

ISSN 2974-7503

1/2023 Gennaio - Aprile

NULLUM CRIMEN

Rivista quadrimestrale di scienze penali

Direttore Scientifico: Ali Abukar Hayo

Direttore Responsabile: Antonio Ricca

DIRETTORE SCIENTIFICO E EDITORE: Ali Abukar Hayo

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Ricca

COMITATO SCIENTIFICO EDITORIALE: Luigi Cornacchia, Marco Gambardella, Carlo Longobardo, Giuseppe Losappio, Antonella Marandola, Sergio Moccia, Tullio Padovani, Francesco Petrelli, Giorgio Spangher, Mario Trapani

COMITATO SCIENTIFICO (Revisori): Fabio Alonzi, Maristella Amisano, Ersi Bozheku, Pasquale Bronzo, Gianluca Gentile, Filippo Giunchedi, Luigi Ludovici, Domenico Notaro, Giandomenico Salcuni

COMITATO DI REDAZIONE: Lavinia Cervellati, Stefano Di Pinto, Natale Fusaro, Andrea Pantanella, Ylenia Parziale, Serena Scippa

Nullum Crimen (www.nullumcrimen.it) è una Rivista online aggiornata quotidianamente e fascicolata ogni quattro mesi, ad accesso libero. La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I contributi pubblicati sulla rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di **Nullum Crimen**, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: iniziale del nome dell'Autore, cognome per esteso (in maiuscolo), titolo del contributo in corsivo, in *Null. crim.* (o NC), 1/2022, pp. 4 ss.

Peer review: **Nullum crimen** è una rivista scientifica *peer-reviewed*. Tutti i contributi, ad eccezione di quelli a firma del Direttore, sono sottoposti in forma anonima a revisione paritaria a singolo cieco (*single blind review*). La *peer review* è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista. I contributi che il Direttore ritiene di destinare alla pubblicazione sulla Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione, tra i membri del Comitato scientifico editoriale o del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il referaggio può anche essere affidato a un valutatore esterno, scelto dal Direttore. Quest'ultimo, 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 documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista.

Iscrizione nel pubblico registro della stampa n. 148/2022 del 15.12.2022 - Tribunale di Roma.

ISSN 2974-7503



indirizzo e-mail: redazione@nullumcrimen.it



sede: Corso Trieste, 106 - 00198 Roma (RM)

INDICE DEI CONTRIBUTI

ARTICOLI

- M. PISAPIA, Responsabilità penale ed intelligenza artificiale..... 4
- A. PANTANELLA, Le esenzioni dai reati di bancarotta: dall'art. 217-bis della Legge Fallimentare all'art. 324 del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza..... 21
- S. SCIPPA, L'accertamento neuroscientifico nella valutazione della colpa psichiatrica..... 37
- A. PANTANELLA, Il concetto di "crisi" e la riforma del diritto penale fallimentare..... 69

NOTE A SENTENZA

- A. ABUKAR HAYO, Il fatto del militare che fa ingresso nella caserma senza la certificazione vaccinale non costituisce forzata consegna...87
- M. ROMANO, Gli effetti della Sent. C. Cost. 150/2021 sulla competenza territoriale nei giudizi in materia di diffamazione a mezzo radio-televisivo: nulla di nuovo sotto il sole..... 106
- Y. PARZIALE, Riforma Cartabia: la procedibilità a querela delle lesioni personali e la "nuova" competenza del giudice di pace.... 122

* Tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo sono stati sottoposti in forma anonima, con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

RESPONSABILITÀ PENALE E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

The criminal liability and artificial intelligence

di

Marina Pisapia *

I sistemi di intelligenza artificiale (IA) pervadono la nostra quotidianità e si insidiano inevitabilmente nell'ambito giuridico. L'IA rappresenta una novità destinata a generare una nuova fase dell'esperienza umana, un cambio di paradigma che avrà inesorabili ripercussioni nella nostra realtà. L'impatto delle nuove tecnologie dell'IA sul mondo del diritto interessa, in particolare, la branca del diritto penale. La *vexata quaestio* si pone primariamente in relazione al giudizio penale: è d'uopo chiedersi quale sia l'incidenza della macchina artificiale nel processo e quali ne siano le conseguenze, posto che un giudizio sulla responsabilità appare difficilmente calcolabile da un algoritmo. Il principio secondo cui ogni soggetto ha diritto ad un giudice indipendente ed imparziale, preconstituito per legge non può essere scalfito dal progresso tecnologico. Al contempo, i sistemi di IA costituiscono un importante ausilio nel processo penale, di cui il giudice dispone al fine di garantire una maggiore celerità nei procedimenti penali. L'Intelligenza Artificiale pone ulteriori questioni in ordine alla responsabilità penale: in una società come quella odierna, in cui si assiste con sempre più frequenza a sistemi intelligenti coinvolti nella commissione di reati, occorre individuare il soggetto penalmente responsabile. All'uopo, ci si interroga sulla possibilità di considerare il *robot* come strumento, autore o vittima del reato e, dunque, responsabile per gli illeciti realizzati: si pensi all'ambito medico-sanitario, ove la diffusione della scienza robotica ha inciso inevitabilmente sull'accertamento della responsabilità penale del medico, mettendo in crisi il tradizionale modello della responsabilità indiretta.

Artificial Intelligence systems (AI) pervade our daily lives and inevitably undermine the legal area. AI represents a novelty destined to generate a new phase of human experience, a paradigm shift that will have inexorable repercussions in our reality. The impact of new AI technologies on the world of law affects, in particular, the branch of criminal law. The issue arises primarily in relation to the criminal trial: it is necessary to ask what is the impact of the artificial machine in the process and what are its consequences, because a judgment on responsibility appears difficult to calculate by an algorithm. The principle that every subject has the right to an independent and impartial judge, pre-established by law cannot be undermined by technological progress. At the same time, AI systems constitute an important aid in the criminal trial, which the judge has in order to ensure faster in criminal proceedings.

*Cultore della materia in Diritto penale

Artificial Intelligence raises further questions in order to criminal liability: in today's society, where intelligent systems are involved, more frequently, in the commission of crimes, it's necessary to identify who is criminally responsible. Therefore, one wonders about the possibility of considering the robot as an instrument, perpetrator or victim of the crime and, so, responsible for the crimes committed: in medical-health sector, the diffusion of robotic science has inevitably affected the assessment of the criminal liability of the doctor, putting into crisis the traditional model of indirect liability.

SOMMARIO: 1. Intelligenza Artificiale e diritto penale: un binomio inscindibile – 2. Il ruolo dell'Intelligenza Artificiale nel giudizio penale: macchina-giudice – 3. La responsabilità penale dei sistemi intelligenti – 4. La responsabilità del medico in presenza dei sistemi di Intelligenza Artificiale - 5. Conclusioni.

1. Intelligenza Artificiale e diritto penale: un binomio inscindibile

Intelligenza Artificiale e diritto penale costituisce oggi un binomio indissolubile. La dottrina penalistica italiana ed internazionale² si è a lungo interrogata sulla incidenza dei sistemi di IA nel diritto penale in quanto l'apparato di intelligenza artificiale, capace di agire autonomamente ed in maniera imprevedibile, crea – sempre più frequentemente – vuoti di responsabilità che pongono questioni proprie del diritto penale. Dunque, il mondo giuridico è inesorabilmente travolto dai sistemi di IA che, con il loro agire sempre meno programmato ed imponderabile, creano effetti negativi incalcolabili.

In definitiva, con l'avvento dell'intelligenza artificiale si è giunti a quella che oggi viene denominata “Quarta Rivoluzione Industriale”³ ed a cui occorre far fronte con una regolamentazione inedita per evitare, specie nel mondo giuridico,

² F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto Penale e Uomo*, Milano, 2019; R. BORSARI, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *MediaLaws*, 3/2019; A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *www.discrimen.it*, 27 marzo 2019; D. LINA, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable: Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law*, *South Carolina Law Review*, 2018, pp. 677 ss.

³ M.C. CARROZZA, C. ODDO, S. ORVIETO, A. DI MININ, G. MONTEMAGNI, *AI: profili tecnologici Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in *Bio Law Journal Rivista di Bio Diritto*, n. 3/2019, p. 2.

di trovarsi impreparati e privi degli strumenti necessari. In relazione all'Intelligenza Artificiale manca una nozione unanimemente accolta. Secondo la definizione più accreditata elaborata nel 2018 da un gruppo di esperti di alto livello istituito presso la Commissione europea (HILEG)⁴, si considerano Intelligenza Artificiale i sistemi *software* ed *hardware* progettati dall'uomo che, alla stregua di un obiettivo, agiscono acquisendo ed interpretando i dati raccolti e che, elaborando le informazioni da questi derivate, decidono le azioni da porre in essere per raggiungere lo scopo prefissato, analizzando gli effetti che le loro azioni avranno sull'ambiente⁵.

Attualmente non esiste un quadro normativo armonico, in grado di garantire trasparenza e chiarezza in ordine ai doveri ed alle responsabilità dei soggetti che agiscono nella nuova realtà influenzata dai sistemi di IA. Tuttavia, esiste una copiosa documentazione di *soft law* che – seppure non vincolante per gli Stati membri – gode di una considerevole forza propulsiva verso le future decisioni delle istituzioni, sia a livello comunitario che in ambito nazionale. All'uopo, occorre porre l'accento sulla Risoluzione adottata dal Parlamento europeo nell'ottobre 2021 «*L'intelligenza artificiale nel diritto penale*», sulla spinta fornita dalla Commissione europea che, nell'aprile dello stesso anno, aveva approvato la Proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale. Dalla Risoluzione emerge inequivocabilmente la volontà del Parlamento europeo di fornire un quadro giuridico uniforme e preciso, che sia in grado di disciplinare le condizioni e le conseguenze dell'impiego dell'IA nel settore penale. In particolare, si richiede di «*istituire un regime chiaro ed equo per attribuire la responsabilità giuridica e l'imputabilità delle potenziali conseguenze negative prodotte da tali tecnologie digitali avanzate*»⁶.

Ne deriva la necessità di creare nuove regole *ad hoc* ed un quadro normativo definito. In particolare, per evitare di subire il c.d. “*shock da modernità*”⁷, occorre sin da ora predisporre gli strumenti essenziali per sfuggire alle complessità derivanti da questa incalzante evoluzione tecnologica.

Nell'attuale quadro normativo, le nuove tecnologie influenzano tanto il diritto penale comune quanto il diritto processuale penale. Anzitutto

⁴ HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *A Definition Of Ai: Main Capabilities And Scientific Disciplines*, Bruxelles, 2018

⁵ F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit., par. 2.

⁶ Risoluzione del Parlamento Europeo, *L'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale*, 2021.

⁷ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffré, Milano, 2003, pp. 292 ss.

L'intelligenza artificiale viene utilizzata sempre più frequentemente nell'ambito del *law enforcement* al fine di prevenire la commissione di futuri reati⁸. Si pensi alle attività di polizia, ove l'uso di algoritmi predittivi garantisce la prevenzione e la previsione del crimine: attraverso la rielaborazione di dati relativi ai soggetti coinvolti, la polizia è in grado di prevedere l'autore del reato, il luogo ed il momento in cui potrà essere commesso l'illecito. Se, da una parte, non può negarsi l'indubbia utilità di tali sistemi innovativi, dall'altra parte sorgono inevitabilmente delicate questioni e perplessità⁹: innanzitutto, problemi significativi si pongono in relazione all'effettivo controllo umano su tali sistemi di intelligenza, posto che non esiste una regolamentazione normativa che prescriva le modalità e le condizioni di utilizzo della macchina, finendo così per rimettere all'esperienza degli operatori di polizia i protocolli da seguire; inoltre, dato l'utilizzo di numerosi dati sensibili, possono aversi «*gravi attriti [...] con la tutela della privacy*» nonché «*una sorta di militarizzazione nella sorveglianza di determinate zone o di determinati soggetti*»¹⁰.

L'Intelligenza Artificiale, nel diritto penale sostanziale, incide su molteplici aree di criminalità. In ambito economico, l'uso delle tecnologie produce inesorabili effetti negativi per il mercato finanziario, determinando una crescita esponenziale di reati: si pensi ai c.d. *pump and dump*, particolare frode posta in essere da promotori che aumentano artificialmente il prezzo di un'azione – con dichiarazioni false, fuorvianti ovvero esagerate – al fine di rivendere i titoli acquistati ad un prezzo superiore¹¹. Ulteriore area criminale ove l'intelligenza artificiale gode di una forte rilevanza è il traffico internazionale di stupefacenti o di altri prodotti illeciti, c.d. *business to business*¹²: l'utilizzo di droni a guida autonoma è preordinato alla commissione di attività illegali, quale la consegna di significativi carichi di droga. Ancora, le tecnologie di intelligenza artificiale, con sempre maggiore frequenza, vengono utilizzate per la commissione di reati informatici diretti alla violazione della protezione dei dati personali nonché di reati contro la persona relativi alla trasmissione di contenuti illeciti, c.d. *social bots* o *deep-fakes*, e reati di lesioni ed omicidio mediante l'utilizzo di veicoli a guida autonoma ovvero *robot* impiegati nell'ambito medico.

⁸ F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit., par. 3.

⁹ L. PASCULLI, *Genetics, Robotics and Crime Prevention*, in *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, p. 192; R. PELLICCIA, *Polizia predittiva: il futuro della prevenzione criminale?*, in *www.cyberlaws.it*, 9 maggio 2019; L. ALGERI, *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 6/2021.

¹⁰ F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit., p. 13.

¹¹ FONDAZIONE VITTORIO OCCORSIO, *Intelligenza artificiale e giurisdizione penale*, Roma, 2021, p. 65.

¹² R. BORSARI, *op. cit.*, p. 263.

2. Il ruolo dell'Intelligenza Artificiale nel giudizio penale: macchina-giudice.

Gli algoritmi basati sui sistemi di IA – c.d. *automated decision systems* – vengono utilizzati, sempre più spesso, ai fini decisionali in molteplici ambiti del diritto. Le nuove tecnologie hanno creato dispositivi avanzati che, attingendo ad una ingente quantità di elementi contenuti nelle banche dati, tentano di risolvere innumerevoli questioni giuridiche. Si tratta di una metodologia che, oltre ad essere avvertita come oggettiva e sprovvista di eventuali pregiudizi¹³, comporta altresì una diminuzione dei tempi di attesa e di risorse economiche tanto per i soggetti coinvolti quanto per quelli responsabili della decisione assunta.

In sede civile, i sistemi di intelligenza artificiale sono utilizzati frequentemente nell'ambito delle richieste di risarcimento danni nonché nella gestione di pratiche assicurative¹⁴. Parimenti gli algoritmi decisionali trovano la propria collocazione in ambito penale, spaziando dalla sfera di prevenzione del reato a quella di commisurazione della pena.

Tra le attività delegate alla macchina intelligente, rientra la ricerca automatizzata dei documenti con cui si semplifica la redazione di massime giurisprudenziali e si crea un quadro giuridico completo, utile ad evitare eventuali conflitti di giudicato. Con riferimento al sistema giudiziario, la Commissione europea nella Comunicazione del dicembre 2020 sulla digitalizzazione della giustizia nell'UE¹⁵ nonché il Consiglio dell'UE nel Progetto 2019-2023 in materia di giustizia elettronica¹⁶ hanno sollecitato la necessità di adeguamento alla trasformazione tecnologica in atto: l'obiettivo perseguito dall'Unione europea è, infatti, implementare l'adozione di strumenti digitali nei sistemi giudiziari di ogni Stato membro al fine di favorire la cooperazione giudiziaria tra le autorità dei vari Stati. Tuttavia, malgrado la sollecitazione dell'Unione europea alla digitalizzazione del sistema giudiziario, l'Italia non ha risposto all'Intelligenza Artificiale in maniera uniforme ed armoniosa.

¹³ J. KAPLAN, *Intelligenza Artificiale. Guida al futuro prossimo*, Luiss University Press, Roma, 2017, pp. 137 ss.

¹⁴ M. BENEDETTI, *Responsabilità e risarcimento 2022. Profili sostanziali e processuali*, Il Sole 24 Ore, 2022, pp. 579 ss.

¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Digitalizzazione della giustizia dell'Unione Europea, Un pacchetto di opportunità*, Bruxelles, 2020.

¹⁶ CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Progetto UE di strategia in materia di giustizia elettronica (2019-2023)*, Bruxelles, 2018.

L'utilizzo dei sistemi intelligenti nel procedimento penale e, in generale, nel sistema penale, comporta molteplici benefici, tra i quali "notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio a dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata"¹⁷. Tuttavia, come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, «l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento»¹⁸. Al riguardo, si osserva che nel 2018 la Commissione per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) ha adottato la "Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia penale e nei relativi ambienti"¹⁹ con la quale, data la crescente rilevanza che l'Intelligenza Artificiale ha acquisito nella nostra società, sono state definite le linee guida alle quali i soggetti pubblici e privati devono conformarsi. In particolare, posto che l'impiego di tali sistemi automatizzati sarebbe in grado di amplificare le disuguaglianze già esistenti e di crearne ulteriori, la Carta enuncia la necessità che le decisioni siano prese in modo trasparente, salvaguardino i diritti fondamentali²⁰ e non perpetuino discriminazioni o pregiudizi. Ciò in quanto i sistemi informatici - contenenti i dati riguardanti l'origine etnica, l'orientamento sessuale, la fede, le condizioni economiche - non sono in grado di rivelare possibili discriminazioni, correndo così il rischio di creare continue disuguaglianze²¹. Inoltre, nella Carta etica è consacrato il principio di qualità e sicurezza, che richiede di analizzare la fonte dell'informazione e l'integrità del dato²², nonché il principio di garanzia del controllo umano, in forza del quale l'utilizzatore dello strumento informatico necessita di una formazione adeguata al fine di adottare scelte consapevoli ed autonome. Oltre alla necessaria applicazione dei principi contenuti nella Carta etica, l'impiego di algoritmi decisionali mette in discussione ulteriori profili propri del diritto penale.

¹⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, in Iura Novit Curia, 2020.

¹⁸ Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, in Iura Novit Curia, 2020.

¹⁹ S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in www.laegislazionepenale.eu, 18 dicembre 2018; C. BARBARO, *Cepej, adottata la prima Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale (IA) nei sistemi giudiziari*, in *Questione Giustizia online*, 7 dicembre 2018.

²⁰ S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, *op. cit.*, pp. 4-5.

²¹ S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, *op. cit.*, pp. 5-6.

²² S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, *op. cit.*, pp. 6-7.

Innanzitutto, l'Intelligenza Artificiale rischia di scalfire il diritto ad un *equo processo*, con conseguente lesione del diritto di difesa dell'imputato²³. All'uopo, si osserva che le competenze tecniche richieste dai sistemi tecnologici risultano piuttosto innovative e demandare alla parte la prova del "difetto" di sistema risulterebbe piuttosto oneroso con conseguente pregiudizio del diritto costituzionalmente garantito *ex art. 24 Cost.*

L'utilizzo di algoritmi decisionali compromette inevitabilmente anche la garanzia costituzionale di *indipendenza del giudice*: la realizzazione di un giudice-macchina finirebbe per compromettere il principio del libero convincimento, approdando ad una scelta automatizzata, quasi "robotica". Come rilevato dalla Ministra della giustizia Marta Cartabia nell'ottobre 2021 in occasione del seminario europeo *Digital Justice Ministerial Forum*²⁴, nell'attività giudiziaria occorre distinguere tra il conoscere ed il decidere: nella prima, l'Intelligenza Artificiale costituisce certamente un notevole ausilio per il magistrato e, dunque, un valore aggiunto nel mondo giuridico; nella seconda, la decisione deve essere sempre affidata al giudice, unico soggetto in grado di cogliere le peculiarità del caso concreto. In definitiva, l'organo giudicante può essere certamente affiancato dalla macchina intelligente ma mai sostituito dalla stessa.

L'Intelligenza Artificiale mostra i suoi limiti nel diritto penale altresì in relazione ad uno dei mezzi di prova maggiormente utilizzati nel processo penale per l'accertamento dei fatti: la *testimonianza*. Al riguardo, si osserva che la macchina intelligente gode di una limitata capacità a valutare la reticenza ovvero l'onestà di un testimone e, pertanto, risulterebbe piuttosto complesso valutare la credibilità di un teste²⁵. Ulteriori difficoltà si riscontrano in relazione al *processo indiziario*: posto che i criteri di valutazione della prova sono molteplici e non predeterminati, per un algoritmo stabilire se determinati indizi possano essere ritenuti gravi, precisi e concordanti *ex art. 192 c.p.p.* risulterebbe ancor più complesso. Dunque, gli elementi indiziari continuano ad essere rimessi alla libera valutazione del giudice, il quale non potrà limitarsi a recepire passivamente le risultanze derivanti dall'elaborazione algoritmica ma avrà l'onere di decidere

²³ B. LIBERALI, L. DEL CORONA, *Diritto e valutazioni scientifiche*, Milano, Giappichelli, 2022 p. 488; G. CANZIO *Intelligenza artificiale e diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 3/2021; S. QUATTROCOLO, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *BioLaw Journal Rivista di Biodiritto*, 1/2019, p. 135.

²⁴ G. DONNADIO, *Forum Giustizia digitale, Cartabia: "Sì a tecnologia a supporto dei giudici"*, in *www.gnewsonline.it*, 12 ottobre 2021.

²⁵ A. TRAVERSI, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, in *www.questionegiustizia.it*, 10 aprile 2019; D. LEMMI, *Il digitale: dimensione, mezzo e causa del cambiamento giuridico e sociale*, Key Editore, 2022, p. 26.

altresì alla stregua delle ulteriori prescrizioni poste dal codice di rito in ordine alle prove indiziarie²⁶.

Ancora, appare ardua la valutazione relativa alla gravità del reato ex art. 133 c.p., nella quale rientrano anche l'intensità del dolo, il grado della colpa, la capacità, i motivi a delinquere nonché il carattere del reo: dunque, desta perplessità il possibile impiego di un algoritmo in sede di valutazione del *quantum* di pena da irrogare in concreto al reo.

Infine, appare quasi irrealizzabile per l'algoritmo applicare in modo coerente la regola, di cui all'art. 533 c.p.p., dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", posto che la decisione giudiziale è apprezzamento in cui i vincoli matematici legati all'IA devono rimanere estranei.²⁷

In definitiva, la *vexata quaestio* che attiene all'eventuale sostituzione della macchina all'uomo, sembra non trovare una risposta affermativa nel mondo giuridico. La decisione penale possiede una creatività che sembra inconciliabile con l'Intelligenza Artificiale in quanto, se da una parte la stessa può risultare utile per risolvere attività meramente computazionali e snellire il sistema giudiziario, dall'altra parte emerge la sua assoluta incapacità di gestire situazioni in cui si necessita di abilità, creazione e competenza²⁸ possedute soltanto dal giudice-uomo.

3. La responsabilità penale dei sistemi intelligenti.

Le rilevanti questioni problematiche che si pongono nella branca del diritto penale, derivanti dallo sviluppo e dalla rapida evoluzione dell'Intelligenza Artificiale nell'ultimo decennio, sorgono alla luce delle peculiarità proprie dei sistemi di IA²⁹.

In primo luogo, si tratta di sistemi caratterizzati da una spiccata *autonomia* e, dunque, capaci di causare un evento dannoso in maniera del tutto indipendente dall'agire umano. Pertanto, ben può accadere che l'individuo non sia in grado di prevedere o controllare del tutto il comportamento della macchina: ne deriva che un eventuale errore del sistema intelligente potrebbe

²⁶ D. POLIDORO, *Tecnologie informatiche e procedimento penale: la giustizia penale "messa alla prova" dall'intelligenza artificiale*, in *Archivio Penale* 3/2020, pp. 11-12; Cass. pen., Sez. I, 30 novembre 2017, in Mass. Uff., n. 272056.

²⁷ G. RICCIO, *Ragionando su Intelligenza Artificiale e processo penale*, in *Archivio Penale*, 3/2019, p. 10.

²⁸ C. PARODI V. SELLAROLI, *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6/2019, pp. 49-51.

²⁹ A. GIANNINI, *Intelligenza Artificiale, Human Oversight e Responsabilità Penale: prove d'impatto a livello europeo*, in *www.discrimen.it*, 21 novembre 2021, p. 4.

essere estraneo al comportamento dell'uomo. In secondo luogo, i sistemi di IA sono connotati da una forte *opacità*: dunque, l'operare dell'Intelligenza Artificiale comporta l'impossibilità di ottenere una valida spiegazione su come il sistema abbia generato un dato evento dannoso. Al riguardo, si parla di *black box algorithms* per indicare l'opacità propria del meccanismo che conduce l'*input* all'*output* e che comporta l'impossibilità di comprendere come il *software* sia giunto a quell'esito finale, il quale rimane fuori dalle capacità di previsione dei programmatori³⁰. Da qui sorge la delicata questione relativa al funzionamento dei sistemi di Intelligenza Artificiale che, rivelandosi spesso opaco, non permette di cogliere con chiarezza la modalità con cui il *robot* sia giunto a quel risultato, senza la volontà del soggetto che lo ha programmato, costruito ovvero utilizzato³¹. Ancora, i sistemi di IA sono connotati da una notevole *complessità*, posto che spesso la creazione del sistema intelligente è il risultato dell'apporto di più individui per un lasso di tempo prolungato e realizzato su banche dati variegate. Infine, il comportamento dell'entità intelligente è *imprevedibile*: difatti, sempre con più frequenza, accade che il sistema intelligente compia attività non contemplate nella sua programmazione primordiale.

Alla luce delle predette caratteristiche proprie dei sistemi di IA di ultima generazione, il modello di responsabilità indiretta dell'uomo è stato messo in crisi per i fatti di reato verificatisi a causa del comportamento della macchina intelligente. La questione che si pone è, dunque, quella della eventuale attribuzione della responsabilità penale in capo all'uomo ovvero alla macchina.

In una società come quella odierna in cui assistiamo, con sempre maggiore assiduità, a droni autori di omicidi, automobili di ultima generazione senza conducente artefici di incidenti stradali, *robot* che operano nell'ambito medico-sanitario e commettono crimini, occorre comprendere quale sia la regolamentazione della responsabilità penale in presenza di tali sistemi intelligenti³², specificando se responsabile del reato sia la macchina ovvero l'uomo – *rectius* il suo programmatore, costruttore ovvero utilizzatore –.

Al fine di comprendere in che modo opera il regime di responsabilità penale nell'ambito dell'IA, è d'uopo distinguere tra sistemi intelligenti ove il contributo umano costituisce elemento indispensabile per il suo funzionamento e sistemi

³⁰ R. BORSARI, *op. cit.*, p. 265.

³¹ R. BORSARI, *op. cit.*, pp. 264-266

³² F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit., pp. 10 ss.; F. BASILE, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: un'intelligenza tanto "umana" da poter essere punita?*, in *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, Milano, 2021; R. BORSARI, *op. cit.*

intelligenti che, invece, operano in autonomia rispetto all'agire umano in quanto imparano dall'esperienza e modificano di conseguenza il proprio comportamento³³.

Nei sistemi intelligenti ove l'apporto dell'uomo è evidente, posto che l'attività della macchina è definita interamente dal suo programmatore, scandagliare il nodo relativo alla responsabilità penale è di facile risoluzione. Si tratta di sistemi che operano mediante algoritmi integralmente preimpostati dal programmatore, il cui comportamento è predeterminato dall'agire umano e la macchina costituisce unicamente uno *strumento* tramite il quale l'autore commette un determinato reato³⁴. Si pensi ad un *software* utilizzato per cancellare e/o danneggiare i dati di un computer: è chiaro che, in una siffatta circostanza, potrà configurarsi il modello di imputazione della responsabilità indiretta dell'uomo. Tra le ipotesi delittuose in cui il sistema di IA rappresenta lo strumento tramite il quale l'uomo realizza il reato, rientrano i crimini informatici, le violazioni in materia di *privacy* e trattamento dei dati personali nonché i reati di diffamazione. Come noto, ai fini della configurabilità di un reato in capo al soggetto agente, è necessario che ricorra il fatto tipico – e, dunque, la condotta consistente nell'azione o nell'omissione; l'evento, inteso quale conseguenza della condotta; il nesso di causalità che leghi la condotta all'evento –; l'antigiuridicità; la colpevolezza, al fine di poter muovere un rimprovero penalmente rilevante al reo, a titolo di dolo, di colpa ovvero di preterintenzione; la punibilità. Nel caso *de quo*, appare evidente che l'azione criminosa possa essere imputata sia sul piano oggettivo – causale – che sul piano soggettivo – dolo, colpa o preterintenzione –³⁵ al programmatore, costruttore ovvero utilizzatore dell'entità intelligente, posto che il comportamento della macchina, essendo predeterminato dall'uomo, è perciò solo prevedibile. Dunque, è giocoforza ritenere che al soggetto possa muoversi, quantomeno a titolo di colpa, un rimprovero per la verifica dell'evento dannoso derivante dal comportamento dell'entità intelligente. La peculiarità dello strumento utilizzato dall'uomo nella commissione del reato potrà, in ogni caso, rilevare sul piano penale in sede di commisurazione della pena; all'uopo, si evidenzia che l'art. 133 c.p. prevede che il giudice, nell'ambito del proprio potere discrezionale nella valutazione sul reo e sulla gravità dei fatti, dovrà tenere conto dei mezzi utilizzati dall'agente. Pertanto, la presenza della

³³ R. BORSARI, *op. cit.*, p. 264

³⁴ S. RIONDATO, *Robot: talune implicazioni di diritto penale*, in P. MORO, C. SARRA P. MORO, C. SARRA (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Franco Angeli, Milano, 2017, pp. 85 ss.

³⁵ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2022.

macchina intelligente – quale mezzo adoperato dall'uomo per commettere il reato – potrà essere considerato, nell'applicazione della pena, quale fattore aggravante ovvero attenuante.

Nei sistemi intelligenti in cui, invece, l'apporto dell'uomo è marginale in quanto l'algoritmo non è impostato interamente dal programmatore ma impara dall'esperienza in maniera autonoma – *machine learning* e *deep learning* –, l'accertamento dell'attribuzione della responsabilità penale all'uomo diventa maggiormente complessa³⁶. Si tratta di sistemi di IA di ultima generazione, dotati di capacità ed autonomia decisionale tale da annullare qualsiasi intervento dell'uomo: si pensi ai veicoli a guida autonoma c.d. "*Full Driving Automation*" che permettono una automazione completa in cui l'utente ha il solo compito di inserire la destinazione, lasciando integralmente la guida all'agente artificiale e divenendo così passeggero del veicolo. Dunque, il sistema di IA non costituisce più semplicemente uno *strumento* utilizzato per commettere il reato bensì diviene esso stesso *l'autore* del reato³⁷.

Il nodo da scandagliare inerisce alla eventuale responsabilità penale in capo al sistema di Intelligenza Artificiale per il reato commesso, posto che non è più l'uomo ad adottare le scelte sottese alla realizzazione dell'illecito bensì è la macchina che, in tutto o in parte, genera il fatto³⁸. Affinché si possa configurare la responsabilità del programmatore, fornitore ovvero utilizzatore, occorre valutare quale sia il grado di controllo a cui questi devono ottemperare: più è elevato il livello di intelligenza della macchina, minore è il controllo.

All'uopo occorre distinguere diversi scenari. Innanzitutto, può accadere che il programmatore, costruttore o utilizzatore sia in grado di *prevedere* l'attività della macchina intelligente: in questo caso, certamente potrà delinarsi un modello di responsabilità indiretta in capo a tali soggetti. Il programmatore ovvero l'utente sarà chiamato a rispondere a titolo di colpa, sempre che: sussista una regola cautelare cristallizzata nel dato normativo ovvero basata sull'esperienza, conosciuta o conoscibile dal soggetto; l'evento dannoso sia prevedibile ed evitabile alla stregua dell'agente modello; il comportamento conforme alla regola cautelare sia esigibile da parte dell'uomo³⁹. Tuttavia, tale

³⁶ R. BORSARI, *op. cit.*; A. CAPPELLINI, *op. cit.*.

³⁷ F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione*, in F. BASILE, M. CATERINI, S. ROMANO (a cura di), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021

³⁸ C. BAGNOLI, *Teoria della responsabilità*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 74 ss. – F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, *cit.*, p. 27.

³⁹ A. GIANNINI, *op. cit.*, p. 4.

ricostruzione non va esente da critiche, posto che attualmente l'uomo – *rectius* il programmatore ovvero l'utilizzatore – ha una scarsa conoscenza scientifica della nuova macchina e, pertanto, le regole alle quali quest'ultimo è tenuto a conformarsi risultano poco conoscibili e, di conseguenza, difficilmente potrà delinearsi un agente modello. Parimenti il programmatore ovvero l'utilizzatore del sistema intelligente saranno chiamati a rispondere del reato commesso dal sistema di IA qualora, sebbene la macchina sia dotata di un grado di autonomia tale da agire indipendentemente dal programmatore o dall'utilizzatore, questi ultimi abbiano violato il *dovere di monitoraggio* dello strumento, ai sensi dell'art. 40 c.p. Il programmatore della macchina è titolare di una posizione di garanzia e, dunque, ha obblighi di protezione ed obblighi di controllo⁴⁰: dunque, qualora sussista un dovere giuridico ed un potere fattuale di impedire l'evento lesivo, il soggetto che ha programmato la macchina intelligente ovvero il suo utilizzatore saranno chiamati a rispondere del reato commesso.

Accanto alle ipotesi in cui appare configurabile una responsabilità in capo all'uomo per il fatto commesso dalla macchina intelligente, si collocano ulteriori scenari in cui ciò appare difficilmente ipotizzabile. Difatti, può accadere che le nuove macchine, connotate da una tecnologia sempre più avanzata, siano dotate di una autonomia tale da risultare totalmente estranee all'agire dei programmatori del *software* ed in grado di agire indipendentemente da questi⁴¹. L'offesa al bene giuridico non deriva, dunque, dall'agente umano; ciò determina inevitabilmente una «alienazione»⁴² della sua responsabilità nonché il rischio di creare dei vuoti di imputazione al cospetto della commissione di un illecito ed un indebolimento di tutela ai beni giuridici.

Ciò posto, se del reato non risponde l'uomo, occorre chiedersi se la macchina intelligente possa ritenersi penalmente responsabile ovvero se valga il brocardo *machina delinquere non potest*. Da qui ne deriva un nuovo interrogativo: i sistemi di IA possono ritenersi responsabili del reato commesso?

La *vexata quaestio* in ordine alla eventualità di attribuire la responsabilità ad un'entità diversa dall'uomo non sembra una novità, considerato che la legge n. 231 del 2001 ha introdotto, nel sistema italiano, una responsabilità da reato in

⁴⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2022.

⁴¹ M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability: verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, pp. 356 ss.

⁴² F. BASILE, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: un'intelligenza tanto "umana" da poter essere punita?*, cit., par. 6.2.

capo agli enti, superando l'antico brocardo *societas delinquere non potest*. Con riferimento all'intelligenza artificiale, l'obiezione nasce dalle perplessità in ordine alla sussistenza o meno di un requisito imprescindibile per la configurazione della responsabilità penale: la colpevolezza. Se, da una parte, non sorgono dubbi in ordine all'esistenza degli ulteriori requisiti propri del reato, dall'altra parte risulta piuttosto ostico muovere in capo al sistema intelligente un rimprovero di dolo, colpa ovvero preterintenzione⁴³ nonché immaginare una capacità di intendere e di volere di un *software*.

Secondo alcuni autori, la macchina intelligente può ritenersi responsabile penalmente per il reato commesso⁴⁴. I sistemi di Intelligenza Artificiale – tanto con una condotta attiva se integrata da un movimento fisico, quanto con una condotta omissiva se integrata dall'inerzia – sono in grado di prevedere e volere un dato risultato come conseguenza del proprio agire. Inoltre, si osserva che qualora la macchina intelligente non abbia considerato una eventualità che avrebbe dovuto essere compresa sulla base di *inputs* inseriti, non si esclude la sua imprudenza e, dunque, la sua responsabilità. In definitiva, è possibile individuare una responsabilità dell'entità intelligente, in via cumulativa o autonoma rispetto a quella del programmatore ovvero dell'utente. Dalla responsabilità dei sistemi intelligenti ne discende la necessità per l'organo giudicante di comminare inevitabilmente una pena che - come noto -, nel diritto penale, svolge una funzione retributiva, general-preventiva o special-preventiva. I sostenitori della tesi affermativa ritengono che possa essere soddisfatta sia la funzione retributiva sia quella special preventiva della pena, posto che dalla responsabilità penale ne discenderebbe lo spegnimento della macchina intelligente⁴⁵; spiegare, invece, in che modo possa essere realizzata la funzione general preventiva risulta certamente più complesso. In definitiva, coloro i quali sostengono che i *robot* siano capaci di sensibilità al precetto della norma penale, ritengono altresì che questi siano rimproverabili mediante la irrogazione di una pena.

Secondo altri, invece, deve negarsi con assoluta fermezza tale responsabilità penale in capo al sistema intelligente: macchine, *robot* e soggetti artificiali non

⁴³ D. FALCINELLI, *Il dolo in cerca di una direzione penale. Il contributo della scienza robotica ad una teoria delle decisioni umane*, in *Arch. Pen.*, 1, 2018, p. 9; F. BASILE, M. CATERINI, S. ROMANO (a cura di), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale*, cit.

⁴⁴ J. KAPLAN, cit., p. 153; G. HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Springer, Berlino, 2015, pp. 47 ss.; J. KAPLAN, *Le persone non servono. Lavoro e ricchezza nell'epoca dell'Intelligenza Artificiale*, Luiss University Press, Roma 2016, p. 80.

⁴⁵ J. KAPLAN, cit., p. 153.

possono rispondere direttamente per la commissione di reati⁴⁶. In ossequio al principio costituzionale di cui all'art. 27 Cost. secondo cui la responsabilità penale è personale nonché al principio di colpevolezza, si ritiene non sia possibile muovere un rimprovero all'algoritmo⁴⁷ posto che la macchina intelligente non ha libertà del volere ed è programmata per agire. Dunque, non può parlarsi di colpevolezza robotica in quanto i sistemi di IA sono privi di autonomia morale e libero arbitrio. Quanto alla comminazione della pena, si osserva che la funzione general-preventiva non possa essere soddisfatta in quanto le macchine intelligenti sono esenti da qualsiasi effetto dissuasivo né sono in grado di cogliere l'effetto pedagogico della sanzione. La funzione special-preventiva, intesa alla stregua del principio rieducativo di cui all'art. 27 comma 3 Cost., non può essere soddisfatta in quanto la macchina non è in grado di apprendere la sanzione irrogata.

Infine, oltre che *strumento* ed *autore*, i sistemi intelligenti possono rilevare come *vittima* del reato. Si pensi alle macchine intelligenti utilizzate per soggetti autistici o malati di Alzheimer – c.d. *doll therapy* o *pet therapy* – che vengano poi distrutte: in una siffatta ipotesi, potrebbe delinearsi il danneggiamento ovvero pensarsi persino ad un maltrattamento ex art. 572 c.p.⁴⁸.

4. La responsabilità del medico in presenza dei sistemi di Intelligenza Artificiale

Nell'ambito medico-sanitario, l'Intelligenza Artificiale ha acquisito un ruolo significativo ed attualmente sempre più preponderante nel monitoraggio e cura del paziente, nel miglioramento delle diagnosi e nel riconoscimento delle patologie, nella realizzazione di interventi chirurgici nonché nel campo della ricerca⁴⁹. I sistemi di IA rappresentano, dunque, una risorsa idonea a garantire maggiore sicurezza nella prognosi, riduzione dei costi per la cura del paziente, accesso semplificato alle informazioni nonché prevenzione di eventuali patologie.

L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) riconosce, ormai da tempo, l'incidenza e la rilevanza dell'Intelligenza Artificiale nell'ambito sanitario⁵⁰,

⁴⁶ A. CAPPELLINI, *op. cit.*, pp. 10 ss.; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *op. cit.*, pp. 363 ss; C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, pp. 1761 ss.

⁴⁷ D. FALCINELLI, *op.cit.*

⁴⁸ F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit., pp. 31-33.

⁴⁹ A. LONGO e G. SCORZA, *"Intelligenza Artificiale: impatto sulle nostre vite, diritti e libertà"*, Mondadori Education Università, Firenze, 2020, pp. 183-198.^[1]_{SEP}

⁵⁰ D. PAOLOTTI, *Intelligenza artificiale sorveglianza per la salute della popolazione*, in *Monitor*, 46/2021, p. 11

evidenziandone i continui benefici. Si pensi ai sistemi di monitoraggio - tramite i quali si provvede alla registrazione dei dati di ciascun paziente ed al successivo inserimento in una banca dati - che permettono di individuare in maniera rapida e preventiva l'insorgere di eventuali patologie che il medico-uomo potrebbe riscontrare tardivamente. L'impiego di *big data* e l'utilizzo di *machine learning* consente, dunque, di realizzare una medicina che non si fonda più soltanto su ciò che il medico rileva, bensì utilizza modelli statistici dai quali si rinvengono nuovi risultati non altrimenti evidenti all'uomo.

Ciò premesso, il ruolo dell'IA nell'ambito medico-sanitario, per quanto risulti all'avanguardia sotto il profilo scientifico, pone una serie di problematiche giuridiche derivanti dalla integrazione del sistema intelligente con la figura umana-medico⁵¹. All'uopo, si osserva che – parimenti a quanto affermato in ordine al processo penale ed alla eventuale configurabilità di un *giudice-robot* – l'Intelligenza Artificiale, sebbene dispieghi i suoi effetti positivi nel mondo giuridico, non può mai spingersi sino a sostituire la figura del medico-uomo, unico soggetto in grado di decidere se il trattamento sanitario indicato dall'algoritmo possa essere attuato⁵². Al fine di comprendere il ruolo dei sistemi intelligenti nell'ambito medico-sanitario e delinearne i profili di responsabilità penale, occorre distinguere diversi scenari.

Come noto, tra gli approdi della tecnologia medica rientrano c.d. *robot-chirurghi*, macchinari intelligenti che hanno abilità superiori a quelle dell'uomo in termini di precisione⁵³ e che sono sottoposti alla direzione del chirurgo che, tramite dei movimenti e impulsi, realizza l'operazione. Non di rado, accade che i *robot-chirurghi* commettano errori tali da determinare la vita o la morte del paziente: posto che si tratta di sistemi ove l'apporto dell'uomo è evidente, l'utilizzo del *robot* nelle mani del medico rappresenta semplicemente uno strumento tramite il quale si realizza il reato. Pertanto, deve escludersi la responsabilità in capo al sistema intelligente ed attribuire la stessa all'uomo-medico: trattandosi di sistemi sottoposti al controllo umano, del reato commesso ne risponde il soggetto – *rectius* il medico – che dirige il *robot*. Qualora l'errore della macchina dipenda da un inesatto inserimento dei dati da parte dell'operatore, dell'evento lesivo ne risponderà il sanitario; qualora, invece, il danno derivi da un difetto intrinseco del *software*, troverà applicazione la

⁵¹ G.F. ITALIANO, *Intelligenza artificiale, che errore lasciarla agli informatici*, in www.agendadigitale.eu, 11 giugno 2019.

⁵² E. SANTORO, *L'algoritmo è un buon pediatra: così migliorano le diagnosi dell'AI*, in www.agendadigitale.eu, 5 marzo 2019.

⁵³ L. MISCHITIELLI, *Così i robot aiutano i chirurghi a operare meglio: progressi e prospettive della tecnologia*, in www.agendadigitale.eu, 4 giugno 2021.

disciplina dettata in tema di responsabilità da prodotto difettoso⁵⁴ e, dunque, dell'evento lesivo ne risponderà il produttore.

In relazione alla responsabilità da prodotto difettoso, la norma di riferimento è il d.lgs. n. 206 del 2005, c.d. *Codice del consumo*, che prevede una responsabilità extracontrattuale in capo al produttore, il quale sarà chiamato a risarcire il danno. Quanto alla configurabilità di una tutela penale contro il danno da prodotto, emergono delle perplessità: se da una parte si ritiene che sia il produttore a dover assicurare il rispetto dei parametri di sicurezza del dispositivo, dall'altra parte si pone l'accento sulla difficoltà di accertamento della colpa in sede penale. Ciò in quanto, il lasso di tempo che intercorre tra l'utilizzo del sistema e la verifica dell'evento rischierebbe di creare «un processo di incubazione»⁵⁵ che renderebbe difficoltosa l'individuazione del soggetto responsabile e comporterebbe l'esclusione automatica di eventuali concause idonee a generare il fatto illecito; inoltre, ci si chiede quali siano le regole cautelari di condotta da seguire nella realizzazione di un sistema intelligente e quale sia il modello di agente modello da considerare. Ancora, emergono profili di difficoltà in ordine alla colpevolezza, data la difficoltà nel considerare prevedibili ed evitabili gli errori commessi dai sistemi intelligenti, i quali risultano caratterizzati da una forte autonomia⁵⁶. Quanto al medico che utilizza il prodotto medico difettoso, occorre porre l'accento sul legittimo affidamento riposto da quest'ultimo nel funzionamento e nella affidabilità del dispositivo: si ritiene che, in una siffatta eventualità, il sanitario potrà essere ritenuto penalmente responsabile soltanto in relazione agli eventi verificatisi sotto il suo effettivo controllo, prevedibili ed evitabili; non potrà rispondere penalmente, invece, per gli errori commessi nella fase di programmazione; al più, potrà rispondere di concorso ovvero di cooperazione colposa qualora, al momento in cui è stata realizzata condotta, quest'ultimo aveva la concreta possibilità di conoscere il rischio e ciononostante ha agito. Ancora, può accadere che il *software* non presenti alcun difetto di produzione ed il medico segua le indicazioni errate dettate dal *robot* che, assimilando dall'esperienza, commetta un errore. In tal caso, si ritiene che il medico risponderà penalmente dell'evento lesivo qualora il danno cagionato sia frutto della sua imperizia nel controllo della macchina, alla stregua dell'agente modello. Infine, qualora il medico decida di discostarsi dal sistema intelligente ed arrechi un danno al paziente, si ritiene configurabile una

⁵⁴ C. PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 1745.

⁵⁵ F. LAGIOIA, *L'intelligenza artificiale in sanità: un'analisi giuridica*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 100.

⁵⁶ D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 305, 2005

responsabilità penale in capo al medico per lesioni *ex art.* 582 c.p. ovvero per omicidio preterintenzionale *ex art.* 584 c.p.

Nel giugno 2021, l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha realizzato *Ethics and Governance of Artificial Intelligence for Health*⁵⁷, indicando le linee guida da seguire in ordine all'utilizzo dell'intelligenza artificiale in campo medico, analizzandone i rischi ed individuando i soggetti responsabili. Posto che l'OMS non può imporre una disciplina unitaria in ordine alla responsabilità del sanitario, che valga per tutte le Nazioni, invita il legislatore di ogni Stato ad introdurre un modello di responsabilità idoneo nei sistemi di IA. Dunque, realizzare linee guida specifiche riservate agli operatori sanitari sembra essere la chiave per evitare dubbi e perplessità in ordine alla responsabilità del medico per l'uso dell'intelligenza artificiale.

5. Conclusioni

Il mondo dell'Intelligenza Artificiale lascia aperti – ancora oggi – diversi interrogativi nell'ambito del diritto penale. Se da una parte i benefici sotto il profilo della celerità nel sistema giudiziario e di una maggiore precisione nell'ambito medico-sanitario sono inconfutabili, dall'altra parte non può ignorarsi che l'autonomia dei sistemi intelligenti viaggia di pari passo con la sua imprevedibilità. Ad acuire ciò è l'assenza di una regolamentazione normativa chiara che colmi i vuoti di responsabilità e di tutela penale derivanti dall'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale. Attualmente non appare possibile configurare una responsabilità penale diretta in capo alle Intelligenze Artificiali e, dunque, trova conferma inevitabilmente l'antico brocardo *machina delinquere non potest*. Tuttavia, nulla esclude che, in futuro, si possa prospettare una responsabilità penale dei sistemi intelligenti che, date le sue peculiarità, risulterà distinta da quella tradizionale.

⁵⁷ WHO, WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Ethics and Governance of Artificial Intelligence for Health: WHO Guidance*, Ginevra, 2021.

LE ESENZIONI DAI REATI DI BANCAROTTA: DALL'ART. 217-BIS DELLA
LEGGE FALLIMENTARE ALL'ART. 324 DEL CODICE DELLA CRISI
D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

*Exemptions from bankruptcy crimes: from art. 217-bis of the Bankruptcy Law
in art. 324 of the Corporate Crisis and Insolvency Code*

di
Andrea Pantanella*

Il contributo analizza l'oscuro istituto delle esenzioni dai reati di bancarotta, mettendone in evidenza i profili problematici, con particolare riferimento al passaggio dalla disciplina della legge fallimentare a quella del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

The paper analyzes the obscure institution of exemptions from bankruptcy crimes, highlighting the problematic profiles, with particular reference to the transition from the discipline of the bankruptcy law to that of the new code of business crisis and insolvency.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La genesi dell'art. 217-bis l. fall.: le esenzioni dai reati di bancarotta – 3. I principali profili problematici: la natura giuridica e l'ambito di operatività – 4. La matrice anglosassone: l'istituto del *Safe Harbour*, una sorta di "Vallo di Adriano" predisposto per le operazioni finanziarie – 5. L'introduzione del Codice della crisi d'impresa, dell'insolvenza e il nuovo art. 324 CCI e le modifiche proposte della "Commissione Bricchetti".

1. Introduzione

Come noto, in Italia il diritto fallimentare, o meglio il diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza, appare scomposto in due "faglie" separate: da un lato, si rinvia il versante civilistico, disciplina da anni in fermento ed in continua evoluzione; dall'altro, si rinvia, invece, il versante penalistico, il quale, al contrario, è rimasto per lo più immobile e sordo ai venti di cambiamento. Pertanto, rimanendo nel campo della scienza geofisica, il rischio collaterale che sembrerebbe profilarsi potrebbe essere quello di un "terremoto", inteso nel senso

* Assegnista di ricerca in Diritto Penale presso Sapienza Università di Roma

di una situazione di elevata incertezza e vasta confusione all'interno del sistema della crisi di impresa.

Sotto questo profilo, in via di estrema sintesi, il diritto civil-fallimentare ha decisamente cambiato rotta, sospinto anche da venti d'ispirazione straniera, con particolare riferimento agli ordinamenti anglosassoni: il sistema è ormai impostato per affrontare la crisi di impresa, in modo da recuperarla e conservarla e non giungere alla sua liquidazione; per questo lo strumento concorsuale principe non è più considerato il fallimento, bensì il nuovo concordato preventivo (oltre alle nuove operazioni caratterizzate dalla medesima finalità)².

Per secoli, il diritto fallimentare (inclusi i profili attinenti alla sanzione penale) è ruotato attorno all'istituto del fallimento, ossia ad uno strumento di natura spiccatamente liquidatoria ed espropriativa. Fin dal medioevo, lo *ius mercatorum* – ovvero il diritto creato dagli stessi “mercanti” per regolare i rapporti commerciali – poneva al centro del sistema il concetto dell'insolvenza, che veniva considerata un gravissimo danno per la società e che doveva essere repressa in maniera risoluta; in questo contesto, venne messa a punto la procedura di fallimento³.

Un sistema in tal guisa congegnato ha resistito per secoli, fino a che, con le profonde crisi dei tempi moderni, si è cambiata completamente prospettiva. La nuova disciplina è, invero, improntata a ricomporre la situazione di difficoltà economico-finanziaria della azienda, attraverso interventi di c.d. ristrutturazione, improntati al principio di autonomia privata.

Dall'altra parte, il diritto penal-fallimentare è stato oggetto di limitati e parziali interventi che non hanno sortito alcun effetto, con il deludente risultato di ottenere una disciplina totalmente disomogenea e sconnessa: l'attenzione rimane del tutto concentrata sul reato di bancarotta e sul tradizionale istituto del

² Per uno sguardo nella dottrina britannica, si veda, *ex multis*, MARK WATSON-GANDY, *Corporate insolvency practice*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017; oppure KEAY & WALTON, *Insolvency Law. Corporate and Personal*, LexisNexis, 2017; si veda anche FINCH, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009; o ancora BRIDGE, *Insolvency*, in *Principles of English commercial law*, edited by Andrew Burrows, Oxford University Press, 2015. Per uno sguardo comparato in tema di insolvenza, con particolare riferimento al modello statunitense, si veda STONG, *United States. Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, in *The Law of Internationale Insolvencies and Debt Restructurings*, a cura di Silkenat e Schmerler, Oceana Publications (Oxford University Press), 2006, p. 409 ss.; si veda anche SKEEL, *Debt's Dominion, A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, 2001; o ancora GOLDSTEIN, *United States*, in *The Americas Restructuring and Insolvency Guide 2008/2009*, PricewaterhouseCoopers and Morgan Stanley, 2008. Per una completa analisi dei vari reati in materia di insolvenza nel diritto britannico, si veda, *ex multis*, AA. VV., *Blackstone's Criminal practice*, Oxford University Press, 2017, p. 542 ss.; si veda anche SHELLEY HORAN, *Corporate crime*, Bloomsbury Professional, 2011, p. 967 ss. per uno sguardo alle fattispecie penali nel sistema statunitense, *ex multis*, si veda McCULLOUGH II, *Bankruptcy Fraud: Crime Without Punishment II*, in *Commercial Law Journal*, vol. 102, 1997.

³ Sul punto, si veda GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, 2001.

fallimento, lasciando ben poco spazio alle soluzioni concordate della crisi di impresa.

Proprio nel tentativo di adeguarsi a siffatta nuova realtà, il legislatore penale, disattendendo tuttavia tali propositi, è intervenuto con la c.d. mini-riforma fallimentare (legge del 6 agosto 2015 n. 132, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 27 giugno 2015 n. 83), riformulando gli artt. 217-*bis* (precedentemente introdotto per mezzo del d. l. 31 maggio 2010, n. 78), 236 e 236-*bis* l. fall.

Si tenga presente, come noto, che il sistema della crisi di impresa ha subito un nuovo grande intervento riformatore, per mezzo del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che ha introdotto il nuovo Codice della crisi d'impresa⁴. Tuttavia, anche in questo caso, a fronte di una considerevole mole di mutamenti e innovazioni – anche epocali, come l'eliminazione del termine “fallimento” o l'introduzione di un vero e proprio Codice che disciplina l'intera materia –, l'ambito penale sembra essere stato trascurato. In effetti, come si avrà modo di illustrare, la legge delega ha imposto dei mutamenti solo nel “campo commercial-civilistico”, concedendo al “campo penalistico” solamente i necessari adattamenti, facendo salva “la continuità delle fattispecie incriminatrici”.

Pertanto, l'intento è quello di esaminare i profili penali delle nuove procedure concorsuali, e segnatamente l'istituto delle esenzioni dai reati di bancarotta (preferenziale e semplice), di cui all'art. 217-*bis* legge fallimentare (324 CCI), cercando di cogliere anche gli aspetti di riforma che si provocheranno a causa dell'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

2. La genesi dell'art. 217-bis l. fall. (art. 324 CCI): le esenzioni dai reati di bancarotta

Proprio la delineata scissione tra le due anime del tradizionale diritto fallimentare e le profonde incongruenze che ne sono derivate sono alla base della nuova disposizione introdotta con il d. l. 31 maggio 2010, n. 78 (“Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”) convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122: l'art. 217-*bis* l. fall. che disciplina le esenzioni dai reati di bancarotta preferenziale e semplice. La funzione della norma in esame, pertanto, è rappresentata proprio dal ruolo di coordinamento che essa assume tra il versante civilistico e il versante penalistico della legge fallimentare. In particolare, lo scopo era costituito dal tentativo di porre rimedio all'incongruenza che si era venuta a creare a seguito della riforma della revocatoria fallimentare.

⁴ Sul tema del nuovo diritto della crisi di impresa e insolvenza, si veda, *ex multis*, D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Giappichelli, 2022.

Invero, per capire in modo più completo la genesi di simile nuovo istituto, occorre fare un passo indietro, andando a tracciare i tratti essenziali dei rapporti tra la revocatoria fallimentare e il delitto di bancarotta preferenziale.

La revocatoria, infatti, rappresenta l'istituto civilistico, disciplinato dall'art. 67 della legge fallimentare, posto a tutela della *par condicio creditorum*. In pratica, il creditore che accetta un pagamento, pur nella consapevolezza dello stato di dissesto dell'imprenditore, viene sanzionato "civilmente" attraverso la determinazione dell'inefficacia dello stesso pagamento⁵. Risulta, pertanto, più che agevole intuire la connessione con la figura criminosa della bancarotta preferenziale: allo stesso modo è tesa alla protezione del bene della *par condicio creditorum*, con la chiara differenza sul piano sanzionatorio, posto che essa assume natura penale⁶. Tale quadro di parallelismo, tuttavia, è venuto ad incrinarsi con la riforma del 2005 e con l'accennata introduzione delle nuove procedure finalizzate alla salvezza e alla conservazione dell'impresa. In particolare, in questo ambito, un grandissimo impatto ha avuto la modifica del terzo comma dell'art. 67 l. fall., il quale disciplina una serie di atti che sono esclusi dalla revocatoria. In altri termini, il legislatore ha previsto una serie di atti, pagamenti e garanzie che, se posti in essere, non possono successivamente essere revocati⁷. La conseguenza, dunque, è stata proprio la rottura della continuità tra l'istituto della revocatoria fallimentare e il delitto di bancarotta preferenziale⁸. Simile stravolgimento ha causato incertezze e problemi, segnatamente la questione se l'espressa inapplicabilità del "rimedio civilistico" provochi dirette conseguenze in campo penale, con specifico riferimento alla eventuale irrilevanza del delitto di bancarotta preferenziale negli stessi casi richiamati dall'art. 67, co. 3 l. fall.

Dal quadro sinora sommariamente illustrato, si evince come sulla "scena fallimentare" siano apparsi nuovi strumenti che, finalizzati alla salvaguardia delle imprese in crisi economico-finanziaria, vengono espressamente resi leciti, almeno da un punto di vista civile.

Risulta, pertanto, palese il cortocircuito venutosi a creare con riguardo al principio di non contraddizione dell'ordinamento, dal momento che talune operazioni erano considerate contemporaneamente lecite dall'ordinamento civile ed illecite da quello penale.

⁵ In tema di revocatoria fallimentare, si veda, *ex multis*, CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, 2019, p. 876 ss., secondo cui lo scopo era costituito dal tentativo di porre rimedio all'incongruenza che si era venuta a creare a seguito della riforma della revocatoria fallimentare.

⁶ Sul punto, cfr. BRICCHETTI, *Profili penali*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Zanichelli, 2008, p. 641 ss.

⁷ Cfr. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 567.

⁸ In questo senso, si veda SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.* 2006, p. 1300 ss.

Ecco, dunque, che, al fine di superare tale incoerenza – che, per inciso, era chiaramente vista sfavorevolmente dagli istituti di credito – ed, anzi, allo scopo proprio di incentivare l'utilizzo delle nuove tipologie di operazioni di soluzione negoziale della crisi, il legislatore è intervenuto introducendo il citato art. 217-bis l. fall.⁹.

Nello specifico, la disposizione in esame è rubricata “esenzioni dai reati di bancarotta” e impone come le fattispecie incriminatrici della bancarotta preferenziale *ex art. art. 216, co. 3 l. fall.* e della bancarotta semplice *ex art. 217 l. fall.* non si debbano applicare ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di: *i)* un concordato preventivo; *ii)* un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182-bis l. fall.; *iii)* un piano di cui all'art. 67, co. 3, lett. *d)*; *iv)* un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 l. n. 3 del 2012; *v)* un pagamento o un accordo di finanziamento effettuati ai sensi dell'art. 182 *quinquies* l. fall.; *vi)* un'operazione di finanziamento effettuata ai sensi dell'art. 22-*quater*, co. 1, l. n. 116 del 2014.

A ben vedere, però, simile intervento normativo ha provocato una moltitudine di problematiche e incertezze normative, a partire dall'insolito lessico utilizzato, ovvero il termine “esenzioni”.

Ma i profili problematici causati dall'imprecisione legislativa non si esauriscono qui, bensì vanno a colpire anche lo stesso ambito di operatività e la natura giuridica di tali istituti.

3. I principali profili problematici: la natura giuridica e l'ambito di operatività

Come si è anticipato, il legislatore ha deciso di utilizzare una formula oscura, già a partire dal piano lessicale: il termine “esenzione” è praticamente sconosciuto al diritto penale, se non fosse per la materia sugli abusi di mercato¹⁰. L'art. 183 del T.U.F. disciplina, infatti, le esenzioni dai reati di abuso di informazione privilegiata e di manipolazione del mercato¹¹.

⁹ Sul punto si veda GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 218, il quale testualmente afferma che “escludendo la punibilità per i pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione di uno dei piani di risanamento, si mira ad assicurare dal “rischio penale” l'imprenditore che tenta di salvare l'attività, e di rendere meno aleatorio l'intervento di soggetti estranei, sollevandoli dal rischio di essere incriminati per concorso in bancarotta in caso di fallimento”.

¹⁰ Sul punto si veda, *ex multis*, ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, Giuffrè, 2016, p. 59; GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Giappichelli, 2016, p. 80 ss.; FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 111 ss.; MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 521; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.*, in *Le società*, 2011, p. 212.

¹¹ Sul punto, si veda SGUBBI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Cedam, 2013, p. 24 ss.

In pratica, il legislatore, attraverso la formula “non si applicano a...” esclude dalla rilevanza penale a titolo di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice una serie di operazioni e pagamenti. Si impone subito, quindi, il problema di individuare l'esatta qualificazione giuridica di tali esenzioni. Invero, il corretto inquadramento dogmatico non si limita a rappresentare uno sforzo puramente teorico, possedendo al contrario rilevanti risvolti pratici: come, ad esempio, l'estensibilità anche ai concorrenti o l'eventuale condanna al risarcimento del danno.

In quest'ottica, il punto di partenza non può che essere rappresentato dalla consapevolezza che trattasi di una causa di esclusione della responsabilità penale. Tuttavia, ammettendo una visione che accoglie la “teoria quadripartita” del reato, occorre specificare maggiormente, in quanto potrebbe trattarsi di:

- i) causa di atipicità;
- ii) causa di giustificazione o scriminante;
- iii) causa di esclusione della colpevolezza o scusante;
- iv) causa di non punibilità.

A tal proposito, e in via del tutto sommaria, sembra potersi, preliminarmente, scartare la soluzione sulla base della quale si ritiene trattarsi di ipotesi di cause di esclusione della colpevolezza o della punibilità, non venendo in rilievo né considerazioni attinenti alla mancanza della rimproverabilità dei soggetti attivi, né ad una scelta di opportunità da parte del legislatore¹². La più fondata questione risiede, invece, in merito all'alternativa se configurarle come cause di atipicità o come cause di giustificazione.

A ben vedere, si deve riconoscere come la prevalente dottrina ricostruisca le esenzioni come delle vere e proprie cause di atipicità, ovvero a “ritagli” della tipicità¹³. In questo senso, la disposizione in parola si applicherebbe direttamente nei confronti dei richiamati delitti di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice, in maniera tale da sottrarre dal piano della tipicità determinati pagamenti e operazioni, posti in essere in esecuzione di una soluzione negoziale della crisi di impresa¹⁴.

¹² In questo senso, si veda GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 219 ss. In senso parzialmente diverso, si veda ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, Giappichelli, 2019, p. 144, secondo cui la posizione che intravede la soluzione della questione nella mancanza dell'elemento soggettivo risulterebbe ineccepibile, tuttavia – testualmente – “le valutazioni in termini di elemento soggettivo sono, nella prassi, spesso incerte, affidate a un'interpretazione fortemente condizionata dalla logica del “senno di poi”, oltre ad un tradizionale e ancora vivo atteggiamento culturale ostile al debitore in difficoltà”.

¹³ In questo senso, v. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, Giuffrè, 2016, p. 59; FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 112; MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p. 1475; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.*, cit., p. 203.

¹⁴ In questo senso, si veda MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., secondo cui “il complesso delle condotte che rientrano negli insiemi designati dalle incriminazioni viene ad

Invero, le conseguenze dirette di una simile rilettura dogmatica consisterebbero, in particolare, nell'estensibilità anche ai concorrenti nel reato di bancarotta preferenziale o semplice, determinando conseguentemente l'irrilevanza penale delle condotte di tutti coloro che partecipano al tentativo di soluzione della crisi d'impresa¹⁵. Tuttavia, a modesto parere di chi scrive, tali oscuri istituti devono essere ricostruiti in maniera più rigorosa: come si avrà modo di argomentare, le esenzioni dai reati di bancarotta, pur essendo costretti a vagare in un luogo buio e nebbioso a causa della grave incompetenza della tecnica legislativa adoperata, possono essere qualificate come vere e proprie cause di giustificazione¹⁶. Lungo siffatto crinale, occorre tuttavia fare un passo indietro, cercando di tratteggiare, in via di estrema sintesi, i punti fondamentali della teoria dell'antigiuridicità¹⁷.

Come è noto, dunque, per la sussistenza di un reato non è sufficiente che sia stato posto in essere un fatto concreto conforme a quello descritto in una

essere ridotto: a ciascun originario insieme, secondo la denotazione iniziale della fattispecie astratta, vengono sottratti quei contegni connotati ora dall'essere realizzati in esecuzione di una delle procedure; oppure si veda SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i rimedi per la crisi di impresa, il concordato preventivo e le nuove fattispecie (art. 217-bis e 236-bis l. fall.)*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, fasc. n. 2, p. 38, secondo cui verrebbe in rilievo non tanto una scriminante, bensì una "limitazione di tipicità della bancarotta preferenziale e semplice".

¹⁵ Cfr. ALESSANDRI, *Profili penali delle nuove procedure concorsuali, uno sguardo d'insieme*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, vol. IV, Giuffrè, 2016, p. 722; oppure cfr. SANDRELLI, *La riforma della fallimentare: i rimedi per la crisi d'impresa, il concordato preventivo e le nuove fattispecie (art. 217-bis e 236-bis l. fall.)*, cit., p. 38; o ancora GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Giappichelli, 2016, p. 68.

¹⁶ Giunge alla medesima conclusione GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 219; in senso contrario, *ex multis*, ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, cit., p. 144, secondo cui "l'antigiuridicità del fatto è conseguente a un giudizio complessivo ricavabile dall'ordinamento, per cui se il fatto è ritenuto lecito in un settore dell'ordinamento non può essere al contempo assoggettabile a sanzione; la mera inefficacia di un atto non sembra in grado di reggere l'affermazione della mancanza di contrarietà all'ordinamento, ma solo la ricognizione del venir meno di un rimedio, sostanzialmente interinale rispetto all'interesse del credito".

¹⁷ Per una ricognizione sul tema dell'antigiuridicità, si veda, *ex multis*, MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Utet, 1987, p. 172 ss; oppure DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una nuova dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, p. 1646 ss. ANGIONI, *Le cause di che escludono l'illiceità obiettiva penale*, Giuffrè, 1930; NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, CEDAM, 1972; ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 55 ss.; PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, p. 1033; o ancora CORDERO, *Procedura penale*, 2012, p. 996, secondo il quale l'art. 530, co. 3, c.p.p. taglia corto, esigendo l'assoluzione in caso di dubbio sulle scriminanti. Notiamo come i relativi fatti non configurino elementi negativi della fattispecie. Per uno sguardo comparatistico, nella dottrina tedesca, si veda ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, trad. it., a cura di S. Moccia, Edizioni scientifiche italiane, 1998; HIRSCH *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, n. 3, 758 ss.; GUNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Heymanns 1983; oppure BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, E. & W. Gieseking, Bielefeld, 1968, 268 ss.

norma incriminatrice; bensì occorre che la realizzazione concreta del fatto si ponga in un rapporto di contraddizione con l'intero ordinamento. Richiamando le parole di un grande Maestro del diritto penale "in qualche luogo dell'ordinamento, per soddisfare le più diverse finalità, può profilarsi una norma a se stante, con conseguenze giuridiche antitetice alla sanzione penale: una norma, cioè, che preveda espressamente il fatto di reato come contenuto di un dovere o di una facoltà di realizzarlo"¹⁸.

Viene, pertanto a profilarsi un conflitto di norme in posizione antinomica: da una parte, la norma che incrimina il fatto, dall'altra la norma che lo facoltizza o lo impone. Ebbene, tale conflitto viene ad essere risolto attraverso il principio dell'unità dell'ordinamento giuridico, che rappresenta diretta emanazione del principio di non contraddizione di aristotelica matrice. Tale principio, infatti, impone l'inammissibilità che, all'interno di uno Stato di diritto, uno stesso fatto sia considerato contemporaneamente lecito e illecito: dovendosi, invero, assegnare prevalenza alla norma che facoltizza o impone la realizzazione del fatto¹⁹.

Dopo la breve disamina sul generale tema dell'antigiuridicità, può calarsi il discorso tornando al particolare, ovvero alla natura giuridica che assumono le esenzioni dai reati di bancarotta. In quest'ottica, allora deve riconoscersi come risulti pacifica l'individuazione della *ratio* dell'istituto delle esenzioni: essa, come detto, deve essere intravista nell'applicazione del principio di non contraddizione dell'ordinamento. In altri termini, il legislatore non può predisporre ed incentivare una serie di istituti ed operazioni finalizzati alla salvezza dell'impresa in crisi in maniera tale da riuscire ad evitare l'insolvenza e, allo stesso tempo, punire con la sanzione penale condotte previste dagli stessi nuovi istituti di soluzione della crisi d'impresa: si ribadisce, l'ordinamento non può permettersi di punire con sanzioni penali comportamenti esplicitamente disciplinati come leciti e addirittura incoraggiati²⁰. Orbene, se tale è la riconosciuta *ratio*, dell'istituto, la conclusione allora non può che essere rappresentata dal riconoscimento nei confronti delle esenzioni *ex art. 217-bis l. fall.* della natura di scriminante. Un ragionamento, infatti, che assumesse la citata premessa – la ricostruzione dell'istituto in esame alla luce del principio di non contraddizione, ma che giungesse ad una conclusione diversa – come, ad esempio, sostenere che trattasi di cause di esclusione della tipicità – risulterebbe fallace da un punto di vista logico. In particolare, potrebbe richiamarsi la figura della c.d. *ignoratio elenchi*, la quale consiste nella fallacia logica secondo cui

¹⁸ In questi termini, MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci e Dolcini, Giuffrè, 1985, p. 212.

¹⁹ In questo senso, nella manualistica, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2018, p. 277 ss., oppure FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 269 ss.

²⁰ In questi termini, *ex multis*, ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, cit., p. 143.

L'utilizzo di un argomento volto a stabilire una particolare conclusione viene invece orientato verso la dimostrazione di una conclusione differente. In altre parole, in questi casi la premessa non coglie il punto; ovvero tra la premessa e la conclusione sussiste uno iato²¹. Inoltre, all'interno del nostro stesso ordinamento penale esiste una conferma alla ricostruzione delle esenzioni dai reati di bancarotta quali cause di giustificazione.

Come si è anticipato, infatti, il termine "esenzione" non è del tutto sconosciuto al lessico penalistico, in quanto esso risulta impiegato anche all'interno della materia degli abusi di mercato, segnatamente all'art. 183 T.U.F., che importa, in maniera forse sbrigativa, l'istituto anglosassone del c.d. *Safe Harbour*, previsto dalla Direttiva 2003/6/CE. Ebbene, anche in questo quadro l'istituto viene ricostruito sulla base del principio di non contraddizione dell'ordinamento con la corretta conseguenza di assegnargli, senza dubbio, natura di causa scriminante²². Se, quindi, si riconosce alle esenzioni natura scriminante, si devono metterne in evidenza le conseguenze giuridiche. Dal citato principio dell'unità dell'ordinamento giuridico discende, infatti, l'efficacia universale delle cause di giustificazione: il fatto, dunque, deve essere reputato lecito in qualsiasi settore dell'ordinamento, compreso quello civile, sbarrando in tal modo la strada ad un possibile risarcimento del danno.

Altra rilevante conseguenza è invece l'estensione dell'efficacia scriminante anche ai concorrenti: il concorso, infatti, viene integrato rispetto ad un fatto lecito, in quanto giustificato. In tal modo, chiunque concorra con l'imprenditore nel porre in essere le procedure richiamate dall'art. 217-bis l. fall. non potrà essere chiamato a rispondere dei reati di bancarotta preferenziale o semplice.

Secondo grande problema che si pone a causa dell'imprecisione legislativa è rappresentato dall'esatto riconoscimento dell'ambito di operatività delle esenzioni di cui all'art. 217-bis l. fall. Tale questione si pone su un duplice piano: i) quello delle figure delittuose cui deve applicarsi l'esenzione; ii) quello dei pagamenti e delle operazioni in esecuzione di una serie di istituti richiamati cui deve estendersi la copertura *ex art. 217-bis l. fall.*

Con riferimento al primo punto, il legislatore indica espressamente solo le figure delittuose di cui agli artt. 216, co. 3 l. fall. e art. 217 l. fall., ignorando completamente le figure della bancarotta impropria, di cui agli artt. 223, co. 1 l. fall. e 224, n. 1, l. fall.

²¹ Sul tema delle fallacie logiche, *ex multis*, si veda COPI-COHEN, *Introduzione alla logica*, Il Mulino, 1994, p. 180 ss.

²² Sul tema, *ex multis*, SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Cedam, 2013, p. 24, secondo cui il bene dell'economia pubblica rende lecita l'operazione vietata, prevalendo nel conflitto con il bene giuridico tutelato dalle norme sanzionatorie; con la chiara conseguenza di qualificare la figura in esame come causa di esclusione dell'antigiuridicità; nello stesso senso DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da Di Amato, vol. IX, I reati del mercato finanziario, Cedam, 2007, p. 95 ss.

Sul punto, parte della dottrina ha valorizzato il dato letterale, escludendo l'applicabilità delle esenzioni al di fuori dei casi espressamente previsti²³. Altra dottrina, invece, a buon diritto a parere di chi scrive, ritiene che si possa estendere l'ambito di applicazione anche alle citate figure di bancarotta impropria di cui agli artt. 223, co. 1, l. fall. e 224, n. 1, l. fall., in virtù dei rinvii posti dalle fattispecie da ultimo citate²⁴. D'altra parte, si potrebbe comunque far riferimento anche all'applicazione dell'interpretazione analogica, che comunque, trattandosi di causa di giustificazione, ben potrebbe essere impiegata, oltre al fatto che comunque si tratterebbe di *analogia in bonam partem*.

Più complesso è il secondo dei succitati profili, ovvero il fatto che la disposizione ha escluso dall'ambito di applicazione delle esenzioni una serie di istituti, quali l'accordo di cui all'art. 182-septies l. fall., oppure le operazioni *ex art.* 67, co. 3, lett. a), b), e), f), g).

Da un lato, potrebbe ritenersi la lacuna legislativa come volontaria, con la conseguenza di considerare tassativo l'elenco di istituti richiamati dall'art. 217-bis l. fall.: in questo senso, esclusivamente le operazioni espressamente indicate dalla citata disposizione potrebbero essere ricomprese all'interno del meccanismo di esenzione penale²⁵.

Dall'altro lato, al contrario, simili conclusioni potrebbero apparire in contraddizione, posto che le stesse operazioni verrebbero ad essere riconosciute come lecite da un punto di vista civile, ma ancora illecite da un punto di vista penale. Per altro verso, una tale incongruenza potrebbe risolversi in una vera e propria disparità di trattamento; oltre che causare una inaccettabile discrasia tra liceità civilistica e liceità penale²⁶.

D'altra parte, tale sapiente soluzione appare decisamente coerente con la ricostruzione delle esenzioni dai reati di bancarotta quali cause di giustificazione e, pertanto, come tali, suscettibili di applicazione analogica: estensione che, anche in questo caso, sarebbe *in bonam partem*.

²³ In questo senso, si veda CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Il fallimento*, 2014, p. 1189 ss., il quale parte dal presupposto sulla base del quale la norma in parola avrebbe carattere eccezionale, in maniera tale da impedire un'interpretazione di estensione analogica.

²⁴ In questo senso GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit. p. 220; oppure BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Giuffrè, 2017, p. 403; Si veda anche AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217-bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *La Giustizia Penale*, 2011, p. 568.

²⁵ In questo senso, MUCCIARELLI, *L'art. 217 bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi di impresa*, in AA. VV., *Crisi di imprese. Casi e materiali*, a cura di Bonelli, Giuffrè, 2011, p. 278 ss.

²⁶ In questo senso ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 67 ss.

4. La matrice anglosassone: l'istituto del *Safe Harbour*, una sorta di "Vallo di Adriano" predisposto per le operazioni finanziarie

Come si è detto, il concetto, piuttosto oscuro, di "esenzione" non è totalmente sconosciuto al lessico penalistico²⁷. Lo stesso concetto, a ben vedere, viene utilizzato dal legislatore in materia di abusi di mercato, segnatamente all'art. 183 del T.U.F., che individua, sulla scorta di quanto previsto dagli artt. 7 e 8 della Direttiva 2003/6/CE, uno spazio di non operatività delle disposizioni *ex* titolo I-bis²⁸.

In quest'ottica, si deve ritenere che la matrice sia da individuare nell'istituto del c.d. *Safe harbour*, di origine anglosassone, con specifico riferimento all'ordinamento britannico. Tale scelta s'impone a causa dell'influenza che esso ha avuto proprio sul diritto dell'Unione europea. Di conseguenza, qualora si voglia capire con maggior cognizione la natura da attribuire a tali "esenzioni", risulta necessario approfondire la regolamentazione dei citati *Safe harbours*. Anche nell'ordinamento anglosassone simili concetti trovano il proprio ambiente d'elezione nella materia degli abusi di mercato²⁹, sebbene simili concetti possano essere ravvisati anche in altri settori dell'ordinamento. In particolare, si ritiene opportuno mostrare agevolmente tale disciplina, in modo da poter comprendere meglio la natura degli istituti in esame e, conseguentemente, poterli qualificare in maniera più chiara e poterli collocare con raziocinio all'interno della nostra dogmatica. A tal proposito, si deve premettere come anche l'attuale disciplina inglese sia stata ovviamente influenzata dal diritto eurounitario.

Lungo siffatto crinale, occorre notare che la citata Direttiva 2003/6/CE non utilizza il termine "safe harbour"; tuttavia, essa fa riferimento a circostanze o eventi che determinano la non applicazione della Direttiva (*certain circumstances and events as situations to which the Directive was disapplied*): la formula che viene

²⁷ In questo senso, cfr. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 218 ss.

²⁸ Sul punto, *ex multis*, si veda SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 24 ss, il quale ricorda come tali disposizioni non si applicano: "a) alle operazioni attinenti alla politica monetaria, alla politica valutaria o alla gestione del debito pubblico compiute dallo Stato italiano, da uno Stato membro dell'Unione europea, del Sistema europeo delle banche centrali, da una Banca centrale di uno Stato membro dell'Unione europea, o da qualsiasi altro ente ufficialmente designato ovvero da un soggetto che agisca per conto degli stessi; b) alle negoziazioni di azioni, obbligazioni e altri strumenti finanziari propri quotati, effettuate nell'ambito di programmi di riacquisto da parte dell'emittente o di società controllate o collegate, ed alle operazioni di stabilizzazione di strumenti finanziari che rispettino le condizioni stabilite dalla CONSOB con regolamento".

²⁹ Per quanto riguarda la disciplina dei *Safe harbours* all'interno del sistema degli abusi di mercato, si veda, *ex multis*, RIDER – ALEXANDER – BAZLEY – BRYANT, *Market Abuse and Insider Dealing*, Bloomsbury, 2016, p. 102 ss.

utilizzata è, dunque, “*This article shall not apply to...*”³⁰. Tale istituto riveste un ruolo centrale all'interno della regolamentazione britannica: sia nella fase precedente alla citata Direttiva europea, sia in quella successiva. In quest'ottica, in effetti, si deve riconoscere come l'intervento del legislatore comunitario abbia inciso fortemente sulla disciplina dei *safe harbours*, riducendone il numero, ma non la rilevanza. In particolare, prima della Direttiva, erano previsti ben nove “porti sicuri”; mentre, successivamente, il numero si è ridotto a tre. Simile approccio, peraltro, è stato fortemente criticato dalla dottrina inglese: questa, infatti, considera la precedente disciplina dei *safe harbours* particolarmente chiara e in grado di garantire certezza agli operatori del mercato finanziario; di contro, la riduzione sotto la spinta della Direttiva europea avrebbe comportato la perdita di tale certezza, a causa soprattutto del carattere vago ed indeterminato che la Direttiva citata presenta con riferimento alla definizione delle offese³¹.

A tal riguardo si deve, quindi, prendere in considerazione la *section 118A(5)(b)* del FSMA (*Financial Services and Markets Act 2000*), il quale prevede i seguenti *safe harbours*³²:

- i) il riacquisto di azioni proprie (*share buy-back*);
- ii) la stabilizzazione del prezzo (*price stabilization*);
- iii) una prassi di mercato accettata (*accepted market practice*).

Ebbene, l'analisi dei singoli *safe harbours* sembra esulare dagli obiettivi che la presente ricerca si pone di affrontare; tuttavia, si reputa necessario capirne il meccanismo, in modo da poter fare chiarezza. In questo senso, allora, si deve riflettere come il termine “*safe harbour*” sia, nondimeno, utilizzato per descrivere quei comportamenti che, sebbene possano essere interpretati come rientranti nella definizione di *market abuse*, non devono essere trattati, da un punto di vista sanzionatorio, come tali³³. In particolare, il legislatore britannico usa l'espressione “*behaviour does not amount to market abuse for the purposes of this Act if (...)*”, ovvero il comportamento “non integra” il *market abuse* qualora sia posto in essere attraverso una modalità che rientri all'interno del “porto sicuro”.

Inoltre, occorre considerare altri due fattori: in primo luogo, il fatto che essi siano definite, talvolta come “*defences*”, talaltra come “*exceptions*”; in secondo luogo, il fatto che gravi sull'accusato l'onere di provare che siano stati integrati

³⁰ Sul punto, si veda, *ex multis*, SWAN – VIRGO, *Market abuse regulation*, Oxford University Press, 2010, p. 169 ss.

³¹ Così BARRY RIDER – KERN ALEXANDER – STUART BAZLEY – JEFFREY BRYANT, *Market Abuse and Insider Dealing*, cit., p. 102.

³² In merito all'intervento normativo in parola, al quale si è poi succeduto il FSA 2012 (*Financial Services Act 2012*), si veda, *ex multis*, MICHAEL BLAIR QC, *Blackstone's guide to The Financial Services and Markets Act 2000*, Oxford University Press, 2009, p. 1 ss.

³³ In questo senso, cfr. SWAN – VIRGO, *Market abuse regulation*, cit., p. 169.

gli elementi che permettono di ricondurre l'azione dentro i confini del *safe harbour*³⁴.

A ben vedere, si deve ammettere come tali, pochi, caratteri siano del tutto insufficienti per poter far rientrare i concetti in esame all'interno di categorie assimilabili a quelle italiane. In questo senso, lo stesso utilizzo del termine "*defence*" o "*exemption*" non è di alcun ausilio, posto che con questo termine vengono ad essere designate tutte quelle cause di esclusione della responsabilità penale, che, tuttavia, in Italia sono suddivise in diverse sottocategorie, ciascuna delle quali con un proprio regime specifico e con rilevanti differenze per quanto riguarda il piano delle conseguenze³⁵.

D'altra parte, esiste una grande differenza che separa i sistemi normativi di *common law* da quelli del diritto continentale, la quale è costituita dalla minor importanza attribuita all'opera dei giuristi. L'attenzione è più pratica e scaturisce dalla rilevanza assegnata al lavoro di avvocati e giudici; il che comporta la conseguenza di una riduzione dello spazio lasciato alla riflessione teorica o filosofica del diritto³⁶.

In ogni caso, quello che sicuramente si può dire in merito ai citati istituti è che questi rappresentano dei meccanismi di esclusione della responsabilità e della punibilità. In altri termini, se un soggetto pone in essere comportamenti che sono previsti come *safe harbours*, si mette "al riparo" da qualsiasi pericolo di punizione: il soggetto, appunto, come la stessa semantica suggerisce, entra dentro un "porto sicuro". Se si concede la metafora, è come se il legislatore britannico avesse eretto delle muraglie, all'interno delle quali i soggetti sono al riparo dal pericolo della sanzione: in pratica, una sorta di "Vallo di Adriano" applicato al mondo del diritto.

In realtà, non sembra nemmeno corretto ipotizzare una operazione ermeneutica tesa a qualificare i *safe harbours*, ad esempio, come cause di giustificazione o come scusanti o come cause di non punibilità, in quanto, con riferimento al piano dogmatico, i sistemi sono profondamenti diversi: ben poco senso avrebbe cercare di incamerare tali istituti all'interno di categorie di un altro ordinamento.

Detti istituti, infatti, una volta entrati nel nostro ordinamento devono essere ripensati secondo i nostri principi e secondo i nostri concetti giuridici.

³⁴ Per quanto riguarda l'onere della prova concernente i *safe harbours* si veda, ANDERSON – PROCTER – GOODLIFFE, *A practitioner's guide to the law and regulation of market abuse*, Thomson Reuters, 2017, p. 135.

³⁵ Per quanto concerne il tema delle *defences*, nel diritto britannico, si veda, *ex multis*, HERRING, *Criminal law*, Palgrave, 2017, p. 291 ss; oppure si veda sempre HERRING, *Criminal law*, Oxford University Press, 2014, 702 ss.; si veda anche ASHWORTH & HORDER, *Principles of criminal law*, Oxford University Press, 2013, p. 194 ss; per uno sguardo più risalente, ma ancor più approfondito, si veda ROBINSON, *Criminal law defences*, West publishing co., 1984, p. 12 ss.

³⁶ Così BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit. p. 95.

5. L'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il nuovo art. 324 CCI e le modifiche proposte della "Commissione Bricchetti".

L'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non ha comportato alcun cambiamento sostanziale nella disciplina previgente, lasciando in tal modo del tutto inalterati i profili problematici che si è avuto modo di tratteggiare. D'altra parte, la legge delega, come si è visto, non ha concesso ampi spazi di manovra in questo ambito³⁷.

In tale ottica, si può dare conto della disciplina delle esenzioni dai reati di bancarotta di cui all'art. 324 del nuovo Codice, il quale mantiene inalterato lo stesso assetto proposto dall'art. 217-bis l. fall., richiamando le operazioni compiute in esecuzione di concordato preventivo, o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati, o di accordi in esecuzione del piano attestato ovvero, ancora di concordato minore omologato ai sensi dell'art. 80 CCI., nonché richiamando i pagamenti e le operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli artt. 99, 100 e 101 CCI.

Va da sé che uno dei principali problemi interpretativi che potrebbe emergere riguarda la "coerenza" della previsione dell'art. 324 CCI con il nuovo volto che la disciplina della crisi di impresa ha inteso assumere. Quest'ultima, infatti, appare incentrata sull'ampliamento del "momento giurisdizionale" a scapito di tutti quegli strumenti che hanno natura maggiormente privatistica.

Il riferimento, nello specifico, è ai c.d. piani di risanamento di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall., che, in tale ottica, dovrebbero essere eliminati. Tale premessa, tuttavia, viene tradita, a ben vedere, dall'espresso richiamo nell'ambito del nuovo art. 324 CCI al piano attestato di cui all'art. 56 CCI, che disciplina, appunto, gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, veri e propri "strumenti negoziali stragiudiziali". Senonché, dal confronto tra l'art. 217-bis l. fall e il nuovo art. 324 CCI è possibile enucleare una ulteriore riflessione.

Una delle maggiori critiche che vengono mosse all'istituto delle "esenzioni fallimentari" consiste proprio nella scelta di accordare rilevanza, in senso scriminante, solo a talune operazioni, escludendone altre, seppure largamente permesse in ambito civilistico (si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'accordo di cui all'art. 182-septies l. fall., oppure alle operazioni di cui all'art. 67, comma 3, lettere a, b, c, f, g l. fall.).

Tale lettura si basa sulla evidente circostanza che il citato art. 217-bis l. fall. si riferisce espressamente al concordato preventivo di cui all'art. 160 l. fall., all'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182-bis l. fall.,

³⁷ Sul punto si veda GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *cass. pen.*, 2019, p. 511 ss.

al piano di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall., all'accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 della legge n. 3 del 2012, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182 *quinquies*, e alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'art. 22-*quater*, comma 1, d.lg. n. 91 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 116 del 2014.

In tale senso, giova rilevare come la "precedente" versione dell'art. 324 CCI, così come era stata licenziata dal Ministero di giustizia, aveva riguardo alle seguenti figure: pagamenti e operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'art. 84 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 48 o del piano di cui all'art. 56 ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'art. 80, nonché pagamenti e operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'artt. 100 e dell'art. 101.

Non si comprende, pertanto, cosa abbia spinto il legislatore a decidere di eliminare la specificazione di talune particolari operazioni: in particolare, gli accordi di ristrutturazione e gli accordi in esecuzione del piano attestato, che non sono più limitati, rispettivamente, agli artt. 48 e 56 CCI.

Alla luce di quanto detto, sulla base di una "prima riflessione" in merito alla versione del codice della crisi come approvata, restano all'interprete una serie di oscurità e interrogativi che si rifletteranno, di certo, sul delicato istituto delle esenzioni; e ciò, in special modo in virtù del sostanziale mutamento che vede protagoniste le procedure e le operazioni di composizione della crisi di impresa.

Occorre, infine, far riferimento alla importantissima "Commissione Bricchetti" (costituita dal D. M. 13 ottobre 2021), la quale ha l'arduo compito di modificare finalmente il versante penalistico³⁸.

La Commissione, nella sua proposta ha fortemente modificato l'art. 324 CCI (tramutato in una disposizione che disciplina sia la bancarotta preferenziale sia la bancarotta colposa), facendo tuttavia confluire le esenzioni nei commi 7 e

³⁸ Sul punto, in dottrina, si veda MUCCIARELLI, *Crisi d'impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2022, p. 1001 ss.; in chiave critica, invece, SANTORIELLO, *Qualche breve riforma sulla proposta di riforma del diritto penale fallimentare*, in *Sistema penale*, 27 luglio 2022, il quale ritiene si potesse procedere all'abrogazione dell'odierno art. 217-bis R.D. n. 267 del 1942, il cui contenuto è destinato a transitare nei commi 8 e 9 dell'art. 324: la non rilevanza penale, sub specie del delitto di bancarotta preferenziale dei "pagamenti e alle operazioni compiuti in coerenza con l'andamento delle procedure ... volte al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, nonché ai pagamenti e alle operazioni in esecuzione di un concordato preventivo, o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di convenzioni di moratoria o degli accordi in esecuzione del piano attestato, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice..." è conclusione cui si giunge mediante una corretta (ed agevole ricostruzione) dell'elemento soggettivo richiesto per la sussistenza della bancarotta preferenziale, senza che siano necessarie precisazioni da parte del legislatore.

8. In particolare, la Commissione ha aggiunto, al settimo comma, che “Le disposizioni dei commi precedenti non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell’incarico da parte dell’esperto indipendente in coerenza con l’andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell’impresa valutata dall’esperto, ai sensi dell’art. 17, co. 5, nonché ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal Tribunale, a norma dell’art. 22 ovvero in esecuzione di un contratto concluso ai sensi dell’art. 23, co.1, lett. a)”; mentre, all’ottavo comma, che “Le disposizioni dei commi precedenti non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in coerenza con l’andamento delle procedure di cui all’art. 1, co. 1, lett. m-bis) volte al risanamento dell’impresa attraverso la modifica della composizione dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, nonché ai pagamenti e alle operazioni in esecuzione di un concordato preventivo, o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di convenzioni di moratoria o degli accordi in esecuzione del piano attestato, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli articoli 99, 100 e 101”.

L'ACCERTAMENTO NEUROSCIENTIFICO NELLA VALUTAZIONE DELLA COLPA PSICHIATRICA

Neuroscientific assessment in the evaluation of psychiatric guilt

di
Serena Scippa*

Il nostro sistema ha da sempre accolto paradigmi giuridici diversificati e provenienti dall'estero in ragione della sempre preponderante necessità di mutevolezza, così erigendo un sistema giuridico intriso di conoscenza scientifica – non della c.d. scienza spazzatura – ma di quella episteme in grado di dar vita a flussi giuridici. L'incerto campo della psichiatria presenta delle ricadute in tema di accertamento del rapporto di causalità e di valutazione del comportamento doveroso omesso. Non si può, e mai si potrà, pretendere di stravolgere il «senso di giustizia» su cui è stato costruito il nostro ordinamento, come insieme di valori radicati in profondità ed elaborati nel corso dei secoli, ma sarà possibile optare per un bilanciamento «giusto» tra sapere scientifico e sapere del diritto, tra due metodi fortemente diversi, ma costituenti l'uno il precipitato logico applicativo dell'altro: la scienza sperimenta sull'uomo e per l'uomo attraverso le conquiste in campo scientifico che necessitano dell'apporto del diritto, sotto forma di protocolli, per essere utilizzate.

Our system has always welcomed legal paradigms coming from abroad and diversified, due to the ever-preponderant need for changeability, thus erecting a legal system steeped in scientific knowledge - not the so-called junk science – but of that episteme capable of giving life to legal flows.

The uncertain field of psychiatry has repercussions in terms of ascertaining the causal relationship and evaluating the dutiful omitted behaviour. One cannot, and never will be able, to overturn the «sense of justice» on which our legal system was built, as a set of deeply rooted values and elaborated over the centuries, but it will be possible to opt for a «fair» balance between scientific knowledge and knowledge of law, between two very different methods, but constituting one the consequence of the other: science experiments, on man and for man, through the conquests in the scientific field that need the contribution of law, in the form of protocols, to be used.

*Dottoressa di Ricerca in *Law and Cognitive Neuroscience* presso l'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive 2. Neuroscienze e diritto penale: una indagine ricostruttiva. – 3. Gli sviluppi delle neuroscienze: tra antiche intuizioni e nuovi approdi. – 4. Potenzialità applicative e limiti dell'accertamento neuroscientifico. 5. La colpevolezza. – 5.1. La concezione psicologica della colpevolezza: cenni. 5.2 La concezione normativa della colpevolezza. – 6. I concetti di dolo e colpa alla luce delle neuroscienze. – 7. Un diritto penale d'autore o un diritto penale del fatto. – 8. La funzione della pena: un cambio di paradigma. – 9. Il complesso rapporto tra giustizia penale e scienze psichiatriche.

1. Considerazioni introduttive

Una teoria scientifica è vera solo fino a quando un'altra migliore non la falsifichi. Si ragiona in termini probabilistici: tutti possono avere ugualmente ragione pur sostenendo ipotesi opposte e pervenendo a finalità diverse². Il sapere scientifico è caotico e casuale, come le altre forme di conoscenza; è incerto, imprevedibile, mutevole e cangiante. E il diritto? La legge? La legge è il mondo del dover essere; è la regola che impone al fatto illiceità e indica la sanzione che il giudice deve applicare al responsabile del reato. Due epistemologie, due mondi diversi, uno scientifico l'altro giudiziario. Scienza e norma³ o norma e scienza. Possono convivere senza limitarsi a vicenda ed interagendo in modo utile per le finalità della giustizia? È un binomio necessitato? Sarebbe una novità scientifica di carattere eccezionale la correlazione tra attività mentale e sostrato biologico? Tali interrogativi, oggetto del lavoro che ci occupa, uniscono i vari ambiti legali alle neuroscienze in modo da ottenere una maggior comprensione delle cause dei comportamenti umani. L'indagine su quest'ultimi sarà fatta non solo indagando su soggetti affetti da disturbi psicotici, dal punto di vista del soggetto autore di reato, ma anche dal punto di vista di colui che tiene in cura il soggetto stesso.

Il punto da cui partire non può non essere che quello della ricerca scientifica, nella quale è ovvio che tanto il medico quanto il paziente, ripongano grande fiducia: il primo spera, da mediatore fra essa e il paziente, che si trovi una cura e un trattamento che egli possa applicare a quei malati sottoposti a patologie di difficile guarigione; il secondo si attacca alla speranza di poter trovare un cura ai propri mali con i rimedi che la scienza gli può promettere: innescando quel

² L. DE CATALDO NEUBURGER, *Neuroscienze e diritto penale. La scienza come, quando e perché*, in *Le neuroscienze e il diritto* (a cura di) A. SANTOSUOSSO, Ibis, Pavia, 2009.

³ L. SAMMICHELI – G. SARTORI, *Neuroscienze giuridiche. I diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in A. BIANCHI, G. GULLOTTA., G. SARTORI., (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano, 2009.

diritto alla speranza, unica consolazione nei momenti di attacco del male. Partendo dalla delineazione dei compiti gravanti sul soggetto che «cura» e «custodisce» il paziente psicotico e, perciò solamente, risponde a titolo di colpa, si può comprendere l'ampiezza dei disturbi mentali e, sul versante penalistico, la possibilità o meno di prevedere quei comportamenti che possano tradursi nell'esplicazione di atti auto-aggressivi ovvero etero-lesivi.

Il ruolo affidato allo psichiatra⁴, inquadrandosi nel concetto paradigmatico di colpa penalistica, presenta dei risvolti pratici di indubbia rilevanza. L'incerto campo della psichiatria deve necessariamente passare per alcuni snodi del diritto penale: a partire dalla rappresentazione dei limiti della posizione di garanzia dello psichiatra, soprattutto con riferimento all'obbligo di impedire atti aggressivi del paziente, alla necessità di delineare in maniera compiuta l'evento in concreto realizzatosi, con le evidenti ricadute sull'accertamento del rapporto di causalità e sulla valutazione del comportamento doveroso omesso. Sono queste, dunque, le categorie di base da cui è doveroso partire per verificare quanto i rapporti tra neuroscienze e diritto possano esplicitare i propri effetti.

2. Neuroscienze e diritto penale: una indagine ricostruttiva

La prima domanda che bisognerà porsi consiste nel se e quando le neuroscienze⁵ abbiano acquistato la capacità di mettere in discussione quel particolare assetto tra diritto penale e freniatria che era maturato nell'ottocento e che in molte legislazioni, come quella italiana, è tuttora presente. La responsabilità penale è esclusa se la persona, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in uno stato di mente tale da escludere la capacità d'intendere o di volere; mentre vi è responsabilità, ma con riduzione di pena, se la capacità è solo diminuita. Ma, prima di addentrarci nella sostanza del discorso, è bene chiarire i concetti che ci verranno in sostegno nella trattazione di questa particolare materia.

Analizziamo i concetti di consapevolezza, capacità decisionale e responsabilità, *rectius* colpevolezza⁶. Si è consapevoli quando si è in grado di

⁴ C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

⁵ J. GOODENOUGH – M. TUCKER, *Law and Cognitive Neuroscience, Annual Review of Law and Social Science*, 6, 2010, p. 62, delinea il rapporto tra diritto e neuroscienze definendoli "partner naturali", che consentono di porre un argine agli abbagli ideologici circa l'utilizzo dei risultati scientifici per avallare decisioni di politica criminale.

⁶ M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano 1951.

decidere: solo se si è coscienti si è in grado di decidere⁷. Il passo successivo fa riferimento all'agire intenzionale, concetto che ha impatto enorme sul nostro comportamento sociale ed inevitabilmente causa di implicazioni legali: l'agire consiste nel potere di dar vita ad azioni corrispondenti ai propri scopi ed interessi; l'intenzionalità è l'anticipazione di un corso di azione che deve ancora essere realizzato, al quale il soggetto volontariamente e consapevolmente acconsente. Solo se si è in grado di decidere si è capaci di agire.

Il tema della (ir)rilevanza delle neuroscienze si è affacciato sulla scena del diritto e del processo penale da qualche anno in Italia, intendendo per neuroscienze quel complesso di discipline che indaga sulle connessioni neuronali dei comportamenti umani, non solo quelle estrinsecantesi in semplici movimenti corporei, ma anche quelle più complesse (la volizione, le emozioni, persino la formulazione dei giudizi morali), di norma attribuiti alla mente⁸.

A livello teorico, ci si è interrogati sulla possibilità di riformulare il diritto penale sulla base delle applicazioni neuroscientