

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

10/2025

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

T. PIETRELLA, <i>Pornografia digitale, sexting e diritto penale. La devianza sessuale al tempo della techno-mediazione.....</i>	5
G. CASCONI, <i>La prova dichiarativa nel procedimento penale a carico dell'ente.....</i>	47
F. RIPPA, <i>Il Tribunale di Napoli in tema di concussione ospedaliera e altre ipotesi di "abuso lucrativo" del medico.....</i>	63
D'ERRICO, <i>Il delitto di furto in abitazione alla prova della nozione "personalista" di privata dimora e delle sue pertinenze.....</i>	83
C. PASINI, <i>Il nuovo delitto di femminicidio: alcune riflessioni sulla proposta di legge alla luce di un'indagine empirica sulla recente giurisprudenza della Corte d'Assise di Milano.....</i>	97
A. LANTERI, <i>Contenzione meccanica e tutela dei diritti fondamentali: lacune normative, insufficienti garanzie procedurali e prospettive di riforma alla luce della condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU.....</i>	113
C. CATANEO, <i>L'indulto: un possibile strumento di tutela della salute delle persone private della libertà personale durante un'emergenza sanitaria.....</i>	129

SCHEDE

G.L. GATTA, <i>Scioglimento del cumulo di pene detentive concorrenti per reati ex art. 4 bis ord. penit. ostativi alla sospensione dell'ordine di esecuzione e alla liberazione anticipata per il presofferto: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale.....</i>	151
B. FRAGASSO, <i>Profili penalistici della legge sull'intelligenza artificiale: osservazioni a prima lettura.....</i>	157
M. CRIPPA, <i>Per la Corte penale internazionale l'Italia ha violato gli obblighi di cooperazione per via della mancata consegna del libico Almasri all'Aia.....</i>	175

PORNOGRAFIA DIGITALE, *SEXTING* E DIRITTO PENALE. LA DEVIANZA SESSUALE AL TEMPO DELLA TECNO-MEDIAZIONE

di Tommaso Pietrella

L'articolo si propone di approfondire gli effetti della tecno-mediazione sulla commissione dei reati sessuali. In particolare, l'autore evidenzia le criticità di un certo approccio che, nello studio della fenomenologia criminosa, non valorizza il fattore tecnologico ma si limita all'equiparazione delle condotte "virtuali" a quelle "analogiche". Molteplici sono i temi trattati: la sussumibilità delle condotte tecno-mediate nel perimetro delle fattispecie incriminatrici esistenti; le potenzialità patologiche e criminogene della tecnologia e dei contenuti da essa veicolati (con particolare riguardo alla pornografia digitale e alle possibili conseguenze correlate al suo abuso) nonché la loro rilevanza sul piano della colpevolezza; la necessità di adottare una specifica politica criminale.

SOMMARIO: 1. I reati a sfondo sessuale nell'epoca della tecno-mediazione. – 2. La rilevanza penale del *sexting* non consensuale. – 3. La rilevanza penale del *sexting* con minori. – 4. Pornografia digitale, colpevolezza, strategie preventive e sanzionatorie. – 4.1 Sviluppi criminogenetici e psicopatologici della Rete: l'utilizzo problematico della pornografia digitale. – 4.2. Impulsività, colpevolezza e sanzione nel caso dei reati cibernetici sessualmente connotati. – 4.3 La politica criminale nel contrasto agli *Image-based sexual abuse*. – 5. Conclusioni.

1. I reati a sfondo sessuale nell'epoca della tecno-mediazione.

Lo sviluppo tecnologico degli ultimi decenni e la pervasività delle *tecnologie di informazione e comunicazione* (d'ora in poi "ICT") hanno avuto importanti ricadute sul modo di vivere la sessualità, vale a dire sulla natura e sulle qualità delle relazioni sessuali, circa le quali la Rete offre inedite modalità attuative. La mediazione del *Web* e delle ICT nell'espressione della sessualità espone, però, i beni della riservatezza, dell'integrità psico-fisica, come pure dell'autodeterminazione sessuale, a rischi elevati di compromissione. Da una parte, infatti, l'impiego di ICT alimenta occasioni di incontro tra vittime e autori di reati o comunque agevola la commissione di questi ultimi¹.

¹ Si pensi, ad esempio, agli abusi sui minori, una volta limitati principalmente a contesti familiari o educativi: rispetto ad essi l'Internet rappresenta l'occasione di un *acting-out* che sarebbe stato estremamente più difficile nella realtà. Cfr. M. STRANO, *Pedofilia e telematica: la ricerca criminologica sul web*, in T. CANTELMINI (a cura di), *La mente in internet*, Piccin, 1999, p. 149.

Dall'altra, la virtualizzazione della realtà e le modalità di sviluppo delle moderne tecnologie sembrerebbero favorire l'emersione di nuove tipologie criminose: un catalogo di comportamenti devianti che – al di fuori di un contesto virtuale – non sarebbero commessi.

Sul piano criminologico, del resto, la Rete è considerata molto più di uno «strumento tecnico che pone in contatto la vittima con il suo carnefice»², dato che le sue stesse applicazioni e le sue funzioni possono incoraggiare e intensificare l'agire criminale, agendo sugli internauti come “forza seduttiva”³.

Vi sono, infatti, diversi fattori (anonimato, capacità di fluidificare la propria identità, introiezione solipsistica, a-sincronicità e invisibilità della “CMC” ossia la *comunicazione mediata da computer*⁴, minimizzazione dello *status* sociale e dell'autorità)⁵

² C. BARBIERI, *Il crimine sessuale tra identità reale ed identità virtuale*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2012, n. 4, p. 279. Similmente P. GALDIERI, *Il diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021, pp. 140-141, ove – nel rapporto tra fatto criminoso e strumenti informatici – si riconosce alle ICT un ruolo più incisivo rispetto a quello, riduttivo, di mero strumento dell'azione umana. Sull'argomento, recentemente, anche G. FIORINELLI, *La violenza mediata dalla tecnologia. Dogmatica, profili politico criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, Giappichelli, 2024, in particolare pp. 59 e ss.

³ Secondo A. GOLDSMITH - D.S. WALL, *The seductions of cybercrime: Adolescence and the thrills of digital transgression*, in *European Journal of Criminology*, 2022, vol. 19, n. 1, pp. 98 e ss., le funzioni dell'Internet, progettate appositamente per intercettare desideri e bisogni degli internauti, sarebbero suscettibili di incoraggiare l'agire trasgressivo *online*, offuscando l'esistenza di limitazioni al proprio agire e trasformando soggetti “normalmente” non criminali in autori criminali. Le caratteristiche del *Web* che più di altre sarebbero in grado di indirizzare gli internauti verso derive pericolose, devianti e aggressive, vengono sintetizzate nel tautogramma: *accessibility, affordability, anonymity, abundance, ambivalence, arousal e asymmetry*. Per *accessibility* s'intende facilità d'uso e d'accesso, percezione di dominio sulle tecnologie e velocità d'ingresso. Una volta, poi, entrati nel *World Wide Web*, la maggior parte dei contenuti in esso veicolati sono accessibili gratuitamente e con estrema facilità (*affordability*): dalle informazioni personali, inserite dagli internauti su piattaforme social, al materiale pornografico, scaricabile o visionabile in *streaming* senza previa identificazione o registrazione (*anonymity*). L'estrema semplicità che connota l'inserimento e la ricerca di materiale nel *cyberspace* consentirebbe, inoltre, agli internauti di reperire *online* contenuti di qualsiasi genere, esplorare nuovi mondi, fare nuove esperienze, assecondando i piaceri, i desideri e le altre finalità che di volta in volta muovono i naviganti in Rete (*abundance*). La circostanza secondo la quale il *Web* rappresenta, di fatto, uno spazio autogestito direttamente dagli utenti, privo dell'assoggettamento a un'autorità, rende del resto le funzioni, le applicazioni e i contenuti che vi si possono trovare imprevedibili, variegati e senza limiti. Il comando di una norma o di un'autorità (genitori, insegnanti, agenti pubblici) finisce, dunque, per confondersi e in definitiva per svanire nella cacofonia delle voci che si odono *online* (*ambivalence*). La percezione di uno spazio senza regole, l'idea che nella Rete tutto sia concesso, sembra ridurre la percezione della lesività delle proprie azioni nonché il timore di subire ripercussioni (anche legali). Infine, l'esposizione a immagini e materiali sconosciuti, attraenti e trasgressivi, stimola, attivando circuiti neurobiologici, la curiosità e l'esplorazione di nuovi orizzonti da parte degli internauti, i quali finiscono per essere attratti da esperienze sempre più estreme e sensazionali (*arousal*). Alcune modalità tecniche dell'Internet e di sue applicazioni sarebbero, d'altronde, appositamente sviluppate per provocare e mantenere costante il senso di novità, di imprevedibilità e sensazionalità dei contenuti, così agendo sulla mente dell'uomo – a sua insaputa – per garantirgli un'esperienza più gratificante e un maggiore intrattenimento *online* (*asymmetry*).

⁴ Per un catalogo dettagliato circa le peculiarità della “CMC” si rimanda a T. CANTELMINI - E. LAMBIASE, *Tecnoliquidità: nuovi scenari (evolutivi?) per la salute mentale*, in *Modelli della Mente*, 2017, n. 1, p. 13.

⁵ I fattori qui indicati sono diffusamente descritti in J. SULER, *The Online Disinhibition Effect*, in *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 2004, vol. 7, n. 3, cit., pp. 321 e ss. Si consenta un rinvio a T. PIETRELLA,

in grado di conferire alla Rete un potere “disinibente” e tale, quindi, da favorire la tenuta di condotte più egoistiche (*meno altruistiche*) nonché più aggressive, rispetto a quanto si riscontra nei rapporti personali diretti⁶. Le caratteristiche del *Web* agevolerebbero, inoltre, un processo di “de-individuazione” (*deindividuation*)⁷ o “de-umanizzazione” nella mente di tutti gli utenti della Rete, suscettibile di instradarli verso uno stato mentale di perdita di autoconsapevolezza e autocontrollo, e in tal modo rendendoli capaci di azioni con fortissime connotazioni negative, violente, crudeli, che, in contesti di normale soggezione a inibizioni soggettive, morali e sociali, non avrebbero mai commesso.

I processi che si pongono alla base dell’agire criminoso *online* e che derivano dalla tecno-mediazione⁸ risultano particolarmente accentuati nel contesto di pratiche sessuali virtuali, specie se correlate a una sessualità lontana dal mondo affettivo-relazionale e ridotta alle istanze della genitalità. Sembrerebbe, infatti, che la disinibizione prodotta dalle connessioni digitali, combinandosi all’impulsività e alla gratificazione sessuale, determini un aumento dei comportamenti rischiosi e una minore percezione delle conseguenze negative del proprio agire⁹: anonimato, identità virtuali, assenza di controlli e restrizioni¹⁰, accessibilità e gratuità di materiale pornografico, stimolazione

[L’incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive. Rilevanza giuridica della comunicazione degradante online nel reato di diffamazione](#), in questa Rivista., 2023, n. 10, pp. 11 e ss., ove si è già approfondito lo studio di Suler, per cui ci limitiamo, in questa sede, ad un semplice richiamo.

⁶ In modo analogo, cfr. C. BARBIERI, *Il crimine sessuale*, cit., p. 279: «Nel mondo virtuale, del resto, le componenti fondamentali di un’esistenza umana antropologicamente ed ontologicamente fondata sono o abolite (genere sessuale, corporeità), o comunque alterate (il senso dello spazio e del tempo). Il pericolo, in certe condizioni, è quello di produrre una vera e propria frammentazione del Sé, con tutte le conseguenze tanto sulla discriminazione tra fantasia e realtà, quanto sull’auto-controllo sufficientemente consapevole e responsabile; al punto che, proprio nel passaggio dall’identità c.d. virtuale a quella c.d. reale, dal comportamento fantasticato a quello concretizzato, possono estrinsecarsi sia parti scisse del Sé, come componenti di natura narcisistica, esibizionistica, sadica, voyeuristica etc., sia intense cariche di aggressività, che possono motivare anche un reato di tipo sessuale».

⁷ Cfr. C. DEMETRIOU - A. SILKE, *A Criminological Internet ‘Sting’. Experimental Evidence of Illegal and Deviant Visits to a Website Trap*, in *British Journal of Criminology*, 2003, vol. 43, n. 1, pp. 213 e ss. Si veda, sul punto, anche P. GALDIERI, *Il diritto penale dell’informatica*, cit., p. 283, secondo il quale l’astrazione della vittima non potrebbe dirsi semplicemente il frutto di “un processo mentale deviato”, rinvenendo la propria eziologia nelle stesse “metodologie telematiche”, le quali impediscono di riconoscere l’esistenza di una persona dietro lo schermo.

⁸ La “tecno-mediazione” delinea un nuovo schema di relazione umana: non più di tipo “uomo-uomo”, ma “uomo-macchina-uomo”. Le sue caratteristiche sono analizzate in T. CANTELMÌ - E. LAMBIASE, *Tecnoliquidità*, cit., pp. 19 e ss. In T. CANTELMÌ - M. TALLI, *Psicopatologia del Cyberspazio. Dislocazioni mentali, personalità avatar-mediate, derive autistiche e condotte fuori controllo*, in *Modelli per la mente*, 2008, vol. I, p. 33, lo sviluppo patologico dell’utilizzo della Rete e delle relazioni tecno-mediate viene descritto come il passaggio dallo schema “uomo-macchina-uomo” a “uomo-macchina”, uno stato in cui il soggetto perde cognizione dell’umanità del suo interlocutore.

⁹ Cfr. A. GOLDSMITH - D.S. WALL, *The seductions of cybercrime*, cit., p. 106.

¹⁰ L’assenza di controllo e restrizioni nell’Internet, la libertà di comunicare, di esprimersi, di condividere contenuti, avrebbe, tra l’altro, favorito la formazione e il mantenimento di “subculture” criminose e devianti; comunità di internauti che interagiscono in un ambito più o meno ampio, ma comunque circoscritto, del cyberspazio (può essere un determinato *social media*, una piattaforma di *streaming*, *blogs*, etc.), in cui il gruppo di utenti si trova a giustificare, legittimare, rinforzare la tenuta di comportamenti offensivi. Il diffondersi di

neurobiologica, possibilità di interazioni disinibite rappresentano fattori umani, sociali e tecnologici che si intersecano¹¹ l'uno con l'altro, favorendo la tenuta di comportamenti devianti, anche criminosi.

In assenza di un'approfondita riflessione sui rapporti tra uso della tecnologia e commissione di reati, si è fatto strada il mito della neutralità dell'Internet e delle moderne ICT¹², mito secondo il quale il *medium* non sarebbe né positivo né negativo, dipendendo tali connotazioni dall'utilizzo che se ne fa¹³. È dunque prevalsa, nel tempo, un'interpretazione del fenomeno criminoso che non pone in risalto il ruolo del fattore tecnologico nella genesi e nell'esecuzione del reato, ma ravvisa nell'impiego di strumenti informatici una semplice alterazione delle modalità esecutive della condotta. Il reato cibernetico, in altre parole, viene equivocato per il mero aggiornamento di una "versione" analogica delle fattispecie.

Solo di recente, sollecitato dal clamore mediatico di alcuni fatti di cronaca, il legislatore è intervenuto in materia, introducendo, all'art. 612-ter c.p., una nuova fattispecie incriminatrice, volta a contrastare un fenomeno tipicamente cibernetico: il reato di "Diffusione di immagini o video sessualmente espliciti". Anche in questa occasione, tuttavia, il desiderio di soddisfare le esigenze elettorali del governo di turno, secondo la logica *panem et circenses* del populismo penale, ha impedito di approfondire seriamente le caratteristiche e la natura dell'agire criminale *online*, nonché di pianificare una seria politica criminale. Il lavoro del Parlamento s'è infatti incentrato, esclusivamente, sulla criminalizzazione di simile tipologia criminosa, la quale aveva suscitato scalpore nell'opinione pubblica, senza però mostrare alcun interesse per la sua criminogenesi¹⁴ né, tanto meno, per quelle altre condotte che non rientrano nello specifico caso del *revenge porn*, ma ciononostante determinano un tipo d'offesa equivalente. La diffusione vendicativa di materiale erotico costituisce, del resto, solo una delle possibili modalità d'offesa all'interno di una più ampia pletora di comportamenti cibernetici, lesivi della sfera sessuale o del benessere psico-fisico della persona e

subculture devianti e criminose condurrebbe ad un fenomeno di normalizzazione dell'offesa che favorirebbe la commissione di reati *online*. Sul punto cfr. T.J. HOLT, *Subcultural theories of crime*, in T.J. HOLT - A.M. BOSSLER (a cura di), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Palgrave Macmillan, 2020, pp. 513 e ss.

¹¹ In termini analoghi: A. POWELL - A. FLYNN - N. HENRY, *Sexual violence in digital society. Understanding the human and techosocial factors*, in R. LEUKFELDT - T.J. HOLT (a cura di), *The human factor of cybercrime*, Routledge, 2020, pp. 134 e ss.

¹² Ne abbiamo conferma, oggi, dalla lettura dei lavori preparatori alla legge del 23 settembre 2025, n. 132, recante disposizioni in materia di intelligenza artificiale, laddove nella relazione introduttiva (riferito all'art. 22, c. 3 e ss. del disegno di legge n. 1146-B) si legge: «L'approccio all'intelligenza artificiale nella prospettiva del diritto penale muove dalla considerazione della neutralità dello strumento, che è suscettibile di impiego in ogni campo e con le proiezioni più disparate». La relazione è reperibile alla URL: [«https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01418921.pdf»](https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01418921.pdf).

¹³ Cfr. sul punto: L. FLORIDI, *on good and evil, the mistaken idea that technology is ever neutral, and the importance of the double-charge thesis*, in *Philosophy & Technology*, 2023, vol. 36, n. 60, reperibile *online* sul portale [«link.springer.com»](https://link.springer.com).

¹⁴ Circa l'utilizzo del diritto penale come alibi per astenersi da interventi di prevenzione primaria si veda: L. EUSEBI, *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale «umanizzatrice?»*, in *CRIMINALIA*, 2016, XI, p. 287.

accomunati dall'aver ad oggetto rappresentazioni pornografiche digitali non consentite dall'ordinamento giuridico¹⁵.

Nell'epoca della tecno-mediazione, in assenza di contatto fisico tra reo e vittima, la condotta criminosa a sfondo sessuale è infatti necessariamente associata (salvo eccezioni) alla produzione o all'utilizzo di materiale pornografico. Il carattere "pornografico" delle raffigurazioni può intendersi – occorre precisare – anche in senso ampio, sia per le caratteristiche intrinseche delle immagini (qualora esse riproducano atti sessuali espliciti), sia per la loro destinazione a scopi sessuali. Si parla, a tal proposito, di una nuova fenomenologia criminosa, quella dell'*Image-based sexual abuse*¹⁶ (o *non consensual pornography*), che, pur nella complessità delle modalità di aggressione ai beni tutelati, riunisce diversi comportamenti devianti, mettendo in risalto l'immagine pornografica non consensuale quale elemento centrale dell'azione criminosa. In molti casi, questo contenuto pornografico viene realizzato nel contesto del *sexting*, neologismo che deriva dalla fusione dei termini "sex" e "texting"¹⁷, con il quale si intende lo scambio di messaggi, immagini e video a sfondo erotico tramite ICT. Da mero fatto privato, il *sexting* può finire per risolversi in una pratica criminosa allorquando, per ottenere dal proprio interlocutore materiale pornografico autoprodotta, vengano impiegate modalità fraudolente o coercitive, ovvero nel caso in cui il soggetto indotto a realizzare le immagini sia minorenni.

In assenza di fattispecie incriminatrici appositamente formulate per contrastare questi nuovi fenomeni criminali, la giurisprudenza ha ricondotto la produzione e l'invio di materiale pornografico "illecito" – da intendersi tale per modalità acquisitive (ovvero realizzato previa coartazione o decessione della vittima) o per il tipo di contenuto che riproduce (nel caso di immagini pedopornografiche) – nella cornice di reati tradizionali, secondo interpretazioni "evolutive-estensive" degli stessi in chiave tecnologica. L'intervento del giudice, piuttosto che quello del legislatore, produce però, in materia,

¹⁵ Vale la pena osservare, sul punto, che a breve entreranno in vigore le modifiche al codice penale stabilite dalla legge n. 132 del 23 settembre 2025, recante "disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale", ove si prevede l'introduzione di una nuova norma incriminatrice, l'art. 612-quater, rubricato "Illecita diffusione di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale". Anche in relazione a questo fenomeno, si constata la tendenza a ricorrere alla sanzione penale senza un'approfondita indagine della criminogenesi e, con buona pace dei principi di sussidiarietà ed *extrema ratio*, la rinuncia ad utilizzare, in via primaria, strumenti alternativi di gestione del fatto, pure espressamente indicati dal legislatore all'art. 24, comma 5, lettera a), della medesima legge.

¹⁶ Il termine, anche se qui è utilizzato in alternativa a "pornografia non consensuale", nasconderebbe una certa "enfaticizzazione" della componente di genere (così: 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. e proc. pen.*, 2019, n. 4, p. 2054-2055 e ID., ["Revenge porn" e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane](#), in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 3, p. 73). Nel prosieguo è preferito *Image-based sexual abuse* in quanto ci si intende riferire, in particolare, a condotte connotate da forte impulsività e rivolte a soggetti spesso coartati e/o non del tutto consenzienti (come i minori).

¹⁷ Per un inquadramento generale sul contesto socio-culturale in cui si sviluppa il fenomeno cfr. A.M. DOBSON, *Sexting in context. Understanding gendered sexual media practices beyond inherent 'risk' and 'harm'*, in E. MARTELLOZZO - E.A. JANE (a cura di), *Cybercrime and its Victims*, Routledge, 2017, pp. 79 e ss.

oltre al rischio di uno sconfinamento di poteri in violazione del principio di legalità, vere e proprie antinomie di carattere sistematico, di cui si darà conto a breve.

Ma non solo. L'equiparazione delle condotte realizzate *online* a quelle fisiche (e conformi al tipo legale) determina incongruenze anche rispetto alla fenomenologia criminosa di riferimento. Sullo sfondo dei reati cibernetici, specialmente in materia sessuale, rilevano, infatti, impulsi e altre componenti psichiche tipiche degli ambienti virtuali che rischiano di rimanere ignorati laddove l'azione tecno-mediata sia parificata a quella fisica e di contatto, sul presupposto della neutralità del mezzo informatico.

Posta la molteplicità delle questioni, appare utile, nel prosieguo, procedere seguendo diverse direttrici. Dapprima, sul piano della tipicità, giova ripercorrere l'*iter* logico-argomentativo che ha portato la giurisprudenza di legittimità a includere fenomeni criminosi di nuova emersione entro la cornice di fattispecie esistenti, evidenziando le criticità del ragionamento adottato, anche con riguardo alle sue conseguenze applicative.

Successivamente, si propone di indagare l'impatto della tecnologia sulla tenuta di comportamenti devianti *online*. In questo ambito, il dialogo con le altre scienze dimostra, infatti, che nell'eziologia criminosa degli *Image-based sexual abuse* le moderne ICT, per proprie caratteristiche e per la tipologia di contenuti erotici che spesso veicolano, potrebbero avere un'influenza determinante sull'assunzione del contegno criminoso. Ciò è tanto più vero qualora sia dato ravvisare i segni di una cd. *Internet-Related Psychopathology*: una nuova tipologia di disturbi mentali, originati dall'utilizzo distorto e patologizzante dell'Internet, delle sue diverse applicazioni e dei suoi contenuti, tra i quali viene inclusa, in modo particolare, la pornografia digitale. Pertanto, dopo aver inquadrato i termini della rilevanza penale del *sexting*, sarà utile approfondire ulteriormente, in ambito scientifico, l'effettivo condizionamento che la Rete e la tecno-mediazione possono esercitare sull'agire umano, e ciò allo scopo di valutare le sue possibili ricadute sul piano della colpevolezza degli autori dei reati cibernetici a sfondo erotico nonché valutare le più effettive strategie di prevenzione.

Accomuna questi diversi ambiti la constatazione di un generalizzato fraintendimento circa la neutralità della tecnologia, il quale porta ad escludere la sua influenza sulla tenuta di comportamenti criminosi, specialmente in materia sessuale, così incidendo negativamente sulla comprensione della criminalità cibernetica. Da una parte, infatti, il legislatore s'è astenuto sia dal riformare l'ambito dei reati contro l'autodeterminazione e la libertà sessuale, e pertanto dall'includervi nuove modalità d'aggressione, con la conseguenza che la giurisprudenza s'è limitata a inquadrare le nuove tipologie criminose entro fattispecie già esistenti, facendone un utilizzo "estensivo" (o "analogico", in base ad una diversa sensibilità nei riguardi della legalità penale). Dall'altra, l'aver ignorato l'incidenza del fattore tecnologico (in particolare l'utilizzo distorto e patologico della pornografia digitale) rispetto alla condotta criminale *online*, ha impedito, sino ad oggi, al legislatore di attuare un'efficace strategia di prevenzione, incentrata sul contrasto delle condizioni che favoriscono i reati cibernetici (e quindi *ex ante*), e al giudice, in sede di accertamento delle componenti soggettive (e quindi *ex post*), di apprezzare la concreta colpevolezza degli autori dei reati.

2. La rilevanza penale del *sexting* non consensuale.

Prendiamo le mosse dalla qualificazione giuridica oggi attribuita al *sexting* non consensuale. Nella categoria degli *Image-based sexual abuse* sono compresi, dicevamo, una molteplicità di comportamenti devianti che hanno ad oggetto la realizzazione e la diffusione non autorizzata di contenuti a sfondo erotico. Questo fenomeno, tuttavia, è escluso dall'ambito applicativo dell'art. 612-ter c.p., il quale si applica esclusivamente alla divulgazione (a valle) non consensuale di materiale pornografico, ma non si applica al caso in cui, nel corso di una CMC, la persona offesa sia costretta o indotta fraudolentemente a realizzare immagini pornografiche che la raffigurano, ovvero (a monte) non consensuali.

Tali casi, pur riproponendo *prima facie* lo schema astratto del reato di estorsione o della truffa¹⁸, non sono sussumibili in quelle fattispecie, poiché l'azione non ha alcuna ricaduta patrimoniale¹⁹. Diversamente, la giurisprudenza maggioritaria, vista la stretta connotazione sessuale della condotta, è da anni orientata ad applicare, in proposito, la fattispecie di "Violenza sessuale". Si ritiene, infatti, assodata la possibilità di compiere "atti sessuali" anche a distanza, per via telematica, ma solo qualora sia coinvolta, in ciò, la corporeità della vittima, vale a dire nel caso in cui si accerti la costrizione o l'induzione del soggetto passivo a compiere "atti sessuali", tra cui si fanno rientrare quelli di auto-stimolazione.

Il costringere la persona offesa a compiere atti di autoerotismo, a riprendersi con scatti fotografici o con videocamera e a inviare il materiale prodotto tramite *chat* o a trasmetterlo in diretta mediante *webcam* verrebbe dunque a costituire, nel senso predetto, condotta rilevante ai sensi dell'art. 609-bis c.p.²⁰. Parimenti, risulterebbe ipotizzabile una condotta induttiva per via telematica, secondo le modalità indicate dal secondo comma della norma.

¹⁸ Diverso è il caso, invece, delle cd. "truffe affettive", secondo il cui schema l'assunzione di identità fittizie o la realizzazione di altri raggiri o artifici *online* sono preordinati alla realizzazione di un vantaggio economico a danno della vittima. Il tema è stato recentemente approfondito da M. DI LELLO FINUOLI, *Prospettive e limiti di rilevanza penale della truffa affettiva*, Jovene, 2024.

¹⁹ In tal senso Cass. Pen., Sez. II, 09/09/2021, n. 41985, ove sembrerebbe rinunciarsi ad un'interpretazione estensiva di "profitto" tale da includere il perseguimento di qualsiasi utilità, anche priva di connotati prettamente patrimoniali. In termini analoghi M. LUBERTO, "Sex-torsion" via web e minaccia a mezzo ransomware: la nuova frontiera del delitto di estorsione, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, UTET, 2023, II ed., p. 794.

²⁰ Sul punto la giurisprudenza appare unanime. Si veda di recente Cass. Pen., Sez. III, 14/03/2024, n. 10692: «Gli atti di masturbazione rilevano quali atti sessuali non solo quando con costrizione praticati dall'agente a terzi o da costoro al primo, ma pure laddove la persona offesa sia stata costretta a praticarli su sé medesima, non essendo necessario il contatto fisico fra l'agente e la vittima (cfr. Sez. 3, n. 26809 del 04/04/2023, S., Rv. 285060; Sez. 3, n. 25822 del 09/05/2013, T.P., Rv. 257139). Non può, quindi, negarsi la possibilità della realizzazione del reato contestato anche per via telematica, quando il reo, utilizzando strumenti per la comunicazione a distanza quali il telefono, la videochiamata, la chat, costringe la persona offesa a compiere atti sessuali pur se questi non comportino alcun contatto fisico con l'agente (cfr. Sez. 3, n. 20521 del 19/04/2011, n.m.)».

A tal riguardo, vale la pena osservare che l'avvento dell'Internet e della CMC hanno trasformato un'ipotesi criminosa, quale la violenza sessuale per sostituzione di persona, considerata verosimilmente irrealizzabile e di «scarsissima aderenza alla realtà»²¹ (il caso di scuola era quello del gemello che abbia un rapporto sessuale fingendosi il fratello), in una fattispecie dalle elevate probabilità di verificazione. Data, infatti, la diffusa pratica di intrattenersi in *chat* erotiche con persone conosciute esclusivamente in Rete, potrebbe accadere che un soggetto, attribuendosi qualità e connotati a lui estranei (per esempio, reperendo direttamente nel *Web* immagini raffiguranti terzi e spendendole per proprie), induca il suo interlocutore a compiere atti autoerotici e a riprendersi.

Il *sexting* forzato o fraudolentemente indotto rappresenterebbe quindi, secondo la lettura della giurisprudenza dominante, la “versione cibernetica” (o “telematica”, come si preferisce) della violenza sessuale, secondo un'operazione ermeneutica di aggiornamento in chiave tecnologica della fattispecie delittuosa, che porta a includere nella norma nuove modalità di aggressione alla sfera sessuale, inimmaginabili al legislatore del '30 e del '96²². Deve peraltro ammettersi che una fattispecie poco tassativa²³, dalla fisiognomica incerta²⁴, come la “Violenza sessuale” sembra prestare il fianco a discutibili letture estensive, legittimando il giudice ad ampliare il novero delle condotte penalmente rilevanti mediante operazioni ermeneutiche²⁵.

Secondo il predetto orientamento, dato che il compiere o il subire atti sessuali non-consensuali coincide con l'elemento oggettivo del reato, ossia con l'offesa al bene giuridico protetto dalla norma, risulterebbe del tutto irrilevante, ai fini dell'integrazione

²¹ Così, ad esempio, G. FIANDACA - E. MUSCO, *I delitti contro la persona*, in ID. *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, tomo I, Zanichelli, 2010, p. 207.

²² Sul punto si legga anche: G. BEGUINOT, *I reati contro la sfera sessuale della persona al tempo di Internet, tra criticità tradizionali ed esigenze di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2023, n. 3, pp. 1006 e ss.

²³ Che la formulazione letterale dell'art. 609-bis c.p. ponga un problema di compatibilità con il principio di determinatezza è stato chiaro sin dalla sua introduzione: cfr. G. FIANDACA, voce “Violenza sessuale”, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg. IV, 2000, p. 1156. Di recente, D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”. Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in www.la legislazione penale.eu, 5 giugno 2017, riconduce l'«ampia e proteiforme nozione di atti sessuali» (*ivi*, p. 20) nel novero delle clausole generali previste dalla parte speciale del codice. Secondo l'Autore, tali clausole costituirebbero una delega, intenzionale, da parte del legislatore all'autorità giudiziaria, alla quale sarebbe pertanto rimesso il «compito di una loro disambiguazione in funzione di parametri variabili e (più di frequente) metagiuridici» (*ivi*, p. 6). In base a tale rinvio, sarebbe quindi il giudice ad individuare la regola di giudizio, suscettibile di mutare nel tempo, adeguandosi alle necessità del momento storico in cui essa trova applicazione (*ivi*, p. 39). In termini analoghi, D. CASTRONUOVO, [Clausole generali e diritto penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 2012, pp. 1-18, ora anche in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 477 e ss.

²⁴ Il tema è approfondito da M. PAPA, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in *CRIMINALIA*, 2018, pp. 213 e ss. Secondo l'Autore, la violenza sessuale come descritta dall'art. 609-bis c.p., “stupro a parte”, non esprimerebbe una condotta tipica auto-evidente, un fatto tipico “fisiognomicamente significativo” (*ivi*, p. 220).

²⁵ Le norme penali, d'altronde, costituiscono «armi, mezzi di lotta contro fenomeni ritenuti criminali, a disposizione della magistratura per scopi di tutela» (M. DONINI, [Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo](#), in *Dir. pen. cont.*, 2016, n. 3, p. 22 (corsi originali)). Le disposizioni di cui all'art. 609-bis c.p., nella loro elasticità, ben si prestano – in quest'ottica – alla tutela dei beni giuridici coinvolti.

del reato, la contestuale ripresa visiva o sonora degli atti da parte della vittima, nonché la conseguente diffusione del materiale pornografico realizzato. La costrizione, mediante minaccia, alla ripresa e all'invio del contenuto ripreso, dovrebbe, di logica, sussumersi in altre fattispecie concorrenti, come il più generico reato di "Violenza privata". In assenza di una previsione normativa unitaria, che attribuisca al *sexting* forzato un significato antigiuridico complessivo, non si può far altro, infatti, che ricorrere – ove ne sussistano i presupposti – a una pluralità di fattispecie incriminatrici, volte ognuna a sanzionare un solo segmento del disvalore complessivo del fatto, segnatamente: la costrizione o induzione a commettere su di sé l'atto sessuale; la coartata o indotta ripresa dell'azione; il successivo invio del materiale²⁶.

Fermo, inoltre, che per ricondurre il *sexting* nel quadro dell'art. 609-bis c.p. sarebbe comunque necessario il compimento di "atti sessuali"²⁷, appare escluso dall'ambito di tale fattispecie il caso in cui la coartazione della vittima sia limitata al denudamento e all'esibizionismo erotico²⁸, ovvero all'auto-produzione di semplici *nudes*, pur comportando tale condotta un grado simile di compromissione del bene giuridico²⁹.

Non mancano, tuttavia, orientamenti sinora minoritari che, in una prospettiva "vittimo-centrica" (per effetto della quale l'offensività del fatto non viene misurata,

²⁶Potrebbe escludersi, tuttavia, il concorso di reati, in favore della sola "violenza sessuale", ove si ritenesse che la CMC a sfondo erotico costituisca una componente integrale dello sviluppo e della relazione sessuale "telematica". In tal modo, l'essere costretto/indotto a produrre pornografia con auto-scatti o auto-ripreses e a trasmetterli tramite ICT costituirebbero elementi di un (unico) rapporto sessuale coartato, così da essere ricompresi nell'oggettività giuridica del reato di violenza sessuale.

²⁷ In tal senso Cass. Pen., Sez. III, 06/11/2020, n. 11623, secondo cui la nozione di "atti sessuali" implica necessariamente il coinvolgimento della corporeità sessuale del soggetto passivo, sicché la realizzazione indotta di fotografie ritraenti le nudità, senza il compimento ovvero la sopportazione di atti sessuali, non integra la fattispecie di "violenza sessuale". La costrizione a riprendere e trasmettere le proprie nudità potrà semmai integrare la fattispecie di cui all'art. 610 c.p. (in questo senso cfr. Cass. Pen., Sez. V, 27/10/2022, (ud. 27/10/2022, dep. 16/01/2023), n.1358).

²⁸ A nostro avviso, l'esclusione dell'atto di "spogliare" la vittima e di riprenderne le nudità dal novero degli "atti sessuali" di cui all'art. 609-bis c.p., troverebbe conferma nella definizione di "pornografia minorile", di cui all'ultimo comma dell'art. 600-ter c.p. In quella sede, infatti, il legislatore distingue (pur ai fini di una loro equiparazione) «la rappresentazione di un minore di anni diciotto coinvolto in *attività sessuali esplicite, reali o simulate*» dalla mera «rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali». Questa precisazione, da parte del legislatore, dovrebbe essere interpretata nel senso che non basta la semplice rappresentazione di organi sessuali (anche a fini sessuali) perché possa identificarsi un'*attività sessuale*. Se pertanto, ai fini della definizione di pornografia minorile, il legislatore tiene distinta la raffigurazione di attività sessuali dalla raffigurazione di nudità (pur a scopi sessuali), si dovrebbe concludere che laddove la fattispecie richieda il compimento di "atti sessuali" e la loro rappresentazione, essa non includa anche la sola ripresa e l'invio di immagini di organi sessuali e pose *osé*.

²⁹ Tale orientamento giurisprudenziale crea, inoltre, problemi di accertamento processuale della fattispecie. Parte della dottrina ha rilevato, infatti, che in assenza di un'interazione in tempo reale, del "contatto" fisico e della "contestualità" degli atti, potrebbe accadere che le immagini inviate raffigurino atti autoerotici solo simulati oppure realizzati in precedenza, in contesti del tutto estranei a quello in cui il soggetto riceve il materiale (cfr. V. PLANTAMURA, *Internet, sesso e minori tra rapporti virtuali e adescamento*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 1, p. 18). Non basterebbe, dunque, la prova della trasmissione forzata di materiale pornografico auto-prodotto, dovendo accertarsi che la ripresa visiva e sonora delle immagini sia stata eziologicamente realizzata in occasione della condotta coercitiva e/o induttiva del soggetto agente.

tanto, in base alla materialità della condotta del reo, bensì calibrata in base alla percezione dell'offesa da parte della vittima), hanno ritenuto invece possibile l'applicazione del 609-bis c.p. in caso di costrizione, mediante minaccia, a inviare autoscatti erotici, nonché a ricevere e contestualmente a commentare un'immagine pornografica trasmessa alla vittima tramite *WhatsApp*³⁰; oppure, ancora, hanno evocato il reato di "violenza sessuale" anche in assenza di costringimento o induzione ad atti di autoerotismo, in caso di costrizione, mediante minaccia, all'invio di immagini di parti intime della persona offesa, tramite un sistema di messaggistica istantanea (una *chat* di *WhatsApp*)³¹.

Simili orientamenti, estendendo la fattispecie di "violenza sessuale" in modo da ricomprendervi anche la coartazione della vittima alla condivisione telematica di qualsiasi materiale erotico che la raffiguri (e quindi anche quelle condotte altamente lesive dell'intimità e della libertà sessuale della vittima che rimarrebbero escluse sulla

³⁰ Così: Cass. Pen., Sez. III, 2/07/2020, (ud. 2/07/2020, dep. 8/09/2020), n. 25266, in *Dir. di Internet*, 2020, n. 4, pp. 683 e ss., con nota di L. PICOTTI, *La violenza sessuale via WhatsApp*, pp. 685 e ss.; nonché di F. PARISI, *Violenza sessuale via WhatsApp? L'estensione della nozione di atto sessuale in una sentenza della Cassazione*, in *Foro it.*, 2021, vol. 146, n. 4, pp. 268 e ss. In nota alla sentenza sopracitata, L. PICOTTI, *La violenza sessuale via WhatsApp*, cit., p. 687, riferendosi all'interpretazione giurisprudenziale, osserva che: «Il profilo sostanziale dell'offesa al bene giuridico sembra prevaricare o comunque sfumare il vincolo legale della tipicità del fatto costitutivo del reato di volta in volta da accertare» (corsivi originari). L'Autore non sembra prendere le distanze dall'evoluzione interpretativa della Cassazione, condividendo l'esigenza di garantire (fermo l'impegno, si dice, di «restare nei limiti del significato delle parole usate dal legislatore») «la più efficace tutela del bene giuridico protetto, da individuare alla stregua di collaudati canoni ermeneutici e sistematici, rappresentato nella specie dalla libertà di autodeterminazione sessuale della vittima, in particolare del minore». Nell'invito conclusivo (vd. p. 689) a valorizzare il piano dell'offesa al bene giuridico, non emerge, però, con altrettanta chiarezza, l'esigenza di rispettare la tassatività della norma. Più volte, invero, l'Autore ammonisce circa il rischio di travalicare la perimetrazione della tipicità. Tale monito, però, è contraddetto e privato di sostanza allorché si attribuisce al bene giuridico una funzione di fatto incriminatrice, facendosi della concreta offensività il criterio sul quale parametrare l'integrazione della fattispecie penale. La coartazione all'invio di materiale erotico autoprodotta, sotto forma di immagini *nudes* e contenuti vocali, dalla vittima, in quanto gravemente lesivo della sua intimità, costituirebbe per ciò solo – così sembrerebbe dedursi – condotta rilevante ai sensi dell'art. 609-bis c.p. Rilevi critici in merito all'ermeneutica proposta sono evidenziati anche da: G. FIORINELLI, *La violenza mediata dalla tecnologia*, cit., pp. 147-149.

³¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 09/09/2021, n. 41985 che ha annullato la pronuncia della Corte d'Appello di Milano con la quale l'imputato era stato condannato, ai sensi dell'art. 629 c.p., per avere costretto la vittima a scattare e trasmettere tramite *WhatsApp* foto delle sue parti intime, previa minaccia di diffondere un video a sfondo erotico in cui compariva la stessa persona offesa. Dopo aver evidenziato il rapporto di specialità dei reati di estorsione e di violenza sessuale rispetto alla fattispecie generica, comune, di cui all'art. 610 c.p., la Cassazione ha rimesso gli atti ad altra sezione della Corte territoriale, imponendo di valutare «se la condotta ascritta all'imputato vada inquadrata ai sensi dell'art. 629 c.p., avendo comportato un'offesa al patrimonio della persona offesa, o abbia cagionato esclusivamente un'illegittima limitazione della libertà sessuale della giovane vittima, che si estrinseca anche nella possibilità di intrattenere rapporti erotici online e di trasmettere immagini intime del proprio corpo; in tal caso potrà verificare, nell'ambito di una complessiva ricostruzione della vicenda e del grado di compromissione del bene tutelato, l'eventuale sussistenza dell'attenuante speciale prevista dall'art. 609 bis c.p., comma 3» (corsivi nostri). È chiaro, pertanto, che secondo la pronuncia in esame l'azione criminosa sarebbe riconducibile al reato di "violenza sessuale", anche in assenza di un coinvolgimento oggettivo della corporeità della vittima: basterebbe la mera costrizione, mediante violenza, all'invio di foto intime.

scorta dell'orientamento più restrittivo), delineano, però, un'operazione analogica *in malam partem* che è incompatibile con il principio di tassatività³².

È evidente, pertanto, che le varie soluzioni ermeneutiche proposte in tema di “violenza sessuale telematica” presentino delle criticità, risollevando, ancora una volta, il problema di una disciplina dei reati in materia sessuale incentrata su una fattispecie incriminatrice monolitica, l'art. 609-*bis* c.p., entro la quale finisce non di rado per essere ricondotta, senza distinzioni significative, ogni lesione sessualmente connotata. L'ampiezza del bene giuridico tutelato è tale che esso non riesce a svolgere la funzione selettiva che gli è propria, così che si finisce per punire ai sensi dell'art. 609-*bis*, grazie anche alla complicità di una formulazione legale indeterminata, qualunque offesa alla sfera sessuale altrui³³.

Ciò detto, pur nella genericità delle espressioni utilizzate, è possibile riscontrare diverse condotte che, sebbene siano sessualmente connotate, sfuggono – come s'è visto – alla descrizione del tipo legale perché non realizzano un “atto sessuale” in senso proprio: è il caso, per l'appunto, della produzione di immagini o video esibizionistici, raffiguranti solo le parti intime, mediante costrizione o induzione.

Rispetto a tali condotte, sarebbe dunque opportuno, *de iure condito*, non estendere la fattispecie della violenza sessuale a scapito della sua tipicità³⁴ e limitare la rilevanza penale del *sexting*, definendone per il futuro le modalità, al solo caso di costrizione o induzione ad atti di auto-stimolazione sessuale, rinunciando – in tal modo – ad un utilizzo (perverso) del bene giuridico con funzione incriminatrice, anziché di garanzia³⁵. Quelle condotte, del resto, non rimarrebbero impunte, in quanto sarebbero pur sempre sussumibili in altre fattispecie (ad esempio, entro la cornice dell'art. 610 c.p., in presenza di violenza o minaccia).

³² Analogamente anche: G. FIORINELLI, *La violenza mediata dalla tecnologia*, cit., p. 148.

³³ Secondo parte della dottrina, la condotta rilevante ex art. 609-*bis* c.p. comprometterebbe «un bene, la libertà sessuale, che permea di sé l'intero individuo; bene che, pertanto, viene leso dalla condotta medesima a prescindere dal fatto che essa consista in una penetrazione, in uno sfregamento, in uno sfioramento, in un palpamento. In sintesi, ogni attentato a questo ambito di libertà costituisce reato: non è quindi più necessaria una dettagliata ricostruzione dell'accaduto, soprattutto nei profili più intimi, risultando ormai sufficiente un quadro “d'insieme”, purché descritto con adeguata approssimazione». E. MENGONI, *Delitti sessuali e pedofilia*, in F. GIUNTA - E. MARZADURI, *Diritto e procedura penale oggi*, Giuffrè, 2008, pp. 15-16.

³⁴ Ne dà conto G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna University Press, 2023, p. 250, ove si rileva l'inclusione di condotte incompatibili con il testo dell'art. 609-*bis* c.p., sulla base della mera lesione al bene giuridico tutelato dalla norma.

³⁵ Sul punto, cfr. D. BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in F. COPPI (a cura di), *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, 2007, II ed., pp. 68-69.

De iure condendo si può invece ipotizzare una riforma dei reati sessuali, da più parti già evocata³⁶, fondata sulla diversificazione dei beni giuridici³⁷, quali la «libertà da ingerenze indesiderate sul proprio essere fisico in ambito sessuale» e «la libertà di autodeterminazione in ordine alla propria sessualità»³⁸ (oggi ricompresi in un'unica fattispecie), delineando così un'offensività della sfera sessuale a più livelli³⁹. Si ritiene doveroso, infatti, distinguere (anche sul piano normativo) le intrusioni *fisiche* nell'intimità sessuale, consistenti in una violazione dell'altrui corporeità⁴⁰, da quelle offese alla libertà sessuale, realizzate mediante la tecno-mediazione senza un contatto fisico tra autore e vittima, riconducibili a una coartazione *morale* della libertà e della riservatezza sessualmente connotate⁴¹.

Sempre *de iure condendo*, potrebbe valutarsi l'introduzione di un'apposita fattispecie di "produzione di pornografia non consensuale", posta a tutela di un bene

³⁶ Tra i diversi autori che hanno invocato l'intervento riformatore del legislatore, di particolare interesse ci sembra la proposta di Giuliano Balbi, presentata nell'ambito dell'VIII Convegno nazionale AIPDP, [L'reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma](#), pubblicata su *questa Rivista*, il 3 marzo 2020. Secondo l'Autore sarebbe opportuno prevedere un sistema «articolato su di una pluralità di incriminazioni, [che] vede come ipotesi più gravi (l'una con vittima maggiore, l'altra minore, di anni diciotto) quelle caratterizzate dal compimento di atti sessuali penetrativi che – inevitabilmente traumatici, psichicamente patogeni, intollerabilmente invasivi, apicalmente offensivi – non possono essere equiparati, pur in presenza di una comune natura sessuale, ad atti quali baci o carezze non gradite, o al tocco fugace e repentino di zone del corpo di interesse sessuale» (p. 18).

³⁷ Recentemente si è espresso sulla necessità di una riforma dei reati sessuali, fondata sul «ripristino di una graduazione degli abusi sessuali a seconda del loro disvalore» anche G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 271. Oltre ad accurati e opportunissimi rilievi in termini di legalità, tali da evidenziare uno strappo tra il testo dell'art. 609-bis c.p. e la sua ermeneutica, l'Autore si sofferma anche – in modo assai convincente – sul principio del *fair labelling*, da ciò ricavando argomenti a sostegno di una necessaria distinzione tipologica dei reati secondo differenti gradi di disvalore (*ivi*, pp. 165 e ss.).

³⁸ Terminologia utilizzata da G. FLORA, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, in *CRIMINALIA*, 2018, p. 194. In modo non dissimile B. ROMANO, *I delitti contro la sfera sessuale della persona*, Giuffrè, 2016, pp. 82 e ss., indica: «il diritto alla libera disponibilità del proprio corpo nei rapporti interpersonali diretti, il diritto alla riservatezza ed alla discrezione sessuale e la delicata sfera della moralità collettiva».

³⁹ V'è chi intravede in questo il rischio di un significativo arretramento, non solo di tutela, ma anche culturale, secondo argomentazioni – a nostro parere – marcatamente vittimo-centriche (e, per questo, che non ci sentiamo di condividere). L'alternativa sarebbe, allora, quella di mantenere un'unica fattispecie, quale l'art. 609-bis c.p., che attragga in sé tutte le azioni offensive della libertà sessuale, salvo insistere sul piano sanzionatorio sull'effettiva graduazione della pena in base alla gravità del fatto. Così: G. BEGUINOT, *I reati contro la sfera sessuale della persona al tempo di Internet*, cit., pp. 1022-1023.

⁴⁰ Sul punto, si segnala la ricostruzione circa la reale offensività dei *sexual-harrasment* in 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. (Web)*, 2023, n. 2. L'Autrice ravvede nelle molestie sessuali «un'intrusione non desiderata (*unwanted*, appunto) e sessualmente connotata nella sfera della libertà morale della vittima, ovvero della sua integrità psichica» (*ivi*, p. 49), il cui disvalore non dipenderebbe dal coinvolgimento della corporeità della persona.

⁴¹ La previsione di una nuova fattispecie incriminatrice, posta a tutela della riservatezza e libertà sessuale, potrebbe anche includere tra le condotte penalmente rilevanti gli atti di voyeurismo, esibizionismo e autoerotismo praticato davanti altri che oggi, pur incidendo su quel bene, non sono punibili per l'assenza di un contatto corporeo con la vittima (cfr. G. ANDREAZZA, sub "art. 609-bis", in T. PADOVANI (a cura di), *Il Codice Penale*, Giuffrè, 2019, VII ed., p. 4207).

giuridico autonomo, quello della propria immagine (sessuale), al quale sono intrinsecamente legati pudore, benessere psico-fisico, riservatezza, libertà morale, *etc.*⁴² Se il reato fosse integrato dalla semplice produzione non autorizzata di materiale pornografico, le singole modalità concretamente impiegate per tale procacciamento (ad esempio: la minaccia o la violenza) potrebbero poi rilevare, eventualmente, per l'applicazione di altri reati, in concorso con il primo, o di eventuali circostanze aggravanti, che, qualora introdotte, potrebbero dar vita a un reato complesso.

3. La rilevanza penale del *sexting* con minori.

Il *sexting* si risolve in una pratica criminosa non solo quando viene realizzato adottando modalità fraudolente o coercitive, ma altresì nei casi in cui, nella produzione di immagini a sfondo erotico, siano coinvolti minori di diciotto anni. In questo ambito, data la particolare rilevanza dei beni giuridici interessati e gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione, il legislatore disciplina espressamente la produzione di pornografia, incentrando il disvalore delle condotte sul contenuto stesso della raffigurazione, piuttosto che sulle modalità della sua realizzazione. La formulazione di norme miste alternative determina, però, la concentrazione in poche norme – come l'art. 600-ter c.p. – di più condotte criminose «marcatamente dissimili, sul piano criminologico e del tasso di disvalore [...] idonee cioè a compromettere il bene giuridico tutelato in maniera profondamente differente»⁴³.

Nell'orizzonte repressivo della pornografia minorile finiscono, così, anche un novero di comportamenti dalla discutibile offensività⁴⁴, nel solco di un diritto penale d'autore che sembrerebbe censurare la mera perversione o la mera immoralità⁴⁵. Basti

⁴² La necessità di riformare la disciplina dei reati sessuali, introducendo, tra l'altro, una fattispecie rivolta alla produzione e allo scambio non consensuale – mediante ICT – di immagini pornografiche, risulta quanto mai necessaria anche alla luce di recenti interventi normativi. Con l'entrata in vigore della direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, *sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, si aggiungono, infatti, obblighi di criminalizzazione di alcune condotte che, allo stato, non sarebbero sussumibili entro i reati esistenti.

⁴³ Così si è recentemente espressa la Corte costituzionale, nella sentenza n. 91 del 20 maggio 2024, con la quale è stata dichiarata «l'illegittimità costituzionale dell'art. 600-ter, primo comma, numero 1), del codice penale, nella parte in cui non prevede, per il reato di produzione di materiale pornografico mediante l'utilizzazione di minori di anni diciotto, che nei casi di minore gravità la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente i due terzi».

⁴⁴ Sul punto si è levata dura critica da parte della dottrina. *Ex multis*: A. CADOPPI, sub "Pre-Art. 600-bis", in ID (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, CEDAM, 2006, p. 71; S. DELSIGNORE, *L'incriminazione di chi si procura o detiene materiale pedopornografico*, in G.F. BASINI - G. BONILINI - M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato di famiglia, minori, soggetti deboli*, UTET, 2014, p. 3389; C. DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, n. 2, p. 956; C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, n. 3, in particolare pp. 1177 e 1190; ID., *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, n. 2, pp. 518-519.

⁴⁵ Qualora, infatti, non si ravvisi una "dannosità laica" propria dei contenuti, i divieti di pornografia minorile potrebbero apparire ingiustificati e, per questo, incostituzionali. Sul punto, Massimo Donini, in modo

pensare al reato di cui all'art. 600-*quater* c.p., il quale, in combinato disposto con l'art. 600-*quater.1* c.p., punisce – tra l'altro – la sola ricerca e visualizzazione *online* di pedopornografia, ancorché non scaricata dal *Web* sui propri dispositivi e/o dal contenuto puramente virtuale⁴⁶ (*deepfake*, immagini manualmente contraffatte, semplici raffigurazioni fumettistiche, *etc.*).

Con enunciati normativi tanto elastici, la disciplina penale della pornografia minorile ben si presta ad operazioni ermeneutiche di aggiornamento. Il *sexting* con minorenni, infatti, determinando la realizzazione e/o la circolazione di immagini pedopornografiche, è stato da sempre ricondotto entro le fattispecie incriminatrici esistenti. Se tuttavia, in una prima fase, la realizzazione di video e autoscatti a sfondo erotico e il loro successivo inoltro, tramite ICT, da parte del minorenni stesso era ritenuto fatto integrante la più mite fattispecie di cui all'art. 600-*quater* c.p., tale fatto, a seguito di una svolta giurisprudenziale nel 2018⁴⁷, è stato sussunto entro il più grave art. 600-*ter* c.p. La fattispecie ivi prevista al primo comma (punendo chi «utilizzando minori di anni diciotto, produce materiale pornografico») sarebbe infatti realizzata – sostengono le Sezioni Unite – anche in via mediata, inducendo o costringendo a distanza il minore a scattare dei *selfie*-porno e/o a registrare video erotici che lo raffigurano⁴⁸.

Simile svolgimento compiutosi ad opera del “diritto vivente”, nell'ambito di un mutato contesto sociale che vede i giovani sempre più attivi nel *Web* e dipendenti

tranciante: «Ancor più ingiustificabile, infine, con buona pace delle fonti internazionali che ne hanno sorretto l'introduzione, appare il divieto di detenzione di *pornografia virtuale* (art. 600-*quater.1* c.p.), che è norma incostituzionale sotto il profilo del diritto penale del fatto e dell'offesa. Qui non c'è *harm*, non c'è *offense*, ma neppure un delitto presupposto, bensì solo il tentativo di educare alla moralità attraverso il diritto penale, sotto il manto della censura del possesso di mezzi capaci di corrompere un minore che sia esposto alla loro visione». M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'“offense” di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, n. 4, p. 1580 (corsivi originari).

⁴⁶ La casistica giurisprudenziale, a riguardo, appare cospicua. Tra le più recenti, *ex multis*: Cass. Pen., Sez. III, 24/11/2023, n. 47187; Cass. Pen., Sez. III, 30/09/2022, n. 40609; Cass. Pen., Sez. III, 24/11/2017, n. 15757, nonché Cass. Pen., Sez. III del 13/01/2017, n. 22265 in *Cass. pen.*, 2017, n. 1, con nota di L. BRIZI, *La nozione di “pornografia virtuale”: verso un dominio della pericolosità sul fatto? Applicabilità dell'art. 600-*quater.1* c.p. alle rappresentazioni fumettistiche*, pp. 4039 e ss.

⁴⁷ Secondo l'orientamento maggioritario fino al 2018, la realizzazione di materiale pornografico, consensuale e destinata ad un uso privato, non era punibile ai sensi dell'art. 600-*ter* c.p. – mancando il pericolo di una diffusione del materiale pedopornografico – bensì ai sensi del più mite delitto di detenzione di materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater* c.p. Le Sezioni Unite del 31/05/2018 (dep. 15/11/2018), n. 51815, Est. Andronio, Pres. Carcano (in *Cass. pen.*, 2019, n. 2, pp. 587 e ss, con nota di B. ROMANO, *La pornografia minorile nella (nuova) lettura delle Sezioni Unite: dal pericolo concreto al reato di danno*, pp. 601 e ss.), reinterprestando il 600-*ter* c.p. come fattispecie di danno e non di pericolo, hanno ricondotto la realizzazione di pornografia minorile ad uso domestico nel quadro della fattispecie più grave e hanno al contempo ritenuto la sua produzione penalmente irrilevante al sussistere delle condizioni descritte, in quanto escludenti l'“utilizzo del minore”, nel senso di sua “strumentalizzazione”. Per una disamina dell'evoluzione normativa si rimanda a R. GARGIULO, sub “art. 600-*ter*”, in T. PADOVANI (a cura di), *Il Codice penale*, cit., pp. 4009 e ss., nonché ai riferimenti giurisprudenziali e bibliografici ivi indicati.

⁴⁸ Sul punto, hanno fatto eco alle già citate Sezioni Unite del 2018: Cass. Pen., Sez. III, 12/11/2021, (ud. 12/11/2021, dep. 12/05/2022), n. 18836; Sez. III, 18/04/2019, n. 26862; Sez. III, 06/11/2020, n. 11623; Sez. Un. 28/10/2021 (dep. 10/02/2022), n. 4616.

dall'utilizzo delle ICT, stride, tuttavia, con l'applicazione rigorosa dei principi. L'interpretazione evolutiva-estensiva delle fattispecie esistenti, tale da includere anche l'impiego di mezzi tecnologici di comunicazione nella commissione del fatto, sembra sconfinare, in effetti, oltre il limite della stretta legalità, ponendosi come fonte del diritto, piuttosto che sua concretizzazione⁴⁹. Si assisterebbe, così facendo, alla creazione giurisprudenziale di una nuova disposizione incriminatrice, *ultra legem*: "l'induzione a realizzare materiale pedopornografico"⁵⁰, inclusa ora nell'art. 600-ter c.p.⁵¹.

L'*overruling* giurisprudenziale non ha prodotto, però, solo effetti *in malam partem*: la giurisprudenza ha infatti individuato, in caso di "pornografia domestica", uno spazio (quello tra i quattordici e i diciotto anni) e delle condizioni (il consenso del minore, la mancanza di sua strumentalizzazione e un contesto relazionale paritario) al sussistere dei quali la produzione, la detenzione e la visione intenzionale di pornografia minorile risulterebbe consentita dall'ordinamento.

Tale interpretazione è stata ritenuta dal Supremo Consesso più aderente alla realtà, tenuto conto che le interazioni tecno-mediate fanno parte, oramai, dell'esperienza e della relazione sessuale. Su questa premessa, è apparso inconferente un sistema penale che, da una parte, autorizzi il compimento di atti sessuali con il minore ultraquattordicenne e che, dall'altra, sanzioni lo scambio di immagini o video erotici con il medesimo (condotta, tra l'altro, meno invasiva della sfera sessuale rispetto ad un rapporto completo)⁵². Secondo l'impostazione "dogmatica" prospettata⁵³, l'irrelevanza penale della pedopornografia domestica non deriverebbe dall'efficacia scriminante attribuita al consenso dell'ultra-quattordicenne, bensì dall'assenza di un elemento tipico della fattispecie: l'utilizzazione del minore, intesa come «[sua] trasformazione, da soggetto dotato di libertà e dignità sessuali, in strumento per il soddisfacimento di desideri sessuali di altri»⁵⁴.

Il quadro così delineato dalla giurisprudenza di legittimità presta il fianco, tuttavia, a incongruenze sistemiche e applicative. La rilevanza penale della condotta rischia, infatti, di venire a dipendere da un giudizio incerto su stati affettivi: data una *chat* erotica consensuale, sembrerebbe che il distinguo tra lecito e illecito coincida con quello tra mera soddisfazione del "rozzo impulso sessuale", che altro non desidera che d'esser assecondato, e il "vero amore". Il disvalore della pedopornografia, incentrato dal

⁴⁹ Sulla distinzione dei casi si rimanda a M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in particolare pp. 7 e ss.

⁵⁰ In questi termini: M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Giappichelli, 2019, p. 210.

⁵¹ La violazione della legalità penale sembra ancor più evidente in un contesto normativo in cui la condotta incriminata si sarebbe già potuta sussumere, come del resto già si faceva, nel perimetro dell'art. 600-*quater* c.p., ove viene punito il generico "procurarsi" pornografia minorile.

⁵² Circa la contraddittorietà della disciplina relativa alla pornografia minorile rispetto alla piena libertà sessuale che, invece, si riconosce ai sensi dell'art. 609-*quater* c.p., si veda anche: A. CADOPPI, sub "Art. 600-ter" in ID (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., pp. 148 e ss.

⁵³ Appare concorde, con la soluzione delle Sezioni Unite, anche parte della dottrina. Cfr. ad esempio: I. SALVADORI, *Sexting, minori e diritto penale*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, cit., p. 592, nonché gli autori indicati nella bibliografia in nota.

⁵⁴ Sez. Un. del 15/11/2018, n. 51815.

legislatore sul contenuto stesso delle raffigurazioni pornografiche minorili⁵⁵ (*è illecita in sé, quale rappresentazione pornografica di minori*), verrebbe ricondotto dalla giurisprudenza a fattori estrinseci, che non attengono all'immagine stessa ma alle modalità e al contesto con le quali e in cui è prodotta (*è illecita in quanto ha determinato la strumentalizzazione del minore*). Pare, quindi, che per via giurisprudenziale si sia di fatto legittimata la pornografia minorile raffigurante ultra-quattordicenni, nel rispetto di condizioni che non attengono al loro contenuto (e per questo oggettive, riscontrabili⁵⁶), bensì alle finalità per le quali le immagini vengono realizzate e agli scopi cui vengono destinate⁵⁷.

Sembrerebbe determinarsi, poi, un'ulteriore forzatura rispetto al testo di legge, nel momento in cui al termine "utilizzare" – che ha un'accezione dichiaratamente neutrale rispetto ai fini⁵⁸ – venga attribuito un significato allegorico, che impone un giudizio di valore marcatamente soggettivo. Se si prescinde dal tipo d'autore (adulto o minore), del resto, la condotta del richiedere a qualcuno *selfie* erotici può dirsi realizzare, per ciò solo, una strumentalizzazione della persona ai fini della creazione di immagini pornografiche. Essa determina, *sempre*, la riduzione della persona ad oggetto di una rappresentazione visiva verso la quale sono dirette le pulsioni sessuali di colui che la richiede e riceve. Che si tratti, nel nostro caso, di patologica attrazione verso adolescenti o di ipotetica sperimentazione sessuale, il minore che produce il materiale pornografico diviene *in ogni caso* uno strumento per la realizzazione del fine perseguito da altri⁵⁹.

Invero, ciò che si percepisce come socialmente riprovevole nella richiesta di materiale pornografico autoprodotta ad un minore non è tanto la sua

⁵⁵ Cfr. anche M. BIANCHI, *Per una tipizzazione della produzione e diffusione di "pedo-pornografia domestica"*, in *Arch. Pen. (Web)*, 2023, n. 1, p. 4, laddove evidenzia che le recenti riforme legislative andavano nel senso di riaffermare la prevalenza delle esigenze di «paternalismo giuridico» rispetto al riconoscimento al minore di uno «spazio di autonomia sessuale».

⁵⁶ Circa la nozione di "pornografia minorile" e i possibili criteri d'interpretazione oggettivistici o soggettivistici, individuati dalla letteratura e, successivamente, impiegati dal legislatore nell'art. 600-ter c.p., si rimanda a M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, cit., pp. 110 e ss.

⁵⁷ Meglio avrebbe fatto, *de iure condito*, a ricondurre il caso della "pedopornografia domestica" nella più mite fattispecie dell'art. 600-quater c.p., salvo poi rimettere la norma alla Corte costituzionale, contestandone la parziale illegittimità per violazione dell'art. 2 e 3 della Costituzione per contrasto con il diritto all'affettività e alla sessualità del minore.

⁵⁸ La modifica introdotta con l'art. 2, della legge 6 febbraio 2006, n. 38, aveva infatti sostituito il termine "sfruttando" con l'attuale "utilizzando" per fugare ogni dubbio, emerso nell'applicazione giurisprudenziale, circa l'applicabilità della fattispecie anche a condotte episodiche, prive di connotati economici/imprenditoriali. Attribuendo tali implicazioni al termine sfruttare, la giurisprudenza aveva in precedenza ricondotto la realizzazione di immagini pornografiche, per scopi puramente libidinosi, nel quadro dell'art. 600-quater c.p. Sul punto: B. ROMANO, *I delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., p. 220; M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, cit., pp. 124 e ss.

⁵⁹ Pertanto, se anche pensiamo «al quindicenne che fotografa la fidanzatina consenziente in atteggiamenti pornografici per condividerne le immagini nell'intimità della loro relazione sentimentale» (esempio proposto da I. SALVADORI, *Sexting, minori e diritto penale*, cit., p. 593) si ravviserebbe – a parere di chi scrive – quell'utilizzazione che costituisce il requisito della fattispecie, non ritenendo che venga meno «l'uso strumentale del corpo o della sessualità del minore ripreso» (*ibidem*).

“strumentalizzazione” (che è insita nella condotta), quanto, piuttosto, la “sopraffazione” da parte del soggetto agente – generalmente adulto (e, quindi, affetto da disturbo parafiliaco) – sul minore, tale da offendere la sua libertà morale e sessuale. È, dunque, sulla parità relazionale dei soggetti coinvolti, sulla «sperequazione *nel tipo di rapporto* che si istaura tra adulto e minore»⁶¹ che si concentra il disvalore del fatto⁶¹.

Anche in una materia quale quella della pornografia minorile, interessata da un severo panpenalismo, l’emersione di nuovi fenomeni criminosi, legati alla virtualizzazione dell’esperienza sessuale e all’impiego delle ICT nella commissione del fatto, finisce, quindi, per provocare cortocircuiti di sistema. L’interpretazione evolutiva estensiva delle fattispecie fornita dalla Cassazione, oltre ad essere discutibile sul piano della legalità, introduce evidenti ambiguità, che solo un intervento legislativo sembra poter risolvere. Spetta, infatti, al legislatore⁶² stabilire – in primo luogo – se la realizzazione e la trasmissione di materiale pornografico autoprodotta, previa induzione, sia equiparabile alla “produzione” di cui all’art. 600-ter c.p. o debba essere, piuttosto, inquadrata in una più mite e autonoma fattispecie incriminatrice. Spetta, ancora, al legislatore decidere se riconoscere al minorenne spazi di libertà e autodeterminazione sessuale nel disporre della propria immagine erotica, valutando – ad esempio – se introdurre una *causa di non punibilità* qualora la differenza di età, tra l’induttore e il minore che si riprende, non sia superiore ad una certa soglia (come del resto si è fatto all’art. 609-quater c.p.).

Una simile clausola consentirebbe, del resto, di mantenere concentrata l’illeceità delle condotte sull’immagine pornografica stessa, in quanto il reato di induzione a

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Tale considerazione è corroborata dalla recente introduzione giurisprudenziale, ad opera della Corte costituzionale con la citata sentenza 91/2024, di una diminuzione per i casi di minore gravità. L’attenuazione della pena dipenderebbe, tra l’altro, da un apprezzamento circa «il grado di coartazione esercitato sulla vittima (anche in riferimento alla mancanza di particolari tecniche di pressione e manipolazione psicologica o seduzione affettiva), nonché le condizioni fisiche e psicologiche di quest’ultima, pure in relazione all’età (e alla contenuta differenza con l’età del reo) e al danno, anche psichico, arrecatole». Tra le diverse circostanze da considerare – secondo la Corte – «particolare rilievo assumerà, infine, l’estraneità della condotta incriminata rispetto a quei profili di particolare allarme sociale – ovverosia la riconducibilità del fatto, o anche solo la sua mera contiguità, al circuito della diffusione di immagini o video pedopornografici e, a maggior ragione, al relativo mercato». Sembra, quindi, che la diminuzione delinei un profilo criminologico d’autore ben specifico, ovvero quello del minorenne o del giovane maggiorenne che, pur tenendo una condotta lesiva del benessere psico-fisico del minore, non tiene comportamenti di grave sopraffazione relazionale e di devianza sessuale.

⁶² Similmente anche M. BIANCHI, *Per una tipizzazione della produzione e diffusione di “pedo-pornografia domestica”*. L’Autrice ne fa questione anche di frammentarietà del diritto (*ivi*, p. 8) e di «*fair labelling*» (*ivi*, pp. 18 e ss.). Ragioni – queste – spesso richiamate dalla dottrina a sostegno di una inevitabile modifica dei reati sessuali (cfr. ad esempio *supra*, nota 37). Tali indicazioni troverebbero oggi riscontro nella recente sentenza 91/2024 della Corte costituzionale, laddove sembra indicare la necessità di una presa di posizione da parte del legislatore. A tal proposito, infatti, dopo aver indicato l’opportunità di una diminuzione, la Consulta afferma: «Ciò ovviamente non esclude – secondo i principi – una generale riconsiderazione da parte del legislatore della tematica in esame, sotto il profilo sistematico delle fattispecie criminose, delle norme incriminatrici e dei trattamenti sanzionatori; riconsiderazione sistematica che dovrà ovviamente tener conto dei canoni costituzionali di proporzionalità e di individualizzazione della pena» (corsivi nostri).

produrre materiale pornografico, sebbene non punibile alle condizioni appena ipotizzate, sarebbe pur sempre tipico. In caso di successiva diffusione, divulgazione o condivisione delle raffigurazioni pornografiche, l'illiceità del materiale sarebbe quindi *originaria* (dato che la produzione di pedopornografia, quantunque priva di sanzione, rimarrebbe tipica) e non più *sopravvenuta*, come si avrebbe, nel sistema attuale, laddove il materiale pedopornografico "domestico" venga successivamente diffuso⁶³.

Inoltre, secondo l'ipotesi poco sopra formulata, il disvalore oggettivo del fatto, descritto come offesa all'immagine (se avvenuto senza mezzi coercitivi) alla dignità sessuale e al corretto sviluppo sessuale del minore, sarebbe insito alla condotta e non più ravvisato in uno stato affettivo o, comunque, soggettivo di "utilizzazione" del minore per la propria libido. Del resto, si ripete, non si dà richiesta di materiale pornografico autoprodotta che non si risolve in una "strumentalizzazione" del soggetto a cui lo si richiede, il quale è reso – appunto – strumento per ottenere materiale pornografico⁶⁴.

4. Pornografia digitale, colpevolezza, strategie preventive e sanzionatorie.

Nei paragrafi precedenti si è evidenziata la mancata formulazione, da parte del legislatore, di apposite fattispecie incriminatrici in risposta ai fenomeni criminosi emersi con lo sviluppo digitale e l'impiego della tecno-mediazione. Si sono altresì analizzate, in termini critici, le soluzioni ermeneutiche elaborate dalla giurisprudenza per rispondere, *rebus sic stantibus*, alle correlate esigenze di tutela.

Preme, però, evidenziare che anche ove il legislatore predisponesse specifiche ipotesi di reato relative al *sexting*, rimarrebbero da valutare le ulteriori problematiche connesse alla criminalità cibernetica a sfondo sessuale. Lo studio del comportamento criminale evidenzia, infatti, che non si tratterebbe solo di nuove modalità di condotta (diverse da quelle descritte dalle fattispecie), bensì di una mutata fenomenologia, alimentata da fattori criminogenetici nuovi e, in parte, diversi da quelli che connotano i reati sessuali tradizionali.

⁶³ Sul punto, cfr. Cass. Pen., Sez. Un. 28/10/2021, n. 4616: «Il materiale realizzato, se posto, in circolazione, deve essere ritenuto - indipendentemente dal momento della realizzazione e da chi ne procuri la diffusione - prodotto attraverso la "utilizzazione" del minore. Questa ricostruzione comporta che, se la circuitazione del materiale abusivamente prodotto è contestuale o, comunque, anche se successiva, sin dall'inizio voluta da chi lo ha realizzato, ricorre senz'altro la fattispecie dell'art. 600 ter c.p., comma 1. Se, invece, la circolazione del materiale è frutto di successiva determinazione di chi lo ha creato, dovranno trovare applicazione i commi seguenti dell'art. 600 ter c.p. In questo caso deve essere escluso, infatti, che possa rivivere la disposizione del comma 1, in quanto si tratterebbe di restituire tipicità ad una condotta che tipica non era al momento della realizzazione del materiale» (corsivi nostri).

⁶⁴ Conservare la tipicità e l'antigiuridicità della pornografia domestica consentirebbe, inoltre, al minore che ha prodotto e diffuso materiale che lo raffigura di agire civilmente per il risarcimento di eventuali danni psico-fisici successivamente riscontrati a causa dello scambio erotico. Affermare la responsabilità civile ai sensi dell'art. 2048 c.c. in capo agli esercenti la responsabilità genitoriale potrebbe avere una ricaduta positiva in termini di prevenzione, imponendo ai genitori un maggior controllo sull'utilizzo degli strumenti informatici di comunicazione e informazione da parte dei figli, sotto la minaccia del risarcimento ai danni da quest'ultimi cagionati.

In generale, rispetto ai reati cibernetici, è dato riscontrare un'intersezione di fattori umani, sociali e tecnologici (la facilità d'uso del mezzo informatico, l'anonimato della Rete, la tecno-mediazione, le peculiarità della CMC, l'effetto disinibente della Rete, *etc.*), che, si è detto, determina o, comunque, facilita la tenuta di comportamenti devianti *online*. In aggiunta, per quanto riguarda lo specifico caso degli *Image-based sexual abuse* – che si sostanziano in un utilizzo di pornografia “illecita”, sia per modalità acquisitive (ovvero previa coartazione o induzione della vittima), sia per il suo stesso contenuto (nel caso di immagini pedopornografiche) – sembrerebbe rilevare, come fattore criminogenetico, anche il rapporto alterato e distorto con la pornografia digitale “lecita”.

Secondo numerosi studi ci sarebbe, infatti, un legame molto stretto tra utilizzo patologico e disturbante di pornografia *online* e tenuta di comportamenti devianti. La questione, pur avendo risvolti oltre la realtà dei reati cibernetici a sfondo sessuale, assume estrema rilevanza rispetto alle condotte cibernetiche, in quanto già si caratterizzano per una forte impulsività, riscontrandosi in esse sia l'impulso sessuale, che motiva e spinge l'internauta ad agire per soddisfarlo; sia i fenomeni di disinibizione *online* e di de-individuazione dell'interlocutore (il quale si riduce a entità astratta da cui dipende l'appagamento sessuale), che attenuano la formazione di un giudizio autocritico e allentano quei freni che nell'esperienza comune possono inibire le pulsioni della libido.

Lo sviluppo di una patologia relativa al materiale pornografico, in aggiunta a quei fattori che agiscono su tutti gli internauti anche al di fuori di contesti patologici, accresce poi, in modo esponenziale, il rischio di comportamenti sessualmente offensivi. Capire lo sviluppo e inquadrare le caratteristiche di un disturbo correlato alla pornografia potrebbe avere ricadute applicative concrete, sul piano della colpevolezza, ove rilevano le componenti soggettive, sul piano della pena e, più in generale, sul piano della politica criminale, che certo non può identificarsi *tout court* con il ricorso al diritto penale.

La “scienza della sussidiarietà”⁶⁵ esige, del resto, che si dialoghi con le altre scienze e che si approfondisca il fenomeno sociale che si intende regolare; «esige interdisciplinarietà in fase di costruzione del progetto legislativo, ciò che condiziona poi la successiva applicazione della legge»⁶⁶. Prima ancora di formulare nuove ipotesi di reato, secondo le proposte poc'anzi riferite, appare dunque doveroso esaminare quali

⁶⁵ Secondo la ricostruzione di Donini, tale sapere dovrebbe essere «parte della scienza della legislazione e complemento metodologico della stessa dogmatica dell'illecito penale» (M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, p. 86). Tenuto conto che il ricorso al diritto penale rappresenta, idealmente, l'ultima risorsa della politica criminale, sarebbe necessario indagare l'efficacia di strumenti alternativi alla pena rispetto alla prevenzione e alla repressione del fenomeno criminoso. La “scienza della sussidiarietà” esigerebbe, dunque, un dialogo epistemologico con gli altri saperi extragiuridici (sociologia, criminologia, psicologia, economia, *etc.*), sia in sede di costruzione del progetto legislativo che di applicazione della legge. Si rimanda, sul punto, a: M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'eupeismo giudiziario*, in *CRIMINALIA*, 2010, p. 127 ss.; ID., *Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, p. 121 ss.

⁶⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 90.

siano i fattori che possono influire e agevolare maggiormente espressioni criminose del *sexting*. Tra questi, come si diceva, si ritiene assai utile soffermarsi sull'utilizzo patologico della pornografia digitale "generica", un tema non del tutto sconosciuto, essendosi in passato già discusso sulla possibile pericolosità delle raffigurazioni oscene e pornografiche, che – tuttavia – ritorna quanto mai attuale nel presente, posta la peculiarità della pornografia digitale rispetto a quella tradizionale.

4.1 Sviluppo criminogenetici e psicopatologici della Rete: l'utilizzo problematico della pornografia digitale.

L'indagine circa gli effetti correlati alla visione *online* di materiale pornografico rappresenta l'oggetto di numerose ricerche sociologiche, psicosociologiche, criminologiche, *etc.*, dalle quali si evince che – pur non essendo mancato chi abbia voluto ravvisarsi alcuni effetti positivi⁶⁷ – vi risulterebbe connesso il prodursi di una serie di effetti pregiudizievoli, nel rapporto con sé stessi⁶⁸ e con gli altri⁶⁹.

Sarebbe possibile riscontrare, infatti, un nesso molto stretto tra sessualizzazione dei *media*, diffusione della pornografia e oggettivazione sessuale della persona⁷⁰, tolleranza rispetto alla violenza sessuale, in particolar modo a danno delle donne, e, infine, minimizzazione del valore e del rango morale riferibili alla figura femminile⁷¹. Vi

⁶⁷ Cfr., ad esempio, A. MANZONI, *Psicologia delle condotte sessuali su internet*, Armando Editore, 2010, pp. 22 e ss.

⁶⁸ Si rimanda a M.G. PACILLI, *Quando le persone diventano cose. Corpo e genere come uniche dimensioni di umanità*, Il Mulino, 2014, pp. 45 e ss., nonché 99 e ss.

⁶⁹ Per il numero di esperti partecipanti all'indagine, si rimanda – *ex multis* – a: AA.VV., *Characteristics of online pornography and interventions against its negative effects in young people: results from an international Delphi panel*, in *Journal of Rational-Emotive & Cognitive-Behavior Therapy*, 2022, n. 40, pp. 634 e ss.

⁷⁰ Con l'espressione "oggettivazione sessuale" si intende «non soltanto [la] rappresentazione sessualizzata che i media propongono del corpo, ma soprattutto [le] dimensioni culturali sottostanti a questa rappresentazione: queste a loro volta influenzano profondamente il nostro modo di guardare e percepire le persone, riducendo la complessità della loro umanità a un'unica dimensione, quella del corpo appunto». Ed ancora: «Il termine oggettivazione consente di indicare sia il processo – psicologico e sociale – che influenza il modo in cui noi percepiamo una determinata persona o percepiamo un gruppo di persone sia il suo esito, ovvero le conseguenze che questo tipo di percezione ha rispetto all'umanità attribuita al bersaglio oggettivato». M.G. PACILLI, *Quando le persone diventano cose*, cit., p. 7. In questo volume l'Autrice analizza in modo dettagliato lo sviluppo e gli effetti dell'oggettivazione sessuale sia sul piano individuale, che su quello psico-sociale, con ampio richiamo di scritti e ricerche, per cui appare utile rimandare alla copiosa bibliografia ivi menzionata.

⁷¹ Di particolare interesse L.M. WARD, *Media and Sexualization: State of Empirical Research, 1995–2015*, in *The Journal of Sex Research*, 2016, vol. 53, n. 4-5, pp. 560 e ss., in cui vengono analizzati i risultati di diverse indagini circa gli effetti psico-sociali prodotti dalla sessualizzazione del sistema mediatico, confrontandosi con un totale di 109 pubblicazioni presenti in riviste scientifiche tra il 1995 e il 2015. Queste tematiche sono spesso riprese dalla critica politico-ideologica di parte del femminismo che, invece di intendere la pornografia (e, in generale, la pubblicizzazione erotica delle figure femminili) come una forma di "liberazione" sessuale delle donne (suscettibile di affermarne la libertà di autodeterminazione rispetto all'utilizzo del proprio corpo), ne ha denunciato le potenzialità degradanti e sessiste. Sul tema si rimanda alla critica di note femministe come Andrea Dworkin, Catharine MacKinnon, Martha Nussbaum, *etc.* a parere delle quali nella

sarebbe⁷², dunque, una continuità fra oggettivazione sessuale – indotta dall’impiego strumentale di figure erotizzate nella comunicazione di massa e dalle rappresentazioni pornografiche (specialmente quella “estrema” o “violenta”) – e assunzione di un contegno sessualmente aggressivo⁷³.

Secondo le teorie psicosociali⁷⁴ di “apprendimento comportamentale”, “normalizzazione” e “imitazione”, la rappresentazione di scene violente, di

pornografia altro non si consuma che la riduzione della donna ad oggetto di piacere maschile. Cfr. A. DWORKIN, *Woman Hating*, Penguin Book, 1974; ID, *Pornography: Men Possessing Women*, The Women’s Press, 1981; C. MACKINNON, *Feminism unmodified: Discourse on life and law*, Harvard University Press, 1987; M.C. NUSSBAUM, *Objectification*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1995, vol. 24, n. 4, pp. 249 e ss. Le argomentazioni del femminismo radicale sono richiamate anche da: M.G. PACILLI, *Quando le persone diventano cose*, cit., p. 15 e ss.; A. VERZA, *Il dominio pornografico. Femminismo e liberalismo alla prova*, Liguori Editore, 2006, pp. 32, 68 e ss., 110 e ss.; C. MCGLYNN - I. WARD, *Pornography, Pragmatism, and Proscription*, in *Journal of Law and Society*, 2009, vol. 36, n. 3, pp. 331 e ss.

⁷² L’assunto non trova consenso unanime. Per un confronto tra le tesi favorevoli e quelle contrarie ad un’associazione tra pornografia, oggettivizzazione sessuale e comportamenti aggressivi si rimanda a: A.J. BRIDGES, *Pornography and Sexual Assault*, in W.T. O’DONOHUE - P.A. SCHEWE (a cura di) *Handbook of Sexual Assault and Sexual Assault Prevention*, Springer, 2019, pp. 129 e ss.

⁷³ Per non dilungarci sulla letteratura scientifica, sempre più numerosa, che approfondisce il rapporto tra fruizione di pornografia violenta e forme di aggressione sessuale, ci limitiamo a rimandare al report “*The evidence of harm to adults relating to exposure to extreme pornographic material: a rapid evidence assessment*”, commissionato dal governo inglese nel 2007 (Ministry of Justice Research Series 11/07, reperibile online alla URL:

«<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100612014700/http://www.justice.gov.uk/publications/docs/280907.pdf>» - consultato il 2/02/2023), nelle cui conclusioni si evidenzia l’esistenza di un’influenza negativa della pornografia “estrema” sui suoi fruitori, suscettibile di alimentare credenze e comportamenti sessisti (mediante la legittimazione dello stupro), nonché di aumentare il rischio che vengano commessi reati a sfondo sessuale. Il report si limita a denunciare la pornografia estrema, ritenuta di maggiore influenza, seppure si siano riscontrate evidenze che anche la pornografia cd. *generica* produca effetti simili. Tale indagine, inoltre, evidenzia che uomini con predisposizione all’aggressività o che hanno un trascorso esperienziale di natura violenta (sessuale o meno) sarebbero più vulnerabili a questo tipo di influenza. Su questa base, nel 2008, il legislatore inglese ha ritenuto di dover intervenire in senso preventivo, introducendo come nuova fattispecie incriminatrice “la detenzione di pornografia estrema”. Norma ampliata poi nel 2014, includendo nel divieto la rappresentazione pornografica dello stupro e dei rapporti non consensuali, sulla considerazione, dichiarata, che la diffusione di un simile contenuto promuova e favorisca la tenuta di comportamenti sessualmente aggressivi (si rimanda alla documentazione illustrativa redatta dal Ministero di Giustizia inglese: cfr. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/277802/extreme-pornography-ia.pdf - consultato il 2/02/2023).

⁷⁴ Sul punto, è possibile rinvenire una moltitudine di contributi scientifici, di raccolta ed elaborazione dati, realizzati tanto in contesti accademici quanto su commissione di agenzie governative e istituzioni nazionali. A titolo esemplificativo può rinviarsi a E.O. PAOLUCCI - M. GENUIS - C. VIOLATO, *A Meta-Analysis of the Published Research on the Effects of Pornography*, in *Changing Family and Child Development*, Routledge, 2000, pp. 48 e ss.; C. MCGLYNN - E. RACKLEY *Striking a Balance: Arguments for the Criminal Regulation of Extreme Pornography*, in *Criminal Law Review*, 2007, pp. 677 e ss.; J. BURNAY - S. KEPES - B.J. BUSHMAN, *Effects of violent and non violent sexualized media on aggression-related thoughts, feelings, attitudes, and behaviors: a meta-analytic review*, in *Aggressive Behavior*, 2022, vol. 48, n. 1, p. 111, ove si evidenzia una stretta correlazione tra l’esposizione a contenuti sessualmente espliciti, specialmente di natura violenta, e una distorta percezione del genere femminile, nonché una maggiore aggressività nei suoi confronti (si rimanda, in particolare, alla bibliografia ivi indicata); C.M. LEON - T. QUIÑONEZ-TORAL - E. AIZPURUA, *From Pornography Consumption to*

sodomizzazione, aggressione sessuale e, in generale, di oggettivizzazione sessuale, farebbero, dunque, da incentivo per la replicazione di quegli stessi comportamenti da parte degli internauti⁷⁵, indotti – anche inconsciamente – a ritenere normali o moralmente accettabili atteggiamenti sessuali degradanti.

Questi fenomeni vengono particolarmente studiati in relazione alla pornografia digitale, le cui caratteristiche sono tanto peculiari (è anonima, accessibile gratuitamente, abbondante per quantità e qualità⁷⁶) da farne una categoria non equiparabile alle altre forme di pornografia “tradizionale”⁷⁷, nonché con particolare riguardo alla categoria dei più giovani⁷⁸, i *nativi digitali*, rispetto ai quali, si ritiene, l’influenza negativa della pornografia digitale sarebbe maggiore. Secondo alcuni Autori, infatti, i nativi digitali «non hanno come riferimento la comunità degli adulti, poiché, grazie alla tecnologia, vivono in comunità tecno-referenziate e prevalentemente virtuali, nelle quali costruiscono autonomamente i percorsi del sapere e della conoscenza»⁷⁹. Il rischio, dunque, è che le nuove generazioni traggano modelli comportamentali direttamente

Sexually Violent Practices: Uncovering the Hidden Influence of Sexual Norms, in *Behavioral Sciences*, 2025, vol. 15, n. 3, pp. 243 e ss. Si veda, infine, anche “WHITE PAPER ON CHILD SEX OFFENDERS. Trattamento e profilo diagnostico degli autori di reati sessuali a danno di minori on line per la prevenzione e il contrasto del fenomeno”, documento che rappresenta il risultato di un partenariato pubblico e privato finanziato dalla Commissione Europea e che raccoglie alcune riflessioni e suggerimenti in tema di sfruttamento sessuale dei bambini, uso illegale dell’Internet e cyber-criminalità (reperibile alla URL: «<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4668-libro-bianco-white-paper-on-child-sex-offenders>» - consultato il 23/01/2023). *Ivi* (pp. 24 e ss.), il consumo di pornografia, anche solo “generica” (ossia non minorile, né di natura violenta), viene indicato quale fattore di rischio per successive derive delinquenziali. ⁷⁵ Si rimanda, ancora, al report redatto dalla Task Force dell’American Psychological Association “On the sexualization of girl” (reperibile alla URL: «<https://www.apa.org/pi/women/programs/girls/report>»), in particolare pp. 33 e ss., nel quale non solo si evidenzia il nesso tra sessualizzazione della figura femminile in età infantile/adolescenziale e violenze o molestie sessuali, ma si denuncia anche come l’esposizione a immagini sessualizzate di minori possa indurre a percepire e qualificare tali immagini come “seducenti”. Secondo tale report, ci sarebbero evidenze, infatti, che adulti di sesso maschile potrebbero interpretare la disinvoltura e le espressioni amichevoli rappresentate in quelle immagini come segno di provocazione e maturità sessuale dei minori (con il rischio di favorire devianze parafiliche o fenomeni di autolegittimazione).

⁷⁶ Caratteristiche che, combinandosi insieme, formerebbero un «turbo-charge» in grado di accelerare e intensificare le interazioni *online* a scopi sessuali. Così: A. COOPER - D.L. DELMONICO - R. BURG, *Cybersex Users, Abusers, and Compulsives: New Findings and Implications*, in *Cybersex and sexual compulsivity: The dark side of the force. A Special Issue of the Journal Sexual Addiction & Compulsivity*, 2000, p. 6. In termini analoghi sempre A. COOPER, *Sexuality and the Internet: Surfing into the new millennium*, in *CyberPsychology & Behavior*, 1998, vol. 1, n. 2, pp. 187 e ss.

⁷⁷ Cfr. F. RIBOLDI - E. MAGNI, *Cybersex addiction: cause, sintomi, percorsi di autoterapia*, Angeli, 2020, p. 41, secondo i quali – tra l’altro – la pornografia digitale metterebbe a rischio l’erotismo, inteso quale pathos emotivo stimolato da immagini statiche ed evocato mediante l’ausilio dell’immaginazione. Circa la diversità della pornografia digitale da quella tradizionale si veda anche: A. LEMMA, *Introduction-Becoming Sexual in Digital Times: The Risks and Harms of Online Pornography*, in *The Psychoanalytic Study of the Child*, 2021, vol. 74, n. 1, pp. 121 e ss.

⁷⁸ Quanto alle ricadute negative prodotte dall’oggettivizzazione sessuale delle figure femminili in età infantile e adolescenziale, si veda anche: R.S. BIGLER - C. TOMASETTO - S. MCKENNEY, *Sexualization and youth: Concepts, theories, and models*, in *International Journal of Behavioral Development*, 2019, vol. 43, n. 6, p. 534.

⁷⁹ T. CANTELMINI - E. LAMBIASE, *Tecnoliquidità*, cit., p. 48.

dalla pornografia *online*, formando la propria sessualità ad immagine dei contenuti visualizzati.

Si noti bene: dire che l'esposizione alla pornografia digitale nella fase di sviluppo di un minore produca effetti pregiudizievoli, anche di tipo deviante, non significa isolare il fenomeno entro le logiche della delinquenza minorile. Sono, infatti, trascorsi circa trent'anni dall'apertura dell'Internet al pubblico e dall'evolversi della Rete come la conosciamo. Sono già trascorsi, quindi, decenni di esposizione, più o meno massiva, a rappresentazioni pornografiche da parte dei nativi digitali. Pertanto, studiare gli effetti negativi della pornografia digitale sui minori significa, anche, comprendere il comportamento antisociale degli adulti di oggi.

Occorre poi considerare quanto osservato in ambito neuroscientifico, integrando la riflessione circa le potenzialità criminogenetiche della pornografia digitale con quelle indagini che esplorano il funzionamento cerebrale in relazione alla visione *online* del materiale erotico. Le neuroscienze, infatti, nel tentativo di evidenziare suscettibilità psicopatologiche nella pornografia digitale, possono contribuire a spiegare l'origine di determinati comportamenti nella Rete, specie laddove vi si ricollegli l'utilizzo patologico e disturbante degli strumenti informatici.

È noto, a tal proposito, che lo sviluppo di una dipendenza è associato ad un'attivazione del c.d. *sistema di ricompensa*, ossia quell'insieme di strutture cerebrali e percorsi neuronali da cui dipendono la motivazione a ricercare (volere) stimoli appaganti e a evitare quelli dannosi, l'apprendimento associativo, la nascita di emozioni positive o negative associate alle esperienze gratificanti o spiacevoli⁸⁰. Il suo funzionamento prevede la produzione di molecole di dopamina, oppiacei e altre sostanze neurochimiche⁸¹, tutte correlate ad un sistema di gratificazione. Nel tempo, l'attivazione di questi meccanismi neuronali produrrebbe tolleranza, assuefazione e bisogno (fisico) di aumentare la produzione delle sostanze neurochimiche⁸². La pornografia digitale sarebbe particolarmente attraente per il c.d. circuito di ricompensa. Esiste, infatti, un rapporto fondamentale tra il rilascio di dopamina e l'esperienza di novità, tale per cui a vissuti abitudinari è connessa una decrescita di dopamina e, viceversa, a sensazioni e stimoli nuovi corrispondono maggiori quantitativi di dopamina. Ebbene, data la varietà di contenuti disponibili *online* e l'abbondanza di materiale, la novità in ambito pornografico è alla portata di un *click*. Gli stessi siti pornografici sono strutturati graficamente in modo da assecondare la continua ricerca dell'internauta, offrendo – secondo calcoli algoritmici in grado di cogliere i desiderata

⁸⁰ Circa il coinvolgimento del circuito di ricompensa anche in caso di dipendenza da Internet, cfr. K. YOUNG, *Internet Addiction. A New Clinical Phenomenon and Its Consequences*, in *American Behavioral Scientist*, 2004, vol. 48, n. 4, pp. 402-415; H. CASH - C.D. RAE - A.H. STEEL - A. WINKLER, *Internet Addiction: A Brief Summary of Research and Practice*, in *Current Psychiatry Reviews*, 2012, vol. 8, n. 4, p. 293; A. MUSETTI - R. CATTIVELLI - P. ZUGLIAN - G. TERRONE - S. POZZOLI - F. CAPELLI - G. CASTENUOVO, *Internet Addiction Disorder o Internet Related Psychopathology?*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 2017, vol. 44, n. 2, pp. 361 e ss.; T. CANTELMINI - E. LAMBIASE, *Tecnoliquidità*, cit., pp. 14, 33 e 41.

⁸¹ Cfr. H. CASH - C.D. RAE - A.H. STEEL - A. WINKLER, *Internet Addiction*, cit., p. 293.

⁸² *Ibidem*.

degli utenti – molteplici contenuti (si è, infatti, parlato di dipendenza *by design*⁸³) e così consentendo agli utenti della Rete di confrontarsi con materiale sempre nuovo.

I cambiamenti anatomici del cervello, indotti dall'adattamento agli stimoli ricevuti, specialmente nei lobi frontali (ossia la sezione cerebrale implicata nel mantenimento delle funzioni esecutive), ove sarebbe visibile una riduzione nella densità di sostanza grigia in diverse regioni prefrontali⁸⁴, determinerebbero l'alterazione di abitudini comportamentali. In base all'analisi neuroscientifica, sarebbe, infatti, riscontrabile nel *retomane* un *deficit* di *decision-making*, ovvero una riduzione nella capacità di prendere decisioni consapevoli e di agire diversamente anche quando gli effetti negativi di una scelta siano chiari al soggetto.

Lo studio sugli effetti neurobiologici della pornografia sul sistema cerebrale sembrerebbe essere l'ulteriore riscontro alla teorizzazione di un disturbo correlato a pratiche sessuali virtuali, talvolta definito quale dipendenza da *cybersex* o da pornografia digitale. Occorre premettere, infatti, che nell'ultimo trentennio numerose ricerche hanno approfondito i profili di rilievo clinico relativi ad all'uso dell'Internet e delle ICT, suggerendo, alcune di esse, la creazione di una specifica categoria diagnostica: l'*Internet Addiction Disorder*, con la proposta di includerla nel noto DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*)⁸⁵.

L'espressione "*Internet Addiction Disorder*", in realtà, non è che un ombrello sotto al quale – dato il carattere polimorfo della Rete e la molteplicità di sue applicazioni – vengono ricompresi diversi processi psicopatologici connessi a un utilizzo problematico di Internet (*shopping online*, gioco d'azzardo, chat erotiche, *e-mail*, *forum*, ricerche, immagini, video, *etc.*). Sarebbe, quindi, più corretto parlare di *Internet-Related Psychopathologies* (acronimo: "IRP"), con ciò evidenziandosi il pluralismo delle manifestazioni patologiche connesse alla Rete⁸⁶. Pur nella loro sostanziale diversità, tali processi patologici sembrano accomunati da tre fattori basilari: l'accessibilità, mista alla velocità di connessione, che consente la gratificazione immediata di ogni bisogno; il controllo che l'utente della Rete è in potere di esercitare nelle tecno-relazioni; l'eccitazione, data da stimoli continui⁸⁷.

⁸³ Cfr. A. GOLDSMITH - D.S. WALL, *The seductions of cybercrime*, cit., p. 107.

⁸⁴ Cfr. AA.VV., *Internet Addiction Disorder o Internet Related Psychopathology?*, cit., pp. 363 e ss.

⁸⁵ Sembra che il primo a parlare di *Internet Addiction Disorder* fu, nel 1995, Ivan Goldberg, uno psichiatra americano, il quale fece girare provocatoriamente in Rete i criteri diagnostici mutuati dai criteri per la dipendenza da sostanze presenti nel DSM-V (Perdita di controllo; tolleranza; astinenza; recidive; grande quantità di tempo passato online; conseguenze negative; uso continuativo nonostante la consapevolezza del problema). Kimberly Young, dell'Università di Pittsburg, riprendendo simili argomentazioni, è stata poi la prima ricercatrice a studiare in modo sistematico il fenomeno della dipendenza da Internet (cfr. K. YOUNG, *Internet Addiction: The Emergence of a New Clinical Disorder*, in *CyberPsychology & Behavior*, 1998, vol. 1, n. 3, pp. 237-244), equiparandola alla dipendenza da sostanze, come alcool e stupefacenti. In Italia l'opera della Young è stata presto ripresa da Tonino Cantelmi, tra i primi ad approfondire l'argomento della dipendenza da Internet (cfr. T. CANTELMÌ - M. TALLI, *I primi casi clinici di rete-dipendenza: Internet Addiction Disorder*, in *Psicologia Contemporanea*, 1998, nov/dic, pp. 4-11).

⁸⁶Cfr. T. CANTELMÌ - A. D'ANDREA, *Fenomeni psicopatologici Internet-correlati: osservazioni cliniche*, in T. CANTELMÌ (a cura di), *La mente in internet*, cit., p. 60.

⁸⁷ *Ibidem*.

Le IRP presenterebbero gli stessi tratti tipici delle dipendenze da sostanze (alcolismo, tossicodipendenza, *etc.*)⁸⁸, ossia: incontrollabile impulso e/o attrazione, perdita di auto-controllo, uso compulsivo, senso di sollievo e di astinenza, tolleranza, cambi d'umore, ricadute negative⁸⁹. Sul piano neurocognitivo e di *neuroimaging*, al pari di quanto avviene per le dipendenze da sostanze, nel caso delle IRP si assisterebbe all'attivazione del circuito di ricompensa.

Altri studi, ancora, evidenziano la concorrenza di diversi disturbi mentali con le IRP, quali i disturbi dello spettro ansioso e depressivo, della personalità, dell'adattamento, dello spettro impulsivo-compulsivo, *etc.* Dovrebbero distinguersi, allora, due tipologie soggettive⁹⁰: da una parte, i soggetti con pregressa psicopatologia, che già presentano tratti ossessivo-compulsivi e/o disturbi dell'area affettiva; dall'altra, coloro che sviluppano una dipendenza direttamente nella Rete, cui seguono manifestazioni psicopatologiche.

Ricondotti al *genus* delle dipendenze comportamentali, per il momento solo il *gambling disorder* e l'*(Internet) gaming disorder* sono inclusi nell'XI edizione dell'"International Classification of Disease" (anche solo "ICD-11")⁹¹, il compendio aggiornato dall'OMS. Il DSM-V-TR riconosce, invece, come "*Non-Substance-Related Disorders*" (o, comunemente, dipendenza comportamentale) solo il primo dei suddetti atteggiamenti, qualificando il secondo come disturbo che necessita di ulteriori approfondimenti⁹².

⁸⁸ Cfr. sull'argomento: G. CAVIGLIA - R. PERRELLA, *Dipendenza da Internet. Adolescenti e adulti*, Maggioli, 2014, pp. 22 e ss.; L. MORGAN, *Addiction and expression*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2020, vol. 47, n. 2, pp. 203 e ss.

⁸⁹ Cfr. J.E. GRANT - M.N. POTENZA - A. WEINSTEIN - D.A. GORELICK, *Introduction to behavioral addictions*, in *The American Journal of Drug and Alcohol Abuse*, 2010, vol. 36, n. 5, pp. 233 e ss. Altri autori hanno posto al centro della diagnostica l'utilizzo della tecnologia, individuando quali tratti tipici della dipendenza: il bisogno crescente di spendere sempre più tempo *online* in modo da soddisfare il proprio desiderio impulsivo; vani tentativi di controllo o di disconnessione dall'Internet; alterazione d'umore quando si è *offline*; il deterioramento significativo della vita relazionale, scolastica o lavorativa, a causa della permanenza sul *Web*; la necessità di mentire a riguardo delle attività condotte *online*; l'utilizzo della Rete come via di fuga da problemi o per trovare sollievo da umore disforico (vergogna, senso di colpa, ansia, depressione). In tal senso: cfr. K.W. BEARD, *Internet addiction: A review of current assessment techniques and potential assessment questions*, in *Cyberpsychology and Behavior*, 2005, vol. 8, n. 1, pp. 7 e ss. Per un agevole confronto con altre teorizzazioni si rimanda a AA.VV., *Internet Addiction Disorder o Internet Related Psychopathology?*, cit., p. 362.

⁹⁰ Cfr. T. CANTELMINI - M. TALLI, *Psicopatologia del Cyberspazio*, cit., pp. 29 e ss.; T. CANTELMINI - A. D'ANDREA, *Fenomeni psicopatologici Internet-correlati*, cit., p. 60.

⁹¹ Per *gambling disorder* si intende il disturbo di gioco d'azzardo, mentre per *gaming disorder* la dipendenza da videogiochi. La descrizione di entrambi, secondo la nosografia diagnostica dell'ICD-11, indica: incapacità di controllo rispetto alla durata, alla frequenza e al contesto del gioco; priorità e predominanza del gioco sugli altri interessi e sugli impegni di vita quotidiana; persistenza nel gioco nonostante l'emergere di conseguenze negative.

⁹² Indicata come sottocategoria delle "*behavioral addictions*", altre *addictions* (come la "*sex addiction*") non vengono specificate nel Manuale come disturbo mentale, sulla considerazione che non vi sia ancora sufficiente evidenza, in base a ricerche *peer-reviewed*, dei criteri diagnostici e loro decorsi. Cfr. American Psychiatric Association, *Diagnostic and statistical manual of mental disorders. Fifth Edition DSM-5-TR*, Washington DC, 2022, p. 543.

Nella classificazione dei due manuali non è, quindi, presente, come categoria generica, l'*Internet addiction* né sono descritti in modo autonomo – come, invece, si è fatto per la ludopatia⁹³ – il disturbo correlato alle pratiche sessuali virtuali e alla pornografia digitale. Ciò nonostante, l'ICD-11 include sia il *cybersex*, sia l'utilizzo di pornografia come possibili forme compulsive di un diverso disturbo: il "Compulsive Sexual Behaviour Disorder"⁹⁴. Tra le caratteristiche cliniche aggiuntive si legge, a tal proposito, che esso può esprimersi in una varietà di comportamenti, quali: «*sexual behaviour with others, masturbation, use of pornography, cybersex (internet sex), telephone sex, and other forms of repetitive sexual behaviour*»⁹⁵.

Pur in assenza di un inquadramento sistematico ufficiale e di criteri diagnostici precisi rispetto all'utilizzo problematico della pornografia, occorre evidenziare che la comunità scientifica, constatando un nesso di interdipendenza tra abuso del materiale e patologia, sembra ricondurre il disturbo entro ricorrenti categorie patologiche. Le classificazioni nosografiche più utilizzate sono quelle della dipendenza e del comportamento compulsivo. L'uso patologico della pornografia (così come di altre applicazioni: *chat* o *videochat* erotiche; siti per incontri; *forum* a sfondo sessuale, *etc.*) viene, talora, identificato come *cybersexual addiction*, *cybersex addiction* o *Internet sex addiction* (ossia come dipendenza dal sesso virtuale)⁹⁶; talaltra, come *compulsive cybersex*, *hypersexual disorder* o *compulsive sexual behaviour*⁹⁷.

Nell'incertezza circa la corretta collocazione, si registrano diversi tentativi di definire, in modo universale, i tratti patologizzanti correlati all'utilizzo problematico e

⁹³ Come evidenzia M.D. GRIFFITHS, *Internet sex addiction: A review of empirical research*, in *Addiction research and theory*, 2012, vol. 20, n. 2, p. 112, la difficoltà di dare autonoma rilevanza alla dipendenza da sesso virtuale sta nel fatto che essa rappresenta non solo una sottocategoria dell'*Internet addiction*, ma – al contempo – una sottocategoria delle dipendenze da sesso. Cfr. anche M.K. DHUFFAR - M.D. GRIFFITHS, *Systematic Review of Online Sex Addiction and Clinical Treatments Using CONSORT Evaluation*, in *Current Addiction Report*, 2015, n. 2, p. 164.

⁹⁴ I sintomi più caratterizzanti sarebbero: persistenza di impulsi e comportamenti sessuali ripetitivi; incapacità di controllo e di agire diversamente anche a fronte di conseguenze avverse; focalizzazione del tempo vissuto sull'attività sessuale. Il DSM-5-TR, pur non specificando la *sex addiction* o la dipendenza da pornografia come disturbo mentale, specifica che l'utilizzo eccessivo di Internet, ad esempio al fine di vedere pornografia *online*, pur non potendo essere considerato analogo all'*Internet gaming disorder*, necessita di maggiori ricerche (cfr. APA, *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*, cit., p. 916).

⁹⁵ Così la voce "6C72 Compulsive sexual behaviour disorder" dell'ICD-11. La versione aggiornata dell'ICD può essere agevolmente consultata alla URL: <<https://icd.who.int/en/>>.

⁹⁶ Si vedano, a titolo esemplificativo: T. CANTELMÌ - A. D'ANDREA, *Fenomeni psicopatologici Internet-correlati*; K. YOUNG, *Internet Sex Addiction Risk Factors, Stages of Development, and Treatment*, in *American Behavioral Scientist*, 2008, vol. 52, n. 1, pp. 21-37; RIBOLDI - E. MAGNI, *Cybersex addiction: cause, sintomi, percorsi di autoterapia*, Angeli, 2020; P. LEVOUNIS - J. SHERER, *Technological Addictions*, American Psychiatric Publishing, 2021, pp. 25 e ss.

⁹⁷ Così, *ex multis*, S.W. KRAUS - V. VOON - M.N. POTENZA, *Should compulsive sexual behavior be considered an addiction?*, in *Addiction*, 2016, vol. 111, n. 12, pp. 2097 e ss.

patologico della pornografia digitale⁹⁸, nonché gli strumenti di *screening* che potrebbero applicarsi⁹⁹ e i possibili percorsi terapeutici¹⁰⁰.

In particolare, l'utilizzo problematico della pornografia digitale, inteso quale forma di dipendenza, si connoterebbe «da un lato [per] l'attaccamento anomalo al piacere e dall'altro [per] la perdita di controllo rispetto allo schema di comportamento che procura il piacere»¹⁰¹. Tra normale uso di pornografia e sviluppo di una patologia vi sarebbe un *continuum*¹⁰²: «Il soggetto, dalle iniziali fasi di sperimentazione in cui ha ancora una certa percentuale di governo comportamentale, giunge a fasi acute o subacute in cui il sintomo preminente è l'impulsività. L'agito impulsivo è un'improvvisa impazienza che si impadronisce dell'individuo e lo costringe a cambiare i propri programmi per rivivere la sensazione di piacere. In tale agito il governo del comportamento non avviene più come nella normalità dall'«alto verso il basso», bensì dal basso verso l'alto: non è più cioè la corticale del cervello, dove hanno sede ragione e senso critico, a stabilire le azioni da compiere, bensì sono le parti profonde dell'organo che prendono il sopravvento e orientano il comportamento. È sostanzialmente una coercizione al comportamento: il soggetto non pianifica il proprio comportamento, ma lo subisce»¹⁰³.

Il comportamento del «pornodipendente» si sostanzierebbe, dunque, nella spasmodica ricerca e nella prolungata fruizione di materiale pornografico, spesso accompagnate da stimolazione degli organi genitali (masturbazione), al fine di gratificare quegli impulsi sessuali che motivano il *retomane* e che esercitano una pressione tale da ridurre (biologicamente) la sua capacità di autocontrollo¹⁰⁴. L'inquadramento della patologia entro il costrutto della dipendenza sarebbe corroborato dai riscontri neuroscientifici poc'anzi accennati, essendovi evidenza del fatto che i meccanismi neuronali attivati dalla pornografia e interessati da un suo utilizzo

⁹⁸ Cfr. ad esempio AA.VV., *Physiological, Psychosocial and Substance Abuse Effects of Pornography Addiction: A Narrative Review*, in *Cureus*, 2023, vol. 15, n. 1 (reperibile online alla URL: «<https://www.cureus.com>»); R. ROSSI - S. ELEUTERI, *L'utilizzo della pornografia. Diffusione, uso problematico e possibili interventi*, in *Psicobiettivo*, 2021, vol. XLI, n. 2, pp. 42-43.

⁹⁹ Per un'elencazione dei modelli disponibili in letteratura e la correlata bibliografia scientifica, si veda: P. BERRETTA - A. MINUTILLO, *Cybersex*, in *Dipendenze da Internet - Rapporto ISTISAN 22/5*, p. 33 (reperibile online alla URL: «<https://www.iss.it/rapporti-istisan>»). Si rimanda, poi, a F. RIBOLDI - E. MAGNI, *Cybersex addiction*, in cui gli Autori realizzano una catalogazione puntuale delle diverse forme di *cybersex addiction*: da «onnipotenza», «da blocco evolutivo», «da oppositività», «da ansia prestazionale», «da narcisismo», «da incapacità di rapporto», «da isolamento», definendo per ciascuna di esse cause, sintomi e distinti percorsi terapeutici.

¹⁰⁰ Cfr. ad esempio: S. BOCCI BENUCCI - C. DI GESTO - S. GHINASSI - S. CASALE - G. FIORAVANTI, *Pornography use, problematic pornography use, impulsivity, and sensation seeking: a meta-analysis*, in *The Journal of Sexual Medicine*, 2024, Vol. 21, n. 10, p. 922 e ss.

¹⁰¹ F. RIBOLDI - E. MAGNI, *Cybersex addiction*, cit., p. 46.

¹⁰² Cfr. P. BERRETTA - A. MINUTILLO, *Cybersex*, cit., p. 32. Il procedimento di sviluppo di una *Internet sex addiction* è descritto in K. YOUNG, *Internet sex addiction*, cit., pp. 28 e ss. secondo distinte fasi («Discovery → Experimentation → Escalation → Compulsion → Hopelessness»).

¹⁰³ F. RIBOLDI - E. MAGNI, *Cybersex addiction*, cit., p. 47.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

patologico sono quegli stessi che vengono in rilievo nel caso delle dipendenze comportamentali o da sostanza¹⁰⁵.

Si tratterebbe, in conclusione, di una “nuova” forma di dipendenza sessuale, con peculiarità proprie e diverse da quelle forme di dipendenza che potevano registrarsi prima dell’evoluzione digitale¹⁰⁶.

La relazione che intercorre tra pornografia digitale e attivazione del circuito di ricompensa¹⁰⁷ potrebbe, a ben vedere, evidenziare un fattore criminogenetico rispetto a

¹⁰⁵ Si vedano le conclusioni, al termine di una rassegna di diverse ricerche, in T. LOVE - C. LAIER - M. BRAND - L. HATCH - R. HAJELA, *Neuroscience of Internet Pornography Addiction: A Review and Update*, in *Behavioral Sciences*, 2015, n. 5, p. 413. Lo sviluppo patologico della visione della pornografia sarebbe, dunque, correlato ad una stimolazione e attivazione del “sistema di ricompensa”, specialmente nella parte della corteccia prefrontale e nell’amigdala; ad una successiva desensibilizzazione, dovuta alla ripetuta esposizione del materiale pornografico; ad una disfunzione nella parte prefrontale del cervello (cd. *hypofrontality*) e ad alterazioni nel sistema di connessione tra le componenti cerebrali, alle quali conseguirebbero l’incapacità di controllo degli impulsi; infine, ad un malfunzionamento nel meccanismo di autoregolazione dello stress. A tal proposito si veda anche: R. DE ALARCÓN - J.I. DE LA IGLESIA - N.M. CASADO - A.L. MONTEJO, *Online porn addiction: what we know and what we don’t. A systematic review*, in *Journal of Clinical Medicine*, 2019, vol. 8, n. 91, p. 7 (reperibile online sul portale: «mdpi.com»); E. LAMBIASE, *Pornografia online. Correlati neurologici, processi cognitivi e comportamentali di sviluppo e mantenimento*, in *Modelli della Mente*, 2019, n. 1, pp. 21 e ss.; L. MORGAN, *Addiction and expression*, cit., pp. 221 e ss.

¹⁰⁶ Cfr. in questo senso J. RIEMERSMA - M. SYTSMAN, *A New Generation of Sexual Addiction*, in *Sexual Addiction & Compulsivity*, 2013, vol. 20, n. 4, p. 307, in cui si distingue tra dipendenza sessuale “classica” e dipendenza sessuale “contemporanea”. Si definirebbe “classica” quella dipendenza la cui eziologia dovrebbe individuarsi in esperienze di abuso, in meccanismi di attaccamento insicuro e controllo impulsivo. Sarebbe correlata tipicamente ad un esordio graduale e associata ad altre forme di dipendenza, ad emozioni tossiche quali profonda vergogna e senso di svalutazione personale. La seconda (si veda in particolare pp. 311 e ss.) avrebbe, invece, un’eziologia diversa, contraddistinta da tre elementi caratterizzanti: “*chronicity, content, culture*”. Per *chronicity* si intende la ripetuta e cronica esposizione a materiale pornografico, suscettibile di provocare comportamenti compulsivi di ricerca secondo il meccanismo neuronale di ricompensa. Quanto al *content*, la Rete è in grado di offrire oggi una quantità e varietà di materiale pornografico accessibile senza precedenti: anche violenza, sadismo e masochismo sono spesso correlati a scene pornografiche. La possibilità di accedere a *chat rooms*, siti *Web* e gruppi *online*, mantenendo di fatto il proprio anonimato, consente tra l’altro di esplorare fantasie sessuali e scenari che nella realtà sarebbero stati difficilmente realizzati, favorendo così il proliferare di parafilie che altrimenti non si sarebbero sviluppate. Infine, questi due elementi verrebbero a combinarsi con la sessualizzazione della *culture*, suscettibile di normalizzare la tenuta di comportamenti sessualmente devianti e aggressivi.

¹⁰⁷ Si rimanda, per chiarezza e completezza argomentativa, a: G. WILSON, *Your brain on porn: Internet pornography and the emerging science of addiction*, Commonwealth Publishing, 2014, nonché a T. LOVE - C. LAIER - M. BRAND - L. HATCH - R. HAJELA, *Neuroscience of Internet Pornography Addiction*, cit., pp. 388 e ss., in cui gli Autori danno conto di un’ampia letteratura in argomento, sostenendo l’equiparazione della dipendenza da pornografia alle altre forme di dipendenza da sostanza o comportamentali. Per una panoramica sui meccanismi neurobiologici attivati dalla pornografia si veda: E. LAMBIASE, *Pornografia online*, cit., pp. 25-26, il quale riassuntivamente osserva: «In base ai risultati presentati in questi paragrafi è possibile rilevare che gli stimoli sessuali inducono l’attivazione neurale nel circuito della ricompensa (ad es. corteccia cingolata anteriore, striato ventrale, corteccia orbitofrontale), probabilmente a causa della via metabolica della ricompensa della dopamina. Quindi, l’ipotesi che il consumo della pornografia possa essere appetibile per la maggior parte degli uomini è confermata. Il valore appetitivo del materiale pornografico è ulteriormente sottolineato dal fatto che questi stimoli possono essere usati come stimoli incondizionati in esperimenti di apprendimento condizionato. Pertanto – similmente ad altre dipendenze – stimoli formalmente neutri diventano fattori scatenanti del comportamento di dipendenza. [...] Inoltre, i risultati

condotte sessualmente orientate. Infatti, il sistema di autogratificazione, una volta raggiunto un certo livello, si atrofizza per l'uso esagerato, determinando una *desensibilizzazione* ovvero una certa *tolleranza*, superabile con il ricorso a tipologie di immagini più soddisfacenti o qualitativamente più forti¹⁰⁸. La consolidazione di questo tipo di comportamento sembra, quindi, condizionare il cervello, che tende a adattarsi plasticamente a quella medesima esperienza, a ripercorrere continuamente gli stessi tracciati e a ricercare maggiori stimoli.

Si è sostenuto che la costante ricerca di novità e il bisogno di assestarsi su livelli di soddisfazione maggiore potrebbero spingere il consumatore di pornografia "generica" verso la visione di materiale estremo, socialmente riprovevole¹⁰⁹, *fetish*, *etc.*, tra cui anche pornografia violenta e la pedopornografia¹¹⁰, in grado di provocare esperienze emozionanti (non necessariamente piacevoli) alle quali il cervello umano associa – inconsciamente – l'eccitazione sessuale.

Il consumo eccessivo di pornografia sembrerebbe costituire, allora, un fattore di rischio non solo per comportamenti sessualmente aggressivi¹¹¹, ma anche per lo sviluppo di disturbi parafiliaci, essendo capace di deviare gli internauti verso la ricerca di materiale pedopornografico¹¹². Emergerebbe, infatti, dal punto di vista criminologico, la

relativi a una ridotta connettività prefrontale-striatale in soggetti con dipendenza da pornografia possono essere interpretati come un segno di un controllo cognitivo alterato sul comportamento di dipendenza».

¹⁰⁸ Cfr. G. WILSON, *Your brain on porn*, cit., p. 58.

¹⁰⁹ Ivi, pp. 32-34. Cfr. Anche: J.V. RAY - E.R. KIMONIS - M.C. SETO, *Correlates and Moderators of Child Pornography Consumption in a Community Sample*, in *Sexual Abuse: a Journal of Research and Treatment*, 2013, vol. 26, n. 6, pp. 523-545; A. VERZA, *Il danno culturale prodotto dalla normalizzazione delle pratiche di pedofilia e pedopornografia e i limiti del suo contrasto giuridico*, in *Politica e diritto*, 2013, n. 3, p. 384.

¹¹⁰ Cfr. ad esempio: *WHITE PAPER ON CHILD SEX OFFENDERS*, cit., p. 24: «il consumo regolare può così diventare compulsivo ed essere accompagnato da assuefazione e tolleranza, sintomi che portano ad una ricerca costante di novità per ritrovare sensazioni forti. Il piacere associato a una nuova, eccitante scoperta rafforza infatti in modo intermittente il comportamento [...] Spesso quindi il consumatore di pedopornografia arriva dal consumo di pornografia generica, mosso dalla ricerca di sensazioni sempre più forti, come riportano Ray, Kimonis, & Seto, (2013)». Più avanti (p. 28): «Anche nel caso della pedopornografia, la masturbazione ripetuta, associata a immagini di minori impegnati in attività sessuali, può portare allo sviluppo progressivo di un'eccitazione sessuale per tali immagini, o rinforzare un'attrazione sessuale per i bambini già presente. La visione ripetuta di pedopornografia desensibilizza i consumatori al tipo di pratiche sessuali presentate, abituandoli a percepirle come "normali"». In termini analoghi: F. FORTIN - S. PAQUETTE - B. DUPONT, *From online to offline sexual offending: Episodes and obstacles*, in *Aggression and Violent Behavior*, 2018, vol. 39, pp. 33-41.

¹¹¹ Sul punto si rilevano, tuttavia, anche opinioni discordi. Si è fatta strada, ad esempio, l'idea che la pornografia digitale possa aver tutt'altro effetto rispetto a fenomeni aggressivi, ossia quello di prevenire l'*acting out* offrendo al fruitore un'alternativa per soddisfare il proprio impulso sessuale. In altre parole, la pornografia avrebbe una funzione «catartica o sostitutiva». Tale tesi è ripresa da S. DELSIGNORE, *La detenzione di materiale pedopornografico e le problematiche del web*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, cit., pp. 509-510, rifacendosi a D. VITTORIA, *Pedofilia, violenza e pornografia*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La pedofilia. Aspetti sociali, psico-giuridici, normativi e vittimologici*, CEDAM, 1999, p. 42. Similmente anche M. BIANCHI, *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico. Fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in M. BIANCHI - S. DELSIGNORE (a cura di), *I delitti di pedopornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, CEDAM, 2008, pp. 141 e ss.

¹¹² Recentemente anche F. FORTIN - S. PAQUETTE - B. DUPONT, *De la pornographie légale à l'agression sexuelle. Les scripts des activités des cyberdélinquants sexuels*, in *Criminologie*, 2017, vol. 50, n. 1, pp. 203 e ss. (versione

figura di un distinto tipo d'autore, il cui interesse sessuale per i minori si sviluppa nella Rete e a causa della Rete¹¹³, grazie all'ampia disponibilità di materiale e alla sua facilità di accesso¹¹⁴.

4.2. Impulsività, colpevolezza e sanzione nel caso dei reati cibernetici sessualmente connotati.

L'uso patologico della pornografia digitale, normalmente associato ad una maggiore predisposizione al rischio e ad una minore considerazione delle conseguenze negative della propria condotta¹¹⁵, data altresì l'efficacia disinibente della Rete e delle

originale del testo poi tradotto in inglese), in cui gli Autori rilevano un nesso sequenziale tra la fruizione di materiale pornografico generico, reperito in Internet; la deviazione verso materiale pedopornografico, per esplorazione e/o in modo non consapevole; l'ingresso nel circuito pedopornografico presente nella Rete; il contatto diretto con minori per reperire nuovo materiale e, solo in casi più rari, il passaggio in azione al di fuori del mondo virtuale. Di particolare interesse il rilievo secondo il quale il passaggio dalla pornografia generica a quella minorile potrebbe essere contrassegnato da una tappa intermedia, in cui l'utente prende visione di materiali (legali) categorizzati come "barely-legal" ("appena legale"), "teenager", "teen", etc. (ivi, p. 212). Quest'ultimo termine, nel linguaggio comune, significa "adolescente". Essendo, però, illecito il commercio e la diffusione di materiale pedopornografico, ad essere rappresentati sarebbero solo diciottenni e diciannovenni, sebbene accada di frequente che si possano scambiare per infra-diciottenni. È evidente, allora, che tale categoria sia costruita intorno al dubbio "maggiormente o minorenni?" e che, alimentando l'attrazione sessuale per soggetti giovani, essa rischi di instradare i suoi fruitori verso la parafilia.

¹¹³ Rispetto a questo gruppo di autori può dunque sostenersi che l'ampia disponibilità e varietà di materiale pornografico *online*, la possibilità di intrattenersi con altri internauti in comunicazioni disinibite e di esplorare – senza limiti – la propria sessualità, consente l'emersione e l'evoluzione di fantasie sessualmente eccitanti che, in assenza dell'Internet, non sarebbero sorte o non si avrebbe avuto modo di sviluppare. Cfr. *ad abundantiam*: J.A. KLOESS - A.R. BEECH - L. HARKINS, *Online Child Sexual Exploitation: Prevalence, Process, and Offender Characteristics*, in *Trauma, violence, & abuse*, 2014, vol. 15, n. 2, p. 132, ove sul punto viene riproposta la ricerca di E. QUAYLE - G. HOLLAND - C. LINEHAN - M. TAYLOR, *The Internet and offending behaviour: A case study*, in *The Journal of Sexual Aggression*, 2000, vol. 6, n. 1/2, pp. 78–96. Cfr. anche: E. QUAYLE - M. TAYLOR, *Child Pornography. An Internet Crime*, 2003, Routledge, pp. 171 ss.

¹¹⁴ Vi sarebbero, infatti, due distinti profili d'autore: il "pedophile online" e il "fantasy user". Le caratteristiche dei due sono state presentate Kimberley Young al 108° Annual Meeting (2000) della American Psychological Association. Cfr. K. YOUNG, *Profiling cybersex addiction and true online pedophilia among virtual sex offenders*, reperibile alla URL: «https://netaddiction.com/articles/eia_pedophilia_profile.pdf» (consultata il 20/12/2021). Cfr. anche: ID., *Profiling online sex offenders, cyber-predators, and pedophiles*, in *Journal of Behavioral Profiling*, 2005, vol. 5, n. 1 (reperibile *online* sul sito «netaddiction.com»). Nel caso del *fantasy user* si tratterebbe di individui che solo in rari casi cercheranno un contatto diretto con il minore al di fuori dell'Internet (cfr. K. YOUNG - M. PISTNER - J. O'MARA - J. BUCHANAN, *Cyber Disorders: The Mental Health Concern for the New Millennium*, in *CyberPsychology & Behavior*, 1999, vol. 2, n. 5, p. 478) in quanto lo scopo principale della fruizione di materiale pedo-pornografico sarebbe quello di raggiungere l'orgasmo a seguito di masturbazione (a differenza dei "contact driven user", che sarebbero orientati ad un contatto fisico con il minore. Così: P. BRIGGS - W.T. SIMON - S. SIMONSEN, *An Exploratory Study of Internet-Initiated Sexual Offenses and the Chat Room Sex Offender: Has the Internet Enabled a New Typology of Sex Offender?*, in *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 2011, vol. 23, n. 1, pp. 85 e ss.).

¹¹⁵ Questi i sintomi indicati dall'ICD-11 alla voce "Compulsive Sexual Behaviour Disorder". Si veda anche: AA.VV., *Internet Addiction Disorder o Internet Related Psychopathology*, cit., pp. 362-363, in cui gli Autori riferiscono che, rispetto ai soggetti con *cyber*-dipendenze (specialmente da utilizzo di pornografia), sarebbe riscontrabile sul piano neurocognitivo e di *neuroimaging* un deficit di *decision-making*, ossia la riduzione nella

comunicazioni tecno-mediate, potrebbe dunque favorire il passaggio dalla visione di materiale pornografico “lecito”, facilmente fruibile *online*, alla tenuta di comportamenti penalmente rilevanti¹¹⁶, ovvero alla produzione di pornografia “illecita” (tale per essere stata acquisita in modo coartante o decettivo del soggetto raffigurato, ovvero per il suo stesso contenuto, in caso di pornografia minorile). Si pone, allora, la questione di valutare quali siano le ricadute in termini di rimproverabilità, esigibilità, imputabilità di un autore criminale che sia affetto da una patologia correlata al *cybersex* e/o alla pornografia (intesa come dipendenza da pornografia digitale ovvero come suo utilizzo compulsivo), che mostri i tratti tipici del *craving* (ovvero «un’attrazione incontenibile»¹¹⁷) e delle crisi di astinenza, versando in una condizione di fragili capacità decisionali, intellettive e volitive che, come appena indicato, è generalmente associata al disturbo.

Nei casi di *Image-based sexual abuse*, si tratta, a ben vedere, di un rapporto del tutto peculiare, in quanto il *retomane* che commette un reato cibernetico a sfondo sessuale non sperimenta alcuna alterità sostanziale tra materiale patologizzante e oggetto della condotta criminale, passando da un utilizzo patologico di pornografia presente sul *Web* ad un utilizzo di pornografia non consensuale. In altre parole, l’impulso a vedere pornografia caratterizza tanto la patologia quanto il reato.

Oltre la componente impulsiva a vedere nuovo materiale pornografico, che accomuna il porno-dipendente al *cyber*-criminale, occorre tener conto anche della suscettibilità disinibente della Rete e delle comunicazioni tecno-mediate rispetto alla tenuta di comportamenti aggressivi. Una duplicità di impulsi, quindi: l’uno *ab interno* (di natura sessuale), l’altro *ab externo* (le caratteristiche della Rete e delle ICT)¹¹⁸.

Per la comunanza d’oggetto tra delitto e patologia, il caso del pornodipendente che, avvalendosi di tecnologie di comunicazione, si procura dalla vittima, previa costrizione o assunzione di identità fittizia, materiale pornografico autoprodotta è

capacità di prendere decisioni differenti anche quando quelle negative fossero evidenti. Sembrerebbe, infatti, che la dipendenza *Internet*-correlata sia associata ad una riduzione del controllo prefrontale sulle funzioni esecutive, al pari di quanto avviene con tutte le patologie da *addiction*. In modo analogo: E. LAMBIASE, *Pornografia online*, cit., p. 26; A. GOLDSMITH - D.S. WALL, *The seductions of cybercrime*, cit., p. 106.

¹¹⁶ Cfr. ad esempio: M. SHARPE - D. MEAD, *Problematic Pornography Use: Legal and Health Policy Considerations*, in *Curr. Addict. Rep.*, 2021, vol. 8, n. 4, pp. 556 e ss.; AA.VV., *Is Adolescents’ Cyber Dating Violence Perpetration Related to Problematic Pornography Use? The Moderating Role of Hostile Sexism*, in *HEALTH COMMUNICATION*, gennaio 2024, pp. 1-11, in cui si evidenzia, tra l’altro, che la preesistenza di stereotipi di genere possano influire, nel senso di amplificare o diminuire, sull’efficacia criminologica e patologica della pornografia; AA.VV., *Physiological, Psychosocial and Substance Abuse Effects of Pornography Addiction*, in cui gli Autori correlano l’incremento di *cybercrimes*, come *cyber stalking* e pedofilia, alla dipendenza da pornografia.

¹¹⁷ Per una definizione più accurata si rimanda a: G. CAVIGLIA - R. PERRELLA, *Dipendenza da Internet*, cit., p. 13. Il *craving*, inteso come desiderio compulsivo o preoccupazione fissa verso l’utilizzo di pornografia, è secondo molti una componente dell’uso problematico della pornografia. Cfr. ad esempio: AA.VV. *Desire thinking and craving as predictors of problematic Internet pornography use in women and men*, in *Addictive Behaviors*, 2023, vol. 136, pp. 1-11.

¹¹⁸ Per una classificazione delle tipologie di impulsi si rimanda a D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Jovene, 2020, pp. 28 e ss. La qualificazione *ab interno* e *ab externo* è in questa sede riproposta senza che vi sia piena coincidenza con le categorie descritte nella monografia.

apparentemente analogo¹¹⁹ all'ipotesi del tossicodipendente che, commettendo un furto, una rapina o un'estorsione, si procura denaro per l'acquisto dello stupefacente. In entrambi i casi, i soggetti agenti sono mossi dalla necessità di soddisfare la propria dipendenza e a tal fine è preordinata l'azione criminosa.

Per quanto concerne il *retomane* delinquente, tuttavia, la vittima rappresenta idealmente colui che dispone materialmente dell'oggetto della sua dipendenza (le immagini pornografiche), sicché tra condotta criminosa e assecondamento del vizio c'è un rapporto eziologico diretto e immediato. Nel caso del tossicodipendente, autore di reati contro il patrimonio, invece, la condotta ricade generalmente su soggetti diversi, dai quali il reo si procura il denaro o le utilità che, successivamente, scambierà per l'acquisto della sostanza stupefacente (ma che, ipoteticamente, potrebbe anche destinare a scopi diversi).

Inquadrato il fatto in questi termini, è evidente che l'utilizzo psicopatologico di pornografia digitale possa rilevare in termini di imputabilità, in quanto potrebbe privare il soggetto della normale capacità di intendere e di volere. Infatti, il *retomane* potrebbe essere nel concreto incapace di "intendere", perché incapace di «rendersi conto del significato del proprio comportamento e di valutarne conseguenze e ripercussioni»; ovvero incapace di "volere", laddove l'impulso a vedere materiale pornografico appaia di consistenza, intensità e gravità tale da scemare grandemente o escludere la capacità di autodeterminarsi «in modo coerente ai valori di cui è portatore» e «di controllare gli impulsi ad agire»¹²⁰.

Sembra, dunque, che alla psicopatologia correlata al *cybersex* e/o alla pornografia, una volta riconosciuta come "infermità", possano essere applicati gli artt. 88 e 89 c.p.¹²¹. Peraltro, rispetto alla "dipendenza da pornografia", pur nell'affinità nosografica con alcolismo e tossicodipendenza, non trovano applicazione le deroghe previste in tema di imputabilità dagli artt. 91 e ss. del codice, trattandosi di norme soggette ad interpretazione restrittiva, né, tanto meno, il regime degli stati emotivi o passionali, di cui all'art. 90 c.p.

Come affermato dalla Sezioni Unite "Raso", infatti, «i disturbi della personalità, come in genere quelli da nevrosi e psicopatie, quand'anche non inquadrabili nelle figure tipiche della nosografia clinica iscrivibili al più ristretto novero delle "malattie" mentali,

¹¹⁹ Sebbene le dipendenze comportamentali presentino caratteri simili a quelle da sostanza, la giurisprudenza tende a negare l'equiparazione tra le due categorie. Sul punto si rimanda a S. ARCIERI, *La dipendenza è una malattia del cervello?*, in *Dir. pen. e uomo*, 2020, n. 9, p. 31. Se ne discute in relazione alla ludopatia in D. PIVA, *La ludopatia da realtà diagnosticabile a realtà giudicabile*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2021, n. 1, pp. 165 e ss.; M. BERTOLINO, *L'imputabilità secondo il codice penale. Dal codice rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza, commissioni a confronto*, in questa *Rivista*, febbraio 2020, p. 19.

¹²⁰ Così: Cass. Pen., Sez. Un. "Raso", 25/01/2005, (ud. 25/01/2005, dep. 08/03/2005), n. 9163, § 5.1, reperibile anche in *Cass. pen.*, 2005, n. 6, pp. 1851 e ss. con nota di G. FIDELBO, *Le Sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, cit., pp. 1873 e ss. In senso concorde cfr. Daniele Piva, in *Le componenti impulsive della condotta*, cit., pp. 97-98, il quale sostiene che le componenti impulsive possano assurgere a parametro "definitorio" dello stesso art. 85 c.p. in rapporto alla capacità di volere.

¹²¹ A tal proposito, cfr. P. GALDIERI, *Il diritto penale dell'informatica*, cit., p. 288, secondo il quale: «Si può già allo stato affermare che, proprio in considerazione dei recenti studi, sia necessario verificare caso per caso se l'uso delle tecnologie determini un vizio suscettibile di valutazione giuridica».

possono costituire anch'esse "infermità", anche transeunte, rilevante ai fini degli artt. 88 e 89 c.p., ove determinino lo stesso risultato di pregiudicare, totalmente o grandemente, le capacità intellettive e volitive. Deve, perciò, trattarsi di un disturbo idoneo a determinare (e che abbia, in effetti, determinato) una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile (totalmente o in grave misura), che, incolpevolmente, rende l'agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti, e conseguentemente indirizzarli, di percepire il disvalore sociale del fatto, di autonomamente, liberamente, autodeterminarsi»¹²².

Pur non disponendo di rigide e predeterminate categorie nosografiche¹²³, la letteratura scientifica che analizza le caratteristiche, l'eziologia e il trattamento delle IRP, appare oramai cospicua ed è possibile ravvisare un generalizzato apprezzamento medico-diagnostico del fenomeno entro le categorie della dipendenza o del comportamento compulsivo. Qualora un esperto, intervenuto nel giudizio ai sensi dell'art. 220 c.p.p., riconducesse il fatto concreto entro quelle dinamiche, accertando un nesso eziologico tra la psicopatologia correlata al *cybersex* e/o alla pornografia e il reato cibernetico sessualmente connotato, il giudice potrebbe certamente utilizzare questo contributo conoscitivo per orientare la propria decisione. Non è da escludersi che l'esistenza della psicopatologia in esame possa costituire un fattore causale o concausale rispetto alla commissione di reati posti in essere anche al di fuori della Rete, con modalità "tradizionali"¹²⁴. Tuttavia, tale nesso di interdipendenza fra reato e disturbo mentale è più evidente quando l'oggetto della dipendenza e quello del reato coincidono, come, appunto, nel caso del dipendente da pornografia che tiene una condotta criminosa al fine di reperire materiale pornografico.

Nei casi in cui la "dipendenza da pornografia" si intreccia con il disturbo parafiliaco, il nesso di condizionamento tra psicopatologia e commissione di reati assume profili ancor più critici. Per quanto riguarda la pornografia non consensuale raffigurante adulti, l'offesa ai beni giuridici dipende dall'assunzione di particolari modalità aggressive che, pur essendo determinate o stimulate dalla "malattia" mentale, costituiscono epifenomeni solo eventuali: non ogni porno-dipendente commette reati

¹²² Sez. Un. "Raso", § 15.0.

¹²³ Come si diceva poc'anzi, il noto DSM-V non contiene alcun riferimento al fenomeno. Diversamente, il *cybersex* e la visione di pornografia, secondo l'ICD-11, potrebbero rappresentare manifestazioni di un "comportamento sessuale compulsivo". Sulla collocazione nosografica della "dipendenza da pornografia", si veda anche AA.VV., *Which conditions should be considered as disorders in the International Classification of Diseases (ICD-11) designation of "other specified disorders due to addictive behaviors"?*, in *Journal of Behavioral Addictions*, 2022, vol. 11, n. 2, in particolare p. 153, secondo i quali il *Pornography-use disorder* dovrebbe essere incluso nella categoria "other specified disorders due to addictive behaviors" (codice: 6C5Y). In ogni caso, rilevano gli Autori, il disturbo correlato alla visione di pornografia potrebbe al momento essere diagnosticato come "compulsive sexual behaviour disorder", seppure la diagnosi di "dipendenza" sarebbe meglio adeguata a chi soffre solamente di un impulso a vedere pornografia (spesso accompagnata da stimolazione autoerotica, ma senza altri comportamenti compulsivi).

¹²⁴ È il caso, non infrequente, del ludopatico che ponga in essere reati patrimoniali per procacciarsi denaro e poter giocare *online*. Sugli orientamenti giurisprudenziali circa il trattamento riservato al ludopatico che commette reati per assecondare il vizio, si rimanda a D. PIVA, *La ludopatia da realtà diagnosticabile a realtà giudicabile*, cit., pp. 165 e ss.

per ottenere materiale erotico da altri soggetti. Rispetto, invece, alla pornografia minorile, possono anche rilevare condotte che rientrano, da un punto di vista medico, nella stessa sintomatologia del disturbo. Si pensi, ad esempio, all’acquisto, la detenzione, la visualizzazione intenzionale di pornografia minorile di cui all’art. 600-*quater* c.p.: in tali casi, l’agire criminoso coincide con gli stessi comportamenti che causano e alimentano la dipendenza. Punire il *retomane* per aver acquistato *online* e aver fatto uso del materiale pornografico di cui è dipendente sarebbe, quindi, come punire il tossicodipendente per l’uso personale della sostanza drogante¹²⁵.

Occorre ammettere, tuttavia, che in assenza di un inquadramento nosografico ancora definito dell’utilizzo patologico di pornografia (come dipendenza o disturbo compulsivo) e di una legge scientifica chiara, tale da ricondurre questa psicopatologia entro il quadro del vizio di mente, appare poco probabile che in sede processuale il giudice faccia valere l’inimputabilità, totale o parziale, del porno-dipendente. Rimarrebbe, ciò nonostante, possibile dare rilevanza agli effetti patologici connessi all’abuso o uso compulsivo di pornografia digitale sul piano dell’effettiva capacità dell’autore del reato di autodeterminarsi e agire diversamente¹²⁶. L’inesigibilità, «principio immanente al sistema penale»¹²⁷ che integra il giudizio di colpevolezza¹²⁸, costituisce infatti il terreno elettivo in cui dare riscontro «alle caratteristiche personologiche del soggetto» e a quelle «situazioni di fatto eccezionali che condizionano»¹²⁹ l’agire criminoso e la capacità del soggetto agente di rispettare le regole di condotta imposte dall’ordinamento¹³⁰.

¹²⁵ Il problema rischia, tuttavia, di essere aggirato, laddove si sostenga che il *retomane* – pur esente da pena rispetto ai fatti di acquisto, detenzione, accesso di materiale pedopornografico eziologicamente determinati dal disturbo – sarebbe comunque punibile ex art. 600-*quater* c.p. per l’utilizzo di immagini e rappresentazioni pedo-pornografiche che, collocandosi temporalmente in una fase anteriore allo sviluppo della dipendenza o della stessa parafilia, ne hanno poi determinato l’insorgere. Si sostiene, infatti, che l’impulso irresistibile esclude un *deficit* di colpevolezza laddove l’agente non «abbia colpevolmente dato causa alla sua insorgenza o non ne abbia potuto prevedere *ex ante* gli effetti» (D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., p. 399).

¹²⁶ In modo analogo, D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., p. 108, sostiene che gli stati emotivi e passionali, irrilevanti ai fini della imputabilità, potrebbero – invece – rilevare nell’ambito dell’art. 42 c.p., come causa di esclusione della colpevolezza: «Una menomazione dei freni inibitori innescata da uno stato emotivo o passionale che determini in concreto il sopravvento di componenti meramente impulsive potrebbe incidere sul disvalore soggettivo del reato, a prescindere dai profili di imputabilità: in altri termini, una situazione psicologicamente anomala può incidere sul giudizio di colpevolezza sotto forma di inesigibilità o ridotta esigibilità del comportamento doveroso».

¹²⁷ Il riferimento è alle note Sezioni Unite “Fiavola”: 26/11/2020 (dep. 16/03/2021), n. 10381, Pres. Cassano, rel. Fidelbo, ric. Fiavola.

¹²⁸ Cfr. D. FALCINELLI, *Elogio dell’inesigibilità. Le scusanti come metodo di scrittura costituzionale dell’illecito penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, n. 3, p. 905.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Rimane fermo – è il caso specificare – che l’accertamento del disturbo non coincide con la prova dell’inimputabilità, occorrendo pur sempre verificare che l’impulso derivante dalla patologia fosse nel concreto non dominabile. Sul tema si rimanda a D.S. SIDHU, *Criminal law & addiction*, in *North Carolina Law Review*, 2021, vol. 99, n. 4, in particolare p. 1124, ove viene richiamata la sentenza *United States v. Black*, 116 F.3d 198, 201 (7th Cir. 1997), con la quale la Corte americana ha escluso che la prova circa il disturbo parafiliaco dell’imputato escluda, per ciò solo, la “capacità di volere” rispetto alla commissione di reati di pornografia minorile.

Ove non si facessero valere la inimputabilità e la inesigibilità, come ultima istanza il giudice potrebbe rilevare condizionamenti psicopatologici nell'agire del reo, pur senza un riscontro medico-diagnostico della dipendenza da pornografia, ai fini delle più eque scelte sanzionatorie. L'esistenza di un disturbo correlato alla pornografia potrebbe, dunque, quantomeno proporsi nell'ambito delle circostanze attenuanti¹³¹ o in quello dei criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p.¹³².

Laddove sia emerso, in sede processuale, un procedimento motivazionale alterato, dovuto all'insorgenza di un disturbo correlato alla visione di pornografia, il giudizio penale potrebbe rappresentare l'opportunità, per l'autore di reato, per prendere contezza del proprio disturbo e, mediante la pena, reintrodursi nella società¹³³. Specialmente nei confronti di chi, prima d'esser carnefice, è vittima di sé stesso e dei propri impulsi, è bene riaffermare la validità di quegli strumenti sanzionatori che tendono efficacemente alla reintegrazione e al recupero del condannato.

Di qui la necessità di adottare modelli e strumenti sanzionatori alternativi al carcere¹³⁴, come, ad esempio, la volontaria sottoposizione a percorsi progettati per il recupero dei soggetti dipendenti da pornografia. Anche in assenza di un inquadramento nosografico definitivo della psicopatologia correlata al *cybersex* e/o alla pornografia, sarebbe, infatti, possibile predisporre percorsi di questo tipo, visto che nei giudizi che riguardano gli *Image-based sexual abuse*, abbia influito o meno la sussistenza di un disturbo comportamentale, rileva sempre un utilizzo distorto di pornografia, vuoi perché è stata carpita con coercizione o decessione della vittima, vuoi perché raffigura soggetti minorenni.

Del resto, programmi simili sono già previsti in caso di condanna per reati a sfondo sessuale, sia dal codice, per l'applicazione della sospensione condizionale, sia dalle norme sull'ordinamento penitenziario, per l'accesso ai benefici penitenziari¹³⁵. Si tratterebbe, quindi, di estendere il "trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno" anche al condannato che manifesta i segni di un disturbo correlato alla pornografia, per consentirgli di beneficiare della sospensione condizionale, ottenere benefici penitenziari se detenuto, e, soprattutto, per chiedere una pena sostitutiva, tra le cui prescrizioni obbligatorie (per questa categoria di reati) potrebbe prevedersi

¹³¹ In eventuale equivalenza o prevalenza di altre circostanze aggravanti, come quella per ingente quantità prevista dall'art. 600-*quater* c.p., circostanza che – invece di aggravare il fatto – potrebbe essere riconosciuta come un'evidenza della dipendenza da materiale pornografico.

¹³² Si rimanda, sul punto, a D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, in particolare pp. 341 e ss.

¹³³ Perché si dia davvero quello che il Carrara definiva l'obiettivo della "scienza criminale": «Sottrarre l'uomo alla tirannia degli altri, di aiutarlo a sottrarsi dalla tirannia di sé stesso e delle proprie passioni». F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. I., VI ed., 1897, p. 11.

¹³⁴ Si condivide quanto osservato in M. BOTTO, *Le molestie sessuali "dentro" e "fuori" dal confine dell'art. 609 bis c.p.*, p. 54: «L'ambito delle molestie sessuali si pone come un terreno in cui il paradigma della giustizia riparativa potrebbe forse sortire effetti addirittura migliori rispetto a quello penal-punitivo classico, considerata la natura socio-culturale di tali comportamenti e il fatto che soventemente si assiste ad una diversa percezione della portata offensiva della condotta da parte dell'autore e della vittima».

¹³⁵ Vi è però una differenza. Mentre il combinato disposto degli artt. 13-*bis* e 4-*bis*, c. 1-*quinqüies*, l. 354/1975 comprende sia i reati di cui agli artt. 609-*bis* e ss. che quelli di cui agli artt. 600-*ter* e ss., l'art. 165, c. 5, c.p. non include i reati di pedopornografia.

l'attuazione di un percorso di ripresa. In tal modo, quel nesso di condizionamento tra patologia e reati di pornografia, che in sede di cognizione l'ordinamento ha ignorato per non avere – esso – incidenza sulla capacità di intendere e di volere, potrebbe in *extremis* rilevare ai fini del recupero del reo.

4.3. La politica criminale nel contrasto agli Image-based sexual abuse.

Si è detto in precedenza che il mito della neutralità dell'Internet e delle ICT impedisce di riconoscere seriamente la loro incidenza sul fatto criminoso e non consente, in conseguenza, l'adozione di una strategia preventiva specificamente diretta al fenomeno dell'*Image-based sexual abuse*. Ignorando l'esistenza di fattori che determinano o, comunque, agevolano l'assunzione di comportamenti devianti *online*, il *sex offender* diviene il "mostro" di turno, il nemico¹³⁶ da reprimere e neutralizzare¹³⁷. Sembra, infatti, radicata una logica espiatoria¹³⁸, secondo la quale basta isolare l'autore di reato per epurare la società dal male che opera in essa. Additare il pedo-pornografo, il pedofilo, il molestatore sessuale come i "responsabili del male *tout court*"¹³⁹ e gridare al successo ad ogni condanna (perché si è retribuito il criminale per il male commesso¹⁴⁰) non fa altro, però, che anestetizzare la società «da qualsiasi interrogativo sulle precondizioni della criminalità (e, dunque, sulle esigenze della prevenzione primaria), come pure sui criteri di risposta al reato davvero in grado di produrre effetti stabili nel tempo circa la prevenzione generale»¹⁴¹. L'aumento dei tassi criminosi e l'evidente fallimento di una strategia preventiva incentrata, solo, sulla minaccia di pena¹⁴² e sulla neutralizzazione

¹³⁶ Si ravvisano, infatti, tutti quegli elementi di un diritto penale del nemico indicati da M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 2, pp. 735 e ss.

¹³⁷ Cfr. sul punto A.M. RUGGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, n. 2, pp. 908 e ss.

¹³⁸ Cfr. E. NAEGELI, *Il male e il diritto penale*, in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, 1989, pp. 57 ss.; R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, n. 1, pp. 101 e ss.; nonché i contributi presenti in G. FORTI - C. MAZZUCATO - A. PROVERA - A. VISCONTI (a cura di), *L'ombra delle "colonne infami". La letteratura e l'ingiustizia del capro espiatorio*, Vita e Pensiero, 2022.

¹³⁹ Cfr. L. EUSEBI, *Pena e perdono*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, n. 3, p. 1147.

