

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

3/2025

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-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 Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, 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, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, 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), Dario Albanese, Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Elisa Grisonich, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, 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 (salve 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*), 1/2023, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

G. GRASSO, <i>I riflessi del c.d. decreto fiscale sulla punizione a carico dell'ente</i>	5
C. SAVAZZI, <i>Riflessioni sulla volontà: un caso del Tribunal Supremo spagnolo sull'utilizzo degli strumenti di neuroscienza nel processo penale</i>	61
A. ARMANO, <i>L'iter normativo della c.d. "legge bavaglio è giunto al termine</i>	95
A. MASSARO, <i>La Direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica: il possibile impatto sull'ordinamento italiano</i>	109
M. RIGON, <i>Il "secondo significato" della presunzione d'innocenza e la riparazione dell'errore giudiziario: note a margine della recente decisione della Corte edu Nealon e Hallam c. Regno unito</i>	145

SCHEDE

G.L. GATTA, <i>Una tragica fatalità non è reato e non merita una pena: il caso dell'omicidio di un'anziana signora investita da un bambino che imparava ad andare in bicicletta con il suo papà</i>	157
L. MASERA, <i>Le Sezioni Unite civili sul caso Diciotti: una decisione di grande importanza anche in sede penale</i>	161
F. ALMA, <i>Sull'automatismo della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale ex art. 34. co. 2 c.p.: la parola alla Consulta</i>	169
L. CAMALDO, <i>Decreto Caivano: per la Corte costituzionale sulla prova minorile "semplificata" deve decidere il giudice collegiale (art. 27-bis, comma 2, d.P.R. n. 448/1988)</i>	179
G.L. GATTA, <i>Durata massima delle intercettazioni (45 giorni). Note a caldo sulla legge Zanettin</i>	189

I RIFLESSI DEL C.D. DECRETO FISCALE SULLA PUNIZIONE A CARICO DELL'ENTE

Fra ipotesi di non punibilità e strumenti di integrazione dei "binari" punitivi

di Giovanni Grasso

*Pur non interessandosi direttamente della responsabilità degli enti, la recente riforma del sistema sanzionatorio tributario, per un verso, ripropone alcune costanti criticità e, per un altro, tenta di offrire nuove soluzioni dinanzi a questioni annose. Per quanto riguarda il primo aspetto, l'intento di valorizzare la particolare tenuità del fatto nei reati tributari fa rimanere attuale il problema della non comunicabilità alle società delle ipotesi di non punibilità. In merito al secondo profilo, invece, la nuova introduzione di uno strumento di integrazione fra i binari punitivi mira a superare i dubbi di compatibilità del sistema sanzionatorio con il *ne bis in idem* europeo. Tuttavia, l'ampiezza di quest'ultima previsione solleva diversi quesiti in ordine alla sua portata applicativa, nel dialogo fra sistemi, quello strettamente amministrativo e quello penal-collettivo, che presentano caratteri eterogenei.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'attuazione della c.d. delega fiscale sulla revisione del sistema sanzionatorio. – 2. Un nodo irrisolto: le vicende asimmetriche della punibilità tra persona fisica ed ente responsabile. – 3. Il *ne bis in idem* e il "doppio binario" sanzionatorio e procedimentale secondo la giurisprudenza europea: un quadro di sintesi. – 4. Le modifiche del "decreto fiscale" inerenti al coordinamento procedimentale. – 5. La fisionomia del "doppio binario" punitivo a carico degli enti prima della riforma. – 6. Il problema dell'*idem factum* fra imputazione oggettiva dell'illecito amministrativo e collocazione della colpa d'organizzazione nella teoria dell'illecito para-penale dell'ente. – 7. Analisi del nuovo art. 21-ter d.lgs. 74/2000: "nuove" soluzioni, nuovi problemi? – 7.1. Oggetto della compensazione: riguarda la sola sanzione pecuniaria o può riferirsi anche alle sanzioni interdittive? – 7.2 Il *quomodo* della compensazione delle sanzioni pecuniarie alla luce della commisurazione bifasica di cui all'art. 11 d.lgs. 231/2001. – 7.3. Il dichiarato teleologismo riduttivo e la commisurazione extraeditale. I limiti della riduzione: è possibile disapplicare la sanzione? – 7.4. L'individuazione della "parte eccedente". – 8. Riflessioni autonome sugli enti di piccole dimensioni. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione. L'attuazione della c.d. delega fiscale sulla revisione del sistema sanzionatorio.

In un contesto di revisione complessiva del sistema tributario, con il d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87 il legislatore ha dato attuazione a quella parte della delega contenuta nella l. 9 agosto 2023, n. 111 che riguardava la disciplina sanzionatoria, amministrativa

e penale¹. Tra gli altri profili, la riforma ha inteso conferire rilievo ad alcune fattispecie di non punibilità e ha ridisegnato alcuni aspetti dei rapporti fra procedimento amministrativo e procedimento penale, nell’ottica di rendere il quadro normativo maggiormente in linea con i principi europei².

Dopo l’introduzione nel 2019 dell’art. 25-*quinquiesdecies* d.lgs. 231/2001 – che ha ampliato il novero dei reati presupposto della responsabilità dell’ente attraendovi alcuni dei reati tributari previsti dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74³, colmando così una lacuna normativa fronteggiata fino a quel momento attraverso strumenti alternativi⁴ – si perviene così a un nuovo intervento di riforma dell’apparato sanzionatorio fiscale, benché questa volta secondo un disegno di revisione maggiormente organico. Pur in assenza di un criterio specifico nella legge delega che riguardasse gli enti⁵, le modifiche legislative del 2024 pongono alcuni interrogativi circa i riflessi sul loro trattamento punitivo. In particolare, in alcuni casi si ripropongono dubbi interpretativi analoghi a quelli del passato recente, come nel caso delle ipotesi di non punibilità; in altri il decreto ha affrontato direttamente i problemi già sollevati dalla dottrina, ma rimanendo diverse questioni da sciogliere in vista della sua futura applicazione.

¹ Per un primo commento concernente lo schema di decreto, si v. F. DI VIZIO, [L’irrefrenabile funzionalizzazione riscossiva del moderno diritto penale tributario](#), in *questa Rivista*, 19 aprile 2024, p. 1 ss. Sul d.lgs. 87/2024 in seguito alla sua pubblicazione, invece, si v. i rilievi di T. SABBATINI, *La riforma dei reati tributari: appunti sul D.lgs. 87/2024*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 9/2024, p. 1 ss.

² Per un primo commento sulla legge delega 111/2023, si v. P. VENEZIANI, [La legge delega per la riforma fiscale: una prima lettura dei profili penalistici](#), in *questa Rivista*, 9/2023, p. 23 ss. Peraltro, sempre in attuazione della legge delega, il Consiglio dei Ministri ha poi approvato nella seduta n. 89 del 22 luglio 2024, in sede di esame preliminare, un nuovo Testo unico degli illeciti e delle sanzioni fiscali, amministrative e penali.

³ Intervento a cui ha dato impulso la normativa sovranazionale, alla luce della direttiva UE/2017/1371 (c.d. PIF). Fino a quel momento, la dottrina aveva suggerito l’opportunità di estendere la responsabilità degli enti anche ai reati tributari, trattandosi di un rischio tipico dell’attività d’impresa. Sul punto, si v. E. BASILE, [Breve note sulla nuova direttiva PIF](#), in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, p. 72; P. IELO, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 3/2007, p. 7 ss. In senso contrario, si v. C. SANTORIELLO, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell’opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, in *Arch. Pen.*, 1/2017, p. 7 ss.; I. CARACCIOLI, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2007, p. 155. Per una sintesi del dibattito, si v. F.M. MAGNELLI, *Sulla (in)compatibilità del sistema repressivo degli illeciti fiscali con lo statuto transnazionale del ne bis in idem: tra proporzionalità e 231*, in *Giurisprudenza penale web*, 12/2019, p. 12 ss.

⁴ Come la contestazione dei reati di false comunicazioni sociali, associazione per delinquere e autoriciclaggio⁴ e la confisca del profitto conseguito dall’ente in conseguenza proprio della commissione di reati tributari a proprio vantaggio: in questi termini, Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561, *Gubert*. Invero, la giurisprudenza si è espressa poi nel senso di negare la possibilità di contestare fattispecie “strumentali”, quale quella di associazione per delinquere, in via totalmente autonoma e priva di una connessione con delitti-scopo già contemplati tra i reati presupposto della responsabilità dell’ente: si v. Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635. Tuttavia, in seguito e con riferimento al sequestro preventivo in materia di reati tributari, la giurisprudenza successiva ha affermato l’autonomia del profitto del delitto associativo rispetto a quello dei delitti-scopo, in quanto coincidente con il risultato complessivo di quello ricavato da questi ultimi: si v. Cass., sez. III, 14 ottobre 2015, n. 46162; conf. Cass., sez. VI, 17 aprile 2018, n. 38243. In senso analogo, per l’affermazione della responsabilità dell’ente e per la correttezza dell’applicazione della confisca, si v. Cass., sez. III, 4 marzo 2020, n. 8785.

⁵ Lo ha rimarcato P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 31 ss.

2. Un nodo irrisolto: le vicende asimmetriche della punibilità tra persona fisica ed ente responsabile.

Nell'attuazione della delega fiscale, fra le norme innestate dal d.lgs. 87/2024 nel d.lgs. 74/2000, viene in rilievo l'art. 13, comma 3-ter, che introduce degli indici per valutare la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p.⁶: a) l'entità dello scostamento dell'imposta evasa rispetto al valore soglia stabilito ai fini della punibilità; b) salvo quanto previsto al comma 1 – che si occupa della non punibilità susseguente che discende dal pagamento processualmente tempestivo del debito tributario – l'avvenuto adempimento integrale dell'obbligo di pagamento secondo il piano di rateizzazione concordato con l'amministrazione finanziaria; c) l'entità del debito tributario residuo, quando sia in fase di estinzione mediante rateizzazione; d) la situazione di crisi ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera a), del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14⁷.

L'introduzione di una previsione specifica inerente alla non punibilità per particolare tenuità del fatto ripropone il tema dell'asimmetria delle conseguenze punitive fra persona fisica e persona giuridica, tematica già stata discussa in dottrina dopo l'innesto del 2019, sia pure in relazione al pagamento del debito tributario (art. 13 d.lgs. 74/2000). Difatti, la mancanza di una previsione *ad hoc* sulla responsabilità degli enti, a giudizio dei primi commentatori, ha generato una disparità di trattamento tra la persona fisica e la persona giuridica, poiché soltanto la prima si sarebbe giovata della non punibilità, alla luce della previsione dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001, nonostante sovente sia l'ente a corrispondere il debito per conto della persona fisica⁸. Tale disparità, inoltre, è stata ritenuta irragionevole, tenuto conto della medesimezza della *ratio* riscossiva che innerva il sistema punitivo tributario e che verrebbe soddisfatta di fronte all'adempimento dell'ente⁹.

Più in generale, il legislatore non ha dettato una disposizione specifica sulla comunicabilità agli enti degli effetti delle cause di non punibilità, poiché si è limitato a prevedere l'inesistenza dell'estinzione del reato nel quadro del riconoscimento dell'autonomia delle due responsabilità (art. 8). Previsione che, tuttavia, è stata interpretata dalla giurisprudenza in maniera estesa, comprensiva delle cause di non

⁶ Per un commento a una pronuncia antecedente alla modifica del 2022 dell'art. 131-bis, in relazione alla rilevanza condotta susseguente, con particolare riferimento ai reati tributari, si v. L. VALOTTI, [L'art. 131 bis c.p. e i reati tributari: presupposti applicativi e novità dopo la riforma Cartabia](#), in *questa Rivista*, 24 febbraio 2023.

⁷ Per una critica dello "stato di crisi qualificata" del debito, come indice della particolare tenuità del fatto, specialmente alla luce della duplice rilevanza del criterio, si v. F. DI VIZIO, *op. cit.*, p. 45.

⁸ Con conseguente dissuasione dall'autodenuncia: in questi termini, R. BARTOLI, [Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza](#), in *questa Rivista*, 3/2020, p. 225-226.

⁹ *Ibidem*; per questo l'Autore suggerisce, innanzitutto, una revisione dell'art. 8 cit.

punibilità in senso stretto¹⁰. Al contempo, non sono state né replicate né adattate le ipotesi di non punibilità dettate per le persone fisiche.

In linea di principio, in un sistema fortemente innervato da scopi di prevenzione speciale, premialità e rieducazione vanno di pari passo: gli istituti premiali si giustificano nei confronti dell'ente se viene restaurata e implementata la propria capacità di prevenzione dei reati¹¹. Sulla scorta di tali considerazioni, taluni giustificano la mancata estensione in via automatica all'ente di alcune ipotesi di non punibilità della persona fisica, poiché la valutazione incentrata sull'autore del 'fatto di connessione' nulla dice sulla posizione dell'ente rispetto all'illecito¹².

Al contempo, non va trascurato che, sul piano della valutazione ordinamentale circa la meritevolezza di pena, resta ingiustificato il ricorso alla stessa allorché tale giudizio, spostato sull'ente, riveli la ripetizione per quest'ultimo delle ragioni che hanno condotto alla rinuncia alla sanzione per la persona fisica. In altri termini, nessun automatismo, ma occorre comunque muovere verso un'integrazione fra i presupposti normativi al fine di condurre tali vicende verso una condizione di simmetria.

Dunque, alla luce del principio di *extrema ratio*, si ritiene priva di giustificazione l'assenza *tout court* di una causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, corrispondente a quella prevista dall'art. 131-bis c.p. L'istanza di 'autoriduzione' delle risposte punitive riguarda l'intero ordinamento; al contrario, tale obiettivo verrebbe raggiunto solo parzialmente, con conseguente incompiutezza del sistema, se venissero trascurati gli enti collettivi¹³.

¹⁰ Cass., sez. III, 10 luglio 2019, n. 1420; Cass., sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518; Cass., sez. III, 28 febbraio 2018, n. 9072; Cass., sez. III, 17 novembre 2017, n. 90702. Per i commenti a tale orientamento, senza pretesa di esaustività, si v. G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *disCrimen*, 14 dicembre 2018, p. 10 ss.; A. BERNASCONI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e autonomia delle responsabilità dell'ente*, in *Proc. pen. giust.*, 4/2018, p. 579 ss.; P. CIRILLO, [L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione](#), in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, p. 157 ss.; F. FURIA, [La Cassazione ribadisce che l'art. 131-bis c.p. non esclude la responsabilità da reato degli enti](#), in *questa Rivista*, 15 gennaio 2020; S. LARIZZA, *Particolare tenuità del fatto e responsabilità degli enti da reato*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1999 ss.; L. LALTILIA, *L'inapplicabilità all'ente della particolare tenuità del fatto riconosciuta in capo all'autore (persona fisica) del reato*, in *Arch. pen.*, 1/2020; E. PIRGU, [Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato \(presupposto\) non esclude la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001](#), in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, p. 187.

¹¹ A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Giappichelli, 2022, *passim*; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo*, cit., p. 521.

¹² F. D'ARCANGELO, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Giappichelli, 2020, p. 324; V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 632 ss., p. 653. Anzi, in dottrina si è efficacemente osservato che potrebbe sussistere un rapporto di proporzionalità inversa tra gravità della carenza strutturale e tenuità del reato; la particolare tenuità del fatto di connessione potrebbe dipendere proprio dalla sua integrazione in un contesto ad elevata disorganizzazione: in questi termini, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2017, p. 470 ss.

¹³ N. SELVAGGI, *Tre temi sulla «riforma» della responsabilità da reato dell'ente*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova University Press, 2016, p. 47 ss.

In definitiva, dovrebbero aprirsi degli spazi per una valutazione calibrata anche sulle peculiarità strutturali dell'illecito dell'ente. Detto altrimenti, alla particolare tenuità del reato dovrebbe affiancarsi il compimento di un'ulteriore valutazione, come quella inerente alla occasionalità del fatto, anche per la persona giuridica, integrata dal giudizio sulle proprie carenze organizzative, valorizzando i gradi della colpa dell'ente ed escludendo la punibilità nei casi in cui tali difetti siano risultati di lieve entità¹⁴.

3. Il *ne bis in idem* e il “doppio binario” sanzionatorio e procedimentale secondo la giurisprudenza europea: un quadro di sintesi.

Come anticipato, le altre modifiche di interesse per le persone giuridiche hanno investito il tema dei rapporti fra divieto di *bis in idem* e “doppio binario” sanzionatorio e procedimentale. Giova rammentare che, partendo dai c.d. criteri *Engel*¹⁵ e in virtù dell'adesione a una nozione storico-naturalistica di *idem factum*¹⁶, in merito la giurisprudenza europea ha oscillato fra le due dimensioni del divieto, quella sostanziale e quella processuale¹⁷. L'ultimo approccio, nel tentativo di bilanciare fra diverse istanze in gioco, è stato quello ‘flessibilizzante’ espresso dalla Grande Camera in *A e B c. Norvegia* (25 novembre 2016): quello della ricerca di una «*sufficiently close connection in substance and time*»¹⁸.

¹⁴ Per tale proposta, si v. A. SAVARINO, *I modelli organizzativo-gestionali tra autonormazione e meccanismi premiali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2021, p. 331 ss.; nel senso che l'adeguatezza del sistema di *compliance* dovrebbe assumere un ruolo centrale nel giudizio sulla tenuità del fatto dell'ente, anche M. COLACURCI, *L'illecito “riparato” dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. 231/2001*, Giappichelli, 2022, p. 370. Altrimenti, la *ratio* preventiva verrebbe mortificata con riferimento a tutti quei reati astrattamente riconducibili all'alveo della causa di non punibilità: G. VARRASO, *Autonomia del sistema sanzionatorio a carico dell'ente nel d.lgs. 231/2001 e non punibilità dell'imputato di reato*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2020, p. 24. Per la preoccupazione circa le elusioni del sistema produttivo che potrebbero scaturire attraverso la frammentazione della realtà produttiva, si rinvia a N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

¹⁶ Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russia*; per la giurisprudenza costituzionale v. Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200.

¹⁷ Per una ricostruzione dei rapporti fra le due diverse fisionomie del divieto, si v. M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. Pen.*, 1/2015, p. 1 ss.

¹⁸ Ove si fa richiamo a un criterio già emerso in altre pronunce, in tema di guida senza patente. Tuttavia, la Corte non ne aveva mai specificato i contenuti: Corte EDU, *R.T. c. Svizzera*, 30 maggio 2000; Corte EDU, *Nilsson c. Svezia*, 13 dicembre 2005; Corte EDU, *Maszni c. Romania*, 21 settembre 2006; Corte EDU, *Boman c. Finlandia*, 17 febbraio 2015; Corte EDU, *Rivard c. Svizzera*, 4 ottobre 2016. Dapprima ne era stata affermata nettamente, invece, la portata preclusiva in termini processuali, nella nota vicenda *Grande Stevens c. Italia* (4 marzo 2014), con conseguente illegittimità dell'apertura di un secondo procedimento per chi fosse stato già sanzionato in altra sede. Intervenuta in relazione agli illeciti di manipolazione di mercato da parte del t.u.f. In seguito, la giurisprudenza europea ha ribadito questa lettura in materia tributaria: Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*. Invero, in tale pronuncia emerge per la prima volta anche uno dei criteri a cui farà richiamo la giurisprudenza successiva: il rapporto fra i due diversi procedimenti. Il principio di *Grande Stevens* è stato applicato anche da Corte EDU, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*.

Il criterio di *A e B c. Norvegia*, invece, è stato poi ribadito da numerose pronunce. Senza pretesa di esaustività,

La Corte ha elencato una serie di fattori da tenere in considerazione per valutarne la sussistenza: 1) i procedimenti previsti devono avere scopi complementari e riguardare differenti profili della medesima condotta antisociale; 2) la duplicazione deve essere una conseguenza prevedibile della condotta; 3) essi devono procedere in modo tale da evitare, per quanto possibile, ogni duplicazione nella valutazione e raccolta delle prove, attraverso un'adeguata interazione tra le Autorità e in modo da far sì che l'accertamento dei fatti realizzato in uno dei procedimenti sia utilizzato nell'altro; 4) la sanzione irrogata per prima deve essere tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo tale da rispettare, nel complesso, la proporzionalità delle pene inflitte; 5) la connessione cronologica tra i procedimenti, che tuttavia non implica la conduzione perfettamente parallela degli stessi, ma che preclude che il secondo procedimento possa pendere in maniera indefinita come una "spada di Damocle" sul soggetto già sanzionato. Per queste ragioni la Corte apre a due procedimenti consecutivi, purché non si profilino incertezze sulla situazione dei soggetti coinvolti.

L'orientamento della Grande Camera è stato oggetto di adesione solo parziale¹⁹, almeno in un primo momento, da parte della CGUE, nell'interpretazione, *ex art.* 267 TFUE, dell'art. 50 CDFUE²⁰. Difatti, nella sentenza della Grande sezione del 20 marzo 2018, e in particolare nel caso *Menci*, vi è un implicito allineamento alla giurisprudenza di Strasburgo in tema di coordinamento procedimentale²¹ e di congruità del sistema del doppio binario con l'art. 50 CDFUE²², pur mancando ogni riferimento alla connessione temporale²³.

nel senso della violazione del divieto si v.: Corte EDU, 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*; Corte EDU, 16 aprile 2019, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*; Corte EDU, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*; Corte EDU, 16 giugno 2022, *Golundris e Vardinogianni c. Grecia*; con una precisazione sul concetto di "decisione definitiva", Corte EDU, Grande Camera, *Mihalache c. Romania*, 8 luglio 2019; Corte EDU, 21 luglio 2020, *Velkov c. Bulgaria*; per il carattere assorbente dell'insussistenza della connessione sostanziale, si v. Corte EDU, 6 aprile 2021, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*; Corte EDU, 31 agosto 2021, *Milošević c. Croazia*. Nel senso della esclusione della trasgressione si v.: Corte EDU, 29 settembre 2020, *Faller e Steinmetz c. Francia*; Corte EDU, 8 ottobre 2020, *Bajčić c. Croazia*; Corte EDU, 30 novembre 2021, *Galović c. Croazia*.

¹⁹ Si cfr. A. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 170 ss. Per la distinzione tra *ne bis in idem* come regola – così declinato in sede convenzionale – e come principio – così in sede unionale – si v. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *Eurojus.it*, 22 marzo 2018.

²⁰ CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, cause riunite C-524/15, *Menci*, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*, e C-596/16, *Di Puma e Zecca*.

²¹ Osserva che tale criterio è valutato soltanto in termini astratti N. RECCHIA, *op. cit.*

²² Si v. CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, § 54-57. Si cfr. anche le osservazioni sulla peculiarità del bilanciamento operato dalla Corte fra l'interesse al mantenimento del cumulo e il diritto al *ne bis in idem*, anche con riguardo al rilievo della proporzionalità, formulate da A. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 165.

²³ Ciò che renderebbe più elevato lo standard di tutela convenzionale: si cfr. A. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 176. Prospettiva recentemente ribadita con riguardo al "doppio binario" francese in materia tributaria, là dove si è affermata la legittimità del cumulo sempre che sia garantita la proporzionalità complessiva della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità del fatto. CGUE, 5 maggio 2022, C-570/20. Questa enfasi sulla proporzionalità della risposta complessiva avvicina questo approccio alle applicazioni giurisprudenziali interne successive ad *A e B c. Norvegia*, sulle quali, tuttavia, non è possibile soffermarsi in questa sede.

In tempi più vicini, invece, la CGUE ha richiesto anche l'indagine sulla relazione cronologica fra i procedimenti, palesando così un possibile ulteriore avvicinamento fra Lussemburgo e Strasburgo²⁴.

4. Le modifiche del “decreto fiscale” inerenti al coordinamento procedimentale.

Nel tentativo di definire meglio la comunicazione tra il procedimento tributario e quello penale, viene in rilievo, in primo luogo, l'art. 13-*bis*, che, temperando il rigore del principio di autonomia dei due procedimenti (“principio del doppio binario”, per l'appunto), dispone la sospensione del procedimento penale se il debito è in fase di estinzione mediante rateizzazione. In questo caso, l'interesse alla riscossione del debito, temperato con le esigenze del debitore riconosciute dall'Amministrazione finanziaria, prevale su quello alla conduzione separata dei due procedimenti.

In secondo luogo, viene modificato l'art. 21, rispetto al quale occorre interrogarsi sui riflessi nei confronti degli enti del nuovo regime di coordinamento fra i “binari”.

La nuova disciplina normativa, infatti, rende applicabile anche agli enti quella parte della regolamentazione dei profili procedurali del d.lgs. 74/2000 da cui prima erano esclusi. Si tratta della previsione – strumentale alla realizzazione del coordinamento fra le diverse autorità – della sospensione della eseguibilità della sanzione amministrativa nell'attesa della definizione del procedimento penale di cui all'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000. Da tale ipotesi venivano eccettuati gli enti, alla luce della esclusione dei soggetti diversi da quelli di cui all'art. 19, comma 2 – formula peraltro ancora conservata dopo la riforma – mentre il d.lgs. 87/2024 ha introdotto un nuovo comma 2-*bis*, che stabilisce che «La disciplina del comma 2 si applica anche se la sanzione amministrativa pecuniaria è riferita a un ente o società quando nei confronti di questi può essere disposta la sanzione amministrativa dipendente dal reato ai sensi dell'articolo 25-*quinquiesdecies* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231». Innovazione che, tuttavia, solleva alcuni dubbi interpretativi in ordine al riferimento alla potenziale applicazione della sanzione “231”: se, in particolare, essa debba essere intesa con riguardo alla astratta sussistenza del reato presupposto – il che vale in ogni caso, stante la coincidenza tra i *facta* – ovvero se sia richiesto il compimento di un atto formale del procedimento penale, quale l'iscrizione nel registro delle notizie di reato o ancora l'esercizio dell'azione penale²⁵.

²⁴ CGUE, 14 settembre 2023, causa C-27/22, intervenuta in materia di pratiche commerciali scorrette.

²⁵ Dubbi sollevati da A. INGRASSIA, *La revisione dei rapporti tra pretesa tributaria e giudizio penale. Verso nuove forme di pregiudiziale tributaria e penale? Everything Everywhere All At Once*, Relazione al Convegno di studi “La riforma fiscale e il sistema sanzionatorio futuro: aspetti di rilievo tributario e penalistico”, Centro di Diritto Penale Tributario (CDPT) Milano, 9 aprile 2024. La relazione è disponibile su Youtube al seguente link: <https://www.youtube.com/watch?v=2vjvpX2n17M>, 2:22:15 ss. Per le osservazioni alle quali si è appena fatto richiamo, si v. 2:44:40 ss. Inoltre, dato che la sospensione dialoga con il principio di specialità di cui all'art. 19, per l'A. la nuova disposizione risulta «incerta nel suo funzionamento» e «nella migliore delle ipotesi inutile; nella peggiore dannosa».

Al di là del meccanismo sospensivo, resta ferma la disciplina dettata sull'interazione fra le autorità procedenti. Circa la compatibilità con il quadro europeo, può essere bastevole il richiamo a quanto osservato dalla giurisprudenza costituzionale, che si è espressa nel senso della idoneità del sistema a raggiungere tale scopo grazie agli strumenti messi a disposizione già prima della riforma del 2024²⁶.

Nello specifico, la contestualità dell'avvio dei procedimenti è garantita dagli obblighi di comunicazione reciproci degli illeciti tributari da parte della Guardia di Finanza all'autorità giudiziaria (art. 331 c.p.p. e art. 36 d.P.R. n. 600 del 1973), nonché in capo a quest'ultima nei confronti dell'Agenzia delle entrate (art. 14, comma 4 l. 24 dicembre 1993, n. 537). A ciò si aggiunge la comunicabilità del materiale istruttorio raccolto nei diversi procedimenti, anche in tal caso in maniera reciproca, in base agli artt. 63, comma 1, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, 33, comma 3, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 d.P.R. n. 600 del 1973 e 220 delle Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, con utilizzabilità del materiale in sede penale ai sensi degli artt. 234 o 238-bis c.p.p.²⁷.

L'apparato di strumenti volti ad assicurare una compiuta integrazione procedimentale è stato ulteriormente rafforzato proprio dal recente d.lgs. 87/2024. Innanzitutto, ciò è avvenuto attraverso l'esplicitazione dell'interazione fra il Pubblico Ministero e la Direzione provinciale dell'Agenzia delle entrate in occasione dell'instaurazione del processo penale: una volta esercitata l'azione penale, di ciò il primo deve dare comunicazione alla seconda, specificando l'imputazione (art. 129, comma 3-*quater* disp. att. c.p.p.). Dal canto proprio, l'Agenzia delle entrate «risponde senza ritardo trasmettendo, anche al competente Comando della Guardia di Finanza, l'attestazione relativo allo stato di definizione della violazione tributaria» (artt. 32 d.P.R. 600/1973 e 51 d.P.R. 633/1972).

Inoltre, viene riconosciuto espressamente che le sentenze irrevocabili adottate nel processo tributario e gli atti di accertamento definitivi, anche qualora si tratti di accertamento con adesione, possono essere acquisiti e utilizzati dall'autorità giudiziaria come prova del fatto nel processo penale (art. 20, comma 1-*bis* d.lgs. 74/2000)²⁸.

Per converso, viene disposta l'efficacia in sede tributaria delle sentenze di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, purché resa in

²⁶ In questo senso, proprio nel caso *Menci*, Corte cost., 15 luglio 2019, n. 222. Per i commenti alla prima pronuncia, si v. E. APRILE, *La Corte costituzionale chiarisce quali sono i criteri per valutare la compatibilità con il divieto di bis in idem di un sistema normativo che prevede il "doppio binario sanzionatorio", penale e amministrativo, per lo stesso fatto*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 596 ss.; E. BINDI, *La delimitazione dei confini del ne bis in idem*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, in *giurcost.org.*, p. 275 ss.; A. DE LIA, *La Consulta sul bis in idem in materia tributaria. Un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 222/2019*, in *Forum Quad. cost.*, 31 dicembre 2019; M. SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 2649 ss. In senso conforme, si v. Corte cost., 20 maggio 2020, n. 114; Corte cost., 10 giugno 2021, n. 136.

²⁷ *Ex plurimis*, Cass. civ., sez. trib., 14 novembre 2012, n. 19859; Cass. civ., sez. trib., 20 marzo 2013, n. 6918; Cass. civ., sez. trib., 3 dicembre 2010, n. 24587; Cass. civ., sez. trib., 22 maggio 2015, n. 10578; Cass., sez. III, 24 settembre 2008, n. 39358; Cass., sez. III, 28 ottobre 2015, n. 1628; Cass., sez. III, 23 ottobre 2018, n. 54379.

²⁸ In merito, F. SABBATINI (*op. cit.*, p. 20) osserva che viene così recepita una prassi già consolidata.

dibattimento e in relazione agli «stessi fatti materiali» (art. 21-*bis* d.lgs. 74/2000)²⁹. Di tale efficacia extrapenale si giova anche l'ente: infatti, essa si comunica alla «persona fisica nell'interesse della quale ha agito il dipendente, il rappresentante legale o negoziale, ovvero nei confronti dell'ente e società, con o senza personalità giuridica, nell'interesse dei quali ha agito il rappresentante o l'amministratore anche di fatto, nonché nei confronti dei loro soci o associati», benché, per ragioni evidenti, limitatamente alla formula assolutoria “il fatto non sussiste”.

Nel tentativo di disegnare una disciplina coerente con il dato codicistico, la disposizione di nuovo conio ripercorre la formulazione dell'art. 654 c.p.p., della quale ripete la circoscrizione di tale efficacia alla pronuncia resa in dibattimento. Dunque, tale sede viene preferita dal legislatore per la sua funzione di realizzare appieno il contraddittorio, nonostante le diverse riforme che nel corso degli anni abbiano tentato di valorizzare la definizione in udienza preliminare³⁰.

All'opposto, se la sanzione tributaria viene applicata per prima – come avviene più di frequente – l'eventuale intervento di un provvedimento di archiviazione ovvero di una sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto funge da causa di cessazione della sospensione della eseguibilità della sanzione (art. 19, comma 2, in seguito al d.lgs. 87/2024). Sicché la sanzione già irrogata non solo non viene travolta dal provvedimento, data la sua definitività, ma potrà essere così riscossa.

È chiaro che il rafforzamento delle modalità di coordinamento procedimentale consolida la coerenza astratta del sistema sanzionatorio tributario con alcuni dei criteri elaborati dalla giurisprudenza europea, ma renderà ineludibile la verifica concreta sull'atteggiarsi di tale interlocuzione e, di conseguenza, sull'esistenza di una connessione temporale sufficientemente stretta.

²⁹ Si rammenti che il tema era stato affrontato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sia pure limitatamente alla materia degli abusi di mercato. In particolare, nelle Cause C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca* veniva in rilievo la pregressa irrogazione di una sanzione amministrativa nei confronti di persone fisiche assolve in sede penale in relazione allo stesso fatto di abuso di informazioni privilegiate. Interrogata in via pregiudiziale, la CGUE ha statuito che l'art. 14, par. 1 dir. 2003/6/CE, letto alla luce dell'articolo 50 CDFUE, «*va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale (n.d.a.: l'art. 654 c.p.p.) in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati*» (CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, cause C-596/16 e C-597/16).

³⁰ In senso critico su tale restrizione alle pronunce dibattimentali, si v. F. SABBATINI, *op. cit.*, p. 22, il quale osserva che dalla mancata inclusione della sentenza di assoluzione resa all'esito del rito abbreviato potrebbero discendere tanto delle iniquità fra imputati più abbienti e meno abbienti quanto un disincentivo per la scelta del rito. Inoltre, l'A. critica altresì la mancata inclusione della sentenza di non luogo a procedere, nonostante la recente modifica della regola di giudizio da parte della riforma Cartabia.

5. La fisionomia del “doppio binario” punitivo a carico degli enti prima della riforma.

In ogni caso, la riforma ha precisato al citato art. 21, comma 2-*bis*, ultimo periodo, che resta fermo quanto previsto dai nuovi artt. 21-*bis*, già esaminato, e 21-*ter*.

L’art. 21-*ter* rappresenta la disposizione attraverso la quale si vuole rendere conforme il “doppio binario” sanzionatorio in materia tributaria, dal punto di vista sostanziale e con un riconoscimento normativo espresso, agli approdi più recenti della giurisprudenza europea, al fine di condurre alla irrogazione di una “sanzione integrata”³¹.

D’acchito, la previsione sembra omologarsi a quella contenuta nell’art. 187-*terdecies* t.u.f., della quale presenta alcuni tratti, ma al contempo talune divergenze strutturali e lessicali. L’approfondimento di questi aspetti rende opportuno, però, ricostruire preliminarmente il dibattito relativo alla situazione normativa previgente.

Prima della riforma del 2024, gli interpreti avevano provato a individuare delle soluzioni che potessero adeguare il quadro sanzionatorio ai principi europei. È evidente che il presupposto di un simile ragionamento è dato dal riconoscimento dei diritti fondamentali, e in particolare delle garanzie penalistiche, in favore degli enti. Sennonché, richiedendo l’argomento una sede di approfondimento apposita, ci si limiterà a dare per assunto questo aspetto³².

³¹ Per la teorizzazione della “sanzione integrata”, si v. l’opera monografica di A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell’ordinamento multilivello*, Giappichelli, 2023, *passim*, spec. p. 287 ss.

³² Tematica che può essere posta in chiave problematica se si considera che la Costituzione italiana è silente sul punto. Diversamente, quella tedesca contiene una clausola di riconoscimento in capo alle persone giuridiche dei diritti contemplati per l’individuo, purché tale applicazione risulti coerente con la diversità d’essenza che le connota (art. 19, comma 3 GG). Invero, anche la Costituzione statunitense tace sul punto, ma ciò non ha impedito alla Corte Suprema di esprimersi a più riprese nel senso della estensibilità in favore delle *corporations* dei diritti costituzionali. In argomento: A. WINKLER, *We the corporations. How American Businesses Won Their Civil Rights*, Liveright, 2018, *passim*; B. GARRET, *The Constitutional Standing of Corporations*, in *Univ. of Pennsylvania L. Rev.*, 2014, vol. 163, p. 96 ss.

L’approccio della giurisprudenza americana è stato contrassegnato, però, da un intenso pragmatismo, più attento alla risoluzione delle singole vicende, che non alla ricostruzione di una teoria dei diritti fondamentali degli enti collettivi che tenesse in considerazione i problemi connessi alla loro particolare condizione giuridica. Per queste ragioni il riconoscimento o disconoscimento è avvenuto *right-by-right*, avuto riguardo ai contenuti e alle funzioni del diritto specificamente rilevante. Fra i casi più celebri, si segnalano *Citizens United v. FEC*, 130 S. Ct. 876 (2010), in merito al c.d. *free corporate speech*, e *Burwell, et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 573 S. Ct. 682 (2014), sulla *religious freedom*. Per le garanzie penalistiche, si cfr. *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 75 (1906), che ha escluso che l’ente potesse beneficiare dei diritti previsti dal V emendamento e in particolare del *right against self-incrimination*. Nondimeno, è stata fatta applicazione *corporations* della *Double Jeopardy clause* prevista dal V emendamento (*United States v. Martin Linen Supply Co* 430 U.S. 564, 567 (1977); *Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141, 143 (1962)), pur senza che la Corte Suprema ne affermasse nettamente l’estensibilità: in questi termini, C. O’KELLEY JR., *The Constitutional Rights of Corporations Revisited, Revisited: Social and Political Expression and the Corporation after First National Bank V. Bellotti*, in *The Georgetown Law Review*, vol. 67, 1979, p. 1358. Si è osservato come il mancato approfondimento di tale problema ha precluso di confrontare le ragioni di tale estensione con l’affermazione giurisprudenziale secondo cui il diritto al *ne bis in idem* sarebbe ricollegato alla tutela della sfera morale dell’individuo: B. GARRET, *op. cit.*, p. 133-134. Considerazioni analoghe possono essere espresse rispetto al principio di proporzionalità della sanzione,

Un primo orientamento, sull'assunto della riconduzione della responsabilità dell'ente al concorso di persone nel reato, ha proposto di applicare l'art. 119 c.p. per estendere all'ente gli effetti della causa di non punibilità *ex art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000*, posta la sua natura oggettiva³³.

Questa tesi, oltre a riproporre le criticità di un inquadramento tutt'altro che pacifico in dottrina³⁴, si scontra con l'interpretazione usuale dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001, che, a prescindere dalle critiche mosse, non dà spazio ad automatismi operativi delle cause di non punibilità contemplate per la persona fisica³⁵. Peraltro, a fronte dell'assenza

atteso che la Corte Suprema degli USA dichiara normalmente la sindacabilità sotto il profilo della proporzione delle condanne inflitte alle imprese al "risarcimento" dei c.d. *punitive damages*: *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346, 357 (2007); *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 428 (2003); *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 580 (1996); *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 23-24 (1991). Per i diritti discendenti dal diritto europeo, quali la ragionevole durata, il diritto al silenzio e la presunzione di innocenza, nell'ambito di quei procedimenti ispirati da finalità eminentemente punitive, si cfr. CGCE, 18 ottobre 1989, C-374/87, *Orkem c. Commissione*, p. 35; CGCE, 29 giugno 2006, C-301/04, *SGL Carbon c. Commissione*, p. 42, intervenute in materia di concorrenza. Di recente, pur affermandosi in premessa l'obbligo di riferire quanto a propria conoscenza, questo principio è stato ribadito per le imprese da CGUE, Grande sezione, 2 febbraio 2021, *D. B. contro Consob*, C-481/19, p. 47, ancorché intervenuta, nella materia degli abusi di mercato, in relazione a un caso concernente una persona fisica. Per una sintesi sulle garanzie estese nel diritto dell'UE, si v. P. OLIVER, *Companies And Their Fundamental Rights: A Comparative Perspective*, in AA.VV., *International E Comparative Law Quarterly*, vol. 64, issue 3, 2015, p. 679 ss. Tale giurisprudenza sopperisce alla mancata inclusione delle persone giuridiche nella disciplina ispirata dalla direttiva 2016/343/UE, in tema di presunzione di innocenza.

Sul diritto di difesa e la presunzione di non colpevolezza, si v. Corte EDU, 17 giugno 2008, *Synnelius & Edsbergs Taxi AB c. Svezia*; Corte EDU, 3 marzo 2000, *Haralambidis, Y. Haralambidis-Liberpa S.A. & Liberpa Ltd. c. Grecia*.

³³ F. PIERGALLINI, [La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente](#), in questa Rivista, 3/2020, p. 18. Si cfr., Corte app. di Milano, sez. II penale, 2 maggio 2017 (ud. 20 aprile 2017), n. 2210. Per la natura oggettiva, si v. anche A. INGRASSIA, *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, in R. BRICCHETTI – P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, in F. PALAZZO – C. E. PALIERO (dir.), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2017, p. 527 ss.

³⁴ C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F.C. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, 2003, p. 25 ss.; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Giappichelli, 2019, p. 224; M. SCOLETTA, *Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, in R. DE VICENTE MARTINEZ – D. GÓMEZ INIESTA – T.M. LÓPEZ – M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO – A. NIETO MARTÍN (eds): *Libro homenaje al prof. Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, I, 2021, p. 659 ss. Tesi rimasta minoritaria anche in giurisprudenza: Cass., Sez. Un., 2 luglio 2008, n. 26654. Richiama un modello "para-concorsuale", come quello delineato dall'art. 57 c.p., sull'assunto che l'ente risponde per aver omesso le misure necessarie all'impedimento dei reati, D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità*, cit., p. 59. Effettua questo parallelismo con l'art. 57 c.p. anche M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli «punitivi» e prospettive di efficienza*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 3.

³⁵ Nell'ambito delle discussioni circa il carattere preclusivo dell'art. 8 cit., si v. R. BARTOLI, *op. loc. ult. cit.*, ha suggerito di considerare inapplicabile tale disposizione alla causa di non punibilità di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000. Questa prospettiva dimostra come sia avvertita in dottrina la presenza di quest'ostacolo normativo. Si v. anche E. FUSCO – A.A. NAZZANI, *Reati tributari e 231: la causa di non punibilità per il contribuente che si ravvede aprirà uno spiraglio alla non punibilità dell'ente che si dissocia e ripara le conseguenze del reato?*, in G. CANZIO – L. LUPÁRIA DONATI, *Diritto e procedura penale delle società*, Giuffrè, 2022, p. 1167, i quali evidenziano

di dati normativi univoci, non sembra possibile argomentare per la immediata frattura della sequenza reato-pena: una lettura siffatta si porrebbe in contrasto con il principio della inderogabilità delle conseguenze giuridico-penali; rispetto al quale non va dimenticato le cause di non punibilità rappresentano delle eccezioni, oggetto di stretta interpretazione³⁶.

Altre proposte degli interpreti si sono dirette verso un'applicazione immediata dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea ovvero verso la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 187-terdecies t.u.f o dell'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, nella parte in cui non sono applicabili alla responsabilità degli enti nel caso di commissione di un illecito tributario³⁷.

Invero, la criticità delle visioni che fanno leva sulla non punibilità automatica risiede nell'enfasi posta sulle finalità di riscossione dell'ordinamento tributario, che chi scrive non ritiene possa trovare un riscontro totale nel micro-codice "231". Detto altrimenti, se è certamente vero che gli scopi perseguiti dall'apparato penalistico di riferimento e che fa da sfondo alla responsabilità corporativa non siano elisi al cospetto di quest'ultima, nel d.lgs. n. 231/2001 rimane centrale la funzione di implementare la prevenzione della criminalità d'impresa.

Si è già osservato che il consistente premio della non punibilità dell'ente dovrebbe poggiare sull'accertamento di un recupero della capacità di prevenzione degli illeciti. Il pagamento del debito tributario sarebbe in grado di soddisfare la prima finalità, ma non avrebbe alcuna capacità espressiva dell'adeguatezza organizzativa dell'ente.

Cionondimeno, restava problematica la caratura afflittiva di un regime che, nel complesso, trascurava la materiale provenienza dall'ente del dovuto pecuniario, sicché si era avvertito il difetto di una disposizione analoga all'art. 187-terdecies t.u.f. che assicurasse il coordinamento conclusivo delle risposte sanzionatorie³⁸. Al punto che, in una prospettiva *de iure condendo*, era stata proposta proprio l'introduzione di una norma analoga, plasmata sul peculiare "binario" che coinvolge l'ente³⁹.

Nel dedalo generato da un quadro normativo insoddisfacente, le incertezze interpretative si condensavano nella soluzione avanzata in un decreto di archiviazione *ex art. 58 d.lgs. n. 231/2001* della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano⁴⁰,

come a un risultato diverso non si potrebbe giungere se non con una forzatura estrema del dettato di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001.

³⁶ F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, 2023, p. 76; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2021, cit., p. 134. Per un approccio analitico, al fine di distinguere tra cause dal contenuto tassativo e che cause che non hanno tali connotati, si v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2020, p. 298. Ma anche laddove si ammettesse l'estensibilità analogica della previsione di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, difetterebbe l'*eadem ratio*, atteso che, come visto sopra, la responsabilità dell'ente è incentrata soprattutto sulla componente organizzativa.

³⁷ R. BARTOLI, *ult. op. cit.*, p. 220-226; P. VENEZIANI, *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 4004.

³⁸ Sull'art. 187-terdecies, si v. F. MUCCIARELLI, [Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina](#), in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2018.

³⁹ F. PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁰ Disponibile anche su Sistema penale al seguente indirizzo: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/mucciarelli-ne-bis-in-idem-sanzioni-tributarie-ente-dhl>

là dove il pagamento del debito tributario veniva valorizzato, nell'ottica di garantire la proporzionalità del trattamento sanzionatorio e, in questa guisa, per rinunciare alla sanzione *ex art. 25-quinquiesdecies*, congiuntamente alle altre condotte riparatorie indicate, sia pure ad altri fini, dall'art. 17 d.lgs. n. 231/2001. Ma sull'esame della soluzione resa in questo provvedimento si avrà modo di tornare poco oltre.

Invero, a prescindere dall'intervento legislativo, comunque ritenuto opportuno, si era argomentato per la possibilità di rinvenire una soluzione immediatamente disponibile all'interno del codice penale, che si erge a legge generale e centrale dell'intero sistema penale (si cfr. art. 3-*bis*; art. 16 c.p.)⁴¹. Tale opinare veniva mutuato dalla giurisprudenza espressasi circa l'ambito operativo dell'art. 187-*terdecies* t.u.f. nella sua versione antecedente alla riforma del 2018, allorquando il meccanismo compensativo era ristretto alle sole sanzioni pecuniarie⁴².

La conclusione era nel senso di poter svolgere la compensazione tra sanzione amministrativa e sanzione penale già ai sensi dell'art. 133 c.p., in relazione alle persone fisiche, e nel caso degli enti ai sensi dell'omologo art. 11 d.lgs. 231/2001⁴³. Del resto, non si sarebbe trattato di dar applicazione diretta al principio di proporzione, bensì di argomentare in base a strumenti quali quelli menzionati, che cristallizzano tale principio all'interno di una 'fattispecie'⁴⁴. A tal fine, si sarebbe dovuto tener conto degli elementi del fatto già ricompresi nell'ambito dell'accertamento che ha condotto all'applicazione della sanzione amministrativa, onde evitare una duplicazione valutativa di tali profili. Donde, la sanzione penale da irrogare si sarebbe dovuta concretamente quantificare in base a quegli aspetti del fatto residuali rispetto al precedente giudizio sanzionatorio.

6. Il problema dell'*idem factum* fra imputazione oggettiva dell'illecito amministrativo e collocazione della colpa d'organizzazione nella teoria dell'illecito para-penale dell'ente.

Il coinvolgimento dell'ente nelle vicende sanzionatorie fiscali avviene in maniera differente rispetto agli abusi di mercato, ove il modello di responsabilità del d.lgs. n.

⁴¹ Sull'art. 16 c.p., si cfr. A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, 2020, p. 58 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, UTET, 2020, p. 16 ss.; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Giappichelli, 2020, p. 193.

⁴² Cass., sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, Chiarion Chiusoni, in *Giurisprudenza penale web*, con nota di L. ROCCATAGLIATA, *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione in toto vs disapplicazione in mitius della norma interna*, 12 novembre 2018.

⁴³ Sia consentito il rinvio a G. GRASSO, *Responsabilità da reato tributario dell'ente e ne bis in idem: tra "binari" doppi e multipli alla luce del d.l. n. 124 del 2019, conv. in l. n. 157 del 2019*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1-*bis*/2021, cit. In senso conforme, A.F. TRIPODI, [L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori](#), in *questa Rivista*, 28 dicembre 2020, p. 29.

⁴⁴ Per quanto improntata su delle 'clausole generali', come autorevolmente osservato in dottrina (F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, vol. I, Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, 1965, p. 74). Per i rapporti fra principi e fattispecie nel procedimento ermeneutico, benché sul terreno della teoria dell'interpretazione, applicata al diritto civile, si cfr. M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, 2022, p. 189 ss. e 242 ss.

231/2001 è stato perfettamente riprodotto dal t.u.f. (art. 187-*quinquies*). Difatti, quella di cui all'art. 187-*quinquies* t.u.f. «è una responsabilità propria, diretta e principale dell'ente, radicata nel principio di colpevolezza e nel fatto che la persona giuridica risponde per qualsiasi evento che derivi dall'assetto conferito alla propria organizzazione. Si tratta allora di un istituto ben diverso da quello che comporta la corresponsabilizzazione di un ente per illecito amministrativo come previsto da norme preesistenti e precisamente per gli intermediari finanziari dagli artt. 195 e 196 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e per tutte le società dall'art. 6, comma 3, l. n. 689 n. 1981»⁴⁵.

All'opposto, la disciplina delle sanzioni amministrative tributarie non solo non replica tale modello, ma nel configurarne uno autonomo si allontana dal principio di soggettività della responsabilità. Nello specifico, essa tiene conto della possibile mancata coincidenza tra l'autore della violazione e il contribuente, attraverso l'espedito della solidarietà, che, tuttavia, si risolve pur sempre in una punizione e in una forma surrettizia di responsabilità oggettiva⁴⁶. Peraltro, che si tratti di punizione è reso vieppiù evidente nel caso di ente munito di personalità giuridica, là dove il legislatore del 2003, stravolgendo il sistema originario⁴⁷, ha reso il debitore fiscale il protagonista esclusivo della sanzione, con estromissione dell'effettivo autore dell'illecito (art. 7 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. con mod. dalla l. 24 novembre 2003, n. 326)⁴⁸.

Onde superare le criticità di un sistema di responsabilità distonico rispetto alle evoluzioni più recenti del diritto amministrativo punitivo, si è proposto di ricostruire il regime *ex art. 7 cit.* in maniera coerente con i canoni della responsabilità personale, alla luce del richiamo del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472. Secondo questa impostazione, la disposizione derogherebbe alla sola solidarietà, ma non alla personalità della

⁴⁵ F. BRUNO – A. DI PRISCO, *Market abuse directive e ruolo della Consob: della manipolazione del mercato e della tutela dell'attività di vigilanza della Consob*, in *Corr. giur.*, 4/2008, p. 457; per la natura eccezionale del regime, si v. A. GARGANI, *Commento all'art. 187 quinquies del T.U.F.*, in *Legisl. pen.*, 1/2006, p. 112. Anzi, proprio per questa differenza, l'assenza di disposizioni di coordinamento ha condotto a prospettare dei problemi di sovrapposizione con i regimi di solidarietà, con aggravamento irragionevole della responsabilità dell'ente: S. GIAVAZZI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in G. CANZIO – L. LUPÁRIA DONATI, *Diritto e procedura penale delle società*, cit., p. 858. Sulla problematicità della natura di quest'ultima responsabilità, stante l'anomalia rispetto agli ordinari regimi di corresponsabilizzazione degli enti, si v. *Ibidem* e S. BARTOLOMUCCI, *Market abuse e le responsabilità amministrative degli emittenti*, in *Le soc.*, 7/2005, p. 923.

⁴⁶ C. FAVA, *Sanzioni tributarie e persone giuridiche tra modelli penalistici e specificità di settore*, Giuffrè, 2006, p. 59; mentre nella l. n. 4 del 1929 era prevista una forma di responsabilità delle persone giuridiche, in base a quanto dettato dagli artt. 9-10-12 della stessa legge.

⁴⁷ Finalità che ha contraddetto, perché viene richiamato il d.lgs. n. 472 del 1997 in quanto compatibile, nonostante questo pregresso intervento di riforma fosse improntato al principio di personalità (C. FAVA, *op. cit.*, p. 118); oltretutto, pone problemi di problemi di costituzionalità, perché opererebbe una discriminazione irragionevole tra tipologie di enti (*Ivi*, 117; D. COPPA, *Le sanzioni amministrative tributarie: principi e deroghe tra diritto interno ed interpretazioni sovranazionali*, in *Dir. prat. trib. int.*, 4/2018, p. 994-995; S. DORIGO, *Persone giuridiche e sanzioni amministrative tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 3/2018, p. 1116) e perché avrebbe trovato applicazione retroattiva (C. FAVA, *op. cit.*, p. 121).

⁴⁸ A meno che non venga "squarciato il velo societario" per via del riscontro di un abuso dello strumento societario, impiegato solo come uno schermo per la commissione degli illeciti da parte della persona fisica. In merito, tra le altre, si v. Cass., sez. V, 14 febbraio 2013, n. 19716; Cass., sez. V, 24 ottobre 2016, n. 5924; Cass., sez. V, 23 maggio 2018, n. 28331; Cass., sez. VI, 7 febbraio 2019, n. 10975.

responsabilità⁴⁹. Questa lettura risulterebbe coerente con altre ipotesi del diritto tributario, in cui c'è divaricazione tra autore dell'illecito e chi risponde delle sanzioni (si cfr. art. 11, comma 6 d.lgs. 472/1997).

In senso contrario, si è osservato che, posto che così la sanzione graverebbe soltanto su uno dei corresponsabili, opinando in questo modo si rischierebbe di svalutare la portata deterrente del sistema sanzionatorio⁵⁰. Ma soprattutto, tale proposta ermeneutica, per quanto apprezzabile nell'ispirazione di principio, colliderebbe con la lettera dell'art. 7, che fa riferimento alla sola sanzione, e con la *ratio* della riforma del 2003; peraltro, mal si concilierebbe con l'allocazione su di un soggetto diverso di un peso sanzionatorio calibrato sull'altrui comportamento⁵¹. Per ragioni analoghe, è stata respinta anche la tesi che ha richiamato il criterio dell'immedesimazione organica e la colpa dell'organo⁵².

In definitiva, la ricostruzione più accreditata della dottrina tributaria ritiene che il modello di responsabilità a carico dell'ente di cui agli artt. 11 d.lgs. 472/1997 e 7 d.l. n. 269/2003 non sia quello per colpa, ma che si tratti di un'estensione oggettiva della sanzione per un fatto, la violazione tributaria, riferibile alla sola persona fisica⁵³.

Diversamente, la responsabilità da reato del d.lgs. 231/2001 è incardinata sulla colpa di organizzazione, che non si limita a fungere da elemento di imputazione soggettiva del "fatto di connessione", bensì è essa stessa parte del fatto complesso per il quale risponde l'ente.

Difatti, la sinergia delle diverse componenti strutturali costituisce l'attività della persona giuridica, sì da potersi separare l'agire aggregato da quello individuale, conduce a identificare nell'illecito collettivo una condotta che è essenzialmente organizzazione. Ciò tanto se si tratta di reato commesso da soggetti para-apicali, in cui

⁴⁹ L. MURCIANO, *La «nuova» responsabilità amministrativa tributaria delle società e degli enti dotati di personalità giuridica: l'art. 7 del D.L. n. 269/2003*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 665 ss.; F. GALLO, *L'impresa e la responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 32 ss.; G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. it. dir. trib.*, 2004, p. 403 ss.

⁵⁰ C. FAVA, *op. cit.*, p. 119-120; F. GALLO, *op. cit.*, p. 34

⁵¹ L. MURCIANO, *op. cit.*, p. 672

⁵² A. ZOPPINI, *Imputazione dell'illecito penale e responsabilità «amministrativa» nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005 p. 1320 ss.; R. CORDEIRO GUERRA, *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Giuffrè, 1996, p. 382 ss.; A. CARDON, *Le nuove sanzioni amministrative tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 2005, p. 396 ss., il quale rileva proprio come sia problematico sostenere questa tesi, da lui proposta, se poi si commisura la sanzione sulle condizioni personali dell'agente; in senso critico anche C. FAVA, *op. cit.*, p. 121.

⁵³ S. DORIGO, *op. cit.*, p. 1112 ss.; A. GIOVANNINI, *Persona giuridica e sanzione tributaria: idee per una riforma*, in *Rass. trib.*, 2013, p. 509 ss.; ID., *Il diritto tributario per principi*, Giuffrè, 2014, p. 143 ss.; G. MARONGIU, *op. cit.*, p. 373 ss.; FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017, p. 127. Al punto che non sono mancate proposte di adeguamento al principio personalistico: alcuni hanno suggerito un ritorno al sistema introdotto originariamente dal d.lgs. n. 472 del 1997, orientato secondo il principio personalistico, o eventualmente introducendo la colpa di organizzazione (C. FAVA, *op. cit.*, p. 153, che sostiene l'opportunità di strutturare un "doppio binario" punitivo, l'uno per la persona fisica e l'altro per la persona giuridica, sulla colpa di organizzazione), mentre altri ancora hanno evocato l'istituto dell'adempimento collaborativo, introdotto con il d.lgs. n. 128 del 2015 (S. DORIGO, *op. cit.*). Resta ferma la differenza con quest'ultimo modello, l'adesione al quale, comunque, conduce a una riduzione della sanzione (A.F. TRIPODI, *op. cit.*, p. 32 nt. 114).

una lettura di tal fatta potrebbe rientrare già nella sfera di significati alternativi desumibili dalla formulazione dell'art. 7; quanto se si è al cospetto di un reato collocantesi in un contesto verticistico dell'ente⁵⁴.

In questa direzione depono, ancora una volta, il principio personalistico, giacché se di responsabilità per fatto proprio colpevole deve trattarsi, allora bisognerà tenere conto della natura metaindividuale del soggetto attivo, il cui agire va oltre non soltanto le persone fisiche che ne fanno parte, ma anche i propri organi, con i quali non si realizza alcuna immedesimazione esaustiva. Quest'ultima visione si rivela ormai anacronistica e parziale, se si considera la maggiore complessità del fenomeno societario, i cui protagonisti non sono soltanto organi, ma, soprattutto, organizzazione; attività vera e propria, quest'ultima, che costituisce esplicazione della propria personalità socio-normativa attraverso l'adozione e l'applicazione di regole atte a disciplinare e mettere in relazione tra loro le dinamiche interne del proprio funzionamento⁵⁵.

Dunque, l'organizzazione è il modo attraverso il quale l'ente si esprime nella realtà socio-economica, attraverso l'interazione e l'aggregazione significativamente collegata dei comportamenti dei propri esponenti.

Che la legge recepisca questa visione dinamica della organizzazione dell'ente è comprovato dall'intento ordinamentale di orientare le scelte dell'impresa, stigmatizzandone quelle che non corrispondono a un'adeguata prevenzione dei reati. D'altro canto, il difetto organizzativo rappresenta la contrapposizione da parte della persona giuridica allo schema comportamentale imposto dall'ordinamento. La regolamentazione dei modelli non è nient'altro che la indicazione del paradigma legale dell'agire collettivo a cui l'ente deve contravvenire perché incorra in responsabilità.

Questo significa che un'organizzazione difettosa configura, prima ancora che la *Schuld*, l'*Unrecht*⁵⁶. Pertanto, il fatto illecito dell'ente è dato dalla mancata adozione di un'organizzazione non rispondente a quella richiesta dalla legge, in quanto inidonea a contenere il rischio della commissione di reati⁵⁷.

⁵⁴ A questo punto, la differenza tra gli artt. 6-7 d.lgs. n. 231 del 2001 risiederebbe in ciò, che l'art. 7 esige dei fattori sintomatici della responsabilità maggiormente significativi, «*attribuendo efficacia esclusiva dell'illecito amministrativo anche ad una modellistica di riferimento meno rigorosa rispetto a quella che invece prevede per illecito commesso dal soggetto in posizione apicale, perché il ruolo para-apicale ha un valore meno indiziario della partecipazione dell'ente all'illecito; dunque solo carenze organizzative più rilevanti possono condurre a presumere il suo coinvolgimento*»: così, A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Giuffrè, 2006, p. 5106.

⁵⁵ Si cfr. R. BARTOLI, [Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti](#), in questa *Rivista*, 25 ottobre 2021, p. 2-3.

⁵⁶ G. DE SIMONE, *Persone giuridiche. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ESI, 2012, p. 407. Si cfr. C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e rationale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1199 ss., dove si evidenzia che il precetto rivolto all'ente si differenzia da quello degli individui, perché consiste in due precetti distinti: dovere di minimizzazione del rischio-reato e obbligo di organizzazione sulla cui violazione si fonda la colpa di organizzazione.

⁵⁷ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2012, p. 262 ss.; ID., *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in N. ABRIANI – G. MEO – G. PRESTI (a cura di), *Società e modello «231»: ma che colpa abbiamo noi?*, in *AGE*, 2/2009, p. 344; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2010, p. 45, 136 e 137; si cfr. anche A. ROSSI, *Responsabilità "penale-amministrativa" delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in EAD. (a cura di), *Reati*

Questo duplice volto del difetto d'organizzazione – in parte fatto tipico in parte colpevolezza – non appare contraddittorio; anzi, proprio detta sovrapposizione di piani potrebbe apparire una conferma della natura innanzitutto obiettiva e comportamentale del medesimo. Infatti, si potrebbe osservare che, in maniera simile rispetto a quanto accade per i reati causalmente orientati, e in particolare per quelli colposi, la condotta tipica è definita in funzione dell'elemento soggettivo che deve sorreggerla⁵⁸.

Dunque, se l'essenza primaria della colpa è rappresentata dalla violazione di una regola cautelare, a questa è possibile riconoscere una duplice funzione: in parte elemento psicologico e, prima ancora, fattore che si colloca sistematicamente nel fatto tipico⁵⁹. D'altronde, che la misura oggettiva della colpa sia idonea a riempire di contenuti anche il fatto tipico, apponendo i termini del confine tra l'area del penalmente illecito e quella

societari, UTET, 2005, p. 516; F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001 (nota a Cass. pen. Sez. VI Sent., 05 ottobre 2010, n. 2251)*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2011, p. 440 ss.; ID., *Gli illeciti di abuso di mercato, la responsabilità dell'ente e l'informazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 824 ss. e nt. 2, 828 ss., 830 ss. e nt. 13; L. STORTONI – D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 19; A.F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *Sist. pen.*, 28 dicembre 2020, p. 17. Anche M. ROMANO (*La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 409 ss.), discorre di contributo concreto alla integrazione del reato da parte della persona fisica. Si v. anche S. PANAGIA, *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 153-156, il quale, tuttavia, pur facendo riferimento a una condotta dell'ente, non specifica in cosa questa consisterebbe. Parzialmente difforme la tesi di I. CARACCIOLI (*Osservazioni sulla responsabilità penale "propria" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Gallo*, Torino, 2004, p. 80 ss.), che distingue tra reati che possono essere realizzati soltanto in via aggregata (es. falso in bilancio) e reati che devono scaturire da una decisione collegiale; secondo l'A. soltanto quelli che non possono essere commessi dalla persona fisica possono considerarsi fatti propri ed esclusivi dell'ente. Discorre di responsabilità da posizione, invece, F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1/2004, p. 5 ss.

Si v. anche Corte cost. 18 luglio 2014, n. 218; Cass., sez. VI, 17 luglio 2018, n. 33044; Cass., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, che parte da tali considerazioni per escludere l'ammissibilità della costituzione della parte civile nel processo a carico dell'ente. Per un commento, si v. F. MUCCIARELLI, *ult. op cit.*, p. 436 ss. Nel senso che l'ente non è mai autore o concorrente nel reato, si v. anche Cass., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561, *Gubert*. Anche nella giurisprudenza di merito si è discusso di autonomia del fatto illecito dell'ente: Trib. Torino, sez. G.i.p., ord. 23 luglio 2008; Trib. Milano, sez. XI, 28 aprile 2008; Trib. Milano, sez. G.i.p., ord. 5 febbraio 2008; Trib. Milano, sez. G.i.p., ord. 25 gennaio 2005.

Per la natura autonoma dell'illecito dell'ente rispetto a quello della persona fisica, sia pure al solo fine di affermare la compatibilità con il diritto UE dell'inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente: CGUE, 12 luglio 2012, C-79/11, par. 48.

⁵⁸ Si vuole prendere a modello la ricostruzione autorevole della condotta nei reati colposi e dei rapporti tra tipicità e colpevolezza offerta da M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 501; ID., voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1960, p. 636 ss.

⁵⁹ G. MARINUCCI, *Il reato come «azione». Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 153 ss.; G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, UTET, 1991, p. 157; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 351; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Il Mulino, 2017, p. 464.

Osservazioni analoghe, di recente, in Cass., sez. IV, 4 ottobre 2022, n. 570, che ha rilevato che la colpa di organizzazione assolve nella responsabilità dell'ente la stessa funzione tipica della colpa della persona fisica, quale elemento costitutivo del fatto tipico, integrato dalla violazione di una regola cautelare.

della irrilevanza penale, è un dato condiviso in dottrina a partire dai contributi offerti dai teorici d'oltralpe⁶⁰.

In altri termini, se la punizione è diretta verso il contributo collettivo offerto alla commissione del reato nel contesto imprenditoriale, la strutturazione dell'ente che si discosta dalla *corporate governance* normativamente richiesta è, ad un tempo, condotta e base del rimprovero legale⁶¹.

Va sottolineato che tale ricostruzione può esporsi a un rilievo dogmatico.

La definizione della condotta sulla scorta della componente obiettiva dell'elemento soggettivo si confà ai reati causalmente orientati per essere loro imperniati su di un disvalore d'evento. Diversamente, se si aderisce all'impostazione secondo cui la colpa d'organizzazione identifica anche il fatto tipico della responsabilità, allora in questa dovrebbe essere ravvisato anche il nucleo del disvalore di tale fattispecie⁶². Ne discende che il reato c.d. presupposto verrebbe relegato a mera condizione obiettiva di punibilità⁶³; ciò che, peraltro, intende ricavarsi anche dalla circostanza che il *deficit* organizzativo non è soggetto, di per sé solo, a una sanzione⁶⁴.

In realtà, non sembra che l'inquadramento sopra operato abbia come conseguenza necessaria quella estromettere il reato della persona fisica dall'area della tipicità⁶⁵. Difatti, se si trattasse di condizione obiettiva di punibilità, l'ente ne potrebbe rispondere quale che sia la propria posizione rispetto al reato, venendo punito per la semplice e meccanica constatazione della commissione dello stesso e del proprio difetto strutturale⁶⁶.

⁶⁰ Oltre ai richiami contenuti nella nota precedente, si v. D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in M. DONINI (a cura di), *Reato colposo*, *Enc. dir.*, Giuffrè, 2021, p. 207 ss.; F. GIUNTA, *op. cit.*, cit., p. 250 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, *Enc. dir.*, Annali, X, Giuffrè, p. 227 ss.

⁶¹ Spinge in questa direzione la lettura più recente della colpa d'organizzazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, dep. 2022 n. 23401). Si cfr. D. BIANCHI, [Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni "umbratili" a margine d'una sentenza "adamantina" nel "magma 231"](#), in questa *Rivista*, 14 ottobre 2022, p. 9: «Se si segue la concezione "isotopica" ora accolta dalla Corte, la colpa d'organizzazione va a fondare la stessa tipicità del fatto corporativo: il fatto della persona fisica, quand'anche al vertice dell'organizzazione, non è fatto dell'organizzazione stessa; il fatto corporativo è fatto ritagliato sulle fattezze non antropomorfe dell'ente collettivo, s'incanta sull'omissione delle doverose cautele preventive del rischio-reato».

⁶² Nel senso che il nucleo del disvalore di tale responsabilità (ritenuta "non penale") sarebbe rappresentato dal difetto organizzativo, per l'incapacità dell'ente di prevenire fenomeni criminosi, si v. M.A. MANNO, *Non è colpa mia! alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2018, p. 123 ss.

⁶³ G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 409. Per tale natura, con conseguente rimprovero per la complessiva condotta di vita, v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 92 ss.; ID., *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 237.

⁶⁴ F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente*, cit., p. 442; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 23/2001, p. 8; G. COCCO, *degli enti dipendenti da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 90.

⁶⁵ Rileva che, di fatto, pervengono a conclusioni di questo tipo le costruzioni teoriche che hanno cercato di elaborare una colpevolezza autonoma dell'ente, finendo per erigerla attorno alla sua pericolosità generica: A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Giappichelli, 2018, p. 200.

⁶⁶ Infatti, non dovrebbe accertarsi nessun nesso di causalità tra la condotta e l'evento condizionale. Si cfr. F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, UTET, 1967, p. 593, che osserva che, altrimenti opinando, si genererebbe il rischio di cadere in confusione tra causalità eventuale e causalità

Piuttosto, l'ente risponde pur sempre per la stretta connessione esistente tra sé, il proprio difetto organizzativo e il reato⁶⁷; connessione che, ai fini di una compiuta appartenenza dell'illecito all'ente, deve apprezzarsi sotto il profilo causale⁶⁸ e colpevole⁶⁹. D'altra parte, anche un attento esame del dato legale conduce in questa direzione: si tenga presente che la legge presuppone che il reato dei soggetti "para-apicali" sia stato "reso possibile" da un vizio nella direzione o vigilanza, che viene appurata non solo con riguardo a posizioni singolari, ma valutando anche la sfera organizzativa ulteriore rispetto agli apicali. Inoltre, un legame eziologico è dato per implicito anche dal riferimento alle «carenze organizzative che hanno determinato il reato» nella disciplina sul ripristino *post-factum* (art. 17)⁷⁰. Dunque, la condotta dell'ente si atterrebbe alla stessa stregua di un omesso impedimento dell'evento-reato, in ordine al quale l'ente sarebbe stato investito dall'ordinamento di una posizione di garanzia⁷¹.

Leggere l'enfasi oggettiva posta sulla "colpevolezza d'organizzazione" come profilo esclusivo della illiceità, poi, rischia di sconfinare in un disvalore "per il modo d'essere" dell'ente che allontana la responsabilità di quest'ultimo dal proprio baricentro d'origine⁷².

Per quanto concerne il primo versante, ai fini della personalizzazione della responsabilità, il reato deve essere la derivazione causale della lacuna organizzativa, secondo un accertamento svolto *ex post* rispetto alla sua commissione⁷³. Così ricostruito il profilo oggettivo, il reato costituisce, per così dire, l'evento da cui dipende l'esistenza dell'illecito dell'ente⁷⁴, ma in sinergia con la lacuna organizzativa, al punto da poter

necessaria. Si cfr. anche il rilievo logico-sistematico di V.N. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 655, il quale evidenzia che la soluzione contraria renderebbe l'art. 44 un inutile doppione dell'art. 42, comma 3 c.p. Si cfr. anche ID., *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, ESI, 2004, p. 190 ss.

⁶⁷ Si cfr. M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli «punitivi» e prospettive di efficienza*, cit., p. 365, che qualifica il reato come "evento", assimilando la responsabilità dell'ente a quella prevista dall'art. 57 c.p. Si cfr. anche F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Giappichelli, 2004, p. 36; A. MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento dogmatico della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in F.C. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, cit., p. 229.

⁶⁸ Si cfr. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *op. cit.*, cit., p. 210

⁶⁹ Causalità quantomeno agevolatrice, secondo M. PELISSERO, *La responsabilità*, cit., p. 754 e 758, che inquadra l'illecito tra le fattispecie di agevolazione colposa. Di agevolazione colposa discorrono anche A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *op. cit.*, cit., p. 211, quale forma base di fatto dell'ente.

⁷⁰ A. FIORELLA, voce *Responsabilità*, cit., p. 5104

⁷¹ A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., p. 85 ss.

⁷² ID. – N. SELVAGGI, [Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 114. Sui rischi insiti in una concezione che tenga conto del 'modo d'essere dell'ente', si v. le osservazioni svolte dagli stessi AA. in *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 201 ss. Rischi di cui è foriero l'orientamento giurisprudenziale che ricerca le carenze strutturali e di sistema che hanno alimentato o favorito l'illecito penale (si cfr. Cass., sez. I, 2 settembre 2015, n. 35818), secondo quanto evidenziato da A. SERENI, *La colpa di organizzazione nella responsabilità dell'ente da reato. Profili generali*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 66 ss.

⁷³ A. FIORELLA, voce *Responsabilità*, cit., p. 5103-5104

⁷⁴ ID. – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 197 e 206-207

discutere di una fattispecie imperniata su di un disvalore complesso, di condotta e d'evento⁷⁵.

In secondo luogo, dovrà verificarsi, sulla base di un giudizio *ex ante*, l'idoneità preventiva dell'organizzazione dell'ente al momento della commissione del reato, al fine di collocarlo all'interno dell'area del rischio consentito ovvero in quella del rischio non consentito⁷⁶, per poi procedere a valutarne l'ascrivibilità alla colpevolezza dell'ente, così come già illustrato⁷⁷.

Atteso che nell'un caso la sanzione tributaria viene posta a carico dell'ente per via della trasgressione della persona fisica, mentre nell'altro caso l'ente risponde non solo del reato, ma per avere contribuito alla sua commissione attraverso una condotta organizzativa inadeguata, ne discende il difetto di medesimezza fattuale tra i due binari.

D'altro canto, in senso contrario non basterebbe osservare la non afferenza del dolo o della colpa alla valutazione sull'*idem factum*, alla luce della giurisprudenza

⁷⁵ V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 140, 150 ss., 193 e 226 ss., il quale ricostruisce l'illecito dell'ente in chiave monosoggettiva, richiamando il modello *ex art.* 40, comma 2 c.p. Secondo l'A., però, l'ente risponderebbe per l'omessa prevenzione del reato ovvero per non aver ridotto *ex ante* il rischio della sua commissione entro il limite consentito dall'ordinamento. Il comportamento dell'ente risponderebbe a un complesso di carenze individuali. In senso analogo, si v. V. MANES, *nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Fiorella*, II, RomaTre Press, 2021, p. 1638 ss. e 1651; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, p. 69 ss.; C. PIERGALLINI, [Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"](#). Nota a Cass., Sez. VI, 11 novembre 2021 (dep. 15 giugno 2022), n. 23401, Pres. Fidelbo, Rel. Rosati, in questa Rivista, 27 giugno 2022, p. 4; ID., *Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 862 ss. Si v. anche F. PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 23 ss.; E. GRECO, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 2091 ss. Nel senso di un comportamento tendenzialmente riconducibile a un «omesso impedimento del reato», ma con riconoscimento di un contributo che l'azione dell'ente ha reso al reato, specie nei casi di reati espressione di «politiche istigatrici dell'ente», si v. A. FIORELLA, voce *Responsabilità*, cit., p. 5106-5107; A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 206.

In senso contrario, M. SCOLETTA, *Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, cit., p. 675, secondo cui la qualificazione come evento – oltre che come condizione obiettiva di punibilità – stravolgerebbe l'accertamento dell'illecito, giacché questo dovrebbe «muovere dal «fatto» proprio dell'ente, ovvero dal difetto organizzativo che integra la colpa collettiva, per poi accertare la causazione del reato/evento o la integrazione del reato/condizione obiettiva di punibilità». In verità, se tali considerazioni sono indiscutibili in presenza di una qualificazione del reato c.d. presupposto come condizione obiettiva di punibilità, non sembra possa dirsi ugualmente se si aderisce alla tesi dell'evento. Innanzitutto, non sembra condivisibile, sul piano metodologico, svolgere l'indagine su un piano inverso, muovendo dalla logica sequenziale dell'accertamento per inferire delle costruzioni dogmatiche. In disparte tali rilievi, poi, appare più ragionevole ritenere che l'ordine dell'accertamento rimanga immutato pur a fronte del riconoscimento della natura fattuale della colpa di organizzazione. In effetti, se è vero che la costruzione della fattispecie fornisce indicazioni sull'ordine logico da seguire nell'accertamento, sembra altrettanto evidente che, prima di verificare l'integrazione della condotta e il nesso causale intercorrente con l'evento, si debba riscontrare proprio l'esistenza di quell'evento da cui – non a caso – «dipende l'esistenza del reato» (art. 40, comma 1 c.p.). In altri termini, in assenza dell'evento – quindi del reato, nella prospettiva qui assunta – l'indagine ricostruttiva circa i fattori che lo hanno determinato non si attiverebbe nemmeno.

⁷⁶ Si cfr. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 208-209.

⁷⁷ Si cfr. D. BIANCHI, *op. cit.*, p. 10.

costituzionale⁷⁸, poiché la colpa di organizzazione è un profilo che sintetizza tanto la colpevolezza quanto il comportamento per il quale l'ente risponde sul piano obiettivo⁷⁹. Pertanto, non appare persuasiva l'opinione di chi ha argomentato per la sussistenza di una coincidenza tra i *facta* sull'assunto che la responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 sia polarizzata sul solo disvalore oggettivo e soggettivo del reato-presupposto⁸⁰.

A parere di chi scrive, non sembra che si possa giungere a esiti diversi spingendo all'estremo il concetto storico-sostanzialistico di *idem factum* seguito dalla Corte EDU, fino a individuare come vicenda nucleare di entrambi gli illeciti la violazione finanziaria⁸¹. Difatti, il fatto storico-naturalistico 'organizzazione' riferibile all'ente, al di là del raffronto con gli elementi costitutivi dell'illecito, non può esaurirsi nel mero accadimento istantaneo che integra l'illecito della persona fisica. L'organizzazione è un fenomeno dinamico, complesso, corrispondente a un vero e proprio processo di interazione fra i componenti della realtà collettiva che tende verso la formazione di una volontà unitaria⁸². Tali scelte e operazioni presuppongono un lasso di tempo esteso e

⁷⁸ In un precedente contributo su questo tema (G. GRASSO, *Responsabilità da reato tributario dell'ente e ne bis in idem*, cit.), avevamo osservato che l'affermazione della medesimezza fattuale degli illeciti della persona fisica e della persona giuridica avrebbe potuto poggiare sulla circostanza che l'elemento soggettivo non rientra nel fuoco degli elementi rilevanti ai fini del giudizio sull'*idem factum*. In questa sede si intende rimeditare quella prospettiva, tenuto conto delle considerazioni dogmatiche sopra illustrate.

⁷⁹ In questi termini, F. CONSULICH, *L'ente alla Corte. Il D.Lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *Resp. amm. soc. ent.*, 4/2019, p. 41; A.F. TRIPODI, *op. cit.*, 16-17; D. PIVA, [Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel \(ancorché non di\) sistema](#), in *questa Rivista*, 15 settembre 2020, p. 278; F. PIERGALLINI, *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 217 ss.

⁸⁰ Per questa tesi, si v. M. SCOLETTA, [Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2021, p. 19, che richiama la posizione espressa in ID., *Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, cit., p. 665 ss. Sembra partire dal presupposto della medesimezza fattuale M. BELLACOSA, *I reati tributari e i reati di contrabbando*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2020, p. 624; si v. anche F. D'ARCANGELO, [La responsabilità da reati degli enti per i delitti tributari: sintonie e distonie di sistema](#), in *questa Rivista*, 7/2020, p. 173; G. ARDIZZONE, [Il "colto attuale" del ne bis in idem europeo nel sistema penal-tributario](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2022, p. 223, il quale ritiene che la concezione maggiormente "elastica" dell'*idem factum* europeo debba far concludere per la sovrapposizione fattuale, esaurendosi il fatto storico-naturalistico nell'illecito commesso dalla persona fisica.

Di recente, ha argomentato per l'*idem factum* un decreto di archiviazione adottato dalla Procura di Milano il 9 novembre 2022 nella vicenda DHL, pubblicata in *Sistema penale*: si v. F. MUCCIARELLI, [Ne bis in idem, sanzioni tributarie e responsabilità dell'ente](#), in *questa Rivista*, 25 novembre 2022; M. SCOLETTA, [Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari](#), in *questa Rivista*, 28 novembre 2022. Prima di tale decreto, la giurisprudenza si è preoccupata di accertare l'esistenza di una "connessione sufficientemente stretta" tra i due procedimenti, dando per assodato l'*idem factum*, in un procedimento avente ad oggetto il delitto di associazione per delinquere finalizzato alla commissione di reati tributari, all'epoca dei fatti non ancora introdotti nel catalogo "231" (Cass., sez. III, 29 novembre 2019, n. 8785).

⁸¹ Sostiene questa tesi, come accennato, G. ARDIZZONE, *op. loc. ult. cit.* Ad ogni modo, come osservato da A.F. TRIPODI (*ult. op. cit.*, p. 18), si tratta di un'eventualità che non può essere esclusa, stante l'approccio sostanzialistico tipico delle Corti sovranazionali. Sul tema si ritornerà poco oltre in questo paragrafo.

⁸² Per la concezione delle decisioni dell'ente come processi decisionali, si v. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs 231/2001)*, in AA.VV., *Studi*

comunque distinto rispetto alla trasgressione della norma sanzionatoria e involgono l'esercizio di funzioni eterogenee fra loro; ancorché questi aspetti siano poi sintetizzati all'interno del modello di organizzazione, del quale va valutata comunque l'attuazione⁸³. Donde, è possibile isolare e considerare quali entità distinte e non sovrapponibili sul piano empirico-temporale il reato e la condotta organizzativa.

Né si potrebbe obiettare che l'organizzazione assuma una dimensione puramente astratta, poiché è inevitabile che l'interprete selezioni quelle vicende concrete rese rilevanti dalla fattispecie normativa⁸⁴. La stessa Corte costituzionale ha riconosciuto che *l'idem factum* va esaminato alla luce delle componenti tipiche del fatto normativamente previsto: il fatto storico-naturalistico «*rileva secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento [...]. Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi*»⁸⁵.

Le conclusioni non mutano se si distingue fra reati connotati da fraudolenza e reati meramente omissivi, nei limiti di quelle fattispecie che sono state previste dall'art. 25-*quinquiesdecies*. Con riguardo a questi ultimi, infatti, si potrebbe ipotizzare che il generale comportamento organizzativo tenuto dall'ente e il mancato adempimento degli obblighi fiscali da parte degli organi competenti finiscano col risultare indistinguibili.

In realtà, sembra escluderlo la considerazione che mentre l'omissione dell'organizzazione può essere definita come "impropria"⁸⁶, quindi riferita a un mancato impedimento del reato tenendo le condotte necessarie a tale scopo, quella sul fronte tributario sarebbe "propria", quindi corrispondente al mero inadempimento istantaneamente consumatosi alla scadenza del termine legale.

Nonostante si ritiene che debba escludersi che i due "binari" punitivi abbiano ad oggetto lo stesso fatto, resta la criticità di un carico sanzionatorio duplicato comunque riconducibile alla stessa violazione tributaria. Inoltre, com'è stato giustamente osservato in dottrina, non è escluso che, laddove la questione dovesse proporsi in sede sovranazionale, la Corte EDU possa adottare una impostazione sganciata dalle elaborazioni dogmatiche sin qui seguite e, valorizzando il ruolo dell'illecito tributario, concluda per la medesimezza fattuale alla base delle due responsabilità⁸⁷.

in onore di Mario Romano, III, Jovene, 2011, p. 2050 ss.; A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 257.

⁸³ Si rinvia a M. BELLACOSA, *I reati tributari e i reati di contrabbando*, cit., p. 628 ss. in ordine alla ricostruzione degli adempimenti organizzativi necessari ai fini della prevenzione dei delitti con modalità fraudolente.

⁸⁴ Sulla coincidenza tra fattispecie astratta e concreta nel ragionamento giuridico-penalistico, si v. le considerazioni di G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, 1930, nella nuova edizione Inschibboleth, 2024, p. 115-116. Nel ritenere trascurabile la contrapposizione fra *Tatbestand* astratto e *Tatbestand* concreto espressa dalla dottrina tedesca, l'Illustre Autore osserva che, dato che «ogni qualificazione di un fatto costituisce un'astrazione (...) da questo punto di vista, fattispecie legale e fattispecie concreta finiscono per coincidere».

Si cfr. altresì la distinzione fra fattispecie astratta, fattispecie concreta e caso operata in M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 26 ss., e i rispondenti richiami giusfilosofici.

⁸⁵ Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200.

⁸⁶ V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 140, 150 ss., 193 e 226 ss.

⁸⁷ A.F. TRIPOLI, *ult. op. cit.*, p. 18

Inoltre, quantunque si dovesse seguire l'impostazione sopra proposta e quindi escludere la medesimezza fattuale tra i due illeciti, rimane comunque ferma la criticità di una risposta sanzionatoria multipla derivante da fattispecie parzialmente sovrapponibili, con conseguente rischio che l'ente sia assoggettato a un esito afflittivo sproporzionato. Come visto, ancorché qualificata come mera obbligazione civile, la sanzione tributaria posta a carico dell'ente finisce per risolversi in una vera e propria punizione per la connessione esistente tra l'illecito e la sfera di interessi dell'ente che sia parte del rapporto tributario.

Ebbene, nell'un caso l'ente risponderebbe della semplice commissione della violazione; nell'altra ipotesi per avervi contribuito con una propria condotta organizzativa. Attesa la coincidenza tra illecito amministrativo e reato della persona fisica, essa si appunta comunque su uno dei profili di disvalore dell'illecito dell'ente, che se gravasse doppiamente a proprio carico darebbe luogo a una pena che nel cumulo risulterebbe incongrua.

Onde evitare equivoci, giova ribadire che non si sta discutendo di *bis in idem*, bensì di proporzione. Orbene, il *ne bis in idem* penalistico esprime anche un'esigenza di proporzione: è chiaro che rispondere doppiamente per uno stesso fatto darebbe luogo a una pena ingiusta, che non risponderebbe alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell'agente.

In misura analoga, ancorché manchi un vero e proprio *idem factum* in termini sostanziali, non è possibile valorizzare doppiamente uno stesso elemento storico ai fini della determinazione della sanzione corrispondente a fatti sì diversi, ma tra i quali intercorrano profili di connessione. In questi casi, se non si potrà discutere di vero e proprio *bis in idem*, il limite è comunque rappresentato dal principio di proporzionalità della pena.

Del resto, l'esigenza di garantire l'unificazione del trattamento sanzionatorio pur a fronte di fatti diversi è stata valorizzata dall'ordinamento nel caso del concorso di reati, attraverso il cumulo giuridico⁸⁸. È apparsa esprimere la medesima esigenza – sempre in presenza di fatti eterogenei – la giurisprudenza costituzionale che ha rinvenuto nel principio di proporzione il canone attraverso il quale mantenere entro una logica di congruità il trattamento sanzionatorio discendente dalla c.d. spirale di condanne⁸⁹. Analogamente, l'istanza di una proporzionalità complessiva della pena è stata avvertita dalla giurisprudenza di legittimità più recente finanche in presenza di reati in ordine ai quali, per il rapporto di eterogeneità eventistica e di incompatibilità strutturale, non sia possibile discutere di medesimezza fattuale, secondo il criterio formulato dalla sentenza n. 200 del 2016. In casi siffatti, sulla scorta del c.d. principio di detrazione, si potrà fare

⁸⁸ Si cfr. M. DONINI, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2301.

Si v. Cons. Stato, 20 dicembre 2022, n. 1159, che ha richiamato un criterio omologo alla continuazione nel caso di illeciti amministrativi *antitrust* in assenza di previsione di legge proprio facendo leva sul principio di proporzionalità.

⁸⁹ Corte cost., 20 luglio 1993, n. 343; Corte cost., 18 novembre 1993, n. 422

ricorso all'art. 133 c.p. nel secondo giudizio per compensare le due sanzioni avvicendatesi tra loro⁹⁰.

Per tali ragioni, rimaneva opportuno domandarsi se e in che termini fosse possibile operare una ricostruzione del quadro sanzionatorio complessivamente sopportato dalle persone giuridiche sotto la lente tanto, eventualmente, del *ne bis in idem* – per lo spauracchio di una condanna della Corte di Strasburgo – quanto del principio di proporzione.

In definitiva, quantunque si sia opinato nel senso della inesistenza di un *bis in idem*, il tema della ricomposizione dei binari “doppi” alla luce dei criteri europei conserva la propria rilevanza.

Sul coordinamento procedimentale, si è già avuto modo di svolgere alcune osservazioni in precedenza, per cui non sorgono particolari problemi, in astratto, restando ogni valutazione rimessa all'esame della singola vicenda.

Assodata la prevedibilità del secondo procedimento, occorrerà verificare, innanzitutto, la complementarietà degli scopi dei due regimi sanzionatori, rispetto alla quale non sembrano ravvisabili degli ostacoli, posto che mentre le sanzioni tributarie sono improntate a una logica riscossiva, il sistema “231” persegue scopi di specialprevenzione⁹¹.

Resta la fase concernente la garanzia della proporzionalità complessiva della sanzione, nella quale si inserisce la fattispecie compensativa di nuovo conio.

7. Analisi del nuovo art. 21-ter d.lgs. 74/2000: “nuove” soluzioni, nuovi problemi?

Tornando all'art. 21-ter d.lgs. 74/2000, vale la pena richiamare per esteso il testo del nuovo articolo di legge: «Quando, per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del soggetto, una sanzione penale ovvero una sanzione amministrativa o una sanzione amministrativa dipendente da reato, il giudice o l'autorità amministrativa, al momento della determinazione delle sanzioni di propria competenza e al fine di ridurre la relativa misura, tiene conto di quelle già irrogate con provvedimento o con sentenza assunti in via definitiva».

Per comprenderne al meglio la portata, è opportuno analizzare partitamente ciascun segmento del disposto legislativo.

Un primo aspetto inerisce all'ambito soggettivo di applicazione: la disposizione appare applicabile anche agli enti. Una possibile obiezione avrebbe potuto riguardare il criterio topografico, considerato che il d.lgs. 74/2000 si occupa della responsabilità strettamente penale – quindi delle persone fisiche – e atteso che soltanto negli artt. 19-21, precedentemente, si faceva menzione degli enti, in senso peraltro escludente.

Tuttavia, la riforma ha superato questo potenziale rilievo, integrando appieno gli enti nella disciplina generale del sistema punitivo del d.lgs. 74/2000. Depongono in

⁹⁰ Si cfr. Cass., sez. V, 25 ottobre 2021, n. 1363.

⁹¹ D. PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente*, cit., p. 280, nonché, adesivamente, A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 24.

questa direzione non soltanto il riferimento ai “soggetti”, espressione di genere che può intendersi utilizzata con l’intenzione di ricomprendere anche soggetti di diritto diversi dalle persone fisiche⁹², ma soprattutto il richiamo successivo alle sanzioni «dipendenti da reato»; con tale dizione intendendosi, chiaramente, le sanzioni contemplate dal d.lgs. 231/2001.

Un secondo profilo è quello della medesimezza fattuale. Infatti, il legislatore indica fra i presupposti del coordinamento sostanziale l’applicazione delle sanzioni al medesimo soggetto per lo stesso fatto⁹³.

Le possibili opzioni interpretative della disposizione sono due.

Una prima impostazione prende le mosse dal presupposto che lo stesso fatto vada inteso quale requisito tipico del divieto di *bis in idem*, sia pure letto nella prospettiva europea⁹⁴. Quando è possibile affermare *l’idem factum*, la disposizione troverà applicazione; in caso contrario, non vi saranno spazi operativi per l’art. 21-ter.

Seguendo questa lettura l’opzione dogmatica di cui sopra – oscillante fra l’esistenza o meno della medesimezza fattuale fra illecito amministrativo e illecito penale – si tramuterebbe anche nella scelta di far applicare o meno la nuova previsione. Tuttavia, se si dovesse concludere per la eterogeneità dei fatti contemplati nell’ambito dei due “binari”, non potrebbe integrarsi la fattispecie che sta alla base dell’art. 21-ter.

All’interno di questa visione, si potrebbe ritenere che il legislatore abbia aderito all’idea della sostanziale coincidenza dei fatti, respingendo le obiezioni sopra formulate.

Senonché, questa conclusione trascurerebbe la separazione di ruoli fra dottrina e legislazione: escluso il caso di alcune scelte politico-criminali, la legge non si schiera per una o per un’altra posizione dogmatica, ma elabora soluzioni di carattere pratico, che possano risolvere problematiche concrete in atto o in potenza.

Un’altra prospettiva potrebbe essere quella di ritenere che la novità normativa non abbia dato per assodata la coincidenza fattuale in relazione al regime sanzionatorio tributario a carico degli enti, ma che questa debba essere ricercata dall’interprete, magari ponendo il distinguo in base alle dimensioni dell’ente (sul quale tema, si tornerà nel prosieguo).

Anche questa lettura non sembra plausibile, poiché risulterebbe difficile ritenere che il legislatore avesse in mente una differenziazione di questo tipo, specialmente

⁹² Anche laddove il legislatore avesse utilizzato il lemma ‘persona’ si sarebbe potuto argomentare a sostegno dell’estensibilità all’ente della previsione in esame, attesa la genericità del termine e la sua attitudine a riferirsi all’ente di diritto in quanto tale, in assenza di specificazioni aggettivanti quali ‘fisica’ e ‘giuridica’. Nondimeno, ciò avrebbe dato luoghi ad equivoci, latori di discussioni interpretative sul significato testuale, e la questione si sarebbe potuta porre solo in chiave problematica. Il richiamo ai ‘soggetti’, invece, sembra essere volutamente impiegato allo scopo di ricomprendere tanto le persone fisiche quanto gli enti collettivi. Sull’unità giuridica del concetto di persona, quale presupposto per il riconoscimento della soggettività giuridica, tra gli altri, si v. F. GALGANO, voce *Persona giuridica*, in *Digesto civ.*, UTET, 1995, XIII, p. 1 (versione reperibile nelle banche dati *online*); M. MICETTI, *Contributo per uno studio dei diritti costituzionali delle persone giuridiche*, Aracne, 2008, p. 9 ss.

⁹³ Si è rilevato come appaia peculiare che il legislatore impieghi il sintagma “stesso fatto” con significati diversi nel d.lgs. 74/2000, posto che l’art. 19 viene interpretato secondo l’*idem legale*, mentre nell’art. 21-ter si ha presente l’*idem factum*: A. INGRASSIA, *op. cit.*, 2:42:58 ss.

⁹⁴ Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotoukhin c. Russia*.

poiché nessuna distinzione viene operata sul piano soggettivo. Soprattutto, una proposta di questo tipo sembra varare una discriminazione irragionevole, perché l'esclusione *tout court* dall'integrazione fra le sanzioni in base al mero profilo dimensionale non appare di per sé giustificata.

A questo punto, sembra maggiormente plausibile una diversa interpretazione. Come anticipato, il legislatore concepisce una soluzione pratica, che possa scongiurare sia una condanna da parte della Corte di Strasburgo, sia, più in generale, che possa assicurare un risultato sanzionatorio complessivamente proporzionato. Dunque, il concetto di «stesso fatto», ai soli fini della compensazione in esame, andrebbe inteso come stesso illecito-presupposto, tanto alla base della sanzione amministrativa quanto, come reato, fondante la responsabilità ai sensi del d.lgs. 231/2001.

Alla luce di quanto sopra argomentato, sembra che si debba concludere che il legislatore “lanci il cuore oltre l'ostacolo” dogmatico e si faccia portatore di una prospettiva ampia volta a massimizzare l'applicazione del principio di proporzione. L'intento è quello di evitare delle sanzioni che possano risultare comunque eccessive, duplicando alcuni profili di valutazione in sede di commisurazione della punizione, come si ricava dalla legge delega.

Quanto appena osservato conduce immediatamente l'interprete a esaminare il terzo aspetto rilevante, forse quello di centrale importanza e maggiore problematicità interpretativa: cosa significa che il giudice o l'autorità amministrativa debbano “tenere conto” delle sanzioni già irrogate in via definitiva, al fine di ridurne l'entità?⁹⁵

Il quesito, appena posto in maniera generica, può consentire di sondare la portata della disposizione se scandito in una serie di interrogativi specifici.

7.1. Oggetto della compensazione: riguarda la sola sanzione pecuniaria o può riferirsi anche alle sanzioni interdittive?

Per rispondere al quesito posto nel titolo, va osservato sin da subito che la ricomprensione delle sanzioni interdittive nello spettro dello strumento riduttivo dell'art. 21-ter, in realtà, si presenta alquanto problematica. L'ostacolo non è tanto rappresentato dalla disomogeneità delle sanzioni, quanto piuttosto dall'esigenza di offrire una ricostruzione coerente con il “micro-sistema” del d.lgs. 231/2001⁹⁶. A tal fine,

⁹⁵ Il carattere anodino della disposizione è sottolineato da A. INGRASSIA, *op. cit.*, 2:45:35 ss., il quale osserva che l'incertezza investe, nello specifico, lo strumento normativo che consenta al giudice di “tenere conto” della sanzione. Diversamente, tale strumento sarebbe già disponibile per le sanzioni ricollegate all'IVA poiché il diritto unionale consente in quel caso di disapplicare la sanzione.

⁹⁶ Rispetto all'art. 187-terdecies t.u.f. e con riguardo alla persona fisica, invece, l'ampiezza della formulazione della disposizione dal 2018 ha aperto alla possibilità di compensare ogni misura punitiva. Pertanto, vi possono rientrare le pene detentive, peraltro alla luce dell'intenzione del legislatore della riforma e, soprattutto, dell'autonomia della ipotesi di limitazione della sanzione da irrogare alla parte da riscuotere. Inoltre, dovrebbe concludersi anche per la sussunzione delle pene accessorie e della confisca *ex art.* 187 t.u.f. nell'alveo di operatività della disposizione in esame, alla luce della genericità del dato letterale e del pieno parallelismo fra le conseguenze sanzionatorie penalistiche e amministrative. In senso positivo sulle misure

l'art. 21-ter deve essere coordinato con l'art. 17, il quale, allo scopo di neutralizzare le sanzioni interdittive richiede il concorso di tre condotte riparatorie, le quali esulano, invece, dal disposto dell'art. 21-ter.

Del resto, criticità analoghe sul mancato coordinamento col disposto degli artt. 12-17 d.lgs. 231/2001 erano emerse nella nota vicenda DHL⁹⁷. In particolare, considerando le condotte riparatorie tenute e l'entità della sanzione amministrativa, in luogo della riduzione della punizione, è stata disposta l'immediata archiviazione dell'indagine.

Tuttavia, se la disciplina del decreto del 2001 si occupa della sola riduzione della sanzione a carico dell'ente, non è possibile dare ingresso per loro tramite a una nuova causa di non punibilità, che richiederebbe un puntuale fondamento legale. Ciò appare confermato dall'art. 21-ter d.lgs. 74/2000, che dà rilievo normativo autonomo alla doppia irrogazione, al di fuori delle fattispecie riduttive del decreto del 2001. La nuova previsione non può surrogarsi alle disposizioni in esame, né assumere una portata speciale rispetto ad esse. Pertanto, la compensazione o esclusione delle sanzioni interdittive può discendere solo dalla integrazione delle condotte riparatorie di cui all'art. 17 d.lgs. 231/2001.

D'altro canto, nel caso di integrazione fra sanzioni omogenee, rispetto a quelle interdittiva opera già il meccanismo di assorbimento di cui all'art. 83 d.lgs. n. 231/2001, oltre allo scomputo del c.d. pre-sofferto.

Al limite, l'art. 21-ter d.lgs. 74/2000 può integrarsi con la diminuzione contemplata all'art. 12, nella misura in cui può assumere una dimensione riparativa. In questo caso, potrebbe aversi un concorso di sanzioni positive, ma sui rapporti fra le due disposizioni si avrà modo di tornare oltre.

7.2. Il quomodo della compensazione delle sanzioni pecuniarie alla luce della commisurazione bifasica di cui all'art. 11 d.lgs. 231/2001.

Per rispondere a tale quesito giova rammentare la fisionomia peculiare della sanzione pecuniaria a carico degli enti⁹⁸. Per garantirne l'intrinseca efficacia, la legge ha

ablatorie si v. Cass., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, con con nota di A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e insider trading: dalla Cassazione i criteri per una risposta sanzionatoria proporzionata*. Sulle sanzioni accessorie, conformemente, L. BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. Pen.*, 3/2019, p. 37., ove si accenna all'inclusione delle sanzioni amministrative accessorie nella materia penale europea da parte di Corte EDU, 11 giugno 2009, *Dubus S.A. c. Francia*, § 37. *Contra* Trib. di Milano n. 14767 del 2018; F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit., p. 21. Sulla possibilità dello scomputo tra sanzioni omogenee e tra sanzioni che siano tali nel genere, ma non nella specie, si v. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 242 ss.

⁹⁷ Come già indicato sopra, il cui provvedimento è disponibile in questa Rivista al seguente indirizzo: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/mucciarelli-ne-bis-in-idem-sanzioni-tributarie-ente-dhl>

⁹⁸ Sanzione che assume un ruolo centrale nel d.lgs. 231/2001, con abbandono del ruolo di «ancella della pena detentiva»: in questi termini, A. MANNA, *Riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio nella struttura dell'illecito dell'ente da reato*, in A. FIORELLA – A. GAITO – A. S. VALENZANO (a cura di), *La*

abbandonato la logica tradizionale della commisurazione a somma complessiva⁹⁹ per abbracciare una quantificazione “per quote” e “a struttura bifasica”¹⁰⁰. La prima fase concerne la individuazione delle quote, non inferiori a cento né superiori a mille (art. 10, comma 2)¹⁰¹, mentre la seconda afferisce all’attribuzione del relativo importo, tra 258 e 1.549 euro (comma 3)¹⁰².

La struttura bifasica del giudizio si riflette sui criteri di commisurazione della sanzione *ex art. 11*, che mantiene separate la gravità del fatto e il grado di responsabilità dalle condizioni economiche e patrimoniali dell’ente, che ne esprimono la sensibilità alla pena¹⁰³.

In primo luogo, la gravità del fatto evoca la «gravità del reato» di cui all’art. 133, comma 1 c.p. nonché la «gravità della violazione» di cui all’art. 11 l. n. 689 del 1981¹⁰⁴. In

responsabilità dell’ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni, cit., p. 76 (corsivo dell’A. riportato in tondo).

⁹⁹ Nella relazione di accompagnamento alla Riforma Cartabia – che, pur riformando la pena pecuniaria per le persone fisiche, non ha coinvolto il meccanismo commisurativo – si è evidenziata l’esigenza di una profonda e complessiva rivisitazione della pena pecuniaria tradizionale, coinvolgendo, tra i vari profili, anche l’adozione del sistema dei tassi o delle quote giornaliere (si cfr. p. 266).

¹⁰⁰ *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 30.

Dal punto di vista comparatistico, mentre alcuni Paesi hanno mantenuto il sistema tradizionale a somma complessiva entro un minimo e un massimo edittale (es. Repubblica di San Marino, Germania e in parte Spagna), con possibilità di valutare alcune circostanze aggravanti o attenuanti (per es. i *compliance programs* negli U.S.A. o le condotte collaborative nella disciplina spagnola), o addirittura senza limiti massimi (es. Inghilterra, Galles, ecc.), in altri la quantificazione è effettuata “per quote giornaliere” (es. Danimarca, Svezia, Finlandia, Spagna, Portogallo, Slovenia, Austria, Francia). Il parametro dell’ammontare può variare: per es., in nel diritto penale tedesco è rappresentato dal reddito netto giornaliero, mentre in Austria si tiene conto del potere di spesa del reo. Invece, come accennato, differenza del codice penale tedesco, l’OWiG – che ha introdotto la responsabilità amministrativa degli enti – ha mantenuto il sistema di determinazione a somma complessiva, salvo prevedere al § 17 che la sanzione deve essere superiore al vantaggio economico conseguito dall’illecito, anche oltre il massimo edittale.

¹⁰¹ A differenza dell’art. 133-*bis* c.p., il rapporto ricavabile dalle quote giornaliere *ex art. 10* è più ampio, cioè da “uno a sei”, al fine di assicurare un corretto adeguamento alle condizioni economiche dell’impresa, tenuto conto della diversificazione delle realtà imprenditoriali italiane (*Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 31).

¹⁰² L’art. 11, lett. g) l. n. 300 del 2000 si era limitato a prevedere i limiti minimi e massimi e un rinvio implicito all’art. 133-*bis* c.p. (o all’art. 11, l. n. 689/1981) perché si tenesse conto delle condizioni economiche della *societas*, ma non sembrava discostarsi dal regime a somma complessiva. Sennonché, l’aumento fino al triplo o la diminuzione sino ad un terzo della pena pecuniaria sarebbe stato impraticabile, in quanto si sarebbe pervenuti agevolmente a una misura eccedente i limiti previsti dalla legge delega. Onde scongiurare il rischio di inadeguatezza del sistema sanzionatorio di cui sarebbe stata foriera la riduzione della risposta sanzionatoria prevista per i singoli reati, si è preferito introdurre un modello come quello descritto: così, *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 30 ss.

¹⁰³ C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, p. 335; R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Giuffrè, 2006 p. 165. Come si evince dalla *Relazione* (p. 31), benché tale regime fosse stato ispirato dal *Tagessatzsystem* del § 40 StGB tedesco e da quelli di analoga fattura di altri Paesi europei, esso se ne differenzia, giacché in quei contesti la sanzione si atteggia a conseguenza “di durata”. L’ancoraggio a dei valori assoluti, ricompresi dentro una cornice edittale, invece, è stato ritenuto incompatibile con la piena adesione a tali alternative.

¹⁰⁴ Il necessario confronto tra i criteri dell’art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001 e quelli di cui all’art. 133 c.p. è stato messo in evidenza anche in giurisprudenza: si cfr. Cass., sez. V, 16 luglio 2019, n. 38115.

secondo luogo, rileva il grado di responsabilità dell'ente, il quale afferisce alla colpevolezza e «*concerne l'intensità del coinvolgimento dell'ente nell'illecito*»¹⁰⁵. Tale fattore secondo taluni muta al variare dei soggetti che hanno commesso il reato¹⁰⁶: nel caso di soggetti apicali, la riconduzione dell'illecito alla politica societaria fonda, di per sé, un giudizio di maggiore rimprovero; qualora siano coinvolti soggetti para-apicali, invece, occorrerà avere riguardo all'esistenza e al grado di idoneità ed efficacia del modello organizzativo¹⁰⁷.

In realtà, proprio l'importanza sistematica del difetto d'organizzazione all'interno della fattispecie complessa di responsabilità dovrebbe condurre a tenerne conto in ogni caso. Difatti, se esso costituisce un elemento strutturale, oggettivo e soggettivo, della responsabilità e una componente del giudizio di disvalore ordinamentale, non può essere trascurato ai fini della determinazione della sanzione.

Infine, il criterio dell'eventuale realizzazione di condotte riparatorie, che richiama l'omologo dell'art. 11 l. n. 689 del 1981¹⁰⁸, dà enfasi alla finalità di prevenzione speciale che innerva l'intero sistema della responsabilità degli enti finanche nell'applicazione della sanzione pecuniaria¹⁰⁹. Pertanto, la prospettiva del giudice, oltre

Peraltro, si discute in dottrina se la gravità del reato debba essere esaminata nella sua dimensione esclusivamente oggettiva ovvero anche soggettiva. In questo secondo senso, per omogeneità rispetto all'art. 133, comma 1 c.p., si v. T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, in A. BASSI – T. EPIDENDIO (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 299. Nel senso dell'irrelevanza della componente soggettiva, poiché tale sarebbe anche nell'indagine sul reato presupposto, coincidente con un "fatto antiggiuridico", si v. R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 138 ss.; C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 224; M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Jovene, 2009, p. 286; A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, in S. VINCIGUERRA – M. CERESA GASTALDO – EAD., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Cedam, 2004, p. 28

¹⁰⁵ V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 300. In senso analogo, si v. E. AMATI, *La responsabilità da reato degli enti. Casi e materiali*, UTET, 2007, p. 102 ss.

¹⁰⁶ Sottolinea che l'inclusione dello "spessore della volontà sociale" richiamerebbe la contraddizione tra la teoria dell'immedesimazione organica e la colpa d'organizzazione, V. TORRE, sub art. 11, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer Italia, 2019, edizione online, p. 378.

¹⁰⁷ *Ibidem*; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 140 ss.; C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, cit., p. 1357; ID., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, cit., p. 223. Più di recente, in questi termini, anche A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 97. Secondo G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO (dir.), *Trattato di diritto penale*, vol. 4, Giuffrè, 2008, p. 218 ss., è criticabile la scelta legislativa di aver costruito gli estremi sanzionatori in base alla tipologia dei reati presupposto (si v. anche ID., *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi, I parte*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2/2006, p. 173). Piuttosto, la distinzione tra i criteri di attribuzione, in base all'autore del reato, avrebbe dovuto già ispirare la diversificazione delle cornici edittali, affinché venisse predisposta una pena proporzionata al disvalore dell'illecito dell'ente.

¹⁰⁸ Mentre si differenzia dall'attenuante ex art. 62 n. 6 c.p., che esige la spontaneità e l'efficacia del c.d. ravvedimento operoso.

¹⁰⁹ R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 141, che mette in evidenza l'equiordinazione rispetto ai criteri retrospettivi; in senso analogo, P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. studi in onore di Emilio Dolcini*, I, Giuffrè

che rivolta al passato, in connessione con logiche di retribuzione e deterrenza,¹¹⁰ è arricchita da un'indole prognostica, quale giudizio di idoneità allo scopo¹¹¹.

L'obiettivo specialpreventivo è poi perseguito soprattutto attraverso la seconda fase del giudizio commisurativo, al fine di scongiurare il rischio di addivenire a risposte punitive inidonee alle concrete esigenze dissuasive¹¹². Al contempo, essa assicura compiutamente la proporzionalità della pena pecuniaria, poiché la dimensione eminentemente patrimoniale dell'ente rende rilevanti i diversi gradi della propria capacità di sopportazione della sanzione, espressi dalle proprie condizioni economico-patrimoniali¹¹³.

Tornando all'art. 21-ter, è da preferire l'idea che la riduzione debba investire il numero delle quote, poiché la valutazione in esame si intromette nella prima fase del giudizio (art. 11, comma 1). Nello specifico, si tratta di un giudizio relativo al disvalore del fatto, posto che il pagamento si iscrive in una condotta riparatoria in senso ampio, volta a «eliminare o attenuare le conseguenze del fatto».

2018, p. 1101 ss. e p. 1113; E. BATTAGLIA, *Le sanzioni*, in A. D'AVIRRO – A. DI AMATO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Cedam, 2009, p. 296. Per F. MACRÌ, *Le sanzioni (artt. 9-14, 16, 20-23)*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, II, UTET, 2017, p. 2625, si tratta del criterio che riflette maggiormente l'orientamento marcatamente specialpreventivo del sistema sanzionatorio. Come si legge in A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 95 ss., questo criterio dimostra la centralità della funzione specialpreventiva nel procedimento commisurativo, mentre occorre rifuggire da una determinazione della pena secondo prevenzione generale. L'irrogazione di pene esemplari, legate al mero allarme sociale scaturito dall'accadimento criminoso genera meno scrupoli, rispetto alle persone fisiche, di scadere in una violazione dei principi di colpevolezza e proporzione più accentuato rispetto alle persone fisiche.

¹¹⁰ M. DONINI, *Compliance, negoziabilità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., p. 579.

¹¹¹ F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, cit., p. 2516.

¹¹² R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 159. In questo senso, il giudizio bifasico tempera il rischio di ineffettività della mera sanzione pecuniaria nei confronti degli enti di piccole o medie dimensioni, paventato da M. RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p. 49; per questo rilievo, si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 105 nt. 35.

¹¹³ Si cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 335; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit. p. 160 e 165; A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 239 ss.; A. ROSSI, *Le sanzioni*, cit., p. 67 ss.; L. PELLEGRINI, *Sanzione pecuniaria e procedimento di commisurazione nel sistema della responsabilità dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 552 e 565, che parla di proporzionalità "a tutto tondo", in quanto comprensiva di aspetti relativi tanto all'illecito quanto alla capacità di pena dell'ente. Più in generale, si è osservato autorevolmente come rispetto alla pena detentiva la capacità di tolleranza delle afflizioni risulti tendenzialmente omogenea per le persone fisiche, mentre ciò non accade quando la pena intacca il patrimonio: in questi termini, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, p. 200; si cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Giuffrè, 2008, p. 35 ss.; M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario*, cit., p. 346.

7.3. *Il dichiarato teleologismo riduttivo e la commisurazione extraeditale. I limiti della riduzione: è possibile disapplicare la sanzione?*

Qui si innesta un'ulteriore riflessione. Mentre quello di cui all'art. 11 è un giudizio infraeditale, l'art. 21-ter, per avere una sua rilevanza autonoma, deve legittimare un giudizio extraeditale, che consente di diminuire le quote andando oltre la cornice editale delineata dal legislatore.

Con tale apertura la nuova disposizione consente di irrogare una pena proporzionata, ma non illegale, nella misura in cui la legalità è assicurata dall'autorizzazione dell'art. 21-ter¹¹⁴.

A questo punto occorre chiedersi se sussista un minimo insuperabile per la riduzione o se il giudice abbia piena discrezionalità, fino a poter disapplicare *tout court* la sanzione. Si tratta di un altro aspetto lasciato irrisolto dall'ampia formula del "tenere conto".

L'interrogativo è posto proprio dal necessario rispetto del principio di legalità della pena, poiché, in assenza di un "minimo extradittale", si potrebbe paventare il rischio di un ossequio soltanto formale del principio e di apertura di spazi eccessivi per le determinazioni del giudice.

Di regola, invece, il legislatore codicistico si è premurato di fissare i confini insuperabili delle valutazioni extraeditali del giudice: basti pensare al regime delle circostanze che, in via generale, non consente al giudice di andare oltre la misura di un terzo allorquando la legge si limiti a stabilire che la pena è aumentata o diminuita (art. 65 c.p.).

In assenza di una previsione normativa specifica, occorre chiedersi se sia possibile rinvenire un dato sistematico, all'interno del d.lgs. 231/2001, che possa offrire un riferimento adeguato.

In primo luogo, va escluso che possa rilevare a tali fini l'art. 10, comma 2, che fissa la misura minima di cento quote. Difatti, la funzione di tale disposizione è analoga a quella dell'art. 23 c.p., nel senso di stabilire un minimo editale, derogabile dal legislatore, che possa intervenire in via suppletiva allorquando nulla di espresso sia sancito negli artt. 24 ss. d.lgs. 231/2001.

Peraltro, se si esamina l'art. 25-quinquiesdecies ci si renderà conto immediatamente che in quel caso il minimo editale è proprio rappresentato da cento quote, poiché il legislatore si è limitato a comminare il massimo editale di quattrocento o cinquecento quote. Pertanto, se la funzione dell'art. 21-ter d.lgs. 74/2000 è quella di abilitare una determinazione extraeditale della sanzione, la misura ridotta dal giudice si staglierà necessariamente al di sotto delle cento quote.

¹¹⁴ E non invece dal mero richiamo all'art. 49 CDFUE, che, al contrario, sarebbe apparso problematico, come rilevato in dottrina più in generale in sede di primo commento della pronuncia della CGUE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, C-205/20, NE, § 31 (F. VIGANÒ, [La Proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione Europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta, alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia](#), in *questa Rivista*, 26 aprile 2022).

Un'altra ipotesi da verificare è quella secondo cui la misura massima della riduzione sia da fissarsi nella metà, offerta dall'attenuante dell'art. 12 d.lgs. 231/2001. Tale considerazione potrebbe partire dal presupposto che l'art. 21-ter è legato al mero presupposto del pagamento della soprattassa, ma senza che vi siano adempimenti legati al modello di organizzazione e controllo. Se ragionassimo sulla base delle fattispecie tradizionali di riduzione della sanzione pecuniaria nel d.lgs. 231/2001, dovrebbe applicarsi il solo art. 12, comma 2, in luogo del comma 3¹¹⁵. Dunque, il limite fissato dal comma 2, rappresentato dalla metà, dovrebbe costituire un parametro generale di proporzionalità estrinseca, posto che solo nel caso di concorso di tutte le contro-condotte ivi previste si potrà beneficiare della riduzione al di sotto della metà e fino ai due terzi.

Senonché, questo argomentare, benché teoricamente plausibile, si scontra con la realtà dei calcoli applicativi, che evidenziano come, così opinando, vi sia il rischio di rendere inattuata la finalità compensativa perseguita dal legislatore.

Se si tiene presente l'entità delle sanzioni tributarie, in confronto a una sanzione para-penale fissata nel minimo edittale di cento quote, si arriverebbe a un risultato punitivo comunque eccessivo. L'esito sarebbe quello di isterilire la portata dell'art. 21-ter.

Pertanto, l'art. 21-ter va sganciato dal sistema di attenuazione previsto dal d.lgs. 231/2001, poiché quest'ultimo risulta ancorato a *rationes* diverse da quelle che stanno alla base della nuova disposizione. In altri termini, oltre all'assurdo a cui condurrebbe l'interpretazione sopra sperimentata, tale argomentare non pare in linea né con il contesto né con il con-testo di cui deve tenere conto l'interprete nel ragionamento giuridico¹¹⁶. Il sistema sanzionatorio della responsabilità da reato dell'ente tenta di coniugare istanze punitive e preventive che esulano dalle finalità di temperamento perseguite dalla legge di riforma e dall'evoluzione retrostante a tale innesto normativo. Ed è con tali finalità che va confrontata la predetta fattispecie riduttiva.

Ebbene, la funzione preventiva rimane assolta, per come visto, dalla sanzione interdittiva, rispetto alla quale possono intervenire le condotte dell'art. 17 d.lgs. 231/2001 se ne si vuole scongiurare l'applicazione.

Le finalità punitive sono in buona parte assolute mercé l'irrogazione della sanzione amministrativa. Ne deriva che nessun limite normativo specifico può essere imposto a carico del giudice. Questo non significa che la sanzione pecuniaria para-penale non debba essere applicata, ma, sul piano funzionale, essa risulta in grande misura

¹¹⁵ Venendo in rilievo l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Quanto al risarcimento del danno, occorre tenere conto del principio recentemente espresso dalle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, secondo cui «*nel rapporto tra il contribuente e l'erario il danno patrimoniale da evasione penalmente rilevante di cui l'amministrazione finanziaria può chiedere il risarcimento è necessariamente diverso dall'imposta evasa, dalle sanzioni e dagli interessi moratori previsti dalla legislazione speciale, e potrà consistere solo negli eventuali ulteriori o diversi pregiudizi sopportati dalla p.a. Tali pregiudizi rientrano nella previsione di cui all'art. 1224, secondo comma, c.c., non sono in re ipsa e vanno allegati e dimostrati in modo preciso*» (Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2022, n. 29862).

¹¹⁶ Per la distinzione fra 'sistemica co-testuale' – cioè il significato sistematico in senso stretto – e 'sistemica con-testuale' – cioè il significato teleologico – si cfr. M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 125 ss.

fagocitata dalla sanzione tributaria, per quanto quest'ultima non venga calcolata per quote.

Parimenti, non ne soffrirebbero troppo le esigenze di "certezza della sanzione", poiché la valutazione di proporzionalità discendente è irrimediabilmente rimessa alla singola vicenda. Anzi, fissare un limite, proprio per le ragioni su esposte, potrebbe risultare controproducente rispetto alla *ratio* dell'intervento legislativo del 2024.

Questo non significa che le esigenze di legalità vengano completamente calpestate, perché potrebbero essere recuperate sul fronte dei parametri di giudizio intorno ai quali determinare la sanzione e della cui applicazione occorre dare conto in sede motivazionale¹¹⁷.

Tuttavia, proprio in relazione ai criteri di riduzione residuano alcune criticità.

La tecnica adoperata dal legislatore del 2024 è unitaria per tutte le vicende di cumulo (il giudice "tiene conto" per "ridurre"). Ciò a differenza dell'art. 187-terdecies t.u.f., che, in un'ottica omnicomprensiva delle sanzioni, invece opera un distinguo fra: 1) il "tenere conto" delle misure già irrogate; 2) la limitazione della pena pecuniaria alla parte eccedente quella riscossa¹¹⁸.

Probabilmente, il legislatore del 2024 ha voluto utilizzare in ambito tributario la prescrizione del "tenere conto" come fosse un'indicazione comprensiva del "limitare" la pena pecuniaria a quella riscossa. Tanto può sostenersi una volta già concluso che la disposizione dell'art. 21-ter non risulta applicabile alle sanzioni interdittive, per cui il "tenere conto" dovrà riferirsi alla sola sanzione pecuniaria, per la quale, quindi, *ça va sans dire*, anche nella materia fiscale dovrà essere limitata alla parte eccedente quella riscossa.

7.4. L'individuazione della "parte eccedente".

Posto che la disciplina del d.lgs. n. 231/2001 compendia finalità tanto punitive quanto di prevenzione speciale, si ritiene che la sua definizione prioritaria sia in grado di assorbire gli scopi del procedimento amministrativo, al punto da spingere a una

¹¹⁷ Più in generale, in giurisprudenza si è affermato che «(...) anche nell'ambito della responsabilità degli enti, valgono i principi che governano l'iter di quantificazione della sanzione da parte del giudice penale, il quale, pertanto, è tenuto ad esplicitare il percorso logico condotto per giungere all'irrogazione della sanzione finale, con motivazione che diventa tanto più stringente quanto più intenda discostarsi dal minimo edittale» (Cass., sez. III, 16 aprile 2019, n. 39952).

¹¹⁸ Prima della riforma dell'art. 187-terdecies t.u.f. intervenuta nel 2018, la disposizione in esame circoscriveva il temperamento del trattamento punitivo alle sole sanzioni di natura pecuniaria. Dunque, ci si era domandati se tale meccanismo potesse essere impiegato per compiere un giudizio di proporzione nei rapporti tra la sanzione pecuniaria e la pena detentiva.

La Corte di cassazione ha affermato che l'art. 187-terdecies è una norma speciale settoriale, che specifica quanto è già implicito all'interno dell'art. 133 c.p., da intendersi quale norma generale. Quest'ultima disposizione attribuisce al giudice il potere discrezionale di determinare la pena, ma pur sempre con il vincolo di rispettarne la legalità, nonché la sua proporzione rispetto al fatto concreto, tenuto conto degli elementi ivi indicati. Così, Cass., sez. V, 31 ottobre 2018, n. 49869, *Chiarion Chiusoni*; conf. Cass., sez. V, 30 settembre 2019, n. 39999, cit.

disapplicazione totale della sanzione tributaria¹¹⁹. Diversamente, l'evenienza ordinaria di un procedimento penale a chiusura consecutiva dovrebbe portare a concentrare la valutazione sui soli elementi rilevanti ai fini della prevenzione della criminalità d'impresa.

Per affrontare questo passaggio, un ausilio può essere offerto ancora una volta dalla funzione assolta dalla sanzione pecuniaria nel d.lgs. 231/2001.

Dunque, applicando tali considerazioni ai problemi ivi esaminati, all'esito del secondo giudizio il giudice dovrebbe evitare di svolgere una nuova valutazione su quegli aspetti sui quali si fonda l'afflizione già subita dall'ente. A tali fini, andrebbero tenuti in considerazione i riflessi della particolare struttura della responsabilità corporativa sul momento di commisurazione della pena. Quindi, se l'illecito dell'ente è a 'disvalore complesso', quale congiunzione del reato-presupposto e della c.d. colpa di organizzazione, la pena dovrà tenere conto tanto della gravità del primo, avuto riguardo alla posizione della persona fisica, quanto alla intensità del coinvolgimento dell'ente. Si tratta di aspetti che, infatti, sono stati richiamati espressamente dal legislatore all'interno dell'art. 11 d.lgs. n. 231/2001.

Diversamente, la sanzione amministrativa è interamente calibrata sulla violazione commessa dalla persona fisica; tant'è che è questa una delle circostanze che spinge a dichiarare la natura oggettiva della responsabilità dell'ente nella disciplina tributaria.

Alla luce di quanto sintetizzato, la commisurazione delle due sanzioni risulta sovrapponibile per uno dei profili di disvalore, corrispondente all'illecito amministrativo/reato presupposto commesso dalla persona fisica. Nella prospettiva sin qui sostenuta, esso non dovrebbe essere preso in esame una seconda volta, altrimenti, per la connessione esistente tra i due fatti, la sanzione, che va ragguardata anche negli esiti complessivi a cui conduce, risulterebbe sproporzionata¹²⁰.

In definitiva, se il procedimento amministrativo si è concluso per primo, il giudice penale dovrebbe espungere dal *quantum* sanzionatorio la misura quantificata sul fatto di connessione e commisurarla esclusivamente sul grado di colpevolezza residuo dell'ente, anche alla luce del comportamento successivo. A tale fine, dovrebbe svolgersi un giudizio di sintesi che ricomprenda tutti i criteri dell'art. 11, per poi determinare l'estromissione del numero di quote corrispondente a quell'importo complessivo che equivale alla somma già inflitta in sede amministrativa.

Viceversa, se il procedimento penale si conclude per primo, la sanzione penale è già in grado di inglobare anche il disvalore riferibile all'illecito tributario, di guisa che la sanzione amministrativa dovrebbe essere 'disapplicata', in quanto assorbita in quella "231".

Pertanto, "tenere conto" per "ridurre" significa che in sede di determinazione delle quote della sanzione pecuniaria a carico dell'ente occorre eliminare quelle componenti della punizione che attengono alla gravità del reato, poiché la sua

¹¹⁹ A.F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo*, cit., p. 29.

¹²⁰ Si v. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112.

coincidenza storico-naturalistica con l'illecito amministrativo ne comporta l'inclusione nella sanzione tributaria.

A questo punto, residua uno spazio valutativo nel procedimento a carico dell'ente: "il grado di responsabilità", cioè il livello di coinvolgimento nell'illecito.

Il parametro del grado di responsabilità ingloba soprattutto la colpa di organizzazione, sicché sarà quella parte di sanzione para-penale che continuerà ad assolvere un ruolo punitivo che difetta in un modello di responsabilità "par ricochet" qual è quello concepito in sede fiscale.

Infine, la determinazione conclusiva dovrà tenere conto delle condotte riparatorie, nelle quali può iscriversi anche l'eventuale corresponsione del dovuto all'Amministrazione finanziaria, se si ritiene che il distinguo con l'art. 12 risieda nella 'atipicità' delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 11¹²¹.

8. Riflessioni autonome sugli enti di piccole dimensioni.

Le considerazioni finora svolte non sono generalizzabili a tutte le tipologie di organizzazioni collettive, ma potrebbero variare rispetto agli enti di piccole dimensioni. Va rammentato che la disciplina della responsabilità da reato si applica indiscriminatamente a tutti gli enti riconducibili nel quadro definitorio di cui all'art. 1¹²². I soggetti classificati attraverso questa terminologia costituiscono delle collettività non complesse, connotate dalla concentrazione fra proprietà e gestione¹²³.

¹²¹ Quantomeno nella componente testuale dell'art. 11 che richiama l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze del fatto. Si cfr. G. AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Guida dir.*, 26/2001, p. 68; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 141 ss.; V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 300-301, i quali comunque fanno riferimento alle condotte riparatorie di carattere preventivo, le quali, pur diverse dall'adozione di un nuovo modello organizzativo, dovranno denotare l'idoneità della nuova conformazione dell'ente alla prevenzione di reati. In ogni caso, non occorre che tali condotte siano poste in essere "spontaneamente", bensì è sufficiente che siano ispirate da ragioni di mera convenienza, vista la tipologia di soggetti coinvolti: A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 99). Secondo quest'ultima A., oltre alle condotte inerenti al modello organizzativo, dovrebbero valorizzarsene anche altre, data la maggiore ampiezza dell'espressione utilizzata dal legislatore, come l'attività volta a eliminare le cause dell'illecito, a partire da provvedimenti disciplinari o dal licenziamento della persona fisica autrice del reato, o l'adozione di misure cautelari adeguate e calibrate sull'offesa da prevenire (*Ivi*, p. 99-100).

¹²² Le uniche esclusioni (art. 1, comma 3) sono dettate in base alla caratterizzazione istituzionale che gli enti assumono, mentre nessuna selezione viene svolta sul piano dimensionale. Invero, la indifferenza di tale profilo è confermata dall'art. 6, comma 4, che con riguardo agli enti di piccole dimensioni, consente di concentrare il ruolo di vigilanza interna sul funzionamento e l'osservanza dei modelli in capo all'organo dirigente. Analogamente, l'art. 30, comma 5-bis d.lgs. n. 81 del 2008, introdotto dal d.lgs. 106 del 2009, attribuisce alla commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro la competenza dell'elaborazione di procedure semplificate per l'efficace adozione dei modelli di organizzazione e gestione per la prevenzione di tali reati all'interno delle piccole e medie imprese.

¹²³ F. CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in F. CENTONZE - M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, IIMulino, 2016, p. 89; N. SELVAGGI, *La prevenzione e il controllo del reato attraverso la 'compliance' nella piccola impresa*, in AA.VV. *Studi in onore di A. Fiorella*, cit., p. 1867-1868. Per una possibile definizione di 'enti di piccole dimensioni', G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 204, richiama, a tal fine, le Linee Guida di Confindustria: queste enfatizzano l'essenzialità della struttura

La tematica della opportunità politico-criminale della inclusione di collettività sceve da quelle complessità strutturali che, per la gran parte, il sistema “231” sembra presupporre, è ancora oggi oggetto di dibattito¹²⁴, ma, *de lege lata*, non sussiste alcun dubbio circa la inclusione degli enti di piccole dimensioni nell’ambito applicativo del d.lgs. n. 231/2001¹²⁵.

Peraltro, il problema relativo alla opportunità delle scelte legislative si interseca con quello interpretativo relativo alla inclusione nell’alveo della “231” delle società unipersonali, rispetto alle quali la irrilevanza normativa del profilo dimensionale ha destato qualche perplessità¹²⁶. In questo caso, infatti, la distinzione tra società e socio

interna gerarchica e funzionale, atteso che in essi le funzioni sono prevalentemente concentrate su un numero esiguo di soggetti (Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, p. 50 – versione aggiornata del 31 marzo 2008. L’A. cita, altresì, la Raccomandazione della Commissione UE n. 1442 del 6 maggio 2003, che ha provveduto ad aggiornare le regole in base alle quali un’impresa può essere definita piccola o media (con decorrenza dal 1° gennaio 2005). Inoltre, l’A. evidenzia la proposta di riforma dell’art. 6, comma 3 d.lgs. n. 231 del 2001 recata nell’art. 1 dello Schema di d.d.l. di modifica dello stesso predisposto dall’AREL: «[...] sono qualificati enti di piccole dimensioni i soggetti che, per due esercizi consecutivi, non hanno superato due dei limiti indicati dal primo comma dell’articolo 2435-bis del codice civile». La commissione Greco, nell’elaborare una proposta di riforma del d.lgs. n. 231 del 2001, invece, ha richiamato il numero massimo di 15 dipendenti sull’intero territorio nazionale, traendo ispirazione da un criterio rilevante in materia lavoristica, al fine di destinare a tali soggetti dei modelli di organizzazione semplificati. Lo riporta F. CENTONZE, *ult. op. cit.*, p. 107, il quale, pur concordando rispetto al tipo di criterio adottato, dissente dalla soluzione di mera differenziazione del regime organizzativo e manifesta preferenza, piuttosto, per l’esclusione della responsabilità di tali soggetti. Critico verso l’impiego di definizioni incentrate sull’aspetto dimensionale C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 549.

¹²⁴ S. BARTOLOMUCCI, *Sulla configurabilità del (fantomatico) modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001 dedicato alla P.M.I.*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, p. 93 ss.; C. SANTORIELLO, *I modelli organizzativi richiesti dal d.lgs. 231/2001 e PMI. Una riflessione alla luce delle Linee Guida di Confindustria*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, p. 179 ss.

Rispetto alle *closely-held organizations*, la dottrina statunitense ha rilevato la superfluità dell’assoggettamento congiunto a responsabilità di entrambi i soggetti e ha concluso per la sufficienza di unico “binario” punitivo, ai fini del perseguimento delle finalità dell’ordinamento. Si v. J. ARLEN, *Corporate criminal liability: theory and evidence*, NYU, *L&E Res. Paper Series*, 2012, p. 157-158. D’altra parte, la questione era stata già oggetto di discussioni in sede di predisposizione dello schema di decreto legislativo, là dove tutte le obiezioni sono state superate da parte della Commissione ministeriale, onde evitare contrasti con la legge delega, come ha evidenziato C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2001, p. 358.

¹²⁵ M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in G. CANZIO – L.D. CERQUA – L. LUPÀRIA, *Diritto penale delle società. Profili sostanziali*, 2014, Cedam, p. 877 ss., il quale richiama la conclusione positiva raggiunta dalla giurisprudenza di merito in tema di società unipersonali: Trib. di Milano, 12 marzo 2008 e Trib. di Milano, 28 aprile 2008, in *www.rivista231.it*. Rileva G. AMARELLI (sub art. 1, in AA.VV., *Compliance*, cit.) che una conferma della irrilevanza delle dimensioni dell’ente ai fini dell’assoggettamento agli obblighi di prevenzione potrebbe ricavarsi oggi dalla riforma della crisi d’impresa intervenuta con d.lgs. n. 14 del 2019. In senso contrario, si v. Trib. di Milano, GIP, 16 luglio 2020, n. 971, in www.giurisprudenzapenale.com, che ha ritenuto che il d.lgs. 231/2001 presupporrebbe un *quid* di complessità organizzativa, che invece difetta nelle società unipersonali.

¹²⁶ M. SCOLETTA, *ult. op. cit.*, p. 878; F. D’ARCANGELO, *La responsabilità da reato delle società unipersonali nel d.lgs. 231/01*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, p. 147 ss. In senso favorevole, M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *Principi generali*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 94 ss.

opera esclusivamente da un punto di vista formale, mentre, per il resto, si assiste a una sostanziale coincidenza tra le due figure¹²⁷.

Senonché, la scelta del legislatore è stata apprezzata da quella dottrina che ha escluso la medesimezza soggettiva tra i due protagonisti alla luce dell'autonomia degli interessi che fanno capo all'ente rispetto a quelli di cui è portatrice la persona fisica, testimoniata anche dall'autonomia patrimoniale perfetta, sebbene qui ciò si manifesti in forma più sottile di quanto accade negli altri casi¹²⁸. In questo senso si è espressa da tempo anche la giurisprudenza, che ritiene che il fatto da cui origina la responsabilità di cui al d.lgs. n. 231/2001 debba considerarsi un fatto proprio dell'ente, soggetto giuridicamente diverso dalla persona fisica¹²⁹.

Inoltre, su questo solco si pone anche la giurisprudenza europea, tanto della Corte EDU quanto della Corte di Giustizia dell'UE, le quali, ai fini della esclusione generalizzata dell'*eadem persona* nei casi di responsabilità dell'ente e della persona fisica, evidenziano in modo *tranchant* la diversità soggettiva tra le due figure considerate¹³⁰. Tuttavia, oltre a non essere stato particolarmente approfondito questo aspetto in chiave motivazionale, nessuna delle due Corti nelle (poche) pronunce in materia ha affrontato la questione con riferimento specifico agli enti di dimensioni modeste.

Diversa opinione manifesta un'altra parte degli studiosi, che mette in luce come l'indiscriminata applicazione del d.lgs. n. 231/2001 sarebbe foriera di un'inutile e ingiustificata duplicazione sanzionatoria, atteso che verrebbe in rilievo il medesimo centro di interessi, ricorrendo, quindi, l'*eadem persona* che fonda la conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*¹³¹.

Inoltre, diversamente da quanto sopra osservato, in tale ipotesi non vale invocare la colpa di organizzazione allo scopo di distinguere il fatto della persona fisica e quello

Altra questione, invece, è quella dell'applicabilità del decreto alle imprese individuali. Al riguardo, dopo una prima presa di posizione in senso favorevole (Cass., sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657) – la giurisprudenza è sembrata poi schierarsi per la soluzione opposta, non trattandosi, per definizione, di soggetti collettivi (Cass., sez. VI, 10 maggio 2012, n. 30085). In merito, si rinvia, tra gli altri, oltre che ai lavori appena menzionati, a G. AMARELLI, *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del d. lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2011.

¹²⁷ F. CENTONZE, *ult. op. cit.*, p. 92; M. SCOLETTA, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁸ V. MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, p. 105; M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *op. cit.*, p. 95.

¹²⁹ Si cfr. Cass., sez. VI, 25 luglio 2017, n. 49056; Trib. di Milano, G.I.P. 12 Marzo 2008, in www.rivista231.it; Trib. di Milano, Sez. riesame XI, 28 aprile 2008, in www.rivista.231.

¹³⁰ CGUE, cause C-217/15 e C-350/15, 5 aprile 2017, *Orsi e Baldetti*; Corte EDU, 20 maggio 2014, *Pirttimaki c. Finlandia*.

