sottolineano questo aspetto, si veda in particolare A.M. Franks, “*Revenge porn*” reform: a view from the front lines, in *Florida Law Review*, 2017, 1258.

reputazione aggredendone la moralità con offese ed ingiurie dirette anche ai suoi figli ed al marito, informandoli, altresì della relazione extraconiugale» (p. 11, corsivo in sentenza), ma anche, ancorché non strettamente necessario per l'integrazione del dolo specifico, «quanto la condotta abbia nociuto alla vita della persona offesa, diventata dapprima “impossibile” e poi naufragata nella fine del rapporto coniugale e nella perdita della serenità familiare» (p. 11).

Nel delineare in questo modo il dolo specifico di arrecare documento, la Suprema Corte dà due indicazioni, per quanto implicite. Da una parte, conferma l'impressione dottrinale di trovarsi in presenza di una fattispecie a dolo specifico. E, peraltro, nel farlo la Corte sottolinea che tale «finalismo è parte preponderante, a monte, della scelta legislativa di nuova criminalizzazione», avvalorando dunque l'opinione per cui il legislatore avrebbe modellato la fattispecie incriminatrice sul limitato fenomeno del “*revenge porn*” in senso stretto³⁶. Dall'altra, sforzandosi di ricostruire con precisione il nocumento perseguito dall'imputato, la Corte grava di quest'onere i giudici di merito successivi, scoraggiando possibili (e deprecabili) scorciatoie interpretative e, *in primis*, un possibile appiattimento dell'accertamento dolo specifico sul diverso elemento dell'assenza di consenso.

6. Neppure la terza contestazione sostanziale, relativa al mancato **carattere “sessualmente esplicito” dell'immagine** diffusa, fa breccia tra i giudici di legittimità.

La tesi proposta dal ricorrente è che la nozione di “contenuti sessualmente espliciti” si limiti soltanto alle immagini o ai video che ritraggano organi genitali – escluso dunque il seno femminile, neppure nudo – o atti sessuali veri e propri. La sentenza critica questa prospettiva offrendo più argomentazioni.

Anzitutto, viene constatato che «il testo normativo non pone esplicite riserve in tal senso» (p. 11). In effetti, al momento dell'introduzione del reato, a differenza di altre esperienze straniere³⁷, il legislatore ha rinunciato a fornire una definizione di contenuto “sessualmente esplicito”, lasciando all'interprete il compito di tracciarne i confini. Né – si aggiunge qui – il legislatore ha ritenuto di richiamare la definizione di pornografia prevista all'ultimo comma dell'art. 600-ter c.p., sulla quale è ricalcata quella del ricorrente³⁸.

Ciò premesso, la Corte rivolge lo sguardo alla propria giurisprudenza sviluppatasi in «materie analoghe», ricavandone «accenti contrari» alla soluzione proposta nel ricorso.

Preliminarmente, si osserva che «la locuzione normativa “a contenuto sessualmente esplicito” non rimanda evidentemente e necessariamente alla diffusione

³⁶ In senso critico già G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., spec., 2063.

³⁷ In Inghilterra, ad esempio, si è approntata una esplicita definizione di “*sexual*”. Ciò non ha tuttavia permesso di raggiungere – secondo la dottrina – alcuna facilitazione in termini di prevedibilità applicativa della fattispecie. Cfr. A.A. Gillespie, “*Trust me, it's only for me*”: “*revenge porn*” and the criminal law, in *Criminal Law Review*, 2015, 869.

³⁸ Anche una parte della dottrina sosteneva che la definizione di pornografia minorile potesse assurgere a valido punto di equilibrio per l'interpretazione della nuova espressione impiegata dal legislatore. Di questo avviso B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale*, cit., 107.

di video o immagini di un organo proprio dell'apparato sessuale-riproduttivo in senso medico scientifico». Ma tale dicitura non allude nemmeno «solo ad un atto sessuale vero e proprio [...], essendo evidente che la sessualità di una persona, vittima del reato, può essere evocata in materia manifesta anche soltanto attraverso la proposizione di parti del suo corpo **“erogene” e diverse dagli organi genitali**, eppure capaci di richiamare, per il **contesto** e le condizioni concrete nelle quali vengono ritratte l'istinto sessuale».

Il primo punto di riferimento della Corte, dunque, è il reato di **violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)** e, nello specifico, la controversa nozione di **“atti sessuali”**, definita «complessa» in sentenza e sulla quale molto ci si interroga a partire dall'unificazione, attuata come noto dalla riforma dei reati sessuali del 1996, tra i delitti di violenza carnale (art. 519 c.p.) e atti di libidine (art. 521). Se in dottrina si sono fronteggiati essenzialmente due paradigmi, uno «anatomico-culturale» e l'altro «contestuale-relazionale»³⁹, la giurisprudenza ha formalmente aderito al primo finendo tuttavia per scivolare, in concreto, verso logiche di tipo «contestuale», che risultano evidentemente più malleabili e, per questo, più adatte a garantire la massima tutela possibile all'autodeterminazione sessuale. In molti casi, infatti, la Corte sembra adottare la tesi anatomica, ma estende l'ambito delle zone corporee rilevanti a quelle, appunto, c.d. **“erogene”**, senza tuttavia offrire chiare delimitazioni del concetto e decidendo spesso sulla base del contesto

³⁹ La prima è quella «anatomico-culturale», come noto prospettata da Alberto Cadoppi a poche settimane dall'approvazione della riforma (A. Cadoppi, *Art. 3*, in Id. (a cura di), *Commentario delle “Norme contro la violenza sessuale”* (Legge 15 febbraio 1996, n. 66), 1a ed., Padova, 23 ss.). Secondo tale indirizzo, poiché un atto abbia natura sessuale occorre che si realizzi il tocco di alcune parti del corpo umano, compendiabili nei genitali, nelle zone anali, nel seno femminile e, limitatamente a certe ipotesi (nella specie i c.d. **“baci profondi”**), nella bocca. La concezione è definita «anatomico-culturale» perché la delimitazione anatomica effettuata è il frutto delle indicazioni provenienti dal contesto culturale di riferimento e, segnatamente, dalle scienze medico-psicologiche e da quelle antropologico-sociologiche, queste ultime in grado di misurare le **“Kulturnormen”** della società in un preciso momento. La visione contrapposta è stata sostenuta in particolare da Giovanni Fiandaca, che ha elaborato la propria nozione di atti sessuali commentando – e giustificando gli esiti di – una sentenza della Corte, *Di Francia*, che aveva condannato l'imputato per violenza sessuale consumata in un caso di tentativo di bacio sulla bocca poi sfociato in un semplice bacio sulla guancia per via della pronta reazione della vittima. Secondo l'autorevole studioso, l'apparente contraddittorietà si spiegherebbe alla luce del contesto nel quale si erano svolti i fatti; in altre parole, dando peso alla **“vicenda complessiva”** e ai rapporti tra autore e vittima: si trattava di un datore di lavoro che aveva provato a baciare una propria dipendente. Per questo, la tesi viene di solito denominata «contestuale-relazionale», non accordando rilievo alle parti anatomiche attinte dalla condotta, bensì al significato sociale degli atti compiuti tra due soggetti. Cfr. G. Fiandaca, *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*, in *Foro it.*, 1998, 505 ss.

specifico⁴⁰, con conseguenti criticità sotto i profili della tassatività, della prevedibilità e del “*fair labelling*”⁴¹.

Da questo punto di vista, una perfetta sintesi dell’approccio è traslata nella affermazione della sentenza in commento per cui, in relazione (anche) all’art. 612-ter c.p., le «**“zone erogene” possono essere il seno e i glutei, ancor più se nudi ovvero in condizioni di contesto che richi amino il sesso**».

Dal parallelismo, emerge in modo ancor più evidente l’inquadramento da parte della Cassazione della nuova fattispecie come lesiva dell’**autodeterminazione sessuale**, specie laddove si legge che «qualora la diffusione avvenga senza il consenso della persona offesa, si stabilizzerà una violazione della libertà di autodeterminazione della sua sfera sessuale complessivamente intesa».

A sostegno di tale conclusione, poi, le motivazioni ripercorrono gli orientamenti sulla rilevanza penale dell’immagine del seno in ambito **pedopornografico**. Dapprima viene sottolineato che la giurisprudenza maturata in relazione agli artt. 600-ter c.p. e seguenti conferisce «*rilievo sessuale alla nudità in quanto tale*» (corsivo della sentenza). In seguito, viene precisato che «*il seno è stato inserito nel novero delle zone erogene e si è chiarito, sempre in tema di pornografia minorile, che il riferimento alla “rappresentazione degli organi sessuali di un minore degli anni diciotto” di cui all’ultimo comma dell’art. 600-ter cod. pen. ricomprende non solo gli organi genitali, ma anche altre zone erogene, come il seno e i glutei*» (corsivi della sentenza).

Anche se non viene specificato espressamente, l’argomento sembra assumere nel ragionamento della Corte carattere dirimente. La definizione di pornografia di cui all’ultimo comma dell’art. 600-ter c.p., infatti, limitandosi alle “attività sessuali esplicite” e alla “rappresentazione degli organi sessuali” del minore, presenta una certa consonanza con quella proposta dal ricorrente in relazione all’art. 612-ter c.p. Se l’immagine del seno nudo viene sussunta in tale definizione, allora, a maggior ragione andrà a configurare un contenuto “sessualmente esplicito”, espressione che indica probabilmente un contenuto meno pregnante e meno esplicito di uno “pornografico”.

La Corte allora conclude, ancora con l’enfasi del corsivo, che: «***ai fini della configurabilità del reato di cui all’art. 612-ter cod. pen., la diffusione illecita di contenuti sessualmente espliciti può avere ad oggetto immagini o video che ritraggano***

⁴⁰ Nella specie, la Corte ha qualificato atti sessuali i toccamenti del seno, delle cosce, il bacio a labbra chiuse (v., per esempio, Cass. pen., Sez. III, 4 dicembre 1998, n. 1137, in Cass. pen., 2000, 930; Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2000, n. 12446, in Giust. pen., 2001, II, 606) e il semplice bacio sulla guancia (Cass. pen., Sez. III, 26 settembre 2012, n. 44480, cit.). Quanto al bacio, invece, si è di recente affermato che «ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale, va qualificato come “atto sessuale” anche il bacio sulla bocca che sia limitato al semplice contatto tra le labbra, potendosi detta connotazione escludere solo in presenza di particolari contesti sociali, culturali o familiari nei quali l’atto risulti privo di valenza erotica, come, ad esempio, nel caso del bacio sulla bocca scambiato, nella tradizione russa, come segno di saluto». Cfr. Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2018 (dep. 10 maggio 2018), n. 20712, che richiama espressamente Cass. pen., Sez. III, 13 febbraio 2007, n. 25112, in Cass. pen., 2008, 1039.

⁴¹ Per una panoramica dell’attuale diritto vivente in materia, sia consentito richiamare G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, 245-271.

atti sessuali ovvero organi genitali ovvero anche altre parti erogene del corpo umano, come i seni o i glutei, nudi o in condizioni e contesto tali da evocare la sessualità»⁴².

L'approdo della Corte era abbastanza prevedibile, specie in relazione ad un caso come quello sottopostole, nel quale oltre alla nudità è presente anche un contesto particolarmente intimo (il bacio definito "erotizzante" nei giudizi precedenti). A leggere bene la massima, tuttavia, la nudità delle zone erogene e il contesto evocativo della sessualità vengono presentati come requisiti alternativi, che non devono per forza sussistere contemporaneamente. L'adozione di un approccio di fatto "contestualistico", per quanto piuttosto prevedibile, atteso che nelle ipotesi limite è il contesto a dotare l'immagine di una connotazione sessuale⁴³ (si pensi, ad esempio, alla differenza che intercorre tra l'immagine di una persona in costume da bagno su una spiaggia e di una persona in intimo e in pose allusive in una camera da letto), non è certamente ideale sul piano della tassatività.

Sarà allora interessante osservare come si evolverà la giurisprudenza in casi più problematici di quello qui affrontato e come verrà utilizzato il riferimento al contesto, ovvero se (auspicabilmente) assumerà anche una valenza restrittiva, o se tale funzione sarà assolta esclusivamente dal diverso requisito della destinazione privata delle immagini. Nel frattempo, occorre segnalare come la sentenza commentata sia stata seguita a stretto giro (circa un mese dopo) da **un'altra pronuncia della Corte**, che, proprio rifacendosi ai principi ivi stabiliti, ha ritenuto "sessualmente espliciti" alcuni video nei quali la denunciante era raffigurata «**in biancheria intima**»⁴⁴. Dalle motivazioni non è possibile ricostruire con esattezza il fatto e soprattutto il tenore delle immagini, ma si trova specificato che «la diffusione delle immagini della persona offesa con la sola biancheria intima avveniva proprio per sottolineare l'ambito di svolgimento della vita sessuale nel quale erano state riprese», di talché sembra di capire che esse fossero state realizzate in momenti di spiccata intimità, contigui alla attività sessuale vera e propria.

⁴² Per una posizione simile in dottrina, M. Bianchi, *L'incriminazione del "revenge porn"*, cit., 6573, secondo la quale «sarebbe eccessivamente limitante circoscrivere la punibilità esclusivamente alle immagini che ritraggono pratiche sessuali in senso stretto (rapporto sessuale o autoerotismo). Appartengono al fenomeno in commento e risulterebbero, a nostro avviso, idonee ad integrare la fattispecie e a offendere i beni giuridici tutelati anche rappresentazioni erotiche di nudità focalizzate sugli organi genitali, sul seno o sulle natiche».

⁴³ Sia consentito un nuovo richiamo a G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., 2069. Dello stesso avviso anche M. Bianchi, *L'incriminazione del "revenge porn"*, cit., 6573 («in generale, nella valutazione del "contenuto sessualmente esplicito dell'immagine", soprattutto per i casi più dubbi, rileverà la sussistenza o meno di un contesto sessuale»).

⁴⁴ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 32602 (ud. 29 marzo 2023; dep. 26 luglio 2023), rel. Bifulco, in *Dejure*.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**