¹⁴⁰ Ristabilendo, in sostanza, la giustizia mediante la legge del taglione. Sul superamento di questa impostazione kantiana si rimanda, *ex multis*, a M. DONINI, *Responsabilità-e pena da Kant a Nietzsche la decostruzione del rimprovero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, n. 4, pp. 1699 e ss. Circa la proposta di limitare quegli strumenti repressivi che, invece di promuovere la riparazione degli effetti del reato, moltiplicano la sofferenza, aggiungendo male al male, cfr. ID., *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, n. 6, pp. 2027 e ss.; ID., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, n. 3, pp. 1162 e ss.; ID., [Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio](#), in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 2, pp. 236 e ss.

¹⁴¹ L. EUSEBI, *Pena e perdono*, cit., p. 1146; ID., *Prevenzione e garanzie*, cit., p. 287.

¹⁴² Sarebbe, infatti, ravvisabile uno stretto legame tra inefficacia deterrente della pena ed il proliferare dei *cybercrimes*. Il sostanziale anonimato in Rete e le caratteristiche dell'Internet renderebbero remota l'ipotesi di una sanzione penale, così favorendo l'assunzione di comportamenti criminosi nella logica di un bilanciamento economico tra costi e benefici. Cfr. A. BOSSLER, *Contributions of criminological theory to the*

dei condannati, dovrebbero persuadere il legislatore ad individuare il fulcro della politica criminale non nell'utilizzo del diritto penale, quanto piuttosto «nell'agire sui presupposti di ordine economico, culturale, psicopatologico e sociale che fungono da elementi facilitatori»¹⁴³ delle condotte criminose.

Per contrastare efficacemente la commissione dei reati di pornografia, connotati da forte impulsività e che potrebbero, tra l'altro, costituire l'epifania di un disturbo psicopatologico (del tipo di una patologia correlata al *cybersex* e/o alla pornografia), occorre necessariamente interessarsi della loro criminogenesi. Ciò implica, inevitabilmente, fare i conti con il dilagare di una concezione permissiva e consumistica della sessualità¹⁴⁴ e, più nello specifico, assumere un atteggiamento meno lassista nei confronti del consumo di pornografia digitale, tale che non se ne minimizzino gli effetti né vi si rassegni.

Acquisito, infatti, che l'abuso di pornografia digitale, anche solo "generica", potrebbe avere effetti criminogenetici rispetto alla commissione di reati a sfondo sessuale (cibernetici o meno) e stabilito che il fulcro della politica criminale dovrebbe essere l'intervento sui fattori criminogenetici, si deduce, nel rigore del sillogismo, che la prevenzione primaria dovrebbe rivolgersi all'uso e/o abuso della pornografia digitale¹⁴⁵.

understanding of cybercrime offending and victimization, in R. LEUKFELDT - T.J. HOLT (a cura di), *The human factor of cybercrime*, cit., p. 29; G. FIORINELLI, *La violenza mediata dalla tecnologia*, cit., in particolare p. 64 e ss.

¹⁴³ L. EUSEBI, *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini*, in *CRIMINALIA*, 2015, p. 471. Sull'esigenza di intervenire soprattutto sui fattori criminogenetici, si veda, *ex multis*: ID., *Crisi del sistema di giustizia penale e percorsi di riforma. Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Democrazia e diritto*, 2000, fasc. 2, pp. 114 e ss.; ID., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?: sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, n. 1, pp. 76 e ss.; ID., *"Gestire" il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena "ritorsione"*, in C. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G. GATTA, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, pp. 223-250. Sul punto, si ritiene utile il richiamo al contenuto e ai riferimenti bibliografici presenti in M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 86, nota 27.

¹⁴⁴ Si rimanda sul punto a E. LAMBIASE, *Pornografia online*, p. 26.

¹⁴⁵ L'argomento è stato profusamente trattato anche da Giovanni Fiandaca, in *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, CEDAM, 1984. In quella monografia, l'Autore aveva respinto l'idea di una possibile interdipendenza tra fruizione di materiale pornografico, o pubblica dissolutezza, e proliferazione della criminalità (si veda in particolare pp. 116 e ss.). Ciò, in particolare, al fine di escludere la "dannosità sociale" della pornografia e, conseguentemente, l'opportunità di una tutela del «buon costume», inteso come bene strumentale alla salvaguardia di beni finali. Tale tesi, a nostro parere, non sembra oggi più sostenibile, avendo perso valore, nel tempo, la base scientifica sulla quale poggiava l'impianto argomentativo. A tal proposito occorre osservare, in primo luogo, che sarebbe mutato il fenomeno di riferimento: come abbiamo visto la pornografia digitale presenta caratteristiche peculiari, non equiparabili a quelle del materiale erotico "tradizionale" (in uso al tempo della monografia). In secondo luogo, la letteratura scientifica ha negli anni evidenziato uno stretto legame tra pornografia e comportamenti devianti, tra i quali anche di rilevanza penale (d'altronde – come lo stesso Autore lamentava – nel 1984 gli studi sul tema erano ancora pochi). Lo stesso «rapporto Nixon», commissionato dal governo americano e citato da Fiandaca (a p. 122 e ss.) a sostegno della propria tesi, fu succeduto nel 1986 da un secondo rapporto sotto la presidenza Reagan, il «Meese report», che giungeva a conclusioni diametralmente opposte e contrarie a quelle indicate nel «rapporto Nixon», valorizzando quindi l'idea di una eziologia, prima confutata, tra pornografia e criminalità.

Occorre, dunque, ipotizzare una serie di interventi di prevenzione primaria, da articolarsi necessariamente su più piani: quello educativo-culturale e politico-sociale e quello coinvolgente i settori dell'ordinamento, diversi dal penale, che individuano norme giuridiche specificamente orientate a ostacolare l'operatività dei menzionati fattori criminogenetici¹⁴⁶.

È chiaro che la messa al bando di ogni rappresentazione pornografica scadrebbe in un paternalismo giuridico eccessivo e anacronistico. Essere contro l'abuso di pornografia non vuol dire però, per ciò solo, farsi promotori di una morale ultrafemminista, paternalista o censoria: «Si può coerentemente essere, ad esempio, sia anti-censura che anti-pornografia, ritenendo che i mali della pornografia non possano essere risolti attraverso una (controproducente) censura istituzionale, ma solo attraverso una più diffusa pubblica presa di coscienza dei suoi meccanismi e presupposti»¹⁴⁷. Del resto, nella costanza di un generalizzato disinteresse riguardo agli effetti negativi della pornografia si assiste alla proliferazione di materiale pornografico¹⁴⁸, ad un abbassamento nella soglia d'età rispetto alla prima esposizione (si ritiene, attualmente, che il 30% dei minori tra 11 e 12 anni faccia già uso di pornografia *online*¹⁴⁹) e ad una vera e propria sponsorizzazione dei contenuti pornografici (si pensi, ad esempio, alla liberalizzazione dei contenuti da parte di uno dei siti pornografici più visualizzati al mondo, *PornHub*, che durante i mesi più duri di *lockdown*, nella primavera del 2020, aveva reso gratuito l'abbonamento *premium*, con grande eco da parte dei mass media).

Appare necessario, allora, in primo luogo, promuovere una diffusa e corretta informazione in merito alle possibili conseguenze negative della pornografia (in particolare, riguardo alle sue potenzialità psicopatologiche¹⁵⁰); alla dannosità di

¹⁴⁶ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, n. 4, p. 1164.

¹⁴⁷ A. VERZA, *Amico porno, nemica pornografia: la tattica dell'arrocco*, in *Ragion pratica*, vol. 2, dicembre 2005, p. 548. Cfr. anche ID, *Il dominio pornografico*, in particolare pp. 59, 134, 204 e ss.

¹⁴⁸ Secondo il *Financial Times* la soc. "MindGeek", a lungo proprietaria di alcuni dei siti pornografici più visualizzati (ossia *PornHub*, *Youporn* e *Redtube*), nel 2018 avrebbe registrato più di 460 milioni di dollari di ricavi, con oltre 115 milioni di visitatori ogni giorno. Si stima, inoltre, che sui *Web-server* della società verrebbero caricati circa 15 terabytes di video pornografici al giorno, ossia quasi la metà del totale di contenuti presenti su Netflix (cfr. P. NILSSON, *MindGeek: the secretive owner of Pornhub and RedTube*, in *Financial Time*, London, 17 dicembre 2020, reperibile *online* alla URL: «<https://www.ft.com/content/b50dc0a4-54a3-4ef6-88e0-3187511a67a2>» - consultato il 10/05/2022). Secondo, invece, il rapporto Censis-Bayer del 2019 "sui nuovi comportamenti sessuali degli italiani", «il 61,2% dei 18-40enni (dato che diventa il 68,3% tra i 18-25enni) guarda video porno da solo; il 25,2% dei 18-40enni e il 20,2% dei più giovani li guarda in coppia» (reperibile sul sito: «www.censis.it» - consultato il 23/01/2023).

¹⁴⁹ Cfr. S. MEDETTI, *La pornografia fa scuola tra gli adolescenti. Come impedire che la prendano a modello*, sul quotidiano *La Repubblica*, 29 marzo 2022, reperito *online* alla URL: «https://www.repubblica.it/moda-e-beauty/2022/03/29/news/pornografia_adolescenti_parenting-339694662/» (consultato il 9/09/2022).

¹⁵⁰ In questo senso si esprime anche A. MINUTILLO - P. BERRETTA, *Prevenzione della dipendenza da Internet*, in *Dipendenze da Internet - Rapporto ISTISAN 22/5*, cit., p. 47: «C'è un urgente bisogno di introdurre e implementare nuovi programmi per diverse popolazioni a rischio, condurre ricerche ben progettate e pubblicare dati di efficacia. Lo sviluppo di interventi di prevenzione dovrebbe mirare principalmente ai bambini e adolescenti a rischio di dipendenza da Internet ma anche genitori, insegnanti, coetanei e altri che fanno parte del percorso formativo e dell'ambiente di bambini e adolescenti a rischio di dipendenza da

un'esposizione precoce alla pornografia e ai rischi connessi allo sviluppo psico-fisico dei minori; all'esistenza di percorsi terapeutici tesi al recupero dei soggetti porno-dipendenti; ai rischi di vittimizzazione legati al *sexting* (ad esempio, quello di subire *sextortions* se si diffonde materiale pornografico autoprodotta o se si condividono informazioni riservate¹⁵¹). L'avvio di campagne educativo-informative, sulla falsa riga di quelle adottate per contrastare il fumo e l'uso di alcool, sarebbe d'incentivo per i consociati a ponderare spontaneamente l'utilizzo della pornografia e a valutare la necessità di una limitazione per sé stessi e/o per la prole.

Assolto questo primo intervento, sarebbe opportuno discutere sulla necessità, in ambito normativo extra-penale, di adottare specifici accorgimenti, come: limitare o meno la diffusione di particolari contenuti pornografici *online* (potrebbe essere il caso della pornografia "estrema", secondo la descrizione della normativa inglese); responsabilizzare gli *Internet Service Provider* (ISP) passivi e i gestori dei siti *Web* rispetto alla pubblicazione di materiale pornografico illecito; imporre a tali soggetti di implementare le misure restrittive d'accesso, così escludendo (o per lo meno riducendo) l'utilizzo di materiale pornografico digitale da parte dei minorenni.

A tal proposito, può certo apprezzarsi, come esempio virtuoso di prevenzione primaria, l'introduzione dell'art. 7-bis nella lg. n. 70 del 25 giugno 2020, ove si prevede la realizzazione di sistemi di protezione dei minori, il cd. *parental control*, in grado di filtrare "nomi a dominio o sottodomini" collegati a contenuti inappropriati (violenza, pornografia, gioco d'azzardo, acquisti, *etc.*), e la loro pre-attivazione obbligatoria da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica¹⁵², così favorendosi l'espulsione dei minori da circuiti per essi patologici, disturbanti, nonché a rischio di vittimizzazione. Questo intervento mostra l'esigenza e, al contempo, la fattibilità di azioni sinergiche con la società civile (soprattutto con gli ISP, attivi e passivi) per l'adozione di misure preventive e una gestione del fatto criminoso che non si limiti al diritto penale.

La questione circa la necessità o meno di limitare l'utilizzo della pornografia sembrerebbe porsi, oggi, nei termini di una tutela della salute e della sicurezza pubblica o di tutela anticipata circa beni individuali (e non, quindi, meta-individuali, quali la moralità collettiva e/o il pudore pubblico). Nell'ottica di una finalità preventiva rispetto a sviluppi psicopatologici e delinquenziali, la limitazione dei contenuti sembrerebbe del tutto scevra da condizionamenti moralizzanti e censorii e non comporterebbe la

Internet».

¹⁵¹ C'è chi, considerando lo scambio di immagini erotiche via ICT quale parte integrante dello sviluppo sessuale della persona, si dice contrario a tale strategia preventiva. Si sostiene, infatti, che consigliare alle donne «di non scattare selfies erotici sarebbe come dire loro di non frequentare nessuno se non vogliono essere vittime di violenze sessuali» (nostra traduzione di A. POWELL - A. FLYNN - N. HENRY, *Sexual violence in digital society*, cit., p. 146). Per le stesse ragioni, A.M. DOBSON, *Sexting in context*, cit., p. 89, ritiene che non si dovrebbe educare all'astinenza, bensì, piuttosto, alla minimizzazione delle offese.

¹⁵² Per un'analisi dettagliata delle misure che dovrebbero essere adottate dagli ISP, si rimanda alle recenti linee-guida "finalizzate all'attuazione dell'articolo 7-bis del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 in materia di "sistemi di protezione dei minori dai rischi del cyberspazio", approvate con delibera dell'AGCOM il 25 gennaio 2023.

promozione di una «morale di Stato», estranea al corpo sociale e «priva di legittimazione in uno Stato democratico»¹⁵³.

A nostro avviso, il riconoscimento dell'efficacia psicopatologica e criminologica della pornografia digitale non ne giustificherebbe comunque la criminalizzazione¹⁵⁴, neppure nella forma di pornografia violenta, come, invece, avviene in altri ordinamenti (ad esempio in Germania¹⁵⁵ o nel Regno Unito, ove il Parlamento inglese, sulla base di un *report* governativo che evidenziava la pericolosità della pornografia "estrema", ne ha sancita l'illiceità penale, introducendo il reato di detenzione di immagini pornografiche estreme¹⁵⁶).

È pur vero che ad essere in pericolo sarebbero beni giuridici di rilievo¹⁵⁷ (attinenti all'integrità fisica della persona, alla sua autodeterminazione sessuale, allo sviluppo psico-fisico dei minori), non riferibili ad una specifica visione culturale o morale; tuttavia, il rango primario di tali beni non obbliga il legislatore ad adottare un sistema di prevenzione penale tanto anticipata. Parrebbe, dunque, opportuno non anticipare ulteriormente la tutela penale sino a comprendervi anche la sola fruizione di materiale pornografico violento, bestiale, altamente riprovevole, ma piuttosto – ferma l'esigenza di vietarne la diffusione – limitarsi a misure di contenimento del materiale, mediante la celere rimozione e la responsabilizzazione dei fornitori, facendo ricorso, per questi ultimi, a illeciti e sanzioni di natura extra-penale per la violazione di obblighi loro imposti.

Anche la predisposizione di programmi terapeutici per il sostegno e il recupero dei soggetti affetti da un disturbo correlato alla pornografia, che – come si diceva – potrebbero essere previsti in parallelo all'esecuzione della pena detentiva, sostitutiva o sospesa, risponderebbe ad un'esigenza di prevenzione. Se davvero il porno-dipendente dispone di una libertà di autocontrollo e di autodeterminazione minorate, la pena

¹⁵³ G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, cit., p. 81.

¹⁵⁴ Non possiamo dimenticare, a tal proposito, il monito del Beccaria: «Il proibire una moltitudine di azioni indifferenti non è prevenire i delitti che ne possono nascere, ma egli è un crearne dei nuovi, egli è un definire a piacere la virtù ed il vizio, che ci vengono predicati eterni ed immutabili. *A che saremmo ridotti, se ci dovesse essere vietato tutto ciò che può indurci a delitto? Bisognerebbe privare l'uomo dell'uso dei suoi sensi*». C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, §XLI (A. BURGIO, a cura di), Feltrinelli, 2016, p. 108 (corsivi nostri).

¹⁵⁵ Il codice penale tedesco (cfr. §184a "Verbreitung gewalt - oder tierpornographischer Inhalte") circoscrive la rilevanza penale della pornografia violenta o raffigurante scene sessuali con animali alle condotte di sua cessione, diffusione, pubblicazione *etc.*, escludendo – quindi – la mera detenzione.

¹⁵⁶ Il *report* governativo è stato qui citato in precedenza alla nota n. 76. La norma è prevista dal *Criminal Justice and Immigration Act* del 2008, agli artt. 63 e ss. Il testo, oltre a descrivere la condotta di detenzione di materiale pornografico estremo, contiene anche una definizione dei concetti, quali "immagine pornografica" ed "estrema". Per quanto riguarda la concreta applicazione della norma, si rimanda a E. RACKLEY - C. MCGLYNN, *Prosecuting the Possession of Extreme Pornography: A Misunderstood and Mis-used Law*, in *Criminal Law Review*, 2013, pp. 400 e ss. Oltre il possesso di materiale pornografico estremo è perseguibile anche la diffusione, mediante pubblicazione, del materiale, facendo applicazione però dell'*Obscene Publications Act* 1959.

¹⁵⁷ La considerazione del rango dei beni giuridici potrebbe, in astratto, giustificare il divieto *tout court* della pornografia. Cfr., ad esempio, M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *CRIMINALIA*, 2011, pp. 39-40, a proposito del materiale pornografico, «la cui circolazione tra adulti è oggi essenzialmente non punita, ma che potrebbe esserlo un giorno se si constatasse che il consumo di pornografia o di alcune sue forme porta ad un considerevole aumento di delitti sessuali».

avrebbe ben poca efficacia dissuasiva rispetto al pericolo di recidiva. Al contrario, il recupero del condannato mediante la volontaria sottoposizione a programmi psicologici, in quanto finalizzato a incidere sulle condizioni personali che favoriscono la tenuta dei comportamenti devianti, sarebbe più adeguato a prevenirne la reiterazione.

5. Conclusioni.

La trasformazione dell'esperienza sessuale da fisica a tecno-mediata ha determinato l'insorgere di fenomeni criminosi nuovi, non più legati al coinvolgimento invasivo della corporeità altrui, bensì incentrati sull'immagine erotica. L'analisi fenomenologica dell'*Image-based sexual abuse* evidenzia l'intersecarsi di fattori umani, sociali e tecnologici che non si riscontrano al di fuori della Rete e che mutano la tipologia criminosa, modificando il disvalore oggettivo dei fatti illeciti posti in essere, coinvolgendo più beni giuridici e/o alterandone il grado delle offese.

La tecno-mediazione delle relazioni apre, dunque, nuovi scenari nel panorama dei delitti sessuali, mettendo in crisi il sistema di norme incriminatrici vigente, al cui interno il fenomeno dell'*Image-based sexual abuse* trova difficile collocazione. Nell'illusione che l'impiego di strumenti informatici costituisca una semplice alternativa nelle modalità di condotta, si assiste, infatti, ad applicazioni estensive di reati (per esempio della violenza sessuale e della pornografia minorile) che, in base alla semplice formulazione letterale, sembrerebbero invece presupporre un contatto diretto tra vittima e reo. Lo sforzo della giurisprudenza di reinterpretare, nel solco di un loro aggiornamento in chiave tecnologica, le fattispecie esistenti forza, quindi, la legalità penale e finisce per equiparare tra loro, a danno del *fair labelling* e della frammentarietà del diritto penale, specie socio-criminologiche eterogenee.

L'orientamento giurisprudenziale si evolve, del resto, nella complicità di un legislatore troppo indifferente alla criminogenesi dei comportamenti devianti *online* e che si serve del mito della neutralità dell'Internet e delle ICT per ridurre il fenomeno criminoso a fatto personale del reo, a sue anomalie, e per astenersi, in tal modo, dall'intervento su quelle circostanze che alimentano e favoriscono la criminalità. Indagando sui fattori criminogenetici ci si accorge, infatti, che alla base dell'agire criminale si intersecano il potere seduttivo della Rete, la sua efficacia disinibente, l'impulso sessuale, in molti casi correlato a disturbi che ne ostacolano il controllo, quale – ad esempio – l'uso patologico della pornografia digitale.

Nell'indagine sulla fenomenologia dei reati sessuali cibernetici appare, allora, essenziale approfondire il rapporto tra uomo e immagine pornografica, che può venire a costituire, al contempo, materiale patologizzante e oggetto della condotta criminosa. Tale approfondimento, infatti, potrebbe evidenziare un nesso di condizionamento tra commissione di reati e impulsi derivanti da un disturbo riconducibile al tipo della psicopatologia correlata al *cybersex* e/o alla pornografia, con importanti ricadute, *a valle*, in termini di colpevolezza del reo; mentre, *a monte*, potrebbe incentivare il legislatore ad intervenire in termini di prevenzione primaria.

Si comprende, allora, che il vero fulcro della politica criminale nel contrasto all'*Image-based sexual abuse* non dovrebbe essere il ricorso allo strumento penale, che – in ogni caso – dovrebbe essere aggiornato, bensì l'intervento sulle condizioni e sui fattori che generano e alimentano la tenuta dei comportamenti devianti *online*. Perché vi sia prevenzione del fenomeno criminoso occorre impegnarsi a ripristinare il «primario sistema di controllo socio-culturale della criminalità. Incentrato sui “valori”, che sono agli antipodi dei “disvalori” criminogeni mitizzati dalla pseudocultura dominante [...]». Operazione che presuppone una profonda *inversione culturale* delle coscienze, assai improbabile finché persiste la nichilistica inappetenza per ogni sistema di valori liberatori e l'appetito per i disvalori schiavizzanti»¹⁵⁸.

Interventi politici e di promozione sociale volti a contrastare i reati di pornografia “illecita” non sono certo facili. Essi si scontrano con una “non volontà” di fare prevenzione primaria, la quale «ha il difetto di incidere sugli interessi economici di molti e su egoismi diffusi [si pensi, nel nostro caso, all'esigenza di incidere su un mercato, quale quello della pornografia *online*, capace di produrre incalcolabili ricavi] e, per questo, non produce facilmente consenso politico»¹⁵⁹.

Una società che si orienti alla prevenzione della criminalità sessualmente orientata dovrebbe fare i conti con la sponsorizzazione culturale di immagini erotiche oggettivanti, con la promozione di una concezione permissiva e consumeristica della sessualità¹⁶⁰, incentrata sull'appagamento sessuale a tutti i costi, senza affettività e senza rispetto dell'altro: affinché non accada che, in sede di condanna, venga imputato al reo di aver aderito a quello stesso modello comportamentale che la società gli propone¹⁶¹. D'altra parte, solo se si assume un atteggiamento critico nei propri confronti e si riconosce che la diffusione e la promozione di contenuti pornografici è correlata a rischi psicopatologici e (indirettamente anche) criminologici, così ammettendo un profilo di corresponsabilità sociale rispetto alla genesi criminale (data la continua sponsorizzazione di quei contenuti), sarà possibile, poi, sottoporsi ai sacrifici necessari a delimitare il fenomeno criminoso, sostenendo i costi per gli interventi di prevenzione primaria¹⁶².

¹⁵⁸ F. MANTOVANI, *Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, n. 3, p. 1172 (corsivo originario). Secondo l'Autore, l'alternativa a tale operazione sarebbe «l'amara rassegnazione ad un aumento e peggioramento del disordine, corruzione, disgregazione sociale, criminalità e, conseguentemente, del diritto penale, con inquinamento delle garanzie».

¹⁵⁹ L. EUSEBI, *Prevenzione e garanzie*, cit., p. 89.

¹⁶⁰ Cfr. E. LAMBIASE, *Pornografia online*, cit., p. 26.

¹⁶¹ A nostro parere, la valorizzazione dell'autonomia personale in materia sessuale – valore che rappresenta un'espressione fondamentale della dignità umana, di cui non può ammettersi alcuna interferenza né da parte dell'ordinamento, in forza di un'etica o una morale di Stato, né da parte di altri individui – è stata equivocata, spesso, in sponsorizzazione di contenuti eroticizzati. Tuttavia, un conto è liberarsi di una morale sessuale censoria, imposta dallo Stato e dalla sua legislazione, e promuovere al contempo la libertà dell'individuo nello sviluppo della propria sessualità; altro conto è legittimare un fenomeno massmediatico di sessualizzazione dei corpi, insuscettibile questo di esprimere valori di promozione sociale e personale.

¹⁶² Cfr. L. EUSEBI, *Pena e perdono*, cit., p. 1146.

LA PROVA DICHIARATIVA NEL PROCEDIMENTO PENALE A CARICO DELL'ENTE

di Giulia Cascone

Lo scritto analizza le molteplici contraddizioni normative e le possibili tensioni con i principi costituzionali derivanti dall'ambigua formulazione dell'art. 44 d.lgs. n. 231 del 2001. Unica disposizione del decreto in materia di prove, tale articolo genera dubbi interpretativi che non si limitano alla controversa questione del diritto al silenzio dell'ente e che complicano notevolmente il tentativo di ricondurre le varie norme che lo compongono a un paradigma di complessiva razionalità.

SOMMARIO: 1. Quando l'ambiguità normativa è strategica: l'art. 44 d.lgs. n. 231/2001 tra regole enunciate e sottintese. – 2. L'ente e il suo legale rappresentante. – 3. *Ratio* e confini della limitata ipotesi di incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale dell'ente. – 4. L'equivoca posizione del rappresentante legale cessato dall'incarico. – 5. Le modalità di acquisizione del contributo dichiarativo del rappresentante incompatibile. – 6. Il rappresentante dell'ente che non fosse tale anche al *tempus commissi delicti*: la *vexata quaestio* del diritto al silenzio dell'ente. – 7. L'inquadramento costituzionale e le soluzioni possibili.

1. Quando l'ambiguità normativa è strategica: l'art. 44 d.lgs. n. 231/2001 tra regole enunciate e sottintese.

L'articolo 44 del d.lgs. n. 231 del 2001¹ rappresenta l'unica disposizione in materia probatoria di tutto *corpus normativo* che disciplina la responsabilità da reato dell'ente. Vi si individuano due ipotesi di incompatibilità a testimoniare: quella del soggetto imputato del reato presupposto e quella del rappresentante legale dell'ente indicato nella dichiarazione di costituzione *ex art.* 39 del decreto e che fosse tale anche al momento della commissione del reato.

La scelta di introdurre una disposizione *ad hoc* in materia probatoria tradisce l'intenzione di attribuire alla norma un suo peso specifico nella sistematica del "microcodice" rappresentato dalle disposizioni processuali del decreto integrate da quelle del codice di rito.

Il tenore degli artt. 34 e 35 del decreto, in effetti, avrebbe probabilmente reso superflua un'apposita disciplina in materia di incompatibilità a testimoniare. L'obbligo testimoniale in capo al soggetto imputato del reato presupposto si sarebbe già potuto scongiurare con l'applicazione dell'articolo 197 c.p.p.², mentre le dichiarazioni rese

¹ D'ora in poi, anche "decreto".

² *Ex multis*, G. FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, p. 491, secondo il quale, però, essendo l'articolo

dall'ente (per il tramite del suo legale rappresentante) si sarebbero potute acquisire tramite la disciplina codicistica prevista per l'esame dell'imputato. L'articolo 35 del decreto, infatti, espressamente equipara il soggetto collettivo all'imputato, sancendo l'applicabilità all'ente delle disposizioni processuali a quest'ultimo riferite, in quanto compatibili. La disposizione, che si pone quale regola di generale equiparazione dei diritti dell'ente a quelli dell'imputato, ovviamente in quanto non sia diversamente sancito³, avrebbe rafforzato il risultato positivo di quel vaglio di compatibilità che, già consentito dall'articolo 34 del decreto, avrebbe travasato nel procedimento a carico dell'ente tutte le prerogative difensive dell'imputato e, centralmente, il diritto al silenzio.

Sarebbe, tuttavia, risultato problematico il raggiungimento dell'obiettivo realmente sotteso alla norma, e cioè l'esclusione del rappresentante legale dell'ente dai soggetti incompatibili a testimoniare. La lett. b) dell'articolo 44 del decreto orienta, infatti, l'interprete verso un ragionamento *a contrario* da cui deriva, quale corollario, l'obbligo testimoniale del rappresentante legale dell'ente, e, dunque, l'esclusione del diritto al silenzio di quest'ultimo⁴.

La formulazione della norma, figlia di una tecnica legislativa che non spicca certo per chiarezza, è valsa all'art. 44 la qualifica di "rompicapo" normativo⁵. A ragione, perché i dubbi interpretativi che la disposizione pone sono tanti e tali da estendersi anche al di là del recinto del diritto dell'ente a serbare il silenzio. Questa rappresenta, probabilmente, la questione interpretativa più rilevante tra quelle schiuse dalla disposizione, ma non l'unica.

Trainato dall'obiettivo di realizzare un sistema di accertamento più attento alla scoperta della verità⁶ che ai modi attraverso cui la ricerca è condotta e sgravato dal peso di un corpo in carne ed ossa su cui far ricadere le conseguenze del reato, il legislatore ha messo a punto una norma densa di contraddizioni e difficilmente riconducibile a un paradigma di complessiva razionalità.

197 c.p.p. norma eccezionale rispetto al generalizzato obbligo di testimoniare, si è voluto scongiurare il timore di un'interpretazione che potesse considerarsi estensiva.

³ A proposito dell'art. 35, si è sostenuto anche che la norma implichi l'estensione automatica all'ente di ogni previsione che comporti un *quid pluris* di garanzie per la persona fisica. In questo senso, H. BELLUTA, *Le disposizioni generali del processo all'ente, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in A. BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*, Giuffrè, 2006, p. 27.

⁴ V. §§ 6 e 7. Sul tema, da ultimo, A. KELLER, [Il diritto al silenzio dell'ente accusato ai sensi del d.lgs. 231/01](#), in questa *Rivista*, 6 ottobre 2023, e N. DIPACO, *Il "contributo dichiarativo" da parte dell'ente: l'articolo 44 e il diritto al silenzio*, in *Resp. amm. soc.*, 2020, 3, p. 217 ss.

⁵ L'espressione è di A. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 305.

⁶ F.R. DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture "osservanti" dei principi*, in *Arch. Pen.*, 2022, 1, pp. 3 ss.

2. L'ente e il suo legale rappresentante.

Al momento dell'approvazione della l. n. 300 del 2000, il sistema penale italiano si presentava alla stregua di una maschera che ben calzava alla sola persona fisica. I suoi istituti, i suoi principi e i suoi stessi meccanismi procedurali hanno dovuto subire un rimodellamento per potersi attagliare alla più complessa fisionomia dell'ente.

Il maggiore e più evidente ostacolo nel quale il legislatore è incorso è senz'altro quello della natura non antropomorfa del soggetto collettivo, che ha imposto la predisposizione di una disciplina *ad hoc* per alcuni istituti di diritto tanto sostanziale, quanto processuale penale.

Si è reso necessario individuare un tramite per la partecipazione al procedimento dell'ente indagato o imputato e questo è stato rinvenuto nella figura del rappresentante legale indicato nell'atto di costituzione richiesto dall'articolo 39 del decreto.

Al primo comma, la disposizione esclude che la costituzione dell'ente possa effettuarsi tramite il soggetto imputato – nonché indagato, in virtù dell'estensione operata dall'articolo 61 c.p.p. – del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. La ragione dell'esclusione è duplice⁷. Anzitutto, vista la configurazione dei criteri di imputazione del reato dell'apicale all'ente contenuta nell'art. 6 del decreto, l'imputato (o indagato) del reato presupposto è portatore di interessi confliggenti con quelli della persona giuridica e, dunque, è inidoneo a rappresentarlo in giudizio, stante l'inconciliabilità delle strategie difensive dei due soggetti⁸. In secondo luogo, la norma tutela la persona fisica accusata del reato dal rischio di autoincriminazione derivante dalla attiva partecipazione al procedimento a carico dell'ente, che, fra l'altro, dovrebbe essere riunito al suo ai sensi dell'articolo 38 del decreto. Stando alla giurisprudenza di legittimità, il conflitto di interessi è presunto *iuris et de iure*⁹. Di conseguenza, non va effettuata alcuna valutazione in concreto circa la sua esistenza e il giudice non ha alcun obbligo di motivazione sul punto.

Individuato il suo rappresentante nei limiti previsti dall'articolo 39, comma 1, del decreto, l'ente può costituirsi nel procedimento depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione contenente, fra l'altro,

⁷ *Ex multis*, A. BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, in A. BASSI – T.E. EPIDENDIO (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 533.

⁸ Sul conflitto di interessi immanente al rapporto tra l'autore del reato presupposto e l'ente, *ex multis*, M.L.A. DI BITONTO, *Il diritto di difesa dell'ente in relazione a quello della persona fisica: contrasto con il principio di uguaglianza-ragionevolezza?*, in A. MANNA (a cura di), *Il sistema penale in materia di sicurezza sul lavoro*, Wolters Kluwer, 2023, 705 ss.

⁹ Sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398, Caporello, in C.E.D., nn. 244407 e 244408, nonché in *Cass. pen.*, 2010, p. 1377, con nota di G.L. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale*, nonché *ivi*, 2011, p. 243 ss., con nota di R. PUGLISI, *Processo agli enti: il rappresentante incompatibile non può nominare il difensore*; Sez. Un., 28 maggio 2015, Gabrielloni, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 51ss, con nota di E. GALLUCCI, *Modalità di esercizio delle facoltà difensive da parte dell'ente indagato. La suprema corte individua una soluzione ragionevole e rispettosa dei diritti dell'ente*, e di G.L. VARRASO, *Il "compromesso" delle Sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento de societate*.

l'indicazione della procura speciale conferita al difensore nelle forme previste dall'articolo 100, comma 1, c.p.p.

La disciplina ricavabile dagli articoli 39 e 41 del decreto dà la misura dell'importanza del ruolo del rappresentante legale nel procedimento. La sua presenza assicura all'ente una "voce" propria nello svolgimento del rito.

Allo stesso tempo, però, la relazione tra l'ente e il suo rappresentante è connotata da una certa ambiguità: «da un punto di vista processuale, ci troviamo in presenza di una situazione caratterizzata da una divergenza tra l'assunzione della qualità di imputato e la capacità di agire dello stesso all'interno del procedimento»¹⁰.

E infatti, il decreto sembra ripudiare la scelta di una totale sovrapposizione dei due: il soggetto che rappresenta l'ente nel processo ha una natura ibrida, dal momento che, per un verso, impersona il soggetto collettivo; per altro verso, non coincide perfettamente con esso. Anche nel procedimento penale *de societate* il rappresentante legale e l'ente mantengono, dunque, soggettività giuridiche distinte¹¹.

Le criticità maggiori derivanti da un simile assetto, si è già avuto modo di anticiparlo ma sul punto si tornerà ancora, si colgono soprattutto quando ci si muove nel campo delle garanzie e, in particolare, della estendibilità al rappresentante dell'ente di tutte quelle prerogative che sono tipiche dell'imputato.

3. Ratio e confini della limitata ipotesi di incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale dell'ente.

L'articolo 44, comma 1, lett. b) del decreto sancisce l'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale dell'ente, individuato nella dichiarazione di costituzione di cui all'articolo 39 del decreto, che fosse tale anche all'epoca della commissione del reato.

Si è sostenuto in dottrina che la *ratio* che ispira la disposizione è chiara¹² e duplice¹³. Da un lato, vi sarebbe la necessità di evitare che il rappresentante legale che fosse tale anche al momento della commissione del fatto di reato possa essere sottoposto a un obbligo di verità in relazione a fatti dai quali potrebbero emergere profili di responsabilità a suo carico. Non sfugge, infatti, come colui che rappresentava l'ente al *tempus commissi delicti* possa aver causato o contribuito a causare il *deficit* organizzativo che ha occasionato l'illecito. Dall'altro si sarebbe voluto evitare che fosse chiamato a testimoniare un soggetto non terzo rispetto alla vicenda processuale, in potenziale conflitto di interessi con la persona fisica imputata del reato (che si suppone essere

¹⁰ G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 284.

¹¹ L'osservazione è di A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, in A. BASSI – T.E. EPIDENDIO (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 647 e EAD., *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, n. 3, p. 46.

¹² L. CAMALDO, *Il giudizio e le prove nel processo de societate*, in G. CANZIO – L. LUPARIA (a cura di), *Diritto e procedura penale delle società*, Giuffrè, 2022, p. 1412.

¹³ A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, cit., p. 650.

distinta dal rappresentante legale medesimo, che altrimenti sarebbe incompatibile ai sensi della lett. a) dell'art. 44 del decreto) e quindi plausibilmente indotto a tentare di scagionare se stesso e l'ente addossando ogni responsabilità all'individuo accusato della commissione dell'illecito penale.

In realtà, ricostruire il fondamento giustificativo della previsione di cui alla lett. b) dell'art. 44 del decreto è operazione tutt'altro che semplice. La norma, così formulata, schiude soluzioni interpretative contraddittorie, fra le quali non è affatto facile rinvenire un filo conduttore.

Quanto alla prima delle due *rationes* sopra riportate, essa non convince del tutto perché postulerebbe – volendo ragionare in termini di coerenza sistematica – un'estensione dell'ambito applicativo dell'incompatibilità a testimoniare anche al rappresentante legale che fosse tale al *tempus commissi delicti* ma abbia successivamente abbandonato l'incarico. Come si vedrà tra poco, invece, a costui la disposizione non accorda alcun tipo di esenzione dall'obbligo testimoniale.

Anche la seconda spiegazione non convince: suo corollario naturale sarebbe l'estensione dell'incompatibilità a testimoniare a ciascun rappresentante legale dell'ente, e non soltanto a quello che aveva già tale incarico quando fu commesso il fatto. Al contrario, è solo per quest'ultimo che il legislatore sancisce l'"incapacità" a ricoprire l'ufficio di testimone.

Si potrebbe, allora, pensare che la causa dell'incompatibilità risieda nella volontà legislativa di tutelare non solo la persona fisica, ma altresì l'ente da un rischio di autoincriminazione¹⁴. Lettura, questa, che risulterebbe confermata proprio dall'assoggettamento all'obbligo di verità del rappresentante legale cessato dall'incarico, sottoposto all'obbligo testimoniale pur in presenza di un rischio evidente di *self-incrimination*. Seguendo un ragionamento *a contrario*, sembrerebbe legittimo concludere che ciò che preme al legislatore nel sancire l'incompatibilità di cui alla lettera b) dell'articolo 44 del decreto sia non tanto la tutela della persona fisica (la cui compressione non si spiegherebbe alla luce della mera cessazione dell'incarico), quanto quella dell'ente e del suo diritto di difesa. Tale conclusione, però, sarebbe destinata a infrangersi dinanzi alla constatazione che l'incompatibilità non si estende anche al caso del nuovo rappresentante legale e proprio da ciò scaturiscono i mai sopiti dubbi di legittimità costituzionale della disposizione, su cui si dirà oltre.

La sensazione, insomma, è quella di dover coprire un ventaglio di possibilità troppo ampio con un manto troppo corto: ovunque lo si tiri, qualcosa rimane fuori. Ammesso che una qualche *ratio* sia rinvenibile nella disposizione, essa sarebbe limitata alla tutela il diritto a non autoincriminarsi del rappresentante legale dell'ente che fosse tale anche al momento della commissione del reato, ma solo nella limitata ipotesi in cui esso coincida con quello che riveste tale carica al momento della celebrazione del procedimento penale.

Peraltro, dalla disposizione sembra desumersi che l'incompatibilità a testimoniare sia circoscritta al rappresentante indicato nella dichiarazione di

¹⁴ Così si legge nella Relazione ministeriale al decreto, p. 31.

costituzione di cui all'art. 39 del decreto. Il che schiude un'altra questione interpretativa di tutto rilievo, perché la norma pare implicare l'inoperatività dell'esclusione del rappresentante legale dall'ufficio testimoniale laddove l'ente non abbia depositato l'atto costitutivo¹⁵. Ne deriva un assetto criticabile per svariate ragioni.

Intanto, l'avvenuto deposito o meno dell'atto costitutivo non ha alcuna incidenza sulle ragioni sottese all'incompatibilità: il rischio di un'autoincriminazione che giustifica (*rectius*, che dovrebbe giustificare) l'esenzione dall'obbligo testimoniale non è né determinato né accresciuto dal deposito della dichiarazione di costituzione, che è adempimento di carattere formale. Senza contare, poi, che in tal modo si finisce per rimettere alla sola volontà dell'ente la scelta circa le modalità acquisitive delle dichiarazioni del suo rappresentante legale¹⁶, che verrebbero a dipendere dalle opzioni espresse dal soggetto collettivo al momento – eventuale – della costituzione che, peraltro, potrebbe avvenire in qualsiasi frangente. L'articolo 39 del decreto, infatti, non prevede alcun termine di decadenza per l'esercizio del diritto di costituirsi nel procedimento. L'ente, cioè, potrebbe depositare la dichiarazione di cui alla norma suddetta in qualsiasi momento e, laddove lo facesse successivamente all'audizione del rappresentante secondo la disciplina della testimonianza, si porrebbe altresì il problema di verificare che per le dichiarazioni da egli rese non sia sopravvenuta un'ipotesi di inutilizzabilità.

Inoltre – ed è questo il profilo maggiormente critico – il riferimento al rappresentante legale individuato nell'atto costitutivo conduce a escludere dal novero dell'incompatibilità a testimoniare ogni altro soggetto che, pur avendo la rappresentanza legale dell'ente fin dal momento di commissione del reato presupposto e conservandola nel corso del procedimento, tuttavia non sia nominato nell'atto di costituzione. Questa circostanza potrebbe prospettarsi, ad esempio, laddove, trattandosi di società, la rappresentanza sia attribuita, ex art. 2266 del codice civile, a tutti i soci amministratori¹⁷, o comunque laddove, per espressa statuizione dell'atto costitutivo, essa sia attribuita a due o più soggetti. In un caso del genere, laddove l'ente indichi un solo rappresentante per il processo, stabilire che l'incompatibilità operi solo per costui significa, anzitutto, privare del diritto al silenzio tutti gli altri – anche laddove fossero già rappresentanti quando fu commesso il reato; in secondo luogo, restringere ulteriormente il campo, già piuttosto esiguo, del diritto al silenzio dell'ente¹⁸.

¹⁵ Cfr. G.L. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 383, per il quale «non pare sostenibile, [...] forzando il dato normativo, che la situazione di incompatibilità si verifichi a prescindere dalla dichiarazione di costituzione».

¹⁶ Lo sottolinea A. SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 352. In termini, L. PAOLOZZI, *Relazione introduttiva*, in L. LUPARIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Giappichelli, 2018, 17.

¹⁷ L'art. 2266 c.c. sancisce che, in mancanza di diverse disposizioni contrattuali, la rappresentanza si estende a ciascun socio amministratore e a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale.

¹⁸ Nel senso che una garanzia di diritto al silenzio simile a quella prevista a favore dei prossimi congiunti dall'art. 199 c.p.p. andrebbe introdotta anche a favore di coloro che pur non essendo rappresentanti legali dell'ente operino attivamente al suo interno, G. GARUTI, *Il processo agli enti: alcune riflessioni di sistema*, in *Resp.*

4. L'equivoca posizione del rappresentante legale cessato dall'incarico.

Il decreto non individua alcuna causa di incompatibilità in capo al rappresentante che fosse tale al *tempus commissi delicti*, ma che non abbia mantenuto tale qualifica anche durante la celebrazione del procedimento a carico dell'ente. Visto il tenore letterale della disposizione – e a patto che non sia imputato del reato presupposto – questi è suscettibile di ricoprire l'ufficio di testimone: conclusione imposta tanto dalla *littera legis*, quanto dall'impossibilità di percorrere la via di un'interpretazione sistematica tesa a valorizzare profili di sostanziale sovrapposibilità del rappresentante cessato dall'incarico a quello attuale: per il primo, infatti, non soccorre l'attualità dell'immedesimazione organica con l'ente¹⁹. Ad ogni modo, si è sostenuto, egli sarà tutelato dallo statuto del secondo comma dell'articolo 198 c.p.p., che appresta anche per il testimone un'embrionale tutela del diritto al silenzio, stabilendo che egli non può essere obbligato a deporre sui fatti dai quali può emergere la sua responsabilità penale²⁰.

La soluzione, però, non è del tutto appagante. Per il rappresentante legale del *tempus commissi delicti* sussiste sempre un pericolo di autoincriminazione derivante dalla posizione che egli rivestiva quando il reato fu commesso. Almeno da un punto di vista fattuale, dunque, la posizione del rappresentante legale cessato dall'incarico non è perfettamente sovrapposibile a quella di un qualunque testimone. La circostanza del suo inserimento (fra l'altro a livello apicale) nell'organizzazione aziendale al momento della commissione del reato è spia di una sua tutt'altro che improbabile implicazione nella "fattenda" illecita. Di fronte ad un'effettiva carenza organizzativa dell'ente, il soggetto, sottoposto all'obbligo di verità, avrebbe due possibilità: mentire oppure riconoscere un *deficit* organizzativo che egli stesso avrebbe dovuto eliminare²¹.

Insomma, senza l'ausilio del difensore, il precedente rappresentante legale che non riesca, da solo, a comprendere la pertinenza di una domanda a lui rivolta a un possibile fatto proprio o il potenziale autoaccusatorio di una sua risposta e non si avvalga, quindi, della tutela fornita dall'articolo 198 comma 2 c.p.p., corre un rischio di autoincriminazione molto maggiore di quello di qualsiasi altro testimone. La situazione si fa ancor più problematica se si tiene conto del fatto che la probabilità che si richieda la sua audizione nel corso del dibattimento è molto elevata, dal momento che trattasi di un soggetto che ricopriva nell'impresa una posizione di vertice al *tempus commissi delicti*. È plausibile, quindi, che nel procedimento non si rinunci al suo contributo.

amm. soc. enti, 2021, 4, p. 175.

¹⁹ In argomento, A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, cit., p. 659; G. FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, cit., p. 497; G.L. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 383, che richiama, sul punto, le considerazioni di P. IELO, *Sub art. 44*, in G. TRANCHINA (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 6122.

²⁰ S. CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 2, p. 249.

²¹ Così, C. SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, in *Resp. amm. soc.*, 2006, 2, p. 91, il quale evidenzia una lesione del principio del *nemo tenetur se detegere*.

Una possibile soluzione correttiva potrebbe passare per l'estensione dell'articolo 44 del decreto anche al rappresentante legale cessato dall'incarico oppure per il ricorso al più garantistico statuto della testimonianza assistita *ex art. 197-bis c.p.p.*²², a patto di ritenere che il carattere di eccezionalità che connota le norme di cui agli artt. 197 e 197-bis c.p.p. non ne impedisca l'applicazione nel procedimento a carico dell'ente ai sensi dell'art. 34 del decreto.

5. Le modalità di acquisizione del contributo dichiarativo del rappresentante incompatibile.

L'articolo 44 del decreto si limita a stabilire che il soggetto incompatibile è esaminato e interrogato nelle forme e con i limiti previsti per l'interrogatorio e l'esame della persona imputata in procedimento connesso, ma non individua il grado di connessione cui far riferimento. Nel silenzio della norma, pertanto, si rende necessario rinvenire lo statuto applicabile facendo riferimento alle possibili tipologie di connessione che il nostro sistema conosce: quella *ex art. 12 comma 1 lett. a) c.p.p.*, quella *ex art. 12 comma 1 lett. c)* e il collegamento *ex art. 371 comma 2 lett. b) c.p.p.* La soluzione è foriera di diverse conseguenze, dal momento che in un caso la preclusione è assoluta, nell'altro l'incompatibilità è suscettibile di venir meno laddove il soggetto decida di rilasciare dichiarazioni sull'altrui responsabilità penale.

La soluzione prospettata dai più è quella dell'applicabilità dello statuto della connessione *ex art. 12, comma 1 lett. a) c.p.p.*, in virtù dell'«immedesimazione organica che lega il rappresentante legale all'ente, rapporto che consente di assimilare il rappresentante legale alla figura del concorrente – ancorché anomalo – nello “stesso fatto” attribuito all'ente che rappresenta»²³. L'audizione del rappresentante nel procedimento *de societate* soggiacerà, dunque, alla disciplina della connessione *ex art. 197 comma 1 lett. a) c.p.p.*, nonostante il rappresentante dell'ente non abbia altro legame con l'illecito attribuito al soggetto collettivo che non sia quello che deriva dal fatto che egli ne rappresenta in giudizio gli interessi. La sua assimilazione all'imputato in procedimento connesso costituisce, pertanto, una mera finzione finalizzata all'individuazione della disciplina applicabile. Finzione che, tuttavia, si rende necessaria a causa della riluttanza del legislatore a sovrapporre completamente le due figure del rappresentante e del rappresentato. La stessa riluttanza che, evidentemente, sta alla base

²² Ancora, C. SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, cit., p. 91. Rileva una possibile lesione del diritto a non autoincriminarsi e prospetta quale possibile soluzione quella di un'interpretazione analogica dell'art. 44, A. DIDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 9, p. 1170.

²³ A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, cit., p. 651. L'Autrice, comunque, non tace le problematiche connesse a una ricostruzione di questo tipo, che si presta a strumentalizzazioni da parte dell'ente che, nell'intento di sottrarre “stabilmente” al processo un importante contributo conoscitivo, mantenga appositamente in carica il rappresentante legale dell'epoca in cui il reato fu commesso. La stessa soluzione è prospettata da G. FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, cit., p. 502.

del richiamo all'art. 210 quale unica modalità acquisitiva del contributo dichiarativo del rappresentante incompatibile.

Vista, infatti, la perentorietà del rinvio contenuto nell'articolo 44 del decreto alla disciplina dell'audizione dell'imputato in procedimento connesso, si dovrebbe concludere sempre per l'applicabilità dell'articolo 210 c.p.p., con la conseguenza che, nel procedimento a carico dell'ente, il contributo del suo rappresentante è sempre sottratto al più garantistico statuto dell'articolo 208 del codice di rito penale. Pertanto, l'ente sarà sottoposto all'esame coattivamente, pur mantenendo la prerogativa del diritto al silenzio²⁴.

Insomma, il legislatore costringe il legale rappresentante dell'ente (e quindi l'ente stesso) quanto meno a sottoporsi all'audizione, in plateale contrasto con lo statuto di garanzie tradizionalmente riconosciuto all'imputato nel processo penale. La conclusione non stupisce se la si inquadra nelle finalità che si compendiano nell'articolo 44 del decreto, tutto proteso al recupero del contributo conoscitivo dell'ente.

6. Il rappresentante che non fosse tale anche al *tempus commissi delicti*: la *vexata quaestio* del diritto al silenzio dell'ente.

Il dibattito sviluppatosi intorno all'articolo 44 del decreto si è storicamente addensato attorno alle perplessità generate dalla norma laddove essa consente di trarre la conclusione dell'obbligo testimoniale dell'attuale rappresentante legale dell'ente che non fosse tale anche al *tempus commissi delicti*²⁵.

Sul punto la Relazione al decreto non è univoca: da un lato, registra le difficoltà connesse al fatto di considerare il rappresentante legale alla stregua di un testimone, visto che la sua posizione è più simile a quella dell'imputato; dall'altro evidenzia che la parificazione all'imputato, operata dall'articolo 35 del decreto, viene effettuata con riguardo all'ente, non al legale rappresentante, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo priva delle garanzie che cautelano l'imputato, ma che lo assimila in certi casi al testimone²⁶. Al contempo, però, egli può essere sottoposto a interrogatorio per conto dell'ente²⁷.

²⁴ In argomento, anche A. SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, cit., p. 354.

²⁵ *Ex multis*, in argomento, M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, 2023, p. 101; ID., *L'accertamento dell'illecito*, in AA. VV., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Cedam, 2004, p. 122 ss.; H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, 2018, p. 195; M.L.A. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 81; P. FERRUA, *Il diritto probatorio*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Volume II. Diritto processuale*, Giappichelli, 2020, p. 114; A. GIARDA, *Accertamento della "responsabilità amministrativa degli enti"*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, XI ed., Cedam, p. 1269; G. GARUTI, *Il processo "penale" agli enti*, in *Modelli differenziati di accertamento, Trattato di procedura penale*, Tomo II, vol. VII, Utet, 2011, p. 1113; TRICOMI, *Violazioni amministrative: il giudice penale fa il pieno*, in *Guida Diritto*, 2001, p. 86.

²⁶ Relazione al decreto, p. 30.

²⁷ Relazione al decreto, p. 35.

La Relazione pare attestare, quindi, l'esistenza di un doppio schema che vede il legale rappresentante come testimone o come imputato a seconda dei casi²⁸, ma non precisa che cosa faccia scattare l'una o l'altra qualifica.

Non è sfuggito agli interpreti più attenti l'effetto dirompente della norma che, se interpretata letteralmente, conduce, tramite un'incerta "perifrasi *a contrario*", alla compressione del diritto al silenzio dell'ente e a una possibile violazione dei precetti costituzionali preposti alla sua tutela.

Questo aspetto ha da sempre rappresentato uno dei punti nevralgici dell'elaborazione dottrinale sul microsistema processuale degli enti in quanto la norma in discorso, mettendo in discussione uno dei "dogmi" del processo penale contemporaneo, si espone a inevitabili crisi di rigetto²⁹.

Non sono mancate interpretazioni che, più o meno mutilando l'originaria gittata della norma, hanno tentato di riportare le criticate scelte legislative entro i confini fisiologici del processo penale e dei suoi principi.

Si sono prospettate soluzioni *tranchant*, come quella di chi ha etichettato l'articolo 44, comma 1, lett. b) del decreto alla stregua di «una norma inutile, anzi nociva, perché, senza dire nulla di originale, lascia falsamente supporre un obbligo testimoniale del rappresentante privo di tale qualifica al momento della commissione del reato»³⁰. Sarebbe troppo debole per sostenere una conclusione di questo tipo l'*argumentum a contrario*, che condurrebbe a escludere che le ipotesi di incompatibilità ricomprendano anche la posizione del nuovo rappresentante legale. Chiave di lettura sarebbe allora l'articolo 35 del decreto, che sancisce la riferibilità all'ente dei diritti riconosciuti all'imputato: tale norma andrebbe estesa anche al legale rappresentante, in quanto è solo attraverso di lui che il soggetto collettivo può partecipare al processo. Da ciò deriverebbe la necessità di riconoscere sempre a chi rappresenta l'ente il diritto di tacere³¹.

²⁸ Sulla duplice veste che il rappresentante dell'ente può assumere al momento dell'assunzione del suo contributo dichiarativo, M.L.A. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, p. 613. L'Autrice specifica che si tratta di una "stranezza" ormai recepita nel nostro ordinamento anche nella disciplina ordinaria del processo penale, in cui lo stesso soggetto può essere sentito sia in qualità di imputato, sia in qualità di testimone sulla responsabilità di altri.

²⁹ Ne è prova, ad esempio, un'ordinanza del Tribunale di Verbania del 2012 in cui il giudice, nel ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 44 del decreto, dà un'interpretazione adeguatrice della norma. Nell'ordinanza si legge che in forza della parificazione dell'ente all'imputato di cui all'art. 35 del decreto e del principio costituzionale del diritto di difesa, un'esegesi sistematica e costituzionalmente orientata dell'art. 44 del decreto porta a ritenere che il rappresentante dell'ente che non fosse tale anche al momento della commissione del reato debba essere sentito ai sensi dell'art. 210 c.p.p.

³⁰ P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, 2002, p. 238; nonché ID., *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 6, p. 708 e ID., *Il diritto probatorio*, cit., p. 116.

³¹ In termini, A. PRESUTTI, *Incompatibilità a testimoniare e regime del rappresentante legale*, in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2024, p. 307; G. GARUTI, *Il processo "penale" agli enti*, cit., pp. 1113 ss.; G.L. VARRASO, *Il procedimento per l'accertamento degli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 386; D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra*

Una soluzione garantista, che tuttavia si sostanzia in un'interpretazione abrogatrice della norma e in un aggiramento della formulazione letterale della disposizione³²: l'articolo 44 del decreto, oltre ad essere inequivoco nel non ricomprendere il nuovo rappresentante legale fra gli incompatibili ad assumere l'ufficio testimoniale, pare confermare questa soluzione nell'ultimo comma, che, indicando le modalità di audizione dei rappresentanti incompatibili, lascia intendere che esiste comunque una cerchia di rappresentanti che tali non sono.

Simile nelle conclusioni è la tesi sostenuta da quanti riconoscono che l'incompatibilità a testimoniare non si estenda al nuovo rappresentante legale dell'ente, in quanto per costui non c'è il pericolo di autoincriminazione che per il soggetto che rivestiva la qualifica anche al momento del fatto-reato giustifica il riconoscimento del diritto al silenzio. Tuttavia, l'incompatibilità sarebbe suscettibile di sopravvivere laddove l'ente si costituisse a mezzo del suo (nuovo) rappresentante ai sensi dell'articolo 39 del decreto. In tal caso la prerogativa dello *ius tacendi* tornerebbe a prevalere in virtù della norma estensiva di cui all'articolo 35³³.

Anche questa tesi, al pari di quella precedente, fornisce un'interpretazione non ancorata al dato normativo, anche perché non tiene conto del fatto che è la stessa disposizione a subordinare l'operatività dell'esclusione dall'obbligo testimoniale alla avvenuta espletazione delle formalità individuate dall'articolo 39 del decreto. A prescindere dalle problematiche, affrontate in precedenza, connesse al requisito della costituzione richiesto dall'articolo 44, non pare potersi interpretare la norma nel senso di un'estensione del suo contenuto (cioè dell'incompatibilità a testimoniare) oltre i suoi limiti originari facendo leva su un presupposto che la disposizione già richiede per la sua operatività a regime normale.

Ad ogni modo, la norma non si presta ad essere costretta in percorsi logici troppo rigidi: ogni soluzione perentoria, che si sostanzia nel riconoscimento della sua incapacità a produrre effetti o nella totale adesione al testo normativo, presta il fianco a critiche difficilmente superabili. Nel primo caso si avrebbe un'esegesi contraria al tenore della disposizione; nel secondo, probabili profili di illegittimità costituzionale.

Taluno ha prospettato, allora, soluzioni intermedie, come quella di distinguere la posizione del nuovo rappresentante che debba essere interrogato su fatti appresi dopo l'assunzione dell'incarico da quella dello stesso soggetto che però debba essere sentito su fatti conosciuti prima di tale momento. Solo nella prima ipotesi opererebbe la prerogativa del diritto al silenzio, in virtù dell'estensione di cui all'articolo 35 del decreto³⁴. L'asimmetria è spiegata nei termini che seguono: colui che fosse già a conoscenza di fatti rilevanti prima di assumere l'incarico sarebbe comunque un possibile

difesa e prevenzione, Cedam, 2016, p. 274. *Contra*, sia pure in termini critici, A. SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, cit., p. 352.

³² A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in A. BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*, Giuffrè, 2006, p. 100.

³³ E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 334.

³⁴ C. SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, cit., p. 91.

testimone a prescindere dalla successiva investitura, alla quale l'ente ha proceduto pur sapendo che costui avrebbe potuto, in futuro, rilasciare dichiarazioni a suo carico. Nell'altro caso, invece, l'ente ha nominato il rappresentante non prospettandosi questa eventualità, pertanto la sua posizione andrebbe tutelata.

A parte la difficoltà di sapere con certezza quando un soggetto sia venuto a conoscenza di un fatto, cosa tutta interna alla sua psiche o comunque difficilmente riscontrabile su un piano oggettivo, questa ricostruzione è solo parzialmente risolutiva del problema del diritto al silenzio, comunque negato in alcuni casi sulla scorta dell'argomento – non del tutto convincente – per cui sarebbe l'ente stesso, scegliendo di investire un rappresentante legale a conoscenza dei fatti, a optare per una riduzione dei propri spazi difensivi.

Non è necessario soffermarsi su tutte le teorie che gli interpreti e gli studiosi del processo penale hanno avanzato per ricomporre le tensioni tra l'articolo 44 e i precetti costituzionali. Basta dire, in questa sede, che lo sforzo interpretativo è stato notevole e talvolta molto creativo. Si è sostenuto, ad esempio, che il soggetto cui l'articolo 44 riferisce l'obbligo testimoniale non è il rappresentante dell'ente nel procedimento: costui è sempre incompatibile in quanto equiparato all'imputato. Si tratterebbe, invece, del rappresentante legale precedente sostituito nell'incarico³⁵. Questo esito si otterrebbe dall'inversione dei due sintagmi che costituiscono la norma, così da ottenere l'incompatibilità a testimoniare del soggetto che rappresentava l'ente al momento della commissione del reato, che è cessato poi dall'incarico.

La farraginosità di tale soluzione ermeneutica è figlia di una norma ambigua, che costringe l'interprete a sviluppi esegetici contorti.

Non manca chi, tuttavia, riconosce alla norma un diritto d'asilo nel nostro ordinamento e ipotizza, sulla falsariga della stessa Relazione al decreto, una duplicità di ruoli in capo al rappresentante legale. Egli sarebbe, a seconda dei casi, ora testimone ora imputato. Il criterio distintivo proposto fa leva sulla natura dell'atto da compiere. Così, il rappresentante mantiene lo *status* di imputato quando si tratti di esercitare diritti difensivi (si pensi al rilascio di dichiarazioni spontanee), ma assume l'ufficio testimoniale in tutti gli altri casi, con conseguente rischio di autoincriminazione per l'ente³⁶.

Una soluzione che rinuncia a comporre quel possibile conflitto con i principi costituzionali cui si accennava poc'anzi, rinuncia che viene motivata col "prosciugamento delle fonti di conoscenza"³⁷ che si sarebbe determinato laddove al rappresentante legale fosse stato riconosciuto il diritto di tacere³⁸. Non vi è dubbio sul fatto che questa sia stata la reale ragione ispiratrice della norma, ma ciò non mette a tacere tutte le censure che ad essa si sono mosse nel corso degli anni.

³⁵ M. CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., p. 126; ID., *Procedura penale delle società*, Giappichelli, 2023, pp. 101 ss.

³⁶ G. FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, cit., p. 500.

³⁷ G. FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, cit., p. 498.

³⁸ All'ente sarebbe bastato nominare legale rappresentante il soggetto detentore di informazioni rilevanti per sottrarre il suo contributo conoscitivo alle autorità procedenti.

La dicotomia di ruoli in capo al legale rappresentante solo apparentemente tutela il diritto di difesa dell'ente, in quanto il contributo conoscitivo offerto dal primo in qualità di testimone è naturalmente destinato a prevalere su qualunque atto difensivo il secondo possa compiere. E ciò per il semplice fatto che sull'atto testimoniale incombe sempre l'obbligo, penalmente sanzionato, di dire la verità. In questo modo il diritto di difesa dell'ente è assoggettato a continue incursioni e viene irrimediabilmente vulnerato.

7. L'inquadramento costituzionale e le soluzioni possibili.

La difficoltà di rinvenire, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, un approdo definitivo sull'interpretazione della forse più controversa disposizione processuale del decreto pone l'esegeta dinanzi alla necessità di chiedersi se effettivamente una compressione del diritto al silenzio dell'ente sia ammissibile nel nostro sistema processuale penale e compatibile con i principi che lo informano.

Il diritto al silenzio³⁹, nel nostro ordinamento, è non solo una conseguenza dell'atto di riconoscere che chiedere a qualcuno di *se detegere* è contro la sua stessa natura,

³⁹ Benché la Costituzione non lo menzioni mai espressamente, è pacifico che il diritto al silenzio sgorgi da molteplici disposizioni costituzionali, a partire dall'inviolabilità della difesa (*ex multis*, V. GREVI, *Diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Riv. ita. dir. e proc. pen.*, 1998, 4; L. PALADIN, *Autoincriminazione e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 312; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006, p. 86). L'aggancio costituzionale comporta che una compressione del diritto in parola ad opera della legge ordinaria sia legittima a condizione che rappresenti il frutto di un bilanciamento con altri principi o valori costituzionali parimenti meritevoli di tutela. Tuttavia, è lo stesso testo costituzionale a dare un monito all'interprete: l'indicazione deriva dalle modalità con cui il legislatore costituente traspone il diritto di difesa nella norma, e cioè da quell'aggettivo («inviolabile») chiamato a specificarne la portata. Esso colloca direttamente il diritto in parola tra le disposizioni costituzionali costituenti il «nucleo fondamentale non derogabile da altre norme della Costituzione» (M. CERRI, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1976, p. 279 e A. MANCINI, *Commento all'art. 4*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione- Principi fondamentali*, Zanichelli, 1975, p. 276. In giurisprudenza, ad esempio, si veda Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 183; nonché Cost., 14 luglio 1971, n. 175, che riconosce tra le norme costituzionali «la sussistenza (del resto valevole per ogni corpo di disposizioni coordinate in sistema) di un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di esse rispetto ad altre». Ciò significa che il diritto di difesa, e con esso il diritto al silenzio, è destinato a prevalere a fronte di un bilanciamento con altri principi o garanzie, comunque sanciti dalla Costituzione, che tuttavia non assurgano al rango «superconstituzionale», non essendo dotati della caratteristica dell'inviolabilità. Sempre a proposito del rilievo costituzionale, è necessario osservare come l'impronta difensiva tipica del processo penale odierno e degli strumenti ad esso afferenti conduce all'individuazione dell'articolo 13 comma 1 Cost. quale ulteriore baluardo del diritto al silenzio, da intendersi anche come libertà morale dell'imputato di rifiutare qualsivoglia contributo proprio all'attività accertativa del reato (in questo senso, V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 101; M.L.A. DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, in *Giur. it.*, 2017, 2001 ss.). Da ultimo, il diritto al silenzio trova un preciso fondamento nella presunzione di non colpevolezza di cui all'articolo 27 comma 2 Cost. (V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006, p. 107), dal momento che essa, ponendo in capo all'accusa l'onere della prova dei fatti sui quali verte l'addebito, esonera l'imputato da qualunque dovere di collaborazione. Egli non dovrebbe essere considerato alla stregua di una persona informata sui fatti, ma come un soggetto le cui dichiarazioni hanno prima di tutto finalità difensiva; cosicché non avrebbe senso pretendere il contributo conoscitivo di un supposto innocente e, dunque, di una persona che si presume essere all'oscuro di tutto (O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo*

ma assurge a regola elementare e irrinunciabile dell'accertamento, direttamente promanante dalla presunzione di innocenza che rappresenta la cifra ontologica del processo penale⁴⁰. Ciò comporta l'illegittimità di soluzioni che pretendano di agganciare l'operatività o meno della garanzia alla natura del destinatario (persona fisica o soggetto collettivo) della sanzione penale. Una volta scelta la sede processuale penale per l'accertamento della responsabilità dell'ente, il bagaglio di regole che informano il processo penale quale luogo nel quale si accertano i presupposti dell'esercizio del potere punitivo deve operare nella sua interezza, a prescindere dalla natura del soggetto che subisce l'accertamento⁴¹.

procedimento, Giuffrè, 2004, p. 48). A livello sopranazionale, poi, le prerogative contro l'autoincriminazione trovano diretta protezione nel Patto internazionale sui diritti civili e politici all'articolo 14, par. 3 lett. g), in cui si attribuisce all'accusato il diritto «a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole». Inoltre, ancorché non ve ne sia traccia nella relativa Convenzione, ormai da tempo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riconosce che tali garanzie hanno implicito ancoraggio nell'articolo 6 della Carta. In varie sentenze, infatti, essa ha avuto modo di sottolineare che le guarentigie del diritto al silenzio e del *privilege against self-incrimination* giacciono nel cuore della nozione di giusto processo (ad esempio, Corte e.d.u., 29 ottobre 1997, n. 82/1996/671/893, *Serves c. Francia*, nonché Corte e.d.u., 8 febbraio 1996, n. 18731/91, *Murray c. United Kingdom*). Non può sottacersi, parlando della normativa sovranazionale, che, da ultimo, il legislatore europeo si è mostrato piuttosto "scettico" sull'estensione al soggetto collettivo delle prerogative difensive generalmente riferite alla persona fisica nel processo penale. Nel 2016 il Consiglio e il Parlamento europeo hanno adottato, nel contesto dell'articolo 82, par. 2, lett. b) TFUE e tramite direttiva (n. 343/2016), norme minime sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo. Il campo di applicazione della direttiva in questione è limitato alle sole persone fisiche, mentre si lascia agli stati membri la libertà di individuare autonomamente l'estensione del diritto di difesa delle *legal persons*. Questa scelta, che alcuni hanno criticato come «un'opportunità mancata» (S. LAMBERIGTS, *The directive on the presumption of innocence, a missed opportunity for legal persons?*, in *Eucrim*, 2016/1, p. 36), ha mostrato un certo *self-restraint* del legislatore europeo, che non ha inteso prendere posizione sull'estensione dei diritti difensivi del soggetto collettivo nel procedimento penale. Sarebbe errato, tuttavia, trarne argomenti per escludere il riconoscimento all'ente del diritto al silenzio *tout court*. Il legislatore europeo ha semplicemente deciso di non esporsi su un tema controverso. La scelta di non includere i soggetti collettivi nella direttiva si è imposta, infatti, per l'opposizione del Consiglio, supportato dalla Commissione, alle richieste del Parlamento europeo, schierato, invece, per l'inclusione degli enti nell'ambito applicativo della direttiva stessa. Nel senso che le ultime pronunce adottate dalle Corti europee stiano spingendo verso un riconoscimento all'ente del diritto al silenzio, A. KELLER, *Il diritto al silenzio dell'ente accusato ai sensi del d.lgs. 231/01*, cit., p. 13 ss.

⁴⁰ G. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. e dir.*, 1999, p. 305.

⁴¹ E a prescindere dalla natura della responsabilità, la cui qualificazione alla stregua di un *tertium genus* non avrebbe comunque l'effetto di escludere il microsistema 231 dal «più ampio e variegato sistema punitivo», per le «evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale per via, soprattutto, della connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento. Sicché, quale che sia l'etichetta che si voglia imporre su tale assetto normativo, è dunque doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale», così Sez. Un., 24 aprile 2014, *Espenhahn e altri*, in C.e.d., n. 261112. Cfr. H. BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 40, nonché G.L. VARRASO, *Le fonti del processo punitivo degli enti*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti. Volume II. Diritto processuale*, Giappichelli, 2020, p. 19. Nel senso che la scelta del processo penale quale sede dell'accertamento comporti l'operatività delle garanzie previste per l'imputato, M.L.A. DIBITONTO, *Il diritto di difesa dell'ente in relazione a quello della persona fisica*, cit., p. 696; G. GARUTI, voce *Processo agli enti*, in *Dig. pen., Agg.*, Utet, 2014, p. 565 ss.; G. LATTANZI in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi, atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo*

L'*escamotage* col quale il legislatore del 2001 si è sottratto a questo assetto – cioè la pretestuosa distinzione che si è voluta tracciare tra le prerogative dell'imputato-ente e quelle del suo rappresentante legale⁴² – ha il paradossale effetto di slegare il destinatario delle garanzie processuali da quello di una sanzione che ha pur sempre natura penale⁴³ e che, in quanto tale, può essere applicata solo all'esito di un procedimento che si sia conformato, quanto meno, alle garanzie elementari del processo penale. Vale a dire, alle regole di un contesto procedimentale nel quale il soddisfacimento delle esigenze connesse all'accertamento degli illeciti non può giustificare una compressione del diritto di difesa⁴⁴ di un'intensità tale da negare addirittura l'operatività *tout court* di una delle sue componenti essenziali.

Interpretare l'articolo 44 del decreto alla stregua di una previsione effettivamente idonea a sottoporre l'imputato al rischio di autoincriminazione significa fornire della norma un'interpretazione non conforme a Costituzione⁴⁵.

Ciò detto, perde di rilievo anche la questione, pure sollevata dagli interpreti, del contrasto tra l'articolo 44 e l'articolo 35 del decreto. La legittimità della presenza di una norma come l'art. 44, comma 1, lett. b) del decreto nel nostro ordinamento va valutata tramite il raffronto con le norme costituzionali, prima ancora che con le altre norme del medesimo *corpus normativo*. A prescindere, cioè, dal contrasto con l'articolo 35 del decreto, rimarrebbe la lesione del diritto al silenzio dell'imputato e quindi di tutte quelle norme costituzionali che ne costituiscono il baluardo.

Occorre perciò rinvenire un'esegesi che consenta, da un lato, di riportare la disposizione entro i limiti di una compressione non irragionevole del diritto al silenzio e, dall'altro, di non frustrare la *littera legis* con interpretazioni che hanno come risultato la sostanziale abrogazione del precetto normativo.

In dottrina si è proposto di bilanciare queste due contrapposte esigenze tramite il ricorso all'articolo 198, comma 2, c.p.p., che riconosce anche al testimone il diritto di tacere quando si debba scongiurare una sua autoincriminazione e che sarebbe compatibile, ai sensi dell'articolo 34 del decreto, nel procedimento a carico degli enti. All'interno di quest'ultimo la norma opererebbe su un duplice piano, ossia non solo per la tutela della posizione del rappresentante legale ma anche per quella dell'ente. Vale a dire, cioè, che il primo, oltre ad avere il diritto di tacere sui fatti dai quali potrebbe

2002, Cedam, 2003, p. 291; F. NICOLICCHIA, *Ente e imputato nella procedura penale d'impresa. Conflitti, interferenze, anomalie di sistema*, Cedam, 2022, 43; S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Giappichelli, 2017, p. 48 ss.

⁴² Secondo A. PRESUTTI, *Incompatibilità a testimoniare e regime del rappresentante legale*, cit., p. 305, l'argomento non risolve la contraddizione, anzi la rafforza.

⁴³ Corte e.d.u., 8 giugno 1976, app. n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Engel e altri c. Olanda e Corte e.d.u., 4 marzo 2014, app. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, Grande Stevens c. Italia.

⁴⁴ V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, p. 68, Cfr. Anche Corte Cost. 2 novembre 1998, n. 361.

⁴⁵ D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, Cedam, 2017, p. 276.

emergere una propria responsabilità penale, conserverebbe tale prerogativa anche sui fatti dai quali potrebbe emergere la responsabilità dell'ente⁴⁶.

Questa esegesi appare l'unica che consente di contemperare quelle opposte esigenze cui prima si faceva riferimento. Se un'osservazione critica può articolarsi, essa è collegata al fatto che nel procedimento a carico del soggetto collettivo è probabile che alla norma si faccia ricorso ogni qual volta debba essere sentito il rappresentante legale, visto che è verosimilmente prevedibile che egli sia a conoscenza di fatti potenzialmente incriminatori per l'ente. Si rischia, cioè, di trasformare l'articolo 198, comma 2, c.p.p. in una norma dall'applicazione generalizzata nel procedimento *de societate*, quando invece essa è stata pensata, in quello tradizionale, per essere applicata in casi marginali rispetto al consueto svolgimento del processo penale.

Il problema si ridimensiona, però, se si tiene conto del fatto che il rappresentante cui si fa riferimento è quello che ha assunto l'incarico dopo la commissione del fatto di reato, visto che a quello del *tempus commissi delicti* (ove non abbia abbandonato l'incarico) è la stessa previsione normativa a riconoscere il diritto al silenzio. Dunque, non è così scontato che il soggetto, che è intervenuto in un momento solo successivo alla commissione del reato e che presumibilmente nulla ha a che vedere con la precedente gestione dell'ente, sia a conoscenza di fatti che potrebbero incriminare l'ente rappresentato. Ma laddove così fosse, non si vede come lo si possa obbligare a incriminare il soggetto che rappresenta senza che ciò comporti una violazione delle garanzie incompressibili che la Carta costituzionale riconosce all'imputato.

⁴⁶ M.L.A. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 83, nonché ID., *sub art. 44*, in AA.VV., *Compliance: responsabilità da reato degli enti collettivi*, II edizione, IPSOA, 2024, p. 1073; soluzione riportata anche da P. FERRUA, *Il diritto probatorio*, cit., p. 117.

10/2025

IL TRIBUNALE DI NAPOLI IN TEMA DI CONCUSSIONE OSPEDALIERA E ALTRE IPOTESI DI “ABUSO LUCRATIVO” DEL MEDICO

Trib Napoli, sez. VII, 14 marzo 2025

di Fabrizio Rippa

I casi di ‘privatizzazione’ della prestazione medico-sanitaria finiscono sovente con l’essere adombrati dal sospetto che il professionista abbia voluto abusare della condizione di debolezza del proprio paziente per ottenere indebite remunerazioni. Occorre tuttavia essere rigorosi nell’opera di riconduzione di tali episodi di monetizzazione delle attività terapeutiche e chirurgiche entro un possibile quadro di rilevanza penale, poiché è elevato il rischio di lasciarsi trasportare da pregiudizi emotivi ed altri fenomeni di precomprensione dei fatti. In costanza, per di più, di un quadro di riferimento normativo – quello che racchiude le fattispecie di reato potenzialmente coinvolte (la concussione, l’induzione indebita, la corruzione, ecc.) – sempre ‘appeso’ al limite dell’indeterminatezza. La sentenza in commento appare particolarmente meritoria e degna di segnalazione proprio per la sua capacità di offrire un valido schema operativo da adottare per far sì che i giudizi di tipicità – mai facili in queste vicende ‘di relazione’ – si muovano entro un perimetro di sufficiente razionalità punitiva.

SOMMARIO: 1. Una buona sentenza in un noto caso di tipicità ‘contesa’: l’abuso del medico ospedaliero e la privatizzazione della prestazione professionale. – 2. I fatti, in breve. – 3. La fattispecie contestata. La corretta individuazione degli elementi tipici della concussione. – 4. La ricognizione dei precedenti in materia. Il *vademecum* per accertare la concussione ospedaliera. – 5. La logica conclusione della vicenda: l’esclusione della concussione... – 6. ... e dell’induzione indebita a dare o promettere utilità. Qualche considerazione conclusiva.

1. Una buona sentenza in un noto caso di tipicità ‘contesa’: l’abuso del medico ospedaliero e la privatizzazione della prestazione professionale.

La sentenza in commento – seppur non promanante da una corte superiore – possiede una certa valenza paradigmatica: essa, cioè, al di là delle peculiarità della *questio facti* e della soluzione *ad hoc* su di essa ritagliata dal giudicante, offre diversi spunti di riflessione che invitano a trascenderne le specificità dei contenuti, proiettandoli in una più ampia ed astratta dimensione logico-argomentativa, utile per provare a fare chiarezza su di una tematica assai controversa per il diritto penale. Tematica invero articolata, e che attiene a quell’intricata trama normativa intessuta dalle norme in materia di abuso delle funzioni pubblicistiche, quando queste coinvolgono – in

particolare – il personale medico-sanitario. Trattasi di contesto fenomenologico assai noto tanto alla pratica quanto alla riflessione scientifica, in virtù anche di una significativa ricorrenza episodica; ma, ciononostante, caratterizzato ancora da una certa precarietà ed alternatività di soluzioni sotto il profilo dell'inquadramento tipico, con conseguente ed allarmante pendolarismo delle decisioni giurisprudenziali¹. A norme che sfumano l'una nell'altra (si pensi al dualismo 'osmotico' tra la corruzione e la concussione, cui si aggiunge ora anche l'induzione indebita a dare o promettere utilità), si contrappone in effetti una gamma comportamentale solo apparentemente prototipica, ed invece ricca di possibili sfumature che rappresentano ben più di semplici variazioni sul tema. Condizioni che, se non gestite con rigore metodologico, rischiano di influire in maniera negativa sugli standard di prevedibilità degli esiti giudiziari, non a caso preoccupantemente sottosoglia in materia².

In via di prima approssimazione, lo schema di condotta cui si fa riferimento è quello di un soggetto qualificato (ad es., dirigente, direttore sanitario ecc.) che svolga la propria professione medica all'interno di una azienda ospedaliera pubblica; il quale, in qualche modo, riesca a deviare un proprio paziente verso soluzioni terapeutiche e chirurgiche somministrate (dallo stesso medico, o da persona a lui collegata) presso una struttura privata, ovviamente a pagamento.

La possibile rilevanza penale di questo tipo di comportamento deriva solitamente da una serie di premesse, in grado di condizionare la complessiva dinamica di relazione che si va ad instaurare tra medico e paziente, incidendo in maniera più o meno significativa sui parametri decisionali di quest'ultimo, e cioè:

1) il fatto che il paziente si trovi in condizioni di salute altamente precarie, che richiedono tempestività dell'intervento medico-chirurgico (ad. es, una patologia tumorale): un contesto, cioè, ad elevatissimo contenuto 'drammatico', che inevitabilmente condiziona le scelte in ordine alle modalità ed alla tempistica dell'intervento cui sottoporsi;

2) la notoria saturazione del sistema sanitario pubblico, che obbliga di solito a lunghe liste di attesa o comunque – anche nel caso di oggettiva urgenza – al rispetto di criteri prioritari nella programmazione degli interventi (ad es., l'età del paziente);

3) la sovrapposizione di interessi che insiste in capo al medico, il quale – direttamente o indirettamente – trae vantaggio economico (non solo per sé, ma eventualmente anche per altri) dallo 'smistare' verso la struttura privata il paziente inizialmente rivoltosi al presidio sanitario pubblico (tipica, sempre esemplificando,

¹ Si v. – almeno per il periodo anteriore alla riforma 'Severino' del 2012 – A. GULLO, *Concussione per induzione e rapporto medico-paziente*, in *Corr. mer.*, 2006, pp. 1186 ss.; più di recente – e tenuto conto del nuovo quadro normativo di riferimento – F. G. SEREGNI, *Il vero e l'accertato. Profili di determinatezza e riflessioni critiche in ordine al delitto di concussione a partire da una sentenza della Corte di cassazione* – nota a *Cass. pen.*, sezione VI, n. 28952 del 17 settembre 2020, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2021, pp. 548 ss.

² Su tale preoccupante aspetto, da ultimo, M. GAMBARDELLA, *Concussione ed induzione indebita: l'incerta prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie*, in *Cass. pen.*, 2023, 5, pp. 1407 e ss. In generale, sulla tipicità rarefatta delle ipotesi criminose in esame, sempre di recente, T. PADOVANI, *Concussione, induzione indebita, corruzione: nella notte nera delle vacche nere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2024, pp. 575 ss.

l'ipotesi del medico incardinato presso l'ospedale o l'azienda pubblica, che svolga contemporaneamente anche attività libero-professionale all'esterno³).

Di fatto, quella che in questi casi si instaura tra medico e paziente, è una vera e propria negoziazione di tipo contrattuale, orientata a privatizzare la prestazione professionale. Ed è, giocoforza, una situazione ove lo stato di salute del paziente lo relega al ruolo di *contraente debole*, condizionandone le decisioni – talvolta sino al punto di poterle ritenere *necessitate*. Mentre sul medico insiste tutto il vero potere contrattuale, essendo il *dominus* di quell'unica soluzione alternativa – l'immediato intervento presso la struttura privata – che consentirebbe di aumentare le *chance* di sopravvivenza del paziente. Si noti come in questo contesto assumono un ruolo fondamentale *le informazioni cliniche e mediche* delle quali quest'ultimo viene edotto, e che sono per lo più veicolate dal medico con il quale entra in contatto (che ha, dunque, buon gioco nel rappresentare la rischiosità di un atteggiamento attendista)⁴.

Si tratta, dunque di un rapporto oggettivamente sbilanciato, che pone il professionista sanitario in un contesto decisamente *responsabilizzante*: egli è medico, dunque in possesso di un sapere non facilmente contestabile dalla controparte; magari anche dotato di elevate competenze e abilità specialistiche, che rendono infungibile la sua prestazione; è agente pubblico, ulteriore circostanza che lo qualifica e lo 'fortifica' sotto il profilo contrattuale (conosce i tempi, i protocolli ospedalieri, le procedure amministrative, ecc.); è, infine, un soggetto economicamente interessato alla vicenda, e dunque – anche solo potenzialmente – portatore di un conflitto di interessi rispetto alla *mission* della struttura pubblica presso la quale opera o è incardinato.

Ora, inutile nasconderselo, l'approccio dell'osservatore esterno al cospetto di una tale situazione rischia fatalmente di essere influenzato da un duplice 'tic' emotivo-spirituale, che finirebbe – se non razionalmente intercettato – con l'inquinare la ricostruzione del fatto (come sempre avviene quando la precomprensione dei fenomeni dirige in maniera 'fideistica' la loro qualificazione in termini di rilevanza giuridica⁵): da un lato, infatti, si tenderà a mostrare avversità nei confronti del medico, per la sola presenza di suoi interessi egoistici e lucrativi in una vicenda in cui è in gioco la salute e la stessa sopravvivenza di un altro essere umano, una condotta che rischia di essere *percepita* come *odiosa* a prescindere. Con la conseguenza che si cercherà ad ogni modo di

³ Seppur più difficile – anche perché non si potrebbe incidere sulla tempistica dell'intervento – l'episodio di possibile rilevanza penale potrebbe riguardare le attività svolte in regime c.d. di *intramoenia* (o, più precisamente, attività libero-professionale intramuraria), ove la scelta del paziente – anche qui onerosa – riguarda la possibilità di selezionare il professionista o l'equipe medica che procederà all'intervento, che avverrà comunque presso la struttura pubblica e in regime istituzionale (quindi anche con necessario rispetto delle eventuali liste di attesa).

⁴ Come osserva la stessa Corte di legittimità, infatti, «è evidente che le persone malate e i loro familiari si trovano particolarmente indifesi di fronte al medico preposto al pubblico servizio sanitario, dalle cui prestazioni dipende la conservazione di beni fondamentali quali la salute e, in determinati casi, la stessa vita della persona», cfr. Cass. pen., 5809/95.

⁵ Per un inquadramento teorico sul tema, F. MÜLLER, *Applicazione, precomprensione topica ed ermeneutica topica*, in G. CARLIZZI, V. OMAGGIO (a cura di), *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, Pisa, 2016, pp. 99 ss.; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 353 ss., V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

concretare quella sfera di responsabilità, cui prima si faceva riferimento, in una forma di colpevolezza (e dunque in una meritevolezza di pena), all'occorrenza forzando il dato di tipicità anche oltre i limiti che l'ermeneutica consentirebbe. Per lo stesso motivo, e di converso, si tenderà a provare empatia per il malato, ad immedesimarsi – più che nelle sue ragioni – nelle sue *emozioni*, ritenendolo sempre e comunque vittima di un abuso. I suoi stati emotivi – sicuramente comprensibili, ma non per questo analiticamente intellegibili o perfettamente misurabili – verranno utilizzati per spiegare i meccanismi di condizionamento psichico sui cui – come vedremo – si fondano tutte le possibili ipotesi delittuose potenzialmente coinvolte⁶, rendendo in fondo non falsificabili le motivazioni del *decisum*⁷. Inutile sottolineare come questo aprioristico atteggiamento – viziato dal *sentimentalismo* – non sia estraneo ad una certa aderenza ad un modello giustificativo della pena di tipo vetero-retributivo, sulle cui nefaste note è superfluo soffermarsi⁸.

Da qui l'interesse per questa pronuncia del Tribunale di Napoli, i cui aspetti meritori derivano anche dall'andamento 'liturgico' della sua struttura argomentativa: essa, partendo dal presupposto accusatorio – e dalla contestata ipotesi di *concussione* a carico dei due imputati – si preoccupa in prima battuta di riproporne le note salienti, in aderenza alle indicazioni fornite dalla Suprema Corte, tante volte intervenuta nel tentativo di districare quei grumi interpretativi che hanno sempre proliferato nella materia *de qua* (in particolare, rifacendosi più volte alla nota sentenza 'Maldera', pronunciata a SS.UU. nel 2013-14, subito dopo la c.d. riforma 'Severino'⁹). In altre occasioni – in verità – non si è mancato di segnalare alcuni aspetti (tuttora) critici relativi a quella giurisprudenza (e, più ancora, al formante legislativo che ne generò le premesse)¹⁰. Ma quello che qui soddisfa è l'atteggiamento tutto sommato rispettoso – di reale invero del principio nomofilattico – che il tribunale riserva a tale filone ermeneutico. Il cui sforzo principale consiste nell'aver provato a ricostruire nella maniera più determinata possibile il concetto di *costrizione* penalmente rilevante, fulcro comportamentale della fattispecie *ex art. 317 c.p.* Quella faticosa operazione, in

⁶ Sulla 'deriva psicologizzante' insita nei criteri di selezione e differenziazione delle fattispecie coinvolte, basati su indici di tipo soggettivo-motivazionale (come, ad es., la maggiore o minore intensità della pressione subita), V. MONGILLO, voce *Alla ricerca del confine tra concussione ed induzione indebita*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Treccani.

⁷ Sullo stretto legame esistente tra legalità penale 'forte', principio di determinatezza-materialità dei fatti e controllabilità dei giudizi, F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, pp. 259 ss.

⁸ Sul tema, assai complesso, ci si limita a segnalare il recente contributo di L. EUSEBI, *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C.E. Paliero, "Il mercato della premialità"*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M.M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, 2022, pubblicato anche in [questa Rivista](#), 9 maggio 2023.

⁹ Cass. pen., S.U., 24.10.2013 (dep. 14.3.2014), n. 12228, Pres. Santacroce, Rel. Milo, ric. Maldera. Tra i numerosi interventi a commento di tale pronuncia, v. G.L. GATTA, [Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito](#), in *Dir. pen. cont.*, 17 Marzo 2014.

¹⁰ Cfr. – sia consentito – F. RIPPA, *Dalla concussione alla corruzione, passando per l'induzione indebita a dare o promettere utilità. La strada si interrompe a "mezza via"*, in *Arch. pen.*, 2020, 1.

particolare, si fece carico di epurare la condotta in esame da tutti quegli indici di riconoscibilità ad impronta più schiettamente psicologizzante (*sentirsi* costretti, come vedremo, non sempre equivale ad *essere* costretti), che in passato non avevano permesso di tracciare un discrimine certo con le altre forme di sfruttamento del *munus* pubblico che pure avvengono su di un piano dialogico tra pubblico agente e soggetto *extraneus*.

Accolta dunque la più affidabile ricostruzione dell'istituto in termini oggettivi, il tribunale prosegue con la verifica della compatibilità di tale modello con il sotto-insieme tipologico rappresentato dall'abuso condizionante del medico in ordine alle scelte terapeutiche di un soggetto affetto da una gravissima patologia. Verifica che avviene in maniera piuttosto meticolosa, attraverso un continuo rimando alle note di legittimità e poi con la predisposizione di una di 'griglia' di riferimento cui potersi affidare per poter decifrare se in quell'incontro tra la volontà del medico e quella del paziente, per sua natura critico, il risultato finale risulti viziato da forme di etero-direzionamento abusivo del pubblico agente.

Ed è proprio la schematicità di questa seconda parte della sentenza a conferirle quell'esemplarità cui si è fatto sinora riferimento, poiché essa rappresenta un prezioso prontuario nella non facile opera di incasellamento tipico di condotte che insistono pur sempre su di una serie di ipotesi criminose contigue, in cui il rischio di rifarsi a parametri di riconoscimento a base soggettivo-valutativa è da sempre molto forte (trattasi, infatti, di tutte fattispecie con c.d. cooperazione artificiosa della vittima¹¹, nelle quali occorre puntualmente ricostruire il fattore che ha illecitamente influito sulla sua volontà); questo schema poi, seppur ritagliato sullo specifico contesto fenomenologico in oggetto, può essere – se opportunamente 'raffinato' e rielaborato in forma più teorica – adattato ad ogni ipotesi in cui entra in gioco l'elemento dell'abuso della funzione pubblicistica in chiave strumentale al condizionamento dell'altrui volontà: concussione, induzione indebita, corruzione, ma anche forme qualificate di truffa, come vedremo. Non si dimentichi, del resto, come sia stato proprio questo tipo di vicende a rappresentare – assieme ad altre, riconosciute dalla stessa giurisprudenza della Cassazione come *borderline* – una sorta di 'laboratorio' per testare le possibili soluzioni esegetiche in ordine a quel famigerato 'confine conteso' tra corruzione e concussione (che una volta abbracciava anche la forma induttiva), e – a partire dal 2012 – anche della fattispecie di cui all'art. 319-*quater* c.p.¹².

2. I fatti, in breve.

Gli episodi contestati in concorso ai due imputati – dirigente medico presso nota struttura ospedaliera pubblica, l'uno; ed *ex* dirigente medico in servizio presso la

¹¹ Per tale categorizzazione – elaborata nell'ambito dei delitti contro il patrimonio, ma valida anche per le tipologie delittuose in esame – F MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, II, *I delitti contro il patrimonio*, VIII ed., 2021, pp. 10 ss.

¹² Sulle quali, V. MONGILLO, [L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2013, pp. 203 ss.

medesima sede, l'altro – seguono uno schema ricorrente, tanto da essere riuniti in un unico procedimento ed avvinti dal regime della continuazione. Si tratta, per la precisione, di cinque episodi di presunta concussione a danno di altrettante pazienti affette da patologia tumorale mammaria o da altre gravi condizioni cliniche (in un caso, più di preciso, si trattava di fibroadenomi), alle quali erano state rappresentate, durante le visite oncologiche – *mutatis mutandis* – le ben note occorrenze: da un lato, l'urgenza di intervenire chirurgicamente per rimuovere la formazione cancerogena (urgenza, a seconda dei casi, dettata o dal già grave stadio di sviluppo della neoplasia; oppure dalla necessità – nei casi in cui il male era stato appena diagnosticato – di impedirne la rapida evoluzione); dall'altro il lungo periodo di attesa cui sarebbero state costrette se avessero optato per l'intervento ordinario presso la struttura pubblica (anche qui, a seconda dei casi, quantificato in maniera più o meno precisa, ma inequivocabilmente fatto intendere come compromettente rispetto alle probabilità di sopravvivenza). La soluzione a tutte proposta dal primo dei due soggetti sotto accusa (il dirigente in carica all'epoca dei fatti), per abbreviare notevolmente i tempi di attesa (e, in un caso, anche per evitare un ulteriore intervallo di tempo tra l'intervento di asportazione della mammella e quello per l'installazione di una protesi al seno, che presso la struttura pubblica sarebbero stati necessariamente svolti in due distinte fasi – costringendo dunque la paziente a rimanere per imprecisato periodo di tempo con una evidente menomazione fisica), è stata quella di svolgere l'intervento presso una struttura privata, possibilità concessa dietro pagamento di un corrispettivo allo stesso medico ed al suo 'complice', che avrebbe – da solo o con l'ausilio del primo – materialmente svolto l'operazione. Da segnalare anche che per il tipo di contratto e la conseguente tipologia di rapporto insistente con la struttura pubblica, il primo dei due imputati non avrebbe potuto svolgere alcuna attività presso istituti privati. Tale circostanza si rifletterà anche sull'ulteriore capo di imputazione – del quale non ci occuperemo qui per limiti di spazio e per eterogeneità del tema – relativo al reato di falso di cui all'art. 479 c.p.

Dunque secondo la tesi accusatoria – sulla quale peraltro era stata fondata anche l'applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari – l'imputato agente principale, abusando della sua funzione, avrebbe *costretto* ciascuna delle pazienti coinvolte ad una dazione indebita, dapprima provocando in esse un profondo stato di agitazione emotivo, informandole della gravità della malattia e della conseguente urgenza di intervenire; ed in secondo luogo rappresentando loro la rischiosità di attendere i tempi ordinari, obbligandole, di fatto, ad optare per la soluzione privatistica, l'accesso alla quale era condizionato al pagamento della indebita somma richiesta.

Si ritengono, in definitiva, perfezionati tutti gli estremi di tipicità del delitto di concussione di cui all'art. 317 c.p., a norma del quale è punito il pubblico agente che «abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità».

Ecco che allora le domande che è necessario porsi, come diligentemente fa anche il collegio giudicante sono: innanzitutto, cosa si debba intendere per *costrizione* ai sensi dell'art. 317 c.p. (e, più in generale, all'interno dell'ordinamento penale). Tale modalità di condotta, infatti, andrà intesa alla luce del *complessivo significato* enucleabile dal *sistema*

di *incriminazioni* che su di essa confluiscono¹³. Tenuto conto inoltre – nello specifico del delitto in esame – sia delle vicende modificative che hanno interessato la formulazione dell’art 317 c.p. (sostanzialmente, quella del 2012 che ne ha espunto l’alternativa per induzione); sia, soprattutto, della ‘messa a punto’ ermeneutica operata dalla Cassazione con la già citata sentenza Maldera, cui si deve oggi il principale contributo definitorio della fattispecie.

Una volta rintracciati i suoi connotati di tipicità, bisogna poi verificare *se ed a quali condizioni* essa possa ritenersi inverata nel contesto fenomenologico di cui ci si occupa nello specifico, cercando di affrontare tale secondo passaggio nel più rigoroso rispetto delle regole della legalità penale, con ‘attitudine’ esegetica spogliata di qualunque fattore emotivo; e che non precluda, di conseguenza nessuna soluzione possibile, al limite anche quella apparentemente più distante dalle aspettative di giustizia fondate sul sentire comune, ovverosia l’irrilevanza penale di quella (pur discutibile, sotto altri profili) condotta.

3. La fattispecie contestata. La corretta individuazione degli elementi tipici della concussione.

La fattispecie delittuosa della quale sono chiamati a rispondere i due imputati, la concussione, è ipotesi di reato dalla prassi notoriamente tormentata. Questo in virtù sia di una sua struttura lessicale ‘sincopata’, che rischia di disorientare laddove non ci si affidi ad una lettura sistematica dell’istituto, che sappia coglierne i tratti impliciti di tipicità; sia – e, volendo, di conseguenza – per la sua tendenza a sfumare verso altre ipotesi delittuose, con le quali ha dovuto sempre contendersi un autonomo spazio di applicazione, *in primis* la corruzione. Le sue vicende prammatiche si intersecano, poi, con quelle legislative, che ne hanno sensibilmente ridefinito i contorni: prima del 2012, si ricorderà, essa era perpetrabile nella duplice ed alternativa modalità della costrizione/induzione; mentre, a seguito della riforma c.d. ‘Severino’, è stata circoscritta unicamente alla prima delle due condotte, declinando attorno al concetto di induzione una nuova fattispecie contemplata dall’art. 319-*quater* c.p.¹⁴. Nell’impossibilità di poter ripercorrere in tale sede le tappe di questo suo travagliato avvicendamento normativo¹⁵,

¹³ Sul ruolo di fattispecie *a selettività secondaria* del delitto di concussione, e sulla conseguente necessità di ricostruirne i precisi contorni di tipicità ricorrendo alle ulteriori ipotesi delittuose che ne definiscono in via sempre più esplicita i significati, sino a giungere alla massima determinatezza assicurata dalle fattispecie *a selettività primaria* (o *soglia*) della *violenza* e della *minaccia*, T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze “improcrastinabili” di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1302 ss.

¹⁴ Sulla riforma Severino, *ex multis*, D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190)*, in *Cass. pen.*, supplemento n. 11, 2012, pp. 3 ss.; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1235 ss.; B.G. MATTARELLA – M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione – Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

¹⁵ Sia permesso, per una analisi dettagliata di tutte le questioni legate all’introduzione dell’art. 319-*quater* c.p., rinviare a F. RIPPA, *L’induzione del pubblico agente. Un’indagine fra tradizione giuridica e nuovi orizzonti*

è tuttavia necessario sottolineare il principale esito riformatore di quella novella, rappresentato dal trasformare il soggetto privato indotto – che prima, al pari di quello costretto, era vittima del reato di concussione – in un compartecipe necessario del reato introdotto all’art. 319-*quater* c.p. (ai sensi del secondo comma di quella disposizione). Dunque oggi, maggiormente che in passato, non solo occorre marcare nettamente il territorio dell’art. 317 c.p. rispetto a quello presidiato dalle fattispecie corruttive; ma diventa imprescindibile anche una separazione concettuale netta tra il concetto di costrizione – oggi riservato unicamente alla concussione – e quello di induzione, comportamenti che oramai insistono su dinamiche di relazione tra pubblico agente e soggetto privato non più assimilabili né sotto il profilo dell’offesa, né su quello della complessiva struttura delle differenti fattispecie di reato cui si riferiscono¹⁶.

Da tale ‘sensibilità’, del resto, deriva la premura mostrata dal Collegio nel ricordare prioritariamente quali siano i necessari attributi di cui deve essere rivestita la condotta costrittiva, oggi esclusiva e qualificante modalità realizzativa del reato in parola. In particolare, secondo insegnamento oramai consolidato, con quella locuzione (il p.u. ufficiale che ‘costringe’), la norma ha inteso individuare una ipotesi di *condotta-evento*, idonea, secondo le parole dei giudici «a descrivere diverse modalità di comportamenti [...] che hanno l’effetto di coartare la volontà del soggetto privato». Ora, proprio per colmare il *deficit* descrittivo della disposizione – che pone l’accento sul *risultato* (l’evento psichico) ma non sul *mezzo* con cui esso debba essere raggiunto, è necessario fare riferimento ad altre norme dell’ordinamento giuridico che invece forniscono più specifiche indicazioni; disposizioni che in effetti configurano ipotesi ‘base’ rispetto alle quali il compito dell’art. 317 c.p. è quello di specificarne soggetto attivo e contesto relazionale in cui si consuma l’abuso, ma non quello di declinarne le essenziali note comportamentali. La concussione, in sostanza, è un’*estorsione qualificata*; la quale, a sua volta, rimanda alla più generica fattispecie di etero-direzionamento coattivo dell’altrui volontà, ovverosia la *violenza privata ex art. 610 c.p.* Figure di reato accomunate dalla circostanza per cui l’autore del fatto, per realizzare i suoi fini illeciti, non può agire unilateralmente, ma ha necessità di una collaborazione forzata da parte del soggetto passivo; il quale, dunque, si tenterà di condizionare psicologicamente, per ottenere – a seconda dei casi – un generico fare o non fare, o una più specifica prestazione, come una indebita dazione di denaro o altra utilità. Ed i mezzi con i quali si può agire, per forzare dal punto di vista mentale la vittima, sono espressamente indicati nella *violenza* e nella *minaccia*. Questi sono gli esclusivi mezzi cui l’ordinamento dà rilevanza ai fini della qualificazione tipica della condotta costrittiva, che è sempre da intendersi come forma di *coazione relativa* e non assoluta¹⁷. Costringere, in definitiva, vuol

normativi, Roma, 2020.

¹⁶ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali – Artt. 314-335-bis cod. pen.*, Commentario sistematico, Milano, 2013, 866-867; in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. un., *Maldera*, cit.

¹⁷ Per una magistrale ricostruzione dell’ambito di tipicità della condotta costrittiva nei termini sopra esemplificati, T. PADOVANI, *Il confine conteso*, cit.

dire «obbligare taluno con violenza o minaccia a compiere un'azione che altrimenti non sarebbe stata compiuta»¹⁸.

Violenza e minaccia, a loro volta, devono essere intesi in termini giuridicamente impegnativi, come deducibili dalle specifiche indicazioni fornite dal sistema penale. Cosicché, se da un lato la violenza è da intendersi come violenza relativa (perpetrabile nei confronti di cose, ma anche direttamente della persona, purché non direttamente volta ad ottenere l'indebito)¹⁹, la minaccia non è generico riferimento ad una spiacevole evenienza che il soggetto passivo vorrebbe evitare, ma – come chiarisce l'art. 612 c.p. – prospettazione di un *male ingiusto*, la cui concretizzazione dipenderà – in caso di mancata sottomissione alle richieste del soggetto attivo – dalla volontà di quest'ultimo²⁰.

Quando contestualizzate nell'ambito della concussione, poi, tali condotte andranno ulteriormente inquadrare nella cornice di una fattispecie propria del pubblico agente, che – oltre alla libertà di autodeterminazione del soggetto passivo – vede offesa necessariamente anche la p.a., nei termini della lesione del buon andamento e dell'imparzialità dell'agire amministrativo. L'abuso è tratto qualificante – *ratio essendi* – della condotta concussiva²¹, e dunque tanto la violenza quanto la minaccia devono materializzarne il senso di deviazione nell'utilizzo dei poteri pubblici. La violenza, allora – seppur più rara nella sua incidenza statistica – consisterà nell'utilizzo improprio della *vis pubblica*, finalizzata ad ottenere l'indebita dazione; e sarà presumibilmente realizzabile solo da soggetti dotati di particolari strumenti di natura coercitiva (come nel paradigmatico esempio delle forze dell'ordine). La minaccia – che invece rappresenta la caratteristica forma di realizzazione della concussione –, dovendo consistere nella prospettazione di un male ingiusto rientrante nella sfera di dominio dell'agente, non potrà che intendersi come utilizzo potenzialmente illegittimo dei poteri potestativi in dotazione dell'*intraeus*, il quale 'proporrà' alla vittima la seguente alternativa: o subire le conseguenze dannose che deriverebbero dall'improprio esercizio della potestà amministrativa, oppure sottrarsi a tale ingiustizia versando o promettendo l'illecita quantità di denaro o altra utilità richiesta dal soggetto agente. Ed è in ciò che si sostanzia il disvalore ed il significato della costrizione: epurata di un suo contenuto psicologizzante, essa sta ad indicare – in maniera molto più afferrabile e riconoscibile per l'interprete – la situazione nella quale il soggetto passivo è obbligato a scegliere tra due mali, l'uno dei quali (l'esborso patrimoniale) eliminerà il verificarsi dell'altro (gli

¹⁸ Cass. pen., Sez. un., *Maldera*, cit.

¹⁹ I referenti normativi della violenza penalmente rilevante sono gli artt. 392 co.2 c.p. e 581 c.p., cui spetta, rispettivamente, il compito di definire i concetti di violenza *sulle cose* e di violenza *sulle persone*.

²⁰ Per un'accuratissima ricostruzione della condotta minacciosa, peraltro in un'ottica ordinamentale complessiva (e non solo penale), G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013.

²¹ Come sottolineato in giurisprudenza, l'abuso della qualifica o della funzione si deve ritenere requisito indispensabile della concussione (così come della fattispecie ex art. 319-*quater* c.p.), e non semplice presupposto del fatto, elemento sul quale deve fondarsi il nesso causale in grado di innescare la successiva condotta di dazione (o promessa) del privato, cfr. Cass. pen., Sez. un., *Maldera*, cit., pp. 22. ss.; in dottrina, M.T. COLLICA, [La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 4.

ingiusti effetti dannosi derivanti dall'abusivo esercizio dei poteri potestativi). Come si diceva in precedenza, per il diritto penale ciò che rileva è l'oggettivo *essere costretti a scegliere*, e non il meno percepibile – e non sempre fondato su dati naturalistici – *sentirsi costretti a farlo*.

È poi importante sottolineare come sia il contenuto di quella minaccia, e non la sua 'forma' a risultare determinante ai fini della rilevazione dell'effettivo evento psichico dell'altrui stato di costrizione: cosicché, se un esplicito contegno minaccioso, probabilmente – ma non necessariamente – si accorderà ad una effettiva prospettazione di un male giusto, non è detto che in un dire e in un fare del pubblico agente più pacato, colloquiale, apparentemente anche persuasivo, non sia rilevabile pur sempre una minaccia, se quella comunicazione avrà ad oggetto un ricatto e la vittima se ne sia *inequivocabilmente* avveduta.

Questa serie di precisazioni – che, seppur rapidamente, vengono ripetute anche nella sentenza in commento – sono funzionali ad una duplice finalità. Da un lato esse servono per spogliare di qualunque sostrato di tipo soggettivo-quantitativo il criterio per distinguere le condotte costrittive da quelle induttive, affidandosi invece al criterio oggettivo-qualitativo fondato sulla dicotomia danno ingiusto/vantaggio indebito²². Induzione e costrizione, cioè, non si distinguono in virtù della maggiore o minore intensità della pressione psicologica subita – intensità che risulterebbe per altro difficilmente misurabile –, né del differente registro comunicativo utilizzato dall'*intranseus*; ma per l'opposto contenuto dell'"offerta contrattuale" proposta dal pubblico agente: nella costrizione la dazione indebita ha l'effetto di annullare le potenzialità dannose derivanti dallo scorretto esercizio dei poteri pubblici; nell'induzione essa rappresenta il prezzo richiesto (seppur in modo abusivo, e non su base paritetica, come avviene nella corruzione) per ottenere una indebita posizione di vantaggio. In questo secondo caso, a ben vedere, l'abuso della funzione pubblica è destinato a realizzarsi, poiché è da esso che deriverà l'indebito risultato per l'*extraneus*; mentre nella costrizione ciò che i due soggetti concordano è proprio l'evitare che quell'abuso si verifichi.

Il secondo motivo di tali premesse argomentativa sta nella necessità che esse vengano «coordinate con i principi affermati dalla giurisprudenza di merito e di legittimità in riferimento alla rilevabilità del reato di concussione nella condotta costrittiva del medico ospedaliero». Affermazione che ci proietta verso il cuore della sentenza ed il suo principale motivo di interesse.

²² Ancora una volta, sia consentito rinviare a F. RIPPA, *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità, tra danno ingiusto e vantaggio indebito. Il recupero di criteri normativo-qualitativi e il rifiuto di indici soggettivo-quantitativi*, in *Arch. pen.*, 2020, 2.

4. La ricognizione dei precedenti in materia. Il *vademecum* per accertare la concussione ospedaliera.

Il collegio procede dunque con una disamina della casistica ritenuta rilevante ai fini della decisione e – prima ancora – della predisposizione di quel ‘prontuario’ contenete i parametri codificati dalla giurisprudenza per aiutare l’interprete nella non facile opera di qualificazione giuridica della condotta abusiva del medico ospedaliero. Apprezzabile, lo si ribadisce, il *modus operandi* prescelto: se in generale non risulta mai facile decifrare esattamente il rapporto dialogico sotteso ad ogni ipotesi di manomissione dell’altrui sfera psichica²³, mai come in questo ambiente fenomenico è opportuno tenere conto di ogni informazione possibile, per evitare automatismi deduttivi e finire fatalmente con il far coincidere quello ‘strutturale’ sbilanciamento di posizioni che sussiste tra medico ospedaliero e paziente con un obbligato contenuto di illiceità penale.

In questa rassegna di precedenti è doveroso operare – come fa, seppur non in termini particolarmente critici, il provvedimento in commento – una cesura netta tra quanto elaborato in costanza della vecchia formulazione dell’art. 317 c.p., e quanto emerso a seguito alla sua versione *post* legge Severino, in particolare nella lettura fornitaci dalla più volte citata sentenza Maldera.

Il precipitato giurisprudenziale ante-riforma, in effetti, risulta (almeno per chi scrive) in gran parte inutilizzabile, vieppiù per quanto riguarda la casistica in materia di concussione ospedaliera. Il motivo è intuibile: si è più volte detto della fluidità empirica di questo contesto episodico, ragione per la quale occorre arricchire di quanti più dati possibili la ricostruzione del fatto e poterlo così incasellare nella giusta scansia di tipicità. Non è detto, infatti, che la condotta abusiva ed indebitamente lucrativa del medico debba necessariamente ricondursi all’ambito della concussione. A parte che essa potrebbe ritenersi del tutto irrilevante dal punto di vista penale, si potrebbero comunque configurare episodi di alternativo inquadramento tipico, quali ipotesi di induzione indebita, di corruzione, o – come cercheremo di argomentare più avanti – anche di truffa. Tutte fattispecie che presentano tra di loro numerosi punti di contatto, ma anche profonde differenze (si pensi solo alla punibilità o meno del soggetto privato coinvolto nella vicenda), e che perciò abbisognano anche di elaborazione teorico-interpretativa che sia il più puntuale possibile. Ebbene, proprio questa esigenza di ragionare a ‘compartimenti stagni’ – separando concettualmente le varie ipotesi delittuose in gioco e distribuendo in maniera razionale gli episodi all’interno del proprio ambito di tipicità – era decisamente meno avvertita durante la vigenza dell’originario art. 317 c.p., che affiancava alla costrizione anche la forma per induzione. E, come è noto, quel tipo comportamentale era caratterizzato da uno statuto di tipicità irrimediabilmente vago²⁴, con il risultato di assorbire in sé molte condotte in cui il disvalore tipico della

²³ Su tale problematica, G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010; e L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007.

²⁴ Sul concetto di induzione, D. PIVA, *Premesse ad un’indagine sull’“induzione” come forma di concorso e “condotta-evento” del reato*, Napoli, 2013.

concussione – quello della prevaricazione del potere pubblico sulla libertà del privato cittadino – sfumava fino a confondersi con quello proprio degli accordi corruttivi. Inoltre, proprio perché inidoneo a descrivere un preciso modello di comportamento, il concetto di induzione era divenuto con il tempo una sorta di ‘ricettacolo’ nel quale confluivano le più disparate ipotesi che non rivelavano con immediatezza contenuti di tipo costrittivo, come gli atteggiamenti allusivi, le suggestioni, le forme ‘larvate’ (sic!) di minaccia²⁵, persino le attività decettive²⁶.

Oggi non sarebbe più possibile ripercorrere quei sentieri ermeneutici, non solo perché l’induzione è stata autonomizzata e dotata di un proprio statuto di tipicità ai sensi dell’art. 319-*quater* c.p. (con l’evidente soluzione di continuità che ha imposto – che avrebbe dovuto imporre²⁷ – l’introdotta punibilità anche del privato indotto); ma perché lo stesso concetto di costrizione è stato ricondotto dalla giurisprudenza di legittimità ad un più solido statuto di tipicità, ‘ripulito’, per quanto possibile, da declinazioni eccessivamente psicologizzanti ed a base motivazionale²⁸.

Ciò premesso, merita sicuramente maggiore attenzione la successiva fase di ricognizione operata dal tribunale, che si concentra stavolta sui provvedimenti di legittimità che hanno inteso dare attuazione all’indirizzo ermeneutico inaugurato con Maldera. Operazione che permette all’organo giudicante di stilare quell’elenco di parametri ed indicatori indispensabili per verificare la natura concussiva o meno della condotta del medico. Provando a riorganizzarli – senza assolutamente stravolgerli, ma in ogni caso precisandoli – andranno dunque presi in considerazione:

²⁵ A titolo esemplificativo, cfr. Cass., Sez. VI, 11 dicembre 1993, C.E.D. 196048; Cass., Sez. VI, 11 marzo 1992, C.E.D. 189300; Cass., Sez. VI, 22 dicembre 1994, C.E.D. 199987; Cass., Sez. VI, 23 giugno 1996, C.E.D. 204791.

²⁶ Viene, ad esempio, richiamata Cass. pen., 17234/2010, che aveva qualificato come concussione per induzione la condotta di un medico che – per convincere il proprio assistito a procedere celermente attraverso attività intramoenia – aveva falsamente rappresentato allo stesso la presenza di lunghe liste di attesa, in realtà inesistenti. Ed in verità, neanche il carattere indebito della dazione era noto alla vittima, la quale credeva che il pagamento effettuato andasse comunque a vantaggio dell’azienda ospedaliera. Ora, se è pur vero – secondo quella stessa pronuncia, ed in generale per la giurisprudenza dell’epoca – che «l’induzione non è vincolata a forme predeterminate e tassative, potendo concretizzarsi anche in frasi indirette ovvero in atteggiamenti o comportamenti surrettizi, che si esplicano in suggestione tacita, ammissioni o silenzi, purché idonee ad influenzare la volontà della vittima, convincendola dell’opportunità di provvedere al pagamento indebito richiesto», non vi è dubbio che l’ipotesi descritta oggi non potrebbe mai soddisfare i requisiti né della concussione, né dell’induzione indebita, poiché il paziente – ingannato anche sulla natura della dazione, ritenuta legittima – non potrebbe avvertire contenuto minaccioso o illiceità della proposta contrattuale avanzata dal medico. Mentre sembra essere molto più calzante l’ipotesi di *truffa*, eventualmente aggravata ai sensi dell’art. 61, n 9 c.p. e dello stesso art. 640 c.p., co. 2, nn. 1 e 2.

²⁷ La giurisprudenza, infatti, nel discutibile tentativo di salvaguardare i processi in corso all’epoca della modifica legislativa, si è pronunciata nel senso della continuità normativa tra vecchia concussione per induzione e nuova induzione a dare o promettere utilità.

²⁸ Criticabile, sotto quest’aspetto, è un’ulteriore filone di legittimità riportato in sentenza (da ultimo rappresentato da Cass. pen., 18086/11), dai contenuti ‘eterei’ a dir poco, e secondo il quale la relazione medico/paziente «deve essere necessariamente connotata da una ‘pretesa’, per quanto indiretta o perfino implicita, del medico pubblico ufficiale, la quale rivesta forza ed idoneità per esercitare una forma di pressione o sollecitazione sul privato, così ponendolo in uno stato di soggezione e sudditanza psicologica, rispetto ad una volontà che deve essere percepita come dominante e decisiva per la propria salute fisica».

– *il contesto normativo e protocolli previsti dall'ente ospedaliero*: informazione indispensabile, infatti, per poter verificare se il pubblico agente abbia abusato della sua posizione, strumentalizzando *pro domo sua* la capacità di incidere su quell'apparato regolamentare; andrà anche verificato – ed è importante non solo ai fini della eventuale rilevanza penale della condotta, ma anche della sua qualificazione in termini di atteggiamento concussivo, induttivo o direttamente corruttivo – se la soluzione prospettata dal medico tenda ad *assecondare* quel contesto normativo, nel senso che l'intervento esterno alla struttura ospedaliera rappresenta davvero l'unico modo per ovviare agli insuperabili limiti derivanti dal rispetto della regolamentazione ospedaliera; o a *strumentalizzarlo*, nella misura in cui il medico lasci intendere di poter influire negativamente sulla gestione di quel protocollo (prospettando dunque un *male ingiusto*, ergo attuando una minaccia) o di poterlo manipolare a vantaggio del paziente (dunque indirizzando l'abuso nella traiettoria di un *indebita situazione di vantaggio* per il paziente, nel qual caso – ed al netto della concreta punibilità di quest'ultimo – potrebbero suggerirsi le ipotesi dell'induzione indebita o della corruzione)²⁹.

– *il complesso delle circostanze di fatto, quali la patologia del paziente*; la patologia del paziente, in particolare, rileverà non solo per la sua maggiore o minore severità, ma anche per alcuni dei suoi aspetti riflessi, come ad esempio quelli relativi al disagio sociale che essa provoca (si pensi al caso di gravidanze non desiderate, alle conseguenze estetiche che possono creare imbarazzo, alla necessità di salvaguardare la riservatezza del paziente, ecc.³⁰).

– *il registro comunicativo tra medico e paziente, verificando sul piano formale il tenore delle frasi del sanitario, che possono essere esortative, allusive, suggestive, ingannatorie come la pretesa di compensi per prestazioni dovute a carico del servizio sanitario nazionale*: si ricordi, tuttavia, quanto detto a proposito della non decisività – ma del valore al limite indiziario – delle modalità espressive;

– *l'esattezza e la verità delle informazioni fornite dal medico e la congruità delle stesse rispetto ai reali dati di fatto*: per quanto riguarda tale aspetto si devono precisare due punti: il primo è che esse possono riguardare sia il lato clinico e diagnostico in senso stretto (tipo di malattia, grado di sviluppo, tipologia e tempistica dell'intervento, ecc.); sia le procedure burocratiche e regolamentari previste per la gestione amministrativa dell'attività sanitaria da somministrare³¹. Il secondo – di stringente rilievo per una

²⁹ La questione verrà ulteriormente chiarita *infra*, par. 6.

³⁰ Si pensi al caso del medico che minacci di svelare una condizione di salute 'compromettente' – ad esempio una gravidanza indesiderata; o, ancora, alla circostanza – che peraltro ricorre anche in uno degli episodi contestati – che si possano riunire più procedure mediche in un unico intervento, evitando così ulteriore stress emotivo e fisico al paziente.

³¹ La sentenza – in un ulteriore punto elenco che ci sembra di poter qui riunire – parla di *forme di 'strumentalizzazione' da parte del medico nella gestione della patologia del paziente, da individuarsi nella ingiustificata dilazione dell'intervento chirurgico, in un'attività di tipo decettivo-ingannatorio e, precisamente, nella prospettazione di difficoltà organizzativo-burocratiche inesistenti ovvero di liste di attesa inesistenti*. Anche di tale strumentalizzazione è necessario che il paziente si renda conto: essere costretti, si ribadisce ancora una volta, non si riferisce semplicemente alla situazione nella quale il soggetto si trovi a dover scegliere tra due

impostazione della tematica che tenga veramente in considerazione la necessità che il giudizio di tipicità (qui, come in ogni ipotesi di reato) si muova nel solco della più rigida *deontologia valutativa* – è che per poter eventualmente qualificare il fatto come concussione, la strumentalizzazione di tali informazioni (quindi la loro falsa o pretestuosa rappresentazione da parte del medico), deve essere funzionale a perpetrare il prototipo costrittivo, ovverosia a prospettare chiaramente al paziente una minaccia. Non è importante, cioè, che tali informazioni siano necessariamente vere, e neanche che il paziente si renda conto o meno della loro possibile infondatezza, ma che esse permettano al medico di attuare il suo proposito estorsivo. Se il paziente, ad esempio, sa che il medico sta pretestuosamente fornendo notizie false o vaghe – mettiamo millantando lungaggini burocratiche – non vi è dubbio che egli sarà anche consapevole del fatto che tale forma di ostruzionismo è destinata a carpirgli l'indebita *utilitas*; allo stesso tempo, ove il medico stia alterando i termini della vicenda (nei suoi aspetti medici o gestionali) senza che il malato se ne avveda, non è esclusa la dinamica concussiva ove tale attività ingannatoria serva comunque per realizzare – sul piano comunicativo – la minaccia. Della quale, in ogni caso, il privato deve essere consapevole. Ecco, questo deve essere il punto da rimarcare: nella concussione, il soggetto passivo *deve sapere di essere vittima di un ricatto*, e non semplicemente essere meso sotto pressione o sentirsi condizionato nelle sue scelte da alternative che non pensa siano 'governate' dalla volontà del medico. La stessa attività fraudolenta, infatti, ove ottenesse l'effetto di eterodirezionamento nelle scelte del paziente *senza renderlo consapevole del carattere indebito della richiesta del medico*, dovrebbe essere più correttamente valutata come attività di *artifici e raggiri* valida per il delitto di truffa³²;

– *l'esistenza di un pericolo attuale per il bene fondamentale della salute o della vita del paziente*: tale aspetto, di sicuro rilievo, va coordinato sia con quanto detto a proposito della patologia del paziente; sia con quanto da ultimo precisato a proposito della veridicità o meno delle dichiarazioni del medico (il pericolo potrebbe, infatti, essere solo – e falsamente – *prospettato* come imminente, per spingere il paziente ad aderire – consapevole (concussione) o meno (truffa) della minaccia nei suoi confronti perpetrata – alla soluzione privatistica);

soluzioni rischiose (benché una delle due falsamente rappresentata, ed allora avremo truffa). Essere costretti significa essere stati spinti alla scelta a causa del ricatto del soggetto attivo.

³² Una casistica piuttosto frequente – e dalla giurisprudenza acriticamente qualificata nei termini della concussione – è quella del medico non obiettore che operi presso una struttura pubblica ove è possibile eseguire interruzioni volontarie di gravidanza, e che ingannevolmente prospetti alla paziente lungaggini o altri ostacoli organizzativi, che non consentirebbero di accedere all'intervento entro il termine massimo stabilito per legge o comunque senza compromettere la desiderata 'discrezione'. La richiesta di denaro per svolgere l'operazione presso una clinica privata, lasciata fraudolentemente intendere come unica alternativa valida, dovrebbe perfezionare l'evento patrimoniale (danno ingiusto con altrui ingiusto profitto) proprio del delitto di truffa; per la soluzione opposta (concussione), tuttavia, si vedano Cass. 53444/16 e Cass., 13441/19, richiamate dalla sentenza in commento (ove peraltro, ed incoerentemente, si precisa la necessità di valutare – per verificare la condotta concussiva del medico – «se la decisione del paziente sia il risultato di una libera determinazione e di una relazione contrattuale paritaria, sulla quale avrebbe potuto astrattamente incidere un meccanismo di formazione della volontà negoziale viziato da un'attività ingannatoria della controparte»).

– l'impossibilità per il paziente di potersi comportare diversamente per tutelare il proprio bene salute: tale parametro è funzionale all'instaurarsi di quella rigida alternativa cui viene sottoposto il paziente, quell'essere messo "con le spalle al muro" e ridotto a scegliere tra due mali;

– infine bisogna tenere conto dei c.d. '*dati distonici quanto alle modalità costrittive adoperate*', rappresentati 'dalle spinte motivanti dell'*extremae*', ovvero dalle «ragioni che hanno spinto il paziente ad eseguire la prestazione richiesta dal medico, concorrenti o complementari rispetto all'esigenza di tutelare il proprio bene vita o salute»³³: si pensi, ad esempio, alla volontà del paziente di farsi operare dal medico (e da lui soltanto) in virtù delle sue capacità professionali, circostanza che, a rigore, spingerebbe ad escludere un meccanismo di tipo costrittivo.

Ora, seppur si è resa doverosa qualche precisazione – sulla scorta di quelle che sembrano essere le più corrette coordinate ermeneutiche in tema di concussione e dei suoi rapporti con le fattispecie contigue, e dunque assecondando una ancor più puntuale razionalità di sistema – questo modello argomentativo, potrebbe anche seguire una ulteriore evoluzione, elevandolo – previa una sua standardizzazione – a schema generale da utilizzare in ogni caso di contestazione di ipotesi concussiva. Che questo sia il valore aggiunto della sentenza, del resto, lo si è più volte chiarito.

5. La logica conclusione della vicenda: l'esclusione della concussione...

Una volta impostata la linea argomentativa da seguire, il Collegio passa all'esame dei fatti. E, messa al banco di prova di quel paradigma dimostrativo, l'accusa avanzata nei confronti degli imputati inizia a sfaldarsi, perdendo, innanzitutto, ogni possibile connotazione in termini concussivi. Dalle risultanze probatorie, emerge infatti che della sua posizione pubblicistica – della quale non si discute³⁴ – il dirigente medico non ha in alcun modo abusato, attuando un registro comunicativo con i singoli pazienti assolutamente congruo – nei contenuti e nella forma – rispetto ai parametri normativi che regolano sia in generale l'esercizio della professione sanitaria, sia lo specifico settore di disciplina di cui ci si sta occupando.

In tutti i casi clinici sottoposti al suo vaglio, innanzitutto, la diagnosi effettuata dall'imputato risulta corretta e correttamente comunicata. Nessuna forma di suggestione, di inganno, di ingiustificato allarmismo accompagna il registro comunicativo utilizzato dal medico, che si limita a rendere edotto il paziente della propria condizione di salute, della maggiore o minore urgenza di intervenire, dei rischi legati al trascorrere del tempo. Si tratta pur sempre, questo è vero, di gravi patologie, in grado di destabilizzare la tenuta psicologica dei malati e dei loro familiari; ma di certo non si può ritenere – come aveva sostenuto con preoccupante leggerezza l'accusa – che

³³ Cfr. Cass. pen., 28952/2020.

³⁴ Tale qualifica viene invece esclusa per l'ulteriore capo di imputazione relativo al delitto di falso *ex art 479 c.p.*, che si riferisce alle condotte di infedele compilazione dei registri medici che gli imputati hanno realizzato presso la struttura privata.

nella prospettazione di tali pericoli per la salute e per la stessa vita dei pazienti possa individuarsi un meccanismo di tipo coercitivo. Tali informazioni, anzi, rappresentano un vero e proprio *obbligo informativo* che grava sul medico, con riflessi proprio sul diritto del paziente a scelte terapeutiche consapevoli³⁵. Rispetto al quale poi – francamente – poco rileva l'eventuale tonalità espressiva utilizzata dal professionista: potrà capitare di trovarsi davanti a soggetti più o meno empatici o sensibili, usi ad utilizzare di conseguenza toni ed espressioni più o meno forti. Ma la sostanza non cambia: dire, brutalmente, che l'alternativa è tra l'immediato intervento o il sicuro esito infausto della malattia, anche con espressioni poco edulcorate («lei sta rovinata, deve operarsi con urgenza», è stato ad es. detto ad una paziente), non vale a conferire a quella comunicazione un contenuto minaccioso, dovendosene conseguentemente escludere ogni qualifica in termini costrittivi. Sull'operatore sanitario insiste un preciso obbligo di informazione, sulla base del quale deve rendere edotto il paziente di tutto ciò che riguarda la patologia di cui soffre, delle alternative terapeutiche a disposizione, dei rischi legati a ciascuna di quelle alternative; e si cercherà sempre di convincere lo stesso ad intraprendere la soluzione scientificamente considerata la migliore. Ma come si rappresenterà, in termini comunicativi, al paziente, è una scelta che esula da qualunque giudizio di tipo legale, rimanendo confinato all'aspetto umano e relazionale della sua attività professionale, alla sua capacità di instaurare un rapporto fiduciario con il paziente. Non certo alla dimensione giuridica: 'i modi fanno l'uomo', dice il proverbio, ma non certo il medico!

Non diverse le valutazioni che i Giudici operano con riferimento alla gestione da parte del medico, del 'versante' amministrativo della vicenda, giudicando corretto anche sotto questo aspetto il suo operato: vengono rispettati, innanzitutto, i criteri di classificazione che la struttura ospedaliera utilizza per distinguere le singole condizioni cliniche in situazioni di urgenza, di emergenza o ordinarie, da cui dipende poi l'accesso ad una lista di attesa più o meno ampia; vengono correttamente informati i pazienti sugli effettivi tempi di attesa e sulla loro eventuale incompatibilità/rischiosità rispetto alle concrete speranze di successo terapeutico; viene esclusa – sempre in base alle regole vigenti presso la struttura – la possibilità di accedere a particolari procedure di 'scavalco lista', che avrebbero potuto potenzialmente accelerare la calendarizzazione degli interventi chirurgici; di conseguenza, viene ritenuta irrilevante, in alcuni casi, l'omessa informazione da parte del medico dell'esistenza di una simile procedura (che comunque non sarebbe stato oggettivamente possibile attivare in nessuno dei casi, e che dunque non avrebbe mai potuto costituire possibile oggetto di abuso funzionale). Dunque, anche in questo contesto operativo ed informativo, nessuna strumentalizzazione in logica costrittiva da parte del medico.

La verità è che l'errore in cui cade il pubblico ministero – ed il pregiudizio che quell'errore sospinge (quella *predisposizione alla punizione* di cui si è detto in premessa) – è quello di riallacciare in un unico processo causale la condotta con la quale egli informa

³⁵ Cfr. Cass. Sez. IV, 37077-08; in dottrina, P. PIRAS, [La colpa per omessa informazione al paziente che si autodimette](#), in *questa Rivista*, 4 aprile 2023.

i pazienti sul loro stato di salute e delle tempistiche da rispettare presso l'istituto, e la successiva fase con la quale egli – una volta suggerito l'intervento presso la struttura privata – chiede la somma di denaro. Che risulterà, a conti fatti, indebita, ma per tutti altri motivi, attinenti al tipo di regime lavorativo insistente sul dirigente medico. Di ciò non tiene conto il procedente: se esorto qualcuno a sottoporsi ad un intervento costoso, nella tesi accusatoria, lo faccio per ottenere un indebito profitto, e non perché quell'intervento sia realmente – e cioè senza alcun influsso da parte del medico – quello ottimale.

Va invece ribadito come la concussione si debba caratterizzare per il *totale dominio* della dinamica costrittiva ad opera del soggetto agente: come accadrebbe ad esempio, se il medico minacciasse di escludere un paziente da un determinato protocollo clinico – che consentirebbe di accorciare le tempistiche di intervento – chiedendo l'indebito pagamento come condizione liberatoria; o, ancora, se da tale procedura il paziente fosse stato dolosamente escluso da parte del medico, appunto per costringerlo ad adottare la soluzione extra-muraria. Al contrario, il fatto che quelle gravi patologie possano condizionare le scelte in ordine alle terapie da seguire, non significa *ex se* che il medico – nel momento in cui proponga la soluzione più efficace e rapida, quella privatistica – stia *costringendo ad intraprendere* quella strada. Né su tale valutazione deve influire la circostanza – di per sé illecita, ma sotto ben altri profili – che il medico chieda compensi extra ai quali non avrebbe diritto: se questi è stato ligio ai suoi doveri informativi (sia inerenti la malattia ed il suo decorso, sia relativi alle procedure ed alle tempistiche di gestione ospedaliera delle stesse), il fatto che egli si faccia indebitamente consegnare somme di danaro (che non potrebbe ottenere, in quanto dipendente pubblico a tempo pieno) non assume alcun rilievo causale rispetto alla coartazione della volontà dei malati. Dimostrazione ne sia che – *ceteris paribus* – se il medico non avesse avuto alcun interesse privatistico verso la soluzione esterna, nessuno avrebbe insinuato, nel suo fare, l'esistenza di un possibile intento costrittivo attuato mediante abuso delle funzioni. Per farla ancora più semplice: se la malattia è quella, se le tempistiche ospedaliere sono quelle, e se l'unica soluzione per abbreviare i tempi dell'intervento è quella di rivolgersi alla struttura privata, una volta correttamente informato di tutto ciò, sul paziente non avrà alcuna influenza sapere se il medico che si trova di fronte abbia o meno interesse economico nella vicenda.

Non possono che sposarsi appieno, allora, le conclusioni del Tribunale, per il quale non si può «ritenere quali elementi significativi della costrizione da parte del medico la comunicazione al paziente sia della diagnosi sia dei tempi di attesa per la sottoposizione all'intervento chirurgico», risultando le fasi ed i modi di quel registro comunicativo «coerenti con il protocollo dell'ospedale e, in ragione della loro corrispondenza alla realtà [...] privi di valenza per la qualificazione in termini di coercizione della condotta» ascritta all'imputato.

6. ... e dell'induzione indebita a dare o promettere utilità. Qualche considerazione conclusiva.

Sganciando l'impianto accusatorio da qualunque ulteriore appiglio normativo, il Tribunale certifica anche l'insussistenza del delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui all'art. 419-*quater* c.p. Anche qui facendo precedere alla decisione una breve ricognizione del suo statuto di tipicità.

Senza poter qui ripercorrere le faticose tappe che hanno portato alla definizione normativa e giurisprudenziale di questo titolo di reato³⁶, basterà qui ricordare come l'induzione indebita – introdotta nel 2012 – costituisca una sorta di 'via di mezzo' tra la concussione e la corruzione: della prima condivide il carattere prevaricatorio della condotta del pubblico agente, il quale attraverso l'abuso delle sue funzioni o della sua qualità, condiziona – *pur senza costringere* – le scelte dell'*extraneus*; alla seconda viene accomunata in virtù dell'aspetto utilitaristico e parassitario che avvolge nella medesima trama concorsuale tanto il pubblico agente quanto il privato cittadino, entrambi motivati ad agire per il conseguimento di una indebita utilità, nella forma di una indebita remunerazione il primo, e di un'ingiusta utilità per il secondo (derivante dall'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte del complice). *Assenza di minaccia e indebito vantaggio* sono dunque i requisiti che la giurisprudenza – non senza difficoltà – ha individuato quali tratti essenziali dell'induzione indebita, circostanze che la allontanano concettualmente e strutturalmente dalla concussione, e che – soprattutto – spiegano anche la ragione politico-criminale sottesa alla punibilità dell'indotto³⁷. In particolare, come ricorda anche il collegio, «lo Stato può pretendere dal soggetto privato il dovere di resistere alla pressione induttiva dell'*intraneus*, considerato che l'obiettivo primario perseguito dalla norma [...] è quello di 'disincentivare forme di sfruttamento opportunistico della relazione viziato dall'abuso della controparte pubblica'».

Ora, la possibilità astratta che l'abuso funzionale da parte del medico – consistente nel chiedere illecite remunerazioni a fronte di gravi patologie del paziente – possa realizzare gli estremi della fattispecie in esame, è assolutamente condivisibile.

Si ritiene in effetti un errore – spesso ripetuto sia in dottrina che in giurisprudenza – l'idea che nella concussione ospedaliera il carattere *ingiusto* del male possa risiedere anche nella prospettiva di un danno di per sé giusto, quando tuttavia questo sia evocato in maniera pretestuosa dall'agente. Molti autori, in effetti, ritengono ininfluenza il dato dell'ingiustizia o meno del danno, quando la prospettiva di un male futuro venga comunque sfruttata dal soggetto pubblico per ottenere una posizione di vantaggio nei confronti della controparte privata. Tale soluzione non ci convince, poiché rischia di stravolgere tutti i normali requisiti richiesti per la configurazione del delitto in parola (che nel nostro caso verrebbe per assurdo a configurarsi in presenza sia della prospettiva di un *male non ingiusto* – la normale attesa secondo lo scorrimento della lista –; sia nella prospettiva dell'acquisizione di un *indebito vantaggio* in caso di

³⁶ Sulle quali, F. RIPPA, *L'induzione del pubblico agente*, cit. *passim* e spec cap IV.

³⁷ Cfr. Cass. Sez. Un., *Maldera*, cit.

acquiescenza alle richieste remunerative del soggetto pubblico. Male giusto e indebito vantaggio che invece rappresentano proprio gli elementi che la stessa Corte di cassazione ritiene distonici rispetto alla configurazione dell'art. 317 c.p.); in realtà, quando il danno prospettato non sia *contra ius*, nel senso che esso corrisponderebbe ad un legittimo utilizzo dei poteri autoritativi dell'*intraneus*, lo schema sembra essere piuttosto quello proprio della corruzione e dell'induzione indebita: la prospettiva utilitaristica del privato, in questo caso, sarebbe l'unico meccanismo incentivante³⁸. Certo – ed è la ragione, *sostanzialmente comprensibile*, ma *formalmente contra legem*, per cui si pretende invece di configurare la concussione – può accadere che per la natura del male prospettato (e per i beni coinvolti), il privato non possa che aderire alle illecite richieste della controparte: ed è proprio il caso che più ci riguarda, del medico della struttura ospedaliera che proponga, dietro compenso, di accorciare abusivamente i tempi di attesa ordinari. La giurisprudenza della Cassazione e generalmente la dottrina non esitano, in questo tipo di episodi, a qualificare in senso marcatamente prevaricatorio l'atteggiamento del pubblico ufficiale, ritenendolo perciò autore dunque di un fatto di concussione. Reputando al contempo irrilevante l'atteggiamento del privato cittadino (che comunque, a ben pensarci, *approfitta* dell'abuso), in virtù dell'*inesigibilità* di un comportamento osservante delle norme di diritto, a fronte dell'importanza del bene giuridico coinvolto. In realtà manca del tutto, in questi casi, il contenuto minaccioso nel contegno del pubblico agente, sia per una semplice questione "naturalistica", sia dal punto di vista più squisitamente normativo: il male prospettato, in questo caso, non dipende infatti dalla volontà del soggetto agente, requisito indispensabile perché si possa parlare di una minaccia in termini giuridicamente impegnativi. Il male da evitare non è certamente l'inafasto decorso della malattia, che non è condizionato infatti in alcuna misura dai poteri potestativi del soggetto pubblico, il quale, al più, sfrutta a proprio vantaggio una situazione "necessitata" del privato; situazione della quale, si ripete, l'*intraneus* non è responsabile, e che anzi aumenterebbe il fattore probabilistico di rischio proprio in conseguenza di un utilizzo dei propri poteri *conforme a ius*, ovvero sia l'attesa dei tempi canonici della lista di attesa. Utilizzo che dunque neanche può rappresentare possibile oggetto di minaccia. Più corretta, allora, ci sembrerebbe la qualificazione di tale ipotesi come una vera e propria corruzione propria – o, al limite, e per l'appunto – di una induzione indebita – rispetto alla quale, tuttavia, il privato risulterebbe non punibile in virtù dell'operare di uno stato di necessità, *ex art. 54 c.p.*³⁹ E contro la possibile obiezione di un trattamento sanzionatorio troppo lieve per il funzionario pubblico (obiezione per altro fondata più su ragioni di giustizia sostanziale che di corretto *iusdicere*), vi sarebbe la possibilità di riequilibrare il trattamento sanzionatorio verso l'alto attraverso l'applicazione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 61, n. 5 c.p. e 11 co. 1 c.p.

³⁸ Così anche per F. VIGANÒ, voce *La riforma dei delitti di corruzione*, in *Treccani, Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, 156.

³⁹ *Contra*, V. MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit. 60., il quale insiste sulla natura coercitiva della richiesta, rifacendosi – pertanto – al terzo comma dell'art. 54.

Ciò chiarito, sembra agevole poter escludere, nel caso in esame, la configurabilità anche dell'induzione indebita. Come già sottolineato, infatti, i poteri potestativi che fanno capo all'imputato non vengono in alcuna misura ed in nessuno dei casi sottoposti a giudizio strumentalizzati per condizionare le scelte terapeutiche dei pazienti; neanche nel senso di voler loro offrire una soluzione di comodo, consistente nell'accorciare illegittimamente i canonici tempi di attesa (come sarebbe potuto accadere se, ad esempio, il medico avesse proposto l'accesso alla procedura di 'scavalco lista' in difformità delle regole e dei protocolli vigenti nella struttura ospedaliera, dietro pagamento di un illecito compenso). La conclusione, definitiva, cui giunge il Collegio è che, dunque, «la spinta motivazionale fondamentale dei pazienti [...] sia stata, quale espressione della libertà di scelta del trattamento sanitario, quella di salvaguardare il bene primario della vita e della salute, con la conseguenza che non è individuabile la volontà e il perseguimento di un vantaggio indebito e, quindi, contrario alle norme del nostro ordinamento».

Una considerazione finale: la sentenza giunge ad una conclusione condivisibile ed apprezzabile anche sul piano del *messaggio culturale* che essa trasmette: la condotta del medico che abusi delle sue funzioni e del suo ruolo per condizionare indebitamente le scelte terapeutiche dei propri pazienti, per di più affetti da gravi patologie o situazioni di salute complesse, è indubbiamente disdicevole; per essere sicuri della sua rilevanza penale, tuttavia, non è sufficiente rilevare unicamente il solo dato di apparente tipicità rappresentato dalla richiesta di remunerazioni *extra ordinem*, poiché, innanzitutto, esso, in tutte le fattispecie analizzate, rappresenta solo un elemento – di per sé per altro neutro – di più complesse dinamiche di relazione, atteggiandosi – a seconda dei casi, o come vero e proprio 'prezzo' da corrispondere a fronte di un abuso di vantaggio (ed avremo o corruzione, o concussione); o come *utilitas* estorta per evitare le conseguenze sfavorevoli ed ingiuste rientranti nella sfera di dominio dell'agente (configurandosi così la concussione); o come misura del danno patrimoniale che subisce il paziente in qualche maniera tratto in inganno sugli aspetti rilevanti della vicenda terapeutica (e sarà, in questi casi, realizzata la truffa aggravata del pubblico agente). Ma non è sufficiente – ed è il secondo è più importante aspetto – poiché esso, esattamente come avviene nel caso di specie, potrebbe risultare sì un comportamento 'indecoroso', ma del tutto slegato dall'abuso della funzione pubblicistica (e dunque dallo spettro di interesse dell'ordinamento penale), relegando l'ambito della responsabilità del medico – al limite – nel novero delle violazioni disciplinari e di quelle amministrative concernenti il suo regime lavorativo di diritto pubblico.

10/2025

IL DELITTO DI FURTO IN ABITAZIONE ALLA PROVA DELLA NOZIONE “PERSONALISTA” DI PRIVATA DIMORA E DELLE SUE PERTINENZE

Alla ricerca di un difficile equilibrio tra principio di proporzionalità e separazione dei poteri

di Francesco d’Errico

Il Tribunale di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione al delitto di furto in abitazione. L’ordinanza si basa su due punti: il primo riguarda la presunta violazione dei principi di ragionevolezza e di offensività; il secondo, invece, concerne il possibile contrasto con il principio di uguaglianza e con la funzione risocializzante della pena. A partire da una concezione “personalista” della privata dimora e delle sue pertinenze, infatti, per il rimettente solo i luoghi strettamente legati alla sfera privata dell’individuo meriterebbero la tutela “rafforzata” rappresentata dall’aspro trattamento sanzionatorio previsto dalla fattispecie in parola. Sullo sfondo si staglia quel principio di individualizzazione delle pene che sgorga dall’intreccio tra uguaglianza, proporzionalità e teleologia rieducativa; il percorso lungo il quale si snoda l’intera vicenda, però, è quello del rapporto tra discrezionalità del legislatore e margine di sindacato costituzionale rispetto alle sue scelte di incriminazione. Quest’ultimo ha tradizionalmente rappresentato un “campo da gioco” ostico per il giudice delle leggi. Oggi, tuttavia, il perimetro dell’intervento legislativo in punto di trattamento sanzionatorio sembra arretrare sensibilmente a vantaggio della cd. “effettività” dei diritti. Se le ricadute di questa tendenza interpretativa appaiono certamente favorevoli per il reo in termini sostanziali, non vanno comunque sottovalutate le criticità che possono produrre nell’ambito della separazione dei poteri.

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi: la vicenda processuale e l’ordinanza in breve. – 2. La nozione “personalista” di privata dimora e delle sue pertinenze: la questione principale rispetto ai principi di ragionevolezza e di offensività. – 3. Un adeguato trattamento sanzionatorio: un vaglio di legittimità tra legalità, proporzione e funzione rieducativa della pena. – 4. L’art. 624-bis, comma uno, c.p. e le tre dimensioni della proporzionalità. – 5. In conclusione. La proporzione, il legislatore e la Corte: un equilibrio complesso.

1. Cenni introduttivi: la vicenda processuale e l’ordinanza in breve.

Il Tribunale di Firenze, sulla scorta di una concezione “personalista” della privata dimora e delle sue pertinenze, ha rimesso alla Consulta la valutazione di due questioni di legittimità costituzionale relative all’art. 624-bis, comma uno, del codice penale¹. Ad avviso del giudice *a quo*, il delitto di furto in abitazione violerebbe, innanzitutto, i principi di ragionevolezza e di offensività, di cui agli articoli 3 e 25, comma due, della

¹ Reg. Ord. n. 6/2025 Pubbl. su G.U. DEL 29/01/2025 n. 5, Ord. Tribunale di Firenze 16/12/2024, Giudice Dott. Franco Attinà.

Costituzione. La norma, poi, sarebbe illegittima anche laddove non stabilisce che la pena da esso comminata sia diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità. Lesi da questa previsione, infatti, sarebbero il principio di uguaglianza e la funzione rieducativa della pena, di cui agli articoli 3 e 27, comma tre, della Carta fondamentale: specie se letti congiuntamente e in sintonia, non potrebbero sopportare la discriminazione prodotta da un siffatto trattamento sanzionatorio.

Il senso di quanto sostenuto dall'autorità rimettente, allora, è immediatamente intuibile se si considera che la vicenda da cui è scaturita la questione promossa ha visto imputato un soggetto che, al fine di trarne profitto, si è introdotto nell'androne di un condominio, ritenuto dalla pubblica accusa pertinenza dell'abitazione della persona offesa, e si è impossessato di uno scatolone ivi custodito, contenente pezzi d'argenteria, vasi ed un orologio antico, del valore complessivo di circa euro 500,00². Riprendendo la questione principale, non a caso, ad avviso del Tribunale il furto in abitazione parrebbe illegittimo proprio nella misura in cui si applica anche ai fatti commessi nei luoghi comuni degli edifici condominiali.

Più in dettaglio, riconosciuto che l'individuazione dei beni meritevoli di tutela penale, delle condotte punibili nonché la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore e che, di conseguenza, possono formare oggetto di sindacato sul piano della legittimità costituzionale solo ove si traducano in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie, il Tribunale sostiene che l'estensione del particolare rigore punitivo dell'art. 624-*bis* c.p. al caso del cortile del condominio appare ingiustificato. Quest'ultimo, infatti, non sarebbe espressivo del carattere personalistico della dimora e per questo non risulterebbe meritevole di una tutela "rafforzata". La maggiore severità della pena, in effetti, sarebbe resa accettabile dalla natura plurioffensiva della fattispecie, cioè della sua capacità di offendere tanto il patrimonio quanto, soprattutto, la vita privata delle persone, di cui il domicilio e le sue pertinenze costituiscono la proiezione spaziale. Una risposta sanzionatoria come quella prevista dalla norma in esame, dunque, apparirebbe adeguata esclusivamente nel caso della violazione della privata dimora o, al limite, delle sue pertinenze nei casi del singolo appartamento o della villetta unifamiliare, in quanto contesti in cui, a differenza degli spazi comuni degli edifici condominiali, può accedere un numero ristrettissimo di persone.

Anche con riguardo alla seconda questione, poi, il tribunale fiorentino ha argomentato similmente, ritenendo che per le particolari modalità del fatto, non

² Il pubblico ministero, con decreto del 29 ottobre 2024, disponeva la presentazione diretta dell'arrestato per la convalida dell'arresto e il giudizio direttissimo. Nella stessa data, il giudice convalidava l'arresto (senza applicare misure cautelari) e disponeva il rito direttissimo. L'imputato chiedeva personalmente di accedere al rito abbreviato, istanza accolta dal giudice. Le parti formulavano le proprie conclusioni: il p.m. chiedeva la condanna a 3 anni di reclusione e 1.200 euro di multa; il difensore chiedeva l'assoluzione, o in subordine, la concessione dei benefici di legge.

caratterizzate da un disvalore significativo e comunque produttive di un danno patrimoniale di lieve entità, la disciplina dovrebbe considerarsi costituzionalmente illegittima. Ciò nella misura in cui non prevede un'attenuazione di una così muscolare risposta sanzionatoria (minimo edittale di quattro anni di reclusione, oltre alla multa) in relazione a condotte delittuose che, come quella del caso in oggetto, per quanto astrattamente riconducibili alla fattispecie, si rivelino di gravità assai limitata.

Cardine dell'ordinanza, dunque, è davvero l'anticipata concezione "personalista" di privata dimora, cioè una nozione che per valorizzare il rapporto tra individuo, *res* e luogo, è intesa a riconoscere la necessità di una tutela maggiore, che riservi un presidio sanzionatorio più aspro del furto in abitazione soltanto alle cose mobili sottratte nell'ambito di quegli spazi in cui si proiettano con particolare pregnanza la personalità del loro soggetto titolare.

Affiora, sin da adesso, un aspetto: nell'ordinanza annotata, sulla scia di una giurisprudenza costituzionale intesa a limitare, non senza alcune criticità rispetto alla separazione dei poteri, le incontinenze punitive di un legislatore sempre più incline a un approccio *off-limits*³, ha assunto massimo rilievo il principio di proporzionalità.

2. La nozione "personalista" di privata dimora e delle sue pertinenze: la rilevanza della questione principale rispetto ai principi di ragionevolezza e di offensività.

L'attuale assetto normativo delineato dall'art. 624-*bis*, comma uno, c.p. è frutto di un intervento legislativo connotato da una chiara volontà politico-criminale tesa ad inasprire il trattamento sanzionatorio delle condotte di furto in abitazione e di furto con strappo. Se, appunto, prima dell'avvento dell'art. 2 della l.128/2001, esse erano previste come aggravanti dall'art. 625, comma uno, n. 1) e n. 4), e quindi in quanto tali neutralizzabili, in presenza di un concorso eterogeneo di circostanze, con un giudizio di bilanciamento, da quel momento sono state invece elevate a fattispecie autonome.

Orbene, questa nuova forma della fattispecie, novellata nei termini appena descritti, è giunta sino ai giorni nostri ed è proprio quella attualmente oggetto di vaglio costituzionale. Ad oggi, infatti, l'art. 624-*bis*, comma uno, c.p., stabilisce che «chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, mediante introduzione in un edificio o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle pertinenze di essa, è punito con la reclusione da quattro a sette anni e con la multa da euro 927 a euro 1.500».

Tale dato di partenza è indispensabile per inquadrare le ragioni che hanno spinto il giudice *a quo* a sollevare la questione, soprattutto se si considera che questa modifica ha inteso offrire una tutela superiore proprio alla inviolabilità fisica e psichica della sfera personale del soggetto passivo. D'altro canto, il furto commesso in abitazione avviene all'interno di un luogo dove si esprime la personalità del soggetto e la cui violazione

³ Si veda V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 1/2019.

tende a turbare la riservatezza⁴, argomento sul quale il rimettente ha fortemente puntato per sottolineare l'irragionevolezza di un'applicazione che assimili il cortile condominiale alle pertinenze della privata dimora.

In ogni caso, per delimitare la nozione di privata dimora, in dottrina e in giurisprudenza, sono stati individuati almeno tre criteri differenti.

Il primo fa riferimento alla destinazione dello spazio alle attività della sfera privata della persona, ragion per cui rientrerebbero nella privata dimora non soltanto tutti quei luoghi in cui si svolge la vita domestica in senso stretto ma anche quelli in cui la persona esplica la propria personalità attraverso attività professionali, lavorative, culturali, sociali e politiche. Il secondo, invece, si fonda sul potere dello *ius excludendi alios*, ovvero sul potere di escludere altri, di cui gode il titolare della privata dimora.

Da questi primi due criteri sorgono diverse criticità. Da un lato, è indubbio che sono destinati alla privata dimora l'abitazione e tutti quei luoghi in cui si esercitano attività a carattere privato esplicative della personalità, e che non costituiscono invece privata dimora i luoghi pubblici; dall'altro, appaiono invece problematici i luoghi – per così dire – aperti al pubblico, come ad esempio pubblici servizi e stabilimenti industriali. Di ancora più difficile categorizzazione, poi, quei luoghi “misti” in cui coesistono spazi che rientrano nella privata dimora e altri spazi che non vi si possono ricondurre⁵.

A questi orientamenti, poi, si aggiunge un terzo indirizzo, che la giurisprudenza ormai prevalente della Suprema corte ha così enucleato, individuando gli elementi essenziali della nozione di privata dimora: «a) utilizzazione del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata (riposo, svago, alimentazione, studio, attività professionale e di lavoro in genere), in modo riservato ed al riparo da intrusioni esterne; b) durata apprezzabile del rapporto tra il luogo e la persona, in modo che tale rapporto sia caratterizzato da una certa stabilità e non da mera occasionalità; c) non accessibilità del luogo, da parte di terzi, senza il consenso del titolare»⁶.

Ebbene, nonostante la presenza di quest'ultimo approdo, che ha tentato di offrire un'interpretazione tassativizzante del concetto di privata dimora, provando a delimitarlo entro il perimetro segnato dai criteri appena esposti, come sottolineato dal Tribunale nell'ordinanza, «la giurisprudenza di legittimità è [lo stesso] univoca nel ritenere che integri il reato di furto in abitazione la sottrazione illecita di beni mobili posti all'interno di aree condominiali comuni». Ecco perché, facendo leva su quanto rilevato in più occasioni dalla Consulta⁷, trovandosi «in presenza di un indirizzo giurisprudenziale consolidato», il giudice *a quo*, che pure era libero in astratto di non uniformarsi e di proporre una sua diversa esegesi, ha assunto l'interpretazione

⁴ In questi termini R. BARTOLI, *I delitti contro il patrimonio*, in BARTOLI - PELISSERO - SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, 2021, 275 ss.

⁵ Per approfondire il tema si veda sempre R. BARTOLI, *I delitti contro il patrimonio*, cit., 276.

⁶ Cassazione SS. UU. n. 31345/2017.

⁷ Il Tribunale, in particolare, cita le sentenze n. 39 del 2018, n. 259 del 2017 e n. 200 del 2016 e l'ordinanza n. 201 del 2015 della Consulta, che si sono soffermate sulla possibilità assumere l'interpretazione censurata in termini di "diritto vivente" e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali.

censurata in termini di “diritto vivente” e ha deciso di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali⁸.

Entrando nel merito dell’orientamento di legittimità censurato, pur essendo vero che la nozione di pertinenze gode di una sua autonomia rispetto a quella di privata di dimora, di cui si dirà tra poco, è altrettanto vero che la portata del significato della prima dipende fortemente dalla seconda: ciò che è pertinente a qualcosa o qualcuno, infatti, si definisce, inevitabilmente, anche rispetto al contenuto, all’espansione, alla portata di questi ultimi. La pertinenza indica una relazione di reciprocità sulla base di attribuzioni logiche, funzionali, spaziali o di altro tipo. Dunque, l’inclusione del cortile condominiale all’interno della categoria delle pertinenze, come si vedrà, sembra figlia di una non condivisibile interpretazione estensiva con effetti *in malam partem*. In tal senso, non si dovrebbe ignorare il *nomen iuris* dell’articolo, “furto in abitazione”, che fornisce una chiara indicazione restrittiva, volta a contenere la portata del significato delle pertinenze entro ciò che è strettamente attinente all’abitazione.

Di talché, si comprendono la rilevanza e la *ratio* sottese alla questione sollevata, che coinvolge tanto aspetti afferenti all’art. 25, comma due, quanto all’articolo 3 Cost.: è proprio il profilo personalistico della privata dimora e delle sue pertinenze, secondo il Tribunale, a dover colorare di significato il trattamento sanzionatorio più severo, «in ragione dell’offesa recata – non solo al patrimonio – ma anche e soprattutto al domicilio e in generale alla vita privata delle persone, di cui il domicilio costituisce la proiezione spaziale».

Nella ricostruzione del giudice *a quo*, quindi, l’attuale disciplina, finendo per punire nella stessa maniera condotte connotate da un disvalore di intensità radicalmente differente, risulterebbe manifestamente irragionevole e arbitraria, potendo divenire oggetto di sindacato di legittimità costituzionale, in quanto posta al di fuori del margine di discrezionalità offerto al legislatore sulle scelte di incriminazione e sui relativi trattamenti sanzionatori. Questo approdo, ad avviso del Tribunale, non tenendo conto della natura plurioffensiva della fattispecie e assimilando tutte le pertinenze della dimora privata – trattate come una categoria monolitica, senza differenziazioni sulla base del summenzionato criterio personalistico –, finirebbe per produrre esiti discriminatori, scontrandosi con una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie in questione.

Non a caso, il ricorrente sottolinea che «vi è un’evidente differenza tra il garage o la cantina di pertinenza del singolo appartamento e cortile comune del condominio; o, ancora, tra il magazzino degli attrezzi o il locale lavanderia di una villetta unifamiliare e l’androne o il vano scale di un palazzo di dieci piani. Se pur l’accesso a tutti i citati luoghi è normalmente precluso agli estranei senza il consenso di taluno degli aventi diritto, gli stessi coinvolgono comunque un diverso livello di riservatezza ed esclusività, così come – correlatamente – diversi sono il numero di persone abilitate ad accedervi e

⁸ Per quanto riguarda, invece, l’orientamento della Suprema corte, censurato dal giudice *a quo*, quest’ultimo ha fatto esplicito riferimento alle seguenti sentenze: Cassazione Sez. 5 – sentenza n. 1278 del 31 ottobre 2018 Rv. 274389 - 01; Cassazione Sez. 5, sentenza n. 8421 del 16 dicembre 2019 Rv. 278311 - 01; Cassazione Sez. 4, sentenza n. 4215 del 10 gennaio 2013, Rv. 255080 - 01.

la tipologia di condotte che vi sono abitualmente tenute dai titolari». In questa prospettiva, e riprendendo quanto anticipato sull'aspetto lessicale, il rimettente avrebbe forse potuto censurare con più nitidezza l'interpretazione di segno estensivo in grado di attrarre una casistica estranea al disvalore della fattispecie, non limitandosi, come ha fatto, a concentrarsi sul collegamento tra ragionevolezza e principio di offensività ma soffermandosi in maniera più specifica anche sulla connessione tra quest'ultimo e, appunto, il principio di legalità. Un'interpretazione estensiva, con effetti in *malam partem*, delle pertinenze, in grado di includere anche il cortile condominiale al suo interno, infatti, pare allontanare di non poco momento la tutela dalla classe di casi paradigmatici che fondano il nucleo della tipicità dell'incriminazione di furto in abitazione, delitto pensato per offrire un sovrappiù di tutela al patrimonio del soggetto passivo solo ove la condotta maturi in un contesto strettamente legato alla sua vita privata.

Mettendo nel mirino del vaglio costituzionale gli effetti più ruvidi di una certa politica criminale, il percorso lungo il quale si snoda la prima questione, nel dialogo tra legalità, offensività⁹ e ragionevolezza, è quello del rapporto tra discrezionalità del legislatore e margine di sindacato costituzionale rispetto alle sue scelte di incriminazione. A ben vedere, si tratta di un ambito sicuramente complesso, di un "campo da gioco" ostico per il giudice delle leggi, poiché, come già detto, sia con riguardo al *quid puniendum* che al *quantum poenae*, il legislatore gode, tradizionalmente, di una significativa autonomia decisionale¹⁰.

Nonostante ciò, il perimetro dell'intervento legislativo in punto di trattamento sanzionatorio sembra ormai arretrare a vantaggio della cd. "effettività" dei diritti. E se le ricadute di questa tendenza interpretativa appaiono certamente favorevoli per il reo in termini sostanziali, non vanno sottovalutate le criticità che possono produrre nell'ambito della separazione dei poteri.

3. Un adeguato trattamento sanzionatorio: un vaglio di legittimità tra legalità, proporzione e funzione rieducativa della pena.

La seconda eccezione sollevata dal Tribunale di Firenze tenta, per l'appunto, di fare breccia in una Corte sempre più attiva nel sindacato in tema di ragionevolezza e proporzionalità del trattamento sanzionatorio¹¹. Nonostante questa tendenza,

⁹ Su "splendore e crisi" del principio di offensività si veda, su tutti, V. MANES, *Il principio di offensività in materia penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005.

¹⁰ Sul rapporto tra discrezionalità del legislatore e sindacato di legittimità costituzionale si vedano: G. VASINO, *Sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore. Tutela sostanziale dei diritti e tecniche decisorie*, Giappichelli, 2024; A. RUGGIERI, *L'uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore nei giudizi di costituzionalità e le sue implicazioni al piano dei rapporti istituzionali ed interordinamentali*, in *Federalismi*, 2/2/2022.

¹¹ Sul principio di proporzionalità in materia penale (e non solo) in generale si veda F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020.

sviluppata come forse mai prima dalla giurisprudenza costituzionale¹², non bisogna però dimenticare che la Consulta con la sentenza 117/2021¹³ si è già pronunciata con un respingimento proprio su una questione assai simile. Si noti, peraltro, che uno degli argomenti principali della decisione è stato proprio quello del personalismo che caratterizzerebbe l'art. 624-*bis*, comma uno; un personalismo che, tuttavia, in quell'occasione è stato valorizzato in maniera, per così dire, uguale e contraria a quella dell'ordinanza annotata¹⁴, presentando il profilo personalistico del reato come «insuscettibile di una graduazione quantitativa, atteso che il domicilio, quale spazio della persona, o è violato o non lo è, essendo pertanto inconcepibile già sul piano logico un ingresso lieve nell'abitazione altrui»¹⁵.

In ogni caso, il giudice *a quo*, dopo aver ripreso argomentazioni analoghe a quelle illustrate nella prima questione in relazione alla differenza tra cortile condominiale e privata dimora, si è soffermato su un ulteriore elemento, evidenziando che anche nell'ambito degli «ipotetici fatti riconducibili alla fattispecie criminosa in questione, l'episodio ora in contestazione si contraddistingue per la sua lieve entità».

A sostegno della sua tesi il Tribunale non solo ha rimarcato che l'imputato per introdursi nel condominio non ha usato alcuna effrazione, ma ha altresì ricordato che pur essendosi consumato il reato, la persona offesa ha perso il possesso dei propri beni solo per un periodo di tempo limitato e che li ha poi recuperati senza subire dunque alcun pregiudizio patrimoniale. Inoltre, quanto all'oggetto della condotta, i beni sottratti sarebbero di valore contenuto: la stima emersa rispetto al materiale sottratto sarebbe stata di circa 500 euro: il disvalore del fatto risulterebbe, così, assai ridotto.

Da tutto ciò, per il rimettente, discenderebbe un dubbio sulla legittimità costituzionale della norma di cui all'art. 624-*bis*, comma uno, del codice penale, ove non dispone che la pena da esso comminata sia diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità.

La citata disposizione, infatti, risulterebbe illegittima nella misura in cui non prevede un'attenuazione del rigoroso trattamento sanzionatorio (minimo edittale di

Più di recente, e in particolare sulla giurisprudenza citata, G. PONTEPRINO, *La storia infinita del sindacato sulla proporzionalità della pena. I recenti tracciati della giurisprudenza della Consulta nelle pronunce sull'appropriazione indebita e sulla rapina di lieve entità*, in questa rivista, 4/9/2024.

¹² Si noti, peraltro, che tale orientamento si è sviluppato proprio in maniera spiccata nell'ambito dei reati contro il patrimonio. Non si tratta di un caso data la rigorosa impostazione del Codice Rocco in tale materia e visti i diversi inasprimenti operati dal legislatore repubblicano negli ultimi anni. Si vedano, in particolare, nella giurisprudenza della Corte, la sentenza 46/2024, in cui la Consulta ha dichiarato illegittima la pena minima di due anni prevista per l'appropriazione indebita, ma anche la n. 86/2024, con cui la Corte ha introdotto una circostanza attenuante per il reato di rapina e la 120/2023 con cui è stata introdotta un'attenuante per il reato di estorsione.

¹³ Per un commento della sentenza si rimanda a APRILE, *Per la Consulta è costituzionalmente legittimo il trattamento sanzionatorio previsto per il reato di furto in abitazione di cui all'art. 624-*bis* c.p.*, in Cass. pen., 2021, 3140 ss.

¹⁴ Sulla "doppia faccia" del principio di offensività si veda sempre V. MANES, *op. cit.*

¹⁵ In questi termini G. FAILLACI, *Costituzionalmente legittima la tutela rafforzata prevista per il reato di furto in abitazione*, in NJUS, 7/6/2021.

quattro anni di reclusione, oltre multa) in relazione a condotte delittuose che, per quanto conformi al tipo, risultino di gravità assai limitata. A salvarla non sarebbe sufficiente neppure l'esistenza nell'ordinamento delle circostanze attenuanti¹⁶, posto che l'eccezionale rigore del suo trattamento sanzionatorio si esprime già nella cornice edittale di base. Nella prospettiva del Tribunale da ciò non si ricaverebbe soltanto una assenza di proporzione intrinseca, bensì anche sotto il più generale profilo del principio di uguaglianza in relazione a quanto previsto per altre fattispecie delittuose, in particolare con quelle di rapina ed estorsione. In effetti, come ricordato nell'ordinanza «nel caso della rapina e dell'estorsione aggravate perché commesse in un luogo di cui all'art. 624-bis del codice penale – reati senza dubbio più gravi del furto in abitazione – il soggetto potrebbe paradossalmente beneficiare dello stesso trattamento sanzionatorio previsto per il furto in abitazione», dando vita a uno scollamento foriero di una “contraddizione” interna al codice, considerata la oggettiva maggiore gravità delle condotte integratrici di fattispecie come la rapina e l'estorsione, utilizzati in questa sede come *tertium comparationis*, rispetto a quella di furto in abitazione¹⁷.

A essere irrimediabilmente lesi, da questo quadro, infine, sarebbero l'art. 3 Cost., nella sua declinazione della ragionevolezza, e l'art. 27, comma terzo¹⁸. Nell'ordinanza, per chiudere, si sostiene che «l'estremo rigore del minimo edittale previsto per il predetto reato viola [...] il principio di necessaria ragionevolezza nella determinazione della pena, soprattutto se ricollegato alla irrinunciabile funzione rieducativa che la stessa deve perseguire per espresso dettato costituzionale. In assenza di una previsione specifica che contempli una pena più mite per fatti di entità più lieve – come invece disposto per altre fattispecie – in casi come quello in esame (in cui, per modalità della condotta ed entità dell'offesa, il fatto concretamente realizzato sia di gravità

¹⁶ Per approfondire il tema delle circostanze nell'attuale sistema penale si rinvia a I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Giappichelli, 2022.

¹⁷ Come spiegato dal Tribunale, infatti, per entrambi questi delitti il codice prevede una circostanza aggravante ad effetto speciale rispetto ai fatti commessi nei luoghi di cui all'art. 624-bis del codice penale. E tuttavia dopo due significativi interventi della Consulta, le sentt. 120/2023 e 86/2024, è stata prevista una circostanza attenuante per le ipotesi in cui il fatto risulti scarsamente offensivo. Di talché, sebbene la commissione del fatto in un luogo di privata dimora sia un elemento aggravante, astrattamente possibile che una rapina o un'estorsione - pur aggravata perché commessa in un luogo di cui all'art. 624-bis del codice penale - risulti al tempo stesso scarsamente offensiva e quindi possa beneficiare della citata circostanza attenuante. Così, se l'attuale imputato fosse stato sorpreso dalla persona offesa o da altro condomino nell'atto di sottrarre i beni o nell'atto di uscire dal palazzo portando con sé quanto appena sottratto e avesse usato un minimo di violenza o di minaccia il fatto avrebbe dovuto qualificarsi come rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, comma 3, n. 3-bis del codice penale, ma avrebbe potuto verosimilmente ritenersi di lieve entità, in considerazione del luogo in cui il prevenuto si è introdotto (un androne condominiale di un palazzo di vari piani) e della limitata gravità della violenza. Ebbene, nel caso della rapina e dell'estorsione aggravate perché commesse in un luogo di cui all'art. 624-bis del codice penale - reati senza dubbio più gravi del furto in abitazione (nel caso della rapina si tratterebbe proprio dello stesso fatto di furto, con in aggiunta una componente di violenza o minaccia) – il soggetto potrebbe paradossalmente beneficiare dello stesso trattamento sanzionatorio previsto per il furto in abitazione.

¹⁸ Per una riflessione sul rapporto tra proporzionalità della pena e funzione risocializzante della stessa si veda D. GALLIANI, *Dalla polifunzionalità alla proporzionalità. La Corte costituzionale e gli scopi della pena*, in questa rivista, 12/09/2023.

estremamente contenuta) non pare possibile adeguare correttamente il trattamento sanzionatorio alla gravità del fatto e alla necessaria rieducazione del suo autore».

Non si può non ricordare, a questo riguardo, che la Corte ha già chiarito il ruolo centrale della vocazione reinserimento del reo per tutte le scelte inerenti alla pena – anche per il legislatore, non solo per la fase esecutiva della pena in concreto. Come riportato dal giudice *a quo*, d'altronde, citando la stessa Consulta «altre finalità della pena non autorizzano alcun “pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione”: l'individuo, [infatti] non può essere strumentalizzato per fini di politica criminale, “in uno Stato evoluto la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alle funzioni stesse della pena”»¹⁹.

4. L'art. 624-bis, comma uno, c.p. e le tre dimensioni della proporzionalità.

Giunti a questo punto, un esame complessivo dell'ordinanza annotata consente di cogliere come essa restituisca una panoramica dei diversi elementi che hanno concorso a delineare il principio di proporzione e a promuoverne l'applicazione nella giurisprudenza costituzionale in materia di trattamento sanzionatorio penale. Uno sguardo sinottico sulle questioni, in effetti, consente di ricostruire il ruolo catalizzante rivestito dai principi di offensività e di funzione risocializzante della pena per l'affermazione della proporzione nell'ermeneutica costituzionale.

Il principio di proporzione, del resto, è consustanziale al principio di offensività²⁰. Senza la linfa offerta dal primo, il secondo rischia di perdere il vigore necessario non solo per confinare in modo rigoroso nell'area dell'*extrema ratio* l'oggetto del penalmente rilevante ma anche per contenere, unitamente al principio di umanità (*individualizzazione*) e di funzione risocializzante della pena, il trattamento sanzionatorio, in astratto e in concreto, nell'ambito della compatibilità costituzionale²¹.

Tale punto di partenza, tuttavia, pur nella sua importanza, non riesce di per sé stesso a offrire una risposta del tutto soddisfacente al dilemma della “migliore”

¹⁹ Si fa riferimento alla Cort. cost. n. 313/1990.

²⁰ Definisce la proporzione «anima del principio di offensività del reato» F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. CONTE – S. LANDINI, (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Tomo I, Universitas Studiorum, 2017, 322.

²¹ Infatti, «combinandosi col principio di eguaglianza (che ingloba ragionevolezza e proporzione) il principio d'offensività ne risulta rafforzato: da mero custode dei confini ultimi d'una possibile penalizzazione, diventa criterio di conformazione interna del campo. È l'offensività (il livello di offensività) a qualificare la proporzione, agganciandola a un criterio obiettivo, rilevante entro il sistema. È il combinato disposto fra i principi di offensività e di proporzione, il criterio d'invalidazione di norme (o di applicazioni giurisprudenziali) stravolgenti il sistema. In questi termini, il passaggio dall'offensività alla proporzione si rivela non un arretramento, ma un affinamento del volto costituzionale del sistema penale. Anche chi ha parlato di *de-quotazione del principio di offensività a criterio meramente argomentativo*, finisce per riconoscere che proprio il parametro della ragionevolezza consente *declinazioni più variegata e inclini a ospitare valutazioni contenutistiche*». Così D. PULITANÒ, *La misure delle pene tra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017, 49.

dosimetria sanzionatoria. Dopotutto, sarebbe impensabile liquidare in pochi tratti di penna quella «matematica del castigo»²² che «rappresenta [ancora oggi] uno dei maggiori problemi della scienza penalistica, quasi un “oggetto impossibile” della sua dottrina»²³.

L’oggetto di questa tensione di fondo è rappresentato da uno dei pilastri che caratterizzano la cifra dell’architettura liberal-democratica di un ordinamento: la separazione dei poteri. Non a caso, è proprio sulle inevitabili implicazioni inerenti il principio di legalità, rispetto alle scelte di incriminazione e alla misura delle pene previste dal legislatore, che si consumano gli interrogativi in tema di proporzione.

Il carattere non esplicito della Costituzione sul punto costringe a un’interpretazione sistematica piuttosto pregnante. Se, infatti, è vero che sul punto il testo fondamentale non offre indicazioni dirette, con ciò significando che la decisione inerente alla quantificazione delle pene è riservata al legislatore in quanto «espressione di quelle opzioni intimamente politiche – portato della sua legittimazione democratica – che si traducono nell’esercizio di un potere discrezionale difficilmente sindacabile»²⁴, esso pare comunque disporre dei riferimenti adeguati per rafforzare e soprattutto per estendere, al di là della sola offensività, l’ancoraggio costituzionale del principio in questione: «il principio d’uguaglianza pone l’esigenza di fondamento costituzionale delle differenziazioni di trattamento»²⁵ e rappresenta un faro, un metro e una “leva applicativa” per l’intero insieme dei principi costituzionali²⁶.

Nondimeno, come già anticipato, di grande impatto è anche il finalismo rieducativo della pena. Nella stretta connessione tra principio di uguaglianza, anche quando calato nella sua declinazione della ragionevolezza, e vocazione al reinserimento del reo²⁷, infatti, si intravede chiaramente l’esigenza di «strutturare la fattispecie in modo

²² Espressione di F. CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell’art. 73 comma 3 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, 1231 ss.

²³ In questi termini M. ARBOTTI, *La proporzionalità sanzionatoria al cospetto delle confische dei proventi: legalità della pena, vecchie geometrie, nuove vocazioni funzionali*, in questa rivista, 6/2024, 59.

²⁴ Così sempre M. ARBOTTI, *op. cit.*, 60.

²⁵ Di nuovo D. PULITANÒ, *op. cit.*, 49.

²⁶ «Il criterio di proporzione nasce, nella sentenza n. 50 del 1980, nell’orizzonte dell’art. 3 Cost.; ma già la sentenza n. 313 del 1990 istituisce un primo collegamento tra proporzione e finalità rieducativa della pena, di cui all’art. 27, terzo comma, Cost. Il collegamento è poi ripreso dalle successive sentenze n. 343 del 1993, n. 341 del 1994; e infine è chiarito in termini espliciti dalle sentenze n. 68 del 2012 («una pena palesemente sproporzionata – e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa») nonché, soprattutto, dalla sentenza n. 236 del 2016 (“laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente [...] non ne potrà che discendere una compromissione ab initio del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta [...], del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa”). Questa la ricostruzione tra lo stretto collegamento, emerso nella giurisprudenza costituzionale, tra principio di eguaglianza e principio di proporzione, nelle parole di F. VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in L. CASSETTI, F. FABRIZZI, A. MORRONE, F. SAVASTANO, A. STERPA, (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, Volume I, Editoriale Scientifica, 2024, 1113 ss.

²⁷ Su questo rapporto si veda, *ex multis*, E. DOLCINI, *Patologie del sistema sanzionatorio penale e principio della rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2024.

tale prevedere una pena proporzionata all'intera gamma delle condotte astrattamente riconducibili all'illecito ivi tipizzato»²⁸. Aspetto non garantito in maniera adeguata, secondo la doglianza del rimettente, dalla norma censurata, giacché non sarebbe consentito, onde cadere nell'arbitrio, non trattare ugualmente casi uguali, e non differenziare il trattamento di casi disuguali.

Sullo sfondo, sembra stagliarsi quel principio di individualizzazione delle pene che sgorga dall'intreccio tra principio di uguaglianza, ragionevolezza e teleologia rieducativa²⁹: una pena "giusta" – proporzionata – è un *prius* logico, oltre che assiologico, di una pena veramente ossequiosa del dettato stabilito dal terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione³⁰.

Di più, proprio con riferimento alla dimensione *individualizzante*, che trae ispirazione, come noto, dal principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost., tale esito ermeneutico è stato sovente valorizzato nella giurisprudenza della Consulta per opporsi «in via generale alle sanzioni fisse (sentenze n. 222 del 2018, n. 185 del 2021 e n. 40 del 2023), ma anche a preclusioni legislative, in particolare in materia di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti, che impediscano al giudice di commisurare la pena in rapporto a tutte le peculiarità del caso concreto, e in particolare a quei connotati del fatto che ne denotino la minore gravità rispetto al modello astratto pensato dal legislatore (ex multis, anche per la particolare delicatezza dei casi oggetto dei giudizi a quibus, sentenze n. 94 del 2023 e n. 197 del 2023)»³¹: una descrizione che riporta esattamente a quanto tessuto nell'ordito della questione promossa.

Definite le solide basi di appoggio del principio, dunque, per tirare le fila del discorso, è necessario servirsi di tali considerazioni ai fini del vaglio di compatibilità costituzionale del furto in abitazione e del suo trattamento sanzionatorio con il principio di proporzionalità. Ripercorrendo il tracciato dell'ordinanza, non sfugge che il Tribunale abbia inteso confrontarsi puntualmente con tutte e tre le dimensioni principali in cui il principio di proporzionalità si precipita nell'arena sanzionatoria: quella *ordinale*³², quella *cardinale* e quella *individualizzante*.

²⁸ Parlando di fissità delle pene ma con una riflessione che ben si attaglia anche alla nostra riflessione, B. NACAR, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria quale criterio per la disapplicazione parziale della sanzione penale, fra diritto unionale, principi costituzionali e disciplina codicistica*, in *Judicium*, 10/06/2024.

²⁹ *Ex multis*, sul rapporto tra questi principi si veda Cort. cost. n. 149/2018.

³⁰ Su questo legame e più in generale su eguaglianza e proporzionalità della pena si rinvia a R. RUDONI, *Eguaglianza, proporzionalità e individualizzazione della pena nel sindacato di costituzionalità sulle aggravanti 'privilegiate'* (nota a Corte cost., sentenza n. 197 del 2023 in tema di omicidio aggravato dal contesto familiare o affettivo), in *Osservatorio costituzionale*, 3/2024.

³¹ *Ibidem*.

³² «Questa prima tipologia di sindacato – che la dottrina anglosassone definisce da tempo come proporzionalità "ordinale" – si muove in una logica comparativa, o intrasistemica, mirando ad assicurare – in definitiva – la coerenza delle scelte sanzionatorie dell'ordinamento: se il legislatore prevede la pena X per il fatto A, non può legittimamente prevedere la stessa pena X per il fatto B, se il disvalore di quest'ultimo è assai meno grave; e viceversa non è consentito al legislatore prevedere due pene nettamente differenziate in termini di severità, per fatti aventi gravità omogenea», così F. VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale*, cit., 15.

Senza ripetersi rispetto al profilo individualizzante, sul quale ci si è già soffermati, rispetto alla prima dimensione (ordinale), che si fonda sulla comparazione tra il trattamento sanzionatorio contestato e quello previsto per altra fattispecie di reato di pari o di superiore gravità, assunta quale *tertium comparationis*, l'analisi proposta dal giudice *a quo* sembra cogliere nel segno laddove effettivamente la mancata previsione di una fattispecie attenuata per le ipotesi di lieve entità pare violare il principio di uguaglianza in relazione a quanto previsto per i reati di rapina e di estorsione (si veda par. 3).

Allo stesso modo, poi, sembra convincente anche dalla prospettiva della dimensione *cardinale*, o intrinseca (si veda par. 2), intesa quale un test che vede «in gioco non [...] più un imperativo di coerenza interna dell'ordinamento, ma un profilo di "giustizia" – o quanto meno, l'esigenza di evitare l'inflizione di sanzioni che non possano essere difese in quanto reazioni non manifestamente eccessive rispetto alla gravità del fatto commesso. A essere poste direttamente in relazione sono, in altre parole, le sofferenze provocate dalla pena (o dalla sanzione "punitiva"), da un lato, e il danno provocato attraverso l'illecito ai diritti delle vittime e agli interessi lesi dalla condotta illecita, dall'altro»³³. Se, infatti, un trattamento sanzionatorio così impattante può trovare una giustificazione nella plurioffensività che connota il furto in abitazione in privata dimora, secondo i criteri sopracitati, che ben si attagliano a una nozione personalista della stessa e delle sue pertinenze, appare invece manifestamente irragionevole punire alla stregua di una condotta di tal fatta un impossessamento con fini di lucro avvenuto in un'area non soggetta, per la sua natura, a rappresentare quel "prolungamento", quella "rifrazione" della vita privata della persona.

È chiaro, infine, come questa prospettiva, in termini generali, sia ricollegabile a una valutazione sulla «corrispondenza proporzionale tra contenuto di disvalore del reato e pena»³⁴. Un piano in cui l'attività della Corte, pur essendo ormai in una fase diversa – avendo da tempo oltrepassato i confini degli schemi rigidi e delle rime costituzionalmente obbligate –, non può non tenere comunque conto della legittimazione democratica del legislatore e, come detto, di «un potere discrezionale difficilmente sindacabile»³⁵.

5. In conclusione. Il legislatore, la Corte e la proporzione: un equilibrio complesso.

Partendo dall'assunto che «il giudice delle leggi è molto attento ai suoi precedenti» e che raramente li travolge³⁶, pensando alla già citata sentenza 117/2021, si potrebbe essere indotti a credere che l'esito della questione in parola sia scontato³⁷.

³³ Sempre F. VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale*, *op. cit.*, 16.

³⁴ In questi termini F. PALAZZO, *op. cit.*, 323.

³⁵ Parole di M. ARBOTTI, *op. cit.*, 60.

³⁶ Citazione di D. GALLIANI, *op. cit.*, 1.

³⁷ Si noti, tuttavia, che proprio di recente la Consulta, con la sentenza n. 24/2025, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-ter, comma 5, della legge 26 luglio 1975, n. 354, ha ribaltato una sua precedente giurisprudenza e ha così superato un suo consolidato orientamento. Per approfondire si veda V. MANES, *Qualifica di indagato (o imputato) senza effetti pregiudizievoli*, *Il Sole 24 Ore*, 19/03/25, 40.

Eppure, nonostante sia evidente la necessità di una revisione, in sede parlamentare, dell'apparato sanzionatorio del nostro codice in materia di reati contro il patrimonio, nel rispetto non solo della prerogativa della separazione dei poteri, e dei suoi precipitati della legalità ed della riserva di legge, ma anche dell'organicità d'intervento che un tale riassetto meriterebbe³⁸, per riprendere le parole dell'ordinanza, risulta in ogni caso auspicabile «un intervento della Corte costituzionale teso a correggere gli eccessi più macroscopici».

La volontà del legislatore di punire con maggiore rigore determinate condotte, a patto di alcune vistose eccezioni, non è certamente aspetto discutibile dalla Consulta che, così facendo, lederebbe l'inviolabile e discrezionale attività dei rappresentanti legittimi della volontà popolare³⁹; tuttavia, quando tale volontà tracima quei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità che innervano l'intero ordinamento – per via del principio fortissimo enucleato dall'art. 3 Cost. –, sembrerebbe contraddittorio escludere in radice una valutazione, in tali termini, da parte della Corte.

In definitiva, la ragionevolezza dei mezzi votati alla realizzazione di un determinato piano politico, soprattutto quando sono in gioco i diritti fondamentali dell'individuo, non può sfuggire al vaglio del giudice delle leggi; diversamente, quest'ultimo rinuncerebbe alla sua funzione di chiusura del sistema e finirebbe per giustificare l'incriminazione di condotte o la previsione di trattamenti sanzionatori non allineati alla prospettiva costituzionalmente orientata della pena.

³⁸ In questo senso la stessa Corte costituzionale, richiamata anche dal rimettente, laddove afferma che «la pressione punitiva attualmente esercitata riguardo ai delitti contro il patrimonio è ormai diventata estremamente rilevante. Essa richiede perciò attenta considerazione da parte del legislatore, alla luce di una valutazione, complessiva e comparativa, dei beni giuridici tutelati dal diritto penale e del livello di protezione loro assicurato» (così la sentenza n. 190/2020; nello stesso senso la sentenza n. 117/2021, relativa proprio al furto in abitazione).

³⁹ Ben si comprendono, in tal senso, le remore di chi segnala anche rischi, oltre alle opportunità, della valorizzazione della proporzionalità. *Ex multis*, si veda N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Discrimen*, 3/09/2018.

**IL NUOVO DELITTO DI FEMMINICIDIO:
ALCUNE RIFLESSIONI SULLA PROPOSTA DI LEGGE ALLA LUCE DI
UN'INDAGINE EMPIRICA SULLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA
CORTE D'ASSISE DI MILANO**

di Cecilia Pasini

La proposta di introduzione di un delitto autonomo di femminicidio, già approvata al Senato e ora all'esame della Camera, è sin da subito stata oggetto di numerosi commenti nell'ambito della dottrina penalistica. Al fine di offrire un ulteriore spunto di riflessione sulla norma in corso di approvazione – da alcuni classificata tra gli interventi meramente simbolici del legislatore – si è pensato a una indagine empirica sulla recente giurisprudenza della Corte d'Assise di Milano in tema di omicidi di donne per motivi di genere, con l'intenzione di confrontare il trattamento sanzionatorio effettivamente irrogato con quello astrattamente prevedibile qualora si ipotizzasse una imputazione ai sensi del nuovo art. 577 bis c.p., che prevede la pena edittale dell'ergastolo. La ricerca, pur con i limiti di cui si dirà, si propone di valutare l'eventuale impatto, in termini di inasprimento sanzionatorio, della nuova disciplina, operando un confronto con l'impianto repressivo di cui l'ordinamento già dispone come risposta ai casi di femminicidio, al fine di concludere con qualche considerazione sull'opportunità di introdurre il nuovo delitto per come attualmente formulato.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un breve inquadramento del contesto italiano in tema di femminicidi. – 3. Il nuovo delitto di Femminicidio. – 4. Alcune considerazioni critiche sul trattamento sanzionatorio previsto dal nuovo art. 577 bis c.p. – 5. Una analisi della recente giurisprudenza della Corte d'Assise di Milano in tema di femminicidio. – 6. Brevi osservazioni conclusive.

1. Premessa.

A seguito dell'approvazione all'unanimità al Senato della Repubblica, sarà ora sottoposto all'esame della Camera dei Deputati il disegno di legge recante una serie di proposte di modifica, dal punto di vista sostanziale, processuale e organizzativo, alla materia del contrasto alla violenza nei confronti delle donne¹. Tra le varie novità, ha

¹ D.d.l. A.S. 1433, denominato "Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime", approvato dal Senato all'unanimità – a seguito di alcune modifiche rispetto al testo del DDL di iniziativa governativa – nella seduta del 23 luglio 2025. Il testo è poi passato alla Camera dei Deputati (A.C. 2528) ed è attualmente oggetto di esame in commissione Giustizia.

richiamato l'attenzione della dottrina penalista – oltre che dell'opinione pubblica – la proposta di introduzione di una fattispecie autonoma di femminicidio, punita con la pena dell'ergastolo. Prescindendo da un'analisi approfondita della norma (per cui si rinvia ai numerosi autorevoli commenti già presenti sul tema²), il presente contributo intende riflettere in particolare sulle possibili ricadute pratiche dell'introduzione del nuovo delitto, al fine di valutarne l'effettivo impatto sul trattamento sanzionatorio.

In particolare, si è ritenuto che potesse essere di qualche utilità approssimare la questione con un taglio empirico, partendo cioè dall'analisi del trattamento sanzionatorio applicato dalla giurisprudenza per fatti di omicidi di donne in ipotesi riconducibili alla nozione normativa di femminicidio individuata dalla proposta di legge, per confrontarlo con la pena cui andrebbero idealmente incontro gli autori del reato qualora si formulasse un'imputazione ai sensi del nuovo art. 577 *bis* c.p. Scopo dell'indagine empirica è valutare se l'intervento legislativo in fase di approvazione abbia un significato meramente "simbolico", come parte della dottrina sembra ritenere³, o se possa avere anche una ricaduta effettiva in termini di inasprimento del trattamento sanzionatorio.

Pur consapevoli di alcuni limiti dell'indagine empirica da noi condotta – che, come spiegheremo più nel dettaglio in seguito, ha riguardato le sentenze di condanna della Corte d'Assise di Milano nel periodo tra il 2019 e il 2024 – lo studio del campione

² Si vedano, tra gli altri, i commenti – elencati di seguito in ordine cronologico di pubblicazione – di G. FIANDACA, [Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio](#), in questa Rivista, 14 marzo 2025; M. DONINI, [Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già](#), in questa Rivista, 18 marzo 2025; F. MENDITTO, [Riflessioni sul delitto di femminicidio](#), in questa Rivista, 2 aprile 2025; A. PUGIOTTO, [La mimosa all'occhiello del populismo penale \(prima parte\)](#), in questa Rivista, 2 aprile 2025; F. FILICE, A. ROTOLO, [Profili critici e possibili proposte correttive al Disegno di legge n. 1433 del 2025, per l'introduzione del delitto di femminicidio](#), in *Quest. giust.*, 12 maggio 2025; ANM (COMMISSIONE DIRITTO E PROCEDURA PENALE), [Parere sul disegno di legge in materia di "Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime"](#), in questa Rivista, 30 maggio 2025; P. DI NICOLA TRAVAGLINI, [Il femminicidio esiste ed è un delitto di potere](#), in questa Rivista, 5/2025, pp. 5 ss.; C. PECORELLA, [Perché può essere utile una fattispecie di femminicidio](#), in questa Rivista, 2 giugno 2025; V. MONGILLO, [Diritto penale e ingegneria simbolica: i limiti della proposta di un nuovo delitto di femminicidio e le esigenze di tutela effettiva](#), in questa Rivista, 12 giugno 2025; G.L. GATTA, [Il reato di femminicidio: una proposta da riformulare. Tra real politik e principi costituzionali](#), in questa Rivista, 20 giugno 2025; D. PULITANÒ, [Messaggi normativi e messaggi culturali. La discussione sul femminicidio](#), in questa Rivista, 21 giugno 2025; A. MASSARO, [Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio](#), in questa Rivista, 25 giugno 2025; M. PELISSERO, [Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere](#), in *Dir. pen. proc.*, 5/2025, pp. 557 ss.; V. MANES, [Sul disegno di legge avente ad oggetto l'introduzione del delitto di "femminicidio"](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8/2025; R. BARTOLI, [Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?](#), in questa Rivista, 15 luglio 2025; ANM (COMMISSIONE DIRITTO E PROCEDURA PENALE), [Femminicidio: il parere aggiornato dell'ANM sulla proposta di legge](#), in questa Rivista, 15 ottobre 2025.

³ Si vedano, ad esempio, le considerazioni di G. FIANDACA, *Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio*, cit.; M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, cit.; V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica: i limiti della proposta di un nuovo delitto di femminicidio e le esigenze di tutela effettiva*, cit.; A. MASSARO, *Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio*, cit.; G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio: una proposta da riformulare. Tra real politik e principi costituzionali*, cit.; M. PELISSERO, *Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, cit.

di pronunce selezionato consente di trarre qualche considerazione sulle conseguenze dell'introduzione della nuova fattispecie incriminatrice per come attualmente formulata.

2. Un breve inquadramento del contesto italiano in tema di femminicidi.

La valutazione circa l'opportunità di introdurre una fattispecie incriminatrice *ad hoc* volta a punire i femminicidi è indubbiamente complessa e implica riflessioni di varia natura. Rinviando ad altri contributi per una analisi più accurata del tema⁴, ci si limiterà qui a fornire qualche dato sull'attuale situazione italiana utile a contestualizzare il fenomeno, al fine di svolgere una riflessione più consapevole sulla proposta.

Allo stato attuale, i dati sulla violenza di genere in Italia sono limitati: infatti, in assenza di una definizione univoca di "femminicidio", non è sempre agevole interpretare con accuratezza i dati che possono ricavarsi dalle statistiche sugli omicidi a vittima femminile⁵.

Tuttavia, dai dati disponibili è possibile ricavare almeno due fattori fondamentali, che è necessario tenere a mente in un'ottica di efficace contrasto al fenomeno. In primo luogo, occorre rilevare come il numero dei femminicidi sia rimasto pressoché costante negli ultimi vent'anni, pure a fronte di un drastico calo del numero degli omicidi in generale; inoltre, la maggior parte dei femminicidi vengono commessi all'interno dell'ambito familiare o di coppia, molto spesso per mano di un uomo che è (o è stato) legato alla vittima da una relazione sentimentale.

Infatti, sul totale di omicidi a vittima femminile, quelli classificabili come "femminicidi" rappresentano una percentuale molto alta (tra l'80 e il 90% negli ultimi

⁴ Si veda per tutti, e con ampi riferimenti bibliografici, E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Editoriale Scientifica, 2017. Per ulteriori spunti cfr. F. MACRÌ, *Femicidio e tutela penale di genere*, Giappichelli, 2018; A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, pp. 430 ss.; A. ALVAZZI DEL FRATE, M. NOWAK, *Il femminicidio da una prospettiva globale*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 3/2013, pp. 187 ss.

⁵ Sino ad oggi, il più importante lavoro istituzionale di analisi e raccolta dei dati è stato presentato dalla Commissione Parlamentare di inchiesta sul femminicidio istituita dal Senato della Repubblica nel corso della XVIII Legislatura. La Commissione ha analizzato le pronunce relative a 273 omicidi volontari a vittima femminile commessi tra il 2017 e il 2018, classificandone 211 come femminicidi. In assenza di una definizione normativa precisa, la Commissione ha qualificato i femminicidi sulla base dei seguenti parametri: la definizione contenuta nella delibera istitutiva della Commissione secondo cui femminicidio è inteso come «uccisione di una donna basata sul genere»; la definizione richiamata nella Risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 2019, secondo cui il femminicidio è «la morte violenta di una donna per motivi di genere, che avvenga nell'ambito della famiglia, di un'unione domestica o di qualsiasi altra relazione interpersonale, nella comunità, a opera di qualsiasi individuo, o quando è perpetrata o tollerata dallo Stato o da suoi agenti, per azione o omissione»; le definizioni del fenomeno elaborate dalla giurisprudenza di legittimità (tra le altre, Cass. Pen., Sez. I, 1 febbraio 2021, n. 21097, che definisce il femminicidio come «esito finale di una progressione di condotte violente e sopraffattrici, espressione di un estremo tentativo di perpetuare una condizione di dominio violento»); cfr. COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL FEMMINICIDIO, NONCHÉ SU OGNI FORMA DI VIOLENZA DI GENERE, *Relazione su «la risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia. Analisi delle indagini e delle sentenze. Il biennio 2017-2018»*, pubblicato in *Sist. pen.*, 25 novembre 2021, p. 9.

cinque anni) a dimostrazione di come le motivazioni legate al genere della vittima siano alla base della quasi totalità degli omicidi ai danni di donne⁶. Pur non disponendo di una classificazione chiara che copra un arco temporale più lungo, individuando i plausibili casi di femminicidio in base alla relazione tra autore e vittima, i numeri rimangono costanti negli ultimi 20 anni – anche a fronte di un importante calo del numero di omicidi totale, che, pur avendo interessato in maniera indubbiamente più importante gli omicidi di uomini, ha riguardato anche quelli a vittima femminile. Infatti, nel 2002, su 6 donne uccise ogni milione di abitanti, 3 venivano uccise da un partner, ex partner, parente o conoscente; a distanza di vent’anni, nel 2021, il numero di donne uccise in questi contesti rimane pressoché invariato (3 ogni milione di abitanti), a fronte di un totale di omicidi a vittima femminile di poco inferiore alle 4 donne ogni milione di abitanti⁷. Pertanto, può rilevarsi come si siano drasticamente ridotti gli omicidi di donne per mano di autori sconosciuti alla vittima, mentre i numeri degli omicidi commessi da persone molto vicine alla vittima sono rimasti costanti, occupando dunque una percentuale sempre maggiore sul totale degli omicidi a vittima femminile.

Dunque, si tratta di un fenomeno tutt’altro che marginale, che rimane costante nel tempo, si manifesta nella maggioranza dei casi in contesti affettivi e relazionali⁸ e presenta tratti comuni ricorrenti⁹. Non dubitandosi dunque del fatto che il fenomeno meriti una particolare attenzione da parte di tutto l’ordinamento, occorre tuttavia riflettere su quale siano gli strumenti necessari e più efficaci per farvi fronte.

⁶ ISTAT, *Vittime di omicidio – anno 2023*, 20 novembre 2024, p. 10, disponibile al seguente link https://www.istat.it/wp-content/uploads/2024/11/Report_Vittime-di-omicidio_Anno-2023.pdf

⁷ ISTAT, *Vittime di omicidio secondo la relazione con l’omicida – Anni 2002-2023*, disponibile al seguente link <https://www.istat.it/wp-content/uploads/2024/11/omicidi-relazione-autore-DCPC-anni-2002-2023.xlsx>

Come risulta dai dati, l’andamento del dato nel corso degli ultimi vent’anni è altalenante, rimanendo complessivamente costante nel tempo.

⁸ La tendenza è confermata anche dai dati esposti dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio: sul campione di sentenze analizzate e classificate come femminicidi, il 90% dei femminicidi è stato commesso nel contesto familiare o di coppia da un uomo e, nello specifico, nell’81,1% dei casi il delitto è stato commesso per mano del partner o ex partner, cfr. COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL FEMMINICIDIO, NONCHÉ SU OGNI FORMA DI VIOLENZA DI GENERE, *Relazione su «la risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia»*, cit., pp. 18 ss.

⁹ A nostro parere, le considerazioni in merito all’opportunità dell’introduzione di una norma incriminatrice del delitto di femminicidio non possono prescindere dalla valutazione di un dato particolarmente rilevante, cioè il numero dei suicidi tra gli autori dei femminicidi: secondo i dati disponibili, i soggetti che, dopo aver commesso il femminicidio, si tolgono la vita sono circa il 34,9%, cfr. COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL FEMMINICIDIO, NONCHÉ SU OGNI FORMA DI VIOLENZA DI GENERE, *Relazione su «La risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia»*, cit., pp. 22 ss. Tale dato, come già ricordato, si riferisce alle sentenze riferite ai femminicidi commessi nel biennio 2017-2018; l’alta incidenza di femminicidi è altresì confermata dall’Osservatorio di ricerca sul femminicidio presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell’Università di Bologna, che rileva come, sia nel triennio 2015-2017, sia nel triennio 2018-2020, i dati sui suicidi tra gli autori di femminicidi si aggirino intorno al 30% (si deve rilevare come in questi casi siano stati presi in considerazione tutti gli omicidi a vittima femminile, dunque il dato è leggermente impreciso, ma statisticamente può apprezzarsi l’incidenza piuttosto alta del fenomeno). I dati sono consultabili al seguente link: <https://site.unibo.it/osservatorio-femminicidio/it/materiali-della-ricerca/infografiche>.

3. Il nuovo delitto di Femminicidio.

Preliminarmente, si ritiene utile riportare il nuovo testo della norma attualmente all'esame della Camera, poiché l'art. 577 *bis* c.p. ha subito una importante riformulazione in sede di approvazione al Senato rispetto alla prima bozza del d.d.l.

Articolo 577 *bis* (Femminicidio)

«Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali è punito con la pena dell'ergastolo. Fuori dei casi di cui al primo periodo si applica l'articolo 575.

Si applicano le circostanze aggravanti di cui agli articoli 576 e 577.

Quando ricorre una sola circostanza attenuante ovvero quando una circostanza attenuante concorre con taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma, e la prima è ritenuta prevalente, la pena non può essere inferiore ad anni ventiquattro.

Quando ricorrono più circostanze attenuanti, ovvero quando più circostanze attenuanti concorrono con taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma, e le prime sono ritenute prevalenti, la pena non può essere inferiore ad anni quindici».

Il nuovo delitto di femminicidio è, come già sottolineato, fattispecie autonoma di reato rispetto al delitto di omicidio, legata a quest'ultimo da un rapporto di specialità. Innanzitutto, nel nuovo art. 577 *bis* c.p. è specificato il genere della persona offesa («Chiunque cagiona la morte di una donna») e inoltre sono codificate alcune modalità alternative della condotta ai fini dell'integrazione del reato: l'omicidio di una donna è inquadrabile come femminicidio «quando il fatto è commesso *come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna*» oppure «*in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo*» o ancora «*come atto di limitazione delle sue libertà individuali*»¹⁰.

Con riferimento al trattamento sanzionatorio, la pena edittale prevista per il nuovo delitto di femminicidio è l'ergastolo; inoltre, la norma reca alcune disposizioni in tema di bilanciamento delle circostanze del reato, su cui ci si soffermerà in seguito.

¹⁰ Il d.d.l. propone altresì di introdurre una circostanza aggravante (formulata negli stessi termini della fattispecie appena analizzata: la pena è aumentata «quando il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali») per alcuni dei reati più comuni in materia di violenza nei confronti delle donne. Si tratta dei reati di cui agli artt. 572 (Maltrattamenti contro familiari e conviventi); 582 c.p. (Lesioni personali); 583 c.p. (Lesioni gravi o gravissime); 583 *bis* c.p. (Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili); 583 *quinqies* c.p. (Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso); 584 c.p. (Omicidio preterintenzionale); 593 *ter* c.p. (Interruzione di gravidanza non consensuale); 612 *bis* c.p. (Atti persecutori); 612 *ter* c.p. (Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti) e dei reati contro la libertà sessuale di cui agli artt. 609 *bis* e seguenti c.p. (mediante introduzione della circostanza aggravante nel testo dell'art. 609 *ter* c.p.).

Il testo della norma, nella prima formulazione presentata all'esame del Senato¹¹, presentava alcuni profili di criticità – per cui si rinvia ai commenti di autorevole dottrina¹² – specificamente in punto di compatibilità con il principio di precisione e, in modo ancor più evidente, con il principio di determinatezza, corollari del principio di legalità sancito all'art. 25, comma secondo della Costituzione.

La modifica del testo, facendo propri alcuni dei rilievi suggeriti anche in sede di audizione in Senato¹³, appare tesa ad arginare quel difetto di precisione e determinatezza della fattispecie, valorizzando modalità della condotta descritte in modo più preciso e ancorate a elementi maggiormente verificabili empiricamente. In particolare, con riferimento alla prima classe di condotte, agli atti di «odio e discriminazione della persona offesa in quanto donna» sono stati accostati gli atti di «controllo, possesso o dominio», andando a specificare ulteriormente gli atteggiamenti di sopraffazione e prevaricazione, che non risultano più interamente imperniati sull'elemento soggettivo del reato, potendo riferirli ad atteggiamenti di più facile verifica empirica. Con riferimento alla seconda classe di condotte (fatti commessi «in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo»), poi, la formulazione appare esaustiva, poiché si riferisce a una situazione che spesso viene registrata nei processi per femminicidio, in cui l'autore agisce a seguito della scelta della donna di interrompere la relazione sentimentale. Infine, con riferimento alla terza classe di condotte (fatto commesso «come atto di limitazione delle sue libertà individuali»), deve rilevarsi come l'attuale testo, a differenza della formulazione precedente (che parlava di atti commessi «per reprimere l'esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà»), non sia più strutturato in termini di dolo specifico, con esclusivo riferimento al movente del delitto. Tuttavia, proprio questa ultima classe di condotte rimane, a nostro avviso, quella maggiormente critica, poiché possono ancora sollevarsi dubbi sulla sua efficacia tipizzante, in quanto sarebbe difficile da immaginare un omicidio che non costituisca un atto di limitazione delle libertà individuali della vittima.

Infine, si può notare come anche la nuova formulazione si presti alla già prospettata critica in punto di compatibilità con il principio di uguaglianza e

¹¹ Il primo comma, nella precedente versione, era così formulato «Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa in quanto donna o per reprimere l'esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà o, comunque, l'espressione della sua personalità, è punito con l'ergastolo».

¹² Cfr. A. MASSARO, *Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio*, cit.; V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica*, cit., pp. 9 ss.; G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio*, cit.; ANM (COMMISSIONE DIRITTO E PROCEDURA PENALE), *Parere*, cit., pp. 3 ss.; V. MANES, *Sul disegno di legge avente ad oggetto l'introduzione del delitto di "femminicidio"*, cit.

¹³ In A. MASSARO, *Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio*, cit., l'Autrice suggerisce di inserire, come modalità della condotta, la triade "controllo, possesso e dominio", quali elementi costitutivi della violenza di genere per come descritta dalla giurisprudenza; in G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio*, cit., l'Autore suggerisce, tra le altre proposte, di far riferimento all'uccisione come conseguenza del rifiuto della vittima di stabilire o mantenere con l'autore una relazione sentimentale. Suggestioni di questo tenore sono state prospettate nel corso delle audizioni in Commissione Giustizia del Senato, oltre che dagli Autori già citati, anche dalla Dott.ssa Stagnaro (audizione del 29 aprile 2025), dal Dott. Roia (audizione del 13 maggio 2025) e dal Dott. De Vito (audizione del 27 maggio 2025).

ragionevolezza¹⁴, rifiutando altresì di ancorare l'omicidio ai motivi legati al genere (permettendo di superare anche i problemi definatori della "donna" quale persona offesa), nonostante le numerose suggestioni in questo senso¹⁵.

4. Alcune considerazioni critiche sul trattamento sanzionatorio previsto dal nuovo art. 577 bis c.p.

Ci si concentrerà ora sul trattamento sanzionatorio previsto dal nuovo art. 577 bis c.p., che rappresenta indubbiamente un punto cruciale della nuova disciplina. Come anticipato, la nuova fattispecie incriminatrice è accompagnata dalla previsione della pena dell'ergastolo¹⁶. Se da un lato la scelta del legislatore appare giustificata dalla circostanza che si tratti di una fattispecie speciale di omicidio, il cui maggior disvalore è racchiuso negli elementi specializzanti analizzati; dall'altro lato occorre valutare la compatibilità di tale nuova fattispecie, così formulata, con il principio di uguaglianza e ragionevolezza, interrogandosi dunque sulla possibilità (o doverosità) di sanzionare in maniera più severa l'omicidio quando commesso ai danni di una donna e per ragioni legate alla violenza di genere.¹⁷

Sempre con riferimento al trattamento sanzionatorio, occorre una riflessione sulla disciplina delle circostanze prevista dalla nuova norma. Applicandosi le stesse circostanze aggravanti previste per il delitto di omicidio¹⁸, possiamo ipotizzare che nella maggior parte dei casi la contestazione prevederà una forma aggravata del delitto, soprattutto con riferimento alle circostanze di cui all'art. 577, comma 1, n. 1 e comma 2 c.p., in tema di relazione tra autore e persona offesa, poiché, come si è visto in apertura, i femminicidi commessi in ambito familiare e affettivo rappresentano una percentuale elevata sul totale dei casi. Tale considerazione è piuttosto rilevante perché, pur non potendo ovviamente comportare aumenti di pena, tali circostanze aggravanti rileveranno in sede di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti, bilanciamento da considerarsi c.d. blindato¹⁹ ai sensi delle ulteriori disposizioni della norma.

¹⁴ Cfr., tra gli altri, M. PELISSERO, *Il disegno di legge sul femminicidio*, cit. pp. 561-562.

¹⁵ Cfr., ad esempio, F. FILICE, A. ROTOLO, *Profili critici e possibili proposte correttive al Disegno di legge n. 1433 del 2025*, cit.; V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica: i limiti della proposta di un nuovo delitto di femminicidio e le esigenze di tutela effettiva*, cit.

¹⁶ Non ci si soffermerà in questa sede sul complesso ruolo che nel nostro ordinamento riveste la pena perpetua, rinviando per tutti a C. DANUSSO, E. DOLCINI, D. GALLIANI, F. PALAZZO, A. PUGIOTTO, M. RUOTOLO, *Ergastolo e diritto alla speranza. Forme e criticità del "fine pena mai"*, Giappichelli, 2024.

¹⁷ Sollevano dubbi di compatibilità con il principio di uguaglianza ANM (COMMISSIONE DIRITTO E PROCEDURA PENALE), *Parere*, cit., pp. 6-7; V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica*, cit., pp. 11-12; G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio*, cit. Ritengono invece sia compatibile con tale principio, in ragione del carattere sistemico della violenza contro le donne P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il femminicidio esiste ed è un delitto di potere*, pp. 16 ss.; F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit.; A. MASSARO, *Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio*, cit.

¹⁸ Critico sul punto G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio*, cit.

¹⁹ In tema di c.d. bilanciamento blindato (in relazione alle circostanze c.d. privilegiate) si veda I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Giappichelli, 2022, pp. 33 ss. Giova inoltre richiamare

Infatti, il rigore sanzionatorio della nuova fattispecie incriminatrice è acuito ulteriormente dalle limitazioni in punto di riduzione della pena al ricorrere di una o più circostanze attenuanti. In particolare, il comma terzo – che, come anticipato, prevede che la pena non possa essere inferiore agli anni 24 di reclusione qualora ricorra una sola circostanza attenuante (o la stessa concorra con una o più circostanze aggravanti e sia da ritenersi prevalente) – rappresenta norma derogatoria rispetto alla disciplina generale espressa dall’art. 65, c. 1, n. 2 c.p., la quale prevede che, in presenza di una sola circostanza attenuante, alla pena dell’ergastolo sia sostituita quella della reclusione dai 20 ai 24 anni²⁰. Anche in questo caso, dunque, occorre chiedersi se tale diverso trattamento sia sorretto da adeguata giustificazione ai fini del vaglio di compatibilità con il principio costituzionale di uguaglianza e ragionevolezza²¹. Inoltre, tale previsione, se letta in combinato disposto con l’art. 23 c.p., finisce per prevedere, al ricorrere di una circostanza attenuante, l’applicazione della pena fissa di anni 24 di reclusione. Come da tempo sottolineato da autorevole dottrina²² e affermato a più riprese anche dalla Corte costituzionale²³, le pene – di qualunque specie – previste dal legislatore in misura fissa risultano “indiziate” di illegittimità costituzionale, rischiando di porsi in contrasto con i principi di proporzionalità della pena – anche alla luce della necessaria finalità della pena ai sensi degli artt. 3 e 27, terzo comma Cost. – e di necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio, in attuazione del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale di cui all’art. 27, primo comma Cost. E nel caso specifico è proprio questa seconda esigenza di adeguamento della pena al caso concreto e al singolo autore che appare sacrificata: infatti, è da considerarsi che, con riferimento alla norma in esame, il carattere fisso della pena è proprio il risultato del bilanciamento delle

la recente pronuncia della Corte costituzionale proprio in relazione alle circostanze aggravanti di cui all’art. 577 c.p., il cui ultimo comma prevede un divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti (ad eccezione di quelle espressamente richiamate) sulle circostanze attenuanti di cui al comma 1, n. 1 e al comma 2. La Corte, in continuità rispetto ad altre pronunce in tema di bilanciamento c.d. blindato, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’ultimo comma della norma per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3 Cost. “nella parte in cui vieta al giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, primo comma, n. 2 e 62 bis c.p.” (Corte cost., sent. 30 ottobre 2023, n. 197). Si veda, a commento della sentenza e in generale, per alcune riflessioni sull’approccio della Corte costituzionale alla materia della violenza di genere, I. PELLIZZONE, *Omicidio da parte della vittima di violenza domestica e accumulo delle condotte vessatorie: nota a margine della sentenza n. 197 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2024, pp. 327 ss.

²⁰ Inoltre, si noti che tale limitazione non si applica qualora la pena dell’ergastolo derivi dalla sussistenza di circostanze aggravanti e queste risultino soccombenti nel giudizio di bilanciamento: in tal caso la pena base sarà quella edittale prevista per il delitto in questione e si ricadrà nella previsione generale di cui all’art. 65, c. 1 n. 3 c.p.

²¹ La relazione introduttiva, sul punto, si limita ad affermare che la nuova norma prevede un limite all’operatività delle circostanze attenuanti conforme allo schema dell’art. 65 c.p. ma con limiti più restrittivi “in ragione della maggiore gravità della condotta in esame” (p. 7).

²² Per tutti, E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, pp. 338 ss.; C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 725 ss.

²³ In questo senso già Corte cost., sent. 14 aprile 1980, n. 50; recentemente, in tema di pene accessorie, Corte Cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 222 e, negli stessi termini, pur se in tema di sanzioni amministrative a carattere punitivo, Corte Cost., sen. 10 maggio 2019, n. 112.

circostanze del reato, dunque la pena di 24 anni di reclusione è sottratta a qualsiasi ulteriore potere discrezionale del giudice di adeguamento del trattamento sanzionatorio al caso concreto²⁴. La frizione con i richiamati principi costituzionali è ancor più evidente se si considera che nel caso di specie già la pena edittale (l'ergastolo) è fissa per definizione: dunque al giudice non resta che l'alternativa tra la condanna all'ergastolo o, al ricorrere di una circostanza attenuante, alla reclusione nella misura fissa di 24 anni, senza alcuna possibilità di graduare la pena.

Infine, anche il quarto comma dell'art. 577 *bis* c.p. prevede una deroga a una norma di parte generale: infatti, come ricordato, al ricorrere di più circostanze attenuanti, la pena della reclusione concretamente irrogata dal giudice non potrà essere inferiore ad anni 15, derogando dunque al limite fissato in anni 10 di reclusione dall'art. 67 c.p. con riferimento ai delitti puniti con l'ergastolo in relazione ai quali concorrano più circostanze attenuanti²⁵. Pur non ponendosi qui un problema in termini di carattere fisso della pena – essendo possibile, per il giudice, graduare il trattamento sanzionatorio all'interno della forbice che si estende dai 15 ai 24 anni di reclusione – si impone anche in questo caso un attento vaglio di legittimità costituzionale in punto di proporzionalità e ragionevolezza della pena, proprio in ragione del differente trattamento previsto rispetto ad altri delitti puniti con la pena dell'ergastolo (trattamento sanzionatorio che risulta altresì sensibilmente più elevato rispetto al limite minimo previsto in identica situazione in caso di imputazione per omicidio, anche aggravato).

5. Una analisi della recente giurisprudenza della Corte d'Assise di Milano in tema di femminicidio.

Come anticipato, si intende ora procedere con l'analisi delle possibili conseguenze sulla prassi dell'introduzione del nuovo delitto di femminicidio, specialmente in punto di trattamento sanzionatorio. A fine di meglio comprendere se l'inasprimento normativo della risposta punitiva possa tradursi – ed eventualmente in che termini – in un aumento delle pene a livello concreto, si è ritenuto utile un confronto con alcune decisioni pronunciate a legislazione vigente in casi di femminicidio. Pertanto, si è proceduto ad analizzare le sentenze emesse dalla Corte d'Assise di Milano negli ultimi cinque anni, selezionando quei casi che – per quanto emerge dalla motivazione della decisione – potrebbero essere ricompresi nell'ambito di applicazione del nuovo art. 577 *bis* c.p.

²⁴ Infatti, proprio una recente pronuncia della Corte costituzionale dichiarava non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata su una norma che prevedeva una pena fissa proprio sul presupposto che, pur a fronte di una pena edittale fissa, al giudice non era precluso un adeguamento del trattamento sanzionatorio al caso concreto proprio grazie all'apparato delle circostanze attenuanti, cfr. Corte cost., sent. 27 ottobre 2023, n. 195, § 8.2.

²⁵ Inoltre, nemmeno in questo caso, così come per il limite fissato dall'art. 65 c.p., tale limite si applicherebbe nel caso di pena dell'ergastolo come risultato dell'applicazione di una circostanza aggravante. Cfr. nota 19.

Il campione studiato è costituito dalle sentenze pronunciate, in materia, tra il 2019 e il 2024 e la scelta di tale arco temporale è determinata essenzialmente da due fattori. La prima ragione risiede in una modifica di natura processuale intervenuta nel 2019, che ha precluso l'accesso al rito abbreviato per i reati puniti con la pena dell'ergastolo²⁶. Da alcuni studi in merito emerge come gli imputati per delitti di femminicidio optassero per il rito abbreviato in sede di udienza preliminare in un numero elevato di casi (una percentuale stimata tra il 70 e l'80%²⁷) e tale dato trova conferma anche nell'ambito della nostra ricerca, in quanto il numero di sentenze emesse dalla Corte d'Assise di Milano per casi di femminicidio prima del 2019 era estremamente ridotto (solo quattro decisioni pronunciate tra il 2012 e il 2018). Inoltre, poiché la scelta di tale rito comporta la riduzione di un terzo della pena inflitta, l'eventuale analisi delle pronunce del Tribunale (o della Corte d'Assise d'Appello) antecedenti al 2019 avrebbe fornito risultati fortemente influenzati da questa circostanza sotto il profilo del *quantum* della pena, rendendo poco appropriato il confronto con la nuova disciplina che si propone di introdurre.

In secondo luogo, il contesto normativo di riferimento antecedente al 2019 presentava evidenti differenze rispetto a quello attuale in punto di circostanze aggravanti attinenti alla relazione tra autore del reato e persona offesa²⁸: come già ampiamente ricordato, infatti, i femminicidi commessi per mano del partner o ex partner della persona offesa costituiscono una percentuale rilevante sul totale dei casi, ma prima del 2019 era previsto l'aumento di pena (dai 24 ai 30 anni di reclusione) solo nel caso di omicidio commesso dal coniuge, rendendosi dunque poco utile il raffronto con decisioni sensibilmente diverse da quelle che ci si potrebbe aspettare oggi in casi analoghi²⁹.

²⁶ Per effetto della modifica a opera della l. 12 aprile 2019, n. 33, l'attuale art. 438, c. 1 *bis* c.p.p. prevede che «Non è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo»; pertanto, a partire dal 20 aprile 2019, non è stato più possibile accedere a tale rito alternativo.

²⁷ Secondo un'analisi condotta su 370 sentenze emesse dai Tribunali di tutta Italia tra il 2010 e il 2016, nel 71,6% gli imputati dei processi riconducibili a casi di femminicidio sceglievano di essere giudicati con rito abbreviato, cfr. A DINO, *Femminicidi a processo. Dati, stereotipi e narrazioni della violenza di genere*, Meltemi, 2021, p. 61. Una percentuale ancor più elevata è riscontrata da COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL FEMMINICIDIO, NONCHÉ SU OGNI FORMA DI VIOLENZA DI GENERE, *Relazione su «la risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia»*, cit., p. 33: in 95 casi dei 118 arrivati a sentenza durante il biennio considerato (2017-2018) è stato scelto il giudizio abbreviato (si tratta di una percentuale pari all'80,5%).

²⁸ Infatti, inizialmente la circostanza aggravante di cui all'art. 577, comma 1, n. 1 c.p. riguardava solo gli omicidi commessi «contro l'ascendente o il discendente». Successivamente, con l'art. 2, c. 1, lett. a) della l. 11 gennaio 2018, n. 4 si aggiungevano le parole «o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente». Infine, con l'art. 11, c. 1, lett. a), della l. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. Codice Rosso) le parole «o contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente» sono state sostituite dalle seguenti «o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva».

Il comma 2, invece, prima della modifica prevedeva la pena della reclusione da 24 a 30 anni solo nei casi di omicidio commesso «ai danni del coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta». Infatti, il riferimento al coniuge divorziato o all'altra parte dell'unione civile, ove cessata, è stato inserito dall'art. 2, c. 1, lett. b) della l. 11 gennaio 2018, n. 4; e infine, il riferimento alla «persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate» è stato inserito dall'art. 11, c. 1, lett. b), della L. 19 luglio 2019, n. 69.

²⁹ Anche nelle uniche quattro pronunce antecedenti al 2019, infatti, l'autore del femminicidio e la vittima

Pertanto, ci si è focalizzati sulle decisioni emesse successivamente al 2019 e, in base agli indici esposti, si è selezionato un campione di dieci sentenze, i cui fatti – che si riporteranno nei limiti di quanto interessa la presente trattazione – appaiono riconducibili alla nozione di femminicidio ai sensi del nuovo art. 577 *bis* c.p. (con alcune eccezioni, che si preciseranno a breve). Si tratta, infatti, nella quasi totalità dei casi di omicidi commessi ai danni della compagna o ex compagna, all'interno di rapporti di coppia, in relazione ai quali la Corte delineava compiutamente l'atteggiamento di "prevaricazione" dell'autore del delitto e la volontà di "possesso" e "controllo" che lo stesso dimostrava nei confronti della vittima (ad esempio, in un caso l'imputato rifiutava di accettare che la compagna, in epoca precedente alla loro relazione, avesse svolto l'attività di prostituta); in molti altri casi, invece, i femminicidi venivano commessi all'esito della scelta della donna di interrompere la relazione, rendendo ancora più immediata, alla luce della nuova formulazione, la riconducibilità di questi casi a ipotesi di femminicidio ai sensi del nuovo art. 577 *bis* c.p.

Le dieci pronunce analizzate, quanto al trattamento sanzionatorio, possono essere così schematizzate³⁰:

1. G., imputato del delitto di omicidio ai danni della moglie (artt. 575, 577, c. 1, n. 1 c.p.), esclusa la sussistenza di circostanze attenuanti, veniva condannato alla pena dell'ergastolo.
2. F., imputato del delitto di omicidio ai danni della compagna, aggravato dall'aver agito per motivi abietti e futili (artt. 575, 577, c. 1, nn. 1 e 4, in relazione all'art. 61, n. 1 c.p.), riconosciute le circostanze attenuanti generiche equivalenti alle contestate aggravanti, veniva condannato alla pena di anni 23 di reclusione (successivamente riformata in appello ad anni 22 di reclusione).
3. N., imputato del delitto di omicidio ai danni della moglie, aggravato dall'aver agito per motivi abietti e futili (artt. 575, 577, c. 1, nn. 1 e 4, in relazione all'art. 61, n. 1 c.p.) e dalla recidiva specifica ai sensi dell'art. 99, c. 2, n. 1 c.p. (l'imputato aveva già riportato una condanna per il delitto di maltrattamenti ai danni della moglie e dei figli), esclusa la sussistenza di circostanze attenuanti, veniva condannato alla pena dell'ergastolo.

erano (o erano stati) legati da una relazione sentimentale. In due casi di femminicidi ai danni della compagna convivente, la pena irrogata è stata di 24 anni di reclusione, dunque la pena massima prevista per il reato di omicidio in assenza di circostanze aggravanti. In un caso di femminicidio ai danni della compagna, all'imputato è stata irrogata la pena di 25 anni di reclusione, in quanto l'omicidio è stato ritenuto aggravato dall'aver agito per motivi abietti e futili (ai sensi dell'art. 61, n. 1 c.p., richiamato dall'art. 577, comma 1, n. 4 c.p.). Nell'ultimo caso, all'imputato è stata irrogata la pena dell'ergastolo, in quanto l'autore del femminicidio era stato già condannato per il delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p. ai danni dell'ex compagna (omicidio aggravato dalla circostanza di cui all'art. 576, c. 1, n. 5.1 c.p.). Come è evidente, nonostante in nessuno di questi casi sia stata riconosciuta la sussistenza di circostanze attenuanti, le pene concretamente irrogate risultano sensibilmente diverse rispetto a quelle che ci si potrebbe aspettare oggi in presenza delle aggravanti relative all'omicidio commesso in ambito relazionale di cui all'art. 577 c.p.

³⁰ Si precisa che, nel caso di più reati contestati all'imputato, si ripoterà la sola pena irrogata specificamente per il delitto di omicidio, senza tener conto degli aumenti di pena per la continuazione con gli altri delitti.

4. V., imputato del delitto di omicidio ai danni della compagna convivente, aggravato dall'essere stato commesso il fatto con premeditazione (artt. 575, 577, c. 1, nn. 1 e 3 c.p.), esclusa la sussistenza di circostanze attenuanti, veniva condannato alla pena dell'ergastolo.
5. R., imputato del delitto di omicidio ai danni della moglie (artt. 575, 577, c. 1, n. 1 c.p.), riconosciute le circostanze attenuanti generiche equivalenti alla contestata aggravante, veniva condannato alla pena di anni 24 di reclusione.
6. K., imputato del delitto di omicidio ai danni della compagna convivente, aggravato dalla recidiva semplice (artt. 575, 577, c. 1, n. 1, 99, c. 1 c.p.), riconosciute le circostanze attenuanti generiche equivalenti alle contestate aggravanti, veniva condannato alla pena di anni 24 di reclusione.
7. S., imputato del delitto di omicidio ai danni della moglie, aggravato dall'essere stato commesso il fatto in occasione della commissione del reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. (artt. 575, 577, c. 1, n. 1, 576, c. 1, n. 5 c.p.), esclusa la sussistenza di circostanze attenuanti, veniva condannato alla pena dell'ergastolo.
8. I., imputato del delitto di omicidio ai danni della compagna convivente, aggravato dall'essere stato il fatto commesso con premeditazione e dall'aver agito con crudeltà (artt. 575, 577, c. 1, nn. 1, 3 e 4, in relazione all'art. 61, n. 4 c.p.), esclusa la sussistenza di circostanze attenuanti, veniva condannato alla pena dell'ergastolo.
9. S., imputato del delitto di omicidio aggravato dalla premeditazione, dai motivi abietti e futili e dalla recidiva semplice (artt. 575, 577, comma 1, nn. 3 e 4, 99, comma 1 c.p.); concesse le circostanze attenuanti generiche in regime di prevalenza rispetto alle contestate aggravanti, veniva condannato alla pena di anni 16 di reclusione.
10. T., imputato del delitto di omicidio aggravato dalla relazione di parentela con la vittima (suocera) e dalla c.d. minorata difesa (artt. 575, 577, comma 2 e 61, n. 5 c.p.), ritenute sussistenti la circostanza attenuante della parziale infermità di mente ai sensi dell'art. 89 c.p. e le circostanze attenuanti generiche, prevalenti sulle contestate aggravanti, veniva condannato alla pena di anni 14 di reclusione.

Dunque, come si evince chiaramente, si tratta in tutti i casi di delitti di omicidio aggravato: nello specifico, sussiste sempre – ad eccezione degli ultimi due casi, su cui ci si soffermerà a breve – la circostanza aggravante di cui all'art. 577, c. 1, n. 1 c.p., spesso in concorso con ulteriori circostanze aggravanti. Concentrandosi inizialmente sui primi otto casi, in cinque pronunce, esclusa la sussistenza di circostanze attenuanti, la pena concretamente inflitta è stata quella dell'ergastolo: dunque, in relazione a queste decisioni, ipotizzando un'imputazione ai sensi del nuovo art. 577 *bis* c.p., l'esito, dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, non subirebbe alcuna modifica.

Per quanto concerne invece i casi nn. 2, 5 e 6, sono state riconosciute sussistenti le circostanze attenuanti generiche in regime di equivalenza rispetto alle contestate aggravanti: pertanto, ipotizzando un'imputazione ai sensi dell'art. 577 *bis* c.p. e immaginando un identico bilanciamento delle circostanze, la pena da irrogare coinciderebbe con la pena base prevista per il delitto di nuova introduzione, dunque anche in questi ulteriori tre casi la pena irrogata sarebbe quella dell'ergastolo. Tuttavia, si ritiene fondamentale una precisazione: tutte e tre le sentenze sono state pronunciate

in epoca antecedente alla decisione della Corte costituzionale n. 197 del 2023 che, come già ricordato, è intervenuta sul bilanciamento c.d. blindato previsto dall'ultimo comma dell'art. 577 c.p. Tale divieto di prevalenza (vigente al momento in cui le sentenze sono state pronunciate e oggi non più operante a seguito della dichiarazione di illegittimità parziale della norma a opera della Corte costituzionale) non troverebbe in ogni caso applicazione in sede di bilanciamento di circostanze in relazione al delitto di femminicidio (opererebbe in questo caso solamente la disciplina dei commi 3 e 4 del nuovo art. 577 *bis* c.p.): ovviamente, non è possibile spingersi a ipotizzare quale sarebbe stata la determinazione dei giudici alla luce di una differente disciplina inerente al bilanciamento delle circostanze (e nello specifico se, in assenza del divieto di prevalenza, avrebbero ritenuto le circostanze attenuanti prevalenti rispetto alle contestate aggravanti), ma ci si limita qui a sottolineare come, qualora vengano concesse le circostanze attenuanti generiche in regime di prevalenza rispetto alle contestate aggravanti, anche con una imputazione ai sensi del nuovo art. 577 *bis* c.p., la pena da irrogare sarebbe – necessariamente³¹ – quella di 24 anni di reclusione (coincidente con quella concretamente irrogata nei casi nn. 5 e 6).

Occorre ora soffermarsi sugli ultimi due casi elencati (nn. 9 e 10), che, come è evidente, prevedono un trattamento sanzionatorio sensibilmente inferiore rispetto agli altri. Queste due pronunce meritano a nostro avviso una trattazione separata in quanto, se i casi sino ad ora analizzati potrebbero essere sussunti senza grandi difficoltà nella nuova formulazione del delitto di cui all'art. 577 *bis* c.p., per questi ultimi due casi la qualificazione di femminicidio, dal punto di vista giuridico, non appare altrettanto pacifica.

Infatti, con riferimento al primo caso, la nuova norma sarebbe in grado di incidere in maniera evidente sul trattamento sanzionatorio: qualora si immaginasse, per un caso analogo, un'imputazione ai sensi del nuovo art. 577 *bis* c.p., la pena da irrogare sarebbe quella di 24 anni di reclusione, dunque sensibilmente differente rispetto a quella effettivamente inflitta (coinciderebbe infatti con la pena base prima della riduzione di un terzo per le circostanze attentanti generiche). Tuttavia, si nutrono alcuni dubbi sulla riconducibilità del caso di specie all'art. 577 *bis* c.p. per come attualmente formulato. In particolare, si tratta dell'omicidio di una *sex worker* commesso nell'ambito di un "regolamento di conti" tra due gruppi criminali (che operavano nell'ambito dello sfruttamento della prostituzione) per la suddivisione delle "zone di controllo" della città. Certamente può leggersi un atteggiamento connotato da misoginia in tale delitto, tuttavia non è a nostro parere immediato sussumere il fatto in questione in un "atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa in quanto donna" o in un "atto di limitazione delle sue libertà individuali", o, quantomeno, non più di quanto potrebbe argomentarsi a fronte di un qualsiasi episodio di omicidio (né tantomeno possono rilevare quelle modalità della condotta che presuppongono una relazione più intima tra l'autore del reato e la vittima). Dunque, pur se l'omicidio delle *sex workers* è, dal punto di vista socio-criminologico, uno dei casi emblematici di femminicidio, l'attuale

³¹ Cfr. *supra*, par 4.

formulazione della norma – improntata a ricomprendere soprattutto i casi di c.d. *intimate femicide*, dunque quei femminicidi che si consumano all’interno di relazioni molto strette – fatica, a nostro avviso, a ricomprendere questa classe di fattispecie concrete.

Il secondo caso riguarda invece il contesto familiare, ma le peculiarità della vicenda non permettono di ricondurlo univocamente a un caso di femminicidio: in particolare si tratta dell’omicidio della suocera (e del tentato omicidio della moglie) da parte di un uomo che si trovava a vivere un forte stato depressivo e che risultava essere sopraffatto dalla circostanza che, sia la moglie che la suocera, entrambe invalide e con difficoltà a spostarsi, necessitassero di costanti cure. Tali motivazioni non sono, a parere di chi scrive, perfettamente compatibili con un atto di odio o discriminazione delle persone offese “in quanto donne”, né con un “atto di limitazione delle libertà individuali”; e nemmeno in questo caso possono venire in rilievo le altre modalità della condotta, che fanno riferimento a una relazione sentimentale tra i soggetti o a elementi quali il controllo, il dominio e il possesso, difficilmente applicabili a un rapporto tra genero e suocera. In questo caso, tuttavia, il trattamento sanzionatorio potrebbe non discostarsi eccessivamente da quello irrogato, infatti anche ipotizzando una imputazione ai sensi del nuovo art. 577 *bis* c.p., il giudice, riconoscendo le circostanze attenuanti in regime di prevalenza sulle contestate aggravanti, avrebbe dovuto irrogare una pena non inferiore ai 15 anni di reclusione, ai sensi del comma 4 della norma.

6. Brevi osservazioni conclusive.

Pur nella consapevolezza di come l’esiguo numero di sentenze analizzate non consenta di formulare conclusioni con valenza generale, si ritiene tuttavia che la ricerca possa fornire l’occasione per qualche riflessione.

In primo luogo, la stessa selezione del campione di riferimento (riducendo dunque l’arco temporale solo agli ultimi sei anni) è in grado di fornire alcuni dati importanti. Infatti, analizzando le riforme in materia processuale (dunque l’impossibilità di accedere al rito abbreviato) e in tema di circostanze aggravanti intervenute tra il 2018 e il 2019 si può registrare un progressivo inasprimento del sistema sanzionatorio, che ha avuto effettive ricadute sulle pene concretamente irrogate (dal momento che in un numero molto elevato di casi i femminicidi sono oggi giuridicamente qualificati come omicidi aggravati). Tale intuizione trova supporto anche nei lavori della Commissione di inchiesta sui femminicidi, che, nell’analizzare le sentenze relative ai femminicidi commessi nel biennio 2017-2018 (dunque in epoca precedente alle richiamate modifiche), sottolineava come la percentuale di condanne a una pena inferiore ai 20 anni di reclusione fosse più alta della percentuale di condanne alla pena dell’ergastolo o di 30 anni di reclusione³². In sintesi, dunque, se si estendesse l’analisi alle pronunce anteriori al 2019, soprattutto per quei procedimenti (oltre i due terzi) per i quali l’imputato

³² Cfr. COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL FEMMINICIDIO, NONCHÉ SU OGNI FORMA DI VIOLENZA DI GENERE, *Relazione su «La risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia»*, cit., p. 34.

sceglieva di essere giudicato con il rito abbreviato, lo scollamento tra il trattamento sanzionatorio inflitto e quello che si prospetterebbe all'esito dell'approvazione del nuovo art. 577 *bis* c.p. sarebbe sicuramente più rilevante. Pur in mancanza di dati aggiornati sul punto, le poche sentenze analizzate e lo studio delle modifiche normative fanno ragionevolmente ritenere che il trattamento sanzionatorio si sia progressivamente inasprito, soprattutto, come si è evidenziato, nella vigenza del c.d. bilanciamento blindato di cui all'art. 577, ultimo comma c.p., oggi dichiarato parzialmente illegittimo dalla Corte costituzionale. A seguito di questa pronuncia – pur non disponendo di dati specifici sul punto – l'assetto sanzionatorio potrebbe andare incontro a qualche modifica e dunque il nuovo art. 577 *bis* c.p. sarebbe forse capace di incidere maggiormente; tuttavia, giova ricordare che anche la nuova norma reca una disciplina assai rigida in tema di bilanciamento di circostanze e pene fisse, che potrebbe essere presto sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

In secondo luogo, secondo quanto emerso dalle sentenze analizzate, non può dirsi che la nuova norma sia priva di qualsiasi efficacia, in quanto, in alcuni dei casi riportati (nello specifico, tre sugli otto che risultano pacificamente riconducibili alla nuova fattispecie) un'ipotetica imputazione ai sensi dell'art. 577 *bis* c.p. porterebbe a un maggior rigore sanzionatorio, pur se con scostamenti abbastanza modesti. Tuttavia, deve osservarsi come, tra le sentenze analizzate, le pene concretamente meno severe siano state inflitte proprio a fronte di situazioni che – se possono, presumibilmente, essere ricondotte alla nozione di femminicidio dal punto di vista socio-criminologico – si avrebbe qualche difficoltà a ricondurre alla fattispecie di femminicidio per come attualmente formulata. Ed è proprio su questi casi, invece, che il nuovo trattamento sanzionatorio sarebbe in grado di incidere maggiormente (non ricorrendo, al contrario di quanto accade per tutti gli altri casi, la circostanza aggravante di cui all'art. 577, c. 1, n. 1 c.p.). Può affermarsi, dunque, che un aumento del *quantum* di pena a seguito dell'introduzione della norma sia prospettabile solo in termini minimi, se non quasi nulli per tutti quei casi in cui le circostanze aggravanti erano già in grado di assicurare il massimo rigore punitivo. La norma infatti è incentrata sui casi c.d. *intimate femicide* – che, come chiarito, rappresentano una percentuale elevata sul totale dei femminicidi – poiché le modalità della condotta tipizzate dalla norma si riferiscono ad atteggiamenti che possono più facilmente esplicitarsi in un rapporto di coppia (come ad esempio la triade “possesso, controllo e dominio”), fino a richiamare espressamente l'interruzione (o il rifiuto) da parte della donna di intrattenere una relazione sentimentale quale elemento scatenante il femminicidio. Tuttavia, come già esposto, queste vicende risultano già pacificamente punite con estremo rigore per effetto delle modifiche in tema di circostanze aggravanti che dal 2018 hanno interessato la materia, rendendo dunque quasi superfluo l'ulteriore inasprimento del trattamento sanzionatorio previsto dalla nuova norma, che invece potrebbe comportare un considerevole aumento di pena proprio a fronte di omicidi non già aggravati dalla relazione tra autore e vittima, casi che, tuttavia, risultano di più difficile riconducibilità all'attuale formulazione della fattispecie.

Indubbiamente, sarebbe interessante poter valutare l'effettiva incidenza su un campione più esteso di pronunce, allargando dunque l'indagine ad altre Corti d'Assise,

al fine di verificare con maggiore accuratezza quando intuito. Tuttavia, alla luce di quanto analizzato, può affermarsi che, se la finalità è quella del massimo rigore sanzionatorio, il nostro ordinamento è già dotato – a livello puramente repressivo – di strumenti idonei per rispondere al fenomeno, anche senza l'introduzione della pena fissa dell'ergastolo.

In conclusione, dunque, se dal punto vista dell'inasprimento del trattamento sanzionatorio può ipotizzarsi un'effettività solo marginale della norma, rimane da chiedersi – pur non ritenendo di fornire in questa sede una risposta al quesito – se sia da confermare l'ipotizzato ruolo meramente simbolico dell'intervento o se invece lo stesso possa svolgere una qualche funzione almeno in termini di prevenzione generale positiva, ritenendo in ogni caso fondamentale che l'eventuale intervento repressivo sia affiancato da misure diverse e ulteriori che agiscano sul piano culturale ed educativo³³.

³³ Si vedano in questo senso le riflessioni contenute nel documento sottoscritto da 77 tra professoresse, ricercatrici e studiose penaliste [Il reato di femminicidio presentato dal Governo: le ragioni della nostra contrarietà](#), pubblicato in *questa Rivista*, 28 maggio 2025.

**CONTENZIONE MECCANICA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI:
LACUNE NORMATIVE, INSUFFICIENTI GARANZIE PROCEDURALI E
PROSPETTIVE DI RIFORMA ALLA LUCE DELLA CONDANNA
DELL'ITALIA PER VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU**

Corte eur. dir. uomo, sentenza 7 novembre 2023, Lavorgna c. Italia, ric. 8436/21

di Antonella Lanteri

La condanna della Corte Edu del 7 novembre 2024 (caso Lavorgna c. Italia) per la violazione dell'art. 3 Cedu in relazione all'applicazione prolungata e sproporzionata della contenzione meccanica nei confronti di un paziente in TSO impone una riflessione sulla legittimità di una pratica ancora ampiamente diffusa all'interno dei luoghi di cura, ma priva di un fondamento normativo. Il contributo analizza la pronuncia esaminando i presupposti dell'impiego di strumenti coercitivi, ricostruendo il quadro normativo, anche alla luce delle garanzie costituzionali di cui agli artt. 13 e 32 Cost. Attraverso l'analisi del DDL n. 1179/2024, attualmente in corso di esame in commissione, si riflette sull'opportunità di introdurre una regolamentazione organica che, attraverso il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali, assicuri la tutela effettiva dei diritti fondamentali della persona.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso. – 3. La pronuncia della Corte Edu nel caso Lavorgna – 3.1. Sviluppi interpretativi e nodi critici sulla necessità di applicazione della misura contenitiva. – 4. Il quadro normativo in materia di uso di strumenti di coercizione nei confronti del paziente psichiatrico. – 5. Quali garanzie costituzionali per i diritti del paziente meccanicamente contenuto? – 6. Contenzione meccanica e cause di giustificazione. – 7. Le pratiche di contenzione in Italia: criticità strutturali e prospettive di riforma. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Con la sentenza in commento¹, il 7 novembre 2024 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu, per aver sottoposto un paziente psichiatrico, ricoverato in regime di trattamento sanitario obbligatorio, ad un uso prolungato e ingiustificato della contenzione meccanica. La decisione offre

¹ Corte Edu, sentenza 7 novembre 2023, Lavorgna c. Italia, ric. 8436/21. La sentenza è stata pubblicata in questa Rivista, [Contenzione meccanica prolungata in una struttura psichiatrica: la corte Edu condanna l'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu](#), ed è stata commentata da G. DODARO, *La prosecuzione della contenzione meccanica di un paziente psichiatrico oltre il tempo strettamente necessario costituisce trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 Cedu*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2024, p. 1496 ss.

l'occasione per tornare a riflettere sulla delicata questione dell'impiego di strumenti di coercizione all'interno dei luoghi di cura e sull'opportunità di regolamentarne per legge l'uso a tutela dei diritti fondamentali di libertà e della dignità della persona, costituzionalmente e convenzionalmente garantiti.

2. Il caso.

La vicenda trae origine dal ricorso presentato da un giovane paziente, all'epoca dei fatti diciannovenne, inizialmente ricoverato su base volontaria presso il Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura (in seguito, SPDC) dell'Ospedale Santa Maria delle Stelle di Melzo, con l'esigenza prioritaria di una rivalutazione, in ambiente protetto, della terapia farmacologica da assumere. La storia clinica del ricorrente, che già comprendeva tre precedenti ricoveri, evidenziava una diagnosi di PNAS – *psicosi non altrimenti specificata* –, associata a comportamenti etero aggressivi. Dalla sentenza in esame si apprende che il 7 ottobre 2014, in occasione di una visita dei genitori, il giovane chiedeva di far ritorno a casa e che a fronte del rifiuto del personale medico di dimmetterlo, ritenendo che la terapia farmacologica fosse ancora in fase di rivalutazione, reagiva con «aggressione fisica nei confronti del padre e successivamente nei confronti della madre e del primario»². In considerazione dello stato di acuzie psichiatrica del paziente, veniva disposto il TSO con contestuale sottoposizione a sedazione farmacologica e a contenzione meccanica³ a caviglie e polsi, che si sarebbe protratta per quasi otto giorni.

Trascorsi diversi mesi dalle dimissioni, il 25 novembre 2015 il paziente denunciava i due medici del SPDC di Melzo per maltrattamenti (art. 572 c.p.), sequestro di persona (art. 605 c.p.) e violenza privata (art. 610 c.p.), lamentando un'intenzionale e arbitraria sottoposizione da parte dei sanitari a un'immobilizzazione meccanica e farmacologica, che gli avrebbe causato intense sofferenze fisiche e psichiche.

Il 7 febbraio 2019 il Pubblico Ministero chiedeva l'archiviazione del procedimento, rilevando – tra l'altro – come il trattamento coercitivo e, in particolare, l'uso della forza fisica esercitata trovasse giustificazione nel dovere di cura che investe i sanitari a tutela della salute e dell'integrità fisica dei pazienti o terzi. In quel contesto,

² Corte Edu, I sez., 7 novembre 2024, Lavorgna c. Italia, p. 2.

³ Il *National Institutes of Health* (NIH) definisce i mezzi di contenzione come «dispositivi che limitano i movimenti del paziente. Le contenzioni possono aiutare a impedire che una persona faccia male o arrechi danno ad altri, compresi coloro che la assistono» (*Use of restraints*, in *A.D.A.M. Medical Encyclopedia*, 2023, disponibile al seguente [link](#)). Le modalità della contenzione sono eterogenee per forma e intensità. Possono consistere nell'apposizione di misure strutturali-organizzative che modificano l'ambiente di vita del paziente, come la chiusura o la vigilanza da parte del personale sanitario delle porte d'ingresso del reparto o del servizio, il divieto di uscita senza accompagnatore, l'isolamento in un'apposita camera (c.d. contenzione ambientale), nella somministrazione di farmaci, tranquillanti o sedativi, in dosaggi non giustificati da esigenze di cura (c.d. contenzione farmacologica), nell'uso della forza fisica (c.d. contenzione fisico-manuale) o, infine, nell'impiego di appositi strumenti, applicati al corpo del paziente o nelle sue vicinanze, che ne bloccano, limitano o rendono difficoltosa la mobilità (c.d. contenzione meccanica). Sul tema cfr. R. CATANESI, F. CARABELLESE, G. TROCCOLI, *Contenzione fisica in psichiatria*, in V. VOLTERRA (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Elsevier-Masson, Milano, 2010, p. 968 ss.

secondo le valutazioni della Procura, risultavano integrati i requisiti per l'applicazione della contenzione, avendo il personale sanitario, come prescritto dal Protocollo all'epoca in vigore presso il SPDC di Melzo, assolto l'obbligo di rivalutare periodicamente la necessità di prosecuzione della misura coercitiva.

Con ordinanza del 21 luglio 2020, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano accoglieva la richiesta di archiviazione avanzata dal Pubblico Ministero, giustificando – tra l'altro – il «periodo di tempo significativo» di applicazione della misura restrittiva in ragione della grave condizione psicofisica del paziente, valutata dai sanitari come non stabile o migliorata nel corso dei primi giorni di contenzione.

Il 29 gennaio 2021, a seguito dell'ordinanza di archiviazione del Giudice per le indagini preliminari – divenuta irrevocabile per effetto del respingimento della sua opposizione –, il ricorrente depositava un ricorso alla Corte Edu, nel quale deduceva che la sottoposizione alla misura coercitiva e il suo prolungamento fossero non solo non necessari e sproporzionati rispetto alle condizioni fisiopsichiche del paziente, ma che rappresentasse una scelta terapeutica applicata con uno scopo meramente punitivo e pedagogico, venendo la cessazione della contenzione subordinata dal personale medico al pentimento del paziente per le sue azioni.

3. La pronuncia della Corte Edu nel caso Lavorgna.

La Corte Edu ravvisa nelle decisioni delle autorità italiane una violazione dell'art. 3 Cedu innanzitutto sotto un profilo sostanziale, con riferimento al trattamento subito in concreto dal ricorrente, incompatibile con il divieto di trattamenti inumani e degradanti sancito dalla Convenzione.

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte⁴, al quale la sentenza in commento si conforma, la posizione di «particolare vulnerabilità» delle persone affette da disturbo psichico impone agli Stati una maggiore vigilanza nel garantire il rispetto delle disposizioni della Convenzione. In particolare, l'uso di misure di contenzione fisica all'interno degli ospedali psichiatrici – anche alla luce degli sviluppi degli standard giuridici e delle scienze psichiatriche contemporanee –, deve essere un'«ultima risorsa», a fronte di un pericolo di danno immediato o imminente per sé o per altri e non meramente potenziale.

Richiamando i principi sanciti dalla sentenza della Cassazione penale, Sez. V, 20 giugno 2018, (ud. 20/06/2018, dep. 07/11/2018), n. 50497 sul caso Mastrogiovanni⁵, i

⁴ Sul tema *cfr.* Corte Edu, 15 settembre 2020, Aggerholm c. Danimarca, ric. n. 45439/18. La sentenza è stata commentata da A. FAINA, *Misure di contenzione fisica e violazione del divieto di trattamento inumani o degradanti: la "sottile linea rossa" tra esigenze di tutela dell'incolumità del paziente psichiatrico e rispetto del margine di apprezzamento del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2021, p. 332 ss; Corte Edu, 26 marzo 2024, V.I. c. Repubblica di Moldavia, ric. 38963/18. La sentenza è stata commentata da S. ROSSI, *Tutelare la vulnerabilità: la Cedu sull'internamento dei minori in ospedale psichiatrico*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2024, p. 1100 ss.

⁵ La sentenza è stata commentata da F. LAZZERI, [Contenzione del paziente psichiatrico e sequestro di persona](#):

giudici di Strasburgo hanno escluso la legittimità dell'uso della contenzione meccanica in via precauzionale «sulla base della astratta possibilità o anche mera probabilità di un danno grave alla persona, occorrendo che l'attualità del pregiudizio risulti in concreto dal riscontro di elementi obiettivi che il sanitario deve avere cura di indicare in modo puntuale e dettagliato»⁶, non essendo sufficiente un pericolo latente che può manifestarsi in determinate condizioni o circostanze che possono verificarsi successivamente.

Peraltro, ad avviso della Corte, le misure che incidono profondamente sulla libertà personale devono essere necessariamente corredate da garanzie idonee a prevenire abusi, assicurando una protezione procedurale in grado di dimostrare il rispetto dei requisiti di estrema necessità e proporzionalità anche con riguardo alla loro durata, che deve essere in ogni caso limitata al periodo strettamente indispensabile per gestire il pericolo. Nelle circostanze specifiche del caso – in virtù dell'assenza all'interno della documentazione sanitaria dell'indicazione da parte degli operatori di elementi concreti che indicassero la presenza di un pericolo imminente – è mancata, a parere della Corte, un'adeguata prova della necessità di prolungare la contenzione «per un periodo straordinariamente lungo»⁷, affinché fosse rispettata la dignità umana del paziente e non fosse esposto a dolore e sofferenza.

Dell'art. 3 Cedu viene riscontrata una violazione anche sotto il profilo procedurale, in relazione all'obbligo per lo Stato di attivare indagini efficaci in grado di accertare se, nell'impossibilità di praticare delle cure alternative e meno invasive, l'impiego delle misure di contenimento fisico e farmacologico fosse idoneo a scongiurare un pericolo inevitabile al ricorrente o a terzi per l'intero periodo di applicazione della misura.

Nello specifico, la Corte osserva che l'Autorità pubblica ha fornito un'adeguata prova della necessità e della proporzionalità della misura limitatamente ai fatti occorsi il 7 ottobre, proprio in considerazione dell'aggressione messa in atto dal ricorrente nei confronti dei genitori e del primario. Per contro, è ritenuta insoddisfacente la valutazione degli elementi oggettivi che avrebbero orientato la scelta degli operatori di reiterare la misura al momento delle visite successive del paziente, anche alla luce di alcune annotazioni risultanti dal registro medico che lo descrivevano come «non conflittuale, calmo, collaborativo», atteso che il Protocollo in vigore presso il SPDC di Melzo prevedeva l'applicazione delle misure di contenzione solo laddove l'impiego di altre misure, meno restrittive, si fosse rivelato *inefficace, inadeguato o insufficiente*.

Il giudizio su quest'ultimo aspetto, valutato unitamente alla richiesta avanzata dai due psichiatri del SPDC di Melzo di prosecuzione delle cure del ricorrente «in un contesto più appropriato», costituisce, a giudizio della Corte, un serio motivo di preoccupazione, oltre che prova dell'inadeguatezza del trattamento sanitario

L'antigiuridicità è esclusa (solo) entro i ristretti confini dello stato di necessità (caso Mastrogiovanni), in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018; D. PICCIONE, *La Costituzione repubblicana contro la contenzione biomeccanica. Miti e archetipi della coercizione nel mondo psichiatrico, a dieci anni dal sacrificio di Francesco Mastrogiovanni. Critica dei recenti approdi giurisprudenziali*, in *Diritto Penale e Uomo*, 18 marzo 2020.

⁶ Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2018 (dep. 07/11/2018), n. 50497, p. 47.

⁷ Corte Edu, I sez., 7 novembre 2024, Lavorgna c. Italia, p. 34.

somministrato. Il personale medico, infatti, preoccupato della necessità di contenere fisicamente il paziente a lungo termine – scelta ritenuta dallo stesso servizio «discutibile da un punto di vista etico»⁸ –, si dichiarava non competente né strutturalmente attrezzato per gestirne la pericolosità sociale.

Dalla lettura della pronuncia sembra emergere l’adesione, da parte della Corte, ai principi già elaborati dalla giurisprudenza nazionale⁹, secondo cui la contenzione meccanica del paziente può costituire eccezionalmente una modalità legittima di intervento, allorquando, in situazioni straordinarie di acuzie psichiatrica, rappresenti l’unico modo per fronteggiare il momento cruciale dell’aggressività del paziente, a tutela della sua incolumità fisica o di terzi. In questo quadro, l’eventuale protrarsi delle condizioni che hanno motivato l’applicazione di tale misura impone l’obbligo di una sorveglianza medica continua sul paziente, affinché ogni prolungamento sia giornalmente rivalutato e adeguatamente giustificato dalle sue condizioni cliniche e dalla situazione di pericolo imminente.

3.1. *Sviluppi interpretativi e nodi critici sulla necessità di applicazione della misura contenitiva.*

Se da un lato con la pronuncia in esame si compie un ulteriore passo nella direzione di limitare – secondo una valutazione stringente delle condizioni di cui all’art. 54 c.p. – l’uso degli strumenti di contenzione nei confronti delle persone affette da patologie psichiatriche, promuovendo, in fase di rivalutazione della misura, un modello di assistenza sanitaria che privilegi approcci terapeutici alternativi e meno invasivi, risulta, tuttavia, insoddisfacente la valutazione della Corte Edu in merito alle ragioni che hanno indotto il personale sanitario a ritenere necessaria la contenzione meccanica in occasione dell’esordio dell’aggressività del paziente il 7 ottobre.

La documentazione sanitaria riportata in sentenza risulta, infatti, carente sotto il profilo dell’indicazione puntuale e dettagliata degli elementi obiettivi clinici che hanno orientato la scelta di applicazione della misura restrittiva. In particolare, non viene descritta in maniera circostanziata la dinamica dell’aggressione fisica perpetrata dal paziente ai danni dei genitori e del primario, né viene documentato il fatto che il personale sanitario abbia effettivamente valutato la praticabilità di strategie di contenimento alternative alla contenzione, quali tecniche di *de-escalation* verbale o altre procedure di contenimento non coercitivo.

Come evidenziato nel parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 2015 – richiamato al paragrafo 63 della pronuncia che si commenta – «la contenzione meccanica è una tipologia di contenzione fisica, ma ci sono altre forme di contenzione fisica, del tutto diverse dalla contenzione meccanica. Di queste fa parte l’*holding*, una tecnica usata dall’operatore per contenere la crisi del malato, ricorrendo all’ascolto e impegnando anche il proprio corpo, nel tentativo di stabilire un dialogo. In questo caso, l’uso della

⁸ Corte Edu, I sez., 7 novembre 2024, Lavorgna c. Italia, p. 3.

⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497.

forza e la limitazione fisica della persona sono contingenti, di breve durata, utili a creare la relazione, mantenendo aperta la negoziazione alla ricerca di soluzioni e scelte condivise»¹⁰.

L'*holding* rappresenta, dunque, un esempio delle procedure di *de-escalation* utilizzabili nelle situazioni di crisi comportamentale del paziente psichiatrico, configurandosi come una misura alternativa alla contenzione meccanica, coerente con il principio di proporzionalità e di minima coercizione dell'intervento sanitario. In questa prospettiva, il ricorso alla contenzione meccanica dovrebbe essere giustificato unicamente come *extrema ratio*, ovvero come misura residuale, adottabile solo quando ogni altro intervento meno invasivo – ivi comprese le strategie di *de-escalation* psicologica, ambientale e farmacologica – si sia rivelato inefficace o inattuabile nel caso concreto.

Attesa, dunque, l'indicazione approssimativa e generica delle annotazioni riportate nel registro medico giornaliero, appare difficile giudicare l'adeguatezza clinica della scelta del personale sanitario di ricorrere alla misura più restrittiva della libertà personale. Si tratta di una carenza documentale che impedisce di accertare *ex post* la sussistenza dei presupposti di necessità e proporzionalità richiesti per l'applicazione della contenzione meccanica e di valutare le azioni alternative che, in quel contesto, il personale sanitario avrebbe potuto mettere in atto prima di procedere, per l'appunto, all'applicazione della misura. Tale omissione appare ancor più significativa se si considera che il paziente era stato, contestualmente, sottoposto altresì a sedazione farmacologica, intervento che – se correttamente modulato – può già di per sé concorrere a disinnescare l'*escalation* comportamentale, rendendo superfluo il ricorso a mezzi coercitivi fisici.

4. Il quadro normativo in materia di uso di strumenti di coercizione nei confronti del paziente psichiatrico.

La sentenza in commento presenta diversi profili di interesse sul piano giuridico, in particolare in ordine alla dibattuta questione della legittimità giuridica dell'uso di strumenti di contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico, all'interno dei luoghi di cura. Il problema si pone in ragione dell'assenza nell'ordinamento vigente – a seguito dell'abrogazione del regolamento di esecuzione della legge manicomiale per effetto della legge 13 maggio 1978, n. 180 – di una regolamentazione *ad hoc* che attribuisca al personale sanitario un'esplicita facoltà di ricorrere alla contenzione meccanica del paziente.

Prima della grande riforma psichiatrica un riferimento normativo esisteva: il Regio decreto 16 agosto 1909, n. 615, all'art. 60 conteneva riferimenti precisi sul tema, statuendo che i mezzi di coercizione nei manicomi «debbono essere aboliti o ridotti a

¹⁰ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La contenzione: problemi bioetici*, 2015, p. 12. Il documento è reperibile al seguente [link](#).

casi assolutamente eccezionali», con l'obbligo di «autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'Istituto» e l'obbligo, al co. 2, per il personale sanitario di indicare la natura e la durata del mezzo di coercizione impiegato. In questa cornice, all'art. 63 lett. c) era altresì previsto il dovere di tenere «un registro in cui siano indicati giorno per giorno, i malati a cui sono stati applicati i mezzi di coercizione».

In verità, anche la legge del 26 luglio 1975, n. 354 sull'Ordinamento penitenziario – entrata in vigore pochi anni prima della legge n. 180/1978 – contiene un esplicito riferimento all'impiego della forza fisica e all'uso dei mezzi di coercizione. All'art. 41 è infatti sancito che: «non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti. Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso. Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario. Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore».

Peraltro, anche all'art. 77 del vecchio Regolamento di esecuzione, proprio in tema di uso di mezzi di coercizione fisica – con specifico riferimento alle fasce di costrizione per i polsi e le caviglie –, si precisava che finalità e modalità di esecuzione della contenzione «devono essere conformi a quella in uso, per le medesime finalità, presso le istituzioni ospedaliere pubbliche». Si tratta di una disposizione che non è mai stata espressamente abrogata, anzi è stata successivamente richiamata nel nuovo regolamento penitenziario – D.P.R del 30 giugno 2000, n. 230 –, con la conseguenza che, ad oggi, nel nostro ordinamento, mentre la contenzione di un detenuto psichicamente sofferente risulta disciplinata, è assente, invece, una regolamentazione specifica nell'ambito dell'assistenza sanitaria ordinaria.

A seguito del completo superamento del sistema manicomiale ad opera della legge n. 180/78 – che alla contenzione meccanica non fa alcun riferimento –, la dottrina maggioritaria ritiene che la disciplina contenuta nel Regio decreto n. 615 del 1909 sia da considerarsi tacitamente abrogata per incompatibilità con il nuovo assetto normativo, incentrato sulla tutela della salute fisica e psichica del paziente e della sua dignità¹¹.

¹¹ È opinione ampiamente condivisa in dottrina che l'art. 60 del Regolamento manicomiale del 1909 sia stato abrogato in modo implicito dall'art. 11 della l. n. 180/1978. Il regio decreto del 1909, che dà attuazione alla legge del 1904, è parte di un approccio al trattamento della persona psichicamente sofferente, orientato prevalentemente in senso custodialistico e che ravvisa nella malattia mentale un problema di ordine pubblico; al contrario, la legge del 1978 è incentrata, invece, sulla garanzia del benessere e della dignità della persona e sul principio volontaristico delle cure. In questo senso, si vedano i saggi di M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 179 ss.; A. ALGOSTINO, *Per una interpretazione costituzionalmente orientata della contenzione meccanica*, in A. CARDANO et. al. (a cura di), *La*

Difatti, già all'art. 1, co. 2, della medesima legge, è sancito che gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori «possono essere disposti dall'autorità sanitaria nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione», nel contesto di un percorso sanitario fondato sull'adesione volontaria del paziente. Così la c.d. legge Basaglia, superando la logica custodialistica e repressiva che aveva caratterizzato il sistema manicomiale, promuove un modello di cura incentrato sulla promozione e sul recupero della salute fisica e psichica del paziente, in armonia con il quadro costituzionale.

Un diverso orientamento¹² – attesa l'assenza di un'espressa abrogazione dell'art. 11 delle «norme finali»¹³ della legge 180 e l'impossibilità di rinvenire, all'interno di quest'ultima, un divieto esplicito delle pratiche contenitive – ritiene, invece, che la disciplina manicomiale abbia conservato una propria efficacia residuale e che la potestà coercitiva del sanitario, pur non trovando un'esplicita regolamentazione statale, sia implicitamente desumibile dagli obblighi di protezione e controllo gravanti sullo psichiatra. Questa interpretazione – peraltro prospettata dalla Procura nella sentenza che si commenta – si inserisce nell'articolato tema della responsabilità penale degli operatori di salute mentale, ritenuti dalla giurisprudenza prevalente investiti di una posizione di garanzia¹⁴ nei confronti dei comportamenti violenti del paziente.

contenzione del paziente psichiatrico, Bologna, 2020, 47 ss; e i contributi di G. ARCONZO, *La pratica della contenzione a confronto con i diritti delle persone con disabilità sanciti nella Convenzione ONU* e S. ROSSI, *La dignità offesa. Contenzione e diritti della persona*, raccolti nel volume S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione. Diritti, psichiatria e dignità della persona*, Merano, 2015.

¹² In dottrina, G. PAVICH, *Profili generali di liceità ed illiceità della contenzione dei pazienti psichiatrici*, in *Rivista penale*, 4, 2008, p. 367 ss; C. SALE, [Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico](#), in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2014, 13, p. 10 ss; in giurisprudenza Tribunale di Vallo della Lucania, sent. n. 825 del 20 ottobre 2012 (dep. 27 aprile 2013), con nota critica di G. DODARO, [Morire di contenzione nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico: la sentenza di primo grado sul caso Mastrogiovanni](#), in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2013.

¹³ Si prevede l'abrogazione di «ogni altra disposizione incompatibile con la legge».

¹⁴ La giurisprudenza penale, secondo un orientamento abbastanza lineare sin dal 1978 e ormai consolidato, riconosce il medico psichiatra «titolare di una posizione di garanzia che comprende un obbligo di controllo e di protezione del paziente, diretto a prevenire il pericolo di commissione di atti lesivi ai danni di terzi e di comportamenti pregiudizievoli per sé stesso (cfr. Cass. pen., sez. IV, 25/05/2022, n. 24138). Tale impostazione vede necessariamente intrecciati il profilo di cura e quello della vigilanza e quello della vigilanza: allorché il paziente presenti un concreto rischio di condotte lesive per sé o per terzi, la posizione di garanzia implica il dovere per lo psichiatra di neutralizzare le eventuali fonti di pericolo mediante cautele aggiuntive, mirate all'implementazione di strategie di controllo di tipo relazionale, ambientale o organizzativo, con l'obiettivo di monitorarne il comportamento. Quanto all'obbligo di protezione, grava sullo psichiatra il dovere di preservare il diritto alla vita e alla salute del paziente dai comportamenti pregiudizievoli che possano lederne l'integrità, impedendo essenzialmente eventi di danno alla persona sottoposta a protezione. In dottrina, si rinvia al contributo di C. CUPELLI, [La colpa dello psichiatra. rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida](#), in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2016, p. 2 ss.

5. Quali garanzie costituzionali per i diritti del paziente meccanicamente contenuto?

In assenza di una espressa previsione legislativa che disciplini al contempo casi e modi della sua applicazione, la contenzione non può essere considerata lecita, ponendosi al di fuori del perimetro costituzionale delineato all'art. 13 Cost.¹⁵, che consente restrizioni della libertà personale – bene di per sé ritenuto inviolabile – nei soli casi previsti dalla legge.

Di conseguenza, per l'attribuzione di un potere coercitivo al medico-psichiatra, la riserva di legge di cui all'art. 13 Cost. esige che le ipotesi e le modalità della contenzione debbano essere definite in modo tassativo dal legislatore¹⁶, delimitando con precisione le condizioni in cui tali restrizioni possano legittimamente operare.

Si tratta di una previsione – quella dell'art. 13 – che «appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona»¹⁷.

Ma non solo: al co. 2 è altresì sancito che «non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria». Pertanto, anche nell'ipotesi in cui un'espressa previsione legislativa disciplinasse l'impiego di mezzi meccanici di contenzione, resterebbe comunque ferma la riserva di giurisdizione, che subordina ogni restrizione della libertà personale a un atto motivato dell'autorità giudiziaria e la tutela «contro ogni forma di costrizione o limitazione fisica compiuta senza l'intervento dell'autorità giudiziaria: concerne, insomma, le guarentigie supreme dell'*habeas corpus* che sono una delle pietre angolari della convivenza civile in un regime democratico»¹⁸.

Vi è però chi ritiene che i trattamenti sanitari coercibili ricadano esclusivamente nella sfera di applicazione dell'art. 32 Cost., e in particolare del suo 2° comma che dispone: «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». La norma, dunque, si limita ad autorizzare la coazione

¹⁵ Per una lettura costituzionalmente orientata della disciplina giuridica della contenzione si rinvia a E. DALY, *Profili costituzionali dei trattamenti medico-psichiatrici*, Pacini, 2024, p. 267 ss; M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, op. cit., p. 179 ss.; A. ALGOSTINO, *Per una interpretazione costituzionalmente orientata della contenzione meccanica*, op. cit., p. 47 ss.; D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Merano, 2013, p. 57 ss.; S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, p. 202 ss.

¹⁶ In tema di riserva di legge, la Corte costituzionale con sentenza 9 settembre 1996, n. 238 ha chiarito che questa «implica l'esigenza di tipizzazione dei "casi e modi", in cui la libertà personale può essere legittimamente compressa e ristretta», «richiedendosi una previsione normativa idonea ad ancorare a criteri obiettivamente riconoscibili la restrizione della libertà personale».

¹⁷ Corte Cost., sent. 9 settembre 1996, n. 238.

¹⁸ Corte Cost., sent. 15 luglio 1959, n. 49.

alla cura nel rispetto del limite formale della riserva di legge e del limite sostanziale della salvaguardia della dignità umana. Affinché un trattamento sanitario – da leggere come mera misura sanitaria e terapeutica – possa legittimamente essere imposto occorrono due precise condizioni: a) che sia diretto a preservare lo stato di salute individuale e che non incida negativamente sulla salute del singolo, salvo per quelle conseguenze temporanee, reversibili e di scarsa entità normalmente collegate ad ogni intervento sanitario; b) che persegua fini solidaristici di tutela della salute altrui come interesse della collettività¹⁹.

È, dunque, possibile ricondurre la contenzione meccanica nella sfera applicativa dell'art. 32 Cost.? La risposta è evidentemente negativa.

In primo luogo, perché, configurandosi come un atto coercitivo, trova la propria regolamentazione nel solco tracciato dall'art. 13 Cost.²⁰. Proprio sul punto, la Corte costituzionale – con la recente sentenza n. 76 depositata in data 5 maggio 2025 in tema di TSO – ha chiarito che «per costante giurisprudenza di questa Corte, allorché un trattamento sia configurato dalla legge non soltanto come obbligatorio, e dunque rimesso alla spontanea esecuzione, ma come coattivo, potendo il destinatario esservi assoggettato con la forza, le garanzie dell'art. 32, secondo comma, Cost. si aggiungono a quelle dell'art. 13 Cost., che tutela la libertà personale»²¹.

In secondo luogo, secondo un ampio e consolidato orientamento della letteratura psichiatrica, l'impiego della contenzione meccanica, anche se limitata nel tempo, espone il paziente a rischi significativi²². In particolare, si rileva come tale pratica può determinare conseguenze dannose sia sul piano clinico (lesioni muscolo-scheletriche, trombosi, complicanze cardiovascolari, morte), oltre che sul piano psichico (disturbi post-traumatici da stress, regressione, incremento della reattività aggressiva e compromissione della stabilità emotiva del paziente), compromettendo l'alleanza terapeutica medico-paziente che costituisce uno dei presupposti fondamentali per l'efficacia del trattamento psichiatrico²³.

¹⁹ Corte Cost., sentt. n. 307/1990; n. 258/1994; n. 118/1996.

²⁰ A. ALGOSTINO, *Per una interpretazione costituzionalmente orientata della contenzione meccanica*, in AA.VV., *La contenzione del paziente psichiatrico. Un'indagine sociologica e giuridica*, Torino, 2020, p. 47 ss.

²¹ Corte Cost., sent. 30 maggio 2025, n. 76 con la quale la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 35 della legge numero 833 del 1978 nella parte in cui non prevede che il provvedimento del sindaco che dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera sia comunicato alla persona sottoposta al trattamento, che la stessa sia sentita dal giudice tutelare prima della convalida e che, in ultimo, il relativo decreto di convalida sia a quest'ultima notificato.

²² Nell'ottobre 2020 la *World Psychiatric Association* ha rilevato che «l'uso di pratiche coercitive, come quelle sopra elencate [compresa la contenzione], comporta il rischio di conseguenze dannose, tra cui il trauma (...) Le persone sottoposte a coercizione fisica sono soggette a danni che includono dolore fisico, lesioni e morte (...) L'uso di misure coercitive può traumatizzare o ritraumatizzare i pazienti, minare le relazioni terapeutiche, scoraggiare la fiducia nei sistemi di salute mentale e dissuadere gli utenti dei servizi e i familiari dal cercare aiuto in futuro. La coercizione può anche traumatizzare gli altri utenti dei servizi, danneggiare il morale degli operatori della salute mentale o traumatizzarli e contribuire ad offuscare l'immagine della psichiatria come disciplina medica». Il *WPA Position Paper and Call To Action – Implementing Alternatives to Coercion: A Key Component of Improving Mental Health Care* è disponibile al seguente [link](#).

²³ Sul tema dei danni da contenzione si rinvia a V. FERIOLO, *Contenzione: aspetti clinici, giuridici, e psicodinamici*, in *Psichiatria e Psicoterapia*, 2013, 1, p. 31 ss. L'Autore mette in luce gli effetti diretti e indiretti della

Anche la Corte di Cassazione, nella citata sentenza sul caso Mastrogiovanni, ha preso posizione in maniera inequivoca sulla natura della contenzione²⁴. Escludendo il fine terapeutico o diagnostico legittimato ai sensi dell'art. 32 Cost., la misura è definita «un presidio restrittivo della libertà personale che non ha né una finalità curativa né produce materialmente l'effetto di migliorare le condizioni di salute del paziente [...], svolgendo, [...], una mera funzione di tipo "cautelare", essendo diretto a salvaguardare l'integrità fisica del paziente, o di coloro che vengono a contatto con quest'ultimo, allorquando ricorra una situazione di concreto pericolo per l'incolumità dei medesimi».

E ancora: «non ha né una finalità curativa né produce materialmente l'effetto di migliorare le condizioni di salute del paziente – anzi, secondo la lettura scientifica, può concretamente provocare, se non utilizzato con le dovute cautele, lesioni anche gravi all'organismo» (...) «L'uso della contenzione non può ritenersi lecito *tout court* solo perché l'operatore di salute mentale è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente psichiatrico». «Non vi è dubbio che la posizione di garanzia di cui è titolare il sanitario, e gli obblighi di protezione e custodia, non consentano comunque di superare i limiti sopra evidenziati dalla legge per l'uso della contenzione e ciò in considerazione della natura dei beni costituzionalmente protetti».

Escludendo, dunque, la contenzione dal novero dei trattamenti sanitari, viene meno ogni possibilità di legittimarla ai sensi dell'art. 32 Cost.

6. Contenzione meccanica e cause di giustificazione.

Chiarito che la contenzione meccanica, risolvendosi nella privazione della libertà personale, integra in astratto una condotta penalmente rilevante, alcuni Autori²⁵ ne hanno individuato il fondamento di liceità nella scriminante di cui all'art. 51 c.p., norma che esclude la punibilità di un atto commesso «nell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità». In tal senso, il potere di privare una persona della libertà personale attraverso il blocco degli arti sarebbe una potestà tipica del medico, funzionale all'adempimento di doveri professionali di cui è investito e in forza dei quali è tenuto ad impedire – con qualsiasi mezzo a disposizione – il comportamento aggressivo del paziente; pertanto, l'utilizzo della misura restrittiva e coercitiva sarebbe non solo legittimo, ma anche doveroso in talune circostanze, e il mancato impiego potrebbe configurare una responsabilità penale colposa omissiva ai sensi dell'art. 40 cpv c.p.

Secondo un differente indirizzo interpretativo, la contenzione meccanica può essere impiegata, in via eccezionale, al ricorrere delle «situazioni di necessità» di cui

contenzione (lesioni, ischemie da compressione, morte, rottura del setting) e la considera un «non trattamento» e quindi «mal-trattamento» dal momento che infrange l'ambiente terapeutico e l'alleanza tra medico e paziente, elementi costitutivi del trattamento.

²⁴ Cass. pen., sez. V, 7 novembre 2018, n. 50497, p. 31.

²⁵ G. PAVICH, op. cit., p. 369 ss.; C. SALE, op. cit., p. 8 ss.

all'art. 52 c.p. in caso di soccorso difensivo e all'art. 54 c.p., laddove occorra impedire gesti autolesivi del paziente²⁶.

Sotto il profilo strutturale, al ricorrere di queste ipotesi, vengono in rilievo *l'attualità del pericolo*, non volontariamente causato, la necessità del salvataggio e il danno grave alla persona, non altrimenti evitabile e rispondente al criterio di proporzionalità. Attuale è un pericolo già in atto, o quantomeno imminente, sulla base di fatti oggettivamente riscontrati e non accertati in via presuntiva²⁷. In questa direzione, la giurisprudenza ha chiarito che «non è ammissibile l'applicazione della contenzione in via "precauzionale" sulla base dell'astratta possibilità o anche mera probabilità di un danno grave alla persona, occorrendo che l'attualità del pregiudizio risulti in concreto dal riscontro di elementi obiettivi che il sanitario deve avere cura di indicare in modo puntuale e dettagliato». Si tratta di una valutazione – così come ribadito anche dai giudici di Strasburgo – che richiede un costante monitoraggio del paziente, non solo al momento dell'applicazione della misura, ma anche ai fini del suo mantenimento, «non essendo all'uopo sufficiente un pericolo eventuale, futuro, meramente probabile o temuto (...) si deve trattare di un pericolo non altrimenti evitabile sulla base di fatti oggettivamente riscontrati e non accertati solo in via presuntiva»²⁸.

Quanto al requisito della *non inevitabilità del pericolo*, esso ricorre allorché non vi siano soluzioni alternative – di carattere ambientale, relazionale o farmacologico – idonee a tutelare la salute del paziente. La scelta degli strumenti da adottare e la valutazione della loro eventuale inadeguatezza rientrano nel prudente apprezzamento del medico, che dovrà spiegarne le ragioni, illustrando tutti gli elementi obiettivi che in concreto hanno reso inevitabile la contenzione del paziente.

In ultimo, il requisito della *proporzionalità* riguarda le modalità di applicazione della contenzione, ammessa, per la sua evidente estrema invasività, «nei limiti dello stretto necessario, verificando, anche in conseguenza dell'evoluzione clinica, se sia sufficiente solo il blocco di alcuni arti o se il pericolo di pregiudizio sia tale da imporre il blocco ad entrambi i polsi e le caviglie»²⁹. Si ritiene, inoltre, che la misura, configurandosi come un intervento di soccorso immediato, può essere legittimata esclusivamente se di breve durata³⁰, limitata al tempo strettamente necessario a calmare il paziente. Per contro, una contenzione prolungata nel tempo non troverebbe giustificazione in tale scriminante e, configurandosi come privazione della libertà personale, integrerebbe gli estremi del reato di sequestro di persona ai sensi dell'art. 605 c.p.³¹.

²⁶ Cfr. G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidiario*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2011, p. 1483 ss.

²⁷ Cass. pen., sez. V, 7 novembre 2018, n. 50497, p. 49.

²⁸ Cass. pen., sez. V, 7 novembre 2018, n. 50497, p. 49.

²⁹ Cass. pen., sez. V, 7 novembre 2018, n. 50497, p. 50.

³⁰ Sul tema della problematica giustificazione della contenzione meccanica di medio-lunga durata si rinvia a G. DODARO, *Uso dei mezzi meccanici di contenzione e responsabilità del personale sanitario*, in P. PICCIALLI (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Lefebvre Giuffrè, Milano, 2021, p. 383-384.

³¹ Cfr. Cass. pen., sez. V, 7 novembre 2018, n. 50497, p. 51: «Il medico ed il personale sanitario che applicano la contenzione prescindendo dalla rigorosa osservanza dei presupposti richiesti dall'art. 54 cod. pen.

7. Le pratiche di contenzione in Italia: criticità strutturali e prospettive di riforma. Considerazioni conclusive.

È chiaro che il quadro finora delineato solleva profili giuridici di particolare complessità, trattandosi di pratiche che, sebbene non siano regolate dalla legge, incidono nel modo più diretto e concreto sui diritti fondamentali del paziente.

La complessità della questione si accentua ulteriormente se si considera il diffuso impiego, ancorché non omogeneo, delle pratiche di *restraint* all'interno dei SPDC. È un problema sul quale ha richiamato l'attenzione anche il Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) nel suo rapporto del 2022³² dedicato alla situazione italiana. Nel corso della visita effettuata presso quattro SPDC italiani (Milano-Niguarda, Cinisello Balsamo, Melegnano e Roma-San Camillo) è emerso che i pazienti con disturbi psichici in stato di grave agitazione sono stati frequentemente sottoposti a contenzione meccanica per periodi prolungati – sino a nove giorni in alcuni casi –, senza che venisse avviata una procedura di TSO. La contenzione consisteva nell'applicazione di cinghie a ciascuno dei quattro arti del paziente, prevedendo, in alcuni casi, la somministrazione di una terapia anticoagulante ogni 12 ore di contenzione.

L'analisi delle pratiche di contenzione in Italia evidenzia un problema di natura sistemica, caratterizzato dall'assenza di dati certi e strutturati e dalla diffusione disomogenea di tali pratiche sul territorio nazionale. Non esiste, infatti, un registro nazionale obbligatorio che monitori l'impiego di tali pratiche (fisica, farmacologica e ambientale), rendendo difficile valutare la reale entità del fenomeno e le circostanze in cui viene applicata. I SPDC in cui viene praticata rappresentano, ad oggi, senz'altro la maggioranza³³, ma le informazioni disponibili si basano prevalentemente su studi locali, indagini indipendenti o denunce di associazioni per la tutela dei diritti dei pazienti.

Una recente inchiesta³⁴ ha rilevato che in Italia nel 2021 si sono verificati 2.526 episodi di contenzione nei SPDC, seguiti da 2.705 casi nel 2022 e 2.922 nel 2023. Nel corso degli anni, si è registrato un aumento anche della durata della misura: nel 2021 i pazienti sono stati legati per una media per 19,7 ore, nel 2022 per 22,8 ore, per arrivare nel 2023 a 23,2 ore.

sottopongono il paziente ad una illegittima privazione della libertà personale, così integrando gli estremi del delitto di cui all'art. 605 c.p.».

³² Il Rapporto è disponibile al seguente [link](#).

³³ Esistono senz'altro esperienze di strutture che hanno adottato protocolli assistenziali improntati al *no restraint*, dimostrando che episodi di aggressività o di rischio autolesivo del paziente possono essere efficacemente gestiti attraverso strategie alternative, rispettose dei diritti fondamentali. Sul tema, si segnalano due recenti articoli: M. PERRONE, *L'arte di slegare le persone*, in *Trendsantità*, 3 febbraio 2025, e L. JONA, *Non legare è possibile: viaggio nei reparti psichiatrici "no restraint", da Sud a Nord Italia*, in *Atraeconomia*, 3 ottobre 2025. Gli Autori documentano le pratiche adottate in alcuni SPDC italiani che hanno escluso la contenzione meccanica, investendo in modelli organizzativi alternativi.

³⁴ L'inchiesta è stata condotta dalla giornalista Ludovica Jona, inviando istanze di accesso agli atti a tutte le Regioni e Province autonome per ottenere i dati dei registri delle contenzioni meccaniche. Il contributo *La salute mentale e la contenzione meccanica dei pazienti: Liguria la peggiore, Emilia Romagna esemplare, Friuli Venezia Giulia miraggio per tutte*, pubblicato il 10.10.2024, è disponibile al seguente [link](#).

Il maggior numero dei casi di contenzione in Italia si registra in Liguria (27.22% dei casi nazionali), seguita da Val d'Aosta (18,7%), Lombardia (17,4%), Lazio (17%), Marche (15%), Umbria (14%), Trentino-Alto Adige (13%), Sicilia (10%), Calabria (9%), Abruzzo (5%), Emilia-Romagna (2%). L'unica regione italiana in cui non sono stati registrati episodi di contenzione è il Friuli-Venezia Giulia.

In Lombardia tra 2021 e 2023 si è registrata una preoccupante crescita dell'uso della misura anche nei confronti dei minori: nel 2021 le contenzioni dei pazienti minorenni nei SPDC corrispondevano al 6,3% dei ricoveri (anno in cui gli adolescenti ricoverati avevano un'età minima di 15 anni), per poi raggiungere l'11,8% nel 2022 con 56 episodi di contenzione nei confronti di pazienti di 14 anni –, avvicinandosi a quella già molto alta degli adulti, che nel medesimo anno in Lombardia è stata del 17,5%. Ai minori legati nei SPDC si aggiungono quelli legati nelle neuropsichiatrie infantili: si registrano nel 2023 116 episodi di contenzione applicata nei confronti di 37 ragazzi. Si tratta di dati che – sebbene siano parziali e non rispecchino la completezza del fenomeno – segnalano un'evidente criticità del sistema, tanto più se si considera che la letteratura evidenzia come la scelta di adottare o meno tali misure sia influenzata, più che dalla gravità dei comportamenti dei pazienti e dal loro profilo psicopatologico, dalla cultura, dalla formazione professionale e dalla sensibilità dei singoli operatori, nonché dall'organizzazione dei servizi³⁵.

L'analisi dei dati sopra riportati – sebbene restituiscano un quadro solo parziale e non esaustivo del fenomeno – sembrerebbe far emergere la necessità di un intervento legislativo che disciplini, in modo organico e a livello statale, le pratiche di contenzione. A tal proposito, la stessa Corte costituzionale nel 2022 ha riconosciuto l'urgenza di una fonte primaria, sia pure limitatamente al contesto delle REMS³⁶, al fine di «stabilire – in ogni caso in chiave di *extrema ratio* ed entro i limiti della proporzionalità rispetto alle necessità terapeutiche e del rispetto della dignità della persona – se e in che misura sia legittimo l'uso della contenzione all'interno delle REMS ed eventualmente quali ne siano le ammissibili modalità di esecuzione»³⁷.

Il legislatore sembra finalmente aver accolto tali sollecitazioni e, proprio nell'ottica di valorizzare l'attività di prevenzione, di cura e riabilitazione delle persone con disturbi psichici, il 27 giugno 2024 ha presentato alla Camera il DDL n. 1179³⁸ recante

³⁵ Sul tema delle ragioni della ritenuta inevitabilità della contenzione meccanica in psichiatria, si rinvia a G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica*, op. cit., p. 1488 ss.

³⁶ Per contributi più recenti sulla ricostruzione degli aspetti problematici della disciplina delle REMS e delle pratiche contenitive dei pazienti psichiatrici si rinvia a F. VALENTE BAGATTINI, *La disciplina delle REMS tra tutela dei diritti fondamentali e persistenti criticità*, in *La legislazione penale*, 15 febbraio 2025.

³⁷ Corte Cost., 27 gennaio 2022, n. 22. La sentenza è stata commentata da R. CASIRAGHI, *L'accesso alle REMS tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2022, p. 896-900; G. MENTASTI, *L'attuale disciplina delle REMS al vaglio della Corte costituzionale: tra riserve di legge non rispettate e liste d'attesa serve ancora un intervento del Legislatore. Note a margine della 'pronuncia-monito' della Corte costituzionale n. 22/2022*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2022, p. 1188-1213; E. DALY, *La distinzione fra trattamento sanitario "obbligatorio" e trattamento sanitario "coattivo" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: luci e ombre*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2022, p. 569-588.

³⁸ Il testo completo del Disegno di Legge è disponibile sul sito del Senato della Repubblica al seguente [link](#).

Disposizioni in materia di tutela della salute mentale, attualmente in corso di esame in commissione. Il testo si compone di undici articoli, le cui finalità sono quelle di «assicurare alle persone affette da disagio e disturbo mentale l'accesso a un'assistenza sanitaria e sociosanitaria che tenga conto delle loro specifiche esigenze, garantendo al contempo la sicurezza, l'incolumità e l'aggiornamento dei professionisti operanti presso i servizi per la salute mentale».

È interessante come all'art. 4, in tema di *Figure professionali e sicurezza degli operatori* viene affrontato specificamente il tema della contenzione e si dispone che: «Gli operatori della salute mentale attuano misure e trattamenti coattivi fisici, farmacologici e ambientali nei soli casi connessi a documentate necessità cliniche e al solo scopo di impedire comportamenti auto ed eterolesivi, nel rispetto della dignità e della sicurezza della persona affetta da disturbi mentali. È in ogni caso vietata l'applicazione della contenzione preventiva in via precauzionale, in assenza di un pericolo concreto e attuale. Il ricorso alle misure e ai trattamenti coattivi è consentito solo in presenza di un effettivo stato di necessità e può essere effettuato solo dal personale sanitario nel rispetto di appositi protocolli. La valutazione dell'attualità del pericolo deve essere continua, effettuata attraverso un costante monitoraggio del paziente, e verificabile con riscontro in cartella clinica. Sono sempre garantite la proporzionalità e l'adeguatezza delle misure contenitive, che sono applicate per il solo tempo strettamente necessario, anche in rapporto allo scopo perseguito, operando un bilanciamento tra rischi e benefici e annotando in cartella clinica tutti gli elementi obiettivi che rendono inevitabile il loro utilizzo».

Analizzando la proposta normativa, la scelta del legislatore sembrerebbe quella di accogliere, almeno in parte, le principali sollecitazioni provenienti dal diritto interno ed europeo, regolamentando le concrete modalità di esecuzione della contenzione. Non può che essere valutato positivamente lo sforzo di definire un assetto normativo della restrizione della libertà personale che tuteli i diritti fondamentali della persona, unitamente alla decisione di assicurare il rispetto del principio di proporzionalità delle misure contenitive – così come suggerito dalla Corte Edu – non solo con riferimento alla loro applicazione, ma anche con riguardo alla loro durata, assicurando il costante monitoraggio in cartella clinica delle condizioni del paziente.

Rimane, tuttavia, auspicabile che nel corso dell'*iter* parlamentare venga affrontata la possibilità di introdurre un meccanismo effettivo di controllo giurisdizionale, in armonia con quanto sancito all'art. 13 Cost³⁹. In considerazione della

³⁹ In questa direzione – come rilevato da L. JONA, in *Non legare è possibile*, cit. – sono altresì condivisibili le osservazioni formulate dal *Club SPDC no restraint* in ordine all'opportunità di affrontare nel corso dell'*iter* parlamentare il problema della carenza di organico sanitario, quale fattore determinante del ricorso alle pratiche contenitive nei servizi psichiatrici. Parimenti, sarebbe auspicabile l'istituzione di un sistema strutturato di sorveglianza nazionale dei casi di contenzione, quali "eventi sentinella", da indicare nel rapporto annuale del Ministero della Salute. Per una riflessione critica sulla proposta legislativa si rinvia a D. GALLIANI, *La salute mentale dentro e fuori il carcere*, in D. GALLIANI (a cura di), *Libertà personale e carcere. Percorsi di diritto costituzionale penale*, Milano, 2025, p. 220 ss. L'Autore, oltre all'art. 4, propone un'ulteriore riflessione sulla previsione relativa all'istituzione di sezioni sanitarie specialistiche psichiatriche negli istituti penitenziari.

particolare delicatezza e complessità dell'oggetto di decisione, si rende necessaria la valorizzazione e il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali, al fine di assicurare un bilanciamento armonico tra le esigenze terapeutiche e i diritti fondamentali dei pazienti, promuovendo modelli di assistenza psichiatrica più rispettosi della libertà e della dignità dell'individuo.

L'INDULTO: UN POSSIBILE STRUMENTO DI TUTELA DELLA SALUTE DELLE PERSONE PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DURANTE UN'EMERGENZA SANITARIA

di Carla Cataneo

L'arrivo della pandemia ha messo in luce in modo evidente l'assenza di un meccanismo semi automatico e di immediata applicazione, con presupposti stringenti predeterminati dalla legge, in grado di garantire in modo rapido ed efficace la tutela della salute di un numero elevato di persone, ristrette in istituti sovraffollati e non sono salubri, e nella maggior parte dei casi già portatori di malattie che possono rendere la diffusione di un virus drammatica. Nonostante i diversi tentativi di porre rimedio a tale fenomeno, il problema del sovraffollamento carcerario si ripropone in modo ciclico e ineluttabile e, a fronte di un'emergenza sanitaria, può rappresentare un fattore accelerante. Al di là delle possibili soluzioni raggiungibili a livello generale di sistema per far fronte al costante sovrannumero dei soggetti ristretti in carcere, come il maggior utilizzo di sanzioni non detentive, che può generare nel tempo effetti positivi sui numeri della popolazione ristretta, appare ancora oggi necessario riportare l'attenzione anche sulle soluzioni emergenziali e sulla loro concreta praticabilità. Tra queste ultime, assume un'importanza cruciale l'utilizzabilità dell'indulto, in un'ottica costituzionalmente orientata, come strumento di tutela del diritto alla salute. In quest'ottica, si propone di apportare delle modifiche all'art. 79 Cost., introducendo dei presupposti specifici legati alla tutela di tale diritto fondamentale e prevedendo la possibilità di adottare l'indulto attraverso un decreto-legge, la cui efficacia è però subordinata alla conversione, in tempi brevi, da parte del Parlamento.

SOMMARIO: 1. L'indulto: un istituto gettato nell'oblio che è necessario ripristinare – 2. Numeri e spazi: una fotografia della situazione attuale e durante l'emergenza sanitaria negli istituti penitenziari italiani. – 3. Indulto e sovraffollamento: un antico binomio – 4. L'approvazione di un provvedimento di indulto a normativa invariata: l'indulto proprio condizionato – 5. Indulto e diritto alla salute: una nuova prospettiva – 6. La tutela del diritto alla salute delle persone private della libertà personale – 7. Le misure adottate dal Governo e dalla magistratura di sorveglianza durante l'emergenza Covid – 8. Gli "ostacoli" all'approvazione di un provvedimento di indulto durante un'emergenza sanitaria. – 9. L'utilizzo dell'indulto in un'ottica costituzionalmente orientata di tutela del diritto alla salute. – 9.1. I presupposti – 9.2. Il procedimento – 10. Conclusioni.

1. L'indulto: un istituto gettato nell'oblio che è necessario ripristinare.

La recente emergenza sanitaria legata alla diffusione del virus Covid-19 ha messo in luce, quanto mai prima d'ora, la necessità di prevedere strumenti normativi che siano in grado di garantire a pieno la tutela della salute collettiva delle persone private della

libertà personale durante un momento di emergenza sanitaria, un momento cioè di particolare tensione tra la condizione di reclusione, in spazi spesso sovraffollati e già di per sé non salubri, e la tutela del diritto alla salute.

L'indulto, così come gli altri strumenti di clemenza, sono istituti da sempre presenti nella nostra tradizione giuridica e che, in una concezione pre-moderna del diritto penale, assurgevano principalmente al ruolo di strumenti meramente indulgenziali, appannaggio di un sovrano *legibus solutus*. Il loro utilizzo, infatti, risultava spesso abbinato a contingenti celebrazioni o festività e, pertanto, del tutto sganciato dal perseguimento di un serio obiettivo di politica criminale¹.

Tale concezione "distorta" degli strumenti di clemenza ha resistito pur a seguito dell'approvazione della Costituzione ed è anzi penetrata a tal punto nel tessuto costituzionale da imporre nel 1992 delle rilevanti modifiche alla procedura di adozione di tali provvedimenti.

Dal 1942 al 1990 sono stati approvati ben 23 provvedimenti di indulto².

Dopodiché, con la legge costituzionale del 6 marzo 1992 n. 1, l'art. 79 Cost. è stato modificato in due diverse direzioni: da un lato, sottraendo l'adozione dei provvedimenti di amnistia e di indulto all'arbitrio del Capo dello Stato, cui rimane attualmente il potere di concedere la grazia e commutare le pene, e consegnandoli definitivamente alla procedura parlamentare; dall'altro, introducendo dei quorum deliberativi estremamente elevati per la loro adozione – e segnatamente superiori a quelli richiesti per una legge di revisione costituzionale – ovvero la maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, che deve approvare le leggi di amnistia o indulto in ogni suo articolo e nella votazione finale³.

Si passa quindi dalla formulazione dell'art. 79 Cost. secondo cui «*l'amnistia e l'indulto sono concessi dal Presidente della Repubblica su legge di delegazione delle Camere*» alla previsione attuale per cui essi «*sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale*».

¹ Per una ricostruzione in chiave storica dell'utilizzo del potere di "remissione sanzionatoria" e delle posizioni della dottrina più risalente rispetto alla sua legittimità, non si può che rinviare all'accurata analisi svolta da V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007, pag. 1-155.

² Servizio studi del Senato, Dossier "I provvedimenti di amnistia e indulto dal 1948 ad oggi", ottobre 2013, n. 67.

³ Le prime fondamentali considerazioni circa la necessità di delimitare il potere di clemenza, eliminando la competenza del Presidente della Repubblica e consegnandolo alla procedura parlamentare, e di subordinare il suo utilizzo al canone della ragionevolezza, sono di G. ZAGREBELSKY, *Indulto (dir. cost.)*, Enciclopedia del diritto, XXI, 1971, pp. 233-252; ID. *Commento all'art. 79 Cost.*, in Commentario alla Costituzione, Milano, 1979, pp. 116 ss.; l'esigenza di ricondurre la clemenza in una logica più coerente con i principi costituzionali in materia di pena, viene sostenuta da G. GEMMA, *Principio costituzionale di uguaglianza e remissione della sanzione*, Milano, 1983, e ribadita da V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., il quale individua alcune ipotesi in cui la remissione sanzionatoria può dirsi legittima in quanto coerente con gli scopi della pena; inoltre, sulle modifiche apportate nel '92, G. GEMMA, "Amnistia e indulto dopo la revisione dell'art. 79 della Costituzione", *La Legislazione penale*, 2, 1992, pp. 349-368; per riflessioni più attuali sull'utilizzo della clemenza collettiva e delle previsioni di non punibilità durante la pandemia, si rinvia a P. CAROLI, [Non punibilità e indirizzo politico-criminale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2020, pp. 68-97;

Tale rilevante intervento legislativo, espressamente finalizzato all'obiettivo di porre fine all'utilizzo distorto che si era fatto in passato degli strumenti di clemenza – ben esemplificato dall'immagine dell'amnistia e dell'indulto come «due “rubinetti” da aprire al bisogno per liberare le scrivanie dei tribunali da troppe carte e le carceri da troppi corpi»⁴ – ha di fatto determinato l'impossibilità pratica della loro adozione, a causa dell'introduzione di quorum irraggiungibili.

Tali modifiche hanno avuto l'effetto di gettare nell'oblio un istituto che, sebbene sia stato utilizzato in modo non corretto in passato, può avere oggi un'utilità non secondaria ma anzi centrale nel fornire un'adeguata tutela alla salute dei soggetti privati della libertà personale, soprattutto durante un'emergenza sanitaria, momento in cui l'allungamento dei tempi di adozione dei provvedimenti individuali può determinare esso stesso in una compressione o lesione del diritto alla salute.

In quest'ottica, partendo dall'individuazione della cornice di principi nazionali e sovranazionali rilevanti in materia di tutela del diritto alla salute e degli istituti che danno ad essi attuazione, si intende mettere in luce la necessità di colmare una volta per tutte quella lacuna emersa durante la pandemia relativa all'assenza di un meccanismo di pronta utilità, che sia in grado di determinare la più rapida uscita dal carcere, per ragioni di salute, di un numero elevato di persone⁵.

Individuato l'indulto quale “valvola di sfogo del sistema”, attivabile al fine di apprestare una tutela rapida ed efficace a tale diritto fondamentale, i punti che verranno di seguito approfonditi riguardano:

1) gli specifici presupposti in presenza dei quali adottare l'indulto: essi devono essere strettamente legati al profilo di tutela della salute e contemperare le esigenze di tutela dei diritti fondamentali con le esigenze di sicurezza, tenendo in considerazione tanto il residuo di pena quanto la tipologia del reato;

2) lo strumento con cui adottare l'indulto: nella consapevolezza che il Parlamento sospende i lavori durante un'emergenza sanitaria e che ciò rende di fatto impossibile rispettare la riserva d'assemblea parlamentare e i *quorum* stabiliti per l'approvazione di un indulto, si propone di modificare l'art. 79 Cost., introducendo una disciplina che prevede la possibilità di adottare tale provvedimento attraverso un decreto-legge, che debba poi essere convertito in legge dal Parlamento, a maggioranza assoluta, in tempi più ristretti;

⁴ Questa espressione viene utilizzata nella [Proposta di legge costituzionale Magi: “Modifiche agli articoli 72 e 79 della Costituzione, in materia di concessione di amnistia e indulto” \(A.C. 156\)](#), 13 ottobre 2022.

⁵ Ancor prima dell'emergenza sanitaria, un'importante proposta di modifica dell'attuale disciplina dell'indulto era stata avanzata in dottrina da S. ANASTASIA – F. CORLEONE – A. PUGIOTTO, *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Ediesse, 2018; essa è stata poi trasfusa, in fase emergenziale, nella [Proposta di legge costituzionale d'iniziativa dell'On. Magi: “Modifiche agli articoli 72 e 79 della Costituzione, in materia di concessione di amnistia e indulto” \(A.C. 156\)](#), 13 ottobre 2022; da ultimo, sul punto, A. PUGIOTTO, [Il virus panpenalista: vaccini e rimedi cercansi \(seconda parte\)](#), in *questa Rivista*, 11 aprile 2025.

2. Numeri e spazi: una fotografia sulla situazione attuale e durante l'emergenza sanitaria negli istituti penitenziari italiani.

Per comprendere la rilevanza pratica del tema, occorre preliminarmente evidenziare che a febbraio 2020, allo scoppio della pandemia, secondo i dati reperibili sul sito del Ministero della Giustizia e del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, negli istituti penitenziari italiani erano presenti 61.230 persone, a fronte di una capienza effettiva di 47.000 posti. Questo scarto così importante tra il numero dei presenti e il numero dei posti disponibili deriva dal fatto che dalla capienza regolamentare degli istituti, che prevederebbe circa 51.000 posti, vanno detratti quelli che risultano al momento non utilizzabili⁶.

Ad oggi, secondo gli ultimi dati messi a disposizione del Ministero, è aumentato il numero dei detenuti presenti, che al 31 agosto 2025 risultano 63.167 (rispetto ai 62.569 presenti a luglio 2025), ma la capienza tanto regolamentare⁷ quanto effettiva degli istituti non solo non è migliorata, ma è addirittura lievemente peggiorata⁸.

⁶ Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, [Relazione al Parlamento 2020](#); Ministero della Giustizia, [Statistiche – detenuti presenti al 29 febbraio 2020](#).

⁷ [Ministero della Giustizia, Statistiche – detenuti presenti al 31 agosto 2025](#); posto che dalle [statistiche messe a disposizione dal Garante nazionale](#) emerge come dato costante che la capienza effettiva è di circa 47.000 posti (al 30 maggio 2025 risultavano 46.706), colpisce la circostanza che i dati ministeriali evidenziano anche una diminuzione della capienza regolamentare degli istituti, che se al 31 luglio 2025 era pari a 51.300 posti, secondo l'ultima rilevazione del 31 agosto 2025 è invece pari a 51.274 posti.

⁸ Per un'approfondita analisi dei relativi dati, aggiornati al 31 luglio 2025, si rinvia a E. DOLCINI, ["Il piano carcere" 2025: una risposta inadeguata al collasso del sistema penitenziario](#), in *questa Rivista*, 2 settembre 2025, par. 2, il quale sottolinea che dagli ultimi dati statistici messi a disposizione dal Garante nazionale emerge che al 30 maggio 2025 le persone detenute erano 62.722 a fronte di 46.706 posti effettivamente disponibili, con un divario tra capienza effettiva e regolamentare di 4.576 posti. Cfr., inoltre, Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, [Report analitico. Rispetto della dignità della persona privata della libertà personale](#), 6 giugno 2025, dal quale emerge che la maggior parte dei detenuti presenti (46.836) poteva usufruire di uno spazio pari o superiore ai 4 mq, 15.314 di uno spazio compreso tra i 3 e i 4 mq e 10 di uno spazio inferiore ai 3 mq. Per inciso, si ricordi che secondo la giurisprudenza della Corte EDU fino alla sentenza Torreggiani del 2013 la disponibilità per il detenuto di uno spazio minimo inferiore ai tre metri quadri costituiva di per sé un trattamento inumano e degradante, in contrasto quindi con l'art. 3 CEDU. Rispetto a tale conclusione c'è stato, però, un revirement della giurisprudenza convenzionale, poi recepito dalle Sezioni unite del 2021, che sono state chiamate ad individuare i presupposti in presenza dei quali può dirsi che sussista un trattamento inumano e degradante e può pertanto essere accolta l'istanza proposta ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen. Con la pronuncia della Grande Camera Mursic c. Croazia dell'ottobre 2016 viene infatti superata quell'equazione – suggellata nella pronuncia Torreggiani e altri c. Italia del 2013 – in base alla quale l'assenza di uno spazio al di sotto dei 3 mq integra automaticamente un trattamento inumano e degradante, la cui sussistenza deve essere verificata dal giudice nazionale prendendo in considerazione l'eventuale presenza di altri fattori compensativi. Pertanto, conformemente alla pronuncia Mursic, il giudice nazionale non potrà accogliere un'istanza presentata ai sensi dell'art-35-ter ord. pen. qualora il detenuto abbia vissuto in spazi detentivi al di sotto dei 3 metri quadri, ma abbia avuto comunque la possibilità di svolgere attività trattamentali adeguate, nonché di fruire di idonee condizioni igieniche, e sempre che gli sia stata garantita la possibilità di libero movimento all'interno della cella, cfr. C. CATANEO, [Le Sezioni unite si pronunciano sui criteri di calcolo dello 'spazio minimo disponibile' per ciascun detenuto e sul ruolo dei fattori compensativi nell'escludere la violazione dell'art. 3 CEDU](#), in *questa Rivista*, 23 marzo 2021.

Al di là dell'indagine circa le molteplici cause che hanno determinato questa condizione di sovraffollamento, è evidente che si tratta di una situazione emergenziale, che mette inevitabilmente in crisi innanzitutto i fondamentali principi di umanità e del finalismo rieducativo della pena e che, in un momento di emergenza sanitaria simile a quella che si è verificata durante la pandemia da Covid-19, può rappresentare un serio ostacolo per la tutela, concreta ed effettiva, del diritto fondamentale alla salute.

Proprio rispetto a tale profilo, non può non rilevarsi come, al già allarmante dato quantitativo, si abbina un ulteriore dato qualitativo relativo alla tipologia dei soggetti reclusi.

Secondo le rilevazioni effettuate da Antigone alla fine del 2019, poco prima quindi dello scoppio della pandemia, le persone detenute con più di 40 anni erano in misura superiore al 50%, mentre la percentuale di quelle con più di 60 anni era più che raddoppiata rispetto al 2009, raggiungendo una soglia pari all'8,6%. A ciò si aggiunge il fatto che il contesto carcerario appare caratterizzato da un'elevata presenza di tossicodipendenti e di soggetti affetti da patologie pregresse anche gravi. All'interno dei nostri istituti penitenziari, infatti, il 67,5% dei detenuti presenta almeno una patologia. Tra queste, le più diffuse sono disturbi psichici (41,3%), quelli del tratto gastrointestinale (14,5%) e le malattie infettive (11,5%)⁹.

Sulla base di queste considerazioni si ritiene, pertanto, necessario aprire una riflessione – seria e depurata da aprioristiche prese di posizione – sulla necessità e praticabilità, nei momenti di emergenza, di uno strumento altrettanto emergenziale quale è l'indulto.

3. Indulto e sovraffollamento: un antico binomio.

Prima di cambiare prospettiva e occuparci della praticabilità dell'indulto come strumento per tutelare la salute delle persone private della libertà personale in un momento di emergenza sanitaria, ci sembra comunque opportuno ripercorrere in breve la "storia" dell'indulto quale meccanismo da sempre utilizzato per far fronte al sovraffollamento.

L'ultimo provvedimento di indulto, approvato con la l. 31 luglio 2006 n. 241, aveva infatti il dichiarato fine di abbassare i numeri della popolazione detenuta¹⁰.

Nel giugno 2006 la situazione penitenziaria era decisamente critica: i detenuti erano infatti 61.264, ben 18.045 oltre la capienza regolamentare. A fronte di tale

⁹ V. [Associazione Antigone, XVI rapporto sulle condizioni di detenzione: "il carcere al tempo del coronavirus"](#), 21 maggio 2020.

¹⁰ Per ulteriori considerazioni sull'utilità di tale provvedimento, v. S. TURCHETTI, [Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?](#), in Dir. pen. cont., 14 dicembre 2010, la quale sottolinea che, sebbene nel breve periodo tale misura abbia comportato risultati soddisfacenti in termini di abbassamento dei numeri della popolazione detenuta (scesa a 38.000 unità a fronte di una capienza di 44.000 posti), tale risultato sia stato solo temporaneo, poiché "a giugno 2009 la popolazione penitenziaria era risalita a quota 63.000, per poi superare 65.000 unità a metà gennaio 2010 e 68.000 unità a giugno dello stesso anno".

situazione, è stato concesso l'indulto per tutti i reati commessi fino al 2 maggio 2006, nella misura non superiore a tre anni per le pene detentive e non superiore a 10.000 euro per quelle pecuniarie. Sono stati esclusi, tuttavia, i reati di maggiore allarme sociale, stabilendo la revoca del beneficio dell'indulto per i recidivi che, entro cinque anni, commettessero un reato punito con una pena detentiva non inferiore a due anni.

Dei 28.586 detenuti destinatari dell'indulto, 22.476 uscirono dagli istituti penitenziari ad agosto 2006.

Successivamente, l'applicazione dell'indulto è stata invocata, ma poi abbandonata, proprio durante la stagione successiva alla condanna della Corte EDU nel caso Torreggiani e altri c. Italia, quale *extrema ratio*, ovvero quale strumento da adottare solo nel caso in cui gli indicati interventi di adeguamento non avessero consentito il raggiungimento del traguardo nei tempi imposti¹¹. Nel 2011, periodo nel quale i ricorrenti nel caso Torreggiani si rivolsero alla Corte affinché accertasse la violazione dell'art. 3 CEDU, negli istituti di pena erano detenute 66.897 persone, per 45.700 posti disponibili¹².

Da ultimo, il tema dell'indulto è riapparso nel dibattito politico proprio durante il periodo dell'emergenza sanitaria da Covid-19.

Il 2 aprile 2020 è stata, infatti, avanzata alla Camera una proposta di legge costituzionale (A.C. 2456) – che non ha poi trovato seguito – di modifica degli artt. 72 e 79 Cost., in cui si prevedeva l'abbassamento del quorum d'adozione del provvedimento (dagli attuali due terzi dei componenti di ciascun Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale, alla maggioranza assoluta nella sola votazione finale) e l'individuazione di specifici presupposti legati a “situazioni straordinarie” o “a ragioni eccezionali”, così come era già stato prospettato dalla dottrina¹³.

Alla base di tale proposta vi era la consapevolezza che le condizioni di sovraffollamento in cui versavano gli istituti penitenziari allo scoppio della pandemia – ribadiamo, 61.230 detenuti presenti a fronte di circa 47.000 posti effettivamente

¹¹ Per le misure messe in campo dal Governo per adeguarsi alla sentenza pilota della Corte Edu nel caso Torreggiani, si rinvia ad A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, Giappichelli; ID., [Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento](#), in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014; A. DELLA BELLA – F. VIGANÒ, [Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014.

¹² In tal senso, vengono in rilievo le proposte contenute nel d.d.l. n. 1918/S, comunicato alla Presidenza del Senato il 19 maggio 2015, aventi ad oggetto la concessione di amnistia per i reati commessi entro il 30.4.2015 per i quali è stabilita una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni (con esclusione dei reati di cui all'art. 4-bis comma 1 ord. pen.) e la concessione di indulto nella misura non superiore ai due anni per i reati commessi entro lo stesso termine. Tra le principali criticità di tale proposta, rilevate dall'Ufficio Studi del Senato, vi era la considerazione che tali provvedimenti di clemenza non avrebbero avuto un'effettiva incidenza sul sistema penitenziario italiano, nella misura in cui avrebbero provocato uno sfollamento solo temporaneo, soluzione distante dalle esigenze di giustizia e di civiltà espresse dalla Corte Europea e dal Presidente della Repubblica, v. [Parere su d.d.l. n. 1918/S - Concessione di amnistia e indulto, ottobre 2013](#).

¹³ S. ANASTASIA – F. CORLEONE – A. PUGIOTTO, *Costituzione e clemenza*, cit.; A. PUGIOTTO, *Amnistia e indulto: le buone ragioni di una recente proposta di legge di revisione costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 22 giugno 2020; [Proposta di legge costituzionale Magi: “Modifiche agli articoli 72 e 79 della Costituzione, in materia di concessione di amnistia e indulto” \(A.C. 156\)](#), 13 ottobre 2022.

disponibili – avrebbero potuto rappresentare un fattore di rischio altissimo per la salute delle persone recluse.

Attualmente, sono due le “nuove” proposte contenute nel cd. decreto carceri (d.l. 4 luglio 2024 n. 92, conv. in l. 8 agosto 2024 n. 112) messe in campo dal Governo per far fronte al sovraffollamento: da un lato, quella relativa all’istituzione di un commissario straordinario per l’edilizia penitenziaria, deputato al compimento di tutte le attività necessarie alla realizzazione di “nuove infrastrutture penitenziarie” e delle “opere di riqualificazione e ristrutturazione delle strutture esistenti, al fine di aumentarne la capienza e di garantire una migliore condizione di vita dei detenuti” (art. 4-bis l. 8 agosto 2024 n. 112); dall’altro, quella che riguarda il procedimento per il riconoscimento della liberazione anticipata, che può essere adesso accordata d’ufficio dal magistrato di sorveglianza in occasione della proposizione delle istanze di accesso alle misure alternative alla detenzione o ad altri benefici analoghi (art. 5 l. 8 agosto 2024 n. 112) .

Sempre in relazione alla liberazione anticipata, deve essere segnalata la proposta di legge A.C. 552, presentata il 17 luglio 2024, che prevede ulteriori modifiche a tale istituto.

Si stabilisce, in particolare, un innalzamento dello sconto di pena per la liberazione anticipata, che viene elevato dagli ordinari 45 giorni a 60 giorni, e la possibilità di riconoscere una liberazione anticipata speciale, con uno sconto di 75 giorni, con effetto retroattivo a partire dal 2016, cioè a partire dal momento in cui la precedente estensione ‘eccezionale’ della liberazione anticipata speciale, introdotta dopo la sentenza Torreggiani, aveva cessato di trovare applicazione, e per i successivi due anni. Con questo intervento si prevede, inoltre, uno spostamento della competenza a concedere la liberazione anticipata dal magistrato di sorveglianza al direttore dell’istituto¹⁴.

4. L’approvazione di un provvedimento di indulto a normativa invariata: l’indulto proprio condizionato.

Posto che, come si chiarirà nel prosieguo, la modifica dell’attuale disciplina dell’indulto sembra comunque la via maestra da percorrere per poter sfruttare le potenzialità di questo strumento¹⁵, anche in una nuova prospettiva orientata alla tutela dei diritti fondamentali, merita particolare attenzione la proposta avanzata dalla più attenta dottrina relativa alla possibilità di approvare, a normativa invariata, un provvedimento di indulto per far fronte all’attuale sovraffollamento.

¹⁴ G. GIOSTRA, [Liberazione anticipata: una proposta meritoria e necessaria, che richiede una doverosa messa a punto, in questa Rivista](#), 18 aprile 2024.

¹⁵ In questo senso, esprimono posizioni favorevoli all’adozione di un provvedimento di clemenza per fronteggiare il sovraffollamento, avvertendo al contempo la necessità di apportare modifiche all’art. 79 Cost., A. PUGIOTTO, *Il virus panpenalista*, cit; V. STELLA, “Intervista al presidente dell’ANM “Siamo pronti a mobilitarci”, *Il dubbio*, 26 febbraio 2024; F. PETRELLI, “Amnistia e indulto: parole eretiche che bisogna tornare a pronunciare”, *L’Unità*, 31 dicembre 2023; R. BRICCHETTI, “L’art. 79 della Costituzione”, *La magistratura* 16 maggio 2022;

Con l'approvazione di un indulto proprio "secco" si determinerebbe sostanzialmente un condono di pena analogo a quello che si prefigge di attuare il disegno di legge sulla liberazione anticipata speciale, escludendo però ulteriori aggravii di lavoro per la magistratura di sorveglianza.

Posto che si ritiene difficile raggiungere un ampio consenso parlamentare in relazione ad un provvedimento così strutturato, in dottrina è stata avanzata la proposta di intervenire attraverso un indulto "condizionato", con cui si andrebbe ad incidere su pene detentive già inflitte con sentenze di condanna passate in giudicato e non superiori in concreto a tre anni, stabilendo la loro conversione, previo consenso dell'imputato, nella detenzione domiciliare sostitutiva, anche con braccialetto elettronico. Restano ferme le pene accessorie, a meno che il provvedimento non preveda espressamente il contrario.

L'indulto condizionato alla conversione in una pena non carceraria risulterebbe applicabile indistintamente e automaticamente dalla magistratura di sorveglianza in tempi certamente più rapidi rispetto a quelli relativi alla concessione del beneficio della liberazione anticipata, perché bisognerebbe solo verificare il consenso del condannato in relazione alla sostituzione della pena, con compito dell'UEPE di individuare e verificare il domicilio del reo per l'espiazione della pena sostitutiva e, eventualmente, di profilare prescrizioni aggiuntive¹⁶.

5. Indulto e tutela del diritto fondamentale alla salute: una nuova prospettiva.

È probabilmente l'idea di agganciare l'utilizzo dell'indulto ad un fenomeno patologico qual è quello del sovraffollamento, rispetto al quale devono essere adottate soluzioni non episodiche ma strutturali e definitive, che ne ha decretato la sua "cattiva fama"¹⁷.

Quando invece, cambiando prospettiva, ci si riferisce all'indulto come un possibile strumento di tutela della salute la prospettiva muta radicalmente.

In tal caso, infatti, si fa riferimento ad una situazione soggettiva qualificata in termini di diritto, che può sì certamente essere bilanciato con altri diritti di pari rango e con le pur rilevanti esigenze di tutela della collettività, ma che non può essere illegittimamente sacrificato a causa della mancanza di strumenti di tutela adeguati ed efficaci.

Quello che si è verificato durante la prima fase della pandemia ha messo in luce in modo evidente l'assenza di un meccanismo semi automatico e di immediata applicazione, con presupposti stringenti predeterminati dalla legge, in grado di garantire in modo rapido ed efficace la tutela della salute di un numero elevato di

¹⁶ Questa è la proposta avanzata da G. AMARELLI, [Sovraffollamento carcerario: aspettando l'efficientamento delle pene sostitutive, subito un indulto proprio condizionato](#), in questa Rivista, 21 maggio 2024;

¹⁷ L'efficacia solo temporanea dell'indulto rispetto al sovraffollamento è messa ben in luce da S. TURCHETTI, *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio*, cit.

persone, ristrette in istituti che già di per sé non sono salubri, e nella maggior parte portatori di malattie che possono rendere la diffusione del virus drammatica.

Ci sembra, in altri termini, quanto mai opportuno che il nostro ordinamento si doti in anticipo, rispetto alle future insorgenze, di una “legislazione dell’emergenza” e di strumenti che siano realmente adeguati a farvi fronte¹⁸.

Alla luce di tali considerazioni, si tenterà quindi di individuare, a partire dai principi costituzionali e convenzionali in materia di tutela del diritto alla salute, gli interventi normativi attraverso i quali è possibile restituire agibilità all’indulto, che, in determinati momenti, può rappresentare uno strumento prezioso in termini di tutela dei diritti fondamentali, in particolar modo quello alla salute.

6. La tutela del diritto fondamentale alla salute delle persone private della libertà personale.

L’arrivo della pandemia è stata infatti un’occasione drammatica per far luce su un tema estremamente rilevante e spesso lasciato in disparte, come se la compressione del diritto alla tutela della salute fosse una conseguenza ineliminabile e in qualche modo accettabile della privazione della libertà personale¹⁹.

Come ha avuto modo di affermare in più occasioni la Corte Edu, è vero che tale diritto può di fatto subire alcune limitazioni ma non può essere mai completamente obliterato, sussistendo in capo allo Stato il dovere di proteggere la vita delle persone, ai sensi dell’art. 2 CEDU, e un divieto inderogabile di porre in essere la tortura nonché trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell’art. 3 CEDU, che impone alle autorità statali di scarcerare il detenuto che presenti uno stato di salute incompatibile con le condizioni detentive; di fornirgli assistenza medica adeguata in caso di compatibilità tra salute e ambiente carcerario; di adattare le condizioni detentive allo stato psicofisico del detenuto²⁰.

Diversamente dalla Costituzione – che riconosce espressamente la salute quale “fondamentale diritto dell’individuo” ed “interesse della collettività” – com’è noto, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo non contiene una specifica disposizione

¹⁸ Perviene a tali conclusioni A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all’emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2023, pag. 215 ss., con riferimento all’opportunità che l’ordinamento si attrezzi, in momenti non emergenziali, attraverso la predisposizione anticipata (rispetto a future emergenze) di un sistema di illeciti punitivi a tutela della salute pubblica, in modo coerente non solo con il principio di legalità ma soprattutto con quello di proporzionalità e offensività delle scelte di incriminazione.

¹⁹ In generale, sul tema della tutela della salute nei luoghi di detenzione, non può che rinviarsi ad A. MASSARO, *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un’indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, RomaTre-Press, 2017.

²⁰ Cfr., in particolare, Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros c. Grecia*; Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola c. Italia*; Corte EDU, 17 luglio 2012, *Contrada c. Italia*.

dedicata alla tutela di tale diritto, ma ciononostante la Corte Edu ne ha assicurato la salvaguardia attraverso un'interpretazione evolutiva degli artt. 2, 3 e 8 CEDU²¹.

Utilizzando in particolare l'art. 3 CEDU, che vieta la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, la Corte ha riscontrato la violazione di tale parametro convenzionale a fronte di diverse circostanze: alcune di carattere obiettivo, come il sovraffollamento carcerario (come nella nota sentenza Torreggiani e altri c. Italia del 2013), la carenza di condizioni igieniche (come nel caso Antropov c. Russia del 2009) e la mancata somministrazione di cure mediche (come nel caso Xiros c. Grecia del 2010, Cirillo c. Italia del 2013), dall'altro, casi in cui la violazione è stata riscontrata a fronte della incompatibilità del regime di detenzione ordinario con le condizioni di salute del soggetto recluso (come avvenuto nel caso Scoppola contro Italia del 2008, Contrada c. Italia del 2014, Cara-Damiani c. Italia; G.C c. Italia 2014)²².

La salvaguardia delle condizioni di salute del detenuto non sempre è stato ritenuto il valore preminente nel bilanciamento con le contrapposte esigenze di difesa sociale. Rispetto a detenuti sottoposti al cd. carcere duro, la Corte Edu ha in più occasioni ritenuto compatibile la sottoposizione a tale regime con le pur compromesse condizioni di salute dei destinatari (come nel caso Enea c. Italia del 2009 e nel caso Stolder c. Italia del 2009)²³.

A livello di normativa ordinaria, in ambito penitenziario il diritto alla salute viene solitamente inteso in un'ottica individuale e intramuraria, come diritto al farmaco e a ricevere cure adeguate in carcere, che solo laddove non possano essere adeguatamente erogate all'interno degli istituti giustificano il trasferimento in strutture di cura esterne, ai sensi dell'art. 11 ord. pen., norma che regola il servizio sanitario.

Sempre in un'ottica di tutela della salute individuale, ma al di fuori degli istituti di pena, vengono in rilievo le previsioni di cui agli artt. 146 e 147 c.p., che prevedono rispettivamente il rinvio obbligatorio e facoltativo della pena al ricorrere di determinate situazioni, quale in particolare l'infermità di tipo fisico o psichico, e la misura alternativa

²¹ Rispetto all'art. 3 CEDU, che rappresenta la norma cardine nel sistema convenzionale per ciò che riguarda la tutela della salute delle persone detenute, gli articoli 2 e 8 CEDU rappresentano delle norme sussidiarie, che possono entrare in gioco qualora la Corte non ravvisi una situazione di gravità tale da integrare una violazione dell'art. 3 CEDU: in particolare, per il tramite dell'art. 2, che tutela il diritto alla vita, i giudici di Strasburgo hanno sancito sia l'obbligo negativo per gli Stati di non causare la morte dei singoli, sia l'obbligo positivo per cui i medesimi Stati devono assumere misure adeguate ad assicurare la protezione della vita (*Corte EDU, 12 luglio 1978, Association of Parents c. Regno Unito*); per quanto riguarda, invece, l'articolo 8 CEDU, in virtù di una concezione molto ampia di "vita privata", la giurisprudenza della Corte ha tutelato condizioni detentive pregiudizievoli per la salute del detenuto, ma non così gravi da integrare le condotte vietate dall'art. 3 CEDU (*Corte EDU, 26 ottobre 2000, G.C. Kudla c. Polonia*).

²² Cfr., F. CECCHINI, [La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo](#), in *Dir. pen. cont.*, 2017.

²³ In particolare, nella sentenza della Grande Camera Enea c. Italia del 2009, la Corte ha ritenuto insussistente la violazione dell'art. 3 CEDU lamentata dal ricorrente, che era un potente boss di Cosa Nostra, sottoposto per più di 10 anni al regime di cui all'art. 41-bis e poi in una sezione ad "alta sorveglianza", pur essendo paraplegico e avendo subito operazioni per tumori al cervello e ai reni; alle medesime conclusioni la Corte è pervenuta nel caso Stolder c. Italia del 2009, riguardante un ergastolano sottoposto al cd. carcere duro, seppure affetto da plurime patologie quali diabete, epilessia, cardiopatia e un'invalidità al 50%.

della detenzione domiciliare di cui all'art. art. 47-ter ord. pen., nonché l'esecuzione della pena presso il domicilio di cui all'art. 1 l. 199 del 2010 che può essere concessa al ricorrere di determinate situazioni e nel rispetto di determinati limiti di pena.

Un'ipotesi di detenzione domiciliare particolarmente rilevante in termini di tutela della salute è quella disciplinata dall'art. 47-ter co. 1 ter ord. pen., che consente la concessione da parte del tribunale di sorveglianza della detenzione domiciliare nei casi in cui opererebbe il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., a prescindere quindi dal limite di pena e dalle preclusioni di cui all'art. 4-bis ord. pen.

Si tratta, evidentemente, di istituti la cui applicazione presuppone un necessario vaglio giudiziale.

In questo scenario, la dimensione collettiva del diritto alla salute non trova particolare considerazione, posto che la previsione normativa secondo cui in caso di diagnosi o di sospetta presenza di una malattia contagiosa devono essere messi in atto tutti gli interventi di controllo volti ad evitare la diffusione della malattia, ivi compreso l'isolamento, si scontra frontalmente con una realtà in cui negli istituti non ci sono spazi adeguati per effettuare l'isolamento sanitario delle persone, che sono spesso recluse in celle collettive in cui non hanno a disposizione lo spazio minimo di 3 mq che dovrebbe assicurare loro la possibilità di un normale movimento.

7. Le misure adottate dal Governo e dalla magistratura di sorveglianza durante l'emergenza Covid.

Sul quadro normativo che è stato sinteticamente richiamato, è intervenuto il legislatore dell'emergenza che, attraverso la decretazione d'urgenza, ha tentato dapprima di fermare il virus al di fuori delle porte del carcere – attraverso la sospensione dei colloqui e degli altri istituti che consentivano ai detenuti di uscire quotidianamente dal carcere²⁴ – e che, in un secondo momento, ha puntato ad abbassare rapidamente il numero dei soggetti presenti negli istituti, prevedendo a tal fine un potenziamento nell'applicazione delle misure alternative alla detenzione²⁵.

A seguito delle rivolte e delle prime rilevazioni di casi di positività tra i detenuti²⁶, infatti, il Governo ha prorogato la sospensione dei colloqui e degli altri istituti che

²⁴ Il primo provvedimento emanato dal Governo al fine di fermare il virus al di fuori delle porte del carcere è stato il d.l. 2 marzo 2020, n. 9, che all'art. 10 co. 14 prevedeva lo svolgimento a distanza dei colloqui con i congiunti o con le altre persone cui hanno diritti i detenuti, fino al 31 marzo 2020, negli istituti di pena situati nelle regioni in cui si trovano i comuni della c.d. zona rossa, vale a dire Lombardia e Veneto; in seguito con il d.l. n.11 dell'8 marzo si è estesa tale previsione all'intero territorio nazionale, prevedendo inoltre possibilità per la magistratura di sorveglianza di sospendere la concessione di permessi premio e della semilibertà, fino al 31 maggio 2020.

²⁵ Per un'ampia ricognizione della normativa emergenziale intervenuta in ambito penitenziario, cfr. Report [“La tutela della salute e degli altri diritti fondamentali dei soggetti privati della libertà personale al tempo del coronavirus”](#), *Clinica legale di giustizia penale*, in *questa Rivista*, 27 novembre 2020.

²⁶ Per considerazioni sulla situazioni negli istituti penitenziari a marzo 2020 e sul caos normativo che si è

consentivano ai detenuti di uscire quotidianamente dal carcere ma è intervenuto, inoltre, con una diversa strategia prevedendo, nel d.l. 17 marzo 2020 n. 18 convertito con modificazioni nella l. 24 aprile 2020 n. 27 (cd. “Cura Italia”), la possibilità di applicare l’esecuzione della pena presso il domicilio per i condannati con pene inferiori ai 18 mesi di concedere le licenze per i semiliberi²⁷.

Non si può non sottolineare il ruolo fondamentale che ha svolto in tale contesto la magistratura di sorveglianza, che ha impiegato le misure alternative, ed in particolare le varie forme di detenzione domiciliare, inserendo l’emergenza sanitaria nei parametri interpretativi per la loro applicazione.

Si può, infatti, distinguere un primo gruppo di provvedimenti emanati al fine di ridurre il sovraffollamento carcerario, in un’ottica di tutela della salute collettiva, in cui possono essere ricondotti quelli con cui sono stati applicati istituti come l’affidamento in prova ex art. 47 ord. pen., anche nella forma allargata di cui al co. 3-bis, l’affidamento terapeutico ex art. 94 T.U. stup., la detenzione domiciliare ex art. 47-ter co. 1 lett. a), la detenzione domiciliare di cui all’art. 123 d.l. 18/2020 o in alternativa l’esecuzione della pena presso il domicilio di cui all’art. 1 l. 199/2010; da un secondo gruppo, nel quale rientrano i provvedimenti finalizzati a favorire l’immediata fuoriuscita dal carcere dei soggetti maggiormente esposti alle conseguenze negative del contagio da virus, a causa dell’età avanzata o delle pregresse patologie, in un’ottica rivolta alla tutela della salute individuale, con cui è stata applicata la detenzione domiciliare cd. umanitaria ex art. 47-ter co.1 ter²⁸.

Nonostante l’attenta valutazione effettuata dalla magistratura di sorveglianza, che ha operato appunto in un momento di emergenza sanitaria in cui il virus correva velocemente ed era fortemente avvertito il rischio di una possibile “bomba sanitaria” all’interno degli istituti di pena, le soluzioni da essa adottate non sono state comunque esenti da polemiche, che hanno inevitabilmente determinato un allungamento dei tempi nell’adozione di determinate misure.

verificato durante la prima stagione del Covid, v. G.L. GATTA, [Carcere e coronavirus: che fare?](#), in *questa Rivista*, 12 marzo 2020; ID., *Un rinnovato assetto del diritto dell’emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 26 marzo 2020; durante la prima ondata i contagi in carcere sono stati relativamente contenuti, con un picco di 160 detenuti positivi e 4 decessi. Durante la seconda fase, da dicembre 2020, i detenuti positivi sono arrivati a essere più di 1.000 e ai 4 decessi della prima fase se ne sono aggiunti altri 12. Infine, da gennaio 2021 a marzo 2021, i numeri dei contagi sono tornati a scendere (a febbraio il numero dei contagi si è mantenuto in media intorno alle 480 unità) anche se con 2 ulteriori decessi che hanno portato il numero totale dei decessi per Covid a 18. Tuttavia, nel Rapporto si sottolinea che fino al 2021 il numero dei soggetti positivi in carcere rispetto al totale dei detenuti è stato costantemente più alto se paragonato con il medesimo dato relativo alla popolazione libera, v. Associazione Antigone, [XVII rapporto sulle condizioni di detenzione: “oltre il virus”, marzo 2021](#).

²⁷ Sul punto, E. DOLCINI – G. L. GATTA, [Carcere, coronavirus, decreto ‘cura Italia’: a mali estremi, timidi rimedi](#), in *questa Rivista*, 20 marzo 2020;

²⁸ Per un’ampia e ragionata rassegna dei provvedimenti adottati dalla magistratura di sorveglianza durante la prima fase della pandemia, si rinvia ad A. DELLA BELLA, [La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell’emergenza sanitaria](#), in *questa Rivista*, 29 aprile 2020; C. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, in *Diritto penale e uomo*, 29 aprile 2020;

La concessione della detenzione domiciliare cd. umanitaria – istituto applicabile indipendentemente dalla quantità di pena in concreto e dal reato commesso nei casi in cui la pena dev'essere eseguita nei confronti di chi si trova in condizioni di grave infermità fisica – nei confronti di alcuni detenuti condannati per reati di mafia e sottoposti al regime speciale del 41-bis ord. pen. ha determinato un notevole clamore mediatico e politico e la conseguente reazione dell'Esecutivo, che è intervenuto attraverso due decreti-legge del 30 aprile 2020 n.28²⁹ e del 10 maggio 2020 n. 29, convertito poi nella legge 25 giugno 2020 n. 70, che si sono susseguiti nell'arco di pochi giorni³⁰.

Con tale decreto si è sostanzialmente imposto ai magistrati di sorveglianza di acquisire una serie di pareri prima della concessione di tali misure a detenuti per reati mafiosi e di fare successive valutazioni periodiche.

Su tale normativa è stata immediatamente sollevata questione di legittimità costituzionale, poiché si riteneva che tale intervento avesse spostato l'asse del bilanciamento tutto a favore delle esigenze di prevenzione e di difesa sociale, nella misura in cui imponeva il giudice alla revoca di un provvedimento già concesso allo scopo di salvaguardare la salute del detenuto. Secondo la Corte costituzionale, l'obbligo di periodiche e frequenti rivalutazioni della persistenza delle condizioni che hanno giustificato la concessione della misura, sulla base anche della documentazione che la disposizione censurata impone loro di acquisire, mira a bilanciare le imprescindibili esigenze di salvaguardia della salute del detenuto e le altrettanto pressanti ragioni di tutela della sicurezza pubblica, poste in causa dalla speciale pericolosità sociale dei destinatari della misura (sent. n. 245 del 24 novembre 2020).

L'ultimo intervento governativo sul fronte penitenziario si è realizzato con il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, in legge 18 dicembre 2020, n. 176 e poi oggetto di successive modificazioni (cd. Decreto ristori), con cui sono state ribadite le misure relative all'esecuzione della pena presso il domicilio e alle licenze per i semiliberi, già previste nel cd. decreto Cura Italia, ed è stata aggiunta la previsione relativa alla possibilità di concedere permessi premio di durata straordinaria³¹.

Durante la fase pandemica, l'opera della magistratura di sorveglianza ha garantito una tutela effettiva al diritto alla salute ma è stato come "svuotare l'oceano con un cucchiaino", posto che la tutela di tale diritto fondamentale è stata attuata attraverso l'utilizzo di strumenti che richiedevano necessariamente una valutazione caso per caso, relativa ai presupposti oggettivi e soggettivi in presenza dei quali applicare una misura alternativa.

²⁹ Sul punto, C. DE LUCA, *Emergenza Covid-19 e ordinamento penitenziario: le novità del d.l. n. 28/2020*, in *Diritto penale e uomo*, 6 maggio 2020;

³⁰ Sul punto, A. DELLA BELLA, [Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche](#), in *questa Rivista*, 1 maggio 2020;

³¹ Sul punto, v. M. PERALDO, [Licenze, permessi e detenzione domiciliare "straordinari": il decreto "ristori" \(d.l. 28 ottobre 2020, n. 137\) e le misure eccezionali in materia di esecuzione penitenziaria](#), in *questa Rivista*, 16 novembre 2020;

Rispetto a quanto accaduto – con un’azione emergenziale svolta dai magistrati, sulla quale poi è intervenuta il Governo ed è stata anche chiamata in causa la Corte costituzionale – sarebbe allora necessario pensare a soluzioni definitive in grado di restituire razionalità al sistema e che vadano oltre la contingenza pandemica, ripristinando la possibilità di utilizzare meccanismi di salvaguardia del sistema da sempre previsti nel nostro ordinamento, come l’indulto.

8. Gli “ostacoli” all’approvazione di un provvedimento di indulto durante un’emergenza sanitaria.

Uno dei principali ostacoli che impedisce di pervenire all’approvazione di un indulto in un momento di emergenza sanitaria è rappresentato dall’impossibilità pratica di rispettare la riserva assoluta e rinforzata di legge richiesta dall’art. 79 Cost., anche per la circostanza che in tali casi il Parlamento si trova costretto a sospendere i lavori, per concentrarsi, così com’è accaduto, sugli atti indifferibili ed urgenti connessi principalmente alla gestione, da un punto di vista sanitario ed economico, degli effetti della pandemia.

È necessario, dunque, mettere a fuoco le ragioni che giustificano la previsione della riserva assoluta e rinforzata a favore del Parlamento, per poi verificare se esse siano così pressanti da impedire di immaginare una forma di indulto “speciale”, cioè in deroga alla previsione della riserva parlamentare e dei relativi *quorum* attualmente previsti dall’art. 79 Cost., che possa essere adottato al fine di fornire una tutela tempestiva del diritto alla salute.

Nel Volume che fa da ineludibile cartina di tornasole sull’uso costituzionalmente orientato del potere di clemenza, si ritiene che la previsione della natura assoluta della riserva di legge trovi giustificazione nella necessità di sottoporre alla legge ogni manifestazione del potere pubblico, di modo che tra previsioni incriminatrici e atti di clemenza sussista una «comune ispirazione teleologica, rappresentativa di una medesima cultura politico-criminale»³². In altri termini, così come solo l’Assemblea parlamentare può legittimamente selezionare i comportamenti da sottoporre a pena, è necessario che alla stessa sia riservata la possibilità di sospendere *ex post* l’efficacia delle norme incriminatrici, sulla base del «medesimo plafond di sapere politico-criminale che ha ispirato le scelte di criminalizzazione»³³.

Per ciò che riguarda, invece, il carattere rinforzato della riserva, si ritiene che esso svolga una funzione tipicamente selettiva, di sbarramento, «impedendo che amnistie e indulti si manifestino come atti della sola maggioranza di governo»³⁴. Detto altrimenti, il *quorum* così elevato impedisce che gli atti di clemenza – che costituiscono pur sempre un’invasione di campo del potere legislativo su decisioni già assunte dal potere

³² Cfr., V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., pag. 456.

³³ Cfr., V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., pag. 460.

³⁴ Cfr., V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., pag. 463.

giudiziario³⁵ – vengano utilizzati, come accadeva in passato, come strumenti di aggregazione del consenso e per introdurre intollerabili regimi di favore.

Nel quadro così delineato, dunque, l’uso “costituzionalmente orientato” del potere di clemenza da parte del Parlamento deve necessariamente sottostare al canone della ragionevolezza, che potrà poi essere oggetto di sindacato da parte della Corte costituzionale, e che si estrinseca nella necessità che il provvedimento risulti, da un punto di vista formale, rispettoso delle maggioranze qualificate richieste e del principio di uguaglianza-ragionevolezza, e, da un punto di vista dei contenuti, coerente con le finalità costituzionali della pena³⁶.

In quest’ottica, – in cui l’indulto assurge a strumento da utilizzare eccezionalmente, nel solco della ragionevolezza, per affrontare le criticità del sistema³⁷ – com’è stato correttamente osservato, risulterebbe legittima l’approvazione di un siffatto provvedimento che, al fine di ridurre il numero delle presenze in carcere, andasse ad incidere su pene detentive inflitte con sentenze di condanna passate in giudicato e che siano ancora in fase di esecuzione³⁸.

Il *quorum* dei 2/3, sebbene spaventosamente alto, sarebbe comunque astrattamente raggiungibile, così com’è accaduto per l’indulto del 2006.

³⁵ Cfr., G. AMARELLI, *Sovraffollamento carcerario*, cit., pag. 12.

³⁶ Una volta individuate queste coordinate, che definiscono lo statuto costituzionale del potere di clemenza, l’Autore individua una serie di ipotesi di “clemenza legittima”: la clemenza come strumento di pacificazione sociale e la clemenza di giustizia. Nel primo gruppo, possono essere ricondotti i provvedimenti di clemenza generale legati alla necessità di superare tramite la sospensione temporanea e retroattiva di talune norme incriminatrici, o delle loro sanzioni, particolari momenti storico-sociali eccezionali e irripetibili (come l’amnistia Togliatti del 1946). Nel secondo gruppo, invece, la clemenza di giustizia può declinarsi, da un lato, come strumento di correzione del diritto penale, categoria in cui vi rientrano le amnistie relative a mutamenti retroattivi in malam partem della giurisprudenza e alle situazioni di caos interpretativo riguardanti la successione di leggi penali nel tempo; al funzionamento selettivo dell’azione penale; alle imperfezioni del diritto processuale intertemporale; dall’altro, come strumento di adattamento del diritto penale, categoria nel quale rientrano i provvedimenti di clemenza generale relativi ai reati commessi in occasione o a causa di calamità naturali, all’entrata a regime di riforme processuali destinate a potenziare l’attività giudiziale di *law enforcement*, alla gestione di rapporti di diritto intertemporale, alla risoluzione di problemi di sovraffollamento carcerario abnormi e non ripetibili in futuro, cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., pag. 419;

³⁷ Com’è stato osservato, infatti, “l’uso della clemenza non è per nulla rimedio arbitrario, ma rappresenta (può rappresentare) invece strumento assolutamente idoneo a ‘immediatamente’ realizzare, in modo del tutto razionale, contingenti (e spesso proprio impellenti) esigenze di politica criminale di un ordinamento (che voglia continuare a definirsi) civile”, v. N. MAZZACUVA, “L’epoca della straripante ‘overcriminalization’: un possibile (immediato) rimedio”, *Rivista penale diritto e procedura*, 18 gennaio 2024, pag. 26.

³⁸ Secondo la dottrina, infatti, lo scrutinio sulla ragionevolezza del provvedimento dovrebbe articolarsi in un primo giudizio di “razionalità rispetto ai valori”, in cui si valuta la compatibilità dello scopo perseguito dal provvedimento con le finalità costituzionali della pena, e in un secondo giudizio relativo alla “razionalità rispetto allo scopo”, in cui si valuta la sussistenza o meno di un eccesso di potere legislativo; pertanto, risulterebbe irragionevole un indulto che andasse ad incidere su reati commessi in epoca anteriore all’adozione del provvedimento e rispetto ai quali non sono ancora in fase di esecuzione le sentenze di condanna, v. sul punto V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., pag. 465; G. AMARELLI, *Sovraffollamento carcerario*, cit., pag. 17.

Del resto, coglie nel segno la considerazione secondo cui la proposta di legge A.C. n. 552, con cui si propone di affrontare il sovraffollamento aumentando lo sconto di pena per la liberazione anticipata – soprattutto nella parte in cui prevede come misura eccezionale un innalzamento della liberazione anticipata a 75 giorni, con effetto retroattivo, a partire dal 2016 e per i successivi due anni – cerchi di raggiungere, oltre che nei dichiarati fini anche nei contenuti, il medesimo risultato cui si può pervenire attraverso un indulto³⁹.

La differenza rilevante, che occorre sottolineare, attiene al fatto che tale risultato – ovvero la rinuncia all’esecuzione di una parte della pena originariamente inflitta – viene perseguito senza il rispetto delle formali procedure previste per l’approvazione di un provvedimento di indulto, che presuppone una forte assunzione di responsabilità da parte dell’organo parlamentare, chiamato ad individuare, nella dialettica tra visioni spesso molto distanti, i presupposti oggettivi e soggettivi cui vincolare il condono di pena, frutto appunto dell’individuazione condivisa di un adeguato punto di equilibrio tra i rilevanti interessi in gioco.

Quindi, così facendo, secondo la proposta di legge A.C. 552, si finisce per scaricare tale compito sul singolo magistrato di sorveglianza o addirittura sul direttore dell’istituto.

Come è stato giustamente osservato da autorevole dottrina, questa proposta si sostanzia in un “indulto mascherato” ... mascherato più che altro agli occhi dell’opinione pubblica⁴⁰.

9. L’utilizzo dell’indulto in un’ottica costituzionalmente orientata di tutela del diritto alla salute.

Se, come abbiamo detto, il principale elemento che rende attualmente difficoltosa l’approvazione dell’indulto sembra essere rappresentato dai *quorum* deliberativi, che per essere raggiunti presuppongono la presenza di un ampio consenso politico circa l’approvazione del provvedimento, immaginare che il Parlamento, in un momento di emergenza sanitaria, in cui si occupa solo degli affari urgenti, possa a normativa invariata riuscire ad approvare un provvedimento di indulto, rispettando dunque la riserva assoluta di legge e gli impegnativi *quorum* richiesti dall’art. 79 Cost., sembra una chimera.

Eppure, riteniamo che l’indulto possa rappresentare quella “valvola di sfogo” che il sistema ha bisogno di attivare proprio nei momenti di emergenza.

Come abbiamo più volte sottolineato, infatti, l’arrivo dell’emergenza sanitaria dovuta al Covid-19 ha messo evidentemente in luce la mancanza – *rectius*, l’impossibilità pratica del suo utilizzo – di un meccanismo che consentisse di abbassare rapidamente, nell’ottica di tutelare la salute delle persone recluse, i numeri delle presenze in carcere.

³⁹ Cfr. G. AMARELLI, *Sovraffollamento carcerario*, cit., pag. 12;

⁴⁰ Cfr. G. AMARELLI, *Sovraffollamento carcerario*, cit., pag. 12;

Sotto questo profilo, infatti, occorre sottolineare che l'approvazione di un provvedimento di indulto potrebbe spiegare una maggiore efficacia deflattiva rispetto all'applicazione della liberazione anticipata speciale e degli altri meccanismi previsti dall'ordinamento penitenziario, come le misure alternative, che consentono la più rapida fuoriuscita dal carcere.

A sostegno di tale conclusione, basti confrontare, in termini numerici, i risvolti dell'ultima legge di indulto del 2006 e dei provvedimenti applicati dalla magistratura di sorveglianza durante l'emergenza pandemica.

Dei 28.586 detenuti destinatari dell'indulto adottato a luglio 2006, 22.476 uscirono dagli istituti penitenziari ad agosto 2006; mentre al 31 agosto 2021, dopo più di unno dalla dichiarazione di emergenza sanitaria, il numero di detenuti presenti era pari a 53.557, rispetto ai 61.230 presenti a febbraio 2020 all'inizio della pandemia. Dunque, dopo più di anno dall'adozione massiccia delle misure alternative, il numero delle persone scarcerate era pari a 7.673.

Appare evidente quindi il divario, in termini di intensità, tra i risultati prodotti dall'applicazione dell'uno o dell'altro istituto.

Ad oggi, secondo i più recenti dati forniti dal Garante, aggiornati al 30 maggio 2025, negli istituti sono presenti 47.190 condannati definitivi. Tra questi, ci sono 23.995 persone che stanno scontando una pena residua inferiore ai 3 anni e che potrebbero quindi beneficiare di un indulto⁴¹.

Anche alla luce di tale considerazione nasce, allora, la proposta di rileggere e modificare l'indulto in un'ottica costituzionalmente orientata di tutela dei diritti, attraverso l'introduzione di una forma indulto "speciale", cioè in deroga alla previsione della riserva parlamentare e dei relativi quorum attualmente previsti dall'art. 79 Cost., che possa essere adottato con un decreto-legge, al fine di fornire una tutela tempestiva del diritto alla salute.

9.1. I presupposti.

Rispetto al primo profilo, da più parti è stata avvertita e sottolineata l'esigenza di introdurre dei presupposti specifici, al fine di restituire agibilità ad uno strumento emergenziale comunque prezioso in termini di sistema.

Di tale necessità si è fatta carico, come anticipato, la proposta di legge costituzionale (A.C. 2456), presentata alla Camera il 2 aprile 2020, in cui si prevede la modifica degli artt. 72 e 79 Cost., stabilendo l'abbassamento del *quorum* d'adozione del provvedimento (dagli attuali due terzi dei componenti di ciascun Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale, alla maggioranza assoluta nella sola votazione finale) e l'individuazione di specifici presupposti legati a "situazioni straordinarie" o "a ragioni eccezionali", così come era già stato prospettato dalla dottrina⁴².

⁴¹ Cfr. Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, [Report analitico. Rispetto della dignità della persona privata della libertà personale](#), 6 giugno 2025.

⁴² S. ANASTASIA – F. CORLEONE – A. PUGIOTTO, *Costituzione e clemenza*, cit.; A. PUGIOTTO, *Amnistia e indulto*, cit.;

Segno questo dell'esistenza di una certa consapevolezza parlamentare circa la necessità di ripristinare questo istituto.

A noi sembra che tali presupposti possano essere ancora più stringenti e specificamente ancorati al profilo di tutela della salute, così da rendere questo strumento utilizzabile in via eccezionale solo nel caso in cui sussista un pericolo per la salute dei detenuti, come può accadere, ad esempio, durante un'emergenza sanitaria.

Il rischio che si faccia un uso poco sorvegliato della clemenza collettiva – che la disciplina attuale tenta di neutralizzare prevedendo dei *quorum* deliberativi di fatto inaccessibili – ben potrebbe essere sterilizzato attraverso l'enucleazione di presupposti stringenti, che siano in grado anche di illuminare le finalità dell'istituto, come accadrebbe qualora di esso se ne facesse uso nell'ottica di apprestare una pronta tutela ad un diritto fondamentale.

A questo proposito, per ancorare l'utilizzabilità di questo 'indulto sanitario' a casi realmente eccezionali, si potrebbe immaginare di subordinarne l'adozione alla dichiarazione da parte del Governo dello stato di emergenza (ciò che è avvenuto, come si ricorderà, nella ancora recente esperienza del Covid)⁴³.

Ciò consentirebbe di attivare tale strumento emergenziale solo laddove risultino oggettivamente integrate le condizioni stabilite dalla legge e ciò dovrebbe di conseguenza consentire di alleggerire, senza rischi di derive, il *quorum* deliberativo e il procedimento per la sua adozione.

9.2. Il procedimento.

Rispetto a questo secondo e più complesso profilo, relativo al procedimento con cui adottare l'indulto, si propone di modificare l'art. 79 Cost., introducendo una disciplina che consenta di adottare tale provvedimento attraverso un decreto-legge, che il Parlamento dovrà poi convertire in legge in tempi più ristretti.

Questa non vuole in alcun modo essere una proposta eversiva, o comunque volta a rinnegare la garanzia del controllo parlamentare, ma rappresenta solo uno sforzo teorico finalizzato ad esplorare le possibilità di pervenire all'approvazione di un provvedimento di indulto durante un'emergenza sanitaria, momento in cui la sospensione dei lavori in Assemblea rende di fatto impossibile rispettare la riserva d'assemblea parlamentare e i *quorum* di cui all'art. 79 Cost. e conduce inevitabilmente a rinunciare ad esso.

Accanto all'indulto classico – per il quale, pur mantenendo ferma la previsione della riserva parlamentare, andrebbero in ogni caso aggiunti dei requisiti oggettivi e

[Proposta di legge costituzionale Magi: "Modifiche agli articoli 72 e 79 della Costituzione, in materia di concessione di amnistia e indulto" \(A.C. 156\)](#), 13 ottobre 2022; da ultimo, A. PUGIOTTO, *Il virus panpenalista*, cit.

⁴³ Durante l'epidemia da Covid-19, il Consiglio dei ministri con la delibera del 31 gennaio 2020 ha dichiarato lo stato di emergenza sanitaria sul territorio nazionale legata al rischio di insorgenza di patologie derivanti dalla diffusione del virus.

conseguentemente abbassato il quorum – si potrebbe immaginare una nuova forma di indulto, adottabile con un decreto-legge, in presenza di presupposti strettamente legati alla tutela della salute di soggetti ristretti, e solo a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza.

Di fronte ad un'emergenza, soprattutto di tipo sanitario, ci sembra infatti opportuno immaginare di intervenire con strumenti che per loro stessa natura meglio si adattano alla necessità di fronteggiare situazioni straordinarie e imprevedute, com'è stato per l'arrivo della pandemia.

Lo strumento per eccellenza che la nostra Costituzione individua per gestire "casi straordinari di necessità e urgenza" è rappresentato dal decreto-legge, atto sul quale vi è un controllo tanto da parte del Capo dello Stato, quanto del Parlamento, chiamato a convertirlo⁴⁴.

In questo scenario ideale, il Governo, a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, sarebbe autorizzato ad adottare in via d'urgenza un provvedimento di indulto, tenendo in considerazione tanto il residuo di pena quanto la tipologia del reato, nell'ottica di contemperare al meglio le esigenze di tutela dei diritti fondamentali con le esigenze di sicurezza.

Per mantenere centrale il ruolo del Parlamento, senza al contempo allungare eccessivamente le tempistiche, si potrebbe stabilire che tale decreto debba essere convertito in legge da parte dell'Assemblea parlamentare, con la maggioranza assoluta, entro tempi più ridotti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la conversione dei decreti-legge.

Questo meccanismo, che prevede l'attivazione da parte governativa e la successiva convalida da parte dell'organo parlamentare, ci sembra che possa consentire di pervenire all'approvazione del provvedimento in tempi rapidi, senza però aggirare il fondamentale ruolo che deve avere il Parlamento, chiamato ad individuare in via definitiva in fase di conversione un adeguato punto di equilibrio nel bilanciamento tra il diritto alla salute delle persone reclusi, fortemente minacciato durante un'emergenza sanitaria soprattutto a causa del sovraffollamento, e le rilevanti esigenze di prevenzione e tutela della collettività⁴⁵.

⁴⁴ La dottrina costituzionalistica denuncia l'eccessivo uso, durante la pandemia, da parte del Governo della normativa secondaria (D.P.C.M, ordinanze, circolari) in luogo della fonte costituzionalmente deputata alla gestione delle situazioni di emergenza, come il decreto-legge, v. F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, Osservatorio AIC, 7 aprile 2020, pag. 39; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in "Federalismi.it", n. 6, 2020, 18 marzo 2020, il quale sottolinea che il decreto-legge, rispetto ai D.P.C.M, pur scontando tutti i tradizionali difetti circa il procedimento di formazione, appare più garantista per il coinvolgimento del Presidente della Repubblica, chiamato all'emanazione dell'atto, e del Parlamento, chiamato alla conversione in legge; sul versante più strettamente penalistico, la dottrina ha messo in evidenza come l'introduzione di sanzioni punitive, fortemente incidenti sulle libertà e i diritti costituzionalmente garantiti, applicabili in caso di inosservanza delle misure stabilite per il contenimento del contagio abbia sollevato un problema non solo di rispetto del principio di legalità, ma anche di quello di proporzionalità delle scelte di incriminazione, cfr. sul tema, ampiamente, A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria*, cit., pag. 87 ss.

⁴⁵ Anche in uno scenario ideale, in cui si introduce la possibilità di approvare un indulto con un decreto-legge, la conversione in legge dovrebbe passare dall'Assemblea parlamentare e non potrebbe essere affidata

Come abbiamo anticipato, i rischi di abuso da parte del Governo che possono annidarsi nell'utilizzo di tale strumento dovrebbero essere fortemente contenuti dalla previsione di rigidi presupposti legati alla tutela della salute.

In ogni caso, sul rispetto dei requisiti formali e del principio di uguaglianza-ragionevolezza, vigila la Corte costituzionale.

10. Conclusioni.

In conclusione, si ritiene che per impostare una riflessione politica seria sulle soluzioni emergenziali, qual è l'indulto, in momenti di piena emergenza, sarebbe auspicabile depurare il discorso pubblico da aprioristiche prese di posizione – che sono quelle che portano a definire l'indulto come una “resa dello Stato”⁴⁶ o a sottolinearne la sua (fisiologica) attitudine “non rieducativa”⁴⁷ – e interrogarsi con serenità e con occhi imparziali sull'utilità di tale istituto nella gestione dei momenti di emergenza.

In quest'ottica sarebbe allora auspicabile un intervento del legislatore che, in una riflessione teorica più serena, prendendo atto di quello che si è verificato durante la pandemia, individui il punto di equilibrio accettabile tra la tutela del diritto fondamentale alla salute e le esigenze di difesa sociale, attraverso l'enucleazione di presupposti stringenti e strettamente legati alla tutela del diritto della salute, e introduca un procedimento che consenta di ricorrere all'indulto in modo più rapido e flessibile, attraverso la sua attivazione da parte del Governo e la successiva ratifica parlamentare in tempi stretti.

solo a una Commissione (salvo un'eccezione esplicita e straordinaria nei regolamenti parlamentari). In quest'ottica, allora, sarebbe auspicabile, così com'è stato rilevato, introdurre delle forme di partecipazione da remoto dei parlamentari alla discussione e al voto tanto in Commissione quanto in Assemblea, così da consentire al Parlamento di operare anche in un contesto emergenziale. Si tratta di una proposta che, sebbene ampiamente sostenuta dalla dottrina costituzionalistica, viene respinta da chi ritiene che la situazione di emergenza non può, in ogni caso, giustificare una compromissione della modalità fisica e diretta con cui deputati e senatori sono chiamati a svolgere il loro mandato. In senso favorevole, v., C. MELZI D'ERIL – G. E. VIGEVANI, *Il Parlamento non sia assente durante la pandemia*, Il Sole 24Ore, 15 marzo 2020; C. FUSARO, *Coronavirus, meglio niente Parlamento o un Parlamento smart?*, LibertàEguale, 15 marzo 2020; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza*, cit., pag. 4; S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit.; M. AINIS, *Meglio distante che latitante*, La Repubblica, 19 marzo 2020; N. LUPO, *La Costituzione non impedisce il voto “da remoto” dei parlamentari*, Luiss open, 2 aprile 2020; di diverso avviso, invece, R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, Federalismi.it, 1 aprile 2020, secondo cui “non esiste la possibilità di ravvisare nella fase di emergenza nel Paese un qualche giustificativo giuridico per argomentare l'affievolimento della predetta relazione costituzionale (e della relativa dimensione necessariamente pubblica), e tanto meno la necessità di confermarla con soluzioni ‘sceniche’ originali, quali una particolare ‘mobilitazione’ del Parlamento” che potrebbe “provocare de facto la marginalizzazione del Parlamento come luogo storico, esclusivo ed originale del dibattito politico democratico sugli atti necessari alla gestione del Paese”.

⁴⁶ Affermazione del Ministro della Giustizia Carlo Nordio, ribadita in più interventi pubblici;

⁴⁷ Affermazione del Viceministro della Giustizia Francesco Paolo Sisto, dichiarata nella puntata del 30 dicembre 2024 del programma Tagadà in onda su LA7;

L'irrobustimento dei presupposti, da un lato, e l'alleggerimento del procedimento per adottare un provvedimento di indulto, dall'altro, ci sembrano gli aspetti sui quali è necessario intervenire per poter pensare di utilizzare questo strumento in contesti di emergenza. Non si tratta, infatti, di abbandonare all'improvviso le garanzie con cui la Costituzione circonda l'utilizzo della clemenza collettiva, ma di valutare se le stesse possano subire un riadattamento e ripensamento alla luce dell'eccezionalità del contesto.

Mentre, rispetto al sovraffollamento, appaiono più comprensibili le resistenze di chi ritiene che l'approvazione di un indulto in tal caso fornirebbe una soluzione meramente temporanea rispetto ad un fenomeno ciclico e che quindi rispetto ad esso appaia pur sempre necessario individuare soluzioni più ampie a livello di sistema, quando viene in gioco la tutela della salute delle persone recluse, minacciata da un'emergenza sanitaria, il piano del discorso dovrebbe essere ben diverso. In tal caso, infatti, c'è la necessità di far fronte ad una situazione transitoria, che può mettere a repentaglio la concreta tutela di un diritto fondamentale e sulla quale è necessario intervenire, nel minor tempo possibile, con strumenti eccezionali.

Per tali ragioni, si ritiene che l'indulto possa svolgere un ruolo cruciale nella tutela del diritto fondamentale alla salute in contesti di emergenza sanitaria e che sia, pertanto, necessario modificare la sua disciplina, prevedendo una forma "speciale" di indulto, in deroga all'art. 79 Cost.

Solo così, preparandosi in tempi "normali" alle possibili e future situazioni di emergenza, l'ordinamento potrà essere realmente in grado di fronteggiarle.

**SCIOGLIMENTO DEL CUMULO DI PENE DETENTIVE CONCORRENTI
PER REATI EX ART. 4 BIS ORD. PENIT.
OSTATIVI ALLA SOSPENSIONE DELL'ORDINE DI ESECUZIONE
E ALLA LIBERAZIONE ANTICIPATA PER IL PRESOFFERTO:
LA CASSAZIONE SOLLEVA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ
COSTITUZIONALE**

*Cass. Sez. I 11.7.2025 (dep. 6.10.2025), ord. n. 2406, Pres. Santalucia, Rel. Magi,
ric. Vinchiaturò*

di Gian Luigi Gatta

1. Con l'ordinanza che può leggersi in allegato, la Prima Sezione della Corte di cassazione ha sollevato una questione di legittimità costituzionale di particolare interesse, in grado, ove risultasse fondata, di produrre significativi effetti sulla prassi, contribuendo in qualche misura (non certo decisiva ma nemmeno irrilevante) alla riduzione del sovraffollamento carcerario.

Il dubbio di incostituzionalità, per contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3 Cost., riguarda il comma 4 *bis* dell'art. 656 c.p.p., ossia, come diremo, l'ipotesi in cui la pena da eseguire sia determinata dal cumulo di pene per reati ostatici (in particolare, ex art. 4 *bis* ord. penit.) e reati non ostatici alla sospensione dell'ordine di esecuzione, e il cumulo stesso non possa essere sciolto, facendo così venire meno la causa ostatica, per effetto delle detrazioni di pena per la liberazione anticipata applicabile al presofferto cautelare. A beneficio dei non iniziati, è opportuno fornire qualche breve coordinata essenziale per risolvere quello che, a prima vista, potrebbe sembrare un sudoku.

2. La questione riguarda, anzitutto, la sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive non superiori a quattro anni (sei anni per i reati connessi in relazione allo stato di tossicodipendenza), prevista dall'art. 656, co. 5 c.p.p. e funzionale a chiedere *dallo stato di libertà* una misura alternativa alla detenzione, evitando l'ingresso in carcere per farlo. Si tratta, come è noto, di un meccanismo che ha nei fatti evitato il definitivo collasso di un sistema penitenziario già in gravissima e cronica crisi. Basti pensare che, a fronte di circa 63.000 detenuti in condizioni di sovraffollamento (47.000 dei quali condannati definitivi), 28.000 persone stanno oggi eseguendo la pena con una misura alternativa ottenuta dallo stato di libertà ai sensi dell'art. 656, co. 5 c.p.p. e altre 100.000 sono nella condizione di "liberi sospesi" perché, dopo la sospensione dell'ordine di esecuzione, sono (in molti casi da anni) in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza sull'istanza di una misura alternativa. Ciò significa che un numero doppio rispetto a quello degli attuali detenuti (e quasi triplo rispetto ai detenuti con condanna definitiva) ha evitato l'ingresso in carcere grazie al meccanismo introdotto nel 1998 dalla legge Simeone-Saraceni. Una legge bipartisan, che porta il nome di due deputati

scomparsi che ci piace ricordare: uno di Alleanza Nazionale (Alberto Simeone), l'altro del Partito Democratico della Sinistra (Luigi Saraceni). A dimostrazione di quanto – notiamo incidentalmente – la politica abbia trovato in passato il coraggio di soluzioni drastiche (per quanto alla lunga rivelatisi non sufficienti) al problema del sovraffollamento carcerario.

3. Sospendere ed in un gran numero di casi poi evitare l'ingresso in carcere se la condanna non supera i quattro anni è una soluzione in effetti drastica, espressione della lotta alla pena detentiva 'breve' e del favore massimo per le alternative al carcere. Di qui la previsione di ipotesi in cui, per scelta del legislatore, operano divieti di sospensione dell'ordine di esecuzione. Tali ipotesi, previste dal comma 9 dell'art. 656 c.p.p., riguardano, in primo luogo, *coloro che al momento del passaggio in giudicato della sentenza si trovano in custodia cautelare in carcere* per il fatto oggetto della condanna da eseguire: essendo costoro già in carcere, non ha senso sospendere l'ordine di esecuzione della pena che è volto, appunto, ad *evitare* l'ingresso in carcere per chiedere una misura alternativa dall'esterno. In secondo luogo, e per quanto rileva rispetto alla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione, il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva riguarda i condannati per alcuni reati e, in particolare, per i reati inclusi nel catalogo dell'art. 4 *bis* ord. penit.

Il condannato a pena detentiva non superiore a quattro anni, per uno di questi reati, non beneficia pertanto della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena ed entra in carcere, dove potrà, dopo un assaggio più o meno lungo di detenzione, ottenere una misura alternativa, qualora ne ricorrano i presupposti.

Se, tuttavia, la pena detentiva da eseguire è determinata dal cumulo eterogeneo tra pene inflitte per reati diversi, alcuni soltanto dei quali ostativi perché inclusi nel catalogo dell'art. 4 *bis* ord. penit., può venire in rilievo un principio affermatosi in giurisprudenza: quello del c.d. scioglimento del cumulo. In caso di cumulo di pene concorrenti, come ricorda l'ordinanza qui annotata richiamando, tra l'altro, S.U. Zavattieri n. 30753/2023, deve ritenersi *scontata per prima quella più gravosa per il reo*; pertanto, è possibile che, al momento dell'esecuzione, le detrazioni per il presofferto in custodia cautelare comportino lo scioglimento del cumulo e il venir meno della causa ostativa alla sospensione dell'ordine di esecuzione. Per tale via, anche i condannati per reati ostativi alla sospensione dell'ordine di esecuzione possono evitare l'ingresso in carcere e ottenere una misura alternativa dallo stato di libertà.

4. Su questo quadro – eccoci, finalmente, al punto – si innesta la disposizione censurata dalla Cassazione: il comma 4 *bis* dell'art. 656 c.p.p., introdotto nel 2013 da un'altra legge adottata, nel recente passato, quando la politica ha avuto ancora una volta il coraggio (ad oggi assente) di adottare interventi per fronteggiare l'emergenza del sovraffollamento carcerario, che in quell'anno comportò una condanna da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la nota sentenza Torreggiani. Con il d.l. n. 94 del 2013 (Governo Letta, Ministra della Giustizia Cancellieri) fu stabilito, nella citata disposizione del codice di rito, che ai fini della determinazione della pena da eseguire, e della sospensione dell'ordine di esecuzione, rilevano le detrazioni di pena per la

liberazione anticipata *ex art. 54 ord. penit.*, riconosciute in rapporto al presofferto in custodia cautelare, per il principio di *fungibilità* con la pena da eseguire. In altre parole, la sospensione dell'ordine di esecuzione, previo scioglimento del cumulo delle pene per reati ostativi, può essere consentita *sia dalla detrazione del presofferto, sia dalla detrazione dei periodi di liberazione anticipata riconosciuti sul presofferto* dal magistrato di sorveglianza, al quale il pubblico ministero *deve trasmettere gli atti*. Si tratta, infatti (come sottolinea l'ordinanza annotata), di "atto vincolato, tanto da poter dar luogo, in caso di omissione dell'adempimento, all'ipotesi di ingiusta detenzione per la emissione del titolo non sospeso".

Orbene, l'ultimo periodo del comma 4 *bis* dell'art. 656 c.p.p. esclude espressamente l'applicabilità della predetta disciplina per i delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. Di qui l'impossibilità, nel caso sottoposto all'esame della Cassazione, di sospendere l'ordine di esecuzione della pena detentiva, destinando il condannato al carcere. Nel caso di specie, il Gip di Palermo, quale giudice dell'esecuzione, aveva respinto l'istanza di sospensione dell'ordine di esecuzione di una pena detentiva inflitta per alcuni reati, uno dei quali (spaccio di ingente quantità di stupefacenti) incluso nell'art. 4 *bis* ord. penit. Nonostante il condannato avesse trascorso tre semestri in custodia cautelare agli arresti domiciliari, l'impossibilità di riconoscere la liberazione anticipata escludeva lo scioglimento del cumulo e rendeva senz'altro operante il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione, comportando l'apertura delle porte del carcere.

5. In punto di *rilevanza* della questione, la Cassazione evidenzia come sia "proprio il divieto di applicazione della speciale procedura di cui all'art. 656, co. 4 *bis* c.p.p. – nel caso del ricorrente – a rendere 'non integralmente scontata' la pena riferibile al reato ostativo", impedendo di investire il magistrato di sorveglianza per le valutazioni relative alla liberazione anticipata sul presofferto.

Quanto poi alla *non manifesta infondatezza*, il cuore della questione sta in ciò: se sia ragionevole al metro del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., e compatibile con il finalismo rieducativo della pena *ex art. 27, co. 3 Cost.*, escludere l'operatività della liberazione anticipata in relazione al presofferto cautelare per reati *ex art. 4 bis* ord. penit., potendo tale disciplina impedire lo scioglimento del cumulo di pene concorrenti per reati ostativi e comportare l'ingresso in carcere di una persona alla quale: a) non è stata applicata la custodia cautelare in carcere e che, b) per la condotta serbata in esecuzione della misura cautelare, può risultare meritevole della liberazione anticipata ai fini di un più efficace reinserimento nella società.

La Cassazione ritiene la questione non manifestamente infondata, valorizzando in particolar modo il profilo dell'irragionevolezza della previsione normativa e del trattamento riservato agli autori dei delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. Secondo la S.C., "dalla negazione di accesso (per il solo titolo di reato) ad un meccanismo esclusivamente procedurale che mira a semplificare la concessione (in presenza dei presupposti) della liberazione anticipata deriva un *surplus* di afflittività che non trova razionale giustificazione, posto che – per definizione – il soggetto condannato che aspira alla sospensione del titolo non si trova sottoposto ad una misura cautelare custodiale, il che depone per l'assenza di *pericula libertatis* da contenere". In altre parole, prosegue la

Cassazione, “va rilevato che nel caso dell’art.656 co. 4 *bis* c.p.p. il diniego di applicazione del meccanismo, sin qui descritto, si risolve in un pregiudizio ‘in rito’ il cui fondamento non è di immediata percezione (posto che, come si è detto, la liberazione anticipata è istituto di portata generale) e da cui può, in concreto, derivare un pregiudizio sostanziale di rilievo, con transito temporaneo in carcere di un soggetto che ben potrebbe aspirare alla sospensione, essendo potenziale destinatario di una liberazione anticipata già maturata (durante il periodo di custodia cautelare) ma non oggetto di valutazione da parte del Magistrato di Sorveglianza”.

6. A nostro parere, il dubbio di legittimità costituzionale prospettato dalla Cassazione non è privo di fondamento. A quanto si è sin qui detto, infatti, va aggiunta, esplicitandola, una considerazione che vale come una premessa: la liberazione anticipata, al di fuori della particolare procedura di cui all’art. 656, co. 4 *bis* c.p.p., può essere concessa ai condannati per i reati di cui all’art. 4 *bis* ord. penit., anche per il presofferto, senza le limitazioni previste dallo stesso art. 4 *bis* per gli altri benefici penitenziari. Ciò significa che il condannato per reati di cui all’art. 4 *bis* ord. penit., cui è preclusa la sospensione dell’ordine di esecuzione, può ottenere la liberazione anticipata mentre si trova in carcere, anche per il presofferto (e, per l’effetto, può ottenere lo scioglimento del cumulo e chiedere una misura alternativa senza i vincoli del 4 *bis* ord. penit.). Come mostra il caso oggetto del giudizio *a quo*, quando il condannato è agli arresti domiciliari (o è libero) deve entrare in carcere per vedersi riconosciuta una detrazione di pena maturata *fuori* dal carcere; una detrazione che, se potesse essere operata prima dell’ingresso in carcere, secondo il diritto vivente farebbe venir meno il divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione, consentendo, appunto, lo scioglimento del cumulo delle pene. Proprio qui sta il germe di una possibile irragionevolezza. Il condannato non si trova in carcere, ha un presofferto di durata tale che, con il computo della liberazione anticipata che dovesse essere riconosciuta, consentirebbe la sospensione dell’ordine di esecuzione e la richiesta di una misura alternativa dallo stato di libertà, senza i vincoli dell’art. 4 *bis* ord. penit. Nonostante ciò, deve invece entrare in una cella in carcere (sovraffollato) e chiedere da lì la riduzione di pena per la liberazione anticipata e, quindi, una misura alternativa alla detenzione concedibile, previo scioglimento del cumulo, senza i lacci dell’art. 4 *bis* ord. penit. Che sia ragionevole è quanto meno lecito dubitarne.

6.1. Si potrebbe, tuttavia, obiettare che chiedere una misura alternativa quando si è in carcere è la sorte del condannato per i reati di cui all’art. 4 *bis* ord. penit., conseguente al divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione *ex* art. 656, co. 9 c.p.p. Nell’ambito di un’ampia discrezionalità politica, che sia sorretta da ragionevoli motivi, il legislatore ben può derogare al regime ordinario della sospensione dell’ordine di esecuzione. Ci si può allora domandare se i motivi che stanno alla base del divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione per i reati *ex* art. 4 *bis* ord. penit. possano fondare anche il divieto di

applicare la liberazione anticipata al presofferto, ai fini dello scioglimento del cumulo delle pene e della sospensione stessa. La risposta sembra negativa.

Il legislatore esclude la sospensione dell'ordine di esecuzione per i reati dell'art. 4 *bis* ord. penit. per ragioni di difesa sociale, che attengono alla gravità dei reati e alla pericolosità di cui sono indice. Tali ragioni sembrano inconferenti, tuttavia, in un caso come quello oggetto dell'ordinanza annotata, che vede il condannato, al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, non in carcere ma agli arresti domiciliari. Se davvero il carcere fosse stato necessario, allora in luogo degli arresti domiciliari avrebbe dovuto trovare applicazione la custodia in carcere.

Ancora, la *ratio* del divieto di sospensione dell'esecuzione della pena per i reati dell'art. 4 *bis* ord. penit. è riconducibile, come ha riconosciuto la Corte costituzionale (sent. n. 41/2018), alle "condizioni così stringenti da rendere [la] eventualità [della concessione di una misura alternativa] meramente residuale, sicché appare tollerabile che venga incarcerato chi all'esito del giudizio relativo alla misura alternativa potrà con estrema difficoltà sottrarsi alla detenzione". Anche tale *ratio* sembra non adattabile al divieto di cui all'art. 656, co. 4 *bis* c.p.p.: lo scioglimento del cumulo, possibile peraltro anche senza la liberazione anticipata, rende probabile in un certo numero di casi l'applicazione dall'esterno di una misura alternativa ai condannati per i reati del 4 *bis* ord. penit.

Non basta: si potrebbe ritenere che, rispetto agli autori di quei reati, il legislatore abbia ragionevolmente scelto di subordinare la concessione della liberazione anticipata alla valutazione intramuraria del comportamento del condannato. Senonché questo argomento trascurerebbe il fatto che la liberazione anticipata, come mostra proprio il caso in esame, può riguardare il periodo trascorso agli arresti domiciliari e, quindi, prescinde da una valutazione intramuraria. Mentre il condannato è in carcere, il magistrato di sorveglianza valuta la concedibilità della liberazione anticipata considerando la condotta serbata dal condannato *prima* di entrare in carcere. Ha davvero senso, su un piano di bilanciamento di interessi contrapposti, che questa valutazione - che se fatta *prima* potrebbe evitare il contatto devastante con l'ambiente carcerario (per di più sovraffollato) - sia fatta *dopo* e serva per uscire da dove si sarebbe potuti non entrare, in linea con le istanze di risocializzazione del reo e con la salvaguardia della sua libertà personale, sacrificata in modo non necessario?

6.2. La *ratio* politico-criminale del divieto di cui all'art. 656, co. 4 *bis* c.p.p. risiede forse nella natura premiale/eccezionale della relativa disciplina, introdotta nel 2013, come si è detto, per rimediare all'emergenza del sovraffollamento carcerario. Il Governo diede sì rilievo alla liberazione anticipata sul presofferto, ai fini di aumentare il numero degli ordini di esecuzione sospesi, ma per contingenti ragioni politiche ha escluso i reati più gravi di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. Vi è allora da chiedersi, non solo se questa limitazione sia ab origine ammissibile, al metro dei principi costituzionali, ma anche se lo sia ancora, oggi che la disposizione è ormai a regime e per di più a fronte di una recrudescenza del sovraffollamento carcerario. Recrudescenza che, a ben vedere, suggerirebbe al legislatore, con un tratto di penna, di cancellare la disposizione oggetto delle censure della Cassazione.

Oltre a domandarci in punta di diritto cosa potrebbe o non potrebbe fare la Corte costituzionale, abituiamoci come giuristi e come cittadini a chiederci anche cosa potrebbe e dovrebbe fare il legislatore, tanto più di fronte a una drammatica emergenza – quella del sovraffollamento carcerario – che reclama interventi indifferibili. Eccone qui uno suggerito dalla prassi.

PROFILI PENALISTICI DELLA LEGGE SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE: OSSERVAZIONI A PRIMA LETTURA

Legge 23 settembre 2025, n. 132, recante «Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale»

di Beatrice Fragasso

1. Segnaliamo ai lettori che il 25 settembre 2025 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la legge 23 settembre 2025, n. 132, contenente *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*. La legge si propone di introdurre un quadro normativo organico in materia di «ricerca, sperimentazione, sviluppo, adozione e applicazione di sistemi e di modelli di intelligenza artificiale» (art. 1, c. 1), in grado di “accompagnare” – questa l’espressione utilizzata nella Relazione al d.d.l. presentato dal Governo¹ – il Regolamento 2024/1689 sull’intelligenza artificiale (c.d. AI Act)², che, come noto, rappresenta la principale fonte euro-unitaria in materia.

Per quanto in questa sede maggiormente interessa, la legge introduce diverse norme di interesse penalistico, di cui il presente contributo intende fornire un’analisi a prima lettura:

- una nuova fattispecie di *illecita diffusione di contenuti generati o manipolati artificialmente*;
- una nuova figura di reato in materia di violazione del diritto d’autore;
- una circostanza aggravante comune;
- diverse circostanze aggravanti speciali;

¹ Relazione illustrativa al d.d.l. n. S. 1146 del 2024, p. 1.

² Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (c.d. AI Act). Come noto, l’AI Act detta i requisiti di sicurezza che ciascun sistema di i.a. deve soddisfare per poter essere introdotto sul mercato. In particolare, l’AI Act divide i dispositivi di intelligenza artificiale in tre categorie – a seconda del rischio che questi pongono per la sicurezza degli utenti ed il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini –, individuando per ciascuna categoria un regime giuridico applicabile: i sistemi di i.a. che presentano rischi considerati “inaccettabili” non potranno essere introdotti nel mercato europeo (art. 5); i sistemi ad alto rischio (artt. 6 e 7) potranno essere commercializzati, purché rispettino una serie di requisiti (artt. 8-15); per i sistemi a rischio limitato (art. 50), infine, basterà il rispetto di alcuni obblighi di trasparenza. Disposizioni specifiche sono inoltre previste per i *modelli di i.a. per finalità generali* (art. 51 ss.), ossia per quei modelli che sono «in grado di svolgere con competenza un’ampia gamma di compiti distinti» (art. 3, n. 63). Sulla struttura del Regolamento v., per tutti, i contributi contenuti in O. POLLICINO e AL. (a cura di), *La disciplina dell’intelligenza artificiale*, Giuffrè, 2025; per i profili penalistici v. M. COLACURCI, *Quale diritto penale dell’IA? Alcune riflessioni a partire dalla proposta di regolamento dell’Unione Europea*, in *Jus*, 3, 2023, p. 353 ss., e, volendo, B. FRAGASSO, [Intelligenza artificiale e responsabilità penale. Principi e categorie alla luce di una tecnologia “imprevedibile”](#), Giappichelli, 2025, p. 149 ss.

- una delega al Governo, finalizzata anch'essa, tra le altre cose, all'introduzione di nuovi reati e circostanze aggravanti³.

2. Prima di passare in rassegna le novità penalistiche, può essere utile soffermarsi brevemente sulle direttrici di fondo e sulla struttura dell'intervento normativo.

Innanzitutto, va fin da subito sottolineato che la legge in commento deve essere necessariamente letta alla luce del già menzionato Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. La legge 132/2025 si pone infatti in linea di continuità con il *risk-based approach* adottato dall'AI Act, prefiggendosi l'obiettivo, da un lato, di promuovere «un utilizzo corretto, trasparente e responsabile, in una dimensione antropocentrica, dell'intelligenza artificiale», e, dall'altro lato, di garantire «la vigilanza sui rischi economici e sociali e sull'impatto sui diritti fondamentali dell'intelligenza artificiale» (art. 1, c. 1)⁴. Il fondamento politico-valoriale su cui poggia il Regolamento europeo – e, sulla sua scia, la legge 132/2025 – consiste infatti nell'idea che l'intelligenza artificiale possa essere all'origine di *enormi benefici sul piano dello sviluppo economico-sociale*, e che, al contempo, essa possa tuttavia essere fonte di *rischi per la tutela dei diritti fondamentali* (e se vogliamo, dal punto di vista penalistico, dei *beni giuridici*). In questo contesto, la normativa europea – di cui la legge italiana aspira ad essere complemento normativo – mira a realizzare un *bilanciamento* tra le opportunità e i rischi dello sviluppo dei sistemi di i.a.

Anche i principi generali espressi dall'art. 3 della legge hanno chiare radici nel dibattito europeo sviluppatosi intorno all'intelligenza artificiale, ripercorrendo i principi etici che costituiscono il cuore dell'AI Act. Si va dalla tutela dei diritti fondamentali (comma 1), alla necessità che nei processi di sviluppo dell'intelligenza artificiale siano garantite «la correttezza, l'attendibilità, la sicurezza, la qualità, l'appropriatezza e la trasparenza, secondo il principio di proporzionalità» (comma 2), fino all'adesione ai principi della *human-centered AI*, in base ai quali i sistemi di i.a. «devono essere sviluppati e applicati nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale dell'uomo, della prevenzione del danno, della conoscibilità, della trasparenza, della spiegabilità», assicurando «la sorveglianza e l'intervento umano» (comma 3) e senza

³ Sul testo del d.d.l. presentato dal Governo (n. S. 1146 del 2024) v. già, limitandoci ai commenti riguardanti i profili penalistici e processual-penalistici della disciplina, B. ROMANO, *Il DDL in materia di IA: l'utilizzo nell'attività giudiziaria e in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1-2, 2024, p. 209 ss.; S. DE FLAMMINEIS, [Fattispecie penali nel contesto dell'intelligenza artificiale. Lo spunto del d.d.l. 1146/2024](#), in questa *Rivista*, 9, 2024, p. 5 ss.; G. BARONE, *La regolamentazione dell'Intelligenza Artificiale: è "corsa agli armamenti"*, in *Dir. proc. pen.*, 8, 2024, p. 991 ss.; C. PARODI, *Sistema penale e ddl sull'intelligenza artificiale: prospettive e criticità*, in *IUS penale*, p. 14 ss.; F. CONSULICH, [Il diritto penale al tempo dell'intelligenza artificiale prospettive punitive nazionali dopo l'AI Act](#), in *Dir. dif.*, 3-4, 2023, p. 721 ss., spec. p. 739 ss.; O. LOMBARDI, [Responsabilità penale dell'uomo per il danno cagionato attraverso condotte dolose e colpose nell'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale](#), in questa *Rivista*, 12, 2024, p. 63 ss.; L. SCOLLO, *L'intelligenza artificiale entra nel Codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2025, p. 693 ss.

⁴ V. anche Relazione illustrativa al d.d.l. n. S. 1146 del 2024, p. 3: «Il presente disegno di legge ha l'obiettivo di operare un bilanciamento tra opportunità e rischi, prevedendo norme di principio e disposizioni di settore che, da un lato, promuovano l'utilizzo delle nuove tecnologie per il miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini e della coesione sociale e, dall'altro, forniscano soluzioni per la gestione del rischio fondate su una visione antropocentrica».

pregiudizio per «lo svolgimento con metodo democratico della vita istituzionale e politica» (comma 4).

2.1. Sul piano della *struttura*, la legge si articola come segue:

- il Capo I (artt. 1-6) detta i principi generali che presiedono allo sviluppo e all'utilizzo dei sistemi di i.a., nonché le definizioni rilevanti ai fini dell'applicazione della legge;
- il Capo II (artt. 7-18) prevede una serie di disposizioni volte a regolare l'utilizzo dell'i.a. in diversi settori (sanità⁵, lavoro⁶, professioni intellettuali⁷, pubblica amministrazione⁸, attività giudiziaria⁹, cybersicurezza nazionale¹⁰);
- il Capo III (artt. 19-24) detta alcune norme in materia di strategia nazionale e *governance*, nonché una delega al Governo, da esercitare entro dodici mesi, avente ad oggetto, da un lato, l'adeguamento della normativa nazionale all'AI Act (art. 24, c. 1), e, dall'altro lato, la disciplina «dei casi di realizzazione e di impiego illeciti di sistemi di intelligenza artificiale» (art. 24, c. 3);
- il Capo IV, contenente il solo art. 25, prevede alcune «disposizioni a tutela degli utenti e in materia di diritto d'autore»;
- il Capo V, costituito dal solo art. 26, è dedicato alle disposizioni penali;
- il Capo VI, infine, consta di due articoli: l'art. 27, che detta una clausola di invarianza finanziaria (un paradosso, se si pensa agli ingenti finanziamenti che alcuni degli interventi previsti richiederebbero), e l'art. 28, che prevede alcune disposizioni di coordinamento in relazione alla legge 28 giugno 2024, n. 90 (Disposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici) e prevede che l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale – l'autorità alla quale la legge 132/2025 attribuisce le funzioni di vigilanza¹¹ – possa concludere accordi di collaborazione con soggetti privati.

3. Intelligenza artificiale e responsabilità penale: una premessa. Ora, concentrandoci sul versante penalistico, ci preme preliminarmente spendere qualche parola sull'impatto che l'intelligenza artificiale potrebbe avere sull'imputazione penale, così da poter poi valutare con maggiore ponderazione le novità penalistiche contenute nella legge¹².

⁵ Artt. 7-10, legge 23 settembre 2025, n. 132, cit.

⁶ Artt. 11-12, legge 23 settembre 2025, n. 132, cit.

⁷ Art. 13, legge 23 settembre 2025, n. 132, cit.

⁸ Art. 14, legge 23 settembre 2025, n. 132, cit.

⁹ Artt. 15-17, legge 23 settembre 2025, n. 132, cit.

¹⁰ Art. 18, legge 23 settembre 2025, n. 132, cit.

¹¹ Cfr. art. 20, lett. b), legge 132 del 2025.

¹² La letteratura sull'impatto dell'i.a. in materia penale è ormai di ampiezza considerevole. Limitandoci alle monografie pubblicate in Italia v., per quanto riguarda il settore delle auto a guida autonoma, M. LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale. La gestione del "rischio stradale" nell'era dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, 2023; R. COMPOSTELLA, *Auto a guida autonoma e diritto penale. Profili di responsabilità individuale e collettiva*, Editoriale Scientifica, 2024; nel settore dell'*healthcare*, L.A. TERRIZZI, *Medical devices e diritto penale*.

In estrema sintesi, a noi pare che lo sviluppo e l'utilizzo dei sistemi di i.a. possa sollevare due questioni di rilievo per il penalista sostanziale:

(i) per un verso, la crescente capacità di adattamento dei sistemi di i.a. più sofisticati, basati sul *machine learning*, si traduce in una certa dose di *imprevedibilità* nel "comportamento" dei dispositivi, con la conseguenza che potrebbe registrarsi una più o meno accentuata *perdita di controllo* sull'attività algoritmica: e ciò vale sia per le persone che programmano, sviluppano e mettono in commercio il prodotto intelligente, sia per coloro che lo utilizzano, o che comunque sono chiamate a supervisionarlo¹³. Una simile perdita di controllo, dal punto di vista penalistico, rischia di tradursi in una messa in crisi dei criteri ascrittivi del fatto illecito, che sono tradizionalmente fondati sul mancato dominio, da parte dell'agente, di *fatti offensivi effettivamente dominabili*. Il primo problema che si trova a dover affrontare il penalista, dunque, è quello di verificare se e in che modo l'imprevedibilità dell'intelligenza artificiale possa incidere sulla possibilità di configurare una responsabilità penale in capo alle persone che sviluppano o utilizzano l'i.a.;

(ii) per altro verso, gli *output* dell'intelligenza artificiale possono essere utilizzati per creare contenuti illeciti, o comunque contenuti che possono essere utilizzati per commettere un reato – senza, tuttavia, che l'attività algoritmica incida sulla conformazione della responsabilità penale. Si pensi al soggetto che si serva di un *chatbot* per generare un *malware* o per scrivere una mail decettiva da utilizzare nell'ambito di una campagna di *phishing*. In questi casi, l'effetto dirompente dell'intelligenza artificiale si apprezza comunque, ma in termini *quantitativi*, invece che *qualitativi*, nella misura in cui determina un incremento esponenziale delle capacità criminali degli agenti, offrendo loro sofisticatissimi strumenti tecnologici a basso costo.

Ebbene, anticipando alcune considerazioni che svilupperemo meglio più avanti, osserviamo fin da subito che la legge 132/2025 parrebbe incidere soprattutto sulla questione *sub (ii)*, introducendo figure di reato e aggravanti volte a contrastare nuove forme di aggressione a beni giuridicirealizzate *con lo strumento dell'intelligenza artificiale*. Viceversa, con riferimento al problema *sub (i)* – che è poi la questione destinata ad avere maggiori ripercussioni sul piano dell'imputazione penale –, la legge si limita a rinviare a future scelte dell'Esecutivo, attraverso la predisposizione di una delega volta ad introdurre, da un lato, delle *fattispecie di pericolo*, e, dall'altro lato, alcune *forme di limitazione della responsabilità penale* non meglio specificate.

Profili di responsabilità del produttore e dell'utilizzatore, Giuffrè, 2023; N. AMORE, *L'effetto della robotica e dell'IA nell'imputazione giuridica degli eventi infausti*, in E. ROSSERO-N. AMORE, *Robotica e intelligenza artificiale nell'attività medica. Organizzazione, autonomia, responsabilità*, il Mulino, 2023, p. 101 ss.; nella gestione d'impresa, A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale. La «funzione di garanzia» nell'organizzazione e dell'organizzazione per la «sorveglianza dell'AI»*, Giappichelli, 2024; per un approccio trasversale ai vari settori di applicazione dell'i.a. v. A. GIANNINI, *Criminal behavior and Accountability of Artificial Intelligence Systems*, Eleven, 2023; L. D'AMICO, *La misura della (im)prevedibilità. Modelli d'imputazione della responsabilità al tempo dell'intelligenza artificiale*, ESI, 2025; volendo, v. anche B. FRAGASSO, [Intelligenza artificiale e responsabilità penale](#), cit.

¹³ Sul c.d. "problema del controllo" v. più ampiamente B. FRAGASSO, [Intelligenza artificiale e responsabilità penale](#), cit., p. 43 ss.

4. La definizione di “sistema di intelligenza artificiale”. Delineate, seppur cursoriamente, le implicazioni che l’intelligenza artificiale potrebbe avere sulla responsabilità penale, passiamo ora all’esame delle disposizioni contenute nella nuova legge 132/2025.

Una prima norma di interesse, sul piano (anche) penalistico, è quella che circoscrive la nozione di “sistema di i.a.” rilevante ai fini dell’applicazione della legge. Tutte le figure di reato e le circostanze aggravanti introdotte dal provvedimento hanno infatti in comune il riferimento al “sistema di i.a.” quale elemento normativo; e lo stesso vale per le disposizioni che saranno introdotte in attuazione della delega al Governo «per adeguare e specificare la disciplina dei casi di realizzazione e di impiego illecit[o] di sistemi di intelligenza artificiale» (art. 24, c. 3). Una riflessione sulla definizione di “sistema di i.a.” adottata dalla legge è dunque d’obbligo, e preliminare rispetto alla disamina delle singole disposizioni penalistiche.

La legge 132/2025, in particolare, rinvia all’art. 3, par. 1, n. 1, AI Act, che definisce un “sistema di i.a.” come «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall’*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali».

Non è questa la sede per ripercorrere i dibattiti che hanno accompagnato l’adozione, a livello europeo, di una simile definizione: basterà dire che la delimitazione del campo di applicazione dell’AI Act è stata una delle questioni più discusse nell’ambito delle negoziazioni tra Commissione, Parlamento e Consiglio dell’Unione europea¹⁴, e che anche l’attuale norma definitoria continua a generare alcune perplessità in ordine alla sua reale capacità di circoscrivere con chiarezza l’ambito di applicazione del regolamento. In particolare, come non ha mancato di mettere in luce la dottrina, in questa definizione rientreranno probabilmente anche sistemi che normalmente, oggi, non sono considerati come “intelligenti”, e che magari sono già in circolazione da tempo¹⁵.

4.1. L’adozione di una nozione così ampia di intelligenza artificiale anche in materia penalistica comporta evidentemente che le nuove aggravanti e fattispecie incriminatrici siano destinate ad applicarsi anche in relazione a dispositivi tecnologici la cui produzione e il cui utilizzo non siano caratterizzati da una pericolosità maggiore (o comunque qualitativamente diversa) rispetto alla produzione e all’utilizzo di tecnologie tradizionali. Il rischio, dunque, è che le nuove norme – pensate per rispondere a quell’*imprevedibilità* che connota l’intelligenza artificiale, e che ha evidentemente effetti

¹⁴ Sulle modifiche subite dalla norma definitoria nel corso del processo di approvazione del regolamento, v. diffusamente C. TRINCADO CASTAN, *The legal concept of artificial intelligence: the debate surrounding the definition of AI System in the AI Act*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, 1, 2024, p. 305 ss.

¹⁵ In questo senso v., per tutti, J. MÖKANDER E AL., *Conformity Assessments and Post-market Monitoring: A Guide to the Role of Auditing in the Pro- posed European AI Regulation*, in *Minds and Machines*, 32, 2022, p. 245.

dirompenti per l'imputazione penale – finiscano per applicarsi anche in relazione a sistemi tecnologici che potrebbero non necessitare di un intervento legislativo *ad hoc*.

Nonostante ciò, la scelta del legislatore di rinviare alla definizione europea ci sembra, nel complesso, condivisibile.

Sono noti gli sforzi di scienziati, studiosi e *rule makers* per individuare una nozione di i.a. che sia al tempo stesso omnicomprensiva e sufficientemente delimitativa del fenomeno – sforzi che hanno avuto come risultato l'affastellarsi, talvolta nell'ambito del medesimo settore disciplinare, di una pletera di diverse proposte definitorie, spesso vaghe e sfuggenti¹⁶. Benché effettivamente la definizione fornita dall'AI Act paia lontana dai crismi della determinatezza, il beneficio del rinvio sta nel fatto che tale norma definitoria è destinata, nel corso dei prossimi anni, ad una massiccia applicazione e – si auspica – ad un'accurata opera di interpretazione da parte degli organismi della *governance* europea. I consociati – e i giudici – dovrebbero dunque poter contare, sul lungo periodo, su criteri stabili per valutare se il dispositivo possa essere qualificato o meno come sistema di i.a.

Nell'immediato, invece, la questione è più complicata. Se è vero che potranno essere classificati agevolmente come sistemi di i.a. tutti quei dispositivi che siano stati immessi sul mercato attraverso le procedure previste dall'AI Act, la qualificazione potrà essere più ostica nel caso di dispositivi acquisiti su circuiti illeciti – circostanza che, d'altra parte, non può di certo considerarsi peregrina, specialmente in relazione a forme di criminalità dolosa. Possiamo prevedere, in questo contesto, che la riconduzione dei *device* utilizzati dagli imputati alla nozione di "intelligenza artificiale" costituirà uno dei principali snodi interpretativi sui quali si confronteranno le parti del processo.

5. Illecita diffusione di contenuti generati o manipolati artificialmente (art. 612-quater c.p.). La prima tra le fattispecie di reato introdotte dalla legge 132/2025 è quella di *Illecita diffusione di contenuti generati o manipolati artificialmente* (art. 612-quater c.p.), che punisce con la reclusione da uno a cinque anni «[c]hiunque cagiona un danno ingiusto ad una persona, cedendo, pubblicando o altrimenti diffondendo, senza il suo consenso, immagini, video o voci falsificati o alterati mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale e idonei a indurre in inganno sulla loro genuinità». Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che il fatto sia connesso con un altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio oppure sia «commesso nei confronti di persona incapace, per età o per infermità, o di una pubblica autorità a causa delle funzioni esercitate».

5.1. L'obiettivo principale della fattispecie parrebbe quello di reprimere la diffusione non consensuale di *deepfakes* – ove per *deepfake* si intende, secondo la definizione fornita dall'AI Act, «un'immagine o un contenuto audio o video generato o

¹⁶ Sulla complessità della questione definitoria, nell'ambito degli stessi settori afferenti alla *computer science*, sia consentito il rinvio a B. FRAGASSO, [Intelligenza artificiale e responsabilità penale](#), cit., p. 17 ss.

manipolato dall'IA che assomiglia a persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi esistenti e che apparirebbe falsamente autentico o veritiero a una persona»¹⁷.

Stante l'indeterminatezza nella descrizione dell'evento, si deve ritenere che il danno ingiusto non debba necessariamente avere un contenuto patrimoniale¹⁸. A sostegno di tale interpretazione vi è la collocazione topografica all'interno del codice – tra i delitti contro la libertà morale –, nonché la stessa relazione illustrativa al testo del d.d.l. presentato dal Governo, che sottolinea come la fattispecie miri ad offrire «una tutela rafforzata della persona, incentrando l'offensività della condotta sul pregiudizio all'autodeterminazione ed al pieno svolgimento della personalità»¹⁹.

Scopo di tutela della fattispecie sembrerebbe essere costituito, innanzitutto, dalle condotte di diffusione non consensuale di *deepfakes porn*, ovvero sia di immagini manipolate in cui fotografie o video raffiguranti dei visi riconoscibili vengono “innestati” su immagini di corpi di altri soggetti, nudi o impegnati in atti di natura esplicitamente sessuale²⁰.

Nel nostro ordinamento, effettivamente, sembrerebbero mancare, *de iure condito*, delle disposizioni specificamente applicabili a tali condotte. Nella nozione di «immagini o video a contenuto sessualmente esplicito» contenuta nel reato di *Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti* (art. 612-ter c.p.) non sembrerebbero infatti inclusi i *deepfakes*²¹. A tale conclusione si giunge ove si consideri che il legislatore italiano, quando ha voluto, ha dato esplicito e autonomo rilievo alle immagini manipolate: si pensi, in particolare, all'art. 600-*quater*.1 c.p., che stabilisce che i reati di pornografia minorile (artt. 600-*ter* e 600-*quater* c.p.) si applicano – con pena diminuita – anche quando il materiale pornografico «rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse» (c. 1), ove per “immagini virtuali” si intendono le «immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali» (c. 2).

¹⁷ V. art. 3, par. 1, n. 60, AI Act, cit.

¹⁸ In questo senso, F. CONSULICH, [Il diritto penale al tempo dell'intelligenza artificiale prospettive punitive nazionali dopo l'AI Act](#), cit., p. 740; S. DE FLAMMINEIS, [Fattispecie penali nel contesto dell'intelligenza artificiale](#), cit., p. 9.

¹⁹ Relazione illustrativa al d.d.l. n. S. 1146 del 2024, cit., p. 16.

²⁰ Sul fenomeno e sulle prospettive di regolazione dei *deepfakes porn v.*, per tutti, C. SALVI, *Emerging trends in criminalising deepfake pornography: challenges and perspectives*, in G. VERMEULEN – N. PERS@AK – S. DE COENSEL (eds.), *Researching the boundaries of Sexual integrity, gender violence and image-based abuse*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 95, 2, 2024, p. 5 ss.; G.M. CALETTI, *Habeas corpus digitale. Lo statuto penale dell'immagine corporea tra privacy e riservatezza*, Giappichelli, 2024, p. 157 ss.; M. PICCARDI, *L'impatto del deepfake sul diritto penale*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, II ed., Utet, 2023, p. 1462 ss.; C. PAONESSA, [La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del “deepfake” nella Direttiva \(UE\) 2024/1385](#), in *disCrimen*, 10 giugno 2025, in corso di pubblicazione in *Criminalia*. Cfr. anche il report di Europol, [Facing reality? Law enforcement and the challenge of deepfake. An Observatory Report from the Europol Innovation Lab](#), 2022, aggiornato il 13 marzo 2024.

²¹ A. GULLO-R. FLOR, *Italian report on criminalisation of AI-related offences*, in F. MIRÓ-LLINARES – C. DUVAC – T. TOADER – M. SANTISTEBAN GALARZA (eds.), *Criminalisation of AI-related offences. International Colloquium, Bucharest, Romania, 14-16 June 2023*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 95, 1, 2024, p. 193.

Prima che venisse approvata la legge 132/2025, dunque, una tutela penalistica specifica contro la diffusione di *deepfakes porn* sussisteva soltanto nel caso in cui la persona offesa fosse un minore.

L'introduzione di una fattispecie in grado di sanzionare la diffusione non consensuale di immagini manipolate sessualmente esplicite è certamente da salutare con favore, dal momento che tale condotta – oltre che costituire un'offesa alla reputazione – costituisce altresì un'aggressione all'intimità, alla riservatezza e all'autodeterminazione nel campo della sfera sessuale individuale, non meno di quanto lo siano le condotte punite ai sensi dell'art. 612-ter c.p.²². La sanzione penale per la diffusione di *deepfakes porn*, tuttavia, avrebbe forse potuto passare, in maniera più lineare, per la formulazione di una fattispecie *di condotta* specificamente ritagliata su tale ipotesi.

Si tenga presente, a tal proposito, che l'introduzione di uno specifico reato *di condotta*, volto a punire la diffusione di immagini manipolate sessualmente esplicite, è prevista anche dalla Direttiva europea 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica²³, che richiede agli Stati membri che venga incriminata la seguente condotta intenzionale: «produrre, manipolare o alterare e successivamente rendere accessibile al pubblico, tramite TIC²⁴, 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»²⁵.

La previsione dell'evento di danno, quale elemento del reato, parrebbe dunque costituire un requisito ultroneo rispetto a quanto stabilito dalla direttiva.

5.2. Se la legge 132/2025 ha optato per una formulazione non specificamente tarata sul fenomeno della diffusione non consensuale di *deepfakes porn* è probabilmente perché il raggio d'azione della nuova fattispecie ambisce ad essere più ampio.

Ci riferiamo, in particolare, alla possibile applicazione del reato in esame in relazione all'utilizzo di *deepfakes* a scopo di propaganda politica o di disinformazione. Le declinazioni di tale utilizzo sono le più varie: ci limitiamo qui a menzionare, a mero titolo di esempio, il video manipolato che raffigura il Primo ministro ucraino Volodymyr

²² Il dibattito su quale sia il bene giuridico offeso dalla diffusione di *deepfakes porn* è in realtà molto sfaccettato; v., a tal proposito, C. SALVI, *Emerging trends in criminalising deepfake pornography: challenges and perspectives*, cit., p. 9.

²³ Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica; in argomento v. S. BRASCHI, *La nuova direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica e le sue ricadute nell'ordinamento nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2024, p. 1367 ss.; A. MASSARO, [La Direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica: il possibile impatto sull'ordinamento italiano](#), in questa *Rivista*, 3, 2025, p. 107 ss.

²⁴ Tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

²⁵ Art. 5, par. 1, lett. b), direttiva (UE) 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, cit. Sull'inclusione, in tale fattispecie, della generazione e della diffusione non consensuale di *deepfakes porn* v. il considerando 19: «Nel concetto di produzione, manipolazione o alterazione dovrebbe rientrare anche la fabbricazione di video fasulli ma realistici («deepfake») con persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi molto simili a quelli realmente esistenti, che ritraggono una persona mentre compie atti sessuali, risultando falsamente autentici o veritieri agli occhi altrui».

Zelensky che invita i cittadini a deporre le armi e ad arrendersi di fronte all'invasione russa, o al video che riproduce artificialmente il Presidente russo Vladimir Putin che ordina il ritiro delle truppe dal suolo ucraino²⁶.

Un indice nel senso di ritenere che queste siano le intenzioni del legislatore può essere tratto dal secondo comma dell'art. 612-*quater* c.p., che stabilisce che si procede d'ufficio, tra le altre ipotesi, quando il delitto è commesso nei confronti «di una pubblica autorità a causa delle funzioni esercitate»²⁷.

L'evento-danno rilevante ai fini della configurazione del reato potrebbe essere, in questi casi, il danno alla reputazione. Va tuttavia osservato che, come già rilevato in dottrina, l'utilizzo di *deepfakes* per fini di propaganda politica s'inserisce in un più ampio fenomeno di manipolazione digitale del consenso, realizzata con o senza l'intelligenza artificiale, e che è capace di incidere sul corretto funzionamento delle istituzioni democratiche²⁸. Con riferimento a queste ipotesi, insomma, un reato di danno rischia di essere, come è stato osservato, "inadeguato per difetto"²⁹.

Il riferimento, nell'art. 612-*quater* c.p., alla causazione di un generico danno ci pare in ogni caso eccessivamente indeterminato: una più precisa identificazione dei beni giuridici offesi avrebbe reso il reato maggiormente aderente ai principi di legalità e offensività³⁰.

6. Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di diritto d'autore. Anche tra le modifiche apportate alla legge 22 aprile 1941, n. 633, sul diritto d'autore, vi sono alcuni interventi di interesse penalistico.

6.1. Segnaliamo, innanzitutto, che la legge sull'i.a. precisa il campo di applicazione della legge 633/1941, specificando che la protezione garantita da quest'ultimo provvedimento si intende riferita alle sole opere di ingegno «umane», anche laddove «create con l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale, purché

²⁶ Sull'utilizzo di *deepfakes* nel contesto specifico della disinformazione e della propaganda politica v. C. SALVI, *The Challenges of Deepfake Technology in the Context of Political Disinformation*, in M. BERGSTROM – V. MITSILEGAS (eds.), *EU Law in the Digital Age*, Hart, 2025, p. 185 ss.; T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, Giappichelli, 2020, p. 45 ss.; ID., *Disinformation, Fake News and Deep Fakes*, in F. MIRÓ-LLINARES – C. DUVAC – T. TOADER – M. SANTISTEBAN GALARZA (eds.), *Criminalisation of AI-related offences*, cit., p. 114 ss.

²⁷ Cfr. in questo senso O. LOMBARDI, [Responsabilità penale dell'uomo per il danno cagionato attraverso condotte dolose e colpose nell'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale](#), cit., p. 64.

²⁸ In argomento v., per tutti, T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., *passim*, e P. GUERCIA, *I progetti di legge sulle fake news e la disciplina tedesca a confronto*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, cit., p. 1290 ss., ai quali si rinvia per un esame delle proposte di legge presentate in Italia e all'estero per contrastare il fenomeno della disinformazione.

²⁹ Così F. CONSULICH, [Il diritto penale al tempo dell'intelligenza artificiale prospettive punitive nazionali dopo l'AI Act](#), cit., p. 740.

³⁰ Cfr., in questo senso, G. FIORINELLI, *La violenza mediata dalla tecnologia. Dogmatica, profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, Giappichelli, 2024, pp. 304-305, che parla di «omnicomprensivo (quanto pericoloso) veicolo di una repressione penale illimitata e paracivilistica dei "danni" cagionati mediante l'intelligenza artificiale generativa, risultando quindi maldestra reazione simbolica a un fenomeno di crescente allarme sociale».

costituenti risultato del lavoro intellettuale dell'autore»³¹. Ne risulta precisato, di conseguenza, anche il campo di applicazione dei reati contenuti nella medesima legge, che puniscono la diffusione e la riproduzione senza diritto di opere d'ingegno (v., in particolare, gli artt. 171 ss.). Va detto, tra l'altro, che difficilmente può parlarsi di una vera e propria modifica di un elemento normativo delle fattispecie, atteso che nella nozione di "opere di ingegno" ci pare che già potesse ritenersi implicito il requisito della derivazione "umana" della creazione.

6.2. Sempre in materia di diritto d'autore, la legge 132/2025 introduce poi una nuova fattispecie all'art. 171, c. 1, lett. a-ter, l. 22 aprile 1941, n. 633, che punisce chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma, «riproduce o estrae testo o dati da opere o altri materiali disponibili in rete o in banche di dati in violazione degli articoli 70-ter e 70-quater, anche attraverso sistemi di intelligenza artificiale». La figura di reato si va ad aggiungere alle fattispecie già previste dall'art. 171 l. 633/1941 in materia di violazione del diritto d'autore; come queste ultime, la nuova fattispecie è punita con la pena della multa da 51 a 2.065 euro, e si applica salvo quanto previsto dagli artt. 171-bis e 171-ter (che puniscono, rispettivamente, la duplicazione di "programmi per elaboratore" e la diffusione abusiva, per uso non personale, di opere letterarie, scientifiche, cinematografiche, etc.).

La nuova figura di reato mira a contrastare il fenomeno del c.d. *data scraping*, ovvero di quella pratica di estrazione massiva, indiscriminata e non autorizzata di contenuti pubblicati *online*, finalizzata ad addestrare i modelli di i.a. Si badi, a tal proposito, che la nuova fattispecie – coerentemente con il bene giuridico che si propone di tutelare – punisce esclusivamente l'estrazione e la riproduzione di *dati protetti da diritto d'autore*: tale condotta, come noto, è stata oggetto di ampi dibattiti, negli ultimi anni, soprattutto in relazione alle attività della società OpenAI, accusata di aver addestrato uno dei più noti sistemi di i.a. generativa, ChatGPT, grazie all'utilizzo non autorizzato di articoli e libri scientifici³² e di contributi pubblicati sui siti dei quotidiani³³.

Non rientrano, invece, nel campo di applicazione della fattispecie le condotte di estrazione e riproduzione, senza base giuridica, di *dati personali* presenti *online* – condotte che, già da qualche anno, sono comunque oggetto di attenzione da parte del

³¹ V. art. 1, c. 1, legge 22 aprile 1941, n. 633, così come modificato dall'art. 25, c. 1, lett. a): «Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno *umano* di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione, *anche laddove create con l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale, purché costituenti risultato del lavoro intellettuale dell'autore*» (le modifiche sono indicate in corsivo).

³² Si consideri, a tal proposito, che secondo diverse fonti i libri e gli articoli erano stati scaricati dalle c.d. *shadow libraries*, ovvero archivi digitali nei quali vengono messi a disposizione gratuitamente, e in violazione del diritto d'autore, testi protetti da *copyright*; in argomento v. E. CREAMER, [Authors file a lawsuit against OpenAI for unlawfully 'ingesting' their books](#), in *The Guardian*, 5 luglio 2023.

³³ Probabilmente la vicenda più nota è quella che ha visto coinvolto il New York Times, che nel dicembre 2023 ha presentato ricorso contro OpenAI per alcune presunte violazioni in materia di *copyright*; in argomento v. M.M. GRYNBAUM – R. MAC, [The Times Sues OpenAI and Microsoft Over A.I. Use of Copyrighted Work](#), in *The New York Times*, 27 dicembre 2023.

Garante per la protezione dei dati personali, che in almeno due casi ne ha dichiarato l'illiceità, per violazione di diverse disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR)³⁴.

7. Le nuove circostanze aggravanti. Tra gli interventi previsti dalla legge 132/2025 vi è poi l'introduzione di un'aggravante comune e di alcune aggravanti speciali.

7.1. L'aggravante comune si va ad aggiungere, al n. 11-*decies*, al lungo elenco di circostanze previste all'art. 61, c. 1, c.p. In particolare, l'aggravante si applica ai casi in cui il fatto sia stato commesso «mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, quando gli stessi, per la loro natura o per le modalità di utilizzo, abbiano costituito mezzo insidioso, ovvero quando il loro impiego abbia comunque ostacolato la pubblica o la privata difesa, ovvero aggravato le conseguenze del reato».

Si noti, per inciso, che, nelle more dell'approvazione definitiva della legge sull'i.a., un nuovo n. 11-*decies* era già stato aggiunto all'art. 61 c.p. dall'art. 11, c. 1, d.l. 11 aprile 2025, n. 48 (c.d. decreto sicurezza), conv. in l. 9 giugno 2025, n. 80, per i reti commessi all'interno o nelle adiacenze delle stazioni ferroviarie e dei treni³⁵. Oggi, di conseguenza, l'art. 61 c.p. *contiene due n 11-decies*: una svista che richiederebbe un pronto intervento di rinumerazione da parte del legislatore, al fine di evitare incertezze nella contestazione e nell'applicazione delle aggravanti³⁶.

7.2. L'art. 26 della legge prevede poi l'introduzione di alcune circostanze aggravanti speciali per l'aver commesso il fatto mediante l'impiego di sistemi di i.a. Le fattispecie aggravate, in particolare, sono le seguenti: attentati contro i diritti politici del cittadino (art. 294 c.p.), aggio-taggio (art. 2637 c.c.), manipolazione del mercato (art. 185, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)³⁷.

³⁴ Garante per la protezione dei dati personali, [Ordinanza ingiunzione nei confronti di Clearview AI - 10 febbraio 2022 \[9751362\]](#), Registro dei provvedimenti n. 50 del 10 febbraio 2022; Id., [Provvedimento del 17 maggio 2023 \[9903067\]](#), Registro dei provvedimenti n. 201 del 17 maggio 2023.

³⁵ Questo il testo dell'aggravante introdotta dal c.d. decreto sicurezza: «l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità pubblica e individuale, contro la libertà personale e contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio commesso il fatto all'interno o nelle immediate adiacenze delle stazioni ferroviarie e delle metropolitane o all'interno dei convogli adibiti al trasporto di passeggeri».

³⁶ *Aggiornamento* – Segnaliamo che, in un momento successivo rispetto alla pubblicazione di questo articolo, l'errore materiale è stato corretto, e la nuova aggravante sull'impiego di sistemi di i.a. è stata collocata al n. 11-*undecies* dell'art. 61 c.p.; v. l'avviso di rettifica contenuto nella [Gazzetta Ufficiale, Serie generale n. 242 del 17 ottobre 2025](#).

³⁷ Si badi, a quest'ultimo proposito, che la legge identifica, quale pena "aggravata" per la manipolazione del mercato realizzata attraverso sistemi di i.a., la pena della reclusione dai due ai sette anni, mentre la pena base della fattispecie va *dai due ai dodici anni*. Si tratta, evidentemente, di una svista del legislatore, che tuttavia è in grado di creare un cortocircuito di non poco momento nella disciplina degli abusi di mercato. Sul tema rinviamo alle considerazioni più approfondite F. MUCCIARELLI, [Intelligenza artificiale e condotte manipolative su strumenti finanziari: una nuova aggravante con effetto attenuante](#), in questa Rivista.

7.3. Notiamo, innanzitutto, nei rapporti tra circostanze speciali e circostanza comune, che con riferimento a quest'ultima non sarà sufficiente il mero utilizzo di un sistema di i.a. per commettere il reato, ma sarà necessaria la dimostrazione di un *quid pluris* di offensività derivante dall'uso del dispositivo intelligente: o in forza della peculiare insidiosità del mezzo, o perché tale mezzo – anche se non insidioso – ha «comunque ostacolato la pubblica o la privata difesa», oppure, ancora, perché l'utilizzo del sistema di i.a. ha aggravato le conseguenze del reato. Di converso, ai fini dell'applicabilità delle aggravanti speciali, sarà sufficiente che l'agente abbia utilizzato i sistemi di i.a., considerati *ex se* come “strumenti” insidiosi per l'aggressione ai beni giuridici tutelati dalle fattispecie incriminatrici³⁸: una soluzione che non convince del tutto, dal momento che l'ampia definizione di intelligenza artificiale adottata dalla legge – sulla quale v. *supra*, par. 4. ss. – include anche tecnologie che non possono presumersi, in via assoluta, come più pericolose o insidiose rispetto alle ordinarie modalità di commissione dei reati.

D'altra parte, bisogna guardarsi da facili illusioni. La principale peculiarità dei sistemi di i.a., rispetto ai precedenti dispositivi tecnologici, è infatti – lo si è già detto – quella di sfuggire al pieno controllo dell'agente umano, con il risultato che l'intelligenza artificiale potrebbe incidere sulla stessa configurabilità della responsabilità penale in capo all'agente; prima ancora, dunque, che possa discutersi dell'applicabilità o meno delle circostanze aggravanti³⁹.

Ecco, dunque, che se in un caso di truffa attuata con l'utilizzo di *deepfakes*⁴⁰ l'intelligenza artificiale pare davvero come uno strumento nelle mani dell'utilizzatore, lo stesso potrebbe non accadere in relazione alle fattispecie di agguato o di manipolazione del mercato. L'algoritmo di *trading* potrebbe infatti esercitare, in alcune ipotesi, un vero e proprio *decision making* nell'identificazione delle strategie di acquisto e vendita di titoli, con la conseguenza che l'attività dell'i.a. potrebbe fuoriuscire dalla sfera della *rappresentazione e volizione* dell'operatore umano⁴¹.

³⁸ In questo senso v. S. DE FLAMMINEIS, [Fattispecie penali nel contesto dell'intelligenza artificiale](#), cit., p. 8.

³⁹ Cfr. F. CONSULICH, [Il diritto penale al tempo dell'intelligenza artificiale prospettive punitive nazionali dopo l'AI Act](#), cit., pp. 740-741.

⁴⁰ L'ipotesi che i *deepfake* vengano utilizzati per finalità fraudolente è tutt'altro che teorica. Emblematico, a tal proposito, è il caso della truffa realizzata da alcune persone che, simulando – tramite l'utilizzo di un *deepfake* – la voce del Ministro della Difesa Guido Crosetto, avevano contattato diversi imprenditori italiani convincendoli a versare somme di denaro, con il pretesto di dover pagare presunti riscatti per alcuni giornalisti rapiti in Medio Oriente; in argomento v. Redazione Il Post, [Le indagini sui truffatori che fingevano di essere il ministro Crosetto](#), in *Il Post*, 11 febbraio 2025.

⁴¹ Sull'impatto dell'imprevedibilità algoritmica sulla responsabilità penale dolosa – un argomento che, fino ad ora, ha ricevuto poche attenzioni in dottrina – ci siamo concentrati diffusamente in B. FRAGASSO, [Intelligenza artificiale e responsabilità penale](#), cit., p. 543 ss., a cui rinviamo; tra gli Autori che già si sono occupati ampiamente della materia, con particolare riferimento alla manipolazione del mercato “algoritmica”, imprescindibile è il riferimento a F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2022, p. 1031 ss.; Id., *Il nastro di Mobius, Intelligenza artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in *Banca borsa*, 71, 2, 2018, p. 195 ss.

8. Le deleghe al Governo in materia penale. Se in ambito doloso il legislatore sembra concepire il sistema di i.a. come mero *strumento* per la commissione di reati, diversa sembra la consapevolezza circa i rischi dell'i.a. per quanto riguarda l'imputazione colposa. È da questo punto di osservazione che, a nostro avviso, va letta la delega al Governo prevista dalla legge 132/2025.

In particolare, l'art. 24 prevede, al comma 3, che il Governo sia delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, «uno o più decreti legislativi per adeguare e specificare la disciplina dei casi di realizzazione e di impiego illeciti di sistemi di intelligenza artificiale». A tal fine, il comma 5 elenca una serie di principi e criteri direttivi, di cui ci limitiamo a menzionare quelli di interesse strettamente penalistico⁴²:

- «previsione di strumenti, anche cautelari, finalizzati a inibire la diffusione e a rimuovere contenuti generati illecitamente anche con sistemi di intelligenza artificiale, assistiti da un sistema di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive» (lett. a)
- «introduzione di autonome fattispecie di reato, punite a titolo di dolo o di colpa, incentrate sull'omessa adozione o sull'omesso adeguamento di misure di sicurezza per la produzione, la messa in circolazione e l'utilizzo professionale di sistemi di intelligenza artificiale, quando da tali omissioni deriva pericolo concreto per la vita o l'incolumità pubblica o individuale o per la sicurezza dello Stato» (lett. b);
- «precisazione dei criteri di imputazione della responsabilità penale delle persone fisiche e amministrativa degli enti per gli illeciti inerenti a sistemi di intelligenza artificiale, che tenga conto del livello effettivo di controllo dei sistemi predetti da parte dell'agente» (lett. c);
- «modifica, a fini di coordinamento e di razionalizzazione del sistema, della normativa sostanziale e processuale vigente, in conformità ai principi e ai criteri enunciati nelle lettere a), b), c), d) ed e)» (lett. f).

8.1. Innanzitutto, non si può non rilevare come la delega, in molte delle sue parti, sia ben lontana da quegli standard di analiticità e chiarezza che soli potrebbero giustificare il ricorso, in materia penale, alla delega legislativa – e il tema è ancora più delicato se si considera che, come ormai è prassi, il provvedimento è di iniziativa governativa.

Gravemente deficitario, sul piano della determinatezza, è senz'altro il criterio indicato nella lett. a), che prevede l'introduzione di «strumenti, anche cautelari,

⁴² Al di fuori delle previsioni di interesse sotto il profilo di diritto penale sostanziale, l'art. 24, c. 5, legge 132/2025 prevede inoltre i seguenti criteri direttivi «d) nei casi di responsabilità civile, previsione di strumenti di tutela del danneggiato, anche attraverso una specifica regolamentazione dei criteri di ripartizione dell'onere della prova, tenuto conto della classificazione dei sistemi di intelligenza artificiale e dei relativi obblighi come individuati dal regolamento (UE) 2024/1689; e) regolazione dell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale nelle indagini preliminari, nel rispetto delle garanzie inerenti al diritto di difesa e ai dati personali dei terzi, nonché dei principi di proporzionalità, non discriminazione e trasparenza».

finalizzati a inibire la diffusione e a rimuovere contenuti generati illecitamente anche con sistemi di intelligenza artificiale, assistiti da un sistema di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive». Anche volendo sorvolare sulla farraginosità della formulazione – che pretende che delle «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive» possano “assistere” un’attività avente contenuto cautelare –, non si può non rilevare come la definizione di quali siano le condotte illecite meritevoli di sanzione (e, dunque, del precepto penale) sia demandata *in toto* al Governo, con grave *vulnus* per il principio di riserva di legge in materia penale.

Non è del tutto chiaro, inoltre, se l’espressione “anche con sistemi di intelligenza artificiale” sia riferita agli *strumenti di inibizione o rimozione dei contenuti* o ai *contenuti generati illecitamente*, e, di conseguenza, se l’i.a. debba, in questa sede, essere considerata come un possibile supporto alle autorità di contrasto, oltre che come uno strumento di generazione di contenuti illeciti. L’utilizzo del termine “anche” ci induce ad escludere che la precisazione sia da associare al sintagma “contenuti generati illecitamente” – atteso che l’utilizzo dell’i.a. sembrerebbe essere elemento *necessario*, e non invece accessorio, degli illeciti di cui si richiede l’introduzione.

Se abbiamo inteso correttamente l’*intentio legis*, dunque, l’obiettivo della disposizione è quello di consentire l’impiego dell’i.a. nell’ambito dell’attività di *law enforcement*. Tale prospettiva – da leggersi congiuntamente alle disposizioni della legge 132/2025 che regolano l’utilizzo dell’i.a. in ambito giudiziario⁴³ – apre evidentemente una serie di interrogativi su come garantire che gli *output* algoritmici siano sempre sottoposti al vaglio critico della persona responsabile del procedimento, e al contempo che tali *output* possano essere messi in discussione dai soggetti interessati, conformemente al principio del giusto processo e al diritto di difesa.

8.2. Centrale, nella struttura dell’intervento normativo, è senz’altro la delega volta ad introdurre delle fattispecie, punite a titolo di dolo o di colpa, incentrate

⁴³ Cfr. art. 15, legge 23 settembre 2025, n. 132, cit. Segnaliamo, a tal proposito, che, nel corso del dibattito parlamentare, le maglie della possibile applicazione dell’intelligenza artificiale nel settore della giustizia sembrerebbero essersi allargate, comprendendo la possibilità di avvalersi di sistemi di i.a. anche a supporto della decisione giudiziaria in senso stretto (seppur con la precisazione che «è sempre riservata al magistrato ogni decisione sull’interpretazione e sull’applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull’adozione dei provvedimenti»); così il primo comma dell’art. 15). Viene superata, in particolare, la limitazione che era prevista dall’art. 14, c. 1, del precedente testo, che stabiliva che «[i] sistemi di intelligenza artificiale sono utilizzati *esclusivamente* per l’organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario, nonché per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale» (enfasi aggiunta). Com’era stato rilevato dai primi commenti al testo del d.d.l. presentato dal Governo, una simile limitazione avrebbe effettivamente ridotto di molto gli orizzonti applicativi tracciati, nel settore della giustizia, dall’AI Act e dalla Carta etica europea sull’utilizzo dell’intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi (redatta dalla Commissione europea per l’efficienza della giustizia e approvata dal Consiglio d’Europa il 3 dicembre 2018), che prevedono la possibilità, per i magistrati, di avvalersi di sistemi di i.a. a supporto dell’attività giudiziaria, seppur nel rispetto di rigorose garanzie volte a tutelare i diritti fondamentali, l’autonomia del giudice e la trasparenza delle decisioni. In argomento, con riferimento al testo inizialmente presentato dal Governo, cfr. G. CANZIO, [Al act e processo penale: sfide e opportunità](#), in questa *Rivista*, 14 ottobre 2024, par. 6; G. BARONE, *La regolamentazione dell’Intelligenza Artificiale: è “corsa agli armamenti”*, cit., p. 1000.

«sull’omessa adozione o sull’omesso adeguamento di misure di sicurezza per la produzione, la messa in circolazione e l’utilizzo professionale di sistemi di intelligenza artificiale, quando da tali omissioni deriva pericolo concreto per la vita o l’incolumità pubblica o individuale o per la sicurezza dello Stato» (lett. b). È in questa disposizione, a nostro parere, che si coglie la consapevolezza che le fattispecie che puniscono eventi di danno potrebbero risultare inadeguate a sanzionare la condotta degli utilizzatori e dei produttori dei sistemi di i.a., e che, di conseguenza, potrebbe essere necessaria l’introduzione di reati che anticipino la tutela penale allo stadio della *creazione del pericolo*.

Sebbene la scelta del legislatore ci paia tendenzialmente condivisibile, nella misura in cui consente di mantenere un presidio penalistico in un settore in cui sono evidenti i rischi di deresponsabilizzazione di produttori e utilizzatori, non può sottacersi come la tecnica del pericolo concreto richiamata dalla norma renda pur sempre necessario, per il giudice, l’accertamento dell’esistenza di un *pericolo illecito*, nonché del *nesso tra violazione cautelare e pericolo*: valutazioni, quelle menzionate, che potrebbero rivelarsi tutt’altro che immediate, stante l’opacità e l’inesplicabilità che attualmente caratterizzano i risultati algoritmici⁴⁴.

8.3. Quanto ai criteri descritti dalla lett. c), obiettivo del legislatore sembrerebbe quello di delimitare la responsabilità penale, piuttosto che imporre nuove fattispecie o aggravanti: in questo senso inducono a ritenere l’utilizzo del termine “precisare” – che rimanda ad una funzione limitativa rispetto all’area del penalmente rilevante – e il riferimento al “livello effettivo di controllo”, che sembrerebbe voler dar rilievo a forme di inesigibilità nell’esercizio della sorveglianza sull’algoritmo.

La finalità della delega è senz’altro condivisibile. In un contesto di crescente *perdita di controllo* sull’attività algoritmica, la persona fisica incaricata della supervisione del sistema di i.a. rischia di diventare il capro espiatorio dell’intera regolazione dell’intelligenza artificiale. Il supervisore, infatti, pur essendo gravato da un *obbligo di sorveglianza*, potrebbe, nei fatti, risultarne *privo*, stante il tipico *deficit* di controllabilità che caratterizza i rapporti tra sistemi di i.a. ed esseri umani⁴⁵.

La via più immediata per l’attuazione della delega consiste nella limitazione della responsabilità penale del supervisore alla sola colpa grave – una prospettiva che ormai trova concordi diversi studiosi che si sono occupati dei rapporti tra i.a. e responsabilità penale⁴⁶. In altra sede, alla quale rinviemo, abbiamo tentato di formulare una possibile norma in questo senso, che tiene conto dei fattori che più possono incidere

⁴⁴ Per alcuni rilievi critici al criterio di delega previsto *sub art.* 24, c. 5, lett. b), v. diffusamente B. FRAGASSO, [Intelligenza artificiale e responsabilità penale](#), cit., p. 750 ss.

⁴⁵ Sul rischio di una frattura strutturale tra *obbligo di controllo* e *potere di controllo* v. B. FRAGASSO, [Intelligenza artificiale e responsabilità penale](#), cit., p. 508 ss.

⁴⁶ V., in particolare, A. FIORELLA, *Responsabilità penale dei Tutor e dominabilità dell’Intelligenza Artificiale. Rischio permesso e limiti di autonomia dell’Intelligenza Artificiale*, in R. GIORDANO E AL. (a cura di), *Il diritto nell’era digitale. Persona, mercato, amministrazione, giustizia*, Giuffrè, 2022, pp. 662-663; nel settore delle macchine a guida autonoma v. M. LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale*, cit., p. 198 ss.; nel settore della *corporate governance* v. A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d’impresa e diritto penale*, cit., p. 402.

sulla capacità del supervisore di conformarsi alle regole cautelari che disciplinano la sorveglianza dei sistemi di i.a.⁴⁷.

Ammettiamo, d'altra parte, di non essere del tutto convinti della necessità, quantomeno ad oggi, di una simile soluzione, nella misura in cui una limitazione della colpa *ad hoc*, di cui possano beneficiare soltanto i supervisori dei sistemi di i.a., introdurrebbe nell'ordinamento penale una disparità di trattamento della cui ragionevolezza si potrebbe opinare⁴⁸.

Piuttosto, una riduzione del rischio di eccessiva esposizione penale per il supervisore potrebbe derivare, in maniera a nostro avviso più equilibrata, dall'introduzione di una rigida separazione di "competenze" tra agente umano e algoritmo, che consenta al primo di *fare affidamento sull'ordinario funzionamento del sistema di i.a.* Tale soluzione, tuttavia, necessiterebbe di un approccio settoriale, che identifichi le applicazioni dell'intelligenza artificiale che – per la loro affidabilità, per il tipo di interazione i.a.-essere umano, e per i beni giuridici coinvolti – consentono di introdurre delle forme di affidamento. Non è dunque, di certo, in applicazione di una delega legislativa avente obiettivi *generali* che una simile operazione selettiva può essere effettuata.

8.4. La medesima lett. c) dell'art. 24, c. 5, delega poi il Governo alla precisazione dei criteri di imputazione della responsabilità "amministrativa degli enti", per gli "illeciti inerenti a sistemi di intelligenza artificiale". Dato il contesto, sembrerebbe di potersi ritenere che il riferimento sia alla responsabilità degli enti *ex d.lgs. 231/2001*. Gli indici che dovrebbero indurre a ritenere che l'intento della delega sia quello di una *limitazione* della responsabilità sono quelli già menzionati nel precedente paragrafo: il termine "precisazione" e il riferimento al "livello effettivo di controllo".

A ben guardare, tuttavia, non pare che siano rinvenibili delle esigenze di limitazione della responsabilità da reato degli enti. È piuttosto vero il contrario: vi sarebbe, in effetti, la necessità di *estendere* l'elenco dei reati-presupposto, per comprendervi quantomeno i reati di omicidio e lesioni colpose commessi nell'ambito dell'attività produttiva – un'esigenza che era già emersa con riferimento alla casistica "tradizionale" del danno da prodotto⁴⁹ –, e per includere altresì le nuove fattispecie di pericolo introdotte in attuazione della delega (v. *supra*, par. 8.2.).

Va infatti osservato che spesso, sia sul versante della *produzione* dei sistemi di i.a., sia sul versante del loro *impiego*, è il soggetto collettivo, più che la persona fisica, il reale centro degli interessi coinvolti nella commissione del reato, e l'espansione dell'elenco

⁴⁷ B. FRAGASSO, [Intelligenza artificiale e responsabilità penale](#), cit., p. 730.

⁴⁸ Per un'illustrazione più ampia delle ragioni a fondamento di tale posizione v. B. FRAGASSO, [Intelligenza artificiale e responsabilità penale](#), cit., p. 722 ss.

⁴⁹ Cfr. a tal proposito A. BERNARDI, *La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzionatori*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2, 2003, p. 11, che rilevava criticamente come il d.lgs. 231/2001 non potesse applicarsi ai reati di omicidio colposo e lesioni colpose commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza del lavoro e ai reati ambientali. Sebbene tali fattispecie siano state successivamente inserite nell'elenco dei reati-presupposto, resta ferma l'inapplicabilità della responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* alle fattispecie che riguardano la messa in commercio di prodotti pericolosi o lesivi.

dei *predicate crimes* è un primo passo ineludibile – anche se, va detto, forse non sufficiente⁵⁰ – per rendere applicabile il d.lgs. 231/2001 alla nuova criminalità “da intelligenza artificiale”.

È difficile, tuttavia, che una simile operazione possa essere effettuata, in attuazione della lett. c) dell’art. 24, c. 5, l. 132/2025, senza che si sfoci in un *eccesso di delega*. O meglio, delle due l’una: o si ritiene che il criterio previsto dalla delega imponga effettivamente un *intervento delimitativo* della responsabilità degli enti, e allora un’estensione dell’elenco dei reati-presupposto contenuto nel d.lgs. 231/2001 non sarebbe ammissibile; oppure si ritiene che la delega non fornisca *alcun criterio politico-criminale* al Governo, il che dovrebbe ritenersi inequivocabilmente incompatibile con il principio di riserva di legge penale, oltre che, evidentemente, con l’art. 76 Cost.

8.5. Infine, la lett. f) prevede una revisione “complessiva del sistema”, in conformità ai principi già enunciati: anche in questo caso, un’indeterminatezza che si pone in tensione con il principio di riserva di legge, e che potrebbe aprire la strada ai più svariati interventi legislativi.

9. La sensazione complessiva che si ha, leggendo le disposizioni di rilievo penalistico contenute nella legge 132/2025, è che il legislatore abbia rinviato ad un momento successivo – all’attuazione delle deleghe da parte del Governo – la risoluzione di alcune delle questioni più spinose inerenti all’imputazione della responsabilità penale per i c.d. *AI-crimes*. Se si escludono le nuove fattispecie in materia di *deepfakes* e di diritto d’autore, l’intervento diretto della legge è infatti limitato alla facile “arma” delle aggravanti – a conferma di una tendenza ormai ampiamente affermatasi nella legislazione penale contemporanea, che sempre più spesso vede nelle aggravanti uno strumento poco oneroso per segnalare ai consociati una presa in carico simbolica delle più svariate esigenze di tutela.

Sarà dunque il Governo a dover prendere posizione su alcuni degli interrogativi più complessi che riguardano i rapporti tra i.a. e responsabilità penale:

- innanzitutto, in quali forme potrà concretizzarsi un’anticipazione della tutela penale – anticipazione a nostro avviso indispensabile, affinché la crisi del diritto penale di evento-danno, determinata dall’imprevedibilità dell’intelligenza artificiale, non si traduca in una sostanziale deresponsabilizzazione dei produttori dei sistemi di i.a.;
- in secondo luogo, come garantire – attraverso una limitazione della responsabilità penale – che la persona incaricata della supervisione

⁵⁰ Laddove l’imprevedibilità dell’intelligenza artificiale impedisca di muovere un rimprovero colpevole all’operatore umano, il d.lgs. 231/2001 si rivelerà infatti inapplicabile, stante la portata limitata del principio di autonomia sancito dall’art. 8; sulle potenzialità e i limiti della responsabilità “da reato” degli enti, nel settore dell’intelligenza artificiale, sia consentito il rinvio a B. FRAGASSO, [Intelligenza artificiale e responsabilità penale](#), cit., p. 737 ss.

dell'intelligenza artificiale non si trasformi in un capro espiatorio, destinato a rispondere di *default* per tutti gli eventi lesivi derivanti dall'impiego del dispositivo;

- infine, quale ruolo è chiamato a rivestire, in questo settore, il sistema della responsabilità da reato degli enti, specialmente in un contesto in cui l'AI Act prevede già un apparato di sanzioni amministrative – evidentemente riconducibili alla *matière pénale*⁵¹ – destinato ad applicarsi ai produttori e agli utilizzatori professionali dei sistemi di i.a. che non rispettino le disposizioni contenute nel Regolamento. Si noti, a tal proposito, che, oltre alla delega in materia penale, l'art. 24 della legge 132/2025 prevede, al comma primo, una delega finalizzata all'«adeguamento della normativa nazionale al regolamento (UE) 2024/1689», comprensiva dell'«adeguamento del quadro sanzionatorio».

Il rapporto tra sanzioni penali, sanzioni *ex d.lgs. 231/2001*, e sanzioni amministrative “para-penali” previste dall'AI Act è uno dei profili sui quali, in vista dell'attuazione della delega, varrebbe la pena avviare un'attenta riflessione – così da non ritrovarci, ancora una volta, con l'ennesimo doppio binario sanzionatorio in odore di incostituzionalità. Se in relazione a specifiche forme di offesa può senz'altro rendersi opportuno un intervento penalistico, è infatti indispensabile individuare meccanismi di coordinamento che scongiurino la duplicazione dei procedimenti in relazione all'*idem factum*⁵².

Occorre evitare, insomma, che da un rischio di *deresponsabilizzazione* si passi ad un *carico punitivo sproporzionato* a carico dei produttori e degli utilizzatori dei sistemi di i.a.⁵³.

⁵¹ V., ad esempio, il par. 3 dell'art. 99 AI Act, che, in merito alla violazione «del divieto delle pratiche di IA di cui all'articolo 5», prevede «sanzioni amministrative pecuniarie fino a 35 000 000 EUR o, se l'autore del reato è un'impresa, fino al 7 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore».

⁵² Sul recente ritorno ad una valorizzazione del *volet* processuale del principio del *ne bis in idem*, ad opera della Corte costituzionale, v. N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2022, p. 1693 ss.

⁵³ Per alcune proposte di intervento penale *de iure condendo* – prese in considerazione anche alla luce del testo del d.d.l. 1146/2024, all'origine della legge in commento – sia consentito, ancora una volta, il rinvio a B. FRAGASSO, [Intelligenza artificiale e responsabilità penale](#), cit., p. 688 ss.

**PER LA CORTE PENALE INTERNAZIONALE
L'ITALIA HA VIOLATO GLI OBBLIGHI DI COOPERAZIONE
PER VIA DELLA MANCATA CONSEGNA DEL LIBICO ALMASRI
ALL'AIA**

International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, 17 ottobre 2025

di Maria Crippa

1. Pochi giorni dopo la [decisione della Camera dei deputati di negare l'autorizzazione a procedere](#) nei confronti del Ministro della giustizia Carlo Nordio, del Ministro dell'interno Matteo Piantedosi e del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri Alfredo Mantovano, la Camera preliminare I della Corte penale internazionale (Cpi) ha ritenuto sussistente la violazione da parte dell'Italia degli obblighi internazionali di cooperazione sanciti dall'art. 87(7) Statuto di Roma (qui il testo del [provvedimento](#)). La Cpi ha invece rimandato ad un secondo momento la decisione sul deferimento dello Stato all'Assemblea degli Stati parte (Assembly of States Parties, ASP) ovvero al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (United Nations Security Council, UNSC), sempre ai sensi dell'art. 87(7) dello Statuto. La decisione si inserisce nel procedimento avviato nei confronti dell'Italia a seguito della mancata consegna di Osama Elmasry Njeem (anche noto come Almasri), arrestato a Torino il 19 gennaio 2025, in esecuzione di una *red notice* dell'Interpol e del [mandato di arresto emesso dalla Cpi](#) il giorno precedente. La Camera preliminare I della Cpi aveva infatti ritenuto sussistenti "ragionevoli motivi per ritenere", secondo lo standard probatorio imposto dall'art. 58(1) Statuto di Roma, che Almasri avesse commesso [crimini di guerra e crimini contro l'umanità](#) a partire dal 15 febbraio 2015 nel centro di detenzione di Mitiga, vicino a Tripoli, all'epoca dei fatti sotto il suo controllo. Il 21 gennaio la Corte d'Appello di Roma, in accoglimento della richiesta del Procuratore Generale, aveva dichiarato [non luogo a provvedere sull'arresto di Almasri in quanto eseguito 'irritualmente'](#), in assenza di preve interlocuzioni con il Ministro della Giustizia (sui profili di criticità della decisione si veda, *ex multis*, [qui](#), [qui](#), [qui](#), [qui](#) e [qui](#)). Almasri era stato, quindi, [immediatamente rimesso in libertà e rimpatriato, in quanto soggetto pericoloso](#).

2. Il 17 febbraio 2025 [la Camera preliminare aveva invitato l'Italia a depositare le proprie osservazioni](#) sulla mancata consegna di Almasri alla Corte, così attivando le consultazioni previste dalla Regola 109 delle Regole della Corte. Nel proprio provvedimento del 21 febbraio, [il Procuratore della Cpi aveva chiesto alla Camera preliminare I di dichiarare la violazione da parte dell'Italia degli obblighi di cooperazione ai sensi dell'art. 87\(7\) Statuto di Roma](#), per la mancata esecuzione della richiesta sia di arresto e consegna di Almasri, sia di perquisizione e sequestro dei materiali trovati in suo possesso. Il 6 maggio, a seguito di due proroghe consecutive del

termine per il deposito (inizialmente previsto per il 17 marzo), l'Italia aveva presentato alla Cpi le proprie osservazioni. A queste erano seguite le osservazioni conclusive del Procuratore (il 25 giugno) e quelle di replica dell'Italia (il 28 luglio).

3. Merita ricordare che il procedimento previsto dall'art. 87(7) Statuto di Roma viene instaurato a seguito di una presunta violazione degli obblighi di cooperazione imposti agli Stati parte dagli artt. 86-102 Statuto di Roma. Gli Stati parte allo Statuto di Roma hanno, infatti, un obbligo generale di cooperazione con la Corte, che può avanzare richieste di consegna (artt. 89-90 Statuto di Roma), arresto e consegna (art. 91 Statuto di Roma), arresto provvisorio in casi di urgenza (art. 92 Statuto di Roma) e altre forme di cooperazione (art. 93 Statuto di Roma). In caso di mancato ottemperamento a tali richieste, la Cpi può dichiarare la violazione degli obblighi imposti dallo Statuto di Roma. Il giudizio *ex art. 87(7) Statuto di Roma* si compone di due condizioni cumulative: i) lo Stato deve avere mancato di ottemperare alla richiesta della Cpi; e ii) la mancata cooperazione deve essere sufficientemente grave da avere impedito alla Corte l'esercizio delle proprie funzioni e dei propri poteri. A fronte della condanna dello Stato per la violazione degli obblighi di cooperazione, la Cpi può quindi decidere se deferire la questione all'ASP ovvero all'UNSC, laddove la giurisdizione della Cpi sia stata attivata mediante *referral* di tale organismo al Procuratore della Cpi, come nel caso della [Libia](#).

4. In passato, la Cpi si è già confrontata con altri casi di mancata cooperazione nell'esecuzione delle richieste di consegna di soggetti attinti da mandato di arresto della Corte. Un esempio particolarmente significativo è costituito dalle numerose decisioni di condanna nei confronti di diversi Stati (tra i quali [Giordania](#), [Sudafrica](#), [Ciad](#) e [Malawi](#)) che si erano rifiutati di arrestare e consegnare l'ex presidente sudanese Omar al-Bashir, oggetto di due mandati di arresto per crimini contro l'umanità, crimini di guerra e genocidio. Più di recente, [la Mongolia è stata ritenuta responsabile](#) per il mancato arresto e la mancata consegna del presidente russo Vladimir Putin, sul quale pende un mandato di arresto della Cpi per crimini di guerra, e lo stesso è accaduto all'[Ungheria](#) nei confronti del primo ministro israeliano Benjamin Netanyahu, ricercato dalla Corte per crimini contro l'umanità e crimini di guerra.

5. La decisione della Camera preliminare I sulla violazione degli obblighi di cooperazione. – I giudici hanno ritenuto all'unanimità la condotta del governo italiano in violazione degli obblighi di cooperazione sanciti dall'art. 87(7) Statuto di Roma. La Camera preliminare ha, infatti, ricordato che l'Italia aveva ricevuto la richiesta di arresto provvisorio di Almasri già il 18 gennaio, attraverso i canali diplomatici designati. Nonostante la tempestiva esecuzione del mandato di arresto, la rimessione in libertà e il rimpatrio di Almasri avevano impedito alla Cpi l'esercizio del potere di assicurare la presenza del sospettato di fronte alla Corte, condizione peraltro necessaria per la prosecuzione del procedimento, quantomeno dopo la fase della conferma delle accuse (artt. 61 e 63 Statuto di Roma). L'Italia aveva poi omesso le necessarie consultazioni

imposte dall'art. 97 Statuto di Roma nell'ipotesi di ostacoli all'esecuzione delle richieste della Corte, peraltro richieste dal Registro della Cpi tra il 19 e il 21 gennaio.

6. La Camera preliminare I ha quindi sottolineato il carattere contraddittorio delle ragioni addotte dall'Italia nelle proprie osservazioni. Quanto alla mancata previa interlocuzione con il Ministro della giustizia, i giudici hanno evidenziato che, ai sensi dell'art. 88 Statuto di Roma, gli Stati hanno la responsabilità di adottare procedure interne che consentano la cooperazione con la Cpi. Inoltre, la richiesta di arresto provvisorio era stata trasmessa ai canali diplomatici individuati dallo stesso Stato italiano e, ad ogni modo, inviata al Ministro della giustizia alla prima occasione possibile.

7. L'Italia aveva poi riferito di avere ricevuto una concorrente richiesta di estradizione dalla Libia nei confronti di Almasri e per le stesse condotte oggetto del mandato di arresto della Cpi. Sul punto, i giudici hanno ricordato che in caso di concorrenti richieste di estradizione, anche da parte di ordinamenti terzi allo Statuto di Roma, lo Stato è tenuto a notificare tempestivamente la Cpi (art. 90 Statuto di Roma). Al contrario, il governo italiano aveva sollevato tale evenienza solo il 7 maggio 2025, venendo meno anche in questo caso all'obbligo di consultazione con la Corte. Come notato dal collegio, inoltre, Almasri non era stato consegnato alle autorità libiche a seguito di una procedura di estradizione, ma aveva fatto ritorno in Libia in libertà.

8. Quanto ai presunti errori contenuti nel mandato di arresto, la Camera preliminare ha rilevato che si trattava di mere difformità tipografiche tra dispositivo e parte motiva, presenti nella prima versione del provvedimento ed emendate il 24 gennaio 2025. Non si trattava, invece, di errori sostanziali relativi ai crimini oggetto di imputazione né alla responsabilità individuale di Almasri, tali da inficiare la validità del mandato di arresto. La circostanza, poi, che vi fosse una opinione dissenziente al mandato, alla luce del fatto che la Cpi può prendere determinazioni a maggioranza, non poteva costituire una valida ragione per l'Italia per contestare la legittimità della decisione.

9. Da ultimo, i giudici hanno evidenziato la contraddittorietà della decisione di espellere Almasri in Libia, stante la sua particolare pericolosità per la commissione di gravi crimini internazionali proprio nel paese. In questo senso, l'Italia aveva omesso di fornire alla Corte informazioni tempestive su tale decisione.

10. La Camera preliminare I ha, a maggioranza, posticipato la decisione sul deferimento dell'Italia all'ASP ovvero all'UNSC, invitando lo Stato a presentare entro il 31 ottobre 2025 informazioni circa l'esistenza e l'impatto di eventuali procedimenti interni. La Camera preliminare ha in primo luogo ricordato il carattere pienamente discrezionale della decisione, che costituisce un rimedio volto a rafforzare l'effettività del regime di cooperazione con la Cpi. Nel caso di specie, la maggioranza del collegio ha richiamato il procedimento instaurato di fronte al Tribunale dei Ministri nei confronti

dei membri del governo sopra indicati e della Presidente del Consiglio Giorgia Meloni. La Camera preliminare ha sul punto ricordato la propria [decisione di non deferire il Sudafrica all'ASP o all'UNSC](#), nonostante la mancata consegna di al-Bashir, alla luce di una pronuncia della Suprema Corte d'Appello che sanciva la violazione da parte del governo degli obblighi di cooperazione con la Cpi.

11. Inoltre, i giudici hanno evidenziato la sussistenza di condizioni che, lungi dal giustificare la condotta dell'Italia, potevano essere tuttavia rilevanti nella determinazione dell'utilità di un suo deferimento alle istituzioni internazionali, quali il carattere repentino e complesso della situazione, la confusione creata dall'intervento di diversi organi e la circostanza che si trattava del primo caso di cooperazione con la Cpi.

12. Sul punto, la giudice Maria del Socorro Flores Liera ha depositato [una opinione parzialmente dissenziente](#), ritenendo insussistenti ragioni idonee a ritardare il deferimento dell'Italia all'ASP. La giudice ha rigettato l'interpretazione "estremamente ampia" del collegio circa la natura discrezionale del provvedimento e ritenuto sussistenti nel caso di specie tutte le condizioni previste dall'art. 87(7) Statuto di Roma. In particolare, la gravità della condotta dell'Italia doveva desumersi dalle conseguenze della stessa sul procedimento instaurato di fronte alla Cpi e, in senso più ampio, sul mandato della Corte di porre fine alle impunità per i più gravi crimini di interesse della comunità internazionale. La serietà delle violazioni imputate allo Stato italiano era, inoltre, evidente dalla mancata assunzione di responsabilità e volontà a cooperare con la Cpi. Da ultimo, la giudice dissenziente ha evidenziato come una decisione di non deferire la questione all'ASP si porrebbe in contraddizione con la giurisprudenza della Cpi e con gli obiettivi del regime di cooperazione imposto dallo Statuto di Roma. Il deferimento all'ASP ovvero all'UNSC costituirebbe, invece, l'unico strumento appropriato per promuovere la cooperazione dell'Italia e, più in generale, degli Stati con la Cpi.

13. La decisione in esame rappresenta uno snodo fondamentale nel procedimento aperto nei confronti dell'Italia per la violazione degli obblighi di cooperazione con la Cpi. Se, da un lato, la Camera preliminare si è espressa all'unanimità in termini molto netti e severi sulla mancata consegna di Almasri alla Corte, la decisione di rinviare il deferimento all'ASP ovvero all'UNSC, dando ancora una volta all'Italia la possibilità di presentare osservazioni in proposito, solleva qualche dubbio. A margine di considerazioni circa [l'assenza di rimedi effettivi per le ipotesi di mancata cooperazione con la Cpi](#), in un momento storico di particolare messa in discussione della Corte, ci si limita a ricordare che nell'ordinamento italiano non sono, allo stato, aperti procedimenti interni volti a valutare le eventuali responsabilità individuali per la vicenda Almasri. Basti sul punto richiamare la citata decisione della Camera dei deputati di negare l'autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro della giustizia, del Ministro dell'interno e del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri, diversamente dalle conclusioni della [relazione del Tribunale dei Ministri ai](#)

10/2025

[sensi dell'art. 96 Cost.](#) Proprio la mancanza di rimedi interni esperibili ha fondato il [ricorso di una delle vittime del generale libico](#) .

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**