¹³¹ F. CENTONZE, *op. cit.*, p. 106; L. DE MARTINO, *La colpa di organizzazione nel prisma del diritto penale liberale*, Relazione al Convegno "Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità", Certosa di Pontignano (SI), 24-25 maggio 2019, pubblicato il 30 aprile 2020, in *disCRIMEN*, p. 15; C. PIERGALLINI, *ult. op. cit.*, p. 358; ID., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati*, cit., p. 227; si v. anche M. SCOLETTA, *op. loc. ult. cit.*; V. MONGILLO, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 607. Con riguardo al socio unico, si v. T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della oggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli, 2018, p. 61; discorre di "confine labile" tra interesse dell'ente e della persona fisica nelle società unipersonali F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato delle società unipersonali nel d.lgs. 231/01*, cit., p. 153.

contestato all'ente. Tale considerazione, per come è stato ricostruito il 'fatto di organizzazione', può acquistare validità allorquando la vicenda attenga a soggetti caratterizzati da una certa complessità interna, in cui l'interazione tra i componenti acquista una propria autonomia in confronto alle rispettive condotte individuali. Diversamente, la struttura gracile di tali enti condurrebbe a sostenere la medesimezza del fatto sanzionato, posto che in presenza di un'organizzazione talmente esangue non sarebbe possibile postulare una separazione tra il reato e il contributo collettivo¹³².

D'altro canto, la fuga dall'inganno dei formalismi tanto in relazione alla natura penale delle sanzioni quanto rispetto all'*idem factum* dovrebbe portare ad affermare la medesimezza soggettiva, non apparendo sufficiente il mero schermo giuridico societario per ritenere l'ente e la persona fisica due figure diverse. Peraltro, è stata rimarcata la sostanziale impossibilità di dimostrare la commissione del reato nell'interesse esclusivo o di terzi, tenuto conto dell'assenza del diaframma organizzativo¹³³.

Al fine di temperare i contrasti con il *ne bis in idem* e, al contempo, onde evitare la costituzione di patrimoni separati sottratti al regime di responsabilità¹³⁴, in tempi recenti, la giurisprudenza di legittimità è pervenuta a una soluzione mediana: pur prendendo le mosse dal criterio quantitativo-dimensionale, la Suprema Corte ha ritenuto decisiva un'indagine di tipo qualitativo-funzionale, connessa alla indistinguibilità tra l'interesse dell'ente e quello della persona fisica a cui la gestione è riconducibile¹³⁵. Tale accertamento va condotto tenuto conto dell'organizzazione societaria, della sua estensione strutturale, dell'attività concretamente svolta, dei rapporti tra socio e società, nonché dell'esistenza di un interesse sociale e del suo effettivo perseguimento¹³⁶. Qualora dovesse ravvisarsi una piena corrispondenza tra le due sfere di interessi, sembrerebbe che l'ente non possa incorrere nel regime di responsabilità in esame¹³⁷.

Senonché, al di là delle perplessità sollevate in punto di inconciliabilità tra queste conclusioni e l'orientamento tradizionale della giurisprudenza sui criteri di

¹³² C. E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 3/2006, p. 167 ss. Al punto che tali soggetti riscontrano un'elevata difficoltà di allegare il difetto di colpa di organizzazione, atteso che si parte da una sorta di presunzione di inefficienza del modello proprio alla luce della difficoltà di dimostrare l'estraneità alla politica d'impresa dell'apicale: per tali rilievi, F. CENTONZE, *ult. op. cit.*, p. 93 e 105.

¹³³ L. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 15. F. CENTONZE, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁴ Non dovrebbero essere consentiti dei percorsi agevolati di elusione della disciplina, attraverso la frammentazione soggettiva di realtà imprenditoriali in realtà molto complesse. Sul punto, già C. PIERGALLINI, *op. loc. ult. cit.*, nel criticare il richiamo al criterio c.d. dimensionale.

¹³⁵ Si v. Cass., sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 45100. Per alcuni commenti alla pronuncia citata, si rinvia a C.D. GALATI, *Società unipersonali e responsabilità degli enti: alla ricerca di un autonomo centro di interessi*, in *Bil. rev.*, 10/2022, p. 63-64; G. GENTILE, *Il d.lgs. n. 231 del 2021 può applicarsi anche alle s.r.l. unipersonali*, in *Proc. pen. giust.*, 2022; R. SABIA, *Responsabilità da reato degli enti - La società unipersonale nello spettro applicativo del D.Lgs. n. 231/2001. La Cassazione apre alla (problematica) "terza via" dell'accertamento in concreto*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1727 ss.

¹³⁶ In questi termini Cass., sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 45100. Il decalogo elaborato dalla giurisprudenza ha trovato subito alcune prime applicazioni nella giurisprudenza di merito: Trib. di Brindisi, 13 gennaio 2022, n. 28, in www.giurisprudenzapenale.com.

¹³⁷ Si cfr. R. SABIA, *op. cit.*, p. 1733 ss.

imputazione oggettiva¹³⁸, poiché ciò che rende autonoma la responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica non è l'interesse, quanto piuttosto la colpa di organizzazione¹³⁹.

Dunque, dovrebbe verificarsi in concreto se sia possibile evidenziare un rimprovero organizzativo distinto dalla mera commissione del reato individuale. È chiaro che emergono tutte le incertezze insite nelle soluzioni di tipo casistico, di guisa che la via privilegiata rimarrebbe sempre quella di un intervento legislativo¹⁴⁰.

In ogni caso, l'orientamento della Suprema Corte dimostra come stia emergendo una certa sensibilità anche in giurisprudenza verso il rischio di duplicazioni punitive. Il contemperamento fra questa istanza e quelle preventive degli illeciti¹⁴¹ dovrebbe condurre anche qui a una soluzione di compromesso di tipo casistico, incentrata su una verifica a valle in ordine al rispetto della garanzia e alla sua eventuale reintegrazione, attraverso l'intervento sulla sanzione concretamente irrogata¹⁴². Difatti, al di là di come si voglia approcciare il tema della rilevanza del profilo dimensionale ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'ente, dovrebbe comunque affrontarsi il tema della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente adottato¹⁴³.

Posto che ai sensi degli artt. 37-38 d.lgs. n. 231/2001 la sede processuale della contestazione del reato e dell'illecito dell'ente è, di regola, la medesima, il *bis in idem* viene integrato per lo più sul piano sostanziale e nel confronto con il procedimento amministrativo. Nondimeno, in quei contesti normativi in cui è già previsto un "doppio binario" sanzionatorio dotato di natura penale, l'aggiunta della responsabilità dell'ente da reato aggrava il quadro a carico di tali soggetti, dando luogo a una proliferazione delle conseguenze punitive e procedurali.

Nel caso di un reato tributario la persona fisica rischierebbe di rispondere ai sensi del d.lgs. n. 74/2000 e l'ente di cui si avvale verrebbe gravato tanto della sanzione tributaria in via esclusiva, quanto delle sanzioni "231". La non punibilità per il

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ R. SABIA, *op. cit.*, p. 1735. Sembrava già seguire tale impostazione Trib. di Milano, GIP 16 luglio 2020, n. 971, in *Giur. comm.*, 2021, p. 449 ss., con commento di F. CENTONZE, *Forme organizzative e inesigibilità della compliance: profili di individualizzazione del rimprovero*.

¹⁴⁰ R. SABIA, *op. cit.*, p. 1736; N. SELVAGGI, *Criminalità organizzata e responsabilità dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2020, p. 735. Parte della dottrina ha collocato il tema delle dimensioni dell'ente nel terreno della imputabilità, attraverso l'accostamento delle piccole-medie imprese ai minori d'età, ritenendole dotate di un'insufficiente sviluppo dimensionale: si v. C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Corporate Criminal Liability in the Twenty-First Century: Are All Corporations Equally Capable of Wrongdoing?*, in *Stetson L. R.*, 2011, spec. p. 54 ss. Per una critica a tale impostazione, si rinvia a N. SELVAGGI, *ult. op. cit.*, p. 736, il quale, al contrario, coglie nell'insufficiente sviluppo dimensionale un possibile elemento di rimprovero dell'ente.

¹⁴¹ Eliminare alla radice il problema potrebbe dare la stura a un disincentivo verso la crescita dell'apparato dimensionale dell'ente: si cfr. R. SABIA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴² Evidenzia la preferibilità della prospettiva della commisurazione, rispetto a quella della imputabilità, R. SABIA, *op. loc. ult. cit.* In senso difforme A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 114, il quale esclude un problema di *bis in idem* poiché ritiene carente la medesimezza fattuale tra i due illeciti, posto che la mancata prevenzione del reato continuerebbe a conservare una sua autonomia rispetto a quest'ultimo.

¹⁴³ Pone il problema della proporzione sanzionatoria con riguardo alle piccole-medie imprese N. SELVAGGI, *La prevenzione e il controllo del reato attraverso la 'compliance' nella piccola impresa*, cit., p. 1872-1873.

pagamento del debito tributario attenuerebbe le relative conseguenze soltanto sul piano formale, poiché il proprio patrimonio, nella porzione formalmente devoluta all'ente, supporterebbe comunque anche le sanzioni "per quote", oltre a essere esposto a quelle interdittive. Oltretutto, nemmeno risulterebbe applicabile l'art. 83 d.lgs. n. 231/2001, il quale, nel riferirsi alle sole sanzioni "amministrative" applicate nei confronti dell'ente, non risulta estensibile al cumulo con le pene interdittive inflitte alla persona fisica¹⁴⁴.

Per risolvere il potenziale contrasto, dovrebbe consentirsi la compensazione delle sanzioni, onde garantire la unicità concreta della risposta sanzionatoria¹⁴⁵. D'altro canto, soluzioni analoghe sono state adottate in altri ordinamenti giuridici proprio per attenuare il contrasto con il *ne bis in idem* e garantire il rispetto del principio di proporzione.

In realtà, non sembra apprezzabile il sistema attualmente vigente in Germania, fondato sulla discrezionalità circa l'*an* dell'applicazione della sanzione qualora la stessa dovesse risultare sproporzionata, poiché accentua le criticità già retrostanti alla rimessione della soluzione nelle mani del potere giudiziario.

Al contrario, dei suggerimenti validi potrebbero provenire dal sistema spagnolo, che all'art. 31-ter, comma 1 c.p. – pur oggetto di riduzione teleologica rispetto alla sua ampia formulazione¹⁴⁶ – consente proprio di evitare degli eccessi punitivi in tali casi¹⁴⁷. Analogamente, nel sistema statunitense, il § 8C3.4 delle *Federal Sentencing Guidelines*, legittima lo scomputo dell'importo pecuniario riferibile all'autore del reato, titolare di

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 246

¹⁴⁵ N. SELVAGGI, *Criminalità organizzata e responsabilità dell'ente*, cit., p. 736; C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, cit., p. 350, il quale, in realtà, pone in chiave alternativa «l'introduzione di una causa di esclusione, o quanto meno di riduzione, della (sola) sanzione pecuniaria». Suggerisce l'introduzione di un "principio di compensazione" quantomeno rispetto alle società unipersonali o agli enti di piccole dimensioni o ad assetto concentrato V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 482 ss.

¹⁴⁶ L'intervento legislativo ha fatto seguito alla pronuncia del *Tribunal Constitucional* n. 177 del 1999, la quale ha accolto la prospettiva della sussistenza di un medesimo fatto e dello stesso autore nel caso di coinvolgimento di una persona giuridica, a prescindere dalle sue dimensioni, con conseguente violazione del *ne bis in idem*. In seguito il *Tribunal* ha spostato l'attenzione sul terreno della proporzionalità della sanzione inflitta (n. 2 del 2003). Le critiche dottrinali nei confronti dell'art. 31-ter c.p. (J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 358 ss.) hanno spinto verso una lettura restrittiva, in maniera tale da limitare tale previsione alle sole piccole imprese (A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, un modelo legislativo*, Portal Derecho - Iustel, 2008, p. 113 ss.; D.I. CARPIO BRIZ, *Il cammino spagnolo per l'imputazione della responsabilità da reato*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente*, cit., p. 94). Al contempo, si è rilevato come tale meccanismo appaia critico tanto per la svalutazione del *ne bis in idem* procedimentale in favore di quello sostanziale e del canone della proporzionalità della sanzione, quanto per le incertezze a cui conduce per l'affidamento della rimodulazione al giudice, sul quale grava, comunque, un onere motivazionale rafforzato (D.I. CARPIO BRIZ, *op. loc. ult. cit.*).

¹⁴⁷ Non mancano soluzioni più radicali nella giurisprudenza spagnola: si v. Tribunale penale di Madrid, sentenza n. 63 del 2017, che, sull'assunto della sostanziale coincidenza fra una società unipersonale e l'autore del reato, ha escluso di dover sottoporre ulteriormente a sanzione la stessa persona per lo stesso fatto.

una quota sociale non inferiore al 5%, dalla pena pecuniaria applicabile alle c.d. *closely-held organizations*¹⁴⁸.

Per addivenire a soluzioni di questo tipo, in mancanza di una previsione normativa apposita e in attesa della sua introduzione, poteva argomentarsi nel senso dell'applicazione della norma generale sulla commisurazione, per escludere una nuova sanzione con riguardo a ciò che risulti già "coperto" dal giudizio relativo alle sanzioni precedentemente intervenute. In questo modo, peraltro, coerentemente con quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, si sarebbe riusciti a far dialogare tra di loro anche le sanzioni di genere diverso, quali, oltre a quelle pecuniarie, quella detentiva per la persona fisica e quella interdittiva per l'ente.

Con l'introduzione dell'art. 21-ter d.lgs. 74/2000 ci si può domandare se la disposizione si presti a una compensazione fra le sanzioni irrogate e quelle da adottare. Ebbene, vista l'ampiezza della formulazione della disposizione, lo snodo dovrebbe essere più di tipo interpretativo e risiedere nella possibilità di riferire alla medesimezza fattuale e soggettiva la vicenda a carico tanto della persona fisica, in sede penale, quanto della persona giuridica nelle due sedi amministrativa e para-penale. In altri termini, il dato letterale consente di perseguire un risultato proporzionato anche nel duplice raffronto tra le sanzioni inflitte alla persona fisica e quelle irrogate all'ente¹⁴⁹.

Qui, peraltro, si porrebbe il problema circa l'eventuale ragguaglio fra pena detentiva e sanzione amministrativa pecuniaria¹⁵⁰; così come ci si potrebbe interrogare in ordine all'inclusione nel meccanismo compensativo (e alle relative modalità) delle sanzioni interdittive. Diversamente da quanto sopra osservato per i rapporti con la

¹⁴⁸ La disposizione si spiega in questi termini, come da commento: «*For practical purpose, most closely held organizations are the alter egos of their owner-managers. In the case of criminal conduct by a closely-held corporation, both the organization and the culpable individual(s) may be convicted. As a general rule in such cases, appropriate punishment may be achieved by offsetting the fine imposed upon the organization by an amount that reflects the percentage ownership interest of the sentenced individuals and the magnitude of the fines imposed upon those individuals*». Sul punto, si v. F. CENTONZE, *ult. op. cit.*, p. 94 ss.

¹⁴⁹ Del resto, la medesima interpretazione poteva già proporsi per l'art. 187-terdecies t.u.f. in relazione agli abusi di mercato.

¹⁵⁰ Trib. di Milano, 15 novembre 2018, con nota di F. MUCCIARELLI, "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2019, e con nota di FR. MAZZACUVA, Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e smarrimento della dimensione processuale, in *Giur. commerc.* 2020, p. 933 ss., che, nel condannare alla pena della reclusione per un anno e quattro mesi e alla pena pecuniaria di € 40.000 per il reato di manipolazione di mercato (punito nel minimo con due anni di reclusione), ha ritenuto di dover operare la conversione della pena pecuniaria in detentiva rispetto alla sanzione risultata in eccesso. Questa soluzione ha destato anche alcune perplessità, attesa la possibilità di favorire i meno abbienti e di rendere ineffettiva la pena detentiva a fronte di sanzioni pecuniarie particolarmente elevate: si v. F. MUCCIARELLI, *ult. op. cit.*, p. 3; L. DEAGLIO, Il perimetro operativo del ne bis in idem nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. È tempo di bilanci, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1443. Si v. anche F. CONSULICH, [Così è \(se vi pare\). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile](#), in *Dir. Pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2020, p. 63, che ha giudicato discutibile l'applicazione di tale criterio, essendo stato escogitato dopo la commissione del fatto e senza alcun precedente sintomo applicativo. Tale pericolo di ingiustizia sociale, pur paventato da altra parte della dottrina, viene riconsiderato se si tiene conto delle materie coinvolte, quali gli abusi di mercato e gli illeciti tributari, peraltro rilevanti penalmente oltre una certa soglia di punibilità (A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 344 ss.).

sanzione tributaria di tipo pecuniaria, se a queste dovesse riconoscersi rilevanza nel procedimento commisurativo in questa specifica evenienza, potrebbe ipotizzarsi un confronto con le eventuali pene omologhe inflitte, sia pure in via accessoria, nei confronti della persona fisica. Senza, però, che le seconde vengano completamente fagocitate dalle prime, posto che ciascuna di esse assume una destinazione distinta e autonoma: la prima verso le attività della persona fisica; la seconda verso le attività dell'ente, il quale, peraltro, potrebbe aggirare i risvolti negativi della prima attraverso un mutamento dell'organo gestionale.

9. Conclusioni.

In sintesi, le riflessioni sin qui condotte evidenziano che non potrà prescindersi dalla singola vicenda in cui vivono gli esangui dati normativi che si è tentato di analizzare in questa sede.

È chiaro che ci si rimette al ruolo e alla responsabilità del giudice nel caso concreto, ma ciò è il prodotto della difficoltà di afferrare una volta per tutte le complessità ed eterogeneità specifiche che gli effetti del “doppio binario” possono veicolare. Una realtà che si vuole mantenere scevra da automatismi, sia *in peius* sia *in melius*, come sta accadendo per gran parte dell'universo giuridico odierno di fronte alla crescente complessità del reale.

In questo senso, nonostante l'esclusione di una parte della dogmatica della sua contrarietà con il *ne bis in idem*, sarebbe possibile ricondurre il sistema penal-tributario a carico degli enti a una logica di congruità e razionalità. Il principio di proporzionalità, se ha dismesso le vesti di criterio fagocitante il divieto di *bis in idem* ampiamente inteso, specialmente a seguito della recente sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022, tornerebbe ad assumere un ruolo di limite della moltiplicazione delle reazioni punitive allorché di tale divieto non possa invocarsi la violazione. Una garanzia indefettibile, la cui esigenza di affermazione si rafforza progressivamente in tempi attuali, di fronte a carichi sanzionatori sempre più stratificati.

Del resto, si è trattato di ricomporre le fratture di un sistema – *a fortiori* quello tributario – nel quale il legislatore si dimostra sempre più restio a rinunciare allo spauracchio della legge penale, nello spettro della quale sono stati coinvolti anche gli enti – responsabilizzati ormai dal ruolo di “guardiani”¹⁵¹ – e, al contempo e forse soprattutto, alla capacità riscossiva resa dal sistema sanzionatorio tributario, come avviene per tutte le sanzioni amministrative pure, se confrontate con i tempi e l'effettività del sistema della pena criminale.

Di tale peso sono portatori il giudice, l'autorità amministrativa e gli altri operatori del diritto, in un quadro la cui complessità crescente e le incertezze correlate possono essere temperate dalla ricerca della logica e del senso, delle funzioni assolte dagli

¹⁵¹ A. SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016, *passim*.

strumenti normativi e punitivi e dai criteri finalistici retrostanti alle norme, nel tentativo di offrire una tela sistematica lineare.

RIFLESSIONI SULLA VOLONTÀ: UN CASO DEL TRIBUNAL SUPREMO SPAGNOLO SULL'UTILIZZO DEGLI STRUMENTI DI NEUROSCIENZA NEL PROCESSO PENALE

Dalle questioni sul libero arbitrio, al giudizio diagnostico

di Chiara Savazzi

Il concetto di volontà e le sue possibili accezioni sono tematiche alquanto dibattute nel diritto penale, sia in Italia, sia in altri Paesi, soprattutto grazie al contributo che gli strumenti di neuroscienza cognitiva riescono a fornire, in modo sempre più approfondito; da un lato, per meglio comprendere le possibili “gradazioni” dell’intenzionalità di un soggetto nell’autodeterminarsi rispetto ad una condotta criminosa, dall’altro, per “cucire” una perizia che sia il più possibile individualizzata. Come cambiano – se cambiano – il ruolo del giudice e quello del perito? Si propone, in particolare, l’analisi di una pronuncia del Tribunal Supremo spagnolo, sulle tematiche in oggetto.

SOMMARIO: 1. Libero arbitrio e pensieri filosofici. – 2. Da Aristotele al compatibilismo umanista. – 3. Gli approcci di altri Ordinamenti. – 3.1. Il caso spagnolo. – 4. La perizia quale strumento di approfondimento neuroscientifico. – 4.1. Una recente pronuncia sul ruolo della perizia. – 4.2. Giudizio diagnostico e giudizio di imputabilità. – 5. Conclusioni.

1. Libero arbitrio e pensieri filosofici.

Già dai tempi di Cartesio¹, nel XVII secolo, corpo e mente venivano indagati, distinguendo tra *res cogitans* e *res extensa*, mettendo in correlazione le due e sostenendo che mente e corpo sono parti distinte ma collegate mediante una ghiandola, c.d. pineale, che fa sì che la prima diriga il secondo, un po’ come in una macchina che ha parti distinte ma connesse fra loro. “Pensiero” ed “estensione” si troverebbero ad essere due elementi di un unico essere (umano), in una visione meccanicistica della conoscenza, e quindi anche dell’azione. Questa concezione è stata molto criticata, soprattutto sostenendo l’unitarietà dell’essere umano².

¹ René Descartes.

² Cfr. A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Adelphi, 1995.

Mente e corpo non si possono scindere, ma è pur vero che non si possono neppure totalmente sovrapporre³. È vero, da un lato, che il “pensiero” ci permette di essere, e quindi di agire, ma è pur vero, dall’altro, che non pochi sono i casi – come appunto spiega Damasio – in cui pur mantenendo determinate capacità intellettive e cognitive, non si è in grado – per deficit, malattie o co-morbidità – di agire secondo ragione, cioè di far seguire un comportamento ad un’azione in maniera lineare⁴.

Secondo una parte degli studiosi, anche di neuroscienze, il cervello darebbe “vita” ai movimenti, alle decisioni, alle scelte, senza che esso sia accompagnato da una reale consapevolezza di come si sta agendo. Questo perché la coscienza, di cui l’essere umano è dotato – anche attraverso, se volessimo indicare un *locus* biologico-organico, la neocorteccia, interverrebbe in un momento successivo (anche se di poco) rispetto all’azione già avvenuta⁵.

Secondo un famoso esperimento⁶, svolto dal neurofisiologo Benjamin Libet nei primi anni ‘80, tra il momento in cui le aree neurali si attivano per agire in un determinato modo e quello in cui il soggetto appare consapevole del comportamento, trascorrerebbero alcuni secondi; ciò porterebbe a ritenere che la libera volontà dell’uomo non esiste in senso assoluto, poiché risulta condizionata da meccanismi cerebrali inconsapevoli. È come se il cervello fosse scisso dalla mente e che il primo “manovrasse” la seconda, non potendo quindi l’uomo essere realmente “padrone” di se stesso. Nello specifico, lo studioso aveva chiesto ad un gruppo di persone di muovere una parte del corpo in un qualsiasi momento e di indicare l’attimo in cui avessero appunto deciso di agire. Vi è da dire che chiedere ad un soggetto di agire di lì a pochi istanti, in qualche modo già preclude che possa esservi una libertà di scelta nell’azione, che viene appunto richiesta e non è frutto della spontanea determinazione dell’agente. Tra l’altro, il fatto

³ Il problema della sussistenza della volontà sembrerebbe essere tanto di chi ne sostiene l’inesistenza, tanto di chi afferma l’esistenza del libero arbitrio, nel primo relegando tutto a meri impulsi cerebrali, nel secondo sostenendo che l’uomo è l’artefice di tutto, salvo prova contraria.

⁴ Concettualmente e astrattamente si può parlare di “mente” e “corpo” come due realtà a sé, separate. Di fatto, però, a livello empirico, non si può realmente pretendere di scinderli, creando un vero e proprio confine.

⁵ Cfr. M. BRASS – P. HAGGARD, *To do or not to do: the neural signature of self-control*, in *Journal of Neuroscience*, 22 Agosto 2007, pp. 9141-9145. Nello stesso si legge testualmente, in base all’esperimento svolto: «L’azione volontaria è fondamentale per l’esistenza umana. Ricerche recenti suggeriscono che la volizione coinvolge una specifica rete di attività cerebrale, centrata sulla corteccia fronto-mediana. Un aspetto importante ma trascurato dell’azione umana riguarda la decisione se agire o meno. Questo processo decisionale è cruciale nella vita quotidiana perché ci permette di formare intenzioni senza necessariamente metterle in atto. Nel presente studio indaghiamo i correlati neurali delle azioni intenzionalmente inibitorie utilizzando la risonanza magnetica funzionale. I nostri dati mostrano che un’area specifica della corteccia fronto-mediana viene attivata più fortemente quando le persone preparano azioni manuali ma poi le annullano intenzionalmente, rispetto a quando preparano e poi completano le stesse azioni. I nostri risultati suggeriscono che la rete del cervello umano per l’azione intenzionale include una struttura di controllo per l’inibizione auto-avviata o il rifiuto delle azioni previste. Il controllo mentale delle azioni riveste un interesse scientifico permanente, legato al concetto filosofico di “libero arbitrio”. I nostri risultati identificano un’area cerebrale che riflette la decisione cruciale di fare o non fare».

⁶ B. LIBET, *Mind time. Il fattore temporale nella coscienza*, Raffaello Cortina Editore, 2007.

stesso di sapere di dover compiere un movimento, probabilmente prepara e attiva già il cervello verso tale scelta condizionata⁷.

In pratica, secondo Libet, esisterebbero tre step alla base di un'azione: l'attivazione di un'aerea neurale, la consapevolezza del soggetto agente, l'inizio dell'azione. Questo indurrebbe anche a pensare che più è ampio il lasso temporale (si parla comunque sempre si frazioni di secondo) che intercorre dal primo al terzo, più il soggetto potrebbe essere in grado di bloccare l'azione o modificarla, una volta preso atto della stessa. Allo stesso modo, un'azione che viene invece solo programmata, per essere attuata in un secondo momento o in futuro, potrà essere gestita con più facilità rispetto ad un'azione "d'impeto".

Ne deriverebbe anche la distinzione tra una coscienza "passiva" ed una "attiva". La prima sarebbe coinvolta, alla stregua di processo meccanico, da sollecitazioni e input esterni; la seconda rappresenta l'intenzione e la volontà di chi agisce⁸.

L'essere umano si ridurrebbe a 100 millisecondi di libertà, quelli che intercorrono tra la consapevolezza e l'azione vera e propria⁹.

Dunque, cosa sia la volontà costituisce una tematica alquanto aperta, tanto da fornire terreno fertile all'ingresso e all'approfondimento di un altro tema affine, quale è quello degli strumenti di neuroscienza cognitiva, i quali possono contribuire ad accertare la presenza, in un individuo, della piena capacità di pianificare e programmare le proprie azioni, e dunque di essere dotato di una "volontarietà dell'azione". E queste connessioni non possono non avere riflessi anche sul diritto penale.

Vi è da dire che gli studiosi di neuroscienza si sono spesso addentrati – e continuano a farlo – nell'analisi del significato stesso di categorie quali, appunto, volontà, intenzionalità, libero arbitrio, cosa che probabilmente distoglie l'attenzione dal ruolo più importante – se non addirittura unico – che questi strumenti hanno: la ricerca della sussistenza della volontà, in un dato caso (che sia clinico o (anche) giuridico), in capo ad un soggetto, e non la ricerca di una definizione da dare alla volontà. Potrebbe a prima vista sembrare una banalità, o una contraddizione, dire che si possa voler individuare una volontà senza prima indagarne il significato, ma ciò può giustificarsi per il fatto che ogni branca o settore possiede i suoi criteri per definire un concetto.

⁷ Cfr. L. RUSSO, *Autocontrollo, routine e libero arbitrio. Osservazioni sugli esperimenti di Benjamin Libet*, in *Rivista internazionale di filosofia e psicologia*, 6.1/2015, p. 179, in cui si legge: «A questo riguardo si può fare una osservazione aggiuntiva. Libet si mostra molto fiducioso sul fatto che i soggetti seguano le sue istruzioni e si comportino spontaneamente si potrebbe ironizzare sul fatto che dare istruzioni sull'essere "spontaneo" sia contraddittorio. In ogni caso, sono date ragioni non molto solide sul perché questa fiducia sia ben riposta. Sembra che Libet non abbia tenuto in considerazione la possibilità del sorgere di automatismi. Come osservato da Batthyany, i soggetti hanno iniziato l'esperimento già con una aspettativa molto precisa sul tipo di azione che veniva loro richiesto, e l'azione stessa è piuttosto semplice, tale da non richiedere un attento controllo su ciò che si sta facendo (c'è da presumere che i soggetti rivolgano la loro attenzione principalmente all'orologio). Sembrerebbe la situazione ideale per l'insorgere di una routine automatizzata».

⁸ Cfr. S. R. HAMEROFF – A. KASZNIAK – A. SCOTT (a cura di), *Towards a Science of Consciousness*, Bradford Books, 1996.

⁹ P. SPANO, *Consapevolezza, decisioni e spontaneità: una discussione sulla scientificità delle conclusioni di Libet sul libero arbitrio*, in *Rivista di filosofia neo-scolastica*, 2/2017, pp. 287-295.

Invero, più che sul piano sostanzialistico, gli strumenti di neuroscienza cognitiva possono fornire un supporto, al diritto penale, nell'ambito del processo, nella ricerca della "volontarietà" e nell'accertamento di eventuali circostanze che possano averla inficiata, comportando una infermità o una semi-infermità.

2. Da Aristotele al compatibilismo umanista.

Se ci si volesse interrogare sul significato da attribuire al concetto di "volontà" si potrebbe finanche andare alle origini dello stesso, per poi considerare un recente filone interpretativo, in ambito giuridico.

Esse si possono collocare più o meno nel 300 a.C., nell'opera¹⁰ di Aristotele "*Etica Nicomachea*". Il filosofo utilizza tre termini che possono essere ricondotti al significato che oggi attribuiamo al termine "volontà"¹¹, i quali, pertanto, ne indicano sfumature – accezioni – differenti. Si parla di "*proairesis*", per riferirsi ad una scelta consapevole, deliberata, nel senso di un'azione che segue ad una ponderazione di una serie di elementi e circostanze. Questa è probabilmente un'accezione che non corrisponde a quella presente nel Codice penale italiano, il quale parla di "coscienza e volontà" sicuramente non alludendo ad un esito conseguente ad una meticolosa indagine dei molteplici fattori presenti, bensì ad un *minimum* di capacità di autodeterminarsi¹². Il secondo termine è *boúlesis*, intesa come "volontà", nel significato di propensione, istinto, spinta, desiderio, verso qualcosa. La volontà può essere protesa verso cose e accadimenti di qualsiasi tipo, realizzabili o meno, che dipendono dall'uomo e che fuoriescono dalla

¹⁰ Si v. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* (a cura di C. MAZZARELLI), Bompiani, 2000.

¹¹ Al riguardo: «Tradizionalmente, il concetto di volontarietà è associato a quello della scelta. I due concetti sono sicuramente strettamente collegati, poiché è naturale pensare che una persona fa qualcosa volontariamente se, e solo se, sceglie di farla o almeno avrebbe potuto scegliere di non farla. Ma la connessione tra volontarietà e scelta non è semplice. È profondamente radicato nella nostra concezione di volontarietà che gli atti obbligatori, costretti, o vincolanti, non sono volontari e che un atto non è volontario se viene compiuto a causa di una minaccia sufficientemente grave. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, una persona che cede alla costrizione potrebbe scegliere di resistere, anche se farlo sarebbe pericoloso; e una persona che paga una multa o si arruola nell'esercito come militare potrebbe rifiutarsi di farlo, anche se ciò sarebbe imprudente, inutile, o sbagliato», J. Hyman, *Action, knowledge, & will*, Oxford University Press, 2015, p. 81.

¹² O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Giappichelli, 2019, p. 13: «Perché una persona che ha commesso un reato sia giudicata imputabile, e cioè capace di intendere e di volere" (vale a dire, capace di comprendere il disvalore sociale del proprio comportamento e di agire coerentemente a tale rappresentazione), è sufficiente che disponga di una capacità standard, all'interno di un range che, ovviamente, è definibile con approssimazione, sulla base di rilevazioni statistiche. Fino a poco tempo da, si sarebbe detto: in base all'*id quod plerumque accidit*. La libertà presupposta dal diritto penale non solo non deve essere assoluta, ma nemmeno deve sussistere nella stessa misura in tutte le persone. Quando si colloca al di sotto del succitato standard, opera infatti la categoria, positivamente disciplinata, della "semi-imputabilità" o "imputabilità diminuita", cui la legge riconnette una diminuzione della pena e l'applicazione di una misura di sicurezza se l'imputato, oltre ad aver commesso un reato, è ritenuto a rischio di commetterne altri. È dunque lo stesso legislatore a respingere, in quanto poco realistica, l'idea di una libertà assoluta, incondizionata, non graduabile, eguale per tutti».

sua sfera di potere. Il terzo è *ekoúsios*, nel senso dell'aggettivo "volontario", in termini di spontaneità, ovvero sia secondo natura; è chiaro che quindi si faccia riferimento solo a ciò che può concretamente realizzarsi. I tre significati sono profondamente diversi tra loro – lo sono anche i termini greci corrispondenti – sebbene, nel nostro linguaggio vengano tutti ricondotti alla volontà. Se volessimo cercare una corrispondenza, nessuno di essi parrebbe collimare esattamente con il significato di volontà presente nel Codice penale.

Prendendo in considerazione gli approcci corrispondenti ai diversi filoni interpretativi delle neuroscienze, la "scelta ponderata" sembrerebbe poter essere assimilata all'idea indeterministica di volontà (che fonda ogni azione sul libero arbitrio), mentre "l'atto spontaneo, secondo natura" avrebbe comunanza con l'idea deterministica di volontà (che fonda ogni azione su una causa meccanicistica, non "libera"). Il concetto penalistico di "volontà", tuttavia, non potrebbe combaciare né con il primo, quello indeterministico, poiché si negherebbe a priori la rilevanza di un'eventuale infermità; né con il secondo, quello deterministico, in quanto verrebbe meno l'intero concetto di "colpevolezza". Pertanto, anche a livello concettuale, né l'approccio deterministico né quello indeterministico sembrerebbero fornire una definizione di volontà che possa soddisfare il diritto penale: la volontà non può considerarsi totalmente assente né essere il moto di tutto.

Una (terza) tesi che invece appare essere molto convincente e, soprattutto, ragionevole, è quella che viene definita "compatibilismo umanista"¹³. Il compatibilismo umanista parla di volontà come di autodeterminazione in senso intersoggettivo. Le scelte, più o meno deliberate che siano, dipendono da molteplici fattori causali, tra i quali emergono anche quelle caratteristiche, intersoggettive appunto, diverse per ognuno di noi, che divengono altresì caratteristiche peculiari del comportamento stesso¹⁴. Il compatibilismo umanista si pone a metà strada tra il determinismo e l'indeterminismo perché, se è vero che scegliamo di agire in un determinato modo, l'azione è comunque a monte "pre-determinata" o, meglio, influenzata implicitamente dalle caratteristiche, dalle attitudini, dalle propensioni, che ciascuno possiede. L'agente è libero quando si autodetermina, pur con i "condizionamenti" che da lui stesso derivano. Come incide ciò sul diritto penale? L'intricato passaggio sta nel distinguere le mere propensioni e caratteristiche di un soggetto, da quelle che sono invece delle patologie o, ancora più complesso, delle menomazioni o dei deficit, che incidono, o possono incidere, sulla capacità di intendere e di volere. I nostri atti, quindi, sono determinati, ma non nel senso che non dipendono da noi, anzi, la loro causa-principe risiede proprio in noi stessi.

¹³ «Per sua natura il compatibilismo si trova a metà strada tra l'indeterminismo, poiché ammette quanto meno un limitato ambito di libertà, e il determinismo forte, poiché ammette pure che i nostri atti sono parzialmente predeterminati (o almeno condizionati da molti fattori che in gran parte li determinano. Talvolta questa posizione viene anche designata "determinismo relativo" o "indeterminismo relativo" in E. DEMETRIO CRESPO, "Compatibilismo umanista" e responsabilità penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2022.

¹⁴ Si potrebbe fare un rimando ai c.d. *qualia*, di cui parla Searle, che stanno ad indicare gli aspetti qualitativo-soggettivi dei comportamenti. Cfr. J. SEARLE, *Situar de nuevo la conciencia en el cerebro*, in M. BENNET, D. DENNET, P. HACKER, J. SEARLE, *La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje*, 2008.

Trasferendo il ragionamento sul piano giuridico, anche il diritto penale richiede una volontà che sia consapevole, ai fini della responsabilità, ma anche ai fini dell'impunità. Si pensi, per fare un esempio, alla desistenza volontaria, che permette ad un soggetto che ha dato avvio all'azione criminosa e che, ad un certo punto desiste dal perseguirla e dal portarla a compimento, di non rispondere del reato che stava per commettere né del tentativo dello stesso. Invero, in questo caso risponderà solo degli atti compiuti se, da soli considerati, costituiscono reato. La desistenza necessita della volontarietà di prendere le distanze dal crimine, come ben spiegato in una sentenza della Suprema Corte¹⁵, che affronta la questione. Nel caso in esame si configurava un tentativo del reato di estorsione, potendo ravvisarsi – a parere della difesa – la desistenza volontaria. Quest'ultima, tuttavia, presuppone una volontaria resipiscenza, non condizionata da fattori esterni, che abbiano indotto il soggetto a non proseguire l'azione. Non si tratta di considerare le "intime ragioni" che inducono l'agente a desistere, ma di richiedere che la desistenza non sia riconducibile a cause esterne che rendano impossibile o molto complessa la prosecuzione dell'azione. La scelta deve avvenire interiormente al soggetto, pur prescindendo dalle motivazioni sottese. Questo è il ragionamento che sta anche alla base della comunicabilità, al correo, della desistenza¹⁶, nel reato plurisoggettivo, possibile solo se il correo annulli il suo contributo volontariamente. La volontà, anche in questo caso, è intesa dal diritto penale, come capacità minima di scegliere in quale direzione dirigere l'azione, senza alcuna considerazione dei motivi situati nel foro interno, che attengono molto di più alla psicologia che al diritto. Qualora i motivi fossero causa di incapacità di autodeterminarsi, in tal caso la situazione cambierebbe¹⁷.

3. Gli approcci di altri Ordinamenti.

Il sistema statunitense rappresenta il luogo in assoluto più fecondo dove hanno avuto origine i primi incontri tra scienza e diritto o, per meglio dire, fra tecniche di *neuroimaging* e processo. Gli esperimenti e le ricerche fin da metà '800, vertevano sulle conseguenze comportamentali dovute ai danni di determinate aree cerebrali, causati da traumi o incidenti di vario tipo. Spesso, gli agiti caratterizzati da una marcata assenza di empatia, erano ricondotti alla lesione della corteccia pre-frontale, preposta alla direzione delle emozioni¹⁸. L'esplorazione del cervello ha condotto altresì, negli Stati Uniti, ad indagare sulla correlazione esistente fra azione posta in essere e consapevolezza dell'individuo. Il concetto classico di "imputabilità" veniva e viene tuttora messo in dubbio dai sostenitori di un diritto penale che potrebbe rivedere e riformulare i suoi

¹⁵ Cass. pen., sez. II, n. 24300, 8 marzo 2023.

¹⁶ Cfr. F. SANTARELLI, *Appunti sui criteri di delimitazione tra desistenza volontaria e recesso attivo*, in *Arch. Pen.*, 3/2024.

¹⁷ Cfr. E. MUSUMECI, *Emozioni, crimine e giustizia*, FrancoAngeli, 2015.

¹⁸ Rilevante il caso Gage, del 1848.

cardini, alla luce di quella che potremmo definire “neuroetica”¹⁹, la quale appare come «*lo studio delle questioni etiche, giuridiche e sociali che sorgono quando le scoperte scientifiche sul cervello vengono portate nella pratica medica, nelle interpretazioni giuridiche e nella politica sanitaria e sociale*»²⁰.

L’ammissione e la valutazione della prova atipica nel processo penale italiano sono state influenzate, già da alcuni anni, dai criteri elaborati dalla Suprema Corte degli USA, nel 1993, volti a stabilire se ci si trovi dinanzi ad una reale conoscenza scientifica o meno, quando la prova non è già “tipizzata”.

Quando si parla di “nuove prove”, si intende riferirsi a quelle non espressamente disciplinate dalla legge, che non possiedono una disciplina tipica²¹. In tal senso, gli strumenti di neuroscienza sono considerati alla stregua di “metodologie atipiche di assunzione di una prova tipica”, sottoposti pertanto alle regole di cui agli artt. 189 e 190 c.p.p., insieme ai suddetti criteri.

Essi prendono il nome di *Daubert Standards*²². In base a tali criteri il giudice si esprime – in una prima fase²³ – sulla validità della prova, tenendo conto di cinque criteri: affidabilità tecnica, falsificabilità, sottoposizione a *peer review*, conoscenza del tasso di errore, accettazione da parte della comunità scientifica. In particolare, il primo fa

¹⁹ Termine introdotto durante il congresso *Neuroethics: mapping the field*, tenutosi nel 2002 a San Francisco.

²⁰ P. MARTUCCI, *Neuroscienze e processo penale. Profili applicativi e giurisprudenziali*, Key Editore, 2015, p. 18.

²¹ Anche nella fase investigativa del processo, possono inserirsi strumenti di neuroscienza, quali mezzi di ricerca della prova: «Il rilievo che la triade assiologica del contraddittorio, della par condicio e della terzietà e imparzialità del giudice occupa sul piano delle dinamiche degli accertamenti neuroscientifici merita peraltro di essere approfondito anche da un altro punto di vista e in una prospettiva più ampia, che non guardi solo ai procedimenti probatori all’interno del processo ma anche alle parentesi giurisdizionali nella fase investigativa e soprattutto alle attività investigative di natura tecnico-scientifica, nel quadro di sempre più complessi rapporti che s’instaurano fra indagine penale e giudizio. Proprio all’interno di questa cornice si colloca infatti una questione classificatoria che da tempo affligge la dottrina processualistica: gli accertamenti neuroscientifici formano oggetto di prove atipiche o tipizzate? L’interrogativo non ha naturalmente una rilevanza solo definitoria e astratta, anzi presenta una tale portata sistematica che su di essa si gioca in buona misura la tenuta di garanzie fondamentali quali quelle inerenti al diritto di difesa e al principio del contraddittorio, per l’appunto, nella dialettica fra accertamenti investigativi e giurisdizionali a cavallo fra indagini e processo. Non è per nulla indifferente, infatti, che un esame di brain imaging si realizzi con la forma di un accertamento peritale o di una prova atipica, per il fatto che l’ammissione di prove innominate non consegue a una valutazione libera e incondizionata in relazione al singolo caso ma è soggetta a un limite invalicabile e non disponibile (neppure da parte del diretto interessato, destinatario dell’operazione probatoria), ossia al rispetto della libertà morale della persona, e – cosa altrettanto rilevante nella prospettiva del discorso che stiamo svolgendo – a un preciso requisito metodologico, cioè al dovere del giudice di promuovere un contraddittorio argomentativo previo fra le parti al fine di stabilire l’an e il *quomodo* della formazione della prova atipica», S. RUGGERI, *Neuroscienze, tutela penale e garanzie della persona*, in *Proc. pen. giust.*, n. 2/2023, pp. 267-294. La base di tale ragionamento si rinviene proprio nel Codice penale, agli artt. 189 e 190 c.p.p., sul diritto alla prova e sui limiti all’introduzione di prove atipiche.

²² Utilizzati soprattutto per introdurre le “prove neuroscientifiche” nel procedimento penale statunitense, per svariate finalità; ad esempio, al fine di stabilire la c.d. *insanity defense* (il vizio parziale o totale di mente), la c.d. *diminished capacity* (l’assenza dell’elemento soggettivo), i c.d. *mitigating factors* (i fattori neurobiologici eventualmente incidenti su un abbassamento della pena); la c.d. *competence to stand trial* (capacità processuale). V. C. GRANDI, *Diritto penale e neuroscienze. Punti fermi (se mai ve ne siano) e questioni aperte*, in *Diritto Penale e Uomo*, 4/2019, pp. 1-12.

²³ Non avviene in una fase successiva alle risultanze dei test svolti, come accade invece in Italia.

riferimento alla possibilità che la teoria proposta possa essere controllata mediante esperimenti, quindi che possa essere oggetto di una conoscenza empirica; il secondo richiede che la teoria possa essere sottoposta a tentativi di smentita, a seguito dei quali si potrà capire se essa possiede validità; il terzo si basa sullo studio svolto sulla teoria (e quindi sul metodo) da parte di alcuni rappresentanti della comunità scientifica, in modo da essere sottoposto appunto a *peer review*; il quarto presuppone che l'organo giudicante, il quale indirettamente fa uso di tale teoria attraverso l'esperto preposto, sia reso edotto della percentuale di errore possibile, che il metodo comporta; il quinto, infine, richiede che il giudice si accerti della presenza o meno di una generale accettazione del metodo, da parte della comunità scientifica. Il giudice deve pertanto valutare attentamente l'affidabilità di un determinato metodo o strumento scientifico da introdurre nel processo, proprio alla stregua di un "guardiano" della scientificità.

L'Italia ha recepito i suddetti parametri valutativi, mediante due note sentenze²⁴; in particolar modo, la sentenza Cozzini ha individuato un preciso assetto applicativo dell'art 189 c.p.p., il quale permette di introdurre nel processo prove atipiche e, dunque, anche nuove prove scientifiche come quelle derivanti dagli strumenti neuroscientifici (sebbene talvolta vengano definite più propriamente "prove tipiche a contenuto atipico"). Alle indicazioni fornite dall'art. 189 c.p.p. si aggiungono, infatti, i criteri *Daubert*, supportati da ulteriori parametri elaborati dalla stessa pronuncia²⁵. Questi ultimi, insieme ai primi, servirebbero ad introdurre nel processo, valutandone il grado di affidabilità, "nuove" prove, non disciplinate dalla legge, in base all'art. 189 c.p.p., come già anticipato. Tra queste rientrerebbero, ad avviso di alcuni, anche le prove neuroscientifiche, genericamente intese²⁶. In realtà tali prove seguirebbero gli stessi presupposti e le stesse regole della prova scientifica, che ha regole sue proprie e che è sempre stata ammessa nel processo come prova tipica, nel senso di regolamentata²⁷. Un conto è ritenere che l'oggetto posto sotto la lente d'ingrandimento della perizia sia particolare, avendo come fulcro principale la mente umana, un altro è catalogare il

²⁴ Sent. Franzoni, del 2008, con cui si è ammessa in giudizio la *Blood Pattern Analysis*; Sent. Cozzini, del 2010, che ha analizzato e fatto propri i criteri menzionati nella sentenza *Daubert*.

²⁵ I nuovi e ulteriori parametri sono: affidabilità e indipendenza dell'esperto, analisi delle finalità dei test, formulazione di criteri di scelta fra le varie ed opposte tesi scientifiche.

²⁶ Sulla questione: «Un punto ancora controverso è quello che attiene alla qualificazione della prova neuroscientifica e di genetica comportamentale come prova atipica, ai sensi dell'art. 190 c.p.p. In tal caso, infatti, essa dovrebbe essere sottoposta ai controlli stabiliti dalla legge, in merito alla valutazione dell'idoneità del mezzo all'accertamento dei fatti, e della mancanza di pericolo per la libertà di autodeterminazione e le capacità mnemoniche o valutative del soggetto. È previsto che tale valutazione sia compiuta da parte del giudice, e non della comunità scientifica: il giudice stesso dovrebbe provvedere con ordinanza a fissare le regole per la corretta applicazione dei metodi e delle procedure di acquisizione, mantenendo un ruolo di *peritus peritorum*», A. SANTOSUOSSO – B. BOTTALICO, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano. Casi e prospettive*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 1/2013, pp. 70-83.

²⁷ «[...] se atipica è da considerarsi la prova che non rientra in un catalogo nel quale potrebbe astrattamente rientrare, tali non potrebbero essere definite le tecniche neuroscientifiche poiché rappresentano tutt'al più una modalità di espletamento di una prova tipica quale è la perizia», M. T. FILINDEU, *Colpevolezza e neuroscienze: prospettive di un confronto dialogico*, Giappichelli, 2022, pp. 199-200.

mezzo di prova utilizzato, facendolo rientrare in quella che è una usuale analisi peritale. Da questo punto di vista, non sembrano esserci particolari problemi per il giudice nel valutare l'ammissibilità o meno di un mezzo di prova rientrante nel novero delle neuroscienze cognitive. La perizia, infatti, è rimasta invariata, mantenendo il suo principale contenuto di analisi psichiatrica ed ampliando soltanto l'approfondimento di tipo neuroscientifico e genetico. Sono stati inseriti nuovi test di *brain imaging*, i quali non hanno alterato la tipologia di prova, bensì ne hanno ampliato solo l'ambito di operatività. Da ciò ne deriva che il nesso di causalità tra una condizione psichica e un determinato comportamento, già di per sé articolato e non lineare, si arricchisce di ulteriori elementi da tenere in considerazione nell'analisi del caso concreto²⁸.

Appaiono dunque indiscussi i molteplici spunti di riflessione e i contributi che, a partire dal diritto statunitense, sono emersi apportando – nell'ambito di cui si discute – all'ordinamento penalistico italiano.

In un contributo che affronta proprio l'utilizzo dei *Daubert Standards*²⁹, si fa menzione di come la Giurisprudenza sia di merito sia di legittimità (italiana), abbia mostrato un atteggiamento scostante rispetto al valore da attribuire a tali criteri; in taluni casi ne è stata sottolineata la fondamentale importanza, in altri sono stati sollevati dei dubbi³⁰. In particolare, si evidenzia che la Cassazione ha talvolta affermato che tali criteri hanno, per la Giurisprudenza, "natura meramente orientativa". Oggi comunque si ritiene, a seguito della sentenza *Cozzini* che li ha "ufficialmente" recepiti, che questo orientamento contrario sia del tutto superato.

Sempre nell'articolo, si fa presente che i criteri *Daubert* sono – e dovrebbero sempre esserlo – stati talvolta utilizzati anche per valutare l'efficacia di una massima di esperienza in un dato processo³¹. Non sempre, infatti, una massima di esperienza risulta avere la stessa valenza in un caso rispetto ad un altro; se si operasse in tal modo si ragionerebbe in base a pensieri aprioristici, frutto di pregiudizi.

Al fine di rendere più maneggevole e comprensibile il compendio probatorio scientifico, soprattutto per i giudici che devono valutarne ammissibilità, validità e rilevanza, anche l'ordinamento britannico si è adoperato negli ultimi anni, per dare avvio ad un confronto fra scienziati e giuristi. La Royal Society di Londra ha avviato un progetto volto alla stesura di manuali di semplice consultazione, utili all'incontro tra scienza e diritto; essi prendono il nome di *Primers for Court*³². L'obiettivo è quello di

²⁸ «La dimostrazione di un nesso di causalità tra una condizione psichica e un determinato comportamento ha sempre presentato svariate difficoltà sul piano clinico, e difficilmente si è inquadrata in un preciso rapporto causa-effetto articolato secondo i criteri di efficienza causale, continuità, coerenza temporale e fenomenologica ed esclusione di altre cause. È stato, infatti, più volte sottolineato che una causalità lineare non sarebbe comunque possibile, "tenuto conto della variabilità soggettiva, del ruolo svolto dalla personalità di base e del rilievo delle componenti emotive e ambientali», A. SANTOSUOSSO – B. BOTTALICO, *Neuroscienza e genetica comportamentale nel procedimento penale italiano. Casi e prospettive*, cit., p. 75.

²⁹ P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2011, pp. 1341-1347.

³⁰ Cass. pen., sez. I, n. 31456, 21 maggio 2008.

³¹ Gup Trib. Vigevano, sent. 17 dicembre 2009 (caso *Garlasco*).

³² Nel novembre 2017 è stato pubblicato il primo contributo.

stilare delle linee guida puntuali e facilmente fruibili, che indirizzino il lavoro dell'organo giudicante nella valutazione del materiale scientifico sottoposti; «*the objective is to provide a judge with the scientific baseline from which any expert dispute in a particular case can begin*»³³. Ovviamente i compendi redatti vengono, di periodo in periodo, aggiornati con le nuove tecniche scientifiche acquisite, elaborando altresì gli strumenti necessari per utilizzarle in giudizio.

Magistrati e scienziati hanno in tal modo deciso di portare avanti un percorso estremamente importante, non solo per l'ordinamento inglese, bensì anche per altri Paesi, come l'Italia, che da esso possono trarre suggerimento.

3.1. Il caso spagnolo.

Il caso in esame³⁴ è stato affrontato dal Tribunal Supremo (che potrebbe essere paragonato alla Corte di Cassazione italiana), organo che ha esaminato il ricorso per violazione di precetti costituzionali, violazione di legge e vizio di forma del provvedimento emesso dalla Sezione Civile e Penale del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, nel ricorso presentato contro la sentenza³⁵, emessa dal Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Guadalajara³⁶, che aveva condannato l'imputato – il sig. Santiago – per essere stato l'autore di quattro omicidi³⁷.

Tra il 17 e il 18 agosto 2016 uccise suo zio, sua moglie e i loro due figli, di tre anni e dieci mesi e di diciotto mesi. I corpi furono scoperti solo un mese dopo, dopo essere stata avvisata la Guardia civile, allertata da alcuni vicini dell'abitazione, a causa del forte odore proveniente dalla stessa.

Di seguito si analizzano i fatti. Il giorno dell'omicidio, Santiago si è recato presso la casa degli zii³⁸ con uno zaino contenente un coltello molto affilato³⁹, dei guanti, dei sacchetti per la spazzatura e del nastro adesivo, occorrente che aveva acquistato il giorno prima. Non aveva dato alcun preavviso del suo arrivo, ma comunque era stato fatto accomodare in casa da sua zia, che si trovava lì con i suoi figli, essendo appunto un parente. Mentre la zia era in cucina, con il pretesto di avvicinarsi per parlare, le ha inferto due ferite molto profonde sul collo, provocandone la morte. L'azione è avvenuta in modo improvviso, senza che la zia potesse preventivamente averne il sospetto e senza, quindi, che la stessa, potesse opporre alcun tipo di resistenza. Stessa azione, consistente nel cagionare due lesioni e la conseguente morte, è stata rivolta prima alla bambina più grande e subito dopo al bambino più piccolo. Entrambi non hanno potuto opporre

³³ L. A. HUGHES, *Courtroom science primers launched today* – Royal Society, 22 novembre 2017.

³⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal (Madrid), seccion I, n. de recurso: 10461/2019, data: 05/05/2020, n. 814. La traduzione in italiano della sentenza è stata interamente svolta dalla sottoscritta.

³⁵ Del 15 novembre 2018.

³⁶ Seccion I.

³⁷ Nel procedimento n. 20/2018, corrispondente al procedimento del Tribunal Jurado, n. 1/2016.

³⁸ Nel comune di Guadalajara.

³⁹ Nella sentenza si parla in realtà di un coltello o di un rasoio, non essendo certo quale di questi due fosse stato effettivamente utilizzato (testualmente, si legge *cuchillo o navaja*).

alcuna resistenza, considerata anche l'età e la forza esigua rispetto ad un uomo adulto. I bambini, prima di morire, hanno assistito alla morte della loro mamma, abbracciandosi tra loro per la paura e urlando disperati. Verso sera, al rientro a casa dello zio, l'imputato, in modo diretto e intenzionale ha inferto allo stesso quattordici ferite al collo, con il coltello, causandone la morte. Anche lui non ha avuto il modo e il tempo di reagire e di difendersi efficacemente.

Con l'intenzione precipua di nascondere i corpi, l'imputato ha letteralmente fatto a pezzi i corpi degli zii, introducendoli poi in quattro sacchi di plastica, posti ciascuno all'interno del precedente, per rafforzare l'involucro, e chiudendoli infine con del nastro adesivo. Allo stesso modo, ha posto il corpo dei bambini in altri sacchi, sigillati nello stesso modo.

In seguito, ha ripulito la casa per non lasciare alcuna traccia, lavato i piatti e nascosto l'arma utilizzata, aspettando l'ora per prendere il primo autobus.

Il 20 settembre, due giorni dopo la scoperta dei corpi, Santiago ha lasciato la Spagna, volando a Rio de Janeiro. È poi rientrato in Spagna il 19 ottobre ed è stato arrestato durante lo sbarco aereo.

Nella pronuncia si legge che, sebbene Santiago soffra di un'anomalia cerebrale⁴⁰, al momento del fatto non vi era una limitazione, né grave né lieve, della sua capacità di "conoscere e comprendere" ciò che stava facendo e/o di agire conformemente a tale comprensione. Come si può notare, viene specificato che non solo l'anomalia non aveva inciso, in base ad una valutazione in concreto sulla comprensione dei fatti ma che, neppure, l'autodeterminazione⁴¹ fosse stata in alcun modo alterata.

A parte le questioni civili e le relative condanne, che in questa sede non interessano, la sentenza ha previsto la condanna dell'imputato per una serie di reati: il delitto di omicidio con "tradimento"⁴² che comporta venticinque anni di reclusione; due delitti di omicidio, con l'aggravante della crudeltà su due vittime particolarmente vulnerabili per l'età, che comportano la pena dell'ergastolo (modificabile/rivedibile)⁴³; un altro delitto di omicidio con "tradimento", che comporta la pena dell'ergastolo (modificabile/rivedibile). Le pene sono accompagnate dall'interdizione perpetua e dal pagamento delle spese processuali, oltre che dalla condanna al risarcimento civile. In secondo grado, la sentenza viene modificata solo per quanto riguarda gli omicidi commessi nei confronti dei due soggetti minorenni, riqualificando anch'essi in due omicidi con "tradimento", mantenendo ferma la pronuncia nella restante parte.

⁴⁰ "Anomalia cerebral".

⁴¹ Con l'espressione "*de actuar conforme a esa comprensión*" si intende "essere imputabili", ovvero sia la capacità di agire conformemente alla propria volontà; vi è in tal caso una correlazione tra pensieri e azione (si ringrazia il Prof. Eduardo Demetrio Crespo per la spiegazione puntuale del concetto).

⁴² Tale circostanza potrebbe equivalere a quella presente nell'art. 61 del Codice penale italiano, relativa alla approfittamento della condizione di minorata difesa, in tal caso però dovuta al rapporto familiare che sussisteva fra i soggetti, che ha fatto sì che le vittime non immaginassero quell'epilogo e non prestassero quindi una particolare attenzione a ciò che stava per accadere. La si rinviene nell'art. 22.1 del Codice penale spagnolo.

⁴³ Si intende come non ostativo.

Secondo la difesa elaborata dagli avvocati dell'imputato, il diritto alla presunzione di innocenza sarebbe stato violato a causa della valutazione irrazionale, errata e immotivata dei presupposti di fatto che hanno portato alla valutazione dell'imputazione. Invero, la difesa ha sostenuto che i fatti accaduti siano stati valutati in un clima troppo emotivo e "sentimentale", con una forte spinta mediatica, che avrebbe reso impossibile mantenere un approccio oggettivo ai fatti. Per tale ragione ritiene che sia venuta meno la possibilità di una tutela giurisdizionale effettiva. Si chiede pertanto di riesaminare i fondamenti dell'aggravante del "tradimento" contestata nella sentenza⁴⁴; si sostiene la carenza probatoria dell'affermazione secondo cui l'imputato avrebbe approfittato della fiducia, derivante dal rapporto familiare esistente tra i soggetti. In realtà, tra gli stessi non vi era un forte attaccamento, ma al contrario gli zii si erano distaccati da Santiago, poiché non fidavano di lui e quest'ultimo, pertanto, aveva covato rabbia e si sentiva tradito. Tuttavia, l'aggravante del "tradimento" non viene meno, secondo la Corte, dalla presenza di pregresse tensioni familiari le quali, secondo la difesa, avrebbero dovuto mettere in guardia le vittime. Esse non avrebbero potuto immaginare, in forza di quelle tensioni, che vi sarebbe stato un attacco di quel tipo, alla loro integrità fisica e addirittura alla vita, da parte dell'imputato. Non sarebbe possibile aspettarsi, o addirittura pretendere, che una (possibile) vittima assuma sempre un atteggiamento preventivo di difesa, nei confronti di un soggetto con cui ha delle divergenze o dei dissidi. Così come un soggetto può essere ucciso "senza preavviso", quando non vi sia stato un alterco con l'assassino o quando addirittura non sia intercorso alcun tipo di rapporto, allo stesso modo, si può uccidere "senza preavviso" anche quando, in precedenza, vi sia stato uno scontro. L'elemento del morso alla mano, che la zia ha dato prima di morire all'imputato, non è un elemento che va a collidere con la sussistenza dell'aggravante del "tradimento". A corroborare tale assunto vi sono due prove: quella dei medici legali, i quali non hanno rinvenuto segni di difesa sul corpo della zia, e quella del contenuto di un messaggio *Whatsapp*, inviato dall'imputato, in cui lo stesso racconta di come la vittima non avesse alcuna possibilità di dire nulla al momento dell'aggressione, poiché l'arma le stava già tagliando tutta la gola. Si deve concludere che l'aggravante in commento, non richiede come presupposto applicabile l'assoluta immobilizzazione della vittima e l'assenza di qualsiasi capacità di movimento fisico da parte della stessa. Si legge, testualmente, che l'eliminazione di ogni possibilità di difesa che il tradimento richiede deve essere considerata nella prospettiva della sua reale efficacia, ed è compatibile con tentativi difensivi nati dall'istinto di autoconservazione, ma tuttavia privi di una vera capacità di avere un effetto contro l'aggressore e l'azione omicida. Ciò significa che il tradimento non è escluso nei casi di

⁴⁴ In Spagna, il controllo che il Corte Suprema deve compiere, quando viene asserita una violazione della presunzione di innocenza, consiste nel verificare se la pronuncia data dalla Corte Superiore di Giustizia, nell'esaminare la sentenza del Tribunale, si collochi nei limiti di controllo che ad essa corrispondono; se abbia correttamente applicato la "dottrina" della Corte stessa e della Corte Costituzionale, sia sulla necessità di motivare la valutazione delle prove, sia nel sostenere le proprie decisioni; se abbia rispettato le garanzie e le regole relative all'acquisizione e all'utilizzo della prova, al fine di determinarne la validità; se abbia risolto in modo razionale, cioè nel rispetto delle regole della logica, delle massime di esperienza e della conoscenza scientifica, le censure del ricorrente relative all'esistenza delle prove.

tentativo di difesa, quando esso è funzionalmente impossibile ed è dovuto alla reazione istintiva di chi non ha scampo dall'efficacia dell'attacco sferrato.

Anche in relazione all'omicidio attuato nei confronti dello zio, sono presenti dei messaggi inviati ad un amico, in cui l'imputato descrive la scena, dicendo che ha colpito la vittima quando era di fronte, guardandola negli occhi. L'effetto "sorpresa" dell'aggressione annichisce ogni possibilità di difesa da parte della vittima e questo viene supportato proprio dalla circostanza che lo zio sostenesse lo sguardo del suo aggressore, inconsapevole di tutto. Invero, lo zio, rientrando a casa, non avrebbe mai potuto immaginare che l'ingresso nella sua abitazione dovesse essere accompagnato da precauzioni difensive, dinnanzi ad un triplice omicidio già compiuto. Per Giurisprudenza costante, anche Costituzionale, l'intenzionalità dell'agente deve essere analizzata sempre in stretta connessione con l'azione, non può essere scissa da essa ed essere esaminata – artificialmente – ai fini della colpevolezza. "Tradimento" ed intento omicida, in questo caso, risultano inscindibili, per come l'azione è stata compiuta.

La difesa lamenta altresì che nel dibattimento, sia stata del tutto ignorata la prova medica relativa ai danni cerebrali di cui l'imputato soffre. Inoltre, dubita finanche della formazione tecnica degli esperti che hanno elaborato la perizia, posta alla base della sentenza di condanna. Uno di essi avrebbe un titolo di studio non convalidato in Spagna e non avrebbe mai lavorato come psichiatra. Tutti hanno affrontato la differenza tra il paziente psicotico – non imputabile – e il paziente psicopatico – imputabile in modo semplicistico e inappropriato.

Secondo la Corte, la difesa ha ragione quando sostiene l'importanza di effettuare un test accurato, come la PET-CT, per conoscere l'entità di un'eventuale alterazione neurologica. Proprio il ruolo delle neuroscienze ha "resuscitato", nella dogmatica criminale, l'interesse per alcuni profili criminologici che, in una visione storica, ritenuta superata, predisponivano al delitto. Oggi si assiste a quella che è stata definita una "rivoluzione neuroscientifica". Invero, le neuroscienze, avvalendosi di rinnovati metodi di sperimentazione e di *neuroimaging*, permettono sempre di più l'elaborazione di un'analisi della mente umana, che fino a poco fa era assolutamente inimmaginabile. Le tesi sostenute da alcuni neuroscienziati, che negano ogni scissione tra mente e cervello, al punto che l'azione cosciente non sarebbe altro che una minuscola espressione della nostra attività cerebrale, sono servite a riaprire una controversia storica, ovvero quella sul determinismo, quale possibile spiegazione di molte delle nostre azioni. È stato detto, da alcuni studiosi e sostenitori di questa prospettiva, che "non facciamo ciò che decidiamo, ma decidiamo comunque ciò che faremo". Siamo comunque di fronte ad un dibattito ancora molto "giovane" e *in fieri*, ma non si può comunque affrontare la tesi deterministica con banalità e in modo semplicistico, sminuendo il contributo degli esperti.

Ciò di cui si duole la difesa è comunque la mancanza di fondamento razionale nella motivazione dell'organo giudicante, di dare maggiore credibilità alle perizie offerte dai periti della pubblica accusa, piuttosto che a quelle della difesa. Le motivazioni poste alla base della sentenza di condanna vengono ritenute, dalla difesa, assurde, incongruenti e contrarie agli attuali progressi della scienza. Nello specifico, nella sentenza di condanna si legge che l'alterazione psicologica di una persona, affinché

abbia rilevanza giuridica, è necessario un certo grado di permanenza della stessa e che essa, pur senza essere di intensità tale da provocare l'annullamento totale delle facoltà volitive o cognitive, generi una significativa, parziale, e notevole diminuzione di tali facoltà. Nel caso in esame, si è ritenuto, all'unanimità, che non sia provato che l'imputato presenti un danno neurologico nelle aree cerebrali, facenti parte dei circuiti coinvolti nell'assunzione delle decisioni e nel controllo dell'impulsività, né che esso alteri detti poteri nella loro normale funzione, né che abbia avuto alcun impatto sul loro processo decisionale e sull'esecuzione degli atti perseguiti, come invece sostenuto dalla difesa, sulla base delle prove PET-CT. Non è possibile, infatti, stabilire con certezza se l'imputato soffra o meno di danni neurologici, poiché tali test non sono decisivi e non esiste, al contempo, una diagnosi da parte di un neurologo. Non si ritiene provato che Santiago abbia disfunzioni neurologiche che predeterminano il suo comportamento.

Al contrario, si ritiene provato che, sebbene l'imputato abbia un'anomalia (*rectius* alterazione cerebrale), egli non sia stato limitato nelle sue capacità di conoscere e comprendere come stava agendo. A questa conclusione si è giunti mediante la perizia redatta da una psicologa e quella di uno psichiatra, acquisite in dibattimento, ritenute più convincenti di quelle dei consulenti della difesa.

Nelle perizie si fa una descrizione del profilo personologico dell'imputato. Egli presenta tratti psicopatici e antisociali, che però non gli hanno impedito di avere piena consapevolezza dei fatti accaduti; inoltre, la rabbia e l'ostilità nei confronti dei parenti uccisi non hanno influito sulla sua "volontarietà" e la capacità di libertà e di dominio delle sue azioni è stata del tutto preservata. Le azioni da compiere sono state meticolosamente studiate e programmate nei giorni precedenti agli omicidi, attraverso l'acquisto degli oggetti utili e lo studio degli spostamenti da fare (fermata dell'autobus, ecc). Anche dopo i delitti, mantiene un comportamento consapevole, pulendo la casa e sistemando i cadaveri nei sacchi. Tutti questi elementi sono corroborati dalle prove testimoniali e documentali.

Le sue azioni non si mostrano come repentine e immediate rispetto ad uno o più stimoli, non emergendo alcun sospetto di impulsività; al contrario, il suo comportamento mostra una sequenza di azioni debitamente pensate per lungo tempo, per raggiungere uno specifico obiettivo.

Nella relazione degli Psicologi dell'Istituto di Medicina Legale e Scienze Forensi, si perviene alla stessa conclusione, indicando che Santiago presenta un profilo di personalità sociopatico, caratterizzato da mancanza di rimorso ed empatia, un carattere manipolativo, una forte insensibilità e un elevato egocentrismo. Egli non presenta patologie psichiatriche che possano modificare o annullare la sua capacità di conoscere e rapportarsi. È in grado di descrivere tutti i fatti compiuti e di essere "presente" agli stessi, mostrando di essere pienamente cosciente a livello cognitivo e volitivo. Quindi ha agito in quel modo semplicemente perché voleva farlo.

Si può notare come si ammette che possano esserci, in un soggetto, delle anomalie psichiche, anche molto accentuate, che non vanno però necessariamente ad intaccare il processo di autodeterminazione. Non sono state infatti ignorate le risultanze dei test di *neuroimaging* che, anzi, sono state prese in debita considerazione dall'organo giudicante,

ritenendole tuttavia non determinanti, poiché insufficienti per giustificare il danno cerebrale, non essendo tra l'altro supportate da un neurologo.

Proseguendo, si dà atto che l'art. 21 c.p. spagnolo prevede, tra le circostanze attenuanti, quella di aver agito a causa o per stimoli così potenti da aver prodotto uno sfogo, un'ossessione o un altro stato passionale di simile portata⁴⁵. Il soggetto, senza perdere il controllo delle sue azioni, si trova sottoposto ad una pressione spirituale che lo spinge ad agire in un certo modo. Si parla di "stato passionale" il quale, in taluni casi, opererebbe sull'importanza che certi stimoli hanno nei soggetti con personalità psicopatica, provocando una temporanea diminuzione delle loro capacità. Vi deve essere una correlazione immediata tra la presenza degli stimoli e l'emergere della passione o dell'emozione. In tale caso, l'organo giudicante non ritiene che vi siano le necessarie premesse per l'applicazione di tale attenuante. Non tutte le azioni di una personalità psicopatica comportano una riduzione dell'imputabilità e quindi della punizione. Nel caso di specie, non vi è stato alcun nesso temporale tra il travolgente impulso criminale e l'esecuzione dei quattro omicidi. Si pensi infatti al tempo impiegato per pianificare tutte le azioni e, successivamente, all'attesa dell'imputato, a casa delle vittime, per portare a termine il suo piano delittuoso, consistente nel porre fine alla vita di tutti i membri della famiglia.

Nella sentenza analizzata emerge come sia stato dato ampio spazio alle tecniche di *neuroimaging*, sia da parte della difesa sia da parte dell'organo giudicante. Viene infatti dato atto, da parte della Corte Suprema, che le risultanze ottenute mediante tali strumenti non possano essere sminuiti o analizzati con superficialità, in quanto possiedono un'importanza non di poco conto, anche all'interno del processo penale. Nondimeno, esse devono essere sempre supportate da esperti, poiché i test che si utilizzano non possono essere valutati *ex se*, senza un'interpretazione autorevole e affidabile del risultato. I risultati vanno poi inseriti in un quadro complessivo relativo al soggetto, in correlazione con tutte le circostanze utili per valutare il caso specifico. Ciò vuol dire che un esito non assume importanza a-prioristicamente, ma sempre e solo se considerato in concreto.

4. La perizia quale strumento di approfondimento neuroscientifico.

Appare certo, quindi, che ruolo centrale, nell'utilizzo dei (nuovi) mezzi di prova scientifici, lo riveste il perito.

La perizia trova la sua base normativa nell'art. 220 c.p.p., che ne limita l'ammissibilità all'acquisizione di dati e informazioni di tipo tecnico e scientifico, che non riguardino però la personalità del soggetto; «*La perizia psichiatrica, cioè l'indagine che ha per oggetto l'accertamento di cause patologiche che possano portare all'esclusione della capacità*

⁴⁵ "la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante".

di intendere e volere al momento della commissione del fatto-reato, è attualmente lo strumento principale di cui dispone il giudice che voglia accertare il vizio di mente dell'imputato»⁴⁶.

Si è precedentemente parlato della “diatriba” relativa alla definizione degli strumenti di neuroscienza come “nuove prove”, “prove atipiche” o, ancora, come “strumenti atipici per prove tipiche (le perizie, appunto), propendendo per quest’ultima. Altra questione rilevante è se il limite posto dall’art. 220 c.p.p.⁴⁷ possa fungere da reale ostacolo all’introduzione dei metodi di neuroscienza cognitiva, volti ad indagare la psiche dell’imputato. Questo interrogativo viene affrontato nel contributo poc’anzi menzionato⁴⁸, in cui si dà atto che le tecniche di *neuroimaging* analizzano con precisione la struttura e il funzionamento del cervello, facendo emergere altresì le competenze “emotive” di un soggetto, scandagliando la sua empatia, e questo – sebbene rappresenti un passo avanguardistico della scienza, che inevitabilmente ha riflessi anche sul diritto – non sembrerebbe essere ammesso dal diritto penale italiano. Inoltre, le neuroscienze potrebbero essere in grado di fornire la spiegazione di un comportamento criminale, «adducendone una spiegazione sulla base di un rapporto causa-effetto che esula da una vera e propria patologia»⁴⁹. Le neuroscienze prendono in considerazione la genetica e gli alleli presenti nell’imputato, anche per spiegare un’eventuale propensione a determinati comportamenti, e quindi al crimine, in chiave anche preventiva e di sicurezza⁵⁰. Ci si chiede se il risultato di questi accertamenti possa essere ricondotto al concetto di “patologia”, così come l’art. 220 c.p.p. richiede, quando parla di inammissibilità di perizie volte a far emergere “qualità psichiche indipendenti da cause patologiche. Gli Autori individuano innanzitutto le motivazioni poste alla base della norma, le quali consisterebbero nel rischio di ledere la libertà morale dell’individuo, il rischio di una scarsa attendibilità dei risultati derivanti da indagini psicologiche o criminologiche che non siano connesse alla presenza di una patologia, infine il difficile svolgimento della perizia non volta ad individuare un’infermità. Pertanto, vi sarebbe senz’altro il rischio di una confessione non spontanea e non voluta, contrastante con il diritto al silenzio e con il diritto di mentire, oltre a quello di giungere una decisione giudiziaria basata soprattutto sulla “immagine” dell’imputato, emersa a seguito dell’indagine peritale. Tuttavia, si è ipotizzato che il limite di cui all’art. 220 c.p.p. riguardi solo la perizia e non le consulenze di parte o la presentazione di memorie, volte appunto a far emergere

⁴⁶ A. SANTOSUOSSO – B. BOTTALICO, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano. Casi e prospettive*, cit., p. 70 e ss.

⁴⁷ «La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. Salvo quanto previsto ai fini dell’esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l’abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell’imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche».

⁴⁸ A. SANTOSUOSSO – B. BOTTALICO, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano. Casi e prospettive*, cit., pp. 73 ss.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁵⁰ Nulla a che vedere comunque con Lombroso, che mirava ad una vera e propria categorizzazione degli esseri umani e cercava di dare una spiegazione della loro personalità e di tutti i loro comportamenti, considerando solo il loro patrimonio genetico e le loro caratteristiche fisiche.

alcuni aspetti personologici dell'imputato. Invero, si evidenzia come lo stesso Codice penale accenni alla capacità a delinquere del reo – che è sicuramente un aspetto della personalità – quando si tratti di quantificare la pena, in base all'art. 133 c.p. Potrebbe emergere una sorta di incongruenza tra il divieto di cui all'art. 220 co. 2 c.p.p. e il parametro cui deve attenersi il giudice per la commisurazione della pena, di cui all'art. 133 c.p. Su questo punto si è pronunciata la Corte costituzionale, affermando che nessuna violazione o illegittimità costituzionale deriva dal tale apparente incongruenza. Al giudice, infatti, e solo a lui, è affidato il potere di compiere una valutazione sulla capacità a delinquere del soggetto, escludendo la perizia psicologica e basandosi solo su dati giuridici. Allo stesso tempo, nessuna valutazione personologica deve essere attuata per quanto concerne il vizio di mente⁵¹. Non vi sarebbe pertanto nessuna collisione rilevante tra le due norme, potendo essere conciliate secondo una visione che si affida al giudice e diffida della perizia psicologica. La Corte, comunque, aggiunge che tale diffidenza risulta in qualche modo ormai superabile, soprattutto alla luce degli attuali studi sulla psiche, che permettono di fare dei passi in avanti per quanto riguarda la perizia. Auspica, infatti, che la norma venga aggiornata.

Se il perito rappresenta e valuta un fatto, avvalendosi delle sue competenze tecnico-scientifiche; il giudice, invece, ne considera l'affidabilità e si convince o meno delle ragioni esposte, condividendole o disattendendole⁵². In ciò risiede la distinzione tra

⁵¹ Si legge testualmente: «La questione è infondata. È vero che le indagini sui motivi a delinquere e sul carattere del reo sono imposte al giudice dall'art. 133 del Codice penale, perché possa commisurarsi opportunamente la pena o determinarne la specie quando la legge consente l'alternativa. Sotto questo aspetto potrebbe vedersi un'incongruenza tra la norma impugnata, che esclude la perizia psicologica, e il citato art. 133 che esige, invece, un qualche esame della psiche dell'imputato; ma l'incongruenza fra le due norme di legge ordinaria, se c'è, non assurge a violazione dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione. Infatti, il legislatore, richiedendo l'indagine del giudice sul carattere dell'imputato, è a posto col precetto costituzionale che pone tra le finalità della pena la rieducazione del condannato, ma non ha fiducia nella perizia psicologica (articolo 220 denunciato) e perciò nega l'approfondimento di quell'indagine oltre i limiti raggiungibili dalla cultura e dall'esperienza del giudice. Verosimilmente lo domina il pensiero che lo studio della personalità dell'imputato possa venir compiuto solo da chi abbia presente anche il carattere afflittivo e intimidatorio della pena, con cui la finalità di rieducazione deve essere temperata (Corte costituzionale, sentenze n. 12 del 1966 e n. 48 del 1962)», C. Cost. n. 124, del 9 luglio 1970.

⁵² M. BERTOLINO, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *Criminalia*, 2018, pp. 13-51, affronta la tematica del giudizio di imputabilità, affermando che «Per quanto riguarda i giudici in particolare, come si è in parte anticipato, il confronto con il sapere neuroscientifico implica difficoltà tali da indurli troppo spesso a commettere degli errori, soprattutto di tipo cognitivo, nella valutazione della prova neuroscientifica, errori che influenzano la decisione finale sulla responsabilità penale dell'imputato. Si tratta di *biases* che principalmente deriverebbero dalla percezione, per lo più dovuta agli sforzi della difesa dell'imputato, della prova in questione come quella caratterizzata da oggettività e capace di offrire una precisa e affidabile diagnosi della patologia mentale in questione. Con la conseguenza che il giudice facilmente cade nell'errore di interpretare l'immagine del cervello, che gli viene presentata, già come dimostrazione, come evidenza oggettiva dell'esistenza stessa della infermità mentale e di ritenere che per fare una diagnosi affidabile di malattia mentale sia sufficiente basarsi sul dato neuroscientifico. Ma così operando, secondo la dottrina specialistica non si terrebbe conto che, se è vero che le immagini cerebrali attualmente possono aiutare in qualche misura nella diagnosi di alcune malattie neurologiche e psichiatriche, sarebbe però altrettanto vero che ben pochi sono gli studi che dimostrano una relazione causale tra certe anomalie, strutturali o funzionali del cervello e una specifica infermità mentale. [...] Se così stanno le cose, se cioè anche le risultanze

giudizio diagnostico e giudizio di imputabilità, dei quali si farà menzione altresì più avanti.

Con la sentenza *Raso*⁵³, che ha aperto alla possibilità che i disturbi della personalità incidano sulla capacità di intendere e di volere, questi passi in avanti sono in parte stati fatti, quanto meno a livello di interpretazione del concetto di infermità, che inevitabilmente comporta un'apertura – anche se non espressa – per gli accertamenti peritali. Ammettere che un disturbo della personalità, non clinicamente inquadrabile, possa incidere sul giudizio di imputabilità, non può non comportare che la perizia si diriga anche verso un'indagine sulla persona, e non (solo) sulla malattia. «*Sulla base di questa importante decisione, che ha aperto la strada al riconoscimento di infermità finora non inserite in rigide categorie nosografiche, l'introduzione di un mezzo neuroscientifico di indagine potrebbe essere quindi volta all'accertamento della capacità dell'imputato, per valutare la sussistenza di un vizio totale o parziale di mente dell'imputato (art. 88-89 c.p.), ma anche a ottenere riscontri in merito ai fatti come riportati nel processo dall'imputato o, forse, dai testimoni. Se non si è più rigidamente vincolati alla presenza di una patologia staticamente definita, ma l'indagine è aperta al riscontro di tutti quegli elementi che possano aver portato il soggetto a commettere il reato, allora la domanda concernente la legittimità dell'indagine neuroscientifica e genetica, quando non prettamente mirata al riscontro di un danno cerebrale, può avere adesso una risposta positiva*»⁵⁴.

Per quanto concerne quest'ultimo, esso è di stretta derivazione da quello diagnostico, nel senso che, se il giudice non può affidarsi ciecamente all'esperto, allo stesso modo, però, necessita del suo parere e non può confutarlo aderendo ad un'altra tesi, senza che vi sia una valida argomentazione alla base. Come già accennato, non può pensare di giungere ad un grado di certezza assoluto, in quanto costituirebbe obiettivo impossibile; il fine è quello di escludere ogni altra ipotesi probabilistica e concreta, rispetto a quella avallata; le alternative remote e inverosimili non inficiano l'affidabilità della teoria scientifica.

Si può affermare che l'organo giudicante non può prescindere nella sua valutazione, dagli elementi conoscitivi fornitigli dal perito, il quale appare come il “profeta” della scienza”, all'interno del processo penale; d'altro canto, però, questa imprescindibilità non può tradursi in una cieca e automatica applicazione dei dati scientifici nella decisione. I ruoli sono – e devono – continuare ad essere ben distinti; a titolo meramente esemplificativo, se l'esperto può spiegare le modalità della morte di un uomo, l'arco temporale in cui sia avvenuta, quale dei due colpi d'arma da fuoco sia stato fatale, è compito solo del magistrato avvalersi di tali risultanze per elaborare la dinamica

neuroscientifiche sono altamente interpretabili, appare ineludibile avere dei giudici che siano in grado di verificare la validità e l'affidabilità delle interpretazioni sostenute dagli esperti, e ciò grazie ad una formazione che consente loro di riconoscere “le buone pratiche scientifiche”. [...] Questo significa che è necessario dare “congrua ragione della scelta”, soffermarsi sulle tesi che si ritiene di non dover seguire e, nel fare tale operazione, aver tenuto “costantemente presenti le altre risultanze processuali e (...) con queste confrontato le tesi recepite”» (le frasi virgolettate si trovano in Cass. pen., sez. I, n. 8076 del 7 luglio 2000).

⁵³ Cass. pen., SS.UU., n. 9163, dell'8 marzo 2005.

⁵⁴ A. SANTOSUOSSO – B. BOTTALICO, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano. Casi e prospettive*, cit., p. 74.

degli eventi, intesa quale ricostruzione del nesso causale, movente, individuazione dell'autore del delitto. Allo stesso modo, l'aiuto che in taluni casi può provenire dalle tecniche scientifiche – classiche o “nuove” – deve essere considerato non in sostituzione, bensì ad integrazione di un percorso valutativo ampio, multifattoriale, scevro da ogni automatismo.

Il metodo inferenziale, il quale pone in connessione i dati scientifici con quelli processuali, è volto a dare dimostrazione dei primi, attraverso la deduzione degli stessi dai secondi. Per fare un esempio, se si ha un soggetto con l'abitudine ad agire in un determinato modo e la presenza di un allele particolare nel suo sistema cerebrale, che comporta – di frequente – una certa propensione, se ne può dedurre una connessione tra i due elementi e, al contempo, dimostrare che l'agito è scaturito da quello specifico assetto nervoso. Ma, trattandosi di deduzioni probabilistiche, è necessario tenere a mente che il sistema induttivo-inferenziale non è infallibile né esente da errori frequenti, che possono palesarsi per non avere preso in considerazione altri fattori decisivi, capaci di elidere, in parte o anche totalmente, la connessione tra dato scientifico e dato probatorio. La perizia – e, quindi, la rappresentazione dei dati scientifici – non costituisce un'acquisizione processuale inconfutabile e immodificabile. Lo dimostra il dato – tra i vari – secondo cui essa è assimilabile alla testimonianza, da cui, infatti, trae le medesime regole processuali⁵⁵. In tal senso, si è ampiamente pronunciata la Suprema Corte⁵⁶, soffermandosi proprio sulla natura della perizia e sulla funzione del perito. La perizia è una prova “neutra”, ma non nel senso di “assolutamente certa”, bensì di “terza” relativamente alla posizione del perito, in quanto svolge la sua funzione con il solo scopo di far conoscere la verità⁵⁷, sin dal momento del conferimento dell'incarico, che avviene, infatti, nel contraddittorio tra le parti. I risultati tecnico-scientifici cui egli perviene, invece, rappresentano un compendio probatorio suscettibile di confutazione e/o modifica. Sostengono le Sezioni Unite a questo proposito, che «*il giudice ha la possibilità di scegliere fra le varie tesi scientifiche prospettate da differenti periti di ufficio e consulenti di parte, quella che ritiene condivisibile, purché dia conto, con motivazione accurata ed approfondita delle ragioni del suo dissenso o della scelta operata e dimostri di essersi soffermato sulla tesi che ha ritenuto di disattendere, confutando in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti*». Invero, più che l'attendibilità e la credibilità, il giudice – quale *peritus peritorum* – è chiamato a valutare se e quanto quella specifica tesi sia convincente, seguendone il percorso-logico argomentativo e basandosi sull'affidabilità scientifica del metodo seguito. La perizia, in tal senso, non può, pertanto, essere considerata “neutra”, poiché si pone, per forza di cose, a favore o contro una posizione processuale⁵⁸. Numerose sono le pronunce della Cassazione che hanno affrontato il tema della falsificabilità della prova scientifica⁵⁹, sostenendo la possibilità che il giudice sovverti la tesi peritale, motivando

⁵⁵ Art. 603, co. 3-*bis* c.p.p.

⁵⁶ Cass. pen., SS.UU., n. 14426, 28 gennaio 2019.

⁵⁷ Artt. 222-223 c.p.p.

⁵⁸ Cfr. SS.UU., 25.09.2014, n. 51824.

⁵⁹ Fra le tante, SS.UU., 10.07.2002, n. 30328; sez. IV, 17.09.2010, n. 43786; sez. IV, 29.01.2013, n. 16237.

adeguatamente⁶⁰. Rilevante è altresì l'argomentazione della Corte EDU⁶¹ nel fare riferimento al compito del giudice rispetto al perito, definendolo di "valutazione", facendo così emergere l'opinabilità dell'elaborazione peritale. Il giudice si avvale di una serie di parametri per sostenere l'autorevolezza del giudizio peritale, cui si è già fatto riferimento. Mediante tali criteri, l'organo giudicante opera come valutatore dei dati ricevuti, ma non nell'accezione di "esecutore asettico" (si vedrà più avanti, nel corso della trattazione, come i due piani di indagine, quello scientifico, da un lato, quello giuridico, dall'altro, sono ben diversi tra loro e non possono, pertanto, sovrapporsi, ma solo completarsi, quanto di "scrupoloso e attento "sezionatore" (termine che, a parere di chi scrive, prende l'*input* proprio dalla scienza, ma rende bene l'idea di una fruizione dettagliata e meticolosa), di convergenze, per produrre un risultato più vicino possibile all'esattezza. Laddove questa soglia massima di perfettibilità e sicurezza non sia possibile, la decisione finale non potrà che essere a favore dell'indagato/imputato, secondo i dettami non scientifici – secondo cui una grande percentuale o un grande numero equivale ad una certezza praticamente certa – bensì giuridici, per i quali vale sempre la regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". Come ben precisato dalla Cassazione⁶², «*dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria, sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato*». In tale senso il giudice, come già detto, viene definito "*peritus peritorum*", poiché è sia custode sia garante della scientificità degli elementi raccolti⁶³; nonostante egli abbia un vincolo inderogabile con il recepimento dell'analisi dell'esperto, in un secondo *step*, emerge nel suo ruolo di "esperto fra gli esperti", nella fruizione e nella "direzione" da dare ai dati scientifici.

⁶⁰ «Dalla dottrina specialistica apprendiamo che il dato offerto dall'analisi del cervello per assicurare una decisione in tema di imputabilità al di là di ogni ragionevole dubbio non è poi così oggettivo, come testimonia il fatto che troppo spesso di quel dato gli esperti danno interpretazioni diverse e confliggenti, ad esempio circa lo specifico ruolo che quell'area cerebrale compromessa ha sulla capacità di intendere o di volere dell'imputato. In altre parole, una risonanza magnetica funzionale del cervello non potrebbe essere considerata una lettura univoca di esso, poiché la risonanza va interpretata. Questa dimensione soggettiva della prova scientifica non può essere ignorata. [...] Il giudice, peraltro, deve essere ben consapevole che per valutare la capacità di intendere e di volere di un reo non basta l'aver comunque individuato il correlato neurale o genetico della anomalia psichica. [...] Al giudice si chiede dunque di essere in grado di "appropiarsi" del sapere esperto, in modo da assicurare il bilanciamento dell'interesse collettivo della difesa sociale con quello garantistico dell'imputato ad una decisione che rispecchi effettivamente la sua colpevolezza e il suo bisogno di rieducazione e di recupero anche sotto forma di trattamento e di cura», M. BERTOLINO, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, cit., p. 30.

⁶¹ C. EDU. *Shulepova c. Russia*, 34449/03, § 62, 11.12.08, sull'interpretazione dell'art. 6.3, lett. d), della Convenzione.

⁶² Cass. pen., sez. IV, n. 43786, 17 settembre 2010 (sent. Cozzini, già menzionata).

⁶³ Cfr. G. CARLIZZI, [Iudex peritus peritorum](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, pp. 28 ss.

4.1. Una recente pronuncia sul ruolo della perizia.

Si riporta di seguito l'analisi di una sentenza⁶⁴, molto recente, che ha svolto, seppur brevemente, una ricognizione puntuale sul ruolo che assume l'indagine peritale nel processo, soprattutto quando attiene alla valutazione sull'imputabilità e su eventuali vizi di mente presenti nell'imputato. La pronuncia è utile per capire l'importanza della perizia ma allo stesso i limiti entro cui essa si muove, oltre i quali interviene invece il compito dell'organo giudicante, nel suo ruolo di *peritus peritorum*.

Nel caso in esame, la Corte di Assise di Appello confermava la decisione di primo grado, che aveva condannato l'imputato. Invero, egli era stato ritenuto pienamente capace di intendere e di volere e colpevole dell'omicidio della convivente, oltre che del reato di maltrattamenti ai danni della stessa.

Il giudizio sulla pienezza della imputabilità si basava sull'assenza sia di malattie mentali, sia di qualsiasi disturbo della personalità da considerarsi talmente grave da incidere sui fatti ad egli addebitati.

L'imputato era solito fare uso di alcool e stupefacenti, ma non a tal punto da essere ritenuto in una condizione di intossicazione cronica. La Giurisprudenza da sempre pone una netta distinzione – ormai inutile probabilmente, alla luce dell'indagine sempre più specifica che si svolge sui vizi di mente – tra l'intossicato abituale e l'intossicato cronico, ritenendo che solo nel secondo venga meno la capacità di intendere e di volere.

Inoltre, nel caso specifico, il movente della gelosia veniva ritenuto ininfluenza.

In sede di appello, così come in primo grado, non si era proceduto a perizia psichiatrica, avendo respinto la richiesta di espletarla, avanzata da parte della difesa. Infine, non erano state concesse le attenuanti generiche, proprio per le modalità efferate dell'azione criminosa, per l'intensità del dolo e per la mancanza di resipiscenza.

La difesa, tra i vari motivi, deduceva la manifesta illogicità della motivazione, in ordine al diniego della perizia psichiatrica. A suo dire, infatti, l'imputato sarebbe stato "affetto" da una delirante forma maniacale di gelosia e questo elemento richiedeva necessariamente una perizia sulla eventuale compromissione della sua capacità di intendere e di volere. Alcuni comportamenti facevano pensare ad una mancanza di autocontrollo e ad atteggiamenti connotati da scarsa lucidità mentale. Inoltre, la dissociazione emotiva e la totale apatia, rivelata dall'imputato nel corso del giudizio, rafforzavano i segnali della presenza di un disturbo grave della personalità, incidente sulla imputabilità. Soltanto la perizia psichiatrica, in tale contesto, avrebbe potuto fornire una risposta a tali dubbi. Secondo la Suprema corte, l'accertamento della idoneità intellettuale e volitiva dell'imputato è sempre doveroso da parte del giudice di merito. La Corte d'Appello, infatti, non ha ommesso tale adempimento, essendosi attenuta al principio di diritto consolidato in Giurisprudenza, in base al quale i disturbi della personalità, non sempre inquadrabili nel catalogo nosografico delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di "infermità" purchè, per consistenza, gravità e intensità,

⁶⁴ Cass. pen., sez. I, n. 25964, del 2 marzo 2023.

incidano concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale. Nessun rilievo invece può essere dato ad altre anomalie caratteriali, alterazioni o disarmonie della personalità, che non presentino i caratteri sopra indicati, nonché, di regola, agli stati emotivi e passionali.

La decisione di secondo grado si basa, infatti, su un'indagine scrupolosa dell'imputabilità, in ordine all'imputabilità dell'agente al momento dei fatti, che ha condotto a ritenere di poter decidere allo stato degli atti, senza bisogno dell'ausilio peritale, manifestandosi in modo evidente l'assenza di fattori incidenti sulla imputabilità.

La Corte precisa che stabilire se l'imputato debba essere riconosciuto come persona inferma, o seminferma, di mente, al tempo della condotta, costituisce una valutazione di fatto che compete esclusivamente al giudice di merito, divenendo poi insindacabile in sede di legittimità. La motivazione alla base della sentenza deve dar conto di una ricognizione esaustiva delle risultanze medico-legali, eventualmente integrate da una perizia. Quest'ultima è uno strumento di conoscenza (per il giudice di merito) fondamentale in settori, come quello della imputabilità, che implicano l'acquisizione di dati e l'effettuazione di valutazioni, le quali richiedono specifiche competenze tecnico-scientifiche.

Al contempo, però, rappresenta un mezzo di prova essenzialmente discrezionale, in quanto è rimessa al giudice la decisione in ordine alla necessità di disporre indagini specifiche.

La perizia non rientra nelle "prove decisive", di cui all'art. 606, co. 1, lett. d) c.p.p., poiché è un mezzo istruttorio "neutro", sottratto alla disponibilità delle parti e rimesso alla discrezionalità giudiziale. Queste coordinate operano anche rispetto agli accertamenti di natura medico-legale, inclusa la perizia psichiatrica. L'apporto peritale è quindi fondamentale, ma in alcuni casi non imprescindibile, potendo essere sostituito da altre analisi e ricognizioni, egualmente esaustive.

4.2. Giudizio diagnostico e giudizio di imputabilità.

Punto critico emergente nell'ambito del giudizio sull'imputabilità del soggetto sottoposto a perizia, consiste nel confondere, non di rado, due piani di valutazione; l'uno diagnostico-patologico, attinente all'accertamento del disturbo psichico, l'altro normativo, basato sull'incidenza di suddetta patologia sul comportamento criminale.

Gli indici forniti dalle tecniche neuroscientifiche non possono condurre il giurista esperto a rendere la "*criminal responsibility*" un concetto avulso dai criteri presenti nel Codice penale, in particolar modo negli artt. 85 ss.

In tale contesto ha fatto storia, come già detto, la sentenza Raso. L'infermità assume, dunque, connotati variegati, non necessariamente incasellabili in una cornice clinica predeterminata; ciò richiede – ancor più specificamente – il lavoro sincronico

delle due figure professionali⁶⁵ protagoniste del processo penale: il perito e il giudice. Invero, nel guardare al giudizio sull'imputabilità, si comprende come esso non sia rigidamente valutabile, bensì scindibile in due piani di indagine. Il primo – c.d. giudizio diagnostico – si incentra sulla diagnosi della patologia⁶⁶, della psicosi o della mera vulnerabilità del soggetto su cui si indaga; esso viene elaborato dall'esperto, che spieghi l'incidenza del morbo sulla capacità di intendere e di volere, nel caso concreto. Il secondo – c.d. giudizio normativo – è quello che compete al giudice, non come mero esecutore

⁶⁵ La sinergia tra le due competenze, tecnica/scientifica e giuridica risulta fondamentale per una conclusione che possa tenere conto, nel modo migliore, anche dell'eventuale apporto neuroscientifico: «Non basta ovviamente la mera intuizione del giudice o delle parti a fondare il giudizio di responsabilità, ma diventa indispensabile una costante e proficua collaborazione del primo con gli esperti. [...] Ciò presuppone, innanzitutto, una specifica formazione e un continuo aggiornamento sia degli esperti chiamati a operare nelle aule giudiziarie, sia dei giudici che devono aprire queste ultime alla scienza. I primi devono imparare ad usare una metodologia standardizzata, confrontabile, ripetibile e comprensibile dal giudice, accettando di rivedere eventualmente la propria formazione e impostazione, nonché di sottostare alle regole processuali. I secondi devono essere disponibili ad acquisire conoscenze nuove, estranee al sapere giuridico tradizionale, ma indispensabili per consentire il vaglio giudiziale di alcune questioni», M. T. COLLICA, [Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità](#), in *Dir. pen. cont.*, 1 gennaio 2012, pp. 1-26.

⁶⁶ Il giudizio diagnostico, di competenza del perito, rappresenta la massima espressione di "terreno fertile" per le neuroscienze: «Negli ultimi anni è maturata la convinzione che sia ormai possibile, attraverso la neuroanatomia, misurare la struttura del cervello e la sua funzionalità, potendo notare le alterazioni cerebrali e i problemi strutturali nelle aree temporale e libica, come l'ippocampo, l'amigdala e il lobo frontale. Attraverso lo studio diretto dell'attività cerebrale nel corso dell'esposizione ad una stimolazione emotiva o durante la risposta comportamentale in condizioni fisiologiche sembrerebbe possibile individuare le componenti neurobiologiche del comportamento decisionale e comportamentale di tipo automatico e involontario, nonché riscontrare una base neuronale persino nel giudizio morale. In altri termini, nel cervello del soggetto sano e in quello del soggetto disturbato queste funzioni opererebbero in modo diverso, per cui il secondo non riuscirebbe a bloccare le risposte automatiche. Accade, pertanto, che soggetti con un lobo frontale mal funzionante possano più facilmente commettere illeciti, anche se non esposti ad ambienti particolarmente sfavorevoli, ovvero che, in presenza di una certa componente genetica, eventi traumatici possano generare reazioni aggressive altrimenti non verificabili. In questo modo è possibile distinguere stabilmente fra un soggetto infermo ed uno normale, ma anche operare una differenziazione all'interno dello stesso tipo di disturbo, ad esempio tra schizofrenici violenti e schizofrenici non violenti. [...] In questo contesto le conclusioni proponibili hanno di per sé una validità probabilistica e non assoluta; ciò che conta – lo si ribadisce – è che il metodo utilizzato e gli enunciati conseguenti siano accertati e controllabili. Ora le neuroscienze, proprio perché basate su un metodo sperimentale, si prestano, forse più di altri rami della psicologia classica, ad un controllo di affidabilità dall'esterno, garantendo importanti procedure di ripetizione della prova e di raccolta e analisi statistica dei dati. Sono, tra l'altro, gli stessi specialisti del settore a richiedere che si proceda sempre alla valutazione della scientificità della disciplina che produce la prova, dell'ammissibilità delle prove e, una volta prodotta, del suo risultato. Per questa via si riuscirebbe probabilmente a fornire al magistrato un'analisi del rischio di recidiva basato su strumenti specifici in grado di ampliare e integrare il giudizio clinico, fondati scientificamente», M. T. COLLICA, [La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2012, pp. 1-47.

dei risultati scientifici, bensì come *gatekeeper*⁶⁷ della scientificità dei mezzi di prova⁶⁸. Esso è basato sulla valutazione dell'incidenza della patologia sul comportamento *contra ius*. Occorre che il giudice ricostruisca, attraverso un metodo inferenziale, il nesso eziologico concretamente sussistente tra la problematica psichica e l'agito criminoso commesso.

La reale incidenza del disturbo sul comportamento necessita di una valutazione alla stregua dei riferimenti codicistici, che non possono essere sostituiti dalle risultanze scientifiche⁶⁹. La scienza giuridica si serve della scienza medica, senza però esserne del tutto "condizionata", e diversamente non potrebbe essere. Quando si parla di "volontarietà dell'azione", il diritto non si avvale, implicitamente, degli stessi presupposti che utilizza la medicina, basti pensare che la prima si avvale di concetti quali il "dolo" (anche eventuale) e la "colpa" (anche cosciente) che la medicina assolutamente disconosce. Inoltre, il diritto valuta l'elemento soggettivo ponendo in correlazione l'azione e l'evento (pericolo o danno) che ne consegue, dunque mai guardando soltanto al comportamento in sé del soggetto agente. Al contrario, la medicina guarda ai presupposti, alla malattia, alle "deviazioni" a monte dell'agire, alla scaturigine del *modus* comportamentale; che poi è anche quello che fa la criminologia e la psichiatria, nell'ottica di individuare le cause dell'azione, più che le cause delle conseguenze della prima. Inoltre, proseguendo nell'elencare le svariate differenze che intercorrono tra le due

⁶⁷ Per meglio comprendere il "nuovo" ruolo dell'organo giudicante: «Egli, cioè, deve assumere il poterdovere di decostruire le affermazioni degli esperti se, in base ai criteri richiamati, e non solo – dato il carattere non esaustivo né vincolante della checklist proposta dalla Corte Suprema – dovessero emergere ragionevoli dubbi sulla loro validità, ma nello stesso tempo adeguarsi alla loro conclusione se correttamente costruita. Il giudice, si precisa, potrà tenere conto o meno della perizia, ma non disattenderla nel suo contenuto finale. [...] In tal modo il tradizionale compito del giudice di *peritus peritorum*, da tempo messo in discussione e qualificato una mera "illusione", viene, se son superato, quantomeno reinterpretato, depurandolo «da ogni pretesa di autosufficienza per riviverlo in termini moderni. Un nuovo "ruolo", allora per un giudice che sia garante dell'attendibilità delle prove scientifiche, e dunque supervisore dell'accertamento processuale. Ciò lo conduce, in primis, a verificare la competenza e la capacità scientifica dell'esperto, deducibili, ad esempio, dalle esperienze pregresse di natura professionale, didattica, giudiziaria, ecc., dalle eventuali pubblicazioni in riviste specializzate, dalle citazioni di suoi scritti in studi del settore», M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., p. 19.

⁶⁸ M. BERTOLINO, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?* in *Criminalia*, 2008, p. 335.

⁶⁹ Sono state sviluppate delle tecniche diagnostiche, che man mano vengono migliorate nella loro capacità di fornire dati precisi e affidabili, quali, ad es., le scansioni di fMRI, che permettono di utilizzare i riscontri ottenuti in campo scientifico, anche nel processo penale, trattandosi di risultati potenzialmente molto utili al diritto. In un importante articolo scientifico che prende in considerazione una tecnica di intelligenza artificiale, si legge «Un gruppo di lavoro del *MacArthur Network* di Stanford, guidato dal neuroscienziato Antony Wagner, ha esaminato i possibili modi di impiegare il *machine learning*, per analizzare le scansioni fMRI, al fine di individuare quando un soggetto, che osservi alcune fotografie, riconosca qualcuno di sua conoscenza. I partecipanti al test sono stati posti all'interno di uno scanner e sono state mostrate loro una serie di immagini, scattate alcune dalla macchina fotografica che portavano al collo, altre dalle macchine assegnate ad altri. Attraverso l'analisi delle variazioni del livello di ossigenazione del sangue – un indicatore usato per valutare l'attivazione dei neuroni – gli algoritmi di *machine learning* sviluppati dal team hanno identificato correttamente i casi in cui i soggetti stavano guardando immagini della propria vita o di quella di qualcun altro, in più del 90% dei rilievi», E. BROWN, *Il cervello, il criminale e i tribunali* in *Diritto penale e uomo*, 27 gennaio 2021.

scienze, si evidenzia che anche il concetto di “volontarietà dell’azione” o di “libertà nell’azione” risulta assai diverso. Alla medicina interessa studiare il cervello, e quindi le connessioni neuronali dell’essere umano, capirne il funzionamento, spiegarne le alterazioni, dedurne la possibile (“possibile”, proprio perché l’azione non deriva solo ed esclusivamente dalle suddette connessioni) incidenza sul comportamento. Al diritto, viceversa, interessa che quello stesso essere umano fosse in un dato momento capace di «*agire secondo ragione*»⁷⁰, di autodeterminarsi, senza – o, nonostante – la presenza di una patologia o di un’alterazione. Pertanto, risultano essere profondamente diversi sia i parametri di riferimento, sia il metodo utilizzato, sia, in parte, i risultati a cui si giunge, a seconda che si operi in campo medico o in campo giuridico⁷¹. Ci si può senz’altro rendere conto di come diritto e medicina possano sì comunicare e interagire, ma non sovrapporsi né essere l’una il sostituto dell’altro. Tanto questo non può avvenire con le discipline in commento, quanto non può succedere per i contenuti e gli strumenti presi in esame⁷².

Nella ricostruzione di una determinata azione, come già accennato, si è diretti verso un’analisi che tenga conto di tutti i fattori, che possa far comprendere il “perché” della prima, nella visione prettamente soggettiva – che abbia ovviamente anche riscontri esterni – del colpevole. Gli strumenti diagnostici e, tra di essi, le neuroscienze, sono soltanto un segmento di quella che è una ricerca su più versanti. La complessità dell’opera del giudicante sta proprio in questo: servirsi delle “scienze dure” per una soluzione molto più ampia e sfaccettata⁷³. Una ricerca in chiave “soggettiva” significa non tralasciare nulla di ciò che riguarda l’area personale del soggetto su cui si indaga e mettere in campo una concezione di volontà – e, quindi, di dolo – che non si è ancora solo a delle mere cause (intese in senso meccanicistico⁷⁴ e neuro-biologico), quanto, piuttosto, alle ragioni più profonde che hanno dato luogo ad una determinata azione criminosa. Il concetto di volontarietà, inteso in tal modo, non è più incasellato in rigidi schemi scientifici, in cui tutto è “negativo” o “positivo”, affiancato da una percentuale numerica, ma diviene un processo, un lungo percorso di ricostruzione, con un esito sempre diverso a quello di un altro caso affrontato. Non si potrebbe prescindere

⁷⁰ H. WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, undicesima edizione, 1997, pp. 174 ss.

⁷¹ Se si volesse elaborare un esempio più eloquente e pregnante dei contenuti poc’anzi menzionati, si potrebbe pensare – cambiando per un attimo ambito applicativo – al decesso di un soggetto per cause da accertare. Da un lato, viene in soccorso l’autopsia, quale strumento che permette di risalire con certezza alla causa (ed eventualmente a concause precedenti e/o collaterali) della morte; dall’altro lato, vi è l’operato dell’organo requirente, seguito dalla decisione dell’organo giudicante, che deve necessariamente prendere in considerazione, partendo dal dato autoptico, molteplici variabili e fattori (movente, relazioni interpersonali, ricostruzione del vissuto della vittima, identificazione del possibile colpevole, ecc).

⁷² Il valore scientifico del d.n.a. avrà un “peso” diverso rispetto a quello giuridico.

⁷³ Si legga, al riguardo, la considerazione di M. T. FILINDEU, *Colpevolezza e neuroscienze: prospettive di un confronto dialogico*, cit., p. 158: «Le neuroscienze si collocano su un piano differente: esse investigano sulle cause naturalistiche di un dato fenomeno. La volontà, per contro, [...] è un concetto “funzionale” deputato alla stabilizzazione della società in chiave di prevenzione generale e speciale, insuscettibile di essere provato empiricamente».

⁷⁴ Cfr. P. ASTORINA MARINO, *L’accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Giappichelli, 2018.

dall'“individualizzazione” delle regole giuridiche nell'utilizzo che delle stesse si fa concretamente, a pena di risultare avulsi dalla realtà e ingiusti nelle decisioni. È qui che anche le neuroscienze possono inserirsi, per contribuire alla realizzazione di un risultato che sia il più possibile corrispondente al vero; laddove la verità non può essere però “oggettivizzazione” del nesso causale tra azione ed evento, bensì individuazione di tutte le componenti di un dato fatto.

Il metodo delle inferenze consente di connettere i due diversi emisferi della scienza e della norma, in base al «*task-at hand-approach*»⁷⁵, ovvero sia un giudizio individualizzante che operi non in base a schemi astratti, bensì attraverso una valutazione minuziosa e concreta delle risultanze probatorie⁷⁶.

L'opera del giudicante deve avvenire osservando «*il cervello non come una macchina, considerando la mente come una entità che risponde a regole determinate, dal momento che esiste un intreccio irripetibile tra una storia naturale durata milioni di anni ed esperienze individuali*»⁷⁷.

Per tirare le fila del discorso, si può senz'altro dire che, nell'approcciarsi a nuove tecniche scientifiche di indagine, si finisce, non di rado, per operare una sovrapposizione – talvolta consapevole e voluta – tra il campo normativo e quello scientifico. Il risultato, che poi è anche il pericolo, è quello di avvalersi dei criteri di cui fa uso la scienza, per elaborare le risultanze giuridiche. Da un lato, quindi, si confonde l'accertamento patologico con quello sull'imputabilità, dall'altro, si sostituisce l'elemento sostanziale, ovvero sia l'oggetto di valutazione con l'elemento probatorio, che dovrebbe costituire solo strumento di indagine. Ciò avviene in modo direttamente proporzionale al grado di certezza che la prova – in questo caso, quella scientifica – garantisce, facendone derivare un corrispondente grado di “realtà” della soluzione giuridica. In termini esemplificativi, si può dire che, nel campo di ricerca che in questa sede preme approfondire, in presenza di un accertamento indiscusso della patologia, si imprime certezza anche al giudizio sulla capacità di intendere e di volere in relazione ad un determinato fatto. Ma questo rappresenta una grande fallacia, di chi riduce la mente ad una realtà organica – nel senso di biologica – attraverso un'operazione troppo semplicistica del “funzionamento” dell'essere umano. Se tutto dipendesse esclusivamente da fattori biologici, la colpa – nel senso non penalistico del termine – non potrebbe esistere, poiché non esisterebbe neppure la libertà di scelta. Né, al contrario, può essere tutto ridotto alla percezione dell'essere liberi nell'agire, poiché vi è differenza tra questa percezione e l'agire – o l'aver agito – effettivamente in base ad una volontà cosciente⁷⁸. La differenza è sostanziale e si pone tra mente e cervello, tra diagnosi dell'infermità e giudizio di imputabilità e, finanche, tra patologia e capacità di intendere

⁷⁵ M. BERTOLINO, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico*, cit. p. 340.

⁷⁶ «[...] Oggi può sicuramente ritenersi superata una concezione unitaria di malattia mentale, affermatasi, invece, una concezione integrata di essa, che comporta, tra l'altro, un approccio il più possibile individualizzato, con esclusione del ricorso a categorie o a vecchi e rigidi schemi nosografici», Cass. SS.UU. 25 gennaio 2005, n. 9163.

⁷⁷ A. OLIVERIO, *Geografia della mente. Territori cerebrali e comportamenti umani*, Raffaello Cortina Editore, 2008.

⁷⁸ Cfr. F. J. RUBIA, *Comentarios introductorios*, in F. J. RUBIA (a cura di), *El cerebro: avances en neurociencia*, 2009.

e di volere. Invero, non è detto che quest'ultima segua necessariamente ad una patologia conclamata; così come, al contrario, in presenza di un disturbo della personalità o di uno stato emotivo alterato, può palesarsi un'incapacità di percezione della realtà. Tra le funzioni cerebrali e il comportamento umano si pone la mente, intesa quale *locus* di consapevolezza o inconsapevolezza e che è necessariamente considerata secondo certi parametri dalla scienza e secondo altri, dalla norma. Ne discende la non sovrapponibilità; il processo di formazione della libertà di volere è ben più complesso di un ipotetico riduzionismo a connessione neurali⁷⁹.

Un contributo che ha approfondito, di recente, il concetto di imputabilità e quello di infermità, entrambi legati alla valutazione del perito è quello di Marta Bertolino, che fa il punto dello stato dell'arte, elaborando alcune prospettive di cambiamento⁸⁰.

La premessa si basa sull'assunto che il concetto di malattia mentale sia sempre stato caratterizzato, e lo è tutt'ora, da una soggettività insita nello stesso, derivante dalle varie branche della scienza che si occupano della materia in questione, dalla psichiatria alla psicologia, dalla medicina legale alla psichiatria forense. È per questa ragione che la Giurisprudenza tende a cercare dei punti fermi, che possano fungere da riferimento, quando il giudice si trovi a dover avvalersi di determinate acquisizioni scientifiche e scegliere quale di esse ritenere valide, ai fini probatori. L'organo giudicante non può fare altro che riferirsi, nella sua decisione, a quelle che risultino più attendibili, consolidate e condivise all'interno della comunità scientifica. Per quanto concerne nello specifico il concetto di "malattia mentale", secondo le Sezioni Unite⁸¹, il giudice deve avvalersi di un "modello integrato", che tenga conto delle varie spiegazioni – di tipo biologico, sociale, psicologico, ecc. – che vengono fornite, in un'ottica multifattoriale della problematica.

L'Autrice pone in rilievo che tale prospettiva non era invece presente nel Legislatore del 1930 e nella dottrina penalistica del tempo, considerando il vizio di mente una "conseguenza fisica o psichica clinicamente accertata"⁸², potendosi quindi considerare rilevanti solo le patologie clinicamente conclamate e no, più in generale, i disturbi della personalità. L'unica infermità possibile era la malattia. E così era anche per il diritto penale che traeva dalle definizioni scientifiche, che richiedeva un'alterazione visibile anche per la disfunzione psichica, la quale poteva derivare solo dal disfunzionamento cerebrale⁸³. Inoltre, una volta riconosciuto il vizio di mente, totale o parziale, questo andava ad impattare su tutte le azioni, e dunque su tutti i reati, nell'ipotesi in cui il soggetto ne avesse commesso più di uno. Vi era una valutazione dell'infermità di per sé, e non in relazione al fatto e alle circostanze dello stesso. Se un soggetto era privo della capacità di intendere e di volere lo era sempre. Se oggi è

⁷⁹ Cfr. S. MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienza e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2016, pp. 681 ss.

⁸⁰ M. BERTOLINO, *L'imputabilità secondo il Codice penale. Dal Codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza, Commissioni a confronto*, in questa *Rivista*, 25 febbraio 2020.

⁸¹ Cass., SS.UU., n. 9163, del 25 gennaio 2005.

⁸² Viene infatti menzionata la *Relazione ministeriale sul progetto di Codice penale*, Roma, 1929, vol. V, p. 143.

⁸³ Si tratta della c.d. concezione organicistica della patologia.

necessario che l'azione sia ricollegabile al vizio di mente, non potendo altrimenti quest'ultimo avere rilevanza, ciò non era minimamente ipotizzabile all'epoca.

Come sappiamo, soprattutto a seguito della sentenza delle SS.UU. poc'anzi menzionata, l'approccio si è diretto verso una direzione opposta rispetto a quella descritta, abbracciando una concezione multifattoriale del concetto di infermità, che, ovviamente, hanno inciso anche sul diritto penale. L'Autrice spiega che la dottrina, già a partire dagli anni '90, si sia allontanata da un profilo prettamente organicistico e lo ha fatto perché, quando si valuta un fatto di reato, lo si fa guardando al nesso di causalità anche per quanto concerne un ipotetico vizio di mente. In altre parole, la malattia non interessa in sé e per sé, in quanto rientrante in un novero clinicamente determinato, bensì nella misura in cui ha influito sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente.

Come si è avuto modo di analizzare nei paragrafi precedenti, anche un'anomalia psichica o un deficit cognitivo che possano risultare rilevanti ai fini della (non) imputabilità, meritano di essere considerati, se di particolare gravità da intaccare o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere di un soggetto⁸⁴.

Centrale è il concetto di *suitas*, in base alle diverse teorie interpretative più importanti. Esso, affinché possa configurarsi, necessita che – a prescindere dalla visione più o meno estrema che si sposa – la situazione risulti dominabile da parte del soggetto che agisce. Come potrebbe infatti muoversi un rimprovero laddove non si possa pretendere un controllo della situazione e degli eventi da parte dell'agente? Nella valutazione della possibilità di dominio non può che rientrare altresì la considerazione della presenza o meno di anomalie della personalità, le quali possono alterare la suddetta capacità. Per tale ragione, si legge nello scritto in commento, che qualsiasi deficit o disturbo, pur non rientrante nel concetto di infermità (o comunque rientrante solo in base ad un approccio minoritario), deve necessariamente essere tenuto in considerazione, al pari degli stati emotivi e passionali – che astrattamente non rilevano – quando essi sono manifestazione di una patologia mentale. Pertanto, il “sintomo” in sé considerato non può essere espressione di un vizio di mente, ma può diventarlo quando possa essere ricondotto ad una malattia, anche transitoria.

Anche sulle situazioni di momentanea infermità (ad es, le reazioni c.d. a corto circuito) la dottrina è divisa, sebbene si propenda per includerle nell'insieme delle cause idonee a dar vita al vizio di mente.

Le varie teorie e concezioni dell'infermità hanno, ancor prima che un riflesso penalistico, una voce all'interno del processo penale, attraverso l'esperto che ne espone una piuttosto che un'altra. Il giudice ovviamente se ne serve per la decisione finale. La perizia, in tal modo, si configura come necessariamente opinabile, in quanto dipende dalla tesi scientifica sostenuta. La diversità degli approcci refluisce poi nelle sentenze⁸⁵.

⁸⁴ La correlazione tra disturbo o alterazione (di vario tipo), capacità di autodeterminazione e conseguente azione, non è per nulla scontata. Sebbene la cassazione, infatti, accolga ormai una nozione multifattoriale di “infermità”, quest'ultima deve comunque essere strettamente collegata all'agito commesso.

⁸⁵ Vengono citate alcune sentenze con un approccio organicistico, quale, ad es., Cass. pen., sez. VI, n. 21867, del 5 giugno 2007; ed altre con un approccio incentrato su una visione più “allargata” di infermità, quale, ad es., Cass. pen., sez. I, n.19532, del 24 aprile 2003.

I diversi approcci peritali corrispondono quindi ad una Giurisprudenza più o meno “aperta” nel riconoscere rilevanza a disturbi che non rientrano clinicamente nel novero delle malattie. L’Autrice, infatti, menziona una serie di esempi di sentenze “*post Raso*”, che si indirizzano in un senso o nell’altro.

In particolare, sulla tematica della perizia e su quella del riconoscimento della rilevanza di uno stato emotivo che determini una compromissione della capacità di autodeterminazione dell’agente, vi è una pronuncia interessante⁸⁶, che si vuole analizzare.

L’imputato veniva accusato dell’omicidio della moglie e della figlia di dieci anni. L’uccisione era avvenuta mediante numerose coltellate e l’uomo veniva condannato per il solo omicidio della moglie, riconoscendogli le attenuanti generiche e della provocazione. Secondo quanto emerso dalle indagini peritali, il fatto si era svolto nell’abitazione dei coniugi, principalmente nella cucina, dove, nel corso di una colluttazione, i due coniugi si erano reciprocamente inferti delle coltellate; lo stesso imputato infatti presentava sul corpo quattordici ferite da taglio).

L’imputato raccontava di essersi alzato, la mattina dell’omicidio, dopo il turno di notte a lavoro e di essersi recato in cucina, in cui si trovavano sua moglie e sua figlia, le quali erano state salutate affettuosamente dallo stesso. La moglie aveva iniziato ad insultarlo e a colpirlo più volte alla mano, con un piccolo coltello da cucina. Nel tentativo vano di difendersi, egli aveva impugnato un altro coltello e colpito la moglie. Nell’immediatezza del fatto, aveva perso la vista per qualche istante e, dopo averla riacquistata, aveva visto la moglie e la figlia riversate per terra. Spaventato e inorridito, era salito al piano di sopra, tentando di togliersi la vita, tagliandosi la gola e i polsi con una lametta, ma non riuscendo nel suo intento, in quanto veniva soccorso dal personale medico, che era stato avvisato dalla sorella della moglie, a sua volta allertata da quest’ultima tramite una telefonata, prima di perdere del tutto le forze.

Sottoposto a perizia psichiatrica, il perito concludeva che l’imputato, nel colpire le prime due volte la moglie, aveva agito lucidamente e consapevolmente, sebbene in uno stato di intensa emotività, mentre in seguito e fino alla fine dell’azione omicidiaria, aveva agito in preda ad un “disturbo acuto da stress” o comunque ad un “discontrollo episodico”, che ne aveva azzerato le capacità volitive e cognitive, per poi riacquistare subito dopo la consapevolezza di quanto accaduto. Successivamente, in base ad un’integrazione di indagine disposta, il perito modificava le sue conclusioni, sostenendo che l’imputato aveva agito, per tutta la durata dell’azione criminosa, in una situazione caratterizzata da una diminuzione della capacità di intendere e di volere.

Nella sentenza del GUP, emessa in sede di giudizio abbreviato, veniva condivisa solo in parte la perizia, affermando che solo successivamente alle prime due coltellate, l’imputato aveva agito in una condizione di “psichismo alterato, cioè morboso”, tale da non annullare, ma da compromettere la sua capacità di intendere e di volere, e quindi di autogovernarsi. La sua capacità di dominio risultava dunque grandemente scemata.

⁸⁶ Cass. pen., sez. I, n. 1038 del 22 novembre 2005.

Per quanto attiene all'omicidio della bambina, si sosteneva che nulla di certo poteva dirsi in merito alla dinamica degli eventi. Poteva altresì ritenersi possibile che la piccola fosse intervenuta durante la colluttazione tra i genitori, nel tentativo di dividerli, venendo poi colpita da uno, dall'altro o da entrambi; così come non poteva escludersi che la stessa fosse stata colpita, anche volontariamente, dalla madre, in quanto il coltello più piccolo, impugnato dalla madre, recava tracce di sangue attribuibili all'uomo ed anche alla bambina.

Successivamente, in secondo grado, la Corte d'Assise d'Appello riteneva l'imputato colpevole anche dell'omicidio della figlia, riconoscendo comunque il vizio parziale di mente, di cui all'art. 89 c.p. La Corte considerava il racconto dell'uomo molto poco credibile, riguardo alla violenza colluttazione avvenuta con la moglie. I rapporti tra i due si erano infatti deteriorati, negli ultimi tempi, per la relazione extraconiugale intrapresa dalla moglie; pertanto, l'ipotesi più plausibile era che, a seguito di un atteggiamento aggressivo del marito, la moglie avesse reagito col coltello che aveva in quel momento in mano e che l'uomo, nel tentativo non riuscito di disarmarla, avesse preso un altro coltello e iniziato a colpire ripetutamente la donna.

Neppure veniva ritenuta credibile che egli avesse, ad un certo punto, perso la vista ed il controllo della situazione, non rendendosi conto di ciò che stava effettivamente compiendo. Non veniva quindi condivisa la perizia elaborata in un primo momento, bensì la seconda. Si riteneva infatti che l'imputato non avesse agito in uno stato di alterazione psichica tale da escludere totalmente la sua capacità di intendere e di volere, ma che, per tutta l'esecuzione dell'azione criminosa, potesse essere ravvisato uno stato di capacità grandemente scemato.

In linea con la decisione del primo giudice, veniva esclusa anche la possibilità di riconoscere la causa di giustificazione della legittima difesa, da parte dell'uomo nei confronti della donna, poiché, pur ipotizzando che quest'ultima lo avesse attaccato o minacciato con il piccolo coltello, l'imputato non si era comunque limitato a difendersi o ad attaccare solo per difendersi, mantenendo una contenuta e necessaria azione difensiva, bensì, anche dopo averla ferita, aveva continuato a colpirla ripetutamente, fino ad infliggerle lesioni tali da portarla alla morte.

Inoltre, considerata la dinamica delle varie azioni e la presenza dei soli coniugi e della bambina all'interno dell'abitazione, si riteneva che la figlia potesse essere stata colpita inizialmente da qualche ferita accidentale, ma che in seguito fosse stata colpita più volte in modo volontario da parte del padre, tenuto conto che la madre era quasi subito caduta a terra, chiedendo alla figlia di chiamare aiuto. La donna, infatti, era impegnata certamente a difendersi dalle ripetute aggressioni da parte del marito e non poteva escludersi che quest'ultimo si fosse ad un certo punto impossessato del coltello della prima e avesse colpito la figlia. Dopo aver ucciso la moglie, l'imputato era stato presumibilmente colto da una irrefrenabile pulsione di annientare tutta la sua famiglia, e quindi sia la figlia, sia se stesso con il tentato suicidio.

La descrizione della dinamica dei fatti e delle singole azioni (presumibilmente) avvenute risulta importante per capire la struttura della linea difensiva, la quale propende per un'accezione più ampia del concetto di "infermità".

Tra i vari motivi di ricorso in Cassazione, la difesa ne elabora unico incentrato sulla violazione degli artt. 88, 89 e 90 c.p. Secondo la difesa, nel negare la sussistenza del vizio totale di mente, la Corte si era allineata all'orientamento interpretativo che, ai fini della sua incidenza sulla capacità di intendere e di volere, riconduce tale vizio ad una alterazione patologica, nonché ad una malattia mentale permanente in senso stretto, negando così valori ai c.d. disturbi della personalità, anche di natura temporanea, come appunto il disturbo psichico da stress, ravvisato nel caso in esame nell'imputato, discostandosi nettamente dall'indirizzo delle Sezioni Unite *Raso*.

Soffermandoci in questa sede solo su suddetto motivo di ricorso, che è quello di interesse per la presente trattazione, si analizza la decisione della Corte di Cassazione. Secondo il ricorrente, la Corte d'Appello si sarebbe appunto discostata, con le sue argomentazioni, dalla tesi prospettata dalla Sezioni Unite, negando qualsiasi valore ai disturbi della personalità. In realtà, la Corte fa presente che, nel 2005, è stato precisato che i disturbi della personalità, e quindi non soltanto le malattie mentali in senso stretto, possono rientrare nel novero delle "infermità", purchè siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere con certezza sulla capacità di intendere e di volere. Deve trattarsi di disturbi che possano impattare sulle facoltà cognitive e di scelta, fino ad eliderle totalmente o a scemarle grandemente, e non di disturbi scarsamente incidenti sulle facoltà mentali, come le anomalie caratteriali o le disarmonie della personalità.

Si potrebbe dire che, mentre la malattia clinicamente conclamata fa presumere l'infermità (anche se poi va certamente indagato il nesso causale con lo specifico fatto di reato), nel caso di altre tipologie di anomalie o disturbi, si parte dall'assunto contrario, e cioè che essi non rilevano, a meno che non rappresentino un'infermità, per "consistenza, intensità e gravità"⁸⁷.

In questo caso, la Corte d'Assise d'Appello non ha negato i principi della sentenza *Raso*, ma, al contrario, li ha applicati correttamente, riconoscendo all'imputato la parziale incapacità di intendere e di volere in relazione ai fatti addebitatigli, causata da un forte disturbo psichico avente natura passeggera. Ha riconosciuto quindi valore parzialmente esimente al disturbo, sebbene non rientrate nel concetto di "infermità" in senso stretto.

Inoltre, la censura secondo cui sarebbe stato violato il disposto di cui all'art. 88 c.p., nel momento in cui la Corte ha riconosciuto all'imputato il vizio parziale di mente, ancorandolo alle condizioni psicologiche in cui si sarebbe trovato in seguito a depressione conseguente alla crisi del rapporto con la moglie e quindi ad uno stato emotivo e passionale. La Cassazione ha più volte affermato che, anche se le reazioni a corto circuito, come il disturbo acuto da stress che ha colpito l'imputato, sono normalmente riferibili, ritenuti dalla legge ininfluenti sulla capacità di intendere e di volere, esse possono, a determinate condizioni, costituire manifestazioni di infermità che compromettono la capacità di autodeterminazione, quando siano associate ad un fattore determinante un vero e proprio status patologico, anche se di natura transeunte e non

⁸⁷ M. BERTOLINO, *L'imputabilità secondo il Codice penale. Dal Codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza, Commissioni a confronto*, cit., p. 12.

inquadrabile in una precisa classificazione nosografica. Cosa fondamentale affinché ciò avvenga, è che vi siano alla base delle puntuali argomentazioni normative e scientifiche, come avvenuto nel caso in esame. Attraverso gli accertamenti effettuati dal perito e dal consulente di parte, si è accertato che la condizione dell'imputato non avesse eliso la capacità di intendere e di volere, ma l'avesse comunque scemata grandemente, con riferimento sia al complessivo stato mentale dell'agente, sia al suo comportamento specifico a fronte degli stimoli rispetto ai quali ha reagito.

Nella pronuncia analizzata, un disturbo da stress viene riconosciuto come escludente parzialmente la capacità di auto-controllo dell'agente, sposando una visione onnicomprensiva e multifaccettata di "malattia mentale", tale da ricomprendervi anche morbi transitori, capaci di offuscare la percezione della realtà. Questa riflessione si ricollega anche a quella secondo cui la capacità di intendere e di volere in senso medico/scientifico è cosa assai diversa da quella in senso giuridico. Se nel primo ambito, ogni alterazione cerebrale viene valutata in un'ottica organicistica (sebbene negli ultimi anni si stia dando sempre più spazio anche al concetto di "funzionalità"), nel secondo, invece, si considera il soggetto, attraverso l'analisi peritale, per la sua percezione della realtà e la reazione più o meno coerente con la stessa. Al di là di possibili anomalie, incasellabili o meno in un elenco nosografico di "malattie", ciò che al giurista risulta importante è di rilevare la capacità del soggetto di porre in essere comportamenti coerenti – nel senso di percepibili in modo logico-razionale da chi li attua – con gli stimoli esterni che riceve. Solo così se ne può valutare la rimproverabilità, intesa come riconducibilità dell'azione alla sua capacità di dominio di sé. A prescindere dall'origine biologica di un disturbo, se una psicopatologia incide sulla capacità di intendere e di volere, deve essere tenuta in considerazione. Ovviamente non è facile capire come possa essere verificata l'incidenza, quando non vi sono infermità cerebrali. Vi sono degli studi sulla genetica, al riguardo, che possono aiutare nelle diagnosi sul funzionamento e sulle propensioni a determinati comportamenti, a prescindere da riflessi organici immediatamente percepibili o visibili⁸⁸.

Le tecniche neuroscientifiche possono rappresentare, prima per il perito e poi per il giudice, metodi integrativi a supporto dell'indagine classica, non sostitutivi dei metodi tradizionali, ma forieri di un sapere più approfondito. In questo senso, infatti, per tornare alle premesse iniziali, è corretto distinguere, ma non annullare il "dialogo" tra i due tipi di giudizio e, di conseguenza, tra l'organo esperto e l'organo giudicante; invero, il primo *«non è l'arbitro che decide il processo ma l'esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico nell'ambito fenomenologico al quale attiene il giudizio, spiegando quale sia lo stato del dibattito, nel caso in cui vi sia incertezza sull'affidabilità degli enunciati a cui è possibile addivenire, sulla base delle conoscenze scientifiche e tecnologiche disponibili in un dato momento storico. Toccherà poi al giudice tirare le fila e valutare se si sia addivenuti a una spiegazione dell'eziologia dell'evento e delle dinamiche in esso sfociate sufficientemente affidabile e in grado*

⁸⁸ *Ibidem*, p. 15: «La ricerca neurogenetica ha quantomeno chiarito che alcuni soggetti presentano una vulnerabilità genetica tale che, presenti altre condizioni, può favorire la commissione non di qualsiasi ma solo di una certa tipologia di reato e ciò grazie ad una diagnosi funzionale, per la quale è possibile individuare gli effetti che una certa patologia può avere sul comportamento umano».

di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni, che possano supportare adeguatamente l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. Il sapere scientifico costituisce infatti un indispensabile strumento al servizio del giudice di merito, il quale dovrà però valutare l'autorità scientifica dell'esperto che trasferisce nel processo la sua conoscenza delle leggi scientifiche nonché comprendere se gli enunciati che vengono proposti trovino comune accettazione nell'ambito della comunità scientifica»⁸⁹.

5. Conclusioni.

Da un lato, il dibattito su cosa sia la volontà probabilmente proseguirà all'infinito, tra sostenitori di una, piuttosto che di un'altra tesi, da parte di giuristi, filosofi e scienziati. Come si legge in uno scritto: «Noi non sappiamo esattamente cosa sia la volontà: la psicologia e le neuroscienze hanno fino ad ora fornito informazioni e valutazioni incerte, discusse, allusive. Tuttavia, la comune esperienza interiore ci indica in modo sicuro che nella nostra vita quotidiana sviluppiamo continuamente processi decisionali, spesso essenziali per la soluzione di cruciali contingenze esistenziali: il pensiero elaborante, motivato da un obiettivo che si risolve in intenzione, volontà»⁹⁰.

Allo stesso tempo, gli strumenti di accertamento della volontà in ambito penalistico, si modificano, così come cambiano gli approcci per valutare la piena intenzionalità di un'azione. Le neuroscienze si pongono senz'altro in uno scenario in via di sviluppo e implementazione, via via crescente, nell'ottica di fornire al procedimento giudiziario un supporto integrativo e non sostitutivo (questo modello è ormai abbastanza maggioritario e consolidato) dei principi-cardine, sia nella decisione finale sia nella valutazione agiti criminosi che non sempre – anzi, quasi mai – presentano un nesso eziologico lineare tra la volontarietà dell'azione e il fatto derivatone. Probabilmente, è proprio questo il campo in cui maggiormente la neuroscienza cognitiva può spiegare la sua reale importanza e fornire un contributo concreto nel processo penale, ovvero nei mezzi di prova.

Appare, infatti, quasi un “vicolo cieco” il tentativo di rimodellare, o, addirittura – secondo alcuni – sovvertire, le categorie dogmatiche del diritto penale, a partire dal concetto di dolo, andando a ricercare diverse accezioni del concetto di “intenzionalità”. Certamente, però, si ribadisce l'importanza che tali strumenti possono ricoprire quando si vada invece alla ricerca di quella volontà, delle manifestazioni concrete che essa ha dato in relazione ad un determinato crimine. In altre parole, non appare illusorio l'obiettivo di rendere più meticolosa l'indagine sulla gradazione della responsabilità in un soggetto e sulle possibili alterazioni della stessa, quando vi siano infermità o deficit cognitivi che, pur non rientrando in conclamate patologie, possono aver influito sulla piena capacità di autodeterminazione.

⁸⁹ Cass. pen., sez. IV, n. 28102, del 21 marzo 2019.

⁹⁰ M. BERTOLINO, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, cit., p. 4.

In egual misura nell'ambito della criminologia, l'analisi del *criminal profiling* risulta rafforzata da tecniche di indagine⁹¹, che negli ultimi anni sono state affinate e rese maggiormente attendibili, anche in un'ottica preventiva.

⁹¹ A titolo di esempio: il Test della Torre di Londra, per valutare la consapevolezza delle conseguenze delle proprie azioni; il Test delle Distinzioni Morali-Convenzionali, sulla conoscenza delle regole sociali.

L'ITER NORMATIVO DELLA C.D. "LEGGE BAVAGLIO" È GIUNTO AL TERMINE

Analisi delle modifiche apportate all'art. 114 c.p.p., con particolare riferimento alla compatibilità con i dettami europei e al bilanciamento dei diversi valori costituzionali

di Alessandro Armano

Il presente contributo analizza l'introduzione della cosiddetta "legge-bavaglio" in Italia, una disposizione normativa che vieta la pubblicazione integrale delle ordinanze cautelari personali nei procedimenti penali. La normativa, contenuta nel d.lgs. 198/2024, è stata adottata per adeguarsi alla Direttiva UE 2016/343, sulla presunzione di innocenza. Si esaminano dunque gli aspetti giuridici dell'iter legislativo; in particolare, soffermandosi sul delicato bilanciamento tra l'art. 21 della Costituzione (libertà di stampa) e gli artt. 2, 24 e 27 (diritto di difesa e principio di non colpevolezza). Il dibattito si incentra sulla piena compatibilità dell'iter normativo con la Direttiva UE, interrogandosi se la normativa italiana adempia pienamente alle sue disposizioni. Infatti, sebbene il provvedimento intenda tutelare la presunzione di innocenza, lo stesso solleva interrogativi sulla compatibilità con il diritto di cronaca. Il nuovo quadro normativo rischia di limitare eccessivamente l'accesso pubblico all'informazione, sacrificando il controllo democratico sul processo penale.

SOMMARIO: 1. La "legge-bavaglio" e il suo iter d'approvazione. – 2. Il contesto normativo. – 3. Le ragioni della modifica. – 4. Le implicazioni politiche. – 5. Lo schema finale di decreto legislativo del 9 dicembre 2024, l'emanazione del (conseguente) d.lgs. 198/2024 e il recente protocollo sottoscritto a Milano.

1. La "legge-bavaglio" e il suo iter d'approvazione.

Nella storia della Repubblica italiana si è assistito diverse volte alla definizione di leggi con termini "giornalistici". Ciò è spesso avvenuto mediante l'utilizzo di parole d'impatto, capaci di generare attrattiva sul grande pubblico. A tale sorte non si è sottratta la "legge-bavaglio". Con tale termine, numerose testate giornalistiche¹, eccezion fatta per

¹ «Un bavaglio che distorce completamente le normali dinamiche della cronaca nera e giudiziaria, facendo scomparire i fatti dalle pagine dei giornali e violando il diritto ai cittadini a essere informati», così il Fatto Quotidiano, già per il "bavaglio Cartabia", <https://www.ilfattoquotidiano.it/2023/02/25/assassini-senza-nome-cronisti-denunciati-fonti-mute-cosi-il-bavaglio-cartabia-ha-distrutto-linformazione-con-la-scusa-della-presunzione-dinnocenza/7071597/>. Gli autori dell'articolo evidenziavano che già con la normativa del d.lgs. 188/2021, in merito alla possibilità di indire conferenze stampa, «nessuno avrebbe potuto contestare agli inquirenti di aver fatto scelte sbagliate o magari aver violato la legge se quelle scelte non sono note. In

alcuni quotidiani², hanno voluto definire quella norma che consente ai giornali di riprodurre solo una versione “sintetizzata” e “parafrasata” del contenuto delle ordinanze che dispongono misure cautelari personali. Come evidente, la protesta dei quotidiani si è concentrata sulle limitazioni di una disposizione normativa di tal guisa, che penalizza, nella loro prospettiva, la completezza dell’esercizio del diritto di cronaca.

Sul piano squisitamente normativo, il legislatore aveva delegato al governo l’emanazione di un decreto legislativo che adegui la normativa italiana alla Direttiva UE 2016/343³, recante disposizioni volte a tutelare la presunzione di non colpevolezza⁴. Nello specifico, l’art. 4 legge n. 15/2024 (c.d. “Legge di delegazione europea” 2022-2023) invitava l’esecutivo, nell’emanazione del suddetto decreto legislativo, a seguire uno specifico criterio di modifica dell’art. 114 c.p.p. Il comma 3 dell’art. 4, in particolare, stabilisce che «il Governo è tenuto a osservare [...] anche il seguente principio e criterio direttivo specifico: modificare l’articolo 114 del codice di procedura penale prevedendo, nel rispetto dell’articolo 21 della Costituzione e in attuazione dei principi e diritti sanciti dagli articoli 24 e 27 della Costituzione, il divieto di pubblicazione integrale o per estratto del testo dell’ordinanza di custodia cautelare finché non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell’udienza preliminare, in coerenza con quanto disposto dagli articoli 3 e 4 della direttiva (UE) 2016/343». Il comma 1 della disposizione sopra citata assegnava al governo un termine di sei mesi, scaduto il 10 settembre 2024⁵, per l’emanazione della norma in parola⁶.

Come si può immaginare, già prima dell’emanazione della legge n. 15/2024, molti giornali avevano cominciato a trincerarsi dietro una politica di battaglia, rivendicando la necessità di poter “elaborare” e/o riportare nel dettaglio il contenuto di un’ordinanza così significativa, come quella che dispone una misura cautelare personale. Ciò, a maggior ragione, nel momento in cui tale misura avesse interessato un esponente della classe politica o, comunque, un soggetto “in vista”. Non a caso, la Commissione europea fu immediatamente interrogata sulla compatibilità con il diritto europeo di una misura normativa del genere.

È opportuno richiamare per intero la risposta della Commissione europea stessa: «La Commissione è informata della situazione. La Commissione attribuisce uguale importanza alla tutela della libertà di informazione e al rispetto dei diritti procedurali di indagati e imputati nei procedimenti penali, che devono essere adeguatamente bilanciati. La direttiva (UE) 2016/343 sulla presunzione di innocenza prevede che gli Stati

questo senso il decreto sottrae di fatto l’autorità giudiziaria al controllo della stampa».

² “Legge “anti-gogna”, secondo Il Dubbio, <https://www.ildubbio.news/giustizia/decreto-anti-gogna-alla-fine-il-governo-sceglie-la-soluzione-soft-l33ytgij>.

³ Per una panoramica più ampia sul tema, v. G. CANESCHI, *Le direttive dell’Unione europea a tutela dei diritti fondamentali dell’indagato e dell’imputato nel processo penale*, in L. CAMALDO (a cura di), *Questioni attuali di giustizia penale europea e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 145 ss.

⁴ V. G. CANESCHI, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un’estensione della garanzia?*, in *Arch. pen.*, 2021, 3.

⁵ La legge di delegazione europea è entrata in vigore il 10 marzo 2024.

⁶ Il superamento del termine pone problemi di legittimità costituzionale, stante il disposto dell’art. 76 Cost., che prevede che il decreto legislativo debba vedere la luce entro il termine previsto dalla delega.

membri adottino le misure necessarie per garantire che, nel fornire informazioni ai media, le autorità pubbliche non presentino gli indagati o imputati come colpevoli, fino a quando la loro colpevolezza non sia stata legalmente provata, fatto salvo il diritto nazionale a tutela della libertà di stampa e dei media. Secondo le informazioni a disposizione della Commissione, il divieto di pubblicare la totalità o parte del testo delle ordinanze di custodia cautelare è limitato nel tempo, in quanto durerebbe solo fino al termine delle indagini preliminari e non impedisce ai giornalisti di parafrasare o riassumere il contenuto di tali ordinanze. La Commissione è inoltre informata delle preoccupazioni dei giornalisti relative al rischio di cause di diffamazione che potrebbero sorgere in caso di riformulazioni errate di tali ordinanze».

A tali affermazioni, la Commissione aggiungeva che avrebbe continuato a «seguire con attenzione gli sviluppi al riguardo». La risposta della Commissione è particolarmente interessante e coglie molti dei problemi sottesi alla disciplina italiana, che verranno trattati successivamente nel dettaglio (v. *infra* § 3).

2. Il contesto normativo.

Prima di analizzare le basi sostanziali che, nella visione del legislatore, hanno legittimato l’emanazione di una disciplina di questo tenore, giova illustrare quale sia il contesto normativo⁷, in cui la disposizione è andata a inserirsi.

L’art. 114 c.p.p. vieta, al comma 1, la pubblicazione «anche parziale o per riassunto» o «anche solo del contenuto» di qualsiasi atto coperto da segreto. Senza soffermarsi sulla disciplina del segreto sugli atti processuali, come concepita dal codice (v. art. 329 c.p.p.), è sufficiente sottolineare, in questa sede, come tale disposizione risulti coerente con lo stesso impianto codicistico⁸. Viceversa, secondo il comma 7, è sempre consentita la pubblicazione del contenuto di atti non coperti da segreto. Tuttavia, per lo specifico caso degli atti «non più coperti da segreto» (comma 2), non è possibile procedere alla pubblicazione prima del termine delle indagini ovvero dell’udienza preliminare⁹, salva l’ipotesi di cui all’art. 292 c.p.p. Trattasi, come noto, dell’ordinanza applicativa di una misura cautelare. Inoltre, gli atti di indagine del P.M., qualora si proceda a dibattimento, non possono essere pubblicati prima della sentenza d’appello, ammesso che impugnazione vi sia stata (comma 3). I commi da 4 a 6-bis enucleano, in aggiunta, casi particolari di divieto. Infine, il comma 2-bis vieta la pubblicazione del contenuto di intercettazioni «se non utilizzate dal giudice nella motivazione di un provvedimento o utilizzate nel corso del dibattimento». Quest’ultimo comma è stato recentemente modificato dalla legge n. 114/2024 che, tra le altre cose, ha abolito il reato d’abuso d’ufficio di cui all’art. 323 c.p.

⁷ A tal proposito, cfr. *amplius* D. VIGONI, *La fisionomia tridimensionale della presunzione d’innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, n. 1, pp. 229 ss.

⁸ Il suo perimetro oggettivo, tuttavia, non si estende agli atti del difensore dell’indagato.

⁹ Rientra tra questi atti, a seguito dell’introduzione del comma 1-*quinqies* all’art. 369 c.p.p., anche l’informazione di garanzia.

È proprio sulle ordinanze relative alle misure cautelari che interviene la disposizione normativa, la quale, come anticipato, non esclude più tali ordinanze dal campo d'applicazione oggettivo del comma 2. Tuttavia, tale nuova previsione legislativa viene "mitigata" dalla possibilità che il contenuto dell'ordinanza possa essere riprodotto "riassunto" o "parafrasato" dal giornalista. Ciò che diventa proibito, per espressa disposizione, sarà solo la riproduzione del testo, integrale o per estratto, dell'ordinanza. Tale opera "di contenimento" della pubblicità degli atti predibattimentali del legislatore italiano risulta evidente anche soffermandosi sul successivo comma 2-*bis*, come modificato nel recente mese di agosto. Il contenuto delle intercettazioni, che pur sarebbe pubblicabile, quando non più coperto da segreto e trascorsa la fase delle indagini ovvero dell'udienza preliminare, in base al disposto del comma 2, potrà invece essere riprodotto limitatamente alle ipotesi in cui sia stato utilizzato nel corso del dibattimento ovvero contenuto nella motivazione di un provvedimento giudiziale¹⁰. In quest'ottica, giova notare che il contenuto delle intercettazioni trova la sua sede naturale nell'ordinanza applicativa della misura cautelare. E allora, si può cogliere come i profili critici inerenti alla disciplina del comma 2 e del comma 2-*bis* siano interconnessi.

3. Le ragioni della modifica.

Appare opportuno esaminare le ragioni indicate dal legislatore delegante a sostegno dell'impianto di modifiche appena citate. Il decreto legislativo viene emanato a completamento della normativa nazionale sulla presunzione di non colpevolezza (d.lgs. 188/2021¹¹ e, prima ancora, art. 27 Cost.) e per garantire il completo adeguamento alla normativa europea, sempre in tema di presunzione di non colpevolezza, di cui alla già citata Direttiva UE 2016/343. Per ciò che concerne le modifiche dell'art. 114 c.p.p., l'ultimo capoverso del comma 3 dell'art. 4 legge n. 15/24 ne legittima il correttivo «in coerenza con quanto disposto dagli artt. 3 e 4» della Direttiva UE citata. Non solo: il criterio guida si pone, secondo il legislatore, nel rispetto dell'art. 21 Cost. (libertà di manifestazione del pensiero) e in attuazione dei principi e diritti di cui agli artt. 24 e 27 Cost. (rispettivamente, diritto di difesa in giudizio e principio di non colpevolezza). Il legislatore, dunque, motiva la modifica dell'art. 114 c.p.p. con l'indicazione che questa è in linea con valori costituzionali "forti", come quelli dell'art. 24 e 27 Cost., nonché con i principi europei in tema di presunzione di innocenza. Inoltre, il legislatore delegante evidenzia "da sé" che il correttivo non viola l'art. 21 Cost., rispettando la libertà di manifestazione del pensiero, *sub specie* della libertà di stampa.

¹⁰Cfr. P. BRONZO, [Brevi note sul "disegno di legge Nordio"](#), in questa *Rivista*, 12 aprile 2024, p. 2. Secondo l'Autore, «la soluzione di vietare la pubblicazione di intercettazioni che, a valle dello stralcio, vengono valutate come non irrilevanti e che sono pertanto trascritte e inserite nel fascicolo per il dibattimento (art. 268, comma 7, c.p.p.) suscita più di qualche perplessità, perché sembra sacrificare in modo irragionevole il diritto alla cronaca e la libertà di stampa sull'altare del diritto alla riservatezza».

¹¹ In tema, v. G. CANESCHI, *La presunzione d'innocenza negli atti del procedimento, tra affermazioni della Corte di Strasburgo e tentativi di codificazione interna (D.lgs. n. 188 del 2021)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, fasc. 2, pp. 891 ss.

Giova esaminare se, in diritto, le ragioni giustificative della manovra “reggano” e se quanto prospettato poc’anzi appaia giuridicamente conforme a realtà. Il richiamo agli artt. 24 e 27 Cost. pare evidenziare che la *ratio* della manovra affonda le sue radici nella tutela dell’indagato. Verrebbe quasi da dire “dell’immagine” dell’indagato, essendo chiaro che un correttivo di questo tenore è volto a proteggere l’immagine della persona colpita da misura cautelare personale, per evitare che lo stesso indagato subisca un’eccessiva compromissione “personale” agli occhi del grande pubblico, in una fase antecedente a quella deputata all’accertamento della colpevolezza, ossia al dibattimento. Di per sé, dunque, il richiamo agli artt. 24 e 27 Cost. risulta meramente “valoriale”, legato com’è all’ottica della tutela dell’indagato nelle prime fasi processuali. Tuttavia, il tema di cui si discute investe principalmente la tematica della riservatezza dell’individuo, la quale, invero, affonda le sue radici nell’art. 2 Cost., richiamato spesse volte dalla giurisprudenza, di merito e di legittimità, per dare fondamenta alla tutela della *privacy* e dell’“immagine” personale, intesa in accezione penalistica.

D’altro canto, però, non può tacersi che il problema più significativo risiede nel bilanciamento tra questa tutela e il diritto di cronaca di cui all’art. 21 Cost.¹². Il problema, pur se traslato in altri ambiti, ha già investito dottrina e giurisprudenza in passato. In particolare, il bilanciamento tra diritto di cronaca e diritto di difesa, della riservatezza o della propria immagine, è stato particolarmente sentito nell’ambito del reato di diffamazione, *ex art.* 595 c.p. Non può tacersi che, nel caso trattato in questo commento, il problema del bilanciamento con l’art. 21 Cost. assume, in diritto, contorni analoghi. E allora, guardando proprio agli altri ambiti in cui la giurisprudenza ha già trattato il problema, ciò che è possibile ricavare è che il bilanciamento non è sempre facile, pur se “guidato” da alcuni indici. Permane comunque un’area grigia, molto vicina al punto di equilibrio, all’interno della quale la discrezionalità non è sindacabile, perché non usata in modo irragionevole. *Mutatis mutandis*, l’impressione è che il legislatore si sia mosso proprio all’interno di quest’area grigia, oscillante tra ampliamento della riservatezza “difensiva” personale e limitazione del diritto di cronaca, senza tuttavia travalicarne i confini costituzionali. Ciò, a maggior ragione, perché non sarà totalmente limitata la cronaca dell’ordinanza interessata, che pur potrà essere “riassunta” o “parafrasata”. L’impressione è che anche la Corte di Giustizia UE abbia colto le sfumature del correttivo italiano. Basti pensare al fatto che, dopo aver ribadito la necessità di un bilanciamento tra i valori in parola, la Commissione precisa che la limitazione nel tempo del divieto, nonché la possibilità di una cronaca “riassuntiva” dell’ordinanza, non sembrano travalicare la ragionevolezza del suddetto bilanciamento. Nonostante ciò, conscia del limite cui sembra spingersi il correttivo in parola, la Commissione promette di seguire da vicino gli sviluppi della vicenda.

Rimane da verificare se, in concreto, il correttivo di cui si discorre si ponga davvero in adeguamento di quanto contenuto negli artt. 3 e 4 della Direttiva UE 343/2016. L’art. 3 cit. pone la tutela della presunzione di non colpevolezza, alla pari di

¹² Cfr., *amplius*, N. TRIGGIANI, *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, Cedam, 2012; L. CAMALDO, *La pubblicazione degli atti processuali tra giusto processo e libertà di stampa*, Milano, Giuffrè, 2012; v. anche G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, Giuffrè, 1989.

quanto statuito nell'art. 27 Cost. L'art. 4, invece, risulta maggiormente interessante, ai fini in parola. Secondo il comma 1, lo Stato membro deve adoperarsi affinché la persona non sia *presentata*¹³ come colpevole da decisioni giudiziarie «diverse da quelle sulla colpevolezza». Tuttavia, ciò «lascia impregiudicati gli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza dell'indagato o imputato e le decisioni preliminari di natura procedurale, adottate da autorità giudiziarie [...] e fondate sul sospetto o su indizi di reità». Inoltre, ai sensi del successivo comma 3, tale obbligo «non impedisce alle autorità pubbliche di divulgare informazioni sui procedimenti penali, qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale o per l'interesse pubblico». Il considerando n. 16 della Direttiva chiarisce, inoltre, che, tra le decisioni preliminari di natura procedurale che devono rimanere "impregiudicate", rientrano quelle riguardanti la custodia cautelare, «purché non presentino l'indagato o imputato come colpevole».

Da tutto ciò, è possibile ricavare che la prescrizione europea mira unicamente ad evitare che la persona, indagata o imputata, sia presentata come colpevole. Rimane il dubbio su cosa debba intendersi con tale ultima locazione. In altre parole, ci si chiede in quali occasioni il soggetto sia "presentato" come colpevole. La mera pubblicazione del testo dell'ordinanza cautelare, o di un suo estratto, presenta la persona come colpevole? Il considerando 16 della Direttiva UE in parola specifica che «tali [...] decisioni giudiziarie non dovrebbero rispecchiare l'idea che una persona sia colpevole». A prima vista, sembrerebbe che la disposizione europea si preoccupi unicamente di evitare che il provvedimento giurisdizionale presenti la persona come colpevole, *id est* che il giudice, nella motivazione del suo provvedimento, anteriore alla fase dibattimentale, non utilizzi espressioni che, benché basate su indizi di reità, presentino l'indagato o imputato come colpevole, per evitare che i provvedimenti "pre-dibattimentali" si rendano portatori di istanze valutative di colpevolezza che non sono loro proprie.

Partendo da qui, il legislatore ha, evidentemente, optato per un'interpretazione estensiva del precetto normativo, ipotizzando che anche la mera attività giornalistica di cronaca corra il rischio di presentare la persona indagata o imputata come colpevole. Ma, se questo è vero, il correttivo italiano sull'art. 114 c.p.p. sembra muoversi nella direzione opposta. È evidente che il rischio che una persona venga presentata come colpevole è maggiore nell'ipotesi in cui il provvedimento giurisdizionale venga "riassunto" o "parafrasato", rispetto all'ipotesi opposta della trascrizione integrale dell'ordinanza. Questo potrebbe accadere tanto nell'ipotesi in cui il giornalista decida, dolosamente, per interessi particolari, di presentare un determinato individuo come colpevole, tanto nell'ipotesi in cui, involontariamente, male interpreti l'ordinanza e ne colga un senso di colpevolezza in realtà inesistente¹⁴. Non vi sarebbero rischi di tal genere, invece, qualora il giornalista si limitasse a riportare il testo dell'ordinanza, in

¹³ «Refer to that person as being guilty», nel testo inglese. Curioso che, nella traduzione italiana, si parli di «persona presentata come colpevole» e non «ci si riferisca alla persona come colpevole». Tuttavia, la diversa soluzione linguistica pare semplicemente giustificarsi alla luce di una miglior soluzione lessicale.

¹⁴ Senza tralasciare i rischi, colti anche dalla Commissione europea, di denunce per diffamazione, in tale ultima evenienza.

maniera neutrale. Da ultimo, pare che le esigenze sottese all'art. 4 della Direttiva citata fossero già state soddisfatte con l'introduzione, a opera del d.lgs. n. 188/2021, dell'art. 115-*bis* c.p.p., laddove si statuisce che «nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, la persona sottoposta a indagini o l'imputato non possono essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata in via definitiva. Nei provvedimenti che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza», cioè, per esempio, le ordinanze di applicazione di misure cautelari, «l'autorità giudiziaria limita i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento».

Infine, giova sottolineare, come si accennava nel paragrafo precedente, che l'ordinanza applicativa della misura cautelare è sede privilegiata di "citazione" delle intercettazioni svolte in fase d'indagine. Postulata l'impossibilità di riproduzione dell'ordinanza cautelare per intero, o per estratto, neppure l'intercettazione potrà essere riprodotta nelle pagine del quotidiano, se non per riassunto, con evidenti frizioni sul diritto di cronaca e, soprattutto, sul diritto di cittadino di poter valutare liberamente il contenuto dell'intercettazione stessa.

4. Le implicazioni politiche.

Poste tali coordinate, è possibile sviluppare le seguenti conclusioni. Le ragioni poste alla base del provvedimento normativo sembrano, come si diceva, meramente "valoriali" e, in alcuni casi, anche contraddittorie, a uno studio approfondito (come accade per il richiamo agli artt. 3 e 4 Direttiva UE 2016/343). Tuttavia, è d'obbligo evidenziare che, da un punto di vista giuridico, il legislatore delegante si è mosso nell'area grigia del bilanciamento tra norme costituzionali (nel caso di specie, artt. 2, 24, 27 Cost., da un lato, e art. 21 Cost., dall'altro). La soluzione, dunque, non può valutarsi come irragionevole e non si presenta, quindi, né in contrasto con l'art. 3 Cost., né con l'art. 10 Cost., poiché, come si è visto, la previsione normativa europea si muove su piani che, idealmente, vanno nella stessa direzione (la presunzione di non colpevolezza), pur se concretamente contenenti prescrizioni che si pongono su piani diversi rispetto al correttivo italiano.

Tanto chiarito, non è possibile sottrarsi da considerazioni che lambiscono la linea tangente tra diritto e politica. Non si può ignorare come il diritto sia la modalità attraverso la quale la politica trova (parziale) realizzazione dei suoi obiettivi. L'impressione, credo condivisa dal lettore, alla luce delle analisi svolte, è che il richiamo normativo, costituzionale ed europeo, sia "generico", pur se non sindacabile, poiché esso stesso si pone in quell'area grigia che, però, non contraddice le norme richiamate dal legislatore delegante. E allora, ponendo uno sguardo aldilà della specifica modifica normativa dell'art. 114 c.p.p., è possibile cogliere come essa si inserisca all'interno di un "disegno" di correttivi, quali l'abolizione del reato d'abuso d'ufficio o le modifiche in tema d'intercettazioni, che, inevitabilmente, presentano profili di tutela dell'indagato

(“vincenti” su altri valori costituzionali) che interessano all’indirizzo politico del legislatore delegante¹⁵. Anche in tema di abuso d’ufficio, per esempio, si è avuto modo di apprezzare che le “ragioni” giustificative della manovra presentavano quel medesimo concetto di “valorialità vacua”, cui si accennava poc’anzi. Ci si può interrogare, allora, su quale avrebbe potuto essere una soluzione maggiormente in linea con le istanze del diritto di cronaca, sofferenti a fronte del correttivo normativo in parola. Forse, esattamente come avviene in tema di “gossip e discriminazione”, la soluzione avrebbe potuto differenziarsi a seconda del soggetto interessato dall’ordinanza cautelare, consentendo la natura pubblica di quest’ultimo una maggior “pubblicità” di ciò che lo riguarda. Ma questa soluzione avrebbe comportato una differenziazione tra indagati/imputati inaccettabile, poiché in contrasto con l’art. 3 Cost.

Dunque, bisogna prendere atto che la disciplina è *borderline*, sfrutta “l’area grigia” del bilanciamento tra valori primari per inserire una disposizione non abbastanza “irragionevole” per essere censurata costituzionalmente. Il bilanciamento non viola l’art. 3 Cost., come detto.

Tuttavia, non è possibile esimersi dal sottolineare come la disposizione abbia certamente natura politica. Ciò appare evidente, semplicemente considerando che le ordinanze solitamente riprodotte dai quotidiani sono quelle che riguardano l’applicazione di misure cautelari a danno di un soggetto pubblicamente “in vista”. Infine, come detto, la Direttiva UE richiamata dal legislatore delegante segue una direzione che tocca solo tangenzialmente il contenuto del correttivo italiano.

Le ragioni giustificative “scricchiolanti” sembrano, purtroppo, costituire un *leitmotiv* della recente azione del legislatore nell’ambito dell’ordinamento penale. E, si badi, riflessioni di questo tenore non investono solo la dottrina e la teoria. Sì, pensi, ad esempio, alla recente ordinanza sollevata dal Tribunale di Firenze, in merito alla legittimità costituzionale dell’abolizione dell’art. 323 c.p.

Insomma, per concludere, si è potuto osservare che la disposizione non è e non sarà censurabile da un punto di vista giuridico. Altra cosa è una valutazione di opportunità sia etica, poiché limitare il diritto di cronaca è comunque atto “rischioso”, sia politica. In quest’ultima, tuttavia, non è compito della dottrina giuridica addentrarsi.

5. Lo schema finale di decreto legislativo del 9 dicembre 2024, l’emanazione del (conseguente) d.lgs. 198/2024 e il recente protocollo sottoscritto a Milano.

Nel pomeriggio del 9 dicembre 2024, è stato approvato lo schema di decreto legislativo recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della Direttiva UE 2016/343, sul rafforzamento di alcuni aspetti della

¹⁵ Cfr. M. GIALUZ, [Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l’ideologia rischia di provocare un’eterogenesi dei fini](#), in questa *Rivista*, 22 luglio 2024. Secondo l’Autore, «la principale preoccupazione che pare aver animato il legislatore è quella di far passare un messaggio politico forte e chiaro senza badare alla praticabilità e alla sostenibilità concreta delle soluzioni, né agli effetti collaterali che i nuovi meccanismi potranno determinare nella prassi».

presunzione di innocenza e del diritto di presenziare ai procedimenti penali. A questa è poi seguita la pubblicazione in G.U. del d.lgs. 198/2024¹⁶, con entrata in vigore a partire dal 7 gennaio 2025. In verità, rispetto a quanto prospettato dalla delega di cui si è detto, le novità paiono significative.

Riassumendo brevemente le tappe che, *medio tempore*, hanno portato all’approvazione dello schema finale del suddetto decreto, giova evidenziare che gli stessi organi parlamentari, e poi governativi, hanno preso posizioni diverse man mano che l’esame normativo procedeva¹⁷. Nello specifico, nella relazione agli Atti del Governo n. 196¹⁸, si proponeva il mantenimento del divieto alle misure cautelari custodiali. Si sarebbe così conservato il perimetro del divieto ricomprendendovi, tra tutte, anche la misura degli arresti domiciliari. La Commissione permanente n. 4 (Politiche dell’Unione Europea) e n. 5 (Bilancio) del Senato licenziavano favorevolmente quest’ultimo testo. La Commissione permanente n. 2 (Giustizia), invece, seppur licenziando favorevolmente il testo, presentava (il 15 ottobre 2024) delle osservazioni. Nello specifico, congiuntamente alle osservazioni prodotte dalla speculare Commissione permanente della Camera, i pareri finali resi dai relatori Rastrelli e Pedicini proponevano di allargare il divieto a tutte le altre misure cautelari personali. Inoltre, «fermo restando l’esclusione di sanzioni detentive a carico del contravventore» – si leggeva nel parere¹⁹ – «il complessivo sistema sanzionatorio andrebbe comunque ripensato in modo da conferire effettività al divieto, e costituire un ragionevole argine alla sistematica violazione del medesimo». Dunque, si proponeva d’intervenire sull’art. 684 c.p.²⁰ «che si risolve nella (mera) possibilità di estinguere il reato attraverso l’oblazione con il versamento di una somma irrisoria o dell’illecito disciplinare, raramente perseguito». Il parere spingeva l’esecutivo anche a individuare «profili sanzionatori nuovi, anche attraverso il ricorso a ulteriori strumenti, non esclusi quelli posti a presidio dal decreto legislativo n. 231 del 2001 recante la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche». In pratica, si sarebbe applicata agli editori la norma sulla responsabilità penale delle imprese, con multe comprese tra 25.000 e 550.000 euro.

Insomma, le osservazioni spingevano ad allargare notevolmente l’area del divieto, prevedendo altresì sanzioni nettamente più incisive a carico dei giornalisti (e degli editori), che si fossero resi colpevoli della violazione del nuovo testo dell’art. 114 c.p.p. Giova altresì rilevare che l’Associazione Nazionale Magistrati²¹ avesse evidenziato come, dal loro punto di vista, non avrebbe potuto definirsi “bavaglio” una legge che, comunque, pur se per parafrasi, non avrebbe censurato il contenuto delle ordinanze

¹⁶ V. G.U. n. 300 del 23 dicembre 2024.

¹⁷ In argomento, v. G. GIOSTRA, [Vietare la pubblicazione dell’ordinanza di custodia cautelare: una proposta funzionalmente e sistematicamente in difficoltà di senso](#), in questa *Rivista*, 7 ottobre 2024.

¹⁸ Consultabile a <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1427509.pdf>.

¹⁹ Consultabile a <https://www.ilfattoquotidiano.it/2024/10/15/bavaglio-sulle-ordinanze-fdi-lo-vuole-ancora-piu-stretto-estendiamolo-a-tutte-le-misure-e-chiede-multe-salate-per-giornalisti-ed-editori/7731624/>.

²⁰ Quella è la norma sulla cosiddetta “oblazione”: prevede il pagamento di multe tra 51 a 258 euro per chi pubblica atti coperti da segreto.

²¹ Da ultimo, nell’audizione al Senato della Vicepresidente dell’ANM, dott.ssa Alessandra Maddalena, <https://webtv.senato.it/webtv/commissioni/presunzione-di-innocenza-2>.

cautelari emesse durante il procedimento. Tuttavia, la stessa ANM sottolineava il possibile cortocircuito di una normativa che, volta alla tutela dell'indagato²², potesse, al contrario, condurre al risultato opposto. Infatti, secondo il ragionamento dell'ANM, la parafrasi dei giornalisti, potenzialmente "interpretativa", rischia di essere maggiormente lesiva dell'immagine dell'imputato, che si vuole proteggere dalla "gogna" mediatica. Insomma, un cortocircuito logico, prima ancora che giuridico²³.

Di parere opposto, evidentemente, la maggioranza parlamentare che, già nella relazione presentata con l'A.G. n.196, sottolineava che, oltre al rafforzamento delle previsioni di cui all'art. 27 Cost., si sarebbe rafforzata la presunzione d'innocenza di cui all'art. 3 della Direttiva UE 343/2016. In tal modo, si legge nella relazione, «si mira ad evitare che la collettività possa essere indotta, dalla lettura dell'ordinanza applicativa della misura cautelare, a ritenere come effettivamente responsabile colui che, in realtà, è meramente indagato. L'ordinanza applicativa della misura cautelare, infatti, espone necessariamente in modo stringente e approfondito la serie di elementi indiziari che raggiungono il destinatario della misura medesima, con l'effetto di determinare un livello di convincimento assai elevato e stigmatizzante da parte della collettività in merito alla responsabilità, malgrado la fase processuale si collochi solo nel momento preliminare delle indagini»²⁴. Insomma, la logica "anti-gogna" traspare in maniera evidente. Ma altrettanto evidente è l'incoerenza logica della disposizione. Risulta difficile pensare che l'indagato possa sentirsi più tutelato dal riassunto fatto da un giornalista, piuttosto che dalle esatte parole contenute nell'ordinanza scritta dal giudice. Chiaramente, la soluzione opposta del "resoconto di favore" sarebbe proficua per l'imputato. Il rischio evidente, cui si connette quest'ultimo ragionamento, è che diversi quotidiani presentino la medesima ordinanza con parole (e contenuti) differenti, che possono modificare il senso e la direzione dell'ordinanza stessa, "indirizzando" il lettore verso una specifica interpretazione dell'accadimento che ha portato all'emanazione della misura cautelare. In tal senso, l'Autore ritiene sia giusto interrogarsi sull'iniquità di un'informazione che viene raccolta dal giornalista nel virgolettato originario; ma così non accadrà per il comune cittadino che potrà necessariamente disporre, a differenza del suddetto periodista, solamente dell'informazione da questi filtrata.

Lo schema approvato nella giornata del 9 dicembre 2024²⁵ ricalca il parere dato dai relatori delle Commissioni Giustizia del Parlamento, eccezion fatta per

²² Non a caso, quotidiani di pronunciato stampo garantista la definiscono "legge anti-gogna". Cfr., in tal senso, la dicitura de "Il Dubbio", <https://www.ildubbio.news/giustizia/decreto-anti-gogna-alla-fine-il-governo-sceglie-la-soluzione-soft-l33ytgjj>.

²³ Favorevole al *novum* legislativo, invece, l'Unione delle Camere Penali Italiane; v. <https://www.camerepenali.it/cat/12655/la-spettacolarizzazione-dellinformazione-giudiziaria-oltre-la-presunzione-di-innocenza-un-confine-sempre-pi%C3%B9-labile-tra-media-e-giusto-processo.html>

²⁴ Ne coglie le sfumature anche N. TRIGGIANI, *È la stampa, bellezza! E tu non puoi farci niente! Niente!! (...neppure con il soccorso della presunzione di innocenza)*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *Informazione e giustizia penale: dalla cronaca giudiziaria al processo mediatico*, Bari, Cacucci, 2022, p. 27.

²⁵ Cfr., tra gli altri, https://www.ilsole24ore.com/art/esteso-divieto-pubblicazione-tutte-misure-cautelari-personali-AGxMeefB?refresh_ce; <https://www.ildubbio.news/giustizia/decreto-anti-gogna-alla-fine-il-governo-sceglie-la-soluzione-soft-l33ytgjj>; <https://www.ilfattoquotidiano.it/2024/12/09/bavaglio-costa>

l'inasprimento delle sanzioni, espunte dallo schema finale. Di conseguenza, il decreto legislativo²⁶ n. 198 del 10 dicembre 2024 allarga il divieto di pubblicazione integrale dell'ordinanza di applicazione della misura cautelare a qualunque di esse che abbia carattere personale. Dunque, vi sono ricomprese anche misure quali la custodia in istituto a custodia attenuata per detenute madri, la custodia in luogo di cura e gli arresti domiciliari, senza dimenticare il divieto di espatrio, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, l'allontanamento dalla casa familiare, il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, il divieto e l'obbligo di dimora. A queste si aggiungono le misure cautelari personali c.d. "interdittive": la sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale, la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, il divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione e il divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali. Il limite temporale (il termine delle indagini o dell'udienza preliminare) rimane, invece, inalterato. Dunque, l'art. 114 c.p.p. risulta modificato nel suo comma 2, con la soppressione dell'inciso finale «fatta eccezione per l'ordinanza indicata dall'articolo 292», che la c.d. riforma Orlando aveva interpolato nella riforma codicistica, e con l'inserimento del nuovo comma 6-ter, che vieta di pubblicare le ordinanze suddette.

Giova evidenziare, a caldo, i principali profili di variazione rispetto alle indicazioni della legge-delega. In tal senso, occorre muoversi lungo due direttrici. La prima riguarda il dubbio circa la ricorrenza di un eccesso di delega. Ora, è noto che, ai sensi dell'art. 76 Cost., il legislatore delegato deve seguire i principi e criteri direttivi posti dal Parlamento, il quale, come già si evidenziava, richiedeva che venisse modificato l'art. 114 c.p.p., inserendovi «[...] il divieto di pubblicazione integrale o per estratto del testo dell'ordinanza di custodia cautelare [...]». A parere di chi scrive, il criterio indicato è ben specifico: custodia cautelare è sì misura personale, ma non ogni misura cautelare personale, come noto, è data dalla custodia cautelare. È vero, altresì, che è sempre stata ammessa dalla Corte costituzionale una minima elasticità nell'interpretazione e "traduzione" nel testo del decreto legislativo di quanto indicato nella delega. È chiaro che la questione è delicata e la sua risoluzione lo è ancor di più, ma non è difficile immaginare che la Corte, quando sarà sollecitata, avrà modo di prendere posizione sul punto. La seconda direttrice, sulla quale la stessa Corte potrà pronunciarsi, alla luce di quanto già detto sulla legge delega, riguarda la compatibilità del dettato normativo con i principi costituzionali di cui all'art. 3 Cost. e, in particolare, dell'"irragionevole bilanciamento" che potrebbe prospettarsi tra diritto di cronaca e riservatezza dell'indagato/imputato. Se, come si ipotizzava, la soluzione della legge-delega, inserendosi all'interno dell'area grigia di discrezionalità, rimessa al legislatore, pareva esente da censure costituzionali, sembra difficile orientarsi con il testo del nuovo decreto legislativo. La prima impressione è che, se la custodia cautelare in carcere colpisce solo una piccola fetta degli indagati/imputati, così non è per le altre misure cautelari personali, che costituiscono la maggioranza di quelle applicate con le ordinanze

[legge-governo-ordinanze-arresto-divieto-misure-interdittive/7798049/](https://www.governo.it/legge-governo-ordinanze-arresto-divieto-misure-interdittive/7798049/).

²⁶ Che si compone di tre articoli: art. 1 (Oggetto); art. 2 (Modifiche all'art. 114 c.p.p.); Art. 3 (Clausola di invarianza finanziaria).

del giudice. Il quantitativo di informazioni che verranno così sottratte (*rectius*: filtrate) al cittadino pare essere davvero troppo corposo, sacrificando eccessivamente il diritto di cronaca sull'altare della riservatezza. La Corte costituzionale dovrà valutare se il "sunto" giornalistico possa costituire contraltare sufficiente a questa limitazione, sempre ricordando che non è necessario che il bilanciamento sia ragionevole, ma solo che non sia irragionevole. Insomma, *in dubio pro legislatore*.

Da ultimo, bisogna osservare come, nel frattempo, è stato sottoscritto un Protocollo²⁷ dal presidente del Tribunale di Milano, Fabio Roia, dal presidente dell'Ordine dei Giornalisti lombardo, Riccardo Sorrentino, dal presidente dell'Ordine degli Avvocati, Nino La Lumia, dalla presidente della Camera Penale di Milano, Valentina Alberta e dal procuratore Marcello Viola affinché le ordinanze di custodia cautelare che hanno "interesse pubblico" siano diffuse ai media. «I giornalisti» – ha spiegato il Presidente Roia – «potranno chiedere accesso a una copia dell'ordinanza, o anche ai decreti di sequestro e alle sentenze, dopo che ne avranno avuto conoscenza gli avvocati, evitando le rincorse per avere il testo presso singoli magistrati e avvocati»²⁸. È singolare, a proposito, che il Protocollo, firmato nel medesimo giorno dell'approvazione dello schema legislativo, ma predisposto antecedentemente²⁹, indichi tra le cause che legittimano l'acquisizione di copia degli atti *ex art. 116 c.p.p.* «quei casi dove l'azione del potere giudiziario limita la libertà personale dell'individuo e dunque è soggetta all'interesse giornalistico in funzione democratica, sia in fase di indagine preliminare sia in fase processuale, anche con specifico riferimento alla tutela della presunzione di innocenza nel procedimento penale». Insomma, tutti i protagonisti del procedimento penale milanese ritengono³⁰ che la pubblicità del provvedimento limitativo della libertà personale sia doverosa in quanto posta a presidio della tutela dell'indagato/imputato stesso. Detto in altre parole, si ritiene che il controllo democratico sull'*agere* giurisdizionale sia il miglior strumento di garanzia di cui l'indagato o imputato possa disporre. Esattamente il contrario della direzione presa dal legislatore.

²⁷ V. Documento di intesa in materia di informazione giudiziaria tra Tribunale Ordinario di Milano, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Ordine degli Avvocati di Milano, Camera Penale di Milano e Ordine dei Giornalisti di Milano, 9 dicembre 2024.

²⁸ <https://www.camerepenali.it/cat/12655/la-spettacolarizzazione-dellinformazione-giudiziaria-oltre-la-presunzione-di-innocenza-un-confine-sempre-pi%C3%B9-labile-tra-media-e-giusto-processo.html>.

²⁹ Si evince dal passaggio in cui si evidenzia che «è però attualmente all'esame delle commissioni parlamentari lo schema di d.lgs. di attuazione della legge di delegazione europea 15/24- atto Governo n. 196- che all'art. 2 ripristina il divieto di pubblicazione delle ordinanze custodiali» (pag. 5 del Protocollo cit.).

³⁰ Come d'altronde ribadito dal Presidente ANM Giuseppe Santalucia, all'indomani dell'approvazione dello schema di decreto legislativo: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2024/12/10/bavaglio-santalucia-anm-processi-segreti-governo/7798858/>.

LA DIRETTIVA UE 2024/1385 SULLA LOTTA ALLA VIOLENZA CONTRO LE DONNE E ALLA VIOLENZA DOMESTICA: IL POSSIBILE IMPATTO SULL'ORDINAMENTO ITALIANO*

di Antonella Massaro

La Direttiva UE 2024/1385 rappresenta il primo strumento del diritto eurounitario rivolto, in maniera organica ed esclusiva, ai fenomeni della violenza contro le donne e della violenza domestica. Specie muovendo da un confronto con la Convenzione di Istanbul, la Direttiva restituisce, a prima lettura, l'impressione di un'occasione mancata, sul versante tanto degli obblighi di incriminazione quanto di quelli di tutela più ampiamente intesi. Non mancano, tuttavia, profili di evidente interesse, a partire dalla possibile dimensione intersezionale della violenza o, ancora, dalla rilevanza attribuita alle forme di violenza online. Il contributo ripercorre le disposizioni della Direttiva, evidenziando, di volta in volta, se e fino a che punto l'ordinamento italiano possa considerarsi adempiente rispetto agli obblighi imposti dalla stessa.

SOMMARIO: 1. La Direttiva UE 2024/1385: inquadramento generale. – 1.1. Punti di forza della Direttiva. – 1.2. Punti di debolezza della Direttiva. – 2. Ambito di applicazione e definizioni: la problematica collocazione della violenza di genere. – 2.1. La situazione italiana. – 3. Reati di sfruttamento sessuale femminile e minorile e criminalità informatica. – 3.1. Mutilazioni genitali femminili. – 3.1.2. Il codice penale italiano. – 3.2. Matrimonio forzato. – 3.2.1. Il codice penale italiano. – 3.3. Condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato. – 3.3.1. Il codice penale italiano. – 3.4. *Stalking online*. – 3.4.1. Il codice penale italiano. – 3.5. Molestie *online*. – 3.5.1. Il codice penale italiano. – 3.6. Istigazione alla violenza e all'odio *online*. – 3.6.1. Il codice penale italiano. – 3.7. Sanzioni. – 3.8. Circostanze aggravanti. – 3.8.1. Il codice penale italiano. – 3.9. Giurisdizione. – 4. Denuncia di violenza contro le donne o di violenza domestica. – 4.1. La situazione italiana. – 5. Indagini e azione penale. – 5.1. La situazione italiana. – 6. Valutazione individuale delle esigenze di protezione delle vittime. – 6.1. La situazione italiana. – 7. Ordini urgenti di allontanamento, ordinanze restrittive e ordini di protezione. La Direttiva UE 2024/1385. – 7.1. La situazione italiana. – 8. Protezione della vita privata della vittima. – 8.1. La situazione italiana. – 9. Misure per la rimozione di materiale *online*. – 9.1. La situazione italiana. – 10. Il risarcimento del danno. – 10.1. La situazione italiana. – 11. Assistenza specialistica alle vittime. – 11.1. Assistenza specializzata alle vittime di violenza sessuale, di mutilazioni genitali femminili e di molestie sessuali sul lavoro. – 11.2. Case rifugio. – 11.3. La situazione italiana. – 12. Linea di assistenza telefonica. – 12.1. La situazione italiana. – 13. Assistenza delle vittime minori e incolumità del minore. – 13.1. La situazione italiana. – 14. Assistenza alle vittime con esigenze intersezionali e ai gruppi a rischio. – 15. Prevenzione e intervento precoce. Coordinamento e cooperazione. – 15.1. La situazione italiana. – 16. Conclusioni.

* Il contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto *In che modo la direttiva sulla violenza contro le donne migliora l'assistenza alle vittime: donne e bambini? Uno studio comparativo tra Spagna, Italia e Polonia*, in collaborazione con il *Coordinamento Italiano della Lobby Europea delle Donne (LEF Italia)*. I risultati dello studio sono stati presentati il 5 Novembre 2024, a Roma, presso gli spazi di Europa Experience David Sassoli.

1. La Direttiva UE 2024/1385: inquadramento generale.

La Direttiva UE 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 (di seguito: Direttiva) stabilisce norme per prevenire e combattere la violenza contro le donne e la violenza domestica (art. 1), che rappresentano una violazione dei diritti fondamentali stabiliti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (Considerando 3).

La Direttiva è articolata in sette capi: il Capo I è dedicato alle disposizioni generali; il Capo II contiene la disciplina di diritto penale sostanziale (definizione dei reati e delle sanzioni); il Capo III è relativo alla protezione delle vittime e all'accesso alla giustizia; il Capo IV affronta le questioni relative all'assistenza della vittime; il Capo V delinea le strategie di prevenzione; il Capo VI definisce gli strumenti di coordinamento e cooperazione; il Capo VII contiene le disposizioni finali.

1.1. Punti di forza della Direttiva.

La Direttiva rappresenta un significativo passo in avanti nelle azioni di prevenzione e contrasto della violenza contro le donne e della violenza domestica.

Nel diritto eurounitario, la condizione delle donne come vittime di reato e, più in generale, il contrasto alle forme di violenza di genere, erano presi in considerazione dalla c.d. Direttiva vittime (Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI). Ulteriori riferimenti per la tutela penale di donne e minori a fronte di fenomeni riconducibili alla violenza di genere erano contenuti in altre fonti dell'Unione europea, tra cui la Direttiva contro la tratta di esseri umani (2011/36/UE) e quella contro gli abusi sessuali sui minori (2011/93/UE)¹.

Mancava, però, uno strumento organico rivolto, in via specifica ed esclusiva, alla prevenzione e alla repressione della violenza di genere e della violenza domestica.

L'adozione della Direttiva non può considerarsi superflua neppure a seguito dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul (Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta dei fenomeni di violenza contro le donne e violenza domestica, firmata a Istanbul l'11 maggio 2011), conclusosi, dopo un *iter* piuttosto complesso, il 1° giugno 2023.

¹ Per più ampi riferimenti, P. DI NICOLA TRAVAGLINI – F. MENDITTO, *Il nuovo codice rosso. Il contrasto alla violenza di genere e ai danni delle donne nel diritto sovranazionale e interno. Commento aggiornato alla l. n. 168/2023 e alla direttiva UE 2024*, Giuffrè, 2024, pp. 30 ss.

Il rapporto tra la Convenzione di Istanbul e la Direttiva risulta rilevante per diverse ragioni²:

- l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione obbliga l'Unione stessa a una attuazione degli obblighi di matrice internazionale, incidendo sulle scelte legislative eurounitarie e sottoponendo l'UE alla valutazione del GREVIO (il gruppo di esperti indipendenti istituito dalla Convenzione con il compito di vigilare e valutare, attraverso rapporti periodici forniti dagli Stati, le misure adottate dalle parti contraenti ai fini dell'applicazione della Convenzione di Istanbul). La Direttiva costituisce, appunto, una attuazione della Convenzione di Istanbul, anche se solo parziale;
- non tutti gli Stati UE hanno ratificato la Convenzione di Istanbul. La Direttiva rappresenta, per questi Stati, il solo strumento attraverso il quale impone obblighi di tutela in riferimento alla violenza contro le donne e alla violenza domestica;
- anche per gli Stati UE che hanno ratificato la Convenzione di Istanbul, la presenza della Direttiva rafforza la vincolatività degli obblighi di tutela. L'aspetto fondamentale attiene senza dubbio alla possibilità di aprire una procedura di infrazione per lo Stato inadempiente, ma effetti rilevanti possono prodursi anche attraverso il generale principio di interpretazione conforme³.

Tra i punti di forza della Direttiva deve certamente segnalarsi l'attenzione alle forme di violenza *online* e, più in generale, al ruolo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), che viene in considerazione in una duplice prospettiva. Da una parte, l'uso di strumenti informatici o telematici rappresenta un fattore che, specie in ragione della idoneità pervasiva rispetto alla vittima, rende più insidioso il fenomeno della violenza contro le donne. Si tratta di una forma di violenza cui sono esposte le donne politiche, le giornaliste e le donne impegnate per la difesa dei diritti umani, con l'obiettivo principale di ridurle al silenzio⁴, ma che può riguardare anche le altre donne, persino in contesti educativi come la scuola e l'università, provocando esclusione sociale, ansia, induzione all'autolesionismo e, nei casi più gravi, al suicidio (Considerando 17). Dall'altra parte, tuttavia, le nuove tecnologie possono svolgere un ruolo significativo nell'accesso alla giustizia e all'assistenza, aumentando gli strumenti a disposizione delle donne, comprese quelle con disabilità.

La Direttiva, poi, fa esplicito riferimento alla possibile dimensione intersezionale della violenza contro le donne e della violenza domestica, che ricorre quando le stesse si intersecano con altri motivi di discriminazione di cui all'art. 21 della CDFUE, quali la razza, il colore della pelle, l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura,

² Si tratta di aspetti efficacemente evidenziati da S. DE VIDO, [L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa: il ruolo delle organizzazioni della società civile a tutela delle donne](#), in questa Rivista, 13 luglio 2023, § 2.

³ A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, 2023, pp. 36 ss.

⁴ R. LEWIS – M. ROWE – C. WIPER, *Online Abuse of Feminists as An Emerging form of Violence Against Women and Girls*, *The British Journal of Criminology*, 2017, pp. 1462 ss.

l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale (Considerando 6). Questo è un elemento da tenere in considerazione, tra l'altro, nella valutazione individuale delle esigenze di protezione della vittima (art. 16), che rappresenta un aspetto centrale e strategico nell'assetto di tutela delineato dalla Direttiva.

Nella Direttiva, infine, si valorizza una dimensione ampia della prevenzione, intesa come prevenzione primaria, secondaria e terziaria (Considerando 73). Le misure preventive primarie attengono alla prevenzione del verificarsi della violenza, attraverso azioni che promuovano una maggiore consapevolezza del fenomeno e un cambiamento virtuoso dei modelli socio-culturali; le misure preventive secondarie dovrebbero mirare a individuare tempestivamente la violenza e a impedirne la progressione o l'escalation in una fase precoce; la prevenzione terziaria attiene, infine, alla prevenzione della recidiva e della vittimizzazione secondari. Si valorizza un approccio olistico per nulla scontato, che rappresenta il necessario completamento delle misure più strettamente repressive.

1.2. Punti di debolezza della Direttiva.

La base giuridica della Direttiva è offerta dall'art. 82, paragrafo 2, e dall'art. 83, paragrafo 1, TFUE⁵.

L'art. 82, paragrafo 2, TFUE riguarda le possibilità di stabilire norme minime per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale.

L'articolo 83, paragrafo 1, TFUE, invece, attiene alla possibilità di stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale. Tra le sfere di criminalità, indicate tassativamente dallo stesso paragrafo 1, sono previsti lo sfruttamento sessuale di donne e minori e la criminalità informatica.

Il concetto di "sfruttamento sessuale", per quanto interpretato estensivamente, non sembra del tutto adeguato a legittimare, in maniera univoca, la criminalizzazione di alcune fattispecie tradizionalmente ricondotte alla violenza contro le donne, a partire dalla violenza sessuale (compreso lo stupro) e dalle molestie sessuali⁶: non è un caso che

⁵ Sulla base giuridica della Direttiva, E. BERGAMINI, *Combating Violence against Women and Domestic Violence from the Istanbul Convention to the EU Framework: the Proposal for an EU Directive*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2/2023, pp. 32 ss.

⁶ Nella proposta di Direttiva si precisava che «*the term 'sexual exploitation' in Article 83(1) TFEU can be understood as any actual or attempted abuse of a position of vulnerability, differential power or trust, including, but not limited to, profiting monetarily, socially or politically from a sexual act with another person. The exploitative element can refer to the achievement of power or domination over another person for the purpose of sexual gratification, financial gain and/or advancement. The criminal offences of rape and female genital mutilation presuppose these elements. Female genital mutilation is an exploitative practice performed for the purpose of preserving and asserting domination over women and girls and to exert social control over girls and women's sexuality. It is sometimes*

il Parlamento europeo abbia chiesto l'esplicito inserimento della violenza di genere tra i c.d. *Eurocrimes*⁷. Le incertezze relative alla base giuridica, insieme alla difficoltà di raggiungere un accordo politico, hanno probabilmente contribuito alla esclusione di alcuni reati dalla versione definitiva della Direttiva. La maggioranza degli Stati, comprese Francia, Germania e Olanda, ha votato a favore della esclusione della violenza sessuale: la Francia, giustificando il suo voto, ha precisato che l'inserimento della violenza sessuale e dello stupro avrebbe potuto determinare un ricorso alla Corte di Giustizia da parte degli Stati contrari, proprio al fine di contestare la base giuridica della Direttiva⁸.

Meno problematica è la copertura assicurata dal concetto di "criminalità informatica" che, essendo riferibile tanto ai reati informatici propri quanto ai reati informatici impropri⁹, comprende senza difficoltà le forme di violenza *online* contro le donne. La concreta criminalizzazione di alcune condotte previste dalla Direttiva, tuttavia, potrebbe risultare problematica per alcuni principi fondamentali che regolano la materia penale, a partire da quelli di necessaria offensività e di determinatezza. Per questo, fin dalle premesse della Direttiva, si precisa che dovrebbero essere oggetto di criminalizzazione solo le forme più gravi di violenza *online*, intese come le condotte che possono provocare danni gravi, anche psicologici alla vittima, oppure a condotte che possono indurre la vittima a temere seriamente per la propria incolumità o per quella delle persone a carico (Considerando 18).

L'esplicito riferimento alla violenza maschile contro le donne e alla violenza domestica come violazione dei diritti fondamentali si rinviene solo nelle premesse della Direttiva, non anche nelle definizioni contenute nell'art. 2, diversamente da quanto avviene nella Convenzione di Istanbul (art. 3)¹⁰.

Dalla Direttiva, più in generale, emerge una generalizzata cautela nell'esplicita valorizzazione della matrice socio-culturale della violenza contro le donne e della violenza domestica.

Il Considerando 10 della Direttiva, analogamente a quanto avviene nel Preambolo della Convenzione di Istanbul, riconosce che la violenza contro le donne è una manifestazione persistente della discriminazione strutturale derivante da rapporti di potere storicamente iniqui tra donne e uomini, che è radicata nei ruoli, nei comportamenti, nelle attività e negli attributi socialmente costruiti e ritenuti appropriati

performed in the context of child or forced marriage or domestic violence. This reflects the typical power-imbalance between women and men in such cases, which is also prevalent in the case of rape»: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Combating Violence against Women and Domestic Violence, 8 marzo 2022.

⁷ *European Parliament resolution of 16 September 2021 with recommendations to the Commission on identifying gender-based violence as a new area of crime listed in Article 83(1) TFEU (2021/2035(INL)).*

⁸ M. FERRARI, *Violenza contro le donne: l'Unione europea adotta finalmente la direttiva (UE) 2024/1385*, in *Eurojus*, 17 giugno 2024, p. 5.

⁹ Per maggiori approfondimenti, 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, pp. 827 ss.

¹⁰ *Infra*, § successivo.

per uomini e donne: nell'attuazione della Direttiva, quindi, si dovrebbe tener conto (*should be taken into account*) di una prospettiva sensibile alla dimensione del genere¹¹.

L'impressione, tuttavia, è che nell'articolato il carattere strutturale e culturale della violenza contro le donne e della violenza domestica fatichi ad assumere carattere decisivo. La prospettiva di genere emerge in maniera più esplicita solo nella parte della Direttiva dedicata alle misure di prevenzione e di sensibilizzazione (artt. 34 e ss.), in cui si prevede l'obbligo, per gli Stati membri, di adottare misure capaci di contrastare gli stereotipi di genere dannosi, agevolando cambiamenti comportamentali in tutta la società (art. 34), compresi quelli radicati nei rapporti di potere storicamente iniqui tra uomini e donne o basati su ruoli stereotipati di donna e uomo (art. 35). Se, però, questa premessa ispira la prevenzione primaria, sarebbe stato forse più coerente estenderla anche alle misure di prevenzione secondaria e terziaria, nonché agli interventi più strettamente repressivi. L'assenza di una esplicita prospettiva di genere, come si cercherà di chiarire, è evidente non solo (e non tanto) negli obblighi di criminalizzazione, ma anche in alcune norme relative ai servizi di assistenza specialistica e alla tutela dei minori in caso di violenza domestica. Pare opportuno precisare che la valorizzazione delle cause socio-culturali della violenza contro le donne non rappresenta un aspetto meramente formale o simbolico, posto che l'approccio politico-culturale al fenomeno in questione condiziona inevitabilmente l'intervento sul piano giuridico.

La Direttiva non si sofferma sui programmi di recupero per uomini violenti, specie se indagati o imputati. Si tratta di un aspetto sempre più spesso preso in considerazione dagli ordinamenti dei singoli Stati (v. art. 168 del codice penale italiano, in riferimento alla sospensione condizionale della pena¹²), rispetto al quale, forse, sarebbe stata opportuna una indicazione anche da parte del legislatore europeo.

2. Ambito di applicazione e definizioni: la problematica collocazione della violenza di genere.

La Direttiva, come precisa il suo titolo, riguarda la lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica.

L'art. 2 della Direttiva definisce la violenza contro le donne e la violenza di genere nel modo seguente:

- «violenza contro le donne»: qualsiasi atto di violenza di genere perpetrata nei confronti di donne, ragazze o bambine solo perché donne, ragazze o bambine, o che colpisce le donne, le ragazze o le bambine in modo sproporzionato, che provochi o possa provocare danni o sofferenza fisica, sessuale, psicologica o economica, incluse le minacce

¹¹ P. DI NICOLA TRAVAGLINI – F. MENDITTO, *Il nuovo codice rosso*, cit., p. 96, ritengono che l'attuazione della Direttiva imponga l'utilizzo di una prospettiva sensibile al genere come categoria giuridica autonoma, vincolando in tal senso il legislatore e, quindi, gli interpreti nazionali.

¹² Per i numerosi aspetti problematici, P. DI NICOLA TRAVAGLINI – F. MENDITTO, *Il nuovo codice rosso*, cit., pp. 101 ss.

di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, nella sfera pubblica come nella vita privata;

- «violenza domestica»: qualsiasi atto di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica, consumato all'interno della famiglia o del nucleo familiare, indipendentemente dai legami familiari biologici o giuridici, tra coniugi o partner o tra ex coniugi o partner, a prescindere che l'autore di tali atti conviva o abbia convissuto con la vittima.

La Direttiva, diversamente da quanto avviene nell'art. 3 della Convenzione di Istanbul, non prevede specifiche definizioni né del concetto di genere né della violenza di genere, di cui, come precisato, la violenza contro le donne rappresenta una *species*. Se la violenza contro le donne è una forma di violenza di genere, significa che la prima può essere definita solo attraverso il riferimento seconda¹³. La violenza di genere, più esattamente, è la violenza diretta contro una persona per ragioni legate al genere, inteso come i ruoli, i comportamenti e gli attributi che un certo modello socio-culturale, cui l'agente si ispira, considera appropriati per uomini e donne (V. art. 3, lettera d) della Convenzione di Istanbul).

Il concetto di genere, ad ogni modo, compare in alcune disposizioni della Direttiva. L'art. 1, § 2, per esempio, precisa che i capi da 3 a 7 della Direttiva si applicano a tutte le vittime di reati di violenza contro le donne e di violenza domestica a prescindere dal genere. L'art. 2, nell'ambito delle definizioni, stabilisce che la vittima debba intendersi come la persona che, indipendentemente dal genere, ha subito un danno causato direttamente da violenza contro le donne o violenza domestica, compresi i minori che siano stati testimoni di violenza domestica. Con particolare riguardo agli obblighi di criminalizzazione, il concetto di genere è riproposto nella definizione del reato di istigazione alla violenza o all'odio *online* (che dovrebbe riguardare condotte rivolte a una persona a un gruppo definiti con riferimento al genere), mentre per gli altri reati previsti dalla Direttiva la prospettiva di genere emerge in alcune delle circostanze aggravanti elencate all'art. 11 (lettere o) e p)¹⁴.

2.1. La situazione italiana.

Le premesse definitorie sono particolarmente significative per l'ordinamento italiano, nel quale i concetti di violenza di genere, violenza contro le donne e violenza domestica non risultano chiaramente definiti e reciprocamente distinti. La legge 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. Codice Rosso), per esempio, reca nel suo titolo il riferimento alla

¹³ Cfr. M. PÉREZ MANZANO, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción*, in RJUAM, 2016, p. 22, la quale precisa che la violenza contro le donne può considerarsi una violenza di genere perché è lo strumento più estremo utilizzato per perpetuare la discriminazione contro le donne. L'uso dell'espressione violenza di genere, inoltre, implica una presa di posizione sulle cause che la generano, nel senso che "spiega" la violenza contro le donne in termini culturali e sociali, e non in termini biologici o individuali.

¹⁴ *Amplius*, I. BOIANO, *Femminismo e processo penale. Come può cambiare il discorso giuridico sulla violenza maschile contro le donne*, Ediesse, 2015, pp. 90 ss.

violenza domestica e alla violenza di genere, anche se nella legislazione penale italiana manca un esplicito riferimento alla violenza di genere e/o alla violenza contro le donne. In alcuni casi, poi, il legislatore continua a riferirsi alla violenza “sulle” donne anziché alla violenza “contro” le donne (esempio: la legge n. 168 del 2003 “Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica” e alla violenza sulle donne fa riferimento anche l’art. 6 della stessa legge n. 168 del 2023).

Le riforme degli ultimi anni hanno introdotto circostanze aggravanti, riferite a specifiche fattispecie di reato, che sono ispirate al modello della violenza domestica, in quanto valorizzano il solo legame oggettivo (familiare o, comunque, affettivo) tra il reo e la vittima¹⁵ (art. 577, prima comma, n. 1 c.p.; 577, secondo comma, c.p.; art. 612-*bis*, secondo comma, c.p.; art. 613-*bis*, terzo comma c.p.). Proprio la violenza domestica, del resto, è oggetto di una specifica definizione nell’ordinamento giuridico italiano (art. 3 d.l. 14 agosto 2013, n. 93, con specifico riferimento all’istituto dell’ammonimento del questore, modificata di recente dalla legge n. 168 del 2023): si tratta di una definizione che, in particolare, comprende anche le condotte commesse nei confronti dei minori (c.d. violenza assistita), allineandosi quindi alle indicazioni offerte dalla Direttiva¹⁶.

Uno degli effetti della Direttiva potrebbe essere quello di imporre all’Italia un più esplicito riconoscimento della violenza maschile contro le donne, come fenomeno ulteriore e distinto rispetto alla violenza domestica. Un effetto di questo tipo produrrebbe un rafforzamento della tutela tanto a livello preventivo quanto sul versante delle misure repressive, senza considerare il possibile impatto culturale derivante da un’esplicita “nominazione giuridica” della violenza contro le donne.

3. Reati di sfruttamento sessuale femminile e minorile e criminalità informatica.

La Direttiva definisce sette reati (artt. 3-9), precisando al Considerando 9 che nella definizione di violenza contro le donne rientrano anche alcuni reati previsti dalle singole legislazioni nazionali, tra cui il femminicidio, lo stupro, le molestie sessuali, l’abuso sessuale, lo *stalking*, l’aborto forzato e la sterilizzazione forzata.

Specie attraverso un confronto con la Convenzione di Istanbul, risulta evidente l’assenza, tra i reati definiti dalla Direttiva, di alcune fattispecie fondamentali, quali la violenza sessuale, lo *stalking*, le molestie sessuali, l’aborto forzato e la sterilizzazione forzata. La Direttiva, rispetto alla Convenzione, attribuisce invece maggiore rilievo al

¹⁵ Sul modello del “reato relazionale”, inteso come un reato commesso nell’ambito di un rapporto interpersonale, esistente prima del fatto, R. BARTOLI, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, in M. Bertolino (a cura di), *Reati contro la famiglia – Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2022, pp. 160 ss.

¹⁶ Art. 3 d.l. n. 93 del 2013: «[...] Ai fini del presente articolo si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici o commessi in presenza di minorenni, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l’autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».

ruolo delle nuove tecnologie come strumento che rende più agevoli o più gravi le offese riconducibili alla violenza contro le donne domestica o alla violenza domestica.

Nella specifica prospettiva dell'ordinamento italiano, uno degli aspetti più significativi è certamente la mancata introduzione della violenza sessuale e dello stupro, costruiti, in particolare, sul ruolo del consenso (o del dissenso) della vittima. L'art. 609-*bis* c.p., infatti, non prevede esplicitamente tra gli elementi costitutivi del delitto di violenza sessuale il consenso (o il dissenso) della vittima, descrivendo la condotta attraverso il riferimento alla violenza e alla minaccia e prevedendo come evento del reato la costrizione della vittima¹⁷. Alla violenza sessuale, pare opportuno precisarlo, la Direttiva fa riferimento in altri articoli, certamente significativi nell'impianto complessivo della stessa (artt. 15, 16, 25, 26).

Un'ulteriore omissione, particolarmente significativa nella prospettiva dell'ordinamento italiano, è quella relativa alla definizione generale di molestie sessuali (v. art. 40 Convenzione Istanbul), posto che la Direttiva prende in considerazione le sole ipotesi di molestie *online*, senza, però, definire le molestie *offline*. La tutela attualmente offerta dal codice italiano alle molestie (in generale) e alle molestie sessuali (in particolare) risulta del tutto inadeguata¹⁸, conducendo in certi casi a un poco auspicabile ampliamento, per via interpretativa, del reato di violenza sessuale¹⁹.

3.1. Mutilazioni genitali femminili.

L'art. 3 della Direttiva prevede l'incriminazione delle mutilazioni genitali femminili, intese come l'escissione, l'infibulazione o altra mutilazione della totalità o di parti delle grandi labbra o delle piccole labbra vaginali o del clitoride.

3.1.2. Il codice penale italiano.

L'art. 583-*bis* del codice penale italiano, introdotto dalla legge 9 gennaio 2006, n. 7, punisce, con pene particolarmente severe, le pratiche di mutilazione genitale femminile.

Il quarto comma dello stesso art. 583-*bis* c.p., introdotto dalla legge 1° ottobre 2012, n. 172 (di ratifica della Convenzione di Lanzarote), prevede che, qualora il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore, la condanna per il reato in questione comporti la decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale o l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno.

¹⁷ Si rinvia sul punto a G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna University Press, 2023.

¹⁸ *Infra*, § 3.5.1.

¹⁹ Cfr. M. BOTTO, *Le molestie sessuali "dentro" e "fuori" dal confine dell'art. 609 bis c.p. Un'indagine sulla distinzione tra molestia e aggressione sessuale a partire dalla "doppia narrazione" degli «atti repentini»*, in *Arch., pen.*, 2/2023.

La legislazione italiana, quindi, adempie già, in maniera adeguata, a questo obbligo di criminalizzazione.

Le rare applicazioni giurisprudenziali dell'art. 583-*bis* c.p., tuttavia, suggeriscono di insistere su azioni che consentano una maggiore emersione delle mutilazioni genitali femminili²⁰ e che rafforzino l'assistenza specialistica delle vittime, come previsto dall'art. 27 della Direttiva.

3.2. *Matrimonio forzato.*

L'art. 4 della Direttiva impone di punire con sanzione penale le condotte di chi costringe un adulto o un minore a contrarre matrimonio o di chi attira un adulto o un minore nel territorio di un paese diverso da quello in cui risiede allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio.

La formulazione riproduce pressoché testualmente quella dell'art. 37 della Convenzione di Istanbul.

3.2.1. Il Codice penale italiano.

L'art. 558-*bis* del codice penale italiano, introdotto dalla legge 19 luglio 2019 n. 69, punisce la costrizione (primo comma) e l'induzione (secondo comma) a contrarre matrimonio o unione civile, con pene più elevate se il fatto è commesso in danno di minori (quarto e quinto comma). Il quinto comma prevede poi una deroga al principio di territorialità, stabilendo che l'art. 558-*bis* c.p. si applichi anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia (v. art. 44 Convenzione di Istanbul).

La fattispecie del primo comma è descritta attraverso gli elementi della violenza e della minaccia, con un ulteriore riferimento alla costrizione: si tratta di uno schema analogo, tra l'altro, a quello impiegato per il delitto di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.)²¹. La Direttiva, invece, fa esclusivo riferimento alla costrizione. Sul piano interno,

²⁰ Il *Rapporto delle Associazioni di donne sull'attuazione della Convenzione di Istanbul*, 2018, 54, segnala la a ritrosia dei professionisti del settore socio-sanitario, poco inclini a segnalare e/o denunciare i casi di MGF o di rischio di MGF, viste le sanzioni penali, particolarmente severe, cui potrebbero andare incontro i genitori, che potrebbero non essere conformi al miglior interesse della bambina. A ciò si aggiunge la preoccupazione che la segnalazione del reato potrebbe compromettere il rapporto fiduciario medico/genitori che è alla base del percorso di informazione, sensibilizzazione e quindi prevenzione della pratica sulle figlie.

²¹ Quanto al ruolo della costrizione (e dell'induzione) nella struttura del reato di violenza sessuale, secondo considerazioni che, *mutatis mutandis*, possono estendersi all'art. 558-*bis* c.p., l'opinione maggioritaria sembrerebbe ravvisare nella stessa, insieme alla violenza e alla minaccia, una modalità di descrizione della condotta: tra gli altri, G. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, Giuffrè, 2000, pp. 1158 ss.; S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, in R. BARTOLI – M. PELISSERO – S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, 2022, p. 179. In alternativa, potrebbe ritenersi che l'effetto costrittivo

quindi, resterebbero prive di tutela forme di costrizione realizzate con modalità diverse dalla violenza e dalla minaccia. Al fine di superare incertezze ricostruttive e difficoltà applicative, potrebbe forse essere più utile formulare anche la fattispecie nazionale attraverso il solo riferimento alla costrizione.

Nel codice penale italiano, poi, manca una disposizione apposita per le altre condotte cui fa riferimento la Direttiva: attirare qualcuno in un Paese diverso da quello in cui risiede, allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio. Incriminare con una fattispecie *ad hoc* la condotta descritta dalla Direttiva determinerebbe una significativa anticipazione della tutela, imponendo di applicare la sanzione penale anche nei casi in cui non si giunga alla costrizione: quest'ultima, infatti, rilevarebbe solo come oggetto del dolo specifico dell'agente. La criminalizzazione di queste condotte, quindi, dovrebbe superare il vaglio del principio di necessaria offensività, in quanto rischierebbe di risultare troppo distante dal bene giuridico tutelato (libertà di autodeterminazione).

3.3. *Condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato.*

L'art. 5 della Direttiva impone di sanzionare penalmente le seguenti condotte: a) rendere accessibile al pubblico, tramite tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), immagini, video o analogo materiale ritraente atti sessualmente espliciti o le parti intime di una persona senza il consenso di tale persona qualora tali condotte possano arrecare un danno grave a dette persone; b) produrre, manipolare o alterare e successivamente rendere accessibile al pubblico, tramite TIC, immagini, video o analogo materiale in modo da far credere che una persona partecipi ad atti sessualmente espliciti, senza il consenso della persona interessata, qualora tali condotte possano arrecare un danno grave a tale persona; c) minacciare i comportamenti di cui alle lettere a) o b) al fine di costringere una persona a compiere un determinato atto, acconsentirvi o astenersi dallo stesso.

Il secondo paragrafo dello stesso art. 5 precisa che la criminalizzazione delle condotte in questione fa salvi i principi fondamentali connessi alla libertà di espressione e di informazione e alla libertà delle arti e delle scienze.

3.3.1. Il codice penale italiano.

L'art. 612-ter c.p., introdotto dalla legge 19 luglio 2019, n. 69, prevede il delitto di *diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, che, sebbene comunemente

(o induttivo) rappresenti, piuttosto, l'evento del reato: v. per esempio, G. MARINI, *Delitti contro la persona*, Giappichelli, II ed., 1996, pp. 291 ss. Cfr., in riferimento al delitto di violenza privata (art. 610 c.p.), F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, pp. 358 ss., il quale individua la costrizione come elemento della condotta, precisando però che il reato in questione presenta un duplice evento, consistente nella coazione e nel fare, tollerare od omettere qualche cosa.

accostato ai fenomeni di c.d. *revenge pornography*, si riferisce a una casistica più ampia e complessa.

Il primo comma dell'art. 612-ter c.p. punisce il "primo distributore", cioè colui che, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate. Il secondo comma, invece, prevede la stessa pena per il "secondo distributore", inteso come colui che, dopo aver ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate: in questo caso, però, la condotta è penalmente rilevante solo se commessa al fine di recare nocumento. I commi successivi prevedono delle circostanze aggravanti se il fatto è commesso da un soggetto legato alla vittima da relazioni familiari o affettive, se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici, o se è stato commesso in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza.

L'art. 612-ter c.p. può considerarsi solo parzialmente conforme all'obbligo di incriminazione posto dalla Direttiva.

Non si ravvisano particolari problemi di conformità per le condotte descritte dall'art. 5, lettera a), posto che, anzi, la formulazione del diritto italiano sembrerebbe più ampia, in quanto non riproduce l'elemento del potenziale danno grave alle persone. La Direttiva, però, potrebbe costituire l'occasione per una complessiva razionalizzazione dell'art. 612-ter c.p. Un primo elemento di criticità della norma italiana, infatti, è costituito dalla distinzione tra primi e secondi distributori²². A ciò si aggiunga che l'art. 612-ter c.p. individua l'utilizzo di strumenti informatici o telematici come circostanza aggravante: posto che, tuttavia, le condotte in questione sono sempre connesse all'impiego delle nuove tecnologie, così come emerge anche dalla Direttiva, il rischio è quello di un eccessivo rigore sul piano sanzionatorio.

Quanto alle condotte di cui all'art. 5, lettera b), la condivisione non consensuale di contenuti sessualmente espliciti, se risultanti (esclusivamente) da manipolazioni (c.d. *deepfake porn*), non costituisce attualmente un fatto riconducibile a uno specifico reato, se non nei casi di pedopornografia minorile virtuale (art. 600-*quater* 1 c.p.). Potrebbe immaginarsi una fattispecie analoga anche per gli adulti, anche se l'entità delle sanzioni previste dovrebbe tener conto del fatto che il materiale condiviso non contenga immagini o video reali. Pare opportuno segnalare, inoltre, che il reato di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p. è stato ampiamente criticato per un potenziale contrasto con il principio di necessaria offensività²³: una fattispecie di questo tipo in caso di vittima adulta si esporrebbe a critiche ancora più significative²⁴.

In riferimento all'art. 5, lettera c), che prende in esame condotte riconducibili alla c.d. *sextorsion*, la Direttiva non precisa in cosa consiste l'atto al quale si intende

²² 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.*, 4/2019, pp. 2063 ss.

²³ Per tutti i necessari riferimenti, L. BRIZI, *La nozione di "pornografia virtuale": verso un dominio della pericolosità sul fatto?*, in *Cass. pen.*, 11/2017, pp. 4044 ss.

²⁴ Sui possibili contorni della nuova fattispecie, G.M. CALETTI, *Habeas corpus digitale. Lo statuto penale*

costringere la vittima. Se si trattasse, per esempio, del pagamento di una somma di denaro, potrebbe immaginarsi l'applicazione del reato di tentata estorsione, mentre qualora a venire in considerazione fosse una prestazione sessuale potrebbe ipotizzarsi una tentata violenza sessuale²⁵. Sebbene siano ravvisabili fattispecie generali riferibili a questi fenomeni, l'introduzione di un reato specifico (per esempio: una fattispecie speciale di minaccia) potrebbe senza dubbio rendere più incisiva la risposta dell'ordinamento italiano.

3.4. Stalking online.

L'art. 6 della Direttiva prevede l'incriminazione delle condotte dolose consistenti nel sottoporre ripetutamente o continuamente un'altra persona a sorveglianza tramite tecnologie dell'informazione della comunicazione (TIC), senza consenso o autorizzazione, per seguirne o monitorarne i movimenti e le attività, qualora tali condotte possano arrecare un danno grave alla persona in questione.

3.4.1. Il codice penale italiano.

L'art. 612-*bis* c.p. (atti persecutori), al secondo comma, come modificato dal decreto legge 14 agosto 2013, n. 93, prevede un aggravamento di pena per i fenomeni di c.d. *cyberstalking*, inteso come il delitto di atti persecutori commesso mediante strumenti informatici o telematici. Deve pur sempre trattarsi, però, di condotte che integrino gli elementi costitutivi indicati dal primo comma dello stesso art. 612-*bis* c.p.: condotte reiterate di minaccia o molestia, da cui derivi un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero la forzata alterazione delle abitudini di vita della persona offesa.

Non si prevede, invece, un'apposita tutela per le condotte descritte dall'art. 6 della Direttiva, specie se lo stesso si riferisce anche a condotte realizzate all'insaputa della vittima. In assenza di una consapevolezza della vittima, in effetti, non potrebbero applicarsi le fattispecie previste dal codice penale a tutela della persona, come la violenza privata o *stalking*, costruite mediante il riferimento alla violenza, alla minaccia o alla costrizione; a ciò si aggiunga che l'art. 612-*bis* c.p. prevede degli eventi naturalistici che richiedono una "percezione" delle condotte persecutorie da parte della vittima. Anche il delitto di interferenza illecita nella vita privata (art. 615-*bis* c.p.) potrebbe risultare

dell'immagine corporea tra privacy e riservatezza, Giappichelli, 2024, pp. 171 ss., il quale sottolinea la necessità di valorizzare, ai fini di una estensione dell'art. 612-*etr* c.p., il requisito del realismo delle immagini false, lasciando residuare la sola fattispecie di diffamazione per i casi di *photoshopping* grossolani.

²⁵ Corte Cass., Sez. III, 12 ottobre 2006, n. 34128.

insufficiente, posto che deve trattarsi di un'indebita acquisizione di immagini o video attinenti alla vita privata che si svolge nei luoghi di domicilio della vittima.

Resterebbe, eventualmente, la tutela offerta dai c.d. reati informatici, a partire dall'accesso abusivo a sistema informatico o telematico (art. 615-*ter* c.p.) e dall'abusiva detenzione di codici di accesso (art. 615-*quater* c.p.).

Al fine di adempiere correttamente agli obblighi imposti dalla Direttiva, si renderebbe necessario un intervento del legislatore, che attribuisca specifico rilievo alla sorveglianza continua di una persona e alle finalità che sorreggono questa particolare condotta persecutoria. Ancora una volta, tuttavia, dovrebbe porsi il problema di una compatibilità con i principi generali in materia penale (offensività e determinatezza), rispetto ai quali potrebbe risultare insufficiente il solo riferimento, contenuto nella Direttiva, al pericolo di un danno grave alla persona.

3.5. Molestie online.

L'art. 7 della Direttiva prevede quattro condotte, molto diverse tra loro, riconducibili alla comune denominazione delle molestie *online*. Si tratta, più esattamente, di: a) assumere, in modo ripetuto o continuativo, comportamenti minacciosi nei confronti di una persona, almeno qualora tali comportamenti comportino il rischio di commettere reati, tramite TIC, se tali comportamenti possono indurre la persona in questione a temere seriamente per la propria incolumità o per l'incolumità delle persone a carico; b) adottare pubblicamente, insieme ad altre persone, tramite TIC, comportamenti minacciosi o ingiuriosi nei confronti di una persona, qualora tale comportamento possa arrecare un grave danno psicologico alla persona in questione; c) inviare a una persona senza che questa lo richieda, tramite TIC, un'immagine, un video o altro materiale analogo raffigurante i genitali qualora tale condotta possa arrecare un grave danno psicologico alla persona in questione; d) rendere accessibile al pubblico, tramite TIC, materiale contenente i dati personali di una persona, senza il consenso di quest'ultima, al fine di istigare altre persone ad arrecare un danno fisico o psicologico grave alla persona in questione.

Le lettere a) e b) si riferiscono non a semplici condotte moleste, ma a vere e proprie minacce.

3.5.1. Il codice penale italiano.

Il codice penale italiano prevede una tutela per le condotte di molestia, genericamente intese, per molti aspetti insufficiente e certamente anacronistica. L'art. 660 c.p., rubricato molestia o disturbo alle persone, è una contravvenzione, che punisce (con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a euro 51) chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro

biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito, a querela della persona offesa.

Il riferimento al “mezzo del telefono”, sebbene interpretato estensivamente dalla giurisprudenza, risulta ormai anacronistico, comportando irragionevoli limitazioni della tutela. Si pensi, per esempio, alla casistica offerta dalla messaggistica telematica (tramite Facebook o Instagram, per esempio): se parte della giurisprudenza ha ritenuto configurabile il reato di molestie²⁶, non sono mancate pronunce che ne hanno escluso l’operatività, valorizzando la circostanza per cui il destinatario può disattivare le notifiche di ricezione²⁷.

Manca, poi, uno specifico riferimento alle molestie sessuali, che quindi, sono rilevanti nei limiti imposti dall’art. 660 c.p., a meno che non configurino il più grave reato di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.) o quello di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.). Analoghe considerazioni valgono per le molestie sui luoghi di lavoro, posto che il solo riferimento normativo si rinviene nell’art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006 (c.d. Codice delle pari opportunità), che prevede un rafforzamento della tutela civilistica in caso di c.d. *mobbing* di genere²⁸.

Le condotte descritte dall’art. 5, lettera a) della Direttiva, facendo riferimento a minacce ripetute o continuative, possono essere ricondotte agli artt. 612 e 612-*bis* c.p.

Anche le offese cui fa riferimento l’art. 5, lettera b) possono ricevere tutela attraverso l’art. 612 c.p. o la fattispecie di ingiuria, sebbene la stessa sia stata depenalizzata (il d.lgs. n. 7 del 2016 ha abrogato l’art. 594 c.p., introducendo un illecito punito con sanzione pecuniaria civile, che riproduce gli elementi costitutivi della precedente fattispecie incriminatrice di ingiuria).

Quanto all’art. 5, lettera c), il c.d. *cyberflashing* è attualmente privo di specifica tutela nel codice penale italiano. Se consiste in condotte isolate o se, comunque, non sussistono gli elementi costitutivi degli atti persecutori, non potrà farsi riferimento all’art. 612-*bis* c.p. Quanto all’art. 660 c.p., le incertezze ravvisabili in riferimento al concetto di “telefono” rendono non scontata la risposta dell’ordinamento. Anche il ricorso all’art. 167 del d.lgs. n. 196 del 2003 (c.d. codice *privacy*), che punisce l’illecito trattamento di dati personali, potrebbe risultare problematico, visto che la fattispecie richiede che venga cagionato un danno all’interessato. Si renderebbe quindi opportuno, per adeguarsi alla Direttiva, uno specifico intervento del legislatore. Bisognerebbe però verificare se il riferimento della Direttiva al pericolo di un danno psicologico grave per

²⁶ Cass. pen., sez. I, 25 ottobre 2024, n. 44477; Cass., sez. I, 28 aprile 2023, n. 34171; Cass., sez. I, 6 aprile 2023, n. 43642.

²⁷ Cass. pen., sez. I, 3 ottobre 2023, n. 40033.

²⁸ Art. 40 d.lg.s. n. 198 del 2006: «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all’assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l’onere della prova sull’insussistenza della discriminazione».

la vittima riesca, da solo, ad assicurare un rispetto dei principi di determinatezza e di offensività.

L'art. 5, lettera d) della Direttiva, infine, fa riferimento al c.d. *doxing*, inteso come la diffusione non autorizzata di dati personali, al fine di istigare altri ad arrecare un danno alla persona titolare dei dati in questione. La fattispecie applicabile, qualora l'istigazione avvenga pubblicamente, potrebbe essere quella di istigazione a delinquere (art. 414 c.p.), che al quarto comma prevede anche una circostanza aggravante se il fatto è commesso con l'utilizzo di strumenti informatici o telematici. Visto che, ad ogni modo, quello previsto dall'art. 414 c.p. è un delitto contro l'ordine pubblico, lo stesso offre una tutela certamente meno ampia di quella richiesta dalla Direttiva.

Le incertezze ravvisabili sul versante delle molestie *online* dipendono soprattutto, come più volte precisato, dall'inadeguatezza dell'attuale reato di molestie. Si renderebbe quindi necessaria una più ampia revisione delle condotte in questione, anche al fine di razionalizzare la risposta sanzionatoria in riferimento alle condotte descritte dalla Direttiva.

3.6. Istigazione alla violenza o all'odio online.

L'art. 8 della Direttiva dispone la criminalizzazione dell'istigazione alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone (o di un suo componente) definito con riferimento al genere.

La condotta in questione, quindi, viene descritta attraverso il più ampio concetto di genere, senza limitarsi alla violenza contro le donne.

3.6.1. Il codice penale italiano.

L'art. 604-*bis* c.p. prevede il reato di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa. Tra i motivi di discriminazione previsti dal codice penale italiano non è attualmente compreso quello che fa riferimento al genere e/o all'orientamento sessuale. Un'integrazione di questo tipo risulterebbe senza dubbio necessaria per rendere la legislazione italiana conforme alle indicazioni

della Direttiva, anche al fine di un esplicito riconoscimento della violenza di genere come fenomeno autonomo da un punto di vista giuridico-penale.

3.7. *Sanzioni.*

Nei casi in cui le condotte descritte dalla Direttiva sono già previste dalla legislazione italiana, le sanzioni rispondono ai requisiti previsti dall'art. 10 della Direttiva.

La principale criticità si ravvisa in riferimento alle molestie, punite dalla contravvenzione dall'art. 660 c.p. che, come precisato, risulta inadeguata tanto per i suoi elementi costitutivi quanto per le sanzioni previste.

3.8. *Circostanze aggravanti.*

L'art. 11 della Direttiva contiene una lunga serie di circostanze aggravanti, che, secondo i principi generali, dovrebbero operare nel caso in cui non siano già previste come elementi costitutivi del reato.

Non si prevede una circostanza aggravante dedicata, in maniera esplicita e univoca, alla discriminazione intersezionale.

In riferimento alla violenza assistita, si prevede una circostanza aggravante (lettera d) relativa alla commissione del reato in presenza di un minore: vista la complessità del fenomeno, forse, sarebbe stata opportuna l'introduzione di disposizioni più dettagliate, anche in considerazione della definizione di vittima, contenuta nell'art. 2, lettera c), che comprende i minori testimoni di violenza domestica. Si sarebbe potuto tener conto, inoltre, della persona a carico, che secondo l'art. 2, lettera g), comprende non solo il figlio minore, ma ogni altra persona che convive con la vittima e a cui la vittima fornisce cura e sostegno.

3.8.1. Il codice penale italiano.

La maggior parte delle ipotesi prese in considerazione trova già tutela nell'ordinamento italiano.

La lacuna più evidente è quella relativa a un'aggravante per i casi di reati fondati su ragioni di genere, prevista dall'art. 11, lettera p) (ma anche dalla lettera o), relativa ai reati d'onore), posto che, come più volte precisato, la discriminazione e la violenza di genere non sono oggetto di specifiche norme penali nel codice penale italiano.

Un intervento in questo senso garantirebbe un più sicuro adempimento della Direttiva. La sede più adeguata all'inserimento di una norma di questo tipo sembra l'art.

61 del codice penale (aggravanti comuni), vista l'ampiezza e la trasversalità del concetto di violenza di genere (meglio: del concetto di *gender-based crimes*)²⁹.

3.9. Giurisdizione.

Tra le regole in materia di giurisdizione previste dall'art. 12 della Direttiva, di particolare interesse risulta quella contenuta nel § 3: se un reato è stato commesso tramite TIC cui l'autore ha avuto accesso dal territorio di uno Stato, sussiste la giurisdizione dello Stato a prescindere dal fatto che il prestatore di servizi intermediari sia basato o meno sul loro territorio.

Le regole di giurisdizione per reati commessi con l'utilizzo di strumenti informatici o telematici sono state oggetto di numerosi contrasti interpretativi nella giurisprudenza italiana³⁰: una norma di carattere generale che, ovviamente, non potrebbe limitarsi ai soli reati oggetto della Direttiva, renderebbe più chiaro il quadro normativo di riferimento.

4. Denuncia di violenza contro le donne o di violenza domestica.

L'art. 14 della Direttiva prevede regole finalizzate ad agevolare la denuncia dei casi di violenza contro le donne e di violenza domestica. Considerata l'elevata cifra oscura che caratterizza questo tipo di reati, si tratta di una questione di particolare importanza sul piano della repressione, ma anche della prevenzione, posto che una pronta denuncia di alcuni reati (esempio: atti persecutori) può evitare la commissione di reati più gravi (esempio: omicidio).

La Direttiva agisce su due fronti: a) agevolare la denuncia da parte delle vittime; b) agevolare la denuncia da parte di soggetti che, a vario titolo, vengono a contatto con le vittime.

Quanto alla denuncia da parte delle vittime, i §§ 1 e 2 prevedono, tra l'altro, la possibilità di segnalare i reati *online* o tramite TIC accessibili e sicure, attraverso cui presentare altresì elementi di prova. Queste disposizioni risultano di evidente rilievo per i casi di violenza domestica, ma anche per facilitare l'accesso alla giustizia di donne con disabilità.

In caso di vittima minore, bisogna garantire procedure di denuncia sicure, riservate e accessibili, indipendenti dal consenso del titolare della responsabilità genitoriale, quando quest'ultima sia coinvolto in atti di violenza.

Quanto alla segnalazione da parte di soggetti terzi, la Direttiva mira a incoraggiare e facilitare la segnalazione tanto da parte di soggetti che,

²⁹ Sia consentito sul punto il rinvio ad A. MASSARO, *Il malinteso della donna come vittima vulnerabile: il diritto penale di fronte ai gender-based crimes*, in *GenIus*, 3 gennaio 2025, 26 ss.

³⁰ In riferimento al reato di accesso abusivo a sistema informatico o telematico (art. 615-ter c.p.) v. Cass., Sez. Un. Pen., 26 marzo 2015, n. 17325.

indipendentemente dallo svolgimento di attività professionali, siano a conoscenza o sospettino atti di violenza, quanto da parte di soggetti qualificati. Tra questi ultimi, si fa riferimento ai professionisti della sanità e, se la vittima è un minore, ai professionisti tenuti a obblighi di riservatezza.

La Direttiva, in ogni caso, non impone obblighi di segnalazione o denuncia, limitandosi a prevedere strumenti che incoraggino o favoriscano segnalazioni e denunce.

4.1. La situazione italiana.

Se, allora, Tra gli strumenti che, in Italia, favoriscono il contatto tra la vittima e le autorità competenti si segnala l'App Youpol, realizzata dalla Polizia di Stato, che, dal 2020, consente di segnalare episodi di violenza domestica da parte di vittime o testimoni, anche allegando contenuti multimediali (foto e video). Un potenziamento delle nuove tecnologie come strumento di segnalazione, a disposizione tanto delle vittime quanto dei testimoni, potrebbe certamente rafforzare il quadro di tutela offerto dall'Italia per i reati oggetto della Direttiva.

Le denunce da parte di professionisti tenuti all'obbligo di riservatezza sono regolate dalle norme generali in materia di denuncia da parte di pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio (art. 331 c.p.p.), con le sanzioni previste dai reati di omessa denuncia (art. 361, 362 c.p.) e omissione di referto (art. 365 c.p.).

Molte strutture sanitarie sono dotate di protocolli volti a individuare i casi di violenza contro le donne e violenza domestica, anche al fine di informare la vittima sulla possibile presa in carica da parte dei centri anti-violenza o sulla possibile denuncia alle autorità competenti. Sarebbe opportuno intensificare le attività di monitoraggio sull'impiego dei protocolli in questione, suggerendo altresì possibili miglioramenti.

5. Indagini e azione penale.

L'art. 15 della Direttiva sottolinea la celerità che deve caratterizzare le prime fasi di indagine, imponendo alle autorità competenti di agire «senza indugio» e «senza indebito ritardo».

Il § 5, poi, sembrerebbe stabilire, in caso di stupro, la regola della procedibilità d'ufficio.

La Direttiva valorizza le prime fasi di indagini, senza soffermarsi anche sulle fasi successive: si tratta, in realtà, di un aspetto decisivo, posto che il protrarsi del processo potrebbe non solo aumentare il rischio di vittimizzazione secondaria, ma anche compromettere le misure di protezione adottate nella fase preliminare, per una possibile decorrenza dei termini di applicazione delle stesse.

5.1. La situazione italiana.

La regolarità Il sistema penale italiano, specie dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 169 del 2019 e dalla legge n. 168 del 2023, prevede diverse disposizioni volte a velocizzare le indagini e i procedimenti giudiziari nei casi di violenza contro le donne e violenza domestica³¹.

L'art. 347, comma 3, c.p.p., relativo all'obbligo di riferire la notizia del reato, prevede che nei casi riconducibili all'oggetto della Direttiva (articoli 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 612-*bis* e 612-*ter* del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583-*quinquies* del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice penale) la polizia giudiziaria comunichi la notizia di reato immediatamente e anche in forma orale. L'art. 362-*bis* c.p.p., poi, prevede che il pubblico ministero assuma informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa. L'art. 370, secondo comma c.p.p. stabilisce che la polizia giudiziaria provveda senza ritardo agli atti delegati dal pubblico ministero.

Si segnala, inoltre, che l'art. 132-*bis* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale prevede che nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi è assicurata la priorità assoluta alle fattispecie di reato riconducibili alla violenza contro le donne e alla violenza domestica.

Gli obblighi introdotti dalla Direttiva, quindi, possono considerarsi sostanzialmente adempiuti da un punto di vista delle soluzioni legislative.

Si sottolineano, però, due criticità, una sostanziale e l'altra procedurale:

- a) il legislatore italiano non ha previsto meccanismi diretti ad una accelerazione concreta della fase predibattimentale e dibattimentale³²;
- b) la concreta attuazione delle norme risulta spesso difettosa, determinando la mancata applicazione degli strumenti pure previsti dalla legge. L'Italia, in effetti, ha riportato molte e significative condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo proprio per una tardiva attivazione delle autorità competenti, da cui è derivata la morte della vittima o, comunque, il protrarsi della condizione di maltrattamento³³.

Una considerazione a parte merita il regime di procedibilità dello stupro, che, secondo il codice penale italiano, rientra nel più generale reato di violenza sessuale

³¹ A. MARANDOLA, *L'obbligo di immediata comunicazione della notizia di reato da Codice rosso*, in B. ROMANO – A. MARANDOLA (a cura di), *Codice rosso*, Pacini Giuridica, 2024, pp. 139 ss.

³² [Linee guida per l'applicazione della l. n. 168/2023 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tioli](#) (dott. Francesco Menditto), in questa *Rivista*, 7 dicembre 2023, p. 16, dove si rileva che non sono rari i casi in cui la prima udienza collegiale, in assenza di misura cautelare, venga fissata a distanza di 2 anni e 6 mesi dal primo rinvio a giudizio, aumentando il rischio di ridimensionamenti e ritrattazioni.

³³ Corte EDU, Sez. I, 2 marzo 2017, n. 41237/14, *Talpis c. Italia*; Corte EDU, Sez. II, 27 maggio 2014, n. 72964/10, *Rumor c. Italia*; Corte EDU, Sez. I, 7 aprile 2022, *Landi c. Italia*; Corte EDU, 16 giugno 2022, *Giorgi c. Italia*.

previsto dall'art. 609-*bis* c.p. Quest'ultimo prevede un regime di procedibilità misto: la violenza sessuale è, di regola, procedibile a querela di parte, che però è irrevocabile, mentre la procedibilità diviene d'ufficio nei casi più gravi individuati dalla legge.

Pare opportuno precisare che dalla Direttiva si ricava una distinzione tra la violenza sessuale e lo stupro, come avviene, ancor più chiaramente, nella Convenzione di Istanbul (art. 36). L'introduzione di una generalizzata procedibilità d'ufficio è invece difficilmente ipotizzabile per l'ordinamento italiano, visto che, come noto, la legge n. 66 del 1996 ha introdotto un'unica fattispecie di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), senza prevedere lo stupro come reato autonomo.

6. Valutazione individuale delle esigenze di protezione delle vittime.

Gli artt. 16, 17 e 18 della Direttiva prevedono che, nei confronti delle vittime di violenza sessuale e violenza domestica, nella fase più precoce possibile, le necessità specifiche della vittima siano oggetto di una valutazione individuale: quest'ultima attiene, in particolare, al rischio rappresentato dall'autore del reato (esempio: rischio di reiterazione del reato, uso di armi, convivenza con la vittima, maltrattamento di minori, abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti, problemi di salute mentale, *stalking*), anche considerando dalla specifica situazione della vittima: tra i vari fattori da tenere in considerazione compare anche l'eventuale condizione di discriminazione intersezionale della vittima.

La valutazione, che deve avvenire evitando una vittimizzazione secondaria, è funzionale a individuare le specifiche esigenze di protezione della vittima, eventualmente indirizzandola presso i servizi di assistenza o attivando le più adeguate misure di prevenzione.

La valutazione del rischio (*risk assesment*) rappresenta non solo la *condicio sine qua non* per garantire un intervento tempestivo delle autorità competenti, ma anche il presupposto per la scelta delle misure di protezione di volta in volta più adeguate (gestione del rischio: *risk management*).

Nella violenza domestica, in particolare, la valutazione del rischio consente di individuare gli elementi del "ciclo della violenza"³⁴, di distinguere il mero conflitto tra partner (liti familiari) e il maltrattamento, di evitare ogni forma di colpevolizzazione della donna a fronte di condotte violente da parte dell'uomo³⁵.

6.1. La situazione italiana.

La valutazione individuale imposta dalla Direttiva rappresenta un aspetto di evidente rilevanza, anche perché le già citate condanne riportate dall'Italia per violenza

³⁴ L.E. WALKER, *The Buttered Woman*, 1979.

³⁵ Si tratta di aspetti chiaramente evidenziati da Cass., sez. VI pen., 15 settembre 2023, n. 37978.

della Convenzione europea dei diritti dell'uomo derivano spesso dalla mancata individuazione o dalla sottovalutazione della specifica situazione di rischio della vittima. La questione, sia pur legata alla formazione specifica delle autorità competenti, assume una sua autonomia nella strategia di reazione e di contrasto alla violenza contro le donne e alla violenza domestica.

Come già precisato, il legislatore italiano, con gli interventi più recenti (legge n. 69 del 2019 e legge n. 168 del 2023), ha introdotto norme volte a favorire una accelerazione dei procedimenti per questi reati: il fattore tempo, in effetti, diviene cruciale per contenere il rischio di una reiterazione della violenza o di una *escalation*.

Quanto alla valutazione individuale, nei termini indicati dalla Direttiva, sempre maggiore attenzione viene riservata ai protocolli per la valutazione del rischio di recidiva nei rapporti tra persone legate da un rapporto affettivo. Uno dei più noti è il c.d. protocollo SARA (*Spousal Assault Risk Assessment*), elaborato in Canada³⁶ e la cui applicazione, dal 2005, viene promossa anche in Italia. La versione italiana del modello attribuisce specifico rilievo anche al rischio nei confronti dei minori³⁷. Il modello si presta ad essere utilizzabile da figure professionali diverse tra loro (magistrati, forze dell'ordine, avvocati, assistenti sociali, psicologi) e il suo obiettivo coincide con quello indicato dalla direttiva: individuare i fattori di rischio e reagire attraverso gli strumenti più adeguati.

I dati a disposizione non consentono di valutare l'effettivo utilizzo in Italia di SARA o altri protocolli simili, ma la mancata attenzione alla valutazione individuale, anche mediante procedure e strumenti obbligatori, potrebbe rappresentare una causa di inadempimento degli obblighi imposti dalla Direttiva.

Al fine di un corretto adempimento, si potrebbe valutare anzitutto una "gestione statale" dei protocolli, per esempio attraverso una loro approvazione e implementazione da parte del Governo, attraverso il necessario coinvolgimento delle associazioni. Quanto alla vincolatività di questi strumenti, sono due i profili che vengono in considerazione: a) vincolatività della adozione del modello; b) vincolatività dell'azione conseguente, sulla base dei risultati ottenuti attraverso il modello. Nell'ottica di un intervento progressivo sul punto, potrebbe immaginarsi anzitutto che, per via legislativa, sia imposta l'adozione del modello almeno da parte delle forze dell'ordine e della magistratura, lasciando più ampi margini di discrezionalità nella scelta delle azioni conseguenti.

Si segnala, sul punto, il possibile impatto dell'intelligenza artificiale, che potrebbe consentire una gestione più rapida della valutazione della gestione del rischio, specie in occasione del primo contatto della vittima con le autorità competenti, ponendo però la necessità di valutazioni giuridiche ed etiche sull'impiego degli strumenti in questione³⁸.

³⁶ P.R. KROPP – S.D. HART – C.D. WEBSTER – D. EAVES, *Manual for the Spousal Assault Risk Assessment Guide*, 1994.

³⁷ A.C. BALDRY, *Dai maltrattamenti all'omicidio: la valutazione del rischio di recidiva e dell'uxoricidio*, 2020 (prima edizione 2006), FrancoAngeli.

³⁸ Sul sistema Viogén in Spagna, M.A. PRESNO LINERA, *Policía predictiva y prevención de la violencia de género: el sistema VioGén*, in *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2023, pp. 1 ss.

7. Ordini urgenti di allontanamento, ordinanze restrittive e ordini di protezione. La Direttiva UE 2024/1385.

L'art. 19 della Direttiva prevede la necessità di assicurare ordini urgenti di allontanamento in situazioni di pericolo immediato per la salute o l'incolumità della vittima, nonché ordinanze restrittive e ordini di protezione.

In caso di vittima adulta, i provvedimenti in questione devono poter essere emessi su richiesta della vittima.

Al paragrafo 6, si precisa che la vittima deve avere la possibilità di essere prontamente informata in caso di violazione di uno di questi provvedimenti, che potrebbe avere un impatto sulla sua incolumità.

7.1. La situazione italiana.

Le misure di protezione previste dall'ordinamento italiano sono molte e variegate, progressivamente ampliate e rafforzate negli ultimi anni.

Si riporta, qui di seguito, un elenco esemplificativo³⁹:

- ammonimento del questore (art. 3 d.l. 14 agosto 2013, n. 93);
- misure di prevenzione (art. 4, lettera i-ter) e art. 6, comma 3.ter d.lgs. n. 159 del 2011);
- allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p.);
- divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.);
- allontanamento d'urgenza dalla casa familiare (art. 384-*bis* c.p.p.);
- misure di vigilanza dinamica, da sottoporre a revisione trimestrale, a tutela della persona offesa (art. 3.1. d.l. n. 93 del 2013);
- arresto in flagranza (art. 380, comma 2, lettera *i-ter*) c.p.p.);
- arresto in flagranza differita (art. 382-*bis* c.p.p.);
- violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-*bis* c.p.);
- ordini di protezione in sede civile (artt. 342-*bis* e 342-*ter* c.p.);
- Comunicazioni dell'evasione e della scarcerazione (art. 90-*ter* c.p.p.).

Il quadro delineato dall'ordinamento italiano sembra complessivamente adeguato alle esigenze di tutela delineate dalla Direttiva.

Tra gli elementi di criticità, tuttavia, si segnalano i seguenti:

- specie in riferimento alle misure cautelari, non si affronta esplicitamente la posizione dei figli minori, anche riguardo al diritto di visita del soggetto

³⁹ *Amplius*, R. BENEDETTI – I. BOIANO, *Gli strumenti di protezione della vittima*, in *La violenza nei confronti delle donne*, cit., pp. 119 ss.

destinatario della misura: proprio l'incontro con i figli minori potrebbe rappresentare un fattore di rischio in riferimento alla reiterazione del reato⁴⁰;

- l'aspetto decisivo attiene alla tempestività delle misure di protezione, posto che, come già precisato, più volte la Corte europea dei diritti dell'uomo ha censurato il tardivo intervento delle autorità competenti.

Deve altresì precisarsi che l'art. 90-ter, comma 1-bis, c.p.p., che contiene gli obblighi di informazione alla persona offesa, stabilisce che le comunicazioni relative a scarcerazione, cessazione della misura di sicurezza detentiva, evasione e volontaria sottrazione alla misura di sicurezza siano oggetto di comunicazione obbligatoria alla persona offesa. La Direttiva, invece, prevede una mera possibilità, così come avviene, in generale anche nella Direttiva 2012/29/UE (art. 6, paragrafo 5). Il rischio più evidente nella obbligatorietà della comunicazione risiede nel rischio di vittimizzazione secondaria⁴¹.

8. Protezione della vita privata della vittima.

L'art. 20 della Direttiva stabilisce che, ai fini dei procedimenti penali, siano ammesse prove relative al comportamento sessuale della vittima o ad altri aspetti della sua vita privata a quello connessi, solamente se ciò sia pertinente e necessario.

L'obiettivo, quindi, è quello di valorizzare una protezione della vittima (anche) nel contesto del procedimento penale, contenendo altresì il rischio di vittimizzazione secondaria. La clausola «solamente se ciò sia pertinente e necessario», di per sé generica e scarsamente selettiva, risponde all'esigenza di bilanciare l'interesse alla vita privata (*sub specie*, volendo, di dignità umana) e il diritto di difesa.

8.1. La situazione italiana.

Nell'ordinamento italiano l'art. 472, comma 3-bis c.p.p. stabilisce che «il dibattimento relativo ai delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter, e 609-octies, del codice penale si svolge a porte aperte; tuttavia, la persona offesa può chiedere che si proceda a porte chiuse anche solo per una parte di esso. Si procede sempre a porte chiuse quando la parte offesa è minorenni. In tali procedimenti non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto».

L'espressione «se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto» risulta, a ben vedere, più specifica di quella contenuta nella Direttiva. L'obbligo di tutela, quindi, può considerarsi già adempiuto, senza contare che la tutela del diritto di difesa renderebbe difficilmente immaginabile una disposizione (ancor) più specifica.

⁴⁰ R. BENEDETTI – I. BOIANO, *Gli strumenti di protezione della vittima*, cit., p. 136.

⁴¹ A. MARANDOLA, *I nuovi obblighi informativi e le altre novelle*, in *Codice rosso*, cit., p. 235.

Nella sentenza *J.L. contro Italia* la Corte EDU ha condannato il nostro Paese per un abuso di stereotipi sessisti nelle decisioni giudiziarie che, nel caso di specie, si era tradotto anche in domande sui comportamenti sessuali e sulla vita privata della vittima non pertinenti all'accertamento del reato di violenza sessuale⁴². L'impiego di argomentazioni giudiziarie basate su stereotipi sessisti è ancora molto diffuso, specie nelle decisioni dei giudici di merito⁴³. nella obbligatorietà della comunicazione risiede nel rischio di vittimizzazione secondaria⁴⁴.

9. Misure per la rimozione di materiale *online*.

L'art. 23 della Direttiva prevede delle misure volte alla rimozione di materiale *online*, quando a venire in considerazione siano i reati di condivisione di materiale intimo, molestie *online* e istigazione all'odio o alla violenza *online*.

L'aspetto più significativo è la possibilità per le autorità competenti di emanare ordini vincolanti, rivolti ai prestatori di servizi di *hosting* (art. 3, lettera g), punto iii) regolamento UE 2022/2065), per rimuovere il materiale in questione. Qualora la rimozione non sia possibile, è possibile rivolgere gli ordini di disabilitazione all'accesso del materiale anche a prestatori di servizi intermediari (art. 3, lettera g), regolamento UE 2022/2065, c.d. *Digital Service Act*) diversi dai prestatori dei servizi di *hosting*.

Devono però essere soddisfatte almeno le condizioni dell'art. 9, § 2, regolamento UE 2022/2065, a partire dal divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza e di accertamento attivo dei fatti.

Si richiede, poi, il rispetto di principi di trasparenza e proporzione, nonché una tutela giurisdizionale per i fornitori destinatari di uno degli ordini previsti dalla Direttiva.

9.1. La situazione italiana.

L'art. 144-*bis* del d.lgs. n. 196 del 2003 (c.d. Codice *privacy*), introdotto dal d.l. n. 139 del 2021 e rubricato (riduttivamente) "*Revenge porn*", prevede che chiunque, compresi i minori ultraquattordicenni, abbia fondato motivo di ritenere che registrazioni audio, immagini o video o altri documenti informatici a contenuto sessualmente esplicito che lo riguardano, destinati a rimanere privati, possano essere oggetto di invio, consegna, cessione, pubblicazione o diffusione attraverso piattaforme digitali senza il suo consenso ha facoltà di segnalare il pericolo al Garante per la protezione dei dati personali, il quale, nelle quarantotto ore dal ricevimento della segnalazione. Il Garante assumerà poi i necessari provvedimenti nei confronti dei gestori delle piattaforme digitali. Il terzo comma dell'art. 144-*bis* precisa che, per le finalità descritte al primo

⁴² Corte EDU, 27 maggio 2021, n. 5671/16, *J.L. c. Italia*.

⁴³ P. DI NICOLA TRAVAGLINI – F. MENDITTO, *Il nuovo codice rosso*, cit., pp. 77 ss.

⁴⁴ A. MARANDOLA, *I nuovi obblighi informatici e le altre novelle*, in *Codice rosso*, cit., p. 235.

comma, l'invio al Garante di registrazioni audio, immagini o video o altri documenti informatici a contenuto sessualmente esplicito riguardanti soggetti terzi, effettuato dall'interessato, non integra il reato di cui all'articolo 612-ter c.p.

Di particolare interesse, poi, risulta la disposizione contenuta nel settimo comma dell'art. 144-bis, secondo la quale quando il Garante, a seguito della segnalazione, acquisisce notizia della consumazione del reato di cui all'articolo 612-ter c.p., anche in forma tentata, nel caso di procedibilità d'ufficio trasmette al pubblico ministero la segnalazione ricevuta e la documentazione acquisita.

La normativa interna sembra adempiere, nel complesso, agli obblighi imposti dalla Direttiva, sebbene siano ravvisabili alcune criticità della disciplina, anche per il difetto di coordinamento con le relative norme penali⁴⁵.

10. Il risarcimento del danno. La Direttiva UE 2024/1385.

L'art. 24 della Direttiva, inserendosi in una tendenza ormai da tempo affermata nel diritto internazionale ed europeo, prevede l'obbligo per gli Stati di garantire l'integrale risarcimento del danno alle vittime di violenza contro le donne e violenza domestica, anche nel corso del processo penale.

Non si fa riferimento all'indennizzo per le vittime.

10.1. La situazione italiana.

L'ordinamento italiano contiene, ovviamente, regole generali, che assicurino il risarcimento del danno da reato, patrimoniale e non patrimoniale, anche mediante la costituzione di parte civile nel processo penale.

La legge n. 168 del 2023 è intervenuta in materia di indennizzo in favore delle vittime di reati intenzionali violenti (art. 16) e di provvisoria a titolo di ristoro anticipato a favore delle vittime o degli aventi diritto (art. 17).

Sussistono, però, alcune criticità.

Anzitutto, la scelta di far valere le pretese risarcitorie nel corso del processo penale è quella statisticamente prevalente, sebbene dalla costituzione di parte civile, come emerge dall'attuale prassi giudiziaria, potrebbero derivare paradossali effetti negativi della vittima: la richiesta economica, in altri termini, rischia di incidere negativamente sulla credibilità della vittima agli occhi del giudice⁴⁶.

⁴⁵ Amplius, G. PANEBIANCO, *La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti: tra carenze della fattispecie incriminatrice e coadiuvanti extrapenali*, in *GenIus*, 16 novembre 2022, pp. 20 ss.

⁴⁶ P. P. DI NICOLA TRAVAGLINI – F. MENDITTO, *Il nuovo codice rosso*, cit., p. 215: «La Corte di legittimità richiede ulteriori riscontri esclusivamente quando la persona offesa sia anche costituita parte civile, ritenendola, in tal caso, portatrice di una specifica pretesa economica la cui soddisfazione discende dal riconoscimento della responsabilità dell'imputato. Appare evidente che questo orientamento, quando non vi sono prove ulteriori oltre la dichiarazione della vittima (evenienza ricorrente nella gran parte dei casi in ragione della natura del reato) la scoraggia alla costituzione di parte civile e dunque all'esercizio di un proprio diritto, con ciò che ne

Con particolare riferimento alla liquidazione del danno, il giudice penale di merito può decidere di liquidare il risarcimento in via integrale oppure in via provvisoria, per la parte in riferimento alla quale si ritiene raggiunta la prova del danno (art. 539, secondo comma c.p.p.). Se, invece, le prove non consentono la liquidazione del danno, può pronunciare una generica condanna al risarcimento del danno, demandandone la liquidazione al giudice civile (art. 539, primo comma c.p.p.). Nella prassi accade spesso che il giudice penale opti per una condanna generica o in via provvisoria, rimettendo la decisione finale al giudice civile. La possibilità di ottenere l'integrale liquidazione del danno già in sede penale, ovviamente, renderebbe più effettiva la pretesa della vittima a veder soddisfatti, senza ritardo, i propri interessi, senza contare la più evidente valenza simbolica che, in questo modo, sarebbe assunta dalla pronuncia del giudice penale⁴⁷.

La genericità delle previsioni contenute nella Direttiva non sembra possa condurre a un superamento delle criticità nazionali, sulle quali, ad ogni modo, sarebbe opportuno aprire una riflessione al fine di meglio coordinare la tutela penale e quella civile.

La Direttiva, inoltre, nulla prevede in materia di indennizzo. Anche dopo le modifiche intervenute con la legge n. 169 del 2019 e la legge n. 168 del 2023, l'art. 11 della legge n. 122 del 2016 prevede come presupposto per l'indennizzo la commissione di un «reato doloso commesso con violenza alla persona», ferme restando altre fattispecie indicate nominativamente (per esempio, violenza sessuale o lesioni aggravate). Il riferimento alla violenza alla persona rischia di risultare eccessivamente riduttivo⁴⁸. La Corte di cassazione ha chiarito che nella nozione penalistica della violenza alla persona debbano comprendersi anche le diverse forme di violenza di genere⁴⁹, ma in assenza di precisazioni legislative resta comunque un aspetto problematico, che, come precisato, non sembra potersi risolvere attraverso la Direttiva.

11. Assistenza specialistica alle vittime.

Gli articoli 25, 26, 27 e 28 della Direttiva sono dedicati all'assistenza specialistica delle vittime, con disposizioni apposite per le vittime di violenza sessuale, mutilazioni genitali femminili e molestie sessuali.

La Direttiva mostra una certa cautela nel delineare la fisionomia e il ruolo dei servizi specializzati (*Women's Specialist Services*), specie in rapporto ai servizi generali⁵⁰.

conseguenze in termini di riduzione dell'accesso delle donne alla giustizia».

⁴⁷ M. CIGNA, *Il risarcimento del danno*, p. 227.

⁴⁸ M. SCHIAVO, *Le novità in materia di indennizzo in favore delle vittime intenzionali violente*, in *Codice rosso*, cit., pp. 261 ss.

⁴⁹ Cass., Sez. un. pen., 29 gennaio 2016, n. 10959.

⁵⁰ La poco chiara distinzione tra servizi specializzati e servizi generali di assistenza è sottolineata anche da Women Against Violence Europe (WAVE), *Public statement on the proposal for a Directive on Combating Violence Against Women and Domestic Violence*, 2022, § 3. In *Acceptance with Reservations: WAVE Network's Stance on the EU Directive Addressing Violence Against Women and Domestic Violence*, 2024, si critica il ruolo

La differenza tra servizi generali e servizi specializzati riguarda tre aspetti fondamentali:

- a) i servizi generali sono offerti dal settore pubblico: si pensi ai servizi sociali o ai servizi sanitari;
 - a.1) i servizi specializzati sono offerti per la maggior parte da organizzazioni non governative: si pensi ai centri antiviolenza e alle case rifugio;
- b) i servizi generali sono rivolti a un pubblico eterogeneo, di cui le vittime di violenza contro le donne o violenza domestica costituiscono una parte;
 - b.1) i servizi specializzati forniscono un supporto alle sole vittime di violenza contro le donne o violenza domestica;
- c) il personale dei servizi generali ha una formazione relativa anche alla violenza contro le donne o alla violenza domestica, che, tuttavia, si colloca in un contesto più ampio e, comunque, neutrale sul piano metodologico e culturale;
 - c.1) i servizi specializzati richiedono una formazione *ad hoc* sui temi della violenza contro le donne e la violenza domestica, che riguarda anche una profonda conoscenza culturale dei fenomeni in questione. I centri antiviolenza e le case rifugio dovrebbero essere gestiti in una prospettiva femminista o, comunque, capace di valorizzare la cultura di genere. Come chiarito dalla *Recommendations of EU-Expert Meeting in Jyväskylä* (1999), si tratta di servizi che dovrebbero essere gestiti da organizzazione di donne, in formazione permanente, che “credono nelle donne e aiutano e le donne”, con una prospettiva femminista capace di comprendere ed evidenziare le dinamiche della violenza di genere⁵¹.

Nella Convenzione di Istanbul, i servizi generali e quelli specializzati sono presi in considerazione dagli artt. 20 e 22, mentre l’art. 23 si riferisce alle case rifugio. Il rapporto esplicativo della Convenzione di Istanbul precisa che le case di accoglienza specializzate svolgono funzioni che vanno al di là del fornire un posto sicuro dove stare: offrono sostegno alle donne e ai loro figli, consentono loro di affrontare le esperienze traumatiche, di abbandonare le relazioni violente, di recuperare l’autostima e di gettare le basi per una vita indipendente di loro scelta. La Convenzione di Istanbul, inoltre, tiene

subordinato attribuito ai servizi specializzati.

⁵¹ T. MANENTE, *L’accesso alla giustizia*, in *La violenza nei confronti delle donne*, cit., p. 170. Secondo la definizione offerta da WAVE, *Public statement*, cit., § 3, «*Women’s specialist services is a collective term used to define feminist services that support women and their children experiencing gender-based violence. These services include but are not limited to women’s support centres, shelters, helplines, rape crisis or sexual violence referral centres, and primary prevention services. WSS empower and support women and girls throughout the cycle of violence by putting their needs at the centre of all interventions, applying an intersectional approach, and working together with them, recognizing their agency. WSS are typically run by non-governmental feminist organisations that aim to advance women’s and girls’ human rights to enjoy a life free from all forms of violence.*

WSS have for decades been agents of social, cultural, and political change promoting women’s equality in the wider society and challenging the patriarchal system which is the root cause of violence against women and girls. Not only do WSS provide vital services to women and their children, but they also serve as a laboratory for continuous innovation and development of practices and are the first to identify gaps in legislation and policy that affect women and areas for improvement. They are, therefore, vital partners to governments, policymakers, as well as to all other stakeholders working to end violence against women».

nettamente distinti i servizi specializzati da quelli generali, favorendo uno sviluppo dei primi indipendentemente dai secondi⁵².

La Direttiva non sembra altrettanto netta sul punto.

L'art. 25, paragrafo 1, rinvia, per la definizione dei servizi di assistenza specialistica, all'art. 8, paragrafo 3, e all'art. 9, paragrafo 3 della direttiva 2012/29/UE. Si precisa poi che, se i servizi di assistenza specializzata non sono forniti come parte integrante dei servizi generali di assistenza, si rende necessario un coordinamento tra le due forme di assistenza. Qualora i servizi di assistenza specialistica siano prestati da organizzazioni non governative, gli Stati membri forniscono i finanziamenti adeguati, tenendo conto, però, della quota di servizi specialistici già forniti dalle autorità pubbliche. Il paragrafo 4 dell'art. 25 prevede anche che gli Stati membri prestino i servizi di assistenza specialistica, inclusi quelli provenienti da organizzazioni non governative, in una medesima sede, coordinando i servizi attraverso un punto di contatto.

L'impressione è che non si valorizzi la necessaria indipendenza dei servizi di assistenza specialistica, i quali, anzi, parrebbero assumere una posizione subalterna rispetto ai servizi di assistenza generali. Neppure si valorizza la prospettiva femminista e/o di genere cui l'attività dell'assistenza specialistica dovrebbe essere ispirata: il rinvio alla Direttiva vittime sembrerebbe confermare la "neutralità culturale" che fa da sfondo alla Direttiva. Anche la omogenea distribuzione geografica sull'intero territorio nazionale, che rappresenta un'esigenza cruciale per garantire una tutela effettiva, non compare in maniera esplicita e univoca nell'art. 25 della Direttiva.

Tra le previsioni più significative contenute nell'art. 25, si segnala la necessità di rendere i servizi facilmente accessibili e prontamente disponibili, anche *online* o attraverso altri mezzi adeguati, come le TIC (paragrafo 2).

Di particolare interesse, poi, è la necessità di emanare orientamenti e protocolli che orientino nella individuazione e nella gestione del rischio e che consentano di evitare la vittimizzazione secondaria: si fa riferimento, in particolare, ai professionisti della sanità e dei servizi sociali (paragrafo 5). Devono essere emanati, poi, ulteriori protocolli relativi all'assistenza medica di prima necessità adeguata alle vittime (paragrafo 6).

11.1. Assistenza specializzata alle vittime di violenza sessuale, di mutilazioni genitali femminili e di molestie sessuali sul lavoro.

Gli artt. 26, 27 e 28 della Direttiva contengono disposizioni per l'assistenza specialistica alle vittime di violenza sessuale, di mutilazioni genitali femminili e di molestie sessuali sul lavoro.

Solo la fattispecie di mutilazioni genitali femminili, come precisato, trova esplicito riconoscimento nella Direttiva (art. 3). Per la violenza sessuale e le molestie

⁵² Art. 22 Convenzione di Istanbul: «Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per fornire o, se del caso, predisporre, secondo una ripartizione geografica appropriata, dei servizi di supporto immediato specializzati, nel breve e lungo periodo, per ogni vittima di un qualsiasi atto di violenza che rientra nel campo di applicazione della presente Convenzione».

sessuali sul lavoro, invece, si prevede un obbligo di assistenza specializzata, ma non un obbligo di criminalizzazione, rinviando sul punto alla legislazione dei singoli Stati.

Nell'art. 26 si precisa che i centri anti-stupro e anti-violenza possono far parte del sistema sanitario nazionale e che, in ogni caso, assicurano l'accesso della vittima a esami medici e medico-legali (paragrafo 1). Gli Stati, poi, devono garantire una adeguata distribuzione geografica sul territorio (paragrafo 4).

Quanto all'art. 27, si segnala la necessità di fornire alle vittime di mutilazioni genitali femminili le informazioni sui servizi che eseguono interventi di ricostruzione chirurgica dei genitali e del clitoride.

Nell'art. 28, infine, si stabilisce che, per i casi di molestie sessuali, gli Stati membri assicurano la disponibilità di servizi di consulenza per vittime e datori di lavoro, anche in riferimento alle informazioni su come affrontare adeguatamente queste molestie e su come allontanare l'autore del reato dal luogo di lavoro.

11.2. Case rifugio.

L'art. 30 della Direttiva fa riferimento alle case rifugio e ad altre sistemazioni temporanee, rinviando all'art. 9, paragrafo 3, direttiva 2019/29/UE. Nella Convenzione di Istanbul il riferimento è all'art. 23). Di particolare interesse risulta l'esplicita menzione, tra le finalità di queste strutture, quella di favorire il ritorno a una vita indipendente.

Devono essere poi garantiti appositi spazi per le donne con i minori.

La tutela deve essere garantita indipendentemente da nazionalità, cittadinanza, luogo di residenza o status di soggiorno.

11.3. La situazione italiana.

In Italia i servizi specializzati sono offerti essenzialmente dai centri antiviolenza, che a volte assumono anche le funzioni di casa rifugio⁵³ e che hanno le competenze necessarie per offrire assistenza e supporto alle vittime di violenza contro le donne e violenza domestica.

Per molti anni i centri antiviolenza sono stati disciplinati solo da leggi regionali, con significative differenze sul territorio nazionale. La legge n. 119 del 2013, che ha convertito, con modificazioni il d.l. n. 93 del 2013, ha previsto un piano di finanziamento

⁵³ Rapporto GREVIO 2020, §§ 144 ss.

dei centri esistenti e di promozione di nuove strutture, introducendo un sistema che prevede una interazione tra Stato e regioni.

Le criticità principali sono costituite tanto dalla disponibilità di finanziamenti sufficienti quanto da un'esplicita valorizzazione della cultura di genere nell'attività di assistenza alle vittime⁵⁴.

Per le ragioni già chiarite, non sembra che, sul punto, la Direttiva sia in grado di migliorare la situazione italiana.

12. Linea di assistenza telefonica.

L'art. 29 della Direttiva prevede che gli Stati membri si dotino di linee di assistenza telefonica gratuite e disponibili 24 ore su 24 e sette giorni alla settimana, per fornire informazioni e assistenza alle vittime. Le linee in questione possono essere gestite dai servizi di assistenza specialistica, anche attraverso strumenti *online*. I dati forniti sono trattati in via riservata e garantendo l'anonimato. La prestazione del servizio deve avvenire, per quanto possibile, in una lingua che le vittime comprendono, anche mediante un servizio di interpretazione telefonica. Gli Stati sono incoraggiati a garantire un coordinamento con il numero armonizzato dell'UE (116 016).

Rispetto all'art. 24 della Convenzione di Istanbul, è da segnalare con favore l'esplicita menzione degli strumenti *online* e della necessità di superare le difficoltà di comprensione linguistica.

12.1. La situazione italiana.

Dal 2006, in Italia è attivo, 24 ore su 24, il numero gratuito di pubblica utilità 1522, che offre una prima risposta alle richieste di aiuto delle vittime di violenza, anche attraverso un'attività di orientamento verso i servizi socio-sanitari pubblici e privati presenti sul territorio nazionale.

È inoltre attivo un numero verde per le vittime di mutilazioni genitali femminili (800 300 558), gestito dalla Polizia di Stato.

Si tratta strumenti che, in astratto, sembrano rispondere agli obblighi previsti dalla Direttiva, rendendosi però necessaria una verifica sulla concreta efficienza dei servizi forniti.

⁵⁴ T. MANENTE, *L'accesso alla giustizia*, cit., p. 23.

13. Assistenza delle vittime minori e incolumità del minore.

L'art. 31 della Direttiva prevede l'obbligo di assistenza adeguata al minore che sia stato vittima di violenza contro le donne o violenza domestica o che sia stato testimone di questi atti.

Se è necessario prevedere una sistemazione temporanea, i minori sono collocati in via prioritaria con altri familiari, a partire dal genitore non violento, in alloggi temporanei dotati di servizi di sostegno.

È decisivo il principio dell'interesse superiore del minore.

L'art. 32, poi, precisa che i fatti di violenza contro le donne o violenza domestica debbano essere presi in considerazione per valutare il superiore interesse del minore nell'ambito dei procedimenti civili. Devono essere allestiti dei luoghi che consentano un contatto sicuro tra il minore e il genitore indagato per violenza contro le donne o violenza domestica, purché sia sempre garantito il diritto di visita.

Anche in questa parte della Direttiva, forse, emerge quella "neutralità culturale" che si è più volte segnalata. Il riferimento al principio del miglior interesse del minore (*best interests of the child*)⁵⁵, pur necessario, rischia di risultare da solo insufficiente, specie se non si chiarisce da cosa il minore dovrebbe essere tutelato e quale sia la finalità di questa tutela. Sarebbe opportuno precisare che l'interesse del minore va valutato tenendo conto degli specifici rischi, anche per la madre, collegati alla violenza contro le donne e alla violenza domestica. Il diritto di visita, per esempio, rappresenta spesso l'occasione per una reiterazione della violenza nei confronti della madre e, quindi, nei confronti del minore: andrebbe quindi esplicitato il necessario collegamento tra la valutazione delle specifiche esigenze della vittima, ampiamente valorizzate dalla Direttiva, e il superiore interesse del minore.

La Convenzione di Istanbul è molto più esplicita su questi aspetti. L'art. 31, in particolare, stabilisce che le parti adottano misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che, al momento di determinare i diritti di custodia e di visita dei figli, siano presi in considerazione gli episodi di violenza che rientrano nel campo di applicazione della convenzione, precisando altresì che l'esercizio dei diritti di visita o di custodia dei figli non deve compromettere i diritti e la sicurezza della vittima o dei bambini.

Si segnala, inoltre, che la Direttiva non contiene un divieto di mediazione penale obbligatoria, analogo a quello previsto dall'art. 48 della Convenzione di Istanbul.

⁵⁵ Il riferimento obbligato è all'art. 3, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo (CRC) del 1989: «*in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*». Sulla potenziale indeterminatezza del principio del *best interests of the child*, a volte considerato erroneamente come "prevalente" e, quindi, sottratto alla logica del bilanciamento, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Feltrinelli, 2016, spec. p. 100.

13.1. *La situazione italiana.*

L'adeguata valutazione delle peculiarità della violenza domestica per la tutela dei soggetti minori è stata oggetto di discussione anche in Italia, specie a seguito delle osservazioni contenute nel rapporto GREVIO sull'Italia del 13 gennaio 2020 nonché di alcuni interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nel rapporto GREVIO si sottolinea che la violenza nelle relazioni intime è un fattore chiave per definire l'affidamento del bambino. Un sistema basato sul raggiungimento di accordi da parte dei genitori nel miglior interesse del bambino, si rivela inadeguato per le coppie la cui relazione è stata viziata dalla violenza, posto che la violenza tra partner indica uno squilibrio di potere nella relazione che può influenzare negativamente la capacità di negoziare in modo equo e di arrivare ad un accordo reciprocamente accettabile. Gli incontri congiunti tra il genitore violento e la vittima per raggiungere un accordo sull'affidamento possono essere visti come una mediazione obbligatoria, in violazione dell'art. 48 della Convenzione di Istanbul⁵⁶.

Il GREVIO, inoltre, aveva notato con estrema preoccupazione la diffusa prassi dei tribunali civili di considerare una donna che solleva la problematica della violenza domestica come un motivo per non partecipare agli incontri e opporsi all'affidamento o alle visite, come un genitore "non collaborativo" e quindi una "madre inadatta", anche sulla base della discussa categoria della "sindrome di alienazione parentale", che produrrebbe effetti nocivi per il minore. Si renderebbe quindi necessario un più adeguato coordinamento tra le attività dei tribunali civili e di quelli penali, al fine di valorizzare le peculiarità della violenza domestica nei provvedimenti che attengono all'affidamento e alle visite dei minori⁵⁷.

Queste considerazioni sono state ampiamente valorizzate dalla Corte EDU in ricorsi che hanno riguardato l'Italia. In un caso, la Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) per la mancata protezione di due minori, costretti a incontrare il padre violento, per tre anni, in un ambiente non sufficientemente sicuro. A ciò era seguita la sospensione della responsabilità genitoriale della madre, per la sua ostilità a un rapporto padre-figlio, dopo che la donna aveva rifiutato di partecipare agli incontri, lamentando una mancanza di sicurezza degli stessi. La Corte ha ritenuto che le misure adottate dallo Stato per la protezione del minore fossero risultate insufficienti, stigmatizzando non solo la prevalenza riconosciuta al c.d. diritto alla bigenitorialità del padre violento, ma anche la mancata considerazione degli episodi di violenza domestica subiti dalla madre e dai figli. A ciò si aggiunge, secondo la Corte, la vittimizzazione secondaria cui andrebbero

⁵⁶ *Rapporto di Valutazione (di Base) del GREVIO sulle misure legislative e di altra natura da adottare per dare efficacia alle disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, 13 gennaio 2020, § 184. Si tratta delle considerazioni svolte dal Gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (GREVIO) in occasione della loro valutazione dello stato di attuazione della Convenzione di Istanbul da parte dell'Italia.

⁵⁷ *Rapporto di Valutazione*, cit., § 185.

incontro le madri vittime di violenza domestica che si oppongono a una prosecuzione del rapporto tra i figli e l'autore della violenza⁵⁸.

La "neutralità" della Direttiva su questi aspetti non consente di ipotizzare un impatto significativo né sulla legislazione né sulle prassi italiane.

14. Assistenza alle vittime con esigenze intersezionali e ai gruppi a rischio.

L'art. 33 della Direttiva prevede l'obbligo di assicurare un'assistenza specifica alle vittime di discriminazioni intersezionali che sono maggiormente a rischio di violenza contro le donne e violenza domestica.

Si tratta certamente di disposizioni apprezzabili, per le quali, tuttavia, valgono le perplessità già evidenziate a proposito dei servizi di assistenza specialistica, anche in riferimento alla metodologia culturale cui fare riferimento.

15. Prevenzione e intervento precoce. Coordinamento e cooperazione.

Gli artt. 34-37 della Direttiva prevedono significative misure di prevenzione primaria, nella cui definizione, come già precisato, emerge con chiarezza quella "prospettiva di genere" che, invece, sembrerebbe più carente nel resto della Direttiva.

L'art. 34 fa riferimento a campagne o programmi di sensibilizzazione e di informazione finalizzate, tra l'altro, a contrastare gli stereotipi di genere dannosi, a promuovere l'uguaglianza di genere, il rispetto reciproco e il diritto all'integrità personale, incoraggiando soprattutto uomini e ragazzi a fungere da modelli di riferimento virtuosi.

L'art. 35 prevede misure specifiche per promuovere il consenso nelle relazioni sessuali, basandosi sui principi di uguaglianza di genere e non discriminazione, anche al fine di diffondere maggiore consapevolezza sul fatto che il sesso non consensuale è considerato reato.

L'art. 36 è invece dedicato alla formazione e informazione dei professionisti che, a vario titolo, sono chiamati a gestire i fenomeni di violenza contro le donne e violenza domestica: forze di polizia, magistrati, avvocati, professionisti della sanità, ma anche i professionisti dell'informazione, nonché, con specifico riguardo alle molestie sessuali sui luoghi di lavoro, il personale con funzioni di vigilanza sui luoghi di lavoro.

Gli artt. 38-44 della Direttiva prevedono azioni di coordinamento delle politiche a livello nazionale, anche attraverso una cooperazione con le organizzazioni non governative (art. 41). Di fondamentale importanza è poi l'attenzione alla raccolta dei

⁵⁸ Corte EDU, 10 novembre 2022, *I.M. v. Italia*, su cui S. VITTI, [I giudici non rispettano la Convenzione di Istanbul e la Corte EDU condanna l'Italia per l'ennesima volta](#), in questa *Rivista*, 20 gennaio 2023. V anche. Corte EDU, 22 gennaio 2022, *D.M. e N c. Italia*, con commento di N. CARDINALE, [Il mancato sostegno alle madri vittime di violenza domestica: una nuova condanna per l'Italia da parte della Corte EDU](#), in questa *Rivista*, 1^o marzo 2022.

dati, al fine di identificare le reali dimensioni della violenza contro le donne e della violenza domestica (art. 44).

15.1. *La situazione italiana.*

L'assenza di dati ufficiali su questi temi rende difficile valutare la situazione italiana attuale. È innegabile che, specie dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Istanbul, siano stati compiuti significativi passi in avanti nella consapevolezza e nella formazione sui temi della violenza contro le donne e della violenza domestica, anche se i risultati raggiunti non sembrano del tutto soddisfacenti.

Quanto alla formazione permanente dei professionisti, l'art. 5 della l. n. 69 del 2019 prevede l'attivazione di corsi di formazione per il personale della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e della Polizia penitenziaria. Si registrano, però, ritardi e inefficienze nella concreta attuazione della norma⁵⁹. L'art. 6, primo comma, della l. n. 168 del 2023, invece, prevede la predisposizione di apposite linee guida nazionali al fine di orientare una formazione adeguata e omogenea degli operatori che a diverso titolo entrano in contatto con le donne vittime di violenza. Il secondo comma dell'art. 6, poi, stabilisce che nelle linee programmatiche relative alla formazione dei magistrati siano inserite iniziative specifiche in materia di contrasto alla violenza contro le donne e della violenza domestica. Non si tratta, ad ogni modo, di corsi obbligatori⁶⁰. Si tratta, complessivamente, di disposizioni ancora inadeguate, che potrebbero porre dei problemi di compatibilità rispetto agli obblighi imposti dalla Direttiva.

Le azioni e le misure in tema di informazione e di formazione devono essere indubbiamente rafforzate, valorizzando il ruolo delle organizzazioni femministe, delle scuole e delle università.

Uno sforzo analogo deve riguardare le attività di monitoraggio, che devono avere ad oggetto tanto i numeri della violenza quanto le politiche effettivamente realizzate a livello nazionale e regionale, garantendo risultati trasparenti e agevolmente accessibili. Il GREVIO, nel già citato Rapporto del 2020, aveva sottolineato, in riferimento a diversi aspetti, la difficoltà di reperire dati e informazioni chiari ed esaustivi.

16. Conclusioni.

Nonostante la Direttiva UE 2024/1385 intervenga, in maniera opportuna, a colmare una lacuna nel diritto eurounitario, l'impressione complessiva è più quella di un'occasione mancata che di una sfida raccolta.

La Convenzione di Istanbul avrebbe dovuto rappresentare una base minima per le azioni di prevenzione e contrasto della violenza di genere, della violenza maschile

⁵⁹ P. DI NICOLA TRAVAGLINI – F. MENDITTO, *Il nuovo codice Rosso*, cit., p. 548.

⁶⁰ P. DI NICOLA TRAVAGLINI – F. MENDITTO, *Il nuovo codice Rosso*, cit., p. 555.

contro le donne e della violenza domestica. Dopo tredici anni, l'intervento dell'Unione europea si è collocato, per molti aspetti, al di sotto di quella soglia minima, lasciando quindi immaginare un impatto minimo sulle criticità che ancora si registrano nell'ordinamento italiano.

Un primo arretramento si segnala, anzitutto, sul piano delle premesse da cui muove l'intervento del legislatore europeo: fin dalle definizioni generali si avverte l'assenza dei concetti di "genere" e di "violenza di genere", ma è sul piano della assistenza specialistica alle vittime e della tutela dei minori che la "neutralità culturale" della Direttiva rischia di risultare maggiormente penalizzante.

Quanto agli obblighi di criminalizzazione, la pur condivisibile attenzione riservata alla violenza *online* non risolve le questioni problematiche sul versante della "tradizionale" violenza *offline*: l'assenza di fattispecie come la violenza sessuale e (soprattutto) le molestie sessuali è certamente significativa, specie perché si tratta di reati che presentano molte criticità nel codice penale italiano. Le nuove forme di *cyber*-violenza, del resto, dovranno confrontarsi con il rispetto dei principi generali che regolano la materia penale, a partire da quelli di offensività e di determinatezza.

Anche in riferimento alle disposizioni processuali la (fisiologica) genericità della Direttiva non sembra in grado di superare alcune criticità riscontrabili nell'attuale legislazione italiana.

Un possibile impatto positivo potrebbe registrarsi sul versante della individuazione e gestione del rischio, specie se si riuscissero a introdurre protocolli uniformemente applicati sul territorio nazionale, che, almeno nella fase del primo contatto della vittima con le autorità competenti, contribuiscano all'individuazione delle specifiche esigenze della vittima.

Di particolare interesse, invece, risultano le disposizioni relative alla prevenzione primaria, dalle quali traspare altresì una maggiore attenzione alle cause socio-culturali della violenza contro le donne e della violenza domestica. Analoghe considerazioni valgono per l'obbligo di formazione dei professionisti chiamati a gestire la violenza contro le donne e la violenza domestica.

L'auspicio, dunque, è che la Direttiva costituisca un'occasione per accrescere la consapevolezza sulla violenza contro le donne e la violenza domestica, come fenomeni tanto giuridici quanto, a monte, sociali e culturali. Diviene fondamentale una strategia coerente e capillare sul piano delle campagne di sensibilizzazione, dell'istruzione ad ogni livello (dalla scuola primaria all'Università), della formazione professionale, dell'affinamento della legislazione penale: l'obiettivo comune dovrebbe essere quello di superare le distorsioni derivanti da un modello sociale e culturale sessista, riconoscerne tempestivamente le manifestazioni e reagire in maniera adeguata sul piano strettamente repressivo.

La premessa dalla quale (anche) il diritto deve muovere, ad ogni modo, è quella per cui la neutralità culturale è strutturalmente incompatibile con un'azione di prevenzione e contrasto della violenza contro le donne e della violenza domestica: ogni intervento che neghi o ridimensioni la matrice socio-culturale della violenza maschile contro le donne è destinato a raggiungere risultati solo parziali o, addirittura, a fallire. Si tratta, infine, di una strategia che richiede risorse umane, ma anche (e soprattutto)

economico-finanziarie: fino a quando le leggi di riforma si concluderanno con una “clausola di invarianza finanziaria”, ogni buona intenzione è destinata a restare poco più che un auspicio condiviso.

**IL “SECONDO SIGNIFICATO” DELLA PRESUNZIONE D’INNOCENZA E
LA RIPARAZIONE DELL’ERRORE GIUDIZIARIO: NOTE A MARGINE
DELLA RECENTE DECISIONE DELLA CORTE EDU NEALON E HALLAM
C. REGNO UNITO**

di Marta Rigon

Lo scritto prende le mosse dall’evoluzione concettuale, influenzata dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che ha arricchito la presunzione di innocenza di un “secondo significato”, che va oltre la sua concezione tradizionale di tutela della fairness processuale. L’autrice esamina, in particolare, l’applicazione di questo principio nei procedimenti per la riparazione dell’errore giudiziario, analizzando la recente pronuncia Nealon e Hallam c. Regno Unito (Grande Chambre, 11 giugno 2024).

SOMMARIO: 1. Presentazione del caso. – 2. La presunzione d’innocenza e il suo “secondo significato”. – 3. Il rimedio italiano all’errore giudiziario. – 4. Rilievi conclusivi.

1. Presentazione del caso.

Nel caso *Nealon e Hallam c. Regno Unito (Grande Chambre, 11 giugno 2024)* due cittadini inglesi hanno presentato ricorso innanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo per una asserita violazione della presunzione d’innocenza di cui all’art. 6 § 2 della Convenzione. Più in particolare, dopo aver ottenuto, sulla base di nuove prove, la revoca della sentenza di condanna, Nealon e Hallam hanno richiesto al Governo inglese la riparazione dell’errore giudiziario: richiesta negata nonostante l’esito assolutorio di quella revoca. Occorre precisare che, da quando la pertinente normativa è stata modificata dall’*Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act* del 2014, nel Regno Unito i risarcimenti per errore giudiziario vengono concessi secondo un criterio piuttosto severo, volto a ridurre in misura considerevole gli obblighi risarcitori dello Stato: per ottenere il risarcimento, le nuove prove devono infatti essere tali da dimostrare “oltre ogni ragionevole dubbio” che il condannato non ha commesso il reato. In altre parole, per ottenere il risarcimento, il condannato poi assolto deve provare la propria innocenza.

Secondo il Ministro della Giustizia inglese, le condanne non erano state annullate a seguito di elementi sopravvenuti idonei a superare ogni ragionevole dubbio, l’innocenza dei richiedenti; secondo il Governo inglese, le asserite “nuove prove”, se attentamente considerate dalla giuria, avrebbero potuto intaccare l’accusa formulata.

Esauriti i mezzi d'impugnazione a disposizione nell'ordinamento interno, Nealon e Hallam hanno presentato ricorso innanzi alla Corte EDU, ritenendo che l'elevato *standard* probatorio richiesto per ottenere l'indennizzo fosse lesivo della loro presunzione d'innocenza, intesa nel secondo significato chiarito in passato dalla Corte stessa. Con una maggioranza di 12 voti contro 5 opinioni dissenzienti, si è riconosciuta l'applicabilità dell'art. 6 § 2 CEDU, ma si è al contempo stabilito che il "test" del Governo inglese per i risarcimenti da errore giudiziario è legittimo: il Ministro della Giustizia inglese non è quindi tenuto a pronunciarsi sull'innocenza del richiedente e il mancato risarcimento risulta compatibile con il perdurare della sua innocenza sul piano penale.

Non c'è, dunque, alcuna violazione della presunzione di non colpevolezza: affermare che l'innocenza non è dimostrata oltre ogni ragionevole dubbio non equivale a riconoscere una colpa, ovvero a suggerire che il processo penale si sarebbe potuto concludere diversamente.

Nonostante i giudici di Strasburgo sottolineino la gravità dell'impatto potenzialmente devastante di una condanna errata, si afferma con decisione che non spetta alla Corte determinare come gli Stati debbano prevedere concretamente l'obbligo morale di risarcire coloro che sono stati ingiustamente condannati¹, bensì quello di decidere sull'eventuale violazione della presunzione d'innocenza² a seguito di un sistema che non garantisce un risarcimento effettivo.

Ebbene, la Corte ritiene che accertare negativamente – ai fini del risarcimento per errore giudiziario – l'innocenza del richiedente, al di là di ogni ragionevole dubbio, non equivale ad accertarne la colpevolezza; le autorità, invero, conservano l'obbligo di trattare la persona come se fosse innocente, ma non sono obbligate a trattarla come effettivamente estranea ai fatti.

Tale ricostruzione non è stata condivisa dai cinque giudici dissenzienti, i quali hanno dapprima evidenziato come, a differenza della maggior parte degli Stati europei, ove è prevista una snella e precisa procedura di risarcimento a seguito di errore giudiziario, nel Regno Unito, al contrario, il "test" dell'art. 133 della legge 1988 appare "*virtually insurmountable*"³, al punto che oltre il 93% delle richieste di risarcimento ha esito negativo⁴.

Secondo l'unanime *dissenting opinion*, la conseguenza di questo ostacolo insormontabile sarebbe la violazione della presunzione di innocenza, nel suo secondo

¹ Va segnalato a questo riguardo che il Regno Unito non ha sottoscritto il Protocollo n. 7 CEDU dove sono stabilite, tra l'altro, le condizioni per ottenere la riparazione da errori giudiziari (art. 3).

² Il passaggio cruciale della sentenza è contenuto nei paragrafi 181-183 della motivazione. In particolare, al paragrafo 182 si legge: «*However, its role is not to determine how States should translate into material terms the moral obligation they may owe to persons who have been wrongfully convicted; rather, in the present case it was tasked solely with determining on the facts before it whether there had been a breach of Article 6 § 2 of the Convention due to the operation of a compensations scheme established domestically which was clearly conceived and operated in restrictive terms. In light of the foregoing considerations, it holds that this was not the case.*».

³ Si veda sul punto il passaggio n. 8 della *Joint dissenting opinion* dei giudici Ravarani, Bosnjak, Chanturia, Felici e Yuksel.

⁴ Sul punto: <https://www.theguardian.com/law/article/2024/jun/11/uk-system-wrongful-conviction-payouts-lawful-european-court-rules>.

aspetto di cui al paragrafo 2 dell'art. 6 CEDU, a causa della difficoltà degli innocenti di dimostrare in maniera convincente di non aver commesso il reato rispetto al quale sono stati assolti a seguito dell'annullamento della precedente condanna. Ad avviso dei giudici dissenzienti, non riconoscere in un caso simile la violazione del suddetto principio renderebbe l'articolo 6 § 2 CEDU addirittura "theoretical and illusory".

Appare evidente l'effettivo richiamo da parte della Corte alla concezione della presunzione d'innocenza come ribadita nella nota sentenza *Allen c. Regno Unito* (12 luglio 2013), ossia nella sua dimensione extraprocessuale, quale principio cardine dell'accertamento penale che nel corso del tempo ha mutato contorni concettuali. La sua portata semantica, a lungo limitata all'ambito dell'accertamento penale strettamente inteso, in epoca recente ha varcato quel confine. La presunzione di non colpevolezza, invero, viene definita, da un lato, come diritto strettamente legato al processo, dall'altro, come diritto che si estende ad altri procedimenti, anche di natura diversa, che mostrano un legame stretto con la vicenda già trattata in sede penale.

2. La presunzione di innocenza e il suo "secondo significato".

La questione riguarda, ancora una volta, il valore extraprocessuale della presunzione d'innocenza che, già a partire dal 2007, con lo *Human Rights Committee* delle Nazioni Unite, veniva valorizzato, attribuendo a tale principio un significato ulteriore, con la conseguente necessità di prevedere limiti e cautele anche per l'attività giornalistica nel riferire di illeciti attribuibili ad un soggetto coinvolto in un procedimento penale non ancora deciso con condanna irrevocabile⁵.

La Corte europea dei diritti umani, accogliendo l'insegnamento del *Human Rights Committee*, ha poi affermato un nuovo concetto di presunzione di innocenza, generando un moto riformatore negli ordinamenti appartenenti al Consiglio d'Europa⁶. Il *leading case* con cui il Giudice di Strasburgo ha valorizzato questa dimensione del principio si ritrova nella già citata pronuncia *Allen c. Regno Unito*, secondo cui la presunzione d'innocenza non può limitarsi a proteggere la *fairness* processuale in ambito penale, dovendo invece assicurare la "reputazione individuale" della persona assolta dall'accusa o uscita da un processo chiuso con sentenza di non doversi procedere⁷. L'intenzione, dunque, è quella di tutelare altresì l'immagine della persona e, con essa, il suo ruolo nelle relazioni sociali e in ambiti procedimentali diversi dal penale. Secondo questo orientamento, infatti, ciò che è in gioco, oltre i limiti del singolo procedimento penale, è anche la reputazione della persona interessata, il modo in cui viene socialmente

⁵ *General Comment* sull'art. 14 del Patto Internazionale per i diritti civili e politici approvato dal *Human Rights Committee* delle Nazioni Unite a Ginevra il 27 luglio 2007 e pubblicato il successivo 23 agosto.

⁶ E. MARZADURI, *Presunzione di innocenza e tutela della libertà personale dell'imputato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, Roma, 2016, pp. 168 ss.

⁷ In particolare, al punto 94 della motivazione si legge: «Without protection to ensure respect for acquittal or the discontinuation decision in any other proceedings, the fair trial guarantees of Art. 6 § 2 could risk becoming theoretical and illusory».

percepita. L'art. 6 § 2 CEDU, nella sua portata "ultra-processuale" andrebbe così a sovrapporsi per un verso alla protezione offerta dall'art. 8 CEDU (tutela dell'immagine e delle relazioni interpersonali)⁸ e, per altro verso, a condizionare l'attività decisoria delle autorità (civili, penali, amministrative) alle prese con accertamenti di condotte illecite già oggetto di un precedente (o parallelo) procedimento penale.

Questa diversa finalità sembra richiamare l'originaria concezione probabilistica della presunzione di innocenza (di matrice giusrazionalistica) che nel tempo ha ceduto gradatamente il posto ad una concezione normativa⁹. La concezione probabilistica¹⁰ rimonta alle origini del principio¹¹, quando la presunzione di innocenza era concepita come variabile dipendente dalla tipologia del reato, dalla condizione sociale dell'asserito autore, oltre che dalle situazioni di minore o maggiore gravità del quadro indiziario che caratterizzavano lo svolgimento procedurale. Diversamente, secondo la radice normativa¹², consacrata nell'art. 27, comma 2, Cost., la presunzione di innocenza vale indistintamente e alla stessa maniera per tutti gli imputati, quali che siano le prove a loro carico, il tipo di reato o lo *status* sociale: in quanto tale, essa assicura la *fairness* processuale imponendo all'autorità pubblica di considerare e trattare l'imputato come innocente fino al giudicato di condanna.

L'evoluzione giurisprudenziale¹³ ripropone, dunque, un "secondo significato"¹⁴ del principio, ulteriore rispetto a quello sedimentato nella concezione normativa. L'art. 6 § 2 della CEDU – per come inteso nella più recente giurisprudenza della Corte – prevede infatti una tutela volta a proteggere la reputazione della persona uscita indenne dal processo penale¹⁵.

⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Pasquini contro Repubblica di San Marino* del 20 ottobre 2020.

⁹ R. ORLANDI, *La duplice radice della presunzione di innocenza*, in *Riv. ita. dir. e proc. pen.*, 2022, pp. 627 ss. Per considerazioni analitiche sulle origini del principio si veda l'ampia ricerca di C.F. STUCKENBERG, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Berlino, 1997, in particolare pp. 438 ss. Sul punto, si veda altresì il paragrafo 31 della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 novembre 2021, *Marinoni c. Italia*.

¹⁰ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, Utet, Torino, 1931, vol. I, p. 181.

¹¹ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 13 ss.; P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 60.

¹² Nella letteratura italiana, il primo a sostenere questa posizione è stato Francesco Carrara: F. CARRARA, *Il diritto e la procedura penale* (Prolusione al corso di diritto criminale dell'anno accademico 1843-74, nella Regia Università di Pisa), in *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d'Italia*, Lucca, 1874, pp. 1 ss.

¹³ P.P. PAULESU, *La presunzione di innocenza, tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in A. BALSAMO – R. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, pp. 125 ss.

¹⁴ L'elaborazione di questo secondo aspetto ha riguardato inizialmente fattispecie in cui, concluso il procedimento penale con un proscioglimento di merito (assoluzione) o di rito (interruzione), era residuata la necessità di provvedere sulla domanda civile di risarcimento del danno proposta nei confronti dell'imputato (*ex plurimis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lagardère c. Francia*, 12 aprile 2012).

¹⁵ Sulla differenza tra la formula costituzionale dell'art. 27, comma 2, e quella convenzionale dell'art. 6 § 2 CEDU, si veda P. FERRUA, *La direttiva europea sulla presunzione di innocenza e i provvedimenti cautelari*, in *Il Penalista*, 27 ottobre 2021, n. 32.

La tendenza riformista appena delineata culmina nella Direttiva (2016/343/UE)¹⁶ del Parlamento Europeo (9 marzo 2016) dedicata proprio al «rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza»¹⁷. In particolare, la direttiva – volta ad armonizzare i sistemi di giustizia penale dei Paesi dell’Unione Europea – specifica che la presunzione di innocenza sarebbe violata, se dichiarazioni rilasciate da autorità pubbliche o decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza presentassero l’indagato o l’imputato come colpevole fino a quando la sua responsabilità non sia stata legalmente provata.

Nella pronuncia *Nealon e Hallam c. Regno Unito* è possibile notare come ai giudici di Strasburgo sia stata prospettata dai ricorrenti una possibile ulteriore sfaccettatura della tutela della presunzione d’innocenza che sembra richiamare l’antica radice psicologico-probabilistica, piuttosto che quella normativa. Ed invero, sostenere che la mancata corresponsione del risarcimento per errore giudiziario violi la presunzione d’innocenza significherebbe fornire un ulteriore significato al principio, fuoriuscendo dal procedimento penale e attribuendo una tutela aggiuntiva ad un imputato assolto, la cui innocenza è divenuta “irrebuttable”¹⁸.

I rappresentanti del Governo inglese hanno, infatti, sostenuto che l’art. 6 § 2 CEDU non trova applicazione nei procedimenti di riparazione dell’errore giudiziario: trattandosi di procedimenti di natura amministrativa, l’autorità non deve pronunciarsi sull’innocenza ovvero sulla colpevolezza della persona, ma deve unicamente stabilire l’impatto che le nuove prove potrebbero avere rispetto all’ipotesi di accusa. Una effettiva violazione del principio vi sarebbe, dunque, solo ove le autorità britanniche avessero affermato la necessità di condannare i richiedenti; ciò che in realtà non è accaduto.

La maggioranza dei giudici della *Grande Chambre*, invece, non si è del tutto discostata da quanto era già stato affermato in *Allen c. Regno Unito*: la presunzione d’innocenza, nel suo “secondo significato”, si applica ogni qual volta sia possibile riscontrare un collegamento tra il processo penale concluso con un’assoluzione o un proscioglimento e un successivo procedimento giudiziario o amministrativo (§ 128-129). Nel caso in esame, dunque, tale principio, nella sua interpretazione “allargata”, sarebbe applicabile proprio poiché la procedura di riparazione implica una valutazione dell’esito del precedente procedimento penale. Il decisore, infatti, deve concentrarsi sull’effetto del nuovo fatto o di quello recentemente emerso, al fine di determinare se questo fatto dimostri che il richiedente non ha commesso il reato “al di là di ogni ragionevole dubbio”.

¹⁶ C. VALENTINI, *La presunzione di innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. Giust.*, 2016, n. 6, p. 193.

¹⁷ Per un approfondimento sul diritto di non autoincriminarsi previsto dalla Direttiva, così come correlato alla presunzione d’innocenza, si vedano i profili applicativi della Direttiva nell’ordinamento spagnolo: O. PASCUAL SUAÑA, *Derecho a no incriminarse en la directiva (ue) 2016/343 del parlamento europeo y del consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, in *Revista de Estudios Europeos n. extraordinario monográfico 1-2017-65-77*.

¹⁸ Sul punto, si veda l’opinione di Lord Wilson riportata al paragrafo 38: «*In his view, the presumption of innocence in Article 6 § 2 had no further role following an acquittal; the presumption was for the purposes of the criminal law and an acquitted defendant had no need for a mere presumption since, for the purposes of the criminal law his or her innocence had become an irrebuttable fact*».

Più in particolare, la Corte specifica che per “secondo significato” della presunzione d’innocenza si deve intendere la tutela delle persone assolte da un’accusa penale dall’essere trattate dai funzionari e dalle autorità pubbliche come se fossero effettivamente colpevoli di un reato. Di conseguenza, nel caso in esame, l’articolo 6 § 2 della Convenzione è applicabile, ma vi sarebbe una effettiva violazione dello stesso solo ove il rifiuto dell’indennizzo in riferimento al “test” inglese implicasse di per sé la responsabilità penale dei ricorrenti (§ 171)¹⁹; ipotesi che – si ripete – secondo i giudici di Strasburgo non si è verificata.

Alla luce delle conclusioni a cui è giunta la Corte di Strasburgo, è lecito domandarsi se, tuttavia, per proteggere la reputazione, le sofferenze morali causate dall’ingiusta condanna, nonché le ripercussioni nelle relazioni familiari, affettive e nell’attività lavorativa, sia davvero opportuno far riferimento proprio alla presunzione d’innocenza, estendendone così la portata alla tutela della percezione sociale della persona assolta²⁰. Nel momento in cui non ci si trovi più all’interno del procedimento penale, infatti, la tutela della *fairness* processuale cessa e l’effetto della presunzione d’innocenza si dovrebbe arrestare, lasciando spazio ad altre tipologie di protezione dei diritti del soggetto prosciolto, in termini di ristoro economico – sia come danno patrimoniale che come danno non patrimoniale – per l’ingiustizia subita. Invocare anche in tale occasione il principio in questione comporterebbe un ulteriore e pericoloso travalicamento dei confini del significato normativo della presunzione di non colpevolezza.

3. Il rimedio italiano all’errore giudiziario.

A Nealon e Hallam la riparazione dell’errore giudiziario è stata negata in quanto la decisione che ha comportato la revoca delle condanne non ha stabilito la loro estraneità ai fatti. Lo *standard* probatorio richiesto nel procedimento amministrativo inglese per ottenere l’indennizzo è infatti, come già evidenziato, molto severo: le nuove prove devono indicare ogni oltre ragionevole dubbio l’innocenza del condannato.

Nel nostro ordinamento, invece, la riparazione²¹ degli errori giudiziari non esige un impegno così gravoso da parte del condannato. Tale riparazione, imposta dalla Costituzione stessa al comma 4 dell’art. 24²², è regolata dal legislatore assicurando al

¹⁹ «*In contrast to its first aspect, in which the presumption of innocence acts as a procedural guarantee, in its second aspect its role is to protect individuals who have been acquitted of a criminal charge, or in respect of whom criminal proceedings have been discontinued, from being treated by public officials and authorities as though they were in fact guilty of the offence charged. Consequently, in a case such as the present there will only have been a violation of Article 6 § 2 of the Convention if the refusal of compensation by reference to the aforementioned test itself imputed criminal liability to the applicants*».

²⁰ G. CANESCHI, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un’estensione della garanzia?*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 3.

²¹ L. SCOMPARIN, voce *Riparazione dell’errore giudiziario*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, XII, p. 320.

²² G.D. PISAPIA, *Errore giudiziario (riparazione dell’)*. II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, Roma, 1989, XIII, 1; P. TROISI, *L’errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Cedam, Padova, 2011, p. 292;

condannato poi prosciolto la riparazione alla sola condizione che lui stesso non vi abbia dato causa con dolo o colpa grave.

Le radici garantiste dell'istituto in questione rimandano a quanto affermava già nel lontano 1877 Francesco Carrara, secondo il quale le sentenze di condanna non possono sempre avere valore assoluto di giudicato, in quanto per questioni di umanità e di giustizia è «necessario ammettere la possibile retrattabilità delle sentenze criminali condannatorie, quante volte la scoperta di un errore giudiziario mette in luce la innocenza di un infelice vittima di ingiusta accusa»²³.

In Italia, dunque, la riparazione da errore giudiziario²⁴ è oggetto di un procedimento *ad hoc*²⁵, che segue quello di revisione. Tuttavia, a ben vedere, il principio della presunzione d'innocenza (anche nel suo "secondo significato") risulta estraneo sia alla procedura di revisione (artt. 629-642 c.p.p.), sia alla successiva ed eventuale procedura riparatoria (artt. 643-647 c.p.p.).

Quanto alla procedura di revisione²⁶, occorre ricordare che, con la richiesta *ex art.* 633 c.p.p., la presunzione d'innocenza non è destinata a riacquisire pieno vigore. Disinnescando un giudicato ingiusto frutto di un errore giudiziario, essa provoca sì l'avvio di un nuovo giudizio di merito, ove *ex art.* 60, comma 3, c.p.p. il condannato effettivamente riassume la qualità d'imputato, ma con una posizione ben diversa da quella che lo ha caratterizzato nel precedente giudizio di cognizione. L'onere della prova risulta infatti rovesciato. Basti ricordare che – specie quando la richiesta di revisione viene dal condannato – spetta a lui provare la propria innocenza (art. 631 c.p.p.). Inoltre, l'esecuzione della condanna prosegue – di regola – durante la procedura di revisione, come risulta chiaro dall'art. 635 c.p.p., il quale ammette solo in via eccezionale che il giudice possa sospendere la pena²⁷. Vale indubbiamente anche in questo caso la regola

M.L. DI BITONTO, *La disciplina costituzionale – La riparazione degli errori giudiziari*, in AA. VV., *Fondamenti di procedura penale*, Quarta Edizione, Wolters Kluwer – Cedam, Vicenza, 2023, pp. 172 ss.

Sottolineano le Sezioni unite (Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, in *Il Foro Italiano*, Vol. 125, nr. 9, 2002, pp. 475-476) che la valenza costituzionale assegnata all'errore giudiziario si trasmette al mezzo previsto per il suo accertamento, ossia la revisione.

²³ F. CARRARA, *Della rejudicata in criminale* (1877), in M. NOBILI (a cura di), *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, il Mulino, 2004, p. 509.

²⁴ D. PERUGIA, [L'errore giudiziario tra riparazione e risarcimento: le ricadute sullo Stato](#), in questa *Rivista*, fasc. n. 12, 2022.

²⁵ D. MASTRO, *Le cause degli errori giudiziari e i meccanismi di prevenzione e riparazione delle condanne e imputazioni ingiuste*, in *Revista brasileira de direito processual penal*, volume 8, n. 3, 2022, pp. 1401 ss.

²⁶ Cfr. G. SPANGHER, *Le impugnazioni*, in *Manuale teorico-pratico di diritto processuale penale*, in AA.VV., Padova, Cedam, 2018, p. 452: «La consapevolezza che le decisioni possono essere inficiate da errori o da vizi ha suggerito al legislatore di prevedere strumenti di controllo delle stesse».

²⁷ Da questo rilievo si arguisce, tra l'altro, che nella procedura di revisione non trova applicazione la normativa dettata dal d. lgs. nr. 188 del 2021 per il "rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione d'innocenza". Chiaramente volta a riconoscere il c.d. "secondo significato" del principio in questione, tale normativa non può valere per un soggetto ufficialmente condannato e, in quanto tale, ancora soggetto all'esecuzione della pena.

Quanto all'eccezionalità dell'istituto della sospensione dell'esecuzione della pena cfr. Cass. pen., Sez. I, 27 novembre 2020, n. 35873, in C.E.D. Cass., n. 280096 – 01; così come Cass. pen., Sez. F, 20 agosto 2004, n. 35744, in C.E.D. Cass., n. 229546 – 01. Secondo i giudici di legittimità, in tema di revisione, la sospensione

dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tuttavia con la premessa che la prova dell'innocenza dev'essere fornita dall'interessato. Quest'ultimo, pertanto, potrà conseguire il proprio obiettivo anche solo instillando nella mente del giudice il dubbio circa la sua colpevolezza.

Ottenuta la sentenza di proscioglimento dal giudice della revisione, il condannato per errore ha diritto alla riparazione alla sola condizione, come già accennato, di non aver “dato causa per dolo o colpa grave” all'errore stesso. Qui si apre un nuovo procedimento diretto principalmente contro il Ministero dell'economia e delle finanze, al quale spetta liquidare la riparazione per l'errore giudiziario che la procedura di revisione avesse accertato. È però evidente – alla luce della nostra normativa – che il danneggiato dall'errore (vale a dire, il condannato poi prosciolto) non solo non ha l'onere di dimostrare positivamente la propria innocenza, ma non è nemmeno tenuto a provare l'insussistenza della causa ostativa per ottenere la desiderata riparazione²⁸.

Peraltro, il giudice della riparazione, al fine di stabilire la sussistenza del dolo ovvero della colpa grave²⁹, deve sì valutare tutti gli elementi probatori disponibili – con valutazione necessariamente *ex ante* e secondo un iter logico-motivazionale del tutto autonomo rispetto a quello seguito nel processo di merito – ma non tanto per accertare che la condotta integri gli estremi di un reato, quanto unicamente per verificare se sia stata il presupposto che abbia ingenerato la falsa apparenza della configurabilità di un illecito penale³⁰. Anche in tale occasione, dunque, non vi è ragione per ritenere applicabile la tutela della presunzione d'innocenza, la quale, con il suo “secondo

dell'esecuzione della pena prevista dall'art. 635 c.p.p. è un istituto di carattere eccezionale poiché deroga al principio di obbligatorietà dell'esecuzione e presuppone l'esistenza di situazioni in cui appaia verosimile l'accoglimento della domanda e la conseguente revoca della condanna, non essendo a tal fine sufficiente la positiva delibazione sull'ammissibilità dell'istanza.

In dottrina vedi M. BARGIS, *Impugnazioni*, in G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Milano, 2018, p. 1002, secondo cui la revisione – di regola – è un mezzo d'impugnazione non sospensivo, poiché la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza non consegue alla richiesta di revisione, ma a una valutazione discrezionale della Corte d'appello ex art. 635 c.p.p.

²⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2009, n. 15725, in C.E.D. Cass., n. 243251 – 01, ove vengono specificate alcune ipotesi di colpa grave, ritenendo ostativo al diritto alla riparazione dell'errore giudiziario – ad esempio – l'aver tenuto nel corso del processo una condotta caratterizzata da incuria o indifferenza, senza fornire tempestivamente all'autorità giudiziaria elementi a sua disposizione utili per evitare l'errore.

²⁹ Giova osservare che in materia di riparazione per ingiusta detenzione, in passato, il rigetto dell'istanza basato esclusivamente sul silenzio mantenuto dall'imputato durante gli interrogatori – considerato come un impedimento all'accertamento dei fatti – era coerente con l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità. Tuttavia, tale orientamento è stato superato dall'intervento legislativo introdotto dal Decreto Legislativo n. 188 del 2021, il quale ha stabilito che il silenzio dell'indagato non costituisce più un impedimento alla riparazione per ingiusta detenzione. Il legislatore ha voluto in tal modo adeguare la normativa nazionale alle disposizioni della Direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, con specifico riferimento alla emanazione di norme comuni sulla protezione dei diritti procedurali degli indagati e degli imputati (cfr. *considerando* n. 10 e n. 24 della Direttiva).

³⁰ Cass. pen., Sez. IV, 4 ottobre 2023, n. 47420, in *DeJure.it*: https://dejureit.ezproxy.unibo.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=3&idDocMaster=10781092&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=0&semantica=1&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false#diritto, che richiama la pronuncia Cass. pen., Sez. IV, 13 novembre 2013, n. 9212, in C.E.D. Cass., n. 259082.

significato”, espresso ora nell’art. 115-*bis* c.p.p. novellato dal d. lgs. nr. 188 del 2021, impone cautela nel modo di comunicare i fatti del processo da parte dell’autorità giudiziaria nei confronti del soggetto indagato/imputato, soffermandosi sulla tecnica di redazione degli atti processuali, e, dunque, coinvolgendo tale principio nella sua accezione più classica e squisitamente interna al processo penale³¹. Tuttavia, ciò non riguarda né la procedura di revisione né la procedura di riparazione dell’errore. Da un lato, infatti, nella procedura di revisione – ove, di regola, non viene sospesa l’esecuzione della condanna – il condannato ridiventa imputato, ma in una posizione ben diversa da quella precedente, spettando principalmente a lui³², o a chi lo rappresenta, provare l’innocenza; dall’altro, nella procedura di riparazione l’interessato compare con lo *status* di prosciolto e asserito danneggiato, dal quale non si pretende di fornire prove circa la mancata causazione dell’errore per dolo o colpa grave.

4. Rilievi conclusivi.

L’evoluzione giurisprudenziale recente, inaugurata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, ribadisce il “secondo significato” della presunzione d’innocenza, ulteriore rispetto a quello ormai sedimentato nella concezione normativa che tutela unicamente la *fairness* processuale in ambito penale. Dall’art. 6 § 2 della CEDU si ricava, infatti, una tutela maggiormente estensiva della presunzione di innocenza, volta a proteggere anche la reputazione della persona uscita indenne dal processo penale. In questa ulteriore accezione, il principio sembra altresì tutelare il ruolo del soggetto prosciolto nelle relazioni sociali, così riportando il principio in questione verso la premessa logico-probabilistica che ne ha costituito la radice originaria³³.

Il travalicamento del confine sembra essersi verificato anche nel caso in esame, ove il principio della presunzione di non colpevolezza è stato richiamato in riferimento ad una questione sicuramente connessa alla vicenda penale, ma relativa ad una procedura amministrativa successiva alla revoca della condanna. Ed invero, ritenere che il suddetto principio – nel suo secondo aspetto – sia applicabile nel caso di mancata corresponsione del risarcimento a seguito di errore giudiziario, rischia di pregiudicare e, in fin dei conti, surclassare la concezione normativa del principio stesso, dimostrando così l’avanzamento del moto riformatore diffusosi a partire dalla pronuncia *Allen c. Regno Unito*.

Una teoria così formulata, seppur concepita per esaltare i diritti della persona (nel caso di specie, per tutelare gli eventuali danni da perdita di *chance*, danni alla salute, nonché alla reputazione del soggetto prosciolto), si discosterebbe dalla concezione della

³¹ C. CONTI, *Cronaca giudiziaria e processo mediatico: l’etica della responsabilità verso nuovi paradigmi*, in *Arch. pen.*, 2022, n. 1; E. TURCO, *L’equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano, 2007, pp. 217 ss.

³² Soprattutto quando è il condannato ad attivarsi. Qualche dubbio si potrebbe avere se la revisione fosse richiesta dal procuratore generale presso la Corte d’appello, come pur è possibile.

³³ Cfr. R. ORLANDI, *La duplice radice*, cit., pp. 627 ss.

presunzione di innocenza come regola di giudizio e di trattamento, ossia come mera tutela della *fairness* processuale.

Non vi è alcun dubbio in ordine al fatto che l'imputato prosciolti in sede penale coinvolto in successive vicende giudiziarie extra-penali necessiti di tutele, ma sembra forse più corretto ricercarle nelle garanzie difensive che devono caratterizzare gli ambiti processuali nei quali si dovessero accertare condotte già oggetto di precedente o parallelo procedimento penale e, per quanto concerne la tutela dell'immagine, nelle norme civili che, con l'assicurare responsabilità risarcitorie, tutelano in maniera anche più efficace il diritto violato. Nella vicenda che ha coinvolto i due cittadini inglesi, ad esempio, il riferimento dovrebbe piuttosto rinvenirsi nella correttezza e nella efficacia delle procedure di risarcimento da errore giudiziario espressamente previste dai singoli Stati.

Nel nostro ordinamento, invero, il principio della presunzione d'innocenza (anche nel suo "secondo significato") risulta estraneo sia alla procedura di revisione, sia alla successiva ed eventuale procedura riparatoria. Nella procedura di revisione, pur avviandosi un nuovo giudizio di merito, ove, *ex art. 60, comma 3, c.p.p.*, il condannato effettivamente riassume la qualità d'imputato, egli riveste una posizione decisamente differente da quella che lo ha caratterizzato nel precedente giudizio di cognizione: spetta a lui provare la propria innocenza (*art. 631 c.p.p.*), salvo i casi di richiesta avanzata dal procuratore generale, e per di più, durante la procedura di revisione, l'esecuzione della condanna prosegue, se non in via eccezionale, come risulta chiaro dall'*art. 635 c.p.p.*³⁴ Quanto poi alla procedura di riparazione dell'errore, la presunzione d'innocenza non sembra poter essere invocata né nel suo significato più classico, posto che l'interessato compare con lo *status* di prosciolto e asserito danneggiato, né nel suo "secondo significato", non pretendendosi che questi debba fornire prove circa la mancata causazione dell'errore per dolo o colpa grave.

Sicuramente, un aspetto su cui riflettere è quello linguistico³⁵, riconoscendo l'importanza che assumono i termini utilizzati dall'autorità³⁶ alle prese con una questione connessa alla vicenda penale; sul punto, un primo passo per fornire una tutela più efficace potrebbe essere quello di elaborare moduli comunicativi chiari con opportuni adeguamenti linguistici imposti dal c.d. "*person-first language*"³⁷. Sebbene nel

³⁴ Di fatto, l'*art. 631 c.p.p.* comporta una vistosissima eccezione alla presunzione di innocenza come regola di giudizio, così come l'*art. 635 c.p.p.* una eccezione, altrettanto vistosa, alla presunzione di innocenza come regola di trattamento.

³⁵ Sul punto, si veda il paragrafo 50 della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Marinoni contro Italia* citata, ove la Corte ritiene che, a seconda delle circostanze, anche l'uso di un linguaggio infelice può non essere ritenuto contrario all'*art. 6 § 2 CEDU*.

Allo stesso tempo, però, la lesione del principio in parola può sussistere anche in assenza di una considerazione formale di colpevolezza, risultando sufficiente indicare le ragioni che suggeriscono che il giudice considera la persona interessata come colpevole (cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Cleve c. Germania* del 15 gennaio 2015).

³⁶ Si veda, sul punto, il paragrafo 126 della già citata sentenza *Allen c. Regno Unito*.

³⁷ G. GIOSTRA, *Primi spunti per una più efficace comunicazione delle ragioni della Giustizia penale*, in *Giustizia insieme*, 4 dicembre 2019.

caso in esame i giudici di Strasburgo, al fine di tutelare la presunzione d'innocenza, impongano cautele espressive anche ai giudici civili o amministrativi, non vengono, tuttavia, precisate – nemmeno in via esemplificativa – quali sarebbero queste cautele.

Nel nostro ordinamento, il rafforzamento della presunzione di innocenza attraverso l'introduzione di un linguaggio "sorvegliato" negli atti giudiziari è stato introdotto dal d.lgs. n. 188 del 2021, attuativo della direttiva 343/2016/UE³⁸, che però con l'art. 4 è intervenuto sulla sola dimensione processuale della presunzione di innocenza, ricavandone espressamente un criterio di redazione degli atti processuali³⁹. Il nuovo art. 115-*bis* c.p.p. (inserito tra le disposizioni generali del Libro II del codice di rito e rubricato «Garanzia della presunzione di innocenza»), invero, vieta di indicare come colpevole l'indagato o l'imputato, prima della condanna definitiva, nei provvedimenti adottati nel corso del procedimento diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale e dagli atti con i quali il Pubblico Ministero tende a dimostrare la colpevolezza del soggetto. In caso di violazione del suddetto divieto, è poi possibile formulare un'istanza di correzione, necessaria per la salvaguardia della presunzione di innocenza.

Il novellato art. 115-*bis* c.p.p., dunque, introducendo il diritto dell'indagato/imputato di ottenere la correzione di provvedimenti che lo presentino erroneamente come "colpevole", sembra essere finalizzato a tutelare la *fairness* processuale⁴⁰ e, con essa, la neutralità del giudice⁴¹ e non invece la reputazione della persona accusata, discostandosi così dal "secondo significato" della presunzione d'innocenza. Gli effetti di tale modifica normativa, infatti, non si riverberano sugli altri procedimenti, anche di natura diversa, che mostrano un legame stretto con la vicenda già trattata in sede penale.

³⁸ A. MALACARNE, *La presunzione di non colpevolezza nell'ambito del d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188: breve sguardo d'insieme, ivi*, 17 gennaio 2022.

³⁹ E che appare comunque estraneo al caso del condannato ammesso alla procedura di revisione. In dottrina, vedi F. RESTA, *Il compiuto adeguamento alla direttiva 2016/343/UE sulla presunzione di innocenza*, in *www.giustiziainsieme.it*, 14 dicembre 2021.

⁴⁰ R. ORLANDI, *La duplice radice della presunzione di innocenza*, cit.

⁴¹ C. INTRIERI – F. PIQUÉ, *La tutela del segreto esterno: "virgin mind" del giudice e nuovi media*, in *Cass. pen.*, 2016, 156.

**UNA TRAGICA FATALITÀ NON È REATO E NON MERITA UNA PENA:
IL CASO DELL'OMICIDIO DEI UN'ANZIANA SIGNORA INVESTITA
DA UN BAMBINO CHE IMPARAVA AD ANDARE IN BICICLETTA
CON IL SUO PAPÀ**

Trib. Milano, decr. 10.12.2024 (dep. 7.1.2025), Gip Iannelli

di Gian Luigi Gatta

1. Il decreto di archiviazione che può leggersi in allegato affronta un caso singolare, fatalmente tragico e per più aspetti interessante. Mentre si trova in un parco a Milano, percorrendo a piedi un vialetto sterrato accompagnata da una 'badante', un'anziana signora di 85 anni viene urtata dalla bicicletta condotta da un bambino di cinque anni¹. Il bambino, accompagnato dal papà che lo (in)seguiva a piedi, stava imparando ad andare in bicicletta usandone una piccola senza pedali (metodo alternativo alle rotelle di una volta, funzionale ad acquisire l'equilibrio). La signora cade, sbatte la schiena e la testa e, dopo essere stata soccorsa dal padre del bambino e dalla sua 'badante', si rialza e viene accompagnata al pronto soccorso. Il giorno successivo muore, per una emorragia cerebrale post traumatica.

Viene avviato un procedimento penale nei confronti dei genitori del bambino, per il delitto di omicidio stradale (art. 589 bis c.p.).

2. Il pubblico ministero chiede l'archiviazione (v. il provvedimento allegato) non ravvisando gli estremi del reato contestato, sotto il profilo dell'assenza di colpa: "l'evento sinistro è frutto di una sfortunata, causale fatalità, senza che vi sia stata alcuna violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale". L'evento, in particolare, sarebbe stato causato da una perdita di controllo della bicicletta in prossimità della signora e il padre, che pure stava seguendo il bambino da vicino, non avrebbe potuto far nulla per impedire la disgrazia. Quanto alla madre, non era presente al momento dell'incidente ed è stata perciò ritenuta del tutto estranea al fatto.

I parenti della vittima non hanno presentato opposizione alla richiesta di archiviazione.

3. Il Gip, con il decreto che può leggersi in allegato, ha archiviato il procedimento escludendo la possibilità di formulare una ragionevole previsione di condanna.

¹ Per un errore materiale il decreto indica l'età del bambino in dieci anni; si trattava tuttavia, come indicato nella richiesta di archiviazione, di un bambino di soli cinque anni.

In premessa il gip osserva, incidentalmente, che può dubitarsi della configurabilità del delitto di omicidio stradale (in luogo dell'omicidio colposo comune), atteso che *non è pacifico che un vialetto sterrato interno a un parco pubblico costituisca una 'strada' ai sensi di legge*. Non è però un tema decisivo, atteso che, in ogni caso, la rilevanza penale del fatto di omicidio deve escludersi.

Quanto alla madre, non presente al momento del fatto, la responsabilità penale deve escludersi perché, a differenza del criterio di imputazione della responsabilità civile ex art. 2048 c.c. (*culpa in educando* dei genitori per il fatto dannoso commesso dal figlio minore convivente), nel diritto penale opera il principio di personalità della responsabilità, che può essere ascritta al genitore per una omissione (art. 40, co. 2 c.p.) solo sul presupposto della possibilità di intervenire per evitare l'evento causato dal figlio minore; possibilità evidentemente esclusa in assenza della madre sul luogo dell'evento.

Quanto al padre del bambino, il *fatto* di omicidio è integrato, sotto il profilo oggettivo e dell'imputazione ex art. 40, co. 2 c.p.; senonché difetta la colpa: l'evento è stato causato dallo sbandamento repentino della bicicletta, che si è verificato in modo "improvviso, non prevedibile né prevenibile".

4. Cosa ci insegna questa vicenda giudiziaria? Per un verso, richiama i principi elementari in tema di imputabilità (per escludere la responsabilità del bambino), di responsabilità omissiva nei reati di evento e di imputazione oggettiva del fatto penalmente rilevante al titolare di una posizione di garanzia, che postula la possibilità di intervenire per evitare l'evento (*ad impossibilia nemo tenetur*) e di colpa. Un caso da manuale che si presta ad essere proposto agli studenti nelle lezioni di diritto penale. Decisiva, rispetto alla posizione del padre, è l'assenza di colpa. Il genitore-agente modello è quello che segue il figlio mentre impara ad andare in bicicletta, concentrando la sua attenzione sul bambino e sull'area circostante. La regola cautelare, per esperienza, richiede di stare vicino al bambino, cosa che il papà ha fatto. La perdita di equilibrio è stata improvvisa e, per quanto vicino, il papà non avrebbe potuto evitare l'evento.

La vicenda è talmente drammatica – anche per la 'pena naturale' inflitta alla famiglia del bambino – che, saggiamente, non vi è stata l'ansia di individuare un colpevole e, di conseguenza, una penetrante ricerca di profili di colpa. Non era il caso. Si sarebbe forse potuto dire che l'evento era prevedibile: la stabilità di un'anziana accompagnata da una badante è normalmente precaria, e quando si insegna a un bambino ad andare in bici è buona regola guardare se la strada è libera o da chi è impegnata. E si sarebbe potuto forse dire che il papà avrebbe dovuto arrestare la corsa della bici facendo passare la signora. Uno spunto in tal senso si trarre da dichiarazioni del padre ritenute però dal Gip inutilizzabili, nelle quali emerge la consapevolezza della presenza dell'anziana signora sulla strada.

Opportunamente, non si è però andati alla ricerca della colpa: né di quella del papà, né di quella dei medici del pronto soccorso che hanno prestato assistenza alla vittima, deceduta il giorno seguente.

Ecco allora cosa insegna la vicenda: possono accadere delle disgrazie rispetto alle quali il diritto penale e la pena non rappresentano una risposta socialmente adeguata. La punizione del papà – in termini di anni di reclusione, eventualmente con pena sospesa o sostituita – sarebbe apparsa eccessiva, ingiusta, non funzionale al perseguimento di una finalità rieducativa rispetto a un fatto che sarebbe potuto accadere a tanti altri genitori. Un fatto il cui peso resta come un macigno nella vita familiare e rispetto al quale i parenti della vittima, rinunciando all’opposizione alla richiesta di archiviazione, hanno mostrato di non cercare giustizia nel procedimento penale. Altro è il discorso di una possibile responsabilità civile, sempre che sia configurabile.

LE SEZIONI UNITE CIVILI SUL CASO DICIOTTI: UNA DECISIONE DI GRANDE IMPORTANZA ANCHE IN SEDE PENALE

Cass. civ., Sezioni Unite, 18.2.2025 (dep. 6.3.2025), n. 17687/24

di Luca Masera

1. L'ordinanza in commento ha ad oggetto gli aspetti civilistici di una vicenda, quella dei migranti trattenuti sulla nave militare Diciotti dal 16 al 25 luglio 2018, che già era stata oggetto di attenzione in sede penale. Come si ricorderà, in relazione alla medesima vicenda oggetto della decisione qui in commento nel gennaio 2019 il Tribunale dei ministri di Catania, nonostante il parere difforme della Procura, aveva chiesto al Senato l'autorizzazione a procedere per il reato di sequestro di persona nei confronti dell'allora Ministro dell'interno Salvini; autorizzazione che era stata negata dal Senato, che con deliberazione del 20 marzo 2019 aveva approvato la richiesta della Giunta per le autorizzazioni di respingere la richiesta del giudici catanesi¹.

Uno dei soggetti trattenuti sulla nave Diciotti, di cittadinanza eritrea come la maggior parte dei trattenuti, aveva chiesto in sede civile il risarcimento ex art. 2043 c.c. del danno morale patito in seguito alla (ritenuta) illecita detenzione cui era stato sottoposto. Domanda che era stata respinta prima dal Tribunale di Roma, che con ordinanza del 9 luglio 2019 aveva dichiarato l'assoluta carenza di giurisdizione, ritenendo che i comportamenti censurati avessero la natura di atti politici; e poi dalla Corte d'appello che – pur ritenendo sussistente la giurisdizione ordinaria, in quanto il danno lamentato era riferibile non ad un atto politico, ma ad un atto amministrativo, pienamente sindacabile – aveva respinto nel merito la domanda “in difetto della colpa della pubblica amministrazione e, comunque, in mancanza di allegazione e prova del danno conseguenza”.

La Cassazione annulla la decisione di secondo grado, ritenendo sussistenti tutti gli estremi per accogliere la domanda risarcitoria. Mentre alcuni dei principi di diritto affermati nell'ordinanza sono di stretta pertinenza civilistica, altri invece, per la loro portata generale, sono di sicuro interesse anche in prospettiva penalistica, tanto più che, come vedremo meglio oltre, è in corso presso gli uffici giudiziari di Palermo un procedimento relativo ad una vicenda pressoché identica nei suoi tratti essenziali a quella ora decisa dalla Cassazione civile (il riferimento è ovviamente al procedimento in corso a Palermo, che ha visto in primo grado l'assoluzione del Ministro Salvini nel cd. caso Open Arms).

¹ Per una ricostruzione di tali vicende, e per i relativi riferimenti in dottrina, sia consentito rinviare a L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali – I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Torino, 2020.

2. La Cassazione è chiamata a decidere due ricorsi: quello in via principale, con cui il ricorrente chiede la riforma della decisione di secondo grado, e il riconoscimento della pretesa risarcitoria; e quello incidentale proposto dall'Avvocatura dello Stato, con cui si chiede la dichiarazione dell'assenza assoluta di giurisdizione in ragione della natura di atto politico della condotta da cui sarebbe derivato il danno.

L'ordinanza prende le mosse proprio da tale questione logicamente preliminare (e che costituisce la ragione dell'attribuzione del ricorso alle Sezioni unite). Si tratta di uno degli aspetti a nostro avviso più significativi della decisione, e per questo ci pare utile riprendere da vicino il percorso argomentativo della Cassazione.

L'ordinanza inizia con il richiamare il proprio precedente del 2023, sempre a Sezioni unite, da cui si ricava che: "la nozione di atto politico è di stretta interpretazione e ha carattere eccezionale, perché altrimenti si svuoterebbe di contenuto la garanzia della tutela giurisdizionale, che la Costituzione assicura come indefettibile e con i caratteri della effettività e della accessibilità.

Il principio di giustiziabilità degli atti del pubblico potere, di soggezione del potere alla legge ogni qualvolta esso entra in rapporto con i cittadini, costituisce un profilo basilare della Costituzione italiana. L'impugnabilità dell'atto è la regola: una regola orientata ad offrire al cittadino una concreta protezione della propria sfera soggettiva individuale contro le molteplici espressioni di potere in cui si concreta l'azione della pubblica amministrazione".

L'atto politico insindacabile è limitato ai soli ambiti di estrinsecazione del potere di governo non disciplinati dalla legge, perché, quando l'azione amministrativa è definita da fonti normative, il loro rispetto può e deve essere verificato dall'autorità giudiziaria. "La chiave di volta ai fini del giudizio di insindacabilità di un atto del potere pubblico è costituita, in generale, dalla mancanza di specifici parametri giuridici protesi a riconoscere posizioni di vantaggio meritevoli di protezione. (...) L'insindacabilità è il predicato di un atto non sottoposto dall'ordinamento a vincoli di natura giuridica. Ove, viceversa, vi sia predeterminazione dei canoni di legalità, quello stesso sindacato si appalesa doveroso. Il giudice, quale che sia il plesso di appartenenza, è non solo rispettoso degli ambiti di attribuzione dei poteri, ma anche, sempre per statuto costituzionale, garante della legalità, e quindi non arretra là dove gli spazi della discrezionalità politica siano circoscritti da vincoli posti da norme che segnano i confini o indirizzano l'esercizio dell'azione di governo. La giustiziabilità dell'atto dipende dalla regolamentazione sostanziale del potere. Se dunque esiste una norma che disciplina il potere, che ne stabilisce limiti o regole di esercizio, per quella parte l'atto è suscettibile di sindacato". Tra i vincoli che limitano la discrezionalità dell'azione di governo vanno collocati, prosegue l'ordinanza, "il rispetto e la salvaguardia dei diritti inviolabili della persona. L'azione del Governo, ancorché motivata da ragioni politiche, non può mai ritenersi sottratta al sindacato giurisdizionale quando si ponga al di fuori dei limiti che la Costituzione e la legge gli impongono, soprattutto quando siano in gioco i diritti fondamentali dei cittadini (o stranieri), costituzionalmente tutelati".

Posto questo chiarissimo principio di diritto, l'ordinanza non può che concludere che "va certamente escluso che il rifiuto dell'autorizzazione allo sbarco dei migranti

soccorsi in mare protratto per dieci giorni possa considerarsi quale atto politico sottratto al controllo giurisdizionale. (...) Si è in presenza, piuttosto, di un atto che esprime una funzione amministrativa da svolgere, sia pure in attuazione di un indirizzo politico, al fine di contemperare gli interessi in gioco e che proprio per questo si innesta su una regolamentazione che a vari livelli, internazionale e nazionale, ne segna i confini. Le motivazioni politiche alla base della condotta non ne snaturano la qualificazione, non rendono, cioè, politico un atto che è, e resta, ontologicamente amministrativo”.

3. Ritenuta sussistente la giurisdizione, l’ordinanza passa a confutare gli argomenti addotti dalla Corte d’appello per negare il requisito della colpa in capo all’amministrazione, che avrebbe agito in “un quadro di forte incertezza delle norme internazionali che regolano la materia dello sbarco a seguito di operazioni di soccorso marittimo”, incertezza tale da non fare apparire “comunque sussistente, in termini di certezza, un obbligo giuridico in capo allo Stato di rilasciare il POS (*Place of Safety*) ovvero di rilasciarlo entro un determinato termine e secondo determinate modalità”.

La Cassazione ricorda come “l’obbligo del soccorso in mare corrisponde ad una antica regola di carattere consuetudinario, rappresenta il fondamento delle principali convenzioni internazionali (...) e come tale esso deve considerarsi prevalente su tutte le norme e gli accordi bilaterali finalizzati al contrasto dell’immigrazione irregolare”. La Corte ricorda i principi contenuti nelle principali convenzioni internazionali in materia (vengono citate in particolare la cd Convenzione SOLAS del 1974, la cd. Convenzione SAR del 1980 e la cd. Convenzione UNCLOS del 1982), per concludere che “non può dubitarsi allora che la mancata tempestiva indicazione del POS, unitamente alla decisione di non far scendere i 177 migranti per cinque giorni sebbene la nave fosse già ormeggiata nel porto di Catania, costituisca una chiara violazione della predetta normativa internazionale”.

Più ancora che la violazione della normativa internazionale in tema di individuazione del POS, ad essere decisive, nella prospettiva risarcitoria, risultano le violazioni delle disposizioni (interne ed internazionali) poste a tutela della libertà personale, ed in particolare l’art. 13 Cost., e l’art. 5 CEDU. L’ordinanza ricorda come la Grande camera della Corte EDU, con la sentenza *Khlaifia* – relativa al trattenimento di alcuni cittadini tunisini nel 2011 prima nell’hotspot di Lampedusa e poi su una nave ormeggiata nel porto di Palermo – abbia chiarito come ogni forma di privazione della libertà, anche degli stranieri irregolari, debba avere una chiara base legale, e debba consentire al trattenuto un ricorso effettivo di fronte all’autorità giudiziaria. “Analogamente nel caso in esame, l’insussistenza di un provvedimento giudiziario o di una successiva convalida delle scelte governative è di per sé sufficiente ad affermare l’arbitrarietà del trattenimento dei migranti ai sensi dell’art. 5 CEDU, atteso che l’art. 13 della Costituzione prescrive il cumulativo soddisfacimento di entrambe le riserve, di giurisdizione e di legge, affinché possa dirsi integrata una legittima restrizione della libertà personale”.

Tanto la normativa in materia di soccorso in mare ed individuazione del POS, quanto quella in tema di privazione della libertà personale, sono dunque tutt’altro che

incerte od oscure, come aveva invece ritenuto la Corte d'appello. "Le considerazioni sopra svolte restituiscono un quadro giuridico di tale chiarezza e coerenza da rendere insostenibile l'assunto della insussistenza di elementi sufficienti per affermare la colpa delle amministrazioni resistenti". Né ad escludere la colpa può essere invocata la sussistenza di un errore scusabile circa la legittimità della detenzione a bordo della nave Diciotti, poché "non può risultare sufficiente ragione di scriminazione della condotta, sotto il profilo della colpa, l'incertezza normativa in ordine alla individuazione dello Stato competente, né la pure consentita flessibilità sulle determinazioni da adottare al momento di individuare il POS e autorizzare allo sbarco, non potendo tale flessibilità comunque risultare esente da ragionevoli limiti temporali senza altrimenti tradursi di fatto in una misura restrittiva della libertà personale, intollerabile per l'ordinamento costituzionale e sovranazionale".

4. La Cassazione prende poi in esame la questione se il rifiuto dell'autorizzazione a procedere pronunciato dal Senato abbia rilievo anche in sede civile, o in altri termini "se la insindacabilità della condotta che esso determina sul piano penale si riverberi anche sulla configurabilità dell'illecito civile, nel senso di escluderla". La conclusione è di segno negativo: "se principio cardine di uno Stato costituzionale di diritto è la giustiziabilità di ogni atto lesivo dei diritti fondamentali della persona, ancorché posto in essere dal Governo e motivato da ragioni politiche, la sottrazione dell'agire politico a tale sindacato — pur prevista, in presenza di determinati presupposti, da norma costituzionale — non può che costituire l'eccezione, come tale soggetta a interpretazione tassativa e riferibile, dunque, solo alla responsabilità penale".

5. L'ultima questione oggetto di analisi riguarda l'affermazione della Corte d'appello, secondo cui non sarebbe stata fornita dal ricorrente la necessaria prova del danno-conseguenza subito. La Cassazione ribadisce il tradizionale principio per cui "ad essere risarcibile non è la lesione dell'interesse giuridicamente protetto (danno-evento o evento di danno) ma il danno-conseguenza, vale a dire i pregiudizi derivanti secondo nesso di causalità giuridica dalla lesione stessa, da allegare e provare da parte del danneggiato". Tuttavia, continua la Corte, "tale prova ben può essere offerta anche a mezzo di presunzioni gravi, precise e concordanti. In particolare, in ipotesi, quale quella di specie, di restrizione della libertà personale, i margini di un ragionamento probatorio di tipo presuntivo, ferma restando la non predicabilità di un danno *in re ipsa*, risultano particolarmente forti, tanto più per una vicenda dai contorni fattuali chiari come quelli di cui si tratta. Ciò tanto più ove si consideri la dimensione eminentemente soggettiva e interiore del pregiudizio che si tratta di risarcire (danno morale), all'esistenza del quale non corrisponde sempre una fenomenologia suscettibile di percezione immediata e, quindi, di conoscenza ad opera delle parti contrapposte al danneggiato".

6. L'ordinanza appena sintetizzata contiene alcuni principi importanti, che rilevano ben oltre l'ambito della responsabilità civile rispetto ai quali sono stati formulati.

In primo luogo, viene fugato ogni dubbio circa la sindacabilità in ogni sede (civile e penale) delle condotte poste in essere dai più alti vertici politici, quando esse vanno ad intervenire in una materia disciplinata da fonti normative interne e/o internazionali, e soprattutto quando esse hanno provocato la lesione di un diritto fondamentale, non importa se di un cittadino o di uno straniero (regolare o irregolare).

In realtà, in ambito penale tale principio è da contemperare con la peculiare disciplina della responsabilità penale dei ministri, che senza arrivare a dichiarare insindacabili le condotte ad esse ascrivibili, attribuisce al Parlamento la possibilità di negare alla magistratura l'autorizzazione a procedere quando, come recita l'art. 9 co. 3 l. cost. n. 1/1989, "l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo". In altra sede abbiamo sviluppato le ragioni per cui riteniamo che il potere del Parlamento di negare l'autorizzazione a procedere trovi comunque un limite ordinamentale nell'illegittimità della delibera che garantisca l'impunità a condotte dei ministri integranti gli estremi di crimini internazionali o comunque di reati che ledono diritti fondamentali, la cui tutela in sede penale è imposta da obblighi internazionali dello Stato².

Ovviamente la Cassazione non si occupa direttamente della responsabilità penale dei ministri, trattandosi di un procedimento civile per il risarcimento del danno nei confronti dello Stato. Tuttavia, l'affermazione (nuova, se non vediamo male, nella giurisprudenza di legittimità) per cui il diniego dell'autorizzazione a procedere non ha rilievo in sede civile – posto il principio cardine della giustiziabilità di ogni atto lesivo di un diritto fondamentale – fornisce indicazioni importanti rispetto al tema, quanto mai controverso, della qualificazione giuridica della mancata autorizzazione, che la legge definisce quale condizione di procedibilità, ma che secondo parte della dottrina deve essere considerata una causa di giustificazione³. La decisione della Cassazione di ritenere la mancata autorizzazione parlamentare irrilevante in sede civile costituisce una autorevole conferma della tesi che ne esclude la natura di causa di giustificazione, preferendone la qualificazione come causa di improcedibilità (*sui generis*) o come particolare forma di immunità⁴.

² È la tesi sviluppata in MASERA, *Immunità*, cit.

³ Per i riferimenti di tale dibattito, cfr. MASERA, *Immunità*, cit., p. 72 ss.

⁴ In questo senso MASERA, *Immunità*, cit., p. 170 s.: "Al fine precipuo di garantire alle vittime almeno il diritto al risarcimento del danno, ci pare preferibile escludere la qualificazione dell'esimente come causa di giustificazione, che condurrebbe a ritenere il fatto compiuto dal ministro come lecito ai sensi dell'intero ordinamento giuridico. Di fronte, come visto sopra, ad un quadro normativo non univoco, in cui comunque prevalgono gli elementi testuali a favore della qualificazione come condizione di procedibilità, proprio l'argomento dell'importanza di riconoscere alle vittime la possibilità di fare azione in sede civile anche di fronte ad una delibera parlamentare che neghi l'autorizzazione a procedere ci pare in grado di orientare l'interprete verso l'esclusione della qualificazione che tale possibilità conduce a negare. Che poi si tratti di una vera e propria condizione di procedibilità, sia

Al di là poi di tali profili dogmatici, la chiara limitazione da parte delle Sezioni unite della categoria dell'atto politico insindacabile a condotte dei pubblici poteri che non ledono i diritti fondamentali eviterà in futuro che tale categoria venga impropriamente evocata anche nei processi penali, relativi a fatti per i quali è stata concessa l'autorizzazione a procedere.

7. Il secondo elemento di grande interesse della pronuncia è quello relativo alla ricostruzione del quadro normativo che regola i soccorsi in mare e l'individuazione del luogo di sbarco, e la privazione della libertà dello straniero privo di titolo per l'ingresso.

Quanto al primo aspetto, la Cassazione afferma senza incertezze il dovere per lo Stato, qualora i suoi mezzi abbiano proceduto ad un soccorso, di individuare "nel più breve tempo ragionevolmente possibile" un luogo sicuro (POS) ove sbarcare, per tale non potendosi intendere la nave dei soccorritori. Si tratta di un'affermazione che con tale chiarezza non era mai stata pronunciata in sede di legittimità, e che potrebbe mettere in discussione la legittimità dell'individuazione di POS molto lontani dai luoghi del soccorso, come avviene abitualmente per le navi delle ONG che operano soccorsi in acque internazionali.

Il passaggio di maggiore interesse per il penalista è tuttavia quello relativo alla libertà personale, ove la Corte, richiamando anche un importante precedente della Grande camera della Corte EDU, ricorda come sia illegittima ogni forma di privazione della libertà dello straniero irregolare, quando essa avvenga fuori dei casi e dei modi espressamente previsti dalla legge; con la conseguenza di affermare l'illegittimità del trattenimento dei naufraghi sulla nave Diciotti disposto dal Ministro Salvini per finalità politiche e in mancanza dei requisiti di legittimità fissati dall'art. 13 Cost. e dall'art. 5 CEDU. L'affermazione è particolarmente importante, perché, come già accennato sopra, si è appena concluso in primo grado presso il Tribunale di Palermo un procedimento per fatti molto simili a quelli decisi con l'ordinanza in commento, posto che, nel caso discusso a Palermo, l'imputazione per sequestro di persona aggravato e per rifiuto d'atti d'ufficio nei confronti del Ministro Salvini derivava proprio dall'aver trattenuto per diversi giorni su una nave ormeggiata in acque italiane (nel caso palermitano la nave di una ONG, la *Open Arms*, e non una nave militare come nel caso Diciotti) alcune decine di stranieri soccorsi in acque internazionali. Certo ogni vicenda processuale fa storia a sé, e vi è ovviamente una grande differenza tra l'affermare l'illegittimità civilistica della privazione di libertà e la colpa dell'amministrazione al riguardo, e l'accertare la responsabilità penale per reati dolosi del Ministro che ha dato l'ordine di procedere all'illegittima privazione di libertà. Ciò non toglie che le considerazioni delle Sezioni unite riguardo alla mancanza di base legale della privazione di libertà sono sicuramente pertinenti anche rispetto alla vicenda della *Open Arms*. Ora bisognerà leggere le motivazioni (non ancora pubblicate) dell'assoluzione pronunciata a Palermo, per

pure *sui generis* per le inedite peculiarità normative che la contraddistinguono rispetto alla disciplina ordinaria di tale istituto, o sia invece preferibile collocarla nel vasto contenitore delle immunità, ci pare questione in buona sostanza classificatoria, che poco incide sulla sostanza dei problemi, una volta chiarita la rilevanza dell'esimente nel solo ambito del processo penale".

comprendere il ragionamento giuridico che ne sta a fondamento; ma sicuramente gli argomenti della Cassazione non potranno essere ignorati dalla Procura palermitana quando si tratterà di decidere se impugnare la pronuncia del Tribunale.

8. Ci sia consentito infine un brevissimo cenno alle reazioni scomposte che la decisione in commento ha provocato da parte della Presidente del consiglio e di diversi esponenti della maggioranza; reazioni che hanno condotto la Prima Presidente della Corte di cassazione ad emettere un lapidario comunicato stampa, ove si afferma che “le decisioni della Corte di cassazione, al pari di quelle degli altri giudici, possono essere oggetto di critica. Sono, invece, inaccettabili gli insulti che mettono in discussione la divisione dei poteri su cui si fonda lo Stato di diritto”.

Ancora una volta, un provvedimento giudiziario adottato in materia di immigrazione e dal contenuto sgradito al Governo ha provocato un attacco durissimo nei confronti della magistratura: con la peculiarità che questa volta ad essere insultati non sono dei giudici di merito, ma addirittura le Sezioni unite della Cassazione. Ogni volta che la magistratura ricorda che l’azione di governo deve muoversi entro i limiti tracciati dal diritto (interno ed internazionale) e dal rispetto dei diritti fondamentali, le reazioni dei più autorevoli esponenti del Governo giungono puntuali ad attaccare con veemenza i magistrati accusati di fare politica. L’opinione pubblica si sta purtroppo ormai assuefacendo a questi attacchi, ma il più alto magistrato del nostro Paese in maniera ineccepibile ci ricorda quanto essi siano pericolosi, minando alle fondamenta i principi della separazione dei poteri e dell’indipendenza della magistratura, senza i quali una democrazia costituzionale non può dirsi tale.

**SULL'AUTOMATISMO DELLA SOSPENSIONE DALL'ESERCIZIO DELLA
RESPONSABILITÀ GENITORIALE EX ART. 34, CO. 2 C.P.:
LA PAROLA ALLA CONSULTA**

Trib. Siena, ord. 6.6.2024, Pres. ed est. Spina

di Federica Alma

1. L'esistenza nel nostro ordinamento di meccanismi sanzionatori che, a norma dell'art. 20 del codice penale, «*conseguono di diritto alla condanna*», come effetti penali della stessa, porta di certo ad interrogarsi sulla compatibilità di questi spazi sottratti alla discrezionalità del giudice con i principi di proporzionalità ed individualizzazione cui la pena dovrebbe essere improntata. Collocate in un sistema in cui l'esercizio della potestà punitiva trova il proprio fondamento e la propria legittimazione nella prospettiva della effettiva rieducazione del singolo condannato¹, queste perplessità crescono all'aumentare dei profili predeterminati a monte dal legislatore. Si moltiplicano, così, le criticità in ipotesi in cui, in virtù della previsione di comminatorie edittali stabilite per legge in misura fissa, il giudice, oltretutto escluso dalla scelta sull'*an*, è estromesso dalla graduazione del *quantum* di pena accessoria da infliggere all'individuo; una pena non parametrata, allora, in rapporto alla concreta gravità del fatto di reato per cui si procede, ovvero alla luce degli ulteriori interessi di rango costituzionale emergenti nel caso di specie, ma definita sulla base di astratte scelte di politica criminale.

È in questo contesto che si collocano i dubbi circa la legittimità costituzionale del secondo comma dell'articolo 34 del codice penale avanzati dal Tribunale di Siena nell'ordinanza che può leggersi in allegato.

La norma censurata dal giudice toscano individua la disciplina della pena accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale e, più nel dettaglio, dispone che, ove condannato per un delitto commesso con abuso della responsabilità genitoriale, il genitore sia automaticamente sospeso, per un periodo pari al doppio della pena a lui inflitta, dall'esercizio del complesso di poteri-doveri allo stesso attribuiti a protezione e tutela del figlio. Ebbene, secondo la prospettazione offerta dal rimettente, tal previsione confliggerebbe con gli articoli 2, 3, 27, 29 e 30 della Costituzione, nonché con l'articolo 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata dallo Stato e resa esecutiva per tramite della legge 27 maggio 1991, n. 176, nella parte in cui «*prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per delitti commessi con abuso della*

¹ Principio sancito dal terzo comma dell'art. 27 della Costituzione, in relazione al quale si rinvia a G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 13 ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 19 ss.

responsabilità genitoriale comporta la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporla, nonché nella parte in cui la misura della sospensione della responsabilità genitoriale è disposta per un periodo di tempo pari al doppio della pena inflitta, anziché in misura eguale a quella della pena principale inflitta»².

2. Volendo descrivere sinteticamente la vicenda processuale al cui interno si innesta la questione di legittimità costituzionale in commento, nel caso di specie due genitori sono chiamati a rispondere del delitto aggravato di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572, comma 2, c.p.), perpetrato ai danni dei figli minorenni. Tra il 2015 ed il 2022, difatti, la coppia di imputati instaura un clima di abuso e vessazione nella propria abitazione: i soggetti utilizzano metodi educativi di caratura violenta, realizzano abitualmente condotte aggressive nei confronti dei figli minorenni, li percuotono con schiaffi e calci e, in talune occasioni, utilizzano una cintura per punirli.

Gli elementi agli atti portano il Collegio giudicante a formulare un positivo giudizio di responsabilità penale dei soggetti in ordine ai reati a loro ascritti, «*commessi nei confronti dei figli e, dunque, con abuso della responsabilità genitoriale*»³. Nondimeno, se da un lato la sussistenza di tale responsabilità – e la conseguente condanna per i fatti così qualificati – è presupposto necessario e sufficiente per l'applicazione della sospensione della responsabilità genitoriale e determina l'automatica attuazione di quanto previsto dall'art. 34, comma secondo, c.p., d'altro canto il Tribunale di Siena rileva l'inadeguatezza della specifica misura accessoria rispetto alle peculiarità della vicenda sottoposta al suo esame. Ad avviso del Collegio, infatti, nel caso di specie, a fronte di una sopravvenuta ricomposizione del quadro familiare, accompagnata dalla completa resipiscenza delle figure genitoriali, la sospensione degli imputati dall'esercizio della responsabilità che compete agli stessi finirebbe con l'esplicare effetti meramente disgregativi, nocivi *in primis* per gli interessi della prole.

3. Gli snodi argomentativi dell'ordinanza di promovimento, nella loro estrema concisione ed essenzialità, mettono ben in chiaro la rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata ai fini del decidere: nel giudizio principale innanzi a lui radicato il giudice *a quo* non può prescindere dall'applicazione del secondo comma dell'art. 34 c.p., sussistendone i presupposti attuativi e non essendo previsto dalla disposizione alcun margine di intervento dell'autorità procedente, né in punto di determinazione dell'*an*, né con riferimento alla calibrazione del *quantum* di pena accessoria da infliggere agli imputati⁴.

² Trib. Siena, ordinanza n. 142/2024 del 6 giugno 2024.

³ *Ibidem*.

⁴ È questo, peraltro, secondo costante giurisprudenza costituzionale, elemento necessario e sufficiente a radicare la rilevanza *ex art. 23*, secondo comma, legge n. 87 del 1953 della questione di legittimità costituzionale sollevata: ai fini dell'ammissibilità, è «*esigenza minima, ma inderogabile, che la questione abbia a riferimento leggi o disposizioni di legge delle quali il giudice debba, in qualsiasi modo, direttamente o indirettamente, fare applicazione nel processo dinanzi ad esso svolgentesi*» (C. cost., sentenza n. 142 del 1968 e, nello stesso senso, sentenza n. 216 del 1993 e ordinanza n. 23 del 2004), sicché «*l'applicabilità della disposizione [censurata] al giudizio principale è condizione sufficiente a radicare la*

Il giudizio principale e l'instaurando giudizio di costituzionalità risultano, allora, all'evidenza, avvinti da un concreto ed effettivo nesso di strumentalità, giacché l'eventuale soluzione positiva del quesito sottoposto al Giudice delle Leggi, con accoglimento e pronuncia di illegittimità della norma, sarebbe suscettibile di avere un'incidenza attuale – e non meramente eventuale – sulla definizione del procedimento innanzi al Tribunale di Siena⁵.

A rimarcare la rilevanza e, pertanto, l'ammissibilità della questione sollevata non può, poi, ignorarsi un ulteriore profilo, lasciato per vero sottinteso nell'ordinanza di rimessione: la chiarezza e l'univocità della *littera legis* impediscono all'interprete di percorrere strade interpretative alternative che consentano di adeguare il testo della norma ai principi dell'ordinamento costituzionale che si assumono violati, così ponendo rimedio al *vulnus* riscontrato.

4. Delineata la rilevanza della questione, il giudice *a quo* procede all'inquadramento dei profili di non manifesta infondatezza dei propri dubbi di legittimità costituzionale facendo proprio un principio affermato dalla Consulta: «*se la "regola" è rappresentata dalla "discrezionalità", ogni fattispecie sanzionata con pena fissa (qualunque ne sia la specie) è per ciò solo "indiziata" di illegittimità*»⁶.

Il "volto costituzionale" del sistema penale⁷, difatti, di fronte alla variabile complessità delle condotte anti-giuridiche dei singoli, impone la realizzazione di una «*riparatrice giustizia distributiva*»⁸, di una giustizia, cioè, che, improntata alla diversificazione e non all'uniformità, sia in grado di soppesare l'offensività delle diverse ipotesi criminose e di farvi conseguire, in maniera ragionevolmente differenziata, conseguenze sanzionatorie proporzionali e proporzionate.

Muovendo da tal considerazione, il ragionamento del rimettente si biforca e profila due piani di attrito tra la norma oggetto di censura ed i principi dell'ordinamento costituzionale: se per certi versi è innegabile, ad avviso del Tribunale di Siena, la contrarietà del meccanismo di cui all'art. 34, comma secondo, c.p. al principio di proporzionalità ed alla necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio di cui agli articoli 3 e 27 della Costituzione, d'altro canto non può ignorarsi l'incompatibilità della disposizione con l'esigenza di tutelare gli interessi dei figli minori di chi è

rilevanza della questione, che non postula un sindacato più incisivo sul concreto pregiudizio ai principi costituzionali coinvolti» (sentenza n. 174 del 2016).

⁵ Giova anche in questo caso richiamare la giurisprudenza costituzionale formatasi in materia di rilevanza della questione di legittimità costituzionale, che precisa che detto requisito «*implica necessariamente che la sollevata questione di legittimità costituzionale abbia nel procedimento a quo un'incidenza attuale e non meramente eventuale. La pregiudizialità della questione medesima, conditio sine qua non ai fini del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, si concreta solo allorché il dubbio investa una norma, dalla cui applicazione, ai fini della definizione del giudizio innanzi a lui pendente, il giudice a quo dimostri di non poter prescindere*» (sentenza n. 190 del 1984).

⁶ C. cost., sentenza n. 222 del 2018, ove il Giudice delle Leggi si richiama alla sentenza n. 50 del 1980.

⁷ La terminologia è mutuata da C. cost., sentenza n. 50 del 1980, cit.

⁸ C. cost., sentenza n. 104 del 1968.

condannato a tal pena accessoria, interessi tutelati dagli articoli 2, 3, 29 e 30 della Costituzione, nonché dall'articolo 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

4.1. Ebbene, sotto il primo profilo, la previsione sanzionatoria rigida in commento, per le proprie caratteristiche, non sarebbe in grado di collimare con il bisogno «di mobilità o individualizzazione della pena, [...] naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale»⁹: l'esigenza di una pena il più possibile calibrata sulla situazione del singolo condannato, in attuazione del mandato costituzionale di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, della Costituzione, richiederebbe, invero, per potersi dire pienamente soddisfatta, l'intervento discrezionale di un giudice, chiamato a determinare in concreto il trattamento sanzionatorio muovendosi in una cornice edittale stabilita per legge, tenendo in preminente considerazione la vasta gamma di circostanze indicate negli artt. 133 e 133-bis c.p.

Distante da tal impianto ideale parrebbe, invece, il secondo comma dell'art. 34 c.p. e la sua peculiare struttura doppiamente rigida, tanto nell'automatica applicazione della pena accessoria quanto nella predeterminata durata della stessa: tale fissità sarebbe in manifesto conflitto con i principi di proporzione ed individualizzazione di cui agli articoli 3 e 27 della Costituzione, poiché non riuscirebbe a garantire una risposta sanzionatoria «ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili ai presupposti applicativi» della norma ed anzi ben potrebbe dar luogo all'applicazione di misure accessorie «manifestamente sproporzionate per eccesso [...] rispetto ai fatti commessi con abuso di responsabilità genitoriale meno gravi»¹⁰.

4.2. Quanto, poi, al secondo profilo di asserita contrarietà a Costituzione della norma, il Collegio senese rappresenta che, in una ipotesi analoga, a fronte della fattispecie delittuosa di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, la Corte costituzionale ha già avuto modo di pronunciarsi dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 574-bis, comma terzo, c.p., «nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale»¹¹.

Gli argomenti già spesi dalla Consulta nella precedente pronuncia sono, allora, richiamati dal Tribunale rimettente ed utilizzati per avallare i dubbi relativi alla compatibilità della disposizione oggetto di censura con gli articoli 2 – che, come precisa il giudice *a quo*, «riconoscendo e tutelando i diritti fondamentali dell'individuo, costituisce

⁹ C. cost., sentenza n. 222 del 2018, cit., ove sono richiamate le sentenze n. 67 del 1963 e n. 104 del 1968, cit.

¹⁰ Trib. Siena, ordinanza n. 142/2024 del 6 giugno 2024, cit.

¹¹ C. cost., sentenza n. 102 del 2020.

fondamento anche per la tutela dei diritti dei minorenni»¹² –, 3, 29 e 30 della Costituzione, nonché con l'art. 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo – «che impegna gli Stati parte a rispettare, tra l'altro, il diritto dei minori alle proprie relazioni familiari»¹³ –: dal novero di parametri normativi evocati discenderebbe il principio in virtù del quale, nell'adozione di provvedimenti che coinvolgano minorenni, dovrebbe considerarsi con prevalenza l'interesse del soggetto di minore età, interesse che parrebbe, invece, irragionevolmente sacrificato dalla previsione di cui al secondo comma dell'art. 34 c.p., «che comporta conseguenze che ricadono sui figli dei condannati non già semplicemente de facto – come può avvenire per qualsiasi provvedimento giudiziario – ma de jure»¹⁴.

5. Acclarata la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, il Tribunale di Siena invoca un intervento della Consulta di tipo sostitutivo, che modifichi la previsione normativa sia in punto di *an* che in punto di *quantum*, rendendola compatibile alle necessità ed ai bisogni propri del sistema sanzionatorio utilizzando le precise indicazioni «già rinvenibili nell'ordinamento, quali sono quelle individuate dall'art. 37 c.p.»¹⁵. Richiede, insomma, il rimettente che la Corte costituzionale dichiari la contrarietà a Costituzione del secondo comma dell'art. 34 c.p. nella parte in cui la disposizione prevede in capo al giudice un dovere di applicazione della pena accessoria al genitore condannato, e non invece un potere di applicazione discrezionale della misura sanzionatoria, e, al contempo, nel passaggio in cui la norma quantifica rigidamente l'ammontare di pena accessoria nel doppio della pena principale inflitta, anziché in misura uguale ad essa.

6. In attesa di una pronuncia della Corte costituzionale¹⁶ che dia risposta ai dubbi paventati dal Collegio toscano, sia consentita qualche breve considerazione sulla questione oggetto di queste note.

6.1. Preliminarmente, volendo brevemente inquadrare il contesto normativo in cui si colloca la disposizione censurata dal giudice *a quo*, così da meglio profilare le ragioni di fondo su cui la stessa poggia e le peculiarità che la caratterizzano, giova ricordare che l'odierna formulazione testuale dell'art. 34 c.p. è il risultato delle modifiche operate sull'originaria previsione legislativa prima dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, quindi dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154.

Volgendo lo sguardo, in particolare, al secondo comma dell'articolo, qui tacciato di illegittimità costituzionale, l'esame delle dinamiche evolutive che lo hanno coinvolto

¹² Trib. Siena, ordinanza n. 142/2024 del 6 giugno 2024, cit.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Dai dati rinvenibili sul sito della Corte costituzionale, la trattazione della questione di legittimità di cui si tratta è fissata nella data del 24 marzo 2025.

consente di distinguere tra un “nucleo duro” della norma, rappresentato dai contenuti sostanziali della stessa, conservati inalterati dalle novelle legislative succedutesi nel tempo, ed una porzione della previsione di aspetto magmatico, costituita dai profili attinenti ai rapporti tra genitori e figli, condensati nella terminologia utilizzata dal legislatore e modificati dallo stesso in considerazione del progresso giuridico e socio-culturale che ha interessato l’istituto della famiglia.

Se da un lato, quindi, sin dall’originaria introduzione del codice penale, il secondo comma dell’art. 34 c.p. prevedeva – e tutt’oggi prevede –, in ipotesi di delitti commessi con abuso, l’applicazione di diritto di una pena accessoria *«per un periodo pari al doppio della pena [principale] inflitta»*, d’altro canto all’iniziale previsione, quale condizione di applicazione della sanzione accessoria, dell’abuso *«della patria potestà o dell’autorità maritale»*, si è sostituita in un primo momento quella dell’abuso *«della potestà dei genitori»* e, da ultimo, quella dell’abuso *«della responsabilità genitoriale»*. Modifiche tutte, come già si è rimarcato, dettate dalla necessità di adattare l’articolo alla differente visione prospettica maturata con riferimento alla posizione ricoperta dai genitori e dai figli nei loro reciproci rapporti, non più costretti nel binomio potestà-soggezione: precisa, sul punto, la Relazione illustrativa al decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, che ha introdotto nel tessuto codicistico il concetto di responsabilità genitoriale, che detta nozione, *«già presente da tempo in numerosi strumenti internazionali [...] è quella che meglio definisce i contenuti dell’impegno genitoriale, non più da considerare come una “potestà” sul figlio minore, ma come un’assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio, [ragion per cui] i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori»*.

6.2. Per ciò che concerne il significato di responsabilità genitoriale, e pertanto gli effettivi contenuti delle pene accessorie delineate dall’art. 34 c.p. – che, accanto alla sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale qui in commento, disciplina la decadenza dalla responsabilità genitoriale –, la norma in parola si limita a precisare al terzo comma che la decadenza dalla responsabilità genitoriale importa *«anche»* – e, dunque, non esclusivamente – *«la privazione di ogni diritto che al genitore spetti sui beni del figlio in forza della responsabilità genitoriale di cui al titolo IX del libro I del codice civile»*, aggiungendo poi, al quarto comma, che la sospensione dal relativo esercizio importa *«anche l’incapacità a esercitare, durante la sospensione»*, i medesimi diritti.

Se le indicazioni date dal codice penale non paiono sufficienti a definire i contorni del concetto in esame, una più precisa delineazione del sintagma può ricercarsi, allora, nelle disposizioni del codice civile ad esso dedicate: la lettura congiunta, in particolare, degli articoli 147 e 316 del codice civile consegna una situazione giuridica complessa di contenuto eterogeneo, personale e patrimoniale, che condensa in sé i doveri, gli obblighi ed i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione.

6.3. Tornando alla *littera legis* della norma oggetto di censura, il secondo comma dell’art. 34 c.p. delinea un meccanismo di applicazione automatica della pena accessoria della sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale che riflette i caratteri

propri del *genus* sanzionatorio di appartenenza: la pena di cui all'art. 34 c.p. si caratterizza per l'accessorietà e, pertanto, ai sensi dell'art. 20 c.p. per un conseguire di diritto alla condanna, «*come effetto penale di essa*», profilo che non può che riflettere la volontà sistemica – ma non priva di eccezioni – del legislatore di limitare al massimo la discrezionalità giudiziale in relazione a questa tipologia di sanzioni.

Una *ratio* non dissimile è quella che può immaginarsi alla base dell'individuazione del *quantum* di pena accessoria da applicare al condannato, individuazione che, peraltro, per quanto concerne la sanzione accessoria in esame, non pare precludere *in toto* qualsivoglia incidenza del giudice sulla concreta quantificazione della durata della pena: non sfugge, difatti, che, a differenza di ipotesi in cui detta misura è predeterminata in via autonoma dalla legge in un *quantum* fisso – era il caso, ad esempio, delle pene accessorie di cui all'art. 216, ultimo comma, del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Consulta con la sentenza n. 222 del 2018 –, il secondo comma dell'art. 34 c.p. definisce l'ammontare di sanzione correlandola in maniera rigida alla pena principale e, più precisamente, ponendola in un rapporto di 2 a 1 con il trattamento sanzionatorio discrezionalmente definito dal giudice. Sicché non parrebbe peregrino ritenere che, nel calibrare la pena principale da infliggere al soggetto condannato, il giudice consideri, *ad unum*, il complesso delle conseguenze promananti dalla pronuncia di condanna e, con esse, le pene accessorie automaticamente scaturenti dalla stessa.

7. Una prima conclusione cui si potrebbe addivenire traendo le fila di quanto sino a qui illustrato sarebbe, allora, quella di scansare i dubbi di legittimità costituzionale della norma, invocando la non manifesta irragionevolezza della scelta operata dal legislatore. La doppia automaticità – nell'*an* e nel *quantum* – della disciplina in esame sarebbe, in questo senso, il risultato di una attività di ponderazione, all'esito della quale il potere pubblico, valutati comparativamente gli interessi in gioco, avrebbe operato una scelta ragionevole ed in grado di soddisfare le esigenze preminenti dell'ordinamento.

Sul punto si rinvengono plurime pronunce del Giudice delle leggi che, interrogandosi sulla possibilità di dichiarare l'illegittimità di norme concernenti pene o, più in generale, trattamenti sanzionatori, giunge all'affermazione del principio in virtù del quale la determinazione della pena per le fattispecie criminose – e, del pari, la determinazione di pene accessorie – è materia affidata alla discrezionalità legislativa: presupponendo bilanciamenti di interessi e opzioni di politica criminale spesse volte assai complessi, le scelte del legislatore in materia sono sindacabili in sede di giudizio di legittimità costituzionale solo ove trasbordino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio¹⁷.

Ciò anche in ipotesi di pene fisse e meccanismi automatici: sebbene, come rimarcato dal giudice *a quo* richiamando le sentenze n. 222 del 2018 e n. 50 del 1980, la regola che consente una piena aderenza ai principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena sia quella della discrezionalità giudiziale, sì che «*ogni*

¹⁷ In questo senso, da ultimo, C. cost., sentenza n. 248 del 2020.

fattispecie sanzionata con pena fissa (qualunque ne sia la specie) è per ciò solo “indiziata” di illegittimità», cionondimeno la configurazione di un trattamento sanzionatorio rigidamente fissato per legge è solo “indizio” e non “prova” di irragionevolezza, potendosi superare l’ipotetico dubbio di illegittimità costituzionale «caso per caso, a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato»¹⁸.

8. La nostra riflessione impone, però, un passaggio ulteriore.

Sebbene non parrebbe di per sé irragionevole o arbitraria la previsione legislativa di automatismi sanzionatori, dettata da ragioni di generale e speciale prevenzione a fronte di particolari esigenze di protezione di beni costituzionalmente tutelati, più complesso appare verificare la ragionevolezza e la non arbitrarietà – e, più in generale, la rispondenza ai principi costituzionali – della pena accessoria di cui al secondo comma dell’art. 34 c.p. che, predeterminata nell’*an* e nel *quantum*, presenta una fisionomia del tutto peculiare, incidendo su una relazione e, così, colpendo direttamente tutti i soggetti che ne fanno parte.

Il vaglio di ragionevolezza della norma richiede, allora, di tenere in preminente considerazione che la pena della sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale riverbera necessariamente i propri effetti, oltretutto sul condannato, sul co-protagonista del vincolo familiare, il minore, che subisce le conseguenze di tal applicazione *de iure* e non solo *de facto*.

È questo un aspetto con chiarezza delineato dalla Consulta che, nell’ambito di una pronuncia dai contenuti non lontani dall’argomento di cui si discute¹⁹, precisa che «*la sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale comporta in capo al genitore che ne è colpito non solo la perdita temporanea del potere di rappresentanza legale del figlio nell’ambito dei rapporti patrimoniali, ma – ben più radicalmente – la privazione, per tutto il tempo della sospensione, dell’intero fascio di diritti, poteri e obblighi inerenti al concetto legale di “responsabilità genitoriale”, con conseguente venir meno di ogni potere di assumere decisioni “per” il figlio, comprese quelle che attengono alle sue necessità di vita quotidiana e che l’art. 357 c.c., nel disciplinare i poteri del tutore, indica riassuntivamente con l’espressione “cura della persona”. Per quanto, allora, la pena accessoria in questione non comporti ipso iure il divieto di convivere con, o di frequentare il minore, è evidente che la privazione di ogni potere decisionale nell’interesse del minore impedirà, di fatto, al genitore sospeso dall’esercizio della propria responsabilità di vivere il proprio rapporto con il figlio al di fuori della immediata sfera di sorveglianza dell’altro genitore, o comunque di persona che sia titolare della relativa responsabilità e sia, pertanto, in grado di assumere in ogni momento le necessarie decisioni per il figlio»²⁰.*

L’impatto potenziale della sanzione accessoria sulla relazione genitore-figlio è, conseguentemente, di tutta evidenza: la sospensione, seppur temporanea, dall’esercizio

¹⁸ C. cost., sentenza n. 50 del 1980, cit.

¹⁹ C. cost., sentenza n. 102 del 2020, cit.

²⁰ *Ibidem*.

della responsabilità genitoriale rende obiettivamente più complesso per il genitore rapportarsi con il figlio minore e rischia, così, di danneggiare *in primis* proprio quest'ultimo. E ciò a maggior ragione in ipotesi in cui – come nella vicenda al vaglio del Tribunale di Siena – l'applicazione della pena accessoria possa dar luogo a dinamiche disgregative di un nucleo familiare ricomposti dopo un'originaria frattura.

9. Le considerazioni svolte rendono prospettabile – a parere di chi scrive – l'esistenza di un *vulnus* là dove la norma, nella sua rigida fisionomia applicativa e commisurativa, impedisce al giudice qualsivoglia ingerenza volta a favorire una aderenza della disciplina normativa alle peculiarità del caso di specie. Paiono, insomma, fondate le censure mosse dal giudice *a quo* al secondo comma dell'art. 34 c.p., nei limiti in cui tale norma impedisce al giudice una scelta discrezionale che, incidendo sull'*an* e sul *quantum* di pena, porti ad una soluzione sanzionatoria improntata alle superiori ragioni di tutela dei diritti del minore.

Se, sotto un primo profilo, prendendo le distanze dall'ordinanza di rimessione, non sembra che, rispetto all'ampio novero di condotte riconducibili ai presupposti applicativi di cui all'art. 34, comma secondo, c.p., la disposizione censurata nei suoi profili di rigidità possa *per se* dar luogo all'applicazione di misure «manifestamente sproporzionate per eccesso [...] rispetto ai fatti commessi con abuso di responsabilità genitoriale meno gravi»²¹ – permanendo, come più in alto già illustrato, un margine di discrezionalità in capo giudice, che consente allo stesso di graduare il complessivo trattamento sanzionatorio da infliggere al condannato, perimetrato sulla sua personalità attraverso la quantificazione della pena principale e, di riflesso, della pena accessoria – i profili di attrito con i parametri costituzionali richiamati dal rimettente emergono ove si abbia riguardo alla posizione e agli interessi del figlio minore.

La misura sanzionatoria di cui si tratta, invero, frapponendosi in maniera significativa alla relazione tra il figlio e il genitore «in tanto può legittimarsi in quanto tale relazione risulti in concreto pregiudizievole per il figlio, in base al principio generale secondo cui ogni decisione che riguarda il minore deve essere guidata dal criterio della ricerca della soluzione ottimale per il suo interesse»²². Ed allora, non pare ragionevole assumere che l'automatica applicazione in proporzione fissa della pena accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale del genitore che si sia reso responsabile di delitti commessi con abuso dei propri diritti e doveri nei confronti della prole costituisca sempre e necessariamente la soluzione ottimale per gli interessi del minore, che richiederebbero, semmai, una valutazione in concreto, con apprezzamento delle circostanze di fatto esistenti al momento della sua applicazione.

10. Occorre, tuttavia, segnalare come non consentirebbe di superare la frattura ordinamentale evidenziata la contraddittoria soluzione prospettata dal rimettente, che prefigura l'applicazione della disciplina di cui all'art. 37 c.p. alla disposizione in esame

²¹ *Ibidem*.

²² C. cost., sentenza n. 102 del 2020.

e, così, l'individuazione del *quantum* di pena accessoria applicabile in un ammontare di tempo pari alla pena principale. All'evidenza, difatti, tal soluzione si limiterebbe a modificare il rapporto matematico tra pena principale e misura accessoria (che così passerebbe da un rapporto di 1 a 2 ad un rapporto di 1 a 1), senza dar ingresso nella disciplina della sanzione accessoria alla auspicata discrezionalità giudiziale, necessaria a plasmare un trattamento sanzionatorio il più possibile rispondente anche agli interessi del figlio del condannato e suscettibile, in ipotesi, di portare ad una differente quantificazione di pena principale e pena accessoria.

**DECRETO CAIVANO:
PER LA CORTE COSTITUZIONALE DULLA PROVA MINORILE
“SEMPLIFICATA” DEVE DECIDERE IL GIUDICE COLLEGIALE
(ART. 27-BIS, COMMA 2, D.P.R. N. 448/1988)**

*Corte cost. sent. 10 febbraio 2025 (dep. 6 marzo 2025), n. 23, Pres. Amoroso, Red.
Petitti*

di Lucio Camaldo

1. La Corte costituzionale, con la [sentenza del 10 febbraio 2025, n. 23](#), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 27-bis, comma 2, d.P.R. n. 448/1988, nella parte in cui affida la decisione sull'ammissione al percorso di reinserimento e rieducazione del minore al giudice per le indagini preliminari, anziché al giudice dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 50-bis, comma 2, r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 (ord. giud.)¹.

Con questa decisione, la Consulta ha accolto, almeno parzialmente, le censure sollevate dal giudice per le indagini preliminari del tribunale per i minorenni di Trento, nell'ordinanza del 6 marzo 2024², e ha provveduto, altresì, a fornire necessari adeguamenti interpretativi per una corretta applicazione del nuovo congegno.

Occorre ricordare che l'istituto disciplinato dall'art. 27-bis d.P.R. n. 448/1988 (rubricato «Percorso di reinserimento e rieducazione») rappresenta una tra le novità più significative contenute nel d.l. 15 settembre 2023, n. 123, comunemente denominato “decreto Caivano”, recante «misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale», che è stato successivamente convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2023³.

¹ L'art. 50-bis, comma 2, r.d. n. 12/1941 prevede che «nell'udienza preliminare, il tribunale per i minorenni, giudica composto da un magistrato e da due giudici onorari, un uomo e una donna, dello stesso tribunale». A seguito delle modifiche apportate dall'art. 30, comma 1, lett. e), n. 2, d.lgs. n. 149/2022, che saranno in vigore dal 17 ottobre 2025, la norma risulta così formulata: «nell'udienza preliminare e nel giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato, la sezione distrettuale del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie giudica composta da un magistrato e da due giudici onorari esperti della stessa sezione».

² Trib. minorenni Trento, g.i.p. (dott. Giovanni Gallo), ord. 6 marzo 2024, in *questa Rivista*, 29 marzo 2024.

³ V. S. BERNARDI, *Convertito in legge il d.l. “Caivano” in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista*, in *questa Rivista*, 15 novembre 2023. Cfr. anche A. MASSARO, *La risposta “punitiva” a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, n. 2, p. 488 ss.

Si tratta di un'inedita forma di *diversion* procedimentale, che presenta numerosi punti di contatto con la disciplina della messa alla prova minorile (artt. 28-29 d.P.R. n. 448/1988), ma anche con quella prevista dal codice di procedura penale per gli adulti (artt. 464-*bis* ss. c.p.p.), nonché alcune affinità con la definizione del procedimento per irrilevanza del fatto (art. 27 d.P.R. n. 448/1988).

Tale percorso rieducativo, definito dallo stesso legislatore come una messa alla prova "semplificata"⁴, è applicabile esclusivamente nel corso delle indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero, qualora si proceda in relazione a reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione, ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta alla pena detentiva, a condizione che i fatti non siano connotati da particolare gravità (art. 27-*bis*, comma 1, d.P.R. n. 448/1988).

La proposta di definizione anticipata del procedimento, notificata all'indagato e all'esercente la responsabilità genitoriale, è subordinata alla condizione che il minore acceda a un percorso di reinserimento e rieducazione civica e sociale sulla base di un programma rieducativo che preveda, sentiti i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e, nel rispetto della legislazione in materia di lavoro minorile, lo svolgimento di lavori socialmente utili o la collaborazione, a titolo gratuito, con enti del terzo settore o lo svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza, per un periodo compreso da due a otto mesi.

Entro sessanta giorni dalla notifica della proposta, l'indagato o il suo difensore devono depositare il programma rieducativo, redatto in collaborazione con i servizi minorili territoriali e anche con quelli dell'amministrazione della giustizia. Il legislatore ha previsto che tale programma, ai sensi dell'art. 27-*bis*, comma 2, d.P.R. n. 448/1988, debba essere trasmesso dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari, il quale procede alla fissazione dell'udienza per deliberare sull'accesso del minore a tale misura e, valutata la congruità del progetto, lo ammette al percorso rieducativo con ordinanza, stabilendone la durata (art. 27-*bis*, comma 3, d.P.R. n. 448/1988). Tale provvedimento, che viene adottato dopo l'audizione dell'imputato e dell'esercente la responsabilità genitoriale, comporta la sospensione del procedimento per il periodo di tempo corrispondente alla durata del percorso rieducativo, restando sospesa anche la prescrizione del reato.

Nelle ipotesi in cui il minore non intenda accedere al percorso di reinserimento oppure lo interrompa senza giustificato motivo, il giudice, sentite le parti in un'apposita udienza, provvede alla restituzione degli atti al pubblico ministero, che può procedere con richiesta di giudizio immediato anche fuori dei casi previsti dall'art. 453 c.p.p. (art. 27-*bis*, comma 4, d.P.R. n. 448/1988). Dell'ingiustificata interruzione dell'attività rieducativa si potrà tenere conto nel caso di successiva istanza di sospensione del processo con messa alla prova (art. 27-*bis*, comma 5, d.P.R. n. 448/1988).

⁴ Cfr. *Dossier XIX* Legislatura, A.S. n. 878, 25 settembre 2023, il cui testo è disponibile online all'indirizzo www.senato.it, p. 62.

Qualora, invece, decorra regolarmente il periodo di sospensione, il giudice deve fissare una nuova udienza nella quale dichiara con sentenza estinto il reato, tenuto conto del comportamento dell'imputato e dell'esito positivo del percorso rieducativo. In caso di esito negativo, al giudice non resta che restituire gli atti al pubblico ministero, che, pure in questo caso, può presentare, anche fuori dei casi previsti dall'art. 453 c.p.p., istanza di giudizio immediato (art. 27-*bis*, comma 6, d.P.R. n. 448/1988).

2. Nonostante siano state recepite, in sede di conversione del decreto-legge, alcune critiche prontamente formulate nei confronti della versione originaria della disposizione (v. art. 8, comma 1, lett. b) d.l. n. 123/2023)⁵, residuavano numerose perplessità sotto il profilo interpretativo e applicativo⁶.

Nello specifico, la questione di legittimità dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 è stata sollevata nell'ambito di un procedimento penale minorile che traeva origine da una lite in famiglia occorsa tra genitore e figlio durante la quale il minorenni avrebbe minacciato, con un coltello preso dalla cucina, il padre, perché, a suo dire, aveva paura che quest'ultimo gli facesse del male in conseguenza di una precedente e accesa discussione. In relazione a tali fatti, il minore veniva sottoposto ad indagini per il reato di minaccia aggravata dall'uso del coltello (artt. 612 e 339 c.p.).

Dopo aver provveduto all'interrogatorio dell'indagato, il pubblico ministero notificava al minore, all'esercente la responsabilità genitoriale e al difensore la proposta di definizione anticipata del procedimento, ai sensi dell'art. 27-*bis*, comma 1, d.P.R. n. 448/1988, per la redazione del programma rieducativo da depositarsi presso la Procura minorile entro 60 giorni dalla notifica. Il difensore dell'indagato richiedeva una proroga del predetto termine, al fine di ottenere maggiori informazioni sul minore e redigere così un programma capace di rispondere alle specifiche esigenze personali e familiari del minore stesso, a fronte di una situazione familiare dell'indagato particolarmente delicata e della necessità quindi di un intervento maggiormente strutturato e in collaborazione tra servizi sociali, scuola e famiglia. Il pubblico ministero affermava che era già stata avviata un'indagine da parte del servizio sociale del Comune di Trento e, pertanto, rigettava l'istanza di proroga del difensore, in quanto la norma in oggetto non prevede la possibilità di prorogare il termine per il deposito del programma rieducativo.

Preso atto del rigetto della richiesta, la difesa del minore depositava una proposta di progetto rieducativo, elaborata unitamente al servizio sociale locale, che prevedeva lo svolgimento di un'attività di volontariato all'interno di un centro di aggregazione territoriale.

⁵ A tal proposito, si può ricordare la previsione che obbligava il pubblico ministero a notificare al minore e all'esercente la responsabilità genitoriale l'istanza di definizione anticipata del procedimento, ove si procedesse per i reati sopra indicati, o quella che, nelle ipotesi di rifiuto del minore a sottoporsi al percorso rieducativo o di interruzione del percorso stesso oppure in caso di esito negativo di tale percorso, escludevano, in ogni caso, l'applicazione degli artt. 28 e 29 d.P.R. n. 448/1998.

⁶ Cfr., volendo, L. CAMALDO, *Al vaglio della Corte costituzionale il percorso di reinserimento e rieducazione del minore, ai sensi dell'art. 27-*bis* D.P.R. n. 448/1988 (c.d. messa alla prova semplificata), recentemente introdotto dal decreto Caivano*, in *questa Rivista*, 2024, fasc. 3, p. 77 ss.

Il giudice per le indagini preliminari, ricevuto il programma trasmesso dal pubblico ministero, procedeva alla fissazione dell'udienza in camera di consiglio, al fine di deliberare sull'ammissione del minore al percorso di reinserimento e rieducazione (art. 27-*bis*, comma 2, d.P.R. n. 448/1988) e, conseguentemente, stabilire la durata del percorso stesso, sospendendo il processo per il tempo corrispondente (art. 27-*bis*, comma 3, d.P.R. n. 448/1988).

Poiché la decisione, come anticipato, verte essenzialmente sulla congruità del percorso di reinserimento e rieducazione, il giudice minorile ha ritenuto carenti, nel caso in esame, gli elementi conoscitivi indispensabili per valutare se il contenuto del programma di intervento fosse congruo rispetto ai fini educativi cui costituzionalmente deve tendere il processo penale minorile. In particolare, il g.i.p. osservava che non era possibile considerare la congruità delle ore di volontariato previste dal programma rieducativo a perseguire una funzione educativa, intesa come concreta opportunità di crescita, maturazione e responsabilizzazione del giovane, in assenza di informazioni specifiche sulle caratteristiche personali del minore e in relazione ai parametri di riferimento normalmente in rilievo, quali l'ambiente familiare, la rete amicale, la condizione di salute, la frequenza scolastica o l'impegno lavorativo.

Data la composizione monocratica dell'organo chiamato a pronunciarsi, non si poteva nemmeno supplire a tale lacuna tramite l'apporto della componente onoraria, ai fini di ottenere una valutazione in termini personalistici ed educativi del minore. L'unica valutazione in concreto possibile – come affermato nell'ordinanza di rimessione – afferisce alla proporzionalità tra il contenuto del programma rieducativo proposto e i fatti per cui si procede con riferimento alla tipologia e alla gravità del reato contestato. Ma «una siffatta valutazione implicherebbe una logica esclusivamente retributiva, anziché educativa, nella risposta trattamentale, contraria agli assiomi basilari del processo minorile»⁷. D'altro canto, l'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 non fornisce al giudice per le indagini preliminari soluzioni in relazione all'ipotesi d'incongruità della proposta.

Considerato che queste criticità non vengono in rilievo soltanto nel caso di specie, «ma risultano essere intrinsecamente connesse con la disciplina dettata dall'istituto delineato dall'art. 27-*bis*, laddove introduce nel sistema penale minorile una risposta trattamentale solo nominalmente educativa, ma che nella sostanza riesuma una funzione prettamente retributiva, determinando allo stesso tempo delle possibili disparità di trattamento»⁸, il giudice trentino ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 con riferimento agli artt. 3 e 31, comma 2, Cost.

3. Dopo aver opportunamente chiarito le differenze tra il nuovo istituto e la messa alla prova “tradizionale” nell'ambito del processo minorile, la Consulta ha osservato che le censure presentate dal giudice *a quo* meritano accoglimento su uno specifico e tuttavia essenziale aspetto, ossia quello della composizione del giudice

⁷ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 3.

⁸ *Ibidem*.

investito della procedura, con la conseguente pronuncia, in relazione a questo profilo, di una decisione d'illegittimità costituzionale di tipo sostitutivo, «mentre, per gli aspetti ulteriori, la norma censurata si presta ad un'interpretazione costituzionalmente orientata» (par. 6).

Come ribadito dalla Corte costituzionale, la finalità primaria della messa alla prova, quale istituto di protezione della gioventù, ai sensi dell'art. 31, comma 2, Cost., è quella di favorire l'uscita del minore dal circuito penale, la più rapida possibile, «soprattutto attraverso una riflessione critica del giovane, sul proprio vissuto e la propria condotta, in mancanza della quale l'istituto stesso diverrebbe mezzo di pura deflazione, tra l'altro stimolando, per una sorta di eterogenesi dei fini, calcoli opportunistici dell'indagato minorenni» (par. 6.1).

Per poter conseguire questo delicato risultato, è necessaria «la composizione pedagogicamente qualificata dell'organo giudicante e il sostegno continuo dei servizi minorili, in difetto dei quali la prova del giovane non raggiunge la finalità costituzionale sua propria, piegandosi verso la logica, completamente diversa, dell'istituto per adulti» (par. 6.1, ult. periodo).

Ne consegue che la norma censurata, nella parte in cui fa testualmente riferimento al giudice per le indagini preliminari, si oppone a qualunque interpretazione adeguatrice, poiché il g.i.p. minorile, a norma dell'art. 50-*bis*, comma 1, r.d. n. 12/1941 (ord. giud.), è giudice singolo, privo della componente onoraria esperta⁹.

Pertanto, secondo la Consulta, in ossequio all'art. 31, comma 2, Cost., ogni riferimento al «giudice», contenuto nel testo dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988, deve essere sostituito con la dizione «giudice dell'udienza preliminare», con riferimento, cioè, all'organo collegiale e specializzato, che, ai sensi dell'art. 50-*bis*, del comma 2 r.d. n. 12/1941 è composto, oltre che dal magistrato togato, da due giudici onorari esperti (par. 6.1.1)¹⁰.

Occorre, a tal riguardo, ricordare che la stessa Corte costituzionale, in una precedente pronuncia, con riferimento alla messa alla prova minorile "tradizionale", aveva già evidenziato come la composizione collegiale e interdisciplinare del collegio giudicante in sede di udienza preliminare minorile risponde alla complessità delle

⁹ L'art. 50-*bis*, comma 1, r.d. n. 12/1941, novellato dall'art. 30, comma 1, lett. e), n. 1, d.lgs. n. 149/2022, in vigore dal 17 ottobre 2025, stabilisce che «in ogni sezione distrettuale del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie uno o più magistrati sono incaricati, come giudici singoli, dei provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase delle indagini preliminari. L'organizzazione del lavoro dei predetti giudici è attribuita al più anziano».

¹⁰ Ai sensi dell'art. 6 r.d.l. n. 1404/1934, come modificato dall'art. 31, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 149/2022, in vigore dal 17 ottobre 2025, «i componenti privati del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie e della sezione di Corte di appello per le persone, per i minorenni e per le famiglie sono scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età». Tali soggetti sono nominati con decreto del Ministro della giustizia su proposta del Consiglio superiore della magistratura, ed è loro rispettivamente conferito il titolo di «giudice onorario esperto, o di consigliere onorario esperto». Prima di assumere l'esercizio delle loro funzioni, prestano giuramento dinanzi al presidente della Corte di appello e durano in carica tre anni, potendo, tuttavia, essere confermati, senza limitazioni nel numero di mandati. Sul tema v., volendo, L. CAMALDO, *L'udienza preliminare nel processo penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 9 ss.

decisioni che tale giudice è chiamato ad assumere, tra le quali, appunto, l'eventuale sospensione del processo con messa alla prova del minore¹¹. Si può quindi ritenere che l'assegnazione della decisione al giudice dell'udienza preliminare e non anche al giudice per le indagini preliminari appare conforme al finalismo rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, Cost. e alla protezione della gioventù prevista dall'art. 31, comma 2, Cost., «poiché assicura che le delicate valutazioni personalistiche implicate dall'istituto siano svolte da un organo collegiale, interdisciplinare e diversificato nel genere, pertanto idoneo ad espletarle nella piena consapevolezza di ogni aspetto rilevante»¹².

Così la disposizione dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, che fissa nell'udienza preliminare, e quindi dopo l'esercizio dell'azione penale, il primo momento utile per la messa alla prova del minore, «corrisponde ragionevolmente all'esigenza di assicurare che le relative valutazioni siano esercitate su un materiale sufficientemente definito, oltre che da un giudice strutturalmente idoneo ad apprezzarne tutti i riflessi personalistici»¹³.

Assume, inoltre, specifica rilevanza la successiva decisione con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, comma 1, d.P.R. n. 448/1988, stabilendo che, qualora l'imputato richieda il giudizio abbreviato a seguito di un decreto di giudizio immediato, la composizione dell'organo giudicante deve essere quella collegiale prevista dall'art. 50-bis, comma 2, r.d. n. 12/1941 e non quella monocratica del giudice per le indagini preliminari, come avviene, invece, nel processo degli adulti (v. art. 458, comma 2, c.p.p.)¹⁴.

Anche in tale occasione, si è evidenziato che «l'interesse del minore nel procedimento penale minorile trova adeguata tutela proprio nella particolare composizione del giudice specializzato (magistrati ed esperti), e questa composizione è stata opportunamente prevista anche per il giudice dell'udienza preliminare». La specifica professionalità dei due esperti, che affiancano il magistrato togato, «assicura un'adeguata considerazione della personalità del minore», contribuendo anche «all'osservanza del principio di minima offensività, che impone di evitare, nell'esercizio della giurisdizione penale, ogni pregiudizio al corretto sviluppo psicofisico del minore e di adottare le opportune cautele per salvaguardare le correlate esigenze educative»¹⁵.

¹¹ Corte cost., 10 giugno 2020, n. 139, Pres. Cartabia, Red. Petitti, in *questa Rivista*, 10 febbraio 2021, con nota di L. CAMALDO, *La Consulta conferma l'impossibilità di applicare la messa alla prova del minore nella fase delle indagini preliminari a differenza della disciplina prevista per gli adulti*.

¹² Corte cost., 10 giugno 2020, n. 139, cit., par. 4.6.5.

¹³ V. ancora Corte cost., 10 giugno 2020, n. 139, cit., par. 4.5.1. In argomento, per un maggiore approfondimento, v., volendo, L. CAMALDO, *L'udienza preliminare nel processo penale minorile*, cit., p. 221 ss.

¹⁴ Cfr. Corte cost., 12 gennaio 2015, n. 1, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 2, p. 151, la quale ha ricordato che «il tribunale per i minorenni fu istituito proprio perché si ritenne che il minore, spesso portato al delitto da complesse carenze di personalità dovute a fattori familiari, ambientali e sociali, dovesse essere valutato da giudici specializzati che avessero strumenti tecnici e capacità personali particolari per vagliare adeguatamente la personalità del minore al fine di individuare il trattamento rieducativo più appropriato». Nello stesso senso, in precedenza, v. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2014 (dep. 5 maggio 2014), n. 18292, in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2014, con nota di C. GABRIELLI, *Le Sezioni Unite sulla competenza a celebrare il giudizio abbreviato instaurato a seguito di rito immediato nel procedimento a carico di minorenni*.

¹⁵ Così Corte cost., 12 gennaio 2015, n. 1, cit.

4. In relazione alle ulteriori doglianze, che evidenziavano altri numerosi “difetti di concepimento” dell’art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988, la Corte ha provveduto, come già anticipato, a rimodellarne la disciplina in conformità alla Carta costituzionale e ai canoni fondamentali che informano il processo a carico dell’autore di reato in età evolutiva.

Anzitutto, con riferimento al ruolo dei servizi minorili, nonostante la formulazione «non perspicua» (così definita dalla Corte) della norma in esame, bisogna valorizzare gli elementi che attestano la necessità di una presenza costante della struttura pubblica a fianco del minore in prova. In particolare, il comma 4 dell’art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988, prevedendo un’informativa dei servizi al giudice circa l’interruzione o la mancata adesione del minore al percorso rieducativo, «evidentemente postula che il minore stesso sia seguito dai servizi, fin dall’inizio della prova e durante il suo svolgimento» (par. 6.1.2).

Ai servizi minorili, come è noto, sono affidati dal pubblico ministero e dal giudice gli accertamenti sulla personalità del minore *ex art.* 9 d.P.R. n. 448/1988, che non possono essere trascurati nemmeno in questo contesto procedimentale.

In relazione a questo tema, la Corte ha precisato che l’inserimento nell’art. 6 d.P.R. n. 448/1988 della clausola che consente il ricorso ai servizi minorili “senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica” «non può interpretarsi come riferita all’impiego ordinario dei servizi minorili stessi già previsto dalla legge, ma soltanto a eventuali forme atipiche e straordinarie di impegno degli operatori» (par. 6.3).

L’intervento dei servizi minorili è, peraltro, fondamentale nel momento dell’elaborazione del programma di reinserimento, giacché questi devono sempre essere «sentiti» (art. 27-*bis*, comma 1 d.P.R. n. 448/1988) e il programma deve essere redatto collaborando «anche» con i servizi minorili (art. 27-*bis*, comma 2, d.P.R. n. 448/1988). Come evidenziato dalla Consulta, non si tratta di una mera eventualità, ma di un vero e proprio obbligo di coinvolgere i servizi minorili stessi.

Alla fine del periodo di sospensione, allorché il giudice deve valutare l’esito del percorso rieducativo, ai sensi dell’art. 27-*bis*, comma 6, d.P.R. n. 448/1988, è indispensabile che questi riceva la relazione conclusiva trasmessa dai servizi, non diversamente da quanto accade per la prova minorile “ordinaria” *ex art.* 27, comma 5, d.lgs. n. 272/1989¹⁶.

5. Un altro aspetto sul quale la decisione in oggetto ha fornito un importante chiarimento è quello relativo al riferimento temporale «piuttosto generico» (espressione utilizzata dalla Corte), contenuto nell’art. 27-*bis*, comma 1, d.P.R. n. 448/1988 («durante le indagini preliminari»), in cui il pubblico ministero è legittimato a notificare l’istanza di definizione anticipata del procedimento.

¹⁶ L’art. 27, comma 5, d.lgs. n. 272/1989 prevede che «ai fini di quanto previsto dagli articoli 28 comma 5 e 29 d.P.R. n. 448/1988, i servizi presentano una relazione sul comportamento del minore e sull’evoluzione della sua personalità al presidente del collegio che ha disposto la sospensione del processo nonché al pubblico ministero, il quale può chiedere la fissazione dell’udienza prevista dall’articolo 29 del medesimo decreto».

Poiché l'organo a cui compete l'ammissione del minore al percorso di reinserimento è il giudice dell'udienza preliminare, come si è detto prima, la proposta del pubblico ministero va qualificata come atto di esercizio dell'azione penale e può, pertanto, intervenire «solo quando sia sufficientemente definito il contesto del fatto-reato e il quadro esistenziale del minore, quando cioè sia possibile valutare, non soltanto che “i fatti non rivestono particolare gravità”, ma anche che non sia possibile chiedere la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, ai sensi dell'art. 27 d.P.R. n. 448/1988» (par. 6.2).

Come giustamente rilevato dalla Consulta, il tenore letterale della norma in questione «non preclude tale interpretazione, e anzi la accompagna, laddove si riferisce al minore, raggiunto dalla proposta *ex art. 27-bis* d.P.R. n. 448/1988, come «imputato» (comma 3), nonché ove fa riferimento alla conseguente sospensione del «processo» (ancora, comma 3) e all'eventuale estinzione del reato per «sentenza» (comma 6).

In questa prospettiva, la restituzione degli atti al pubblico ministero, nelle ipotesi di ingiustificata interruzione o di esito negativo del percorso rieducativo (art. 27-*bis*, commi 5 e 6, d.P.R. n. 448/1988), non deve essere intesa come una restituzione funzionale all'esercizio dell'azione penale (già avvenuto e irretrattabile), ma una restituzione finalizzata a un nuovo impulso processuale sulla medesima imputazione, eventualmente tramite la richiesta di giudizio immediato, svincolata dai presupposti comuni, come sopra illustrato.

Necessita di un adeguamento interpretativo anche la contrazione procedimentale determinata dalla brevità del termine di deposito del programma rieducativo (ossia, come già detto, sessanta giorni dalla notifica della proposta avanzata dal pubblico ministero) (par. 6.4).

La formulazione dell'art. 27-*bis*, comma 2, d.P.R. n. 448/1988 «ha un'apparenza cogente», in quanto prescrive che il deposito del programma «deve avvenire» entro sessanta giorni, il che, nel caso di specie sopra esposto, ha prima indotto il pubblico ministero a negare la proroga del termine e poi il giudice rimettente a considerare il termine stesso come perentorio.

In realtà, secondo la Corte, il termine va inteso come ordinatorio, perché, ai sensi dell'art. 173 c.p.p. (applicabile al procedimento minorile in virtù dell'art. 1, comma 1, d.P.R. n. 448/1988) in difetto di un'espressa previsione decadenziale, il termine è prorogabile.

Alla luce di questa interpretazione, se la difesa del minore, per giustificate ragioni, non riesce a rispettare il termine di deposito di sessanta giorni e necessita di altro tempo per redigere il programma rieducativo, può ottenere una proroga dal pubblico ministero. Analogamente, lo stesso pubblico ministero può sollecitare la difesa affinché integri un programma che sia ritenuto lacunoso, concedendo, a tal fine, una proroga del termine.

6. Riguardo alla valutazione della congruità del percorso di reinserimento, che è l'elemento su cui si basa, ai sensi dell'art. 27-*bis*, comma 3, d.P.R. n. 448/1988, la decisione di ammissione alla prova, l'omessa previsione della facoltà del giudice di integrare o modificare il programma rieducativo potrebbe indurre a ritenere che il giudice stesso si

trovi di fronte all'alternativa secca tra accettare o respingere l'accordo delle parti, similmente a quanto avviene per l'applicazione della pena *ex art.* 444 c.p.p. nel rito degli adulti (par. 6.5).

Anche questa «incongruenza», secondo la Consulta, si presta a una correzione interpretativa, sulla base di quanto la giurisprudenza di legittimità¹⁷ ha costantemente affermato per la prova minorile “ordinaria”, dovendosi, nello specifico, ritenere che al giudice non è affatto preclusa la possibilità di disporre integrazioni o modifiche del progetto di intervento. Occorre, però, che il giudice provveda a consultare le parti e i servizi sociali, non potendo agire sul contenuto del progetto in modo unilaterale.

Infine, per quanto riguarda l'oggetto della prova, «sebbene il comma 1 dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 sembri privilegiare la prestazione di attività lavorativa da parte del minore, tanto da far espressamente salvo il «rispetto della legislazione in materia di lavoro minorile», il tenore della norma consente un'interpretazione conforme all'art. 31, comma 2, Cost., da due angolature concorrenti» (par. 6.6).

In primo luogo, tra le «altre attività a beneficio della comunità di appartenenza», menzionate dalla disposizione in esame, possono annoverarsi anche attività non strettamente lavorative, ma di carattere socio-relazionale, in modo non dissimile da quanto accade nella messa alla prova minorile “ordinaria”¹⁸.

In secondo luogo, la Corte richiama le «previsioni di salvaguardia» contenute nell'ordinamento penitenziario minorile con riferimento alle misure penali di comunità (v. art. 3, comma 2, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121), che vengono ritenute «estensibili per analogia», con la conseguenza che anche per gli eventuali impegni lavorativi oggetto della messa alla prova “semplificata” opera la medesima cautela, ossia che «non devono mai compromettere i percorsi educativi in atto».

In conclusione, l'istituto di nuovo conio si è sottratto ad una «ablazione radicale», per il solo fatto che la Consulta ha corretto, con la pronuncia “sostitutiva” in commento, la composizione del giudice competente a disporre il percorso di reinserimento e rieducazione, nonché, al contempo, ha fornito gli “adeguamenti interpretativi” necessari alla sua corretta applicazione, evidenziando, da ultimo (v. par. 7), che la soluzione prevista dall'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 non preclude ulteriori itinerari procedurali, incluso quello della messa alla prova minorile “ordinaria” (artt. 28-29 d.P.R. n. 448/1988).

¹⁷ A tal proposito, v. Cass., Sez. IV, 28 gennaio-5 febbraio 2020, n. 4926; Cass., Sez. V, 20 marzo-10 aprile 2013, n. 16332.

¹⁸ Un'elencazione, seppure meramente esemplificativa, dei contenuti minimi del programma trattamentale è fornita dall'art. 27, comma 2, d.lgs. n. 272/1989, secondo cui è necessario indicare, tra l'altro, le modalità di coinvolgimento del minore, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita, gli impegni specifici che il minore assume, le forme di partecipazione al progetto degli operatori della giustizia e dell'ente locale, le modalità di attuazione eventualmente dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa.

DURATA MASSIMA DELLE INTERCETTAZIONI (45 GIORNI). NOTE A CALDO SULLA LEGGE ZANETTIN

*Proposta di legge n. 2084 approvata dal Senato della Repubblica d'iniziativa del
senatore Zanettin*

di Gian Luigi Gatta

1. Il 19 marzo scorso la Camera ha approvato definitivamente il disegno di legge Zanettin, qui allegato, recante "Modifiche alla disciplina in materia di durata delle operazioni di intercettazione". La nuova legge dovrà ora essere promulgata e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale. Essa si compone di un unico articolo, che modifica l'art. 267 c.p.p. e l'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152. In particolare:

- nell'art. 267, co. 3 c.p.p. viene aggiunto questo periodo finale: « *Le intercettazioni non possono avere una durata complessiva superiore a quarantacinque giorni, salvo che l'assoluta indispensabilità delle operazioni per una durata superiore sia giustificata dall'emergere di elementi specifici e concreti, che devono essere oggetto di espressa motivazione* »;
- si interviene poi sull'art. 13 d.l. n. 152/1991 per coordinare la relativa disciplina, esplicitando che la stessa, quanto alla durata delle intercettazioni, deroga alla nuova previsione introdotta nell'art. 267, co. 3 c.p.p.

2. Per comprendere la portata della legge Zanettin - e il senso dell'intervento sulle due disposizioni sopra richiamate - occorre considerare che il nostro sistema conosce un duplice regime delle intercettazioni: ordinario e speciale. La nuova legge non incide sui presupposti per le intercettazioni, che restano diverse e meno stringenti nel regime speciale ex art. 13 d.l. n. 152/1991. Essa si limita a regolare diversamente la durata delle operazioni.

Il regime ordinario, relativo alla generalità dei reati per i quali sono ammesse le intercettazioni, è previsto dall'art. 267, co. 3 c.p.p. e prevede una durata massima delle operazioni di 15 giorni, prorogabili per periodi successivi di 15 giorni.

Il regime speciale riguarda alcuni specifici reati - tra i quali quelli di criminalità organizzata e terrorismo -; è previsto dall'art. 13, co. 2 del d.l. n. 152/1991 e fissa la durata massima delle operazioni in 40 giorni, prorogabili per periodi successivi di 20 giorni.

Né il regime ordinario né il regime speciale prevedono oggi un limite massimo di durata delle intercettazioni; limite che la legge Zanettin introduce, invece, come si è visto, in rapporto al solo regime ordinario. Quando si procede per reati diversi da quelli di cui all'art. 13 d.l. n. 152/1991, la *durata complessiva di 45 giorni* potrà essere superata solo in caso di "*assoluta indispensabilità delle operazioni*", che deve essere "*giustificata dall'emergere di elementi specifici e concreti, che devono essere oggetto di espressa motivazione*".

3. Vediamo allora, in primo luogo, quali sono i reati soggetti al regime speciale dell'art. 13 d.l. n. 152/1991, in relazione ai quali *non opera* la nuova disciplina e, pertanto, il limite dei 45 giorni:

- reati di criminalità organizzata, reati comuni commessi col metodo mafioso o col fine di agevolazione di un'associazione mafiosa (cfr. l'art. 1, comma 1 d.l. n. 105/2023);
- delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti;
- reati commessi con finalità di terrorismo;
- delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione;
- minaccia col mezzo del telefono;
- reati informatici e contro la inviolabilità dei segreti indicati dall'art. 371 *bis*, comma 4 *bis* c.p.p.

A questi reati vanno aggiunti, per effetto di un rinvio all'art. 13 d.l. n. 152/1991 operato dall'art. 6, co. 1 del d.lgs. 9 dicembre 2017, n. 216:

- i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale.

Inoltre, per effetto di un rinvio all'art. 13 d.l. n. 152/1991 ad opera dell'art. 9 l. 11 agosto 2003, n. 228, all'elenco dei reati di cui sopra vanno aggiunti:

- i delitti contro la libertà individuale previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione o accesso a materiale pornografico, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, tratta di persone, traffico di organi umani, acquisto e alienazione di schiavi, caporalato)
- i reati in materia di prostituzione previsti dall'art. 3 l. 20 febbraio 1958, n. 75.

4. La nuova disciplina - il limite massimo di 45 giorni di durata delle operazioni - interesserà i procedimenti per i reati diversi da quelli di cui sopra. Si pensi, ad esempio, a reati quali l'omicidio e i reati in tema di stupefacenti (fuori dai contesti di criminalità organizzata), lo *stalking*, i maltrattamenti in famiglia, la rapina, reati fiscali o finanziari. Il legislatore se ne è reso conto ma, pur di non ritardare l'approvazione della legge con emendamenti che avrebbero reso necessaria un'altra lettura da parte del Senato, ha tirato dritto, pulendosi la coscienza, per così dire, approvando un ordine del giorno. Subito dopo l'approvazione della legge Zanettin, infatti, la Camera, con il parere favorevole del Governo, ha votato un ordine del giorno che impegna il Governo "ad adottare le opportune iniziative normative al fine di estendere ai delitti di violenza sessuale e di violenza di genere, *stalking*, *revenge porn*, e *pedopornografia* il regime della proroga prevista dall'articolo 13 del decreto-legge n. 152 del 1991" (Ordine del giorno n. 9/02084/001, On. Bisa Ingrid, seduta del 19.3.2025, che può leggersi in allegato assieme agli altri ordini del giorno approvati a margine della legge stessa, col parere favorevole del Governo. Di questi, uno impegna il Governo "a valutare interventi che

rispetto alle intercettazioni cosiddette indirette prevedano che per l'utilizzabilità come prova debbano concorrere ulteriori elementi di prova che ne confermino l'attendibilità"; un altro "a valutare eventuali interventi normativi volti a garantire la genuinità degli esiti delle intercettazioni ad esclusione di alterazioni ad opera di sistemi di intelligenza artificiale").

5. La nuova disciplina, una volta in vigore, sarà applicabile secondo il principio *tempus regit actum* anche in relazione a fatti commessi prima della sua introduzione e - parrebbe di capire in assenza di una norma transitoria - anche alle operazioni in corso.

Come segnalato durante i lavori parlamentari da esperti auditi dalle Commissioni, compresi diversi magistrati, la riforma avrà rilevanti risvolti pratici. Non è eccessivamente pessimistico pronosticare che la nuova regola sulla durata massima delle intercettazioni comporterà, in un certo numero di casi, il mancato ricorso alle stesse quando si procede per reati diversi da quelli ai quali è riferibile il regime in deroga di cui all'art. 13 d.l. n. 152/1991. *Le intercettazioni sono operazioni complesse, sul piano tecnico e investigativo, e un periodo di durata massima così limitato – soli 45 giorni – risulterà il più delle volte insufficiente, pregiudicando sul nascere l'efficacia del mezzo di ricerca della prova.*

Nel corso delle audizioni parlamentari si è sottolineato come l'esperienza insegna che, il più delle volte, i primi periodi di intercettazione servono agli investigatori per comprendere le abitudini comunicative dell'indagato, che possono non risultare subito evidenti. In secondo luogo, la legge Zanettin prevede la possibilità di superare il limite dei 45 giorni solo quando emergono, *in quei 45 giorni*, "elementi specifici e concreti". Anche a questo proposito non si è considerata l'esperienza investigativa: *può darsi che nei primi 45 giorni la persona intercettata non comunichi (ad es., perché in ferie, perché ammalata o solo perché non abbia l'occasione di farlo) e che lo faccia il 46° giorno. Vi è da chiedersi se sia ragionevole non poter intercettare quella comunicazione, o non poterla comunque utilizzare, quando il termine delle indagini non è ancora spirato e, magari, una proroga è già stata concessa proprio per la complessità delle indagini stesse.*

6. In effetti, come è stato notato da molti auditi (di fatto inascoltati) durante i lavori preparatori, la nuova legge pone dubbi sul piano della coerenza sistematica e della ragionevolezza. Sul piano sistematico, anzitutto, va precisato che se è vero che la legge non predetermina(va) un limite massimo di durata delle intercettazioni, è anche vero che tale limite è implicito e desumibile dal limite massimo di durata delle indagini preliminari, cioè della fase procedimentale nella quale si svolgono le operazioni. I termini di durata massima delle indagini sono stati recentemente modificati dalla riforma Cartabia e sono pari, per i delitti, a 18 mesi o, per alcuni più gravi delitti, a due anni. La complessità delle indagini rileva come criterio sia per determinare il (più lungo) termine di durata massima delle indagini, sia come presupposto per la concessione della proroga delle indagini stesse.

La fissazione di un limite massimo di durata delle intercettazioni ben inferiore rispetto al limite massimo di durata delle indagini preliminari pone problemi dal punto di vista della coerenza del sistema e della ragionevolezza. Se la legge consente di compiere atti di indagine fino a due anni, in ragione della gravità del reato o della complessità delle indagini (v. art. 407 c.p.p.), sembra irragionevole limitare nell'arco di questi due anni a soli 45 giorni un mezzo di ricerca della prova come quello delle intercettazioni; tanto più che si tratta notoriamente, in presenza di indagini complesse, di uno dei più efficaci messi di ricerca della prova. E' come dire a uno scienziato che sta compiendo una complessa ricerca per individuare una possibile e grave malattia: puoi farlo per due anni, ma puoi usare il microscopio solo per un mese e mezzo! E' verosimile ritenere che, già sotto questo profilo, possano essere prospettati dubbi di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost.

A bene vedere, si finisce inoltre per stabilire un'impropria gerarchia tra i mezzi di ricerca della prova. Le perquisizioni, ad es., saranno mezzi di serie A perché possibili nell'arco dell'intero termine di durata delle indagini; le intercettazioni diventeranno un mezzo di serie B, perché utilizzabili solo in un periodo limitato.

La proposta di legge muove verosimilmente da nobili ragioni garantiste (non esplicitate peraltro nella relazione illustrativa) ma sembra non considerare che il sistema già oggi limita fortemente il ricorso alle intercettazioni e prevede plurime garanzie per chi vi è sottoposto. Va infatti ricordato che, nel regime ordinario oggetto della proposta di legge, le intercettazioni sono:

- a. ammesse unicamente per reati di una certa gravità (di norma, quelli per i quali è prevista la reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni);
- b. in presenza di gravi indizi di reato;
- c. quando sono assolutamente indispensabili ai fini della prosecuzione delle indagini
- d. entro il limite massimo della durata delle indagini stabilito dalla legge, pena la sanzione della inutilizzabilità.

Sotto il profilo della valutazione di proporzionalità, il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni, garantito dall'art. 15 Cost., sembra già adeguatamente tutelato dalla legge attraverso questi plurimi presupposti e la garanzia del controllo giurisdizionale. Se il giudice ha ritenuto assolutamente indispensabile il ricorso alle intercettazioni, nell'ambito di un procedimento che può durare fino a 18 o 24 mesi, non si vede per quale ragione non possa concedere ulteriori proroghe dopo solo un mese e mezzo di intercettazioni.

7. D'altra parte, la nuova legge dovrà essere valutata anche in rapporto ai possibili effetti sul piano della prevenzione e repressione della criminalità e della tutela dei beni giuridici, anche in rapporto agli obblighi internazionali assunti dal Paese. La legge è tutta orientata a garantire ulteriormente l'indagato e, su un piano di bilanciamento di interessi contrapposti, finisce - questo è il punto - per sacrificare quello all'accertamento di diversi reati, posti a tutela di svariati beni giuridici, individuali e collettivi. Basti solo l'esempio dell'omicidio: Tizio, imprenditore, uccide Caio, concorrente nell'attività d'impresa, rivolgendosi a un killer. Sottoposto ad intercettazioni, rivela il fatto il 46° giorno successivo all'inizio delle operazioni.

L'intercettazione non sarà utilizzabile come prova, per quanto le indagini siano ancora in corso e le intercettazioni siano state ritenute indispensabili.

Va poi considerato quel che il Legislatore non ha considerato: in non pochi casi esistono obblighi internazionali assunti dal Paese, che possono risultare di fatto non adempiuti per effetto della nuova legge. Ad esempio, la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (art. 49, co. 2) obbliga l'Italia a "garantire indagini e procedimenti efficaci" nei confronti dei reati oggetto della convenzione. Analoghi obblighi sono previsti da diverse fonti sovranazionali, per esempio in rapporti ai reati di *market abuse*. In questi e in consimili casi, potrebbero prospettarsi questioni di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., per inadempimento di obblighi sovranazionali relativi agli strumenti investigativi e all'efficacia dell'azione repressiva.

8. Una notazione finale. La legge Zanettin non è coerente con l'indirizzo politico-criminale di questa Legislatura, orientato all'introduzione di nuovi reati, per molti dei quali sono possibili le intercettazioni telefoniche, un domani con il limite di durata di 45 giorni. È ad esempio il caso del nuovo delitto per i *rave party* (art. 633 *bis* c.p.) o dell'aggressione a pubblici ufficiali in servizio o medici. Per non dire poi delle diverse ipotesi di reato che saranno introdotte dal pacchetto sicurezza (ad es., l'occupazione abusiva di immobili) o del delitto di femminicidio, oggetto di un disegno di legge d'iniziativa governativa.

È incoerente puntare sull'arma della pena, introducendo reati e aumentando le pene (consentendo le intercettazioni), e poi spuntare l'arma delle intercettazioni per l'accertamento di quegli stessi reati. Paradossalmente, la proposta di legge può indebolire l'azione di repressione delle forme di criminalità comune, contro le quali sono diretti i più recenti interventi normativi. O forse paradossale non è, perché ai tempi del populismo penale interessa evidentemente l'effetto-annuncio dell'introduzione di un reato, più che il suo effettivo accertamento.

È il risultato del combinato disposto di una politica in materia penale che - in ogni caso con interventi non improntati ad equilibrio delle soluzioni - si mostra un giorno smaccatamente populista e, il giorno dopo, marcatamente garantista. Il 7 marzo viene presentato il disegno di legge governativo che introduce il delitto di femminicidio; il 19 marzo viene approvata la legge che limita a 45 giorni la durata delle intercettazioni anche per l'introducendo delitto di femminicidio.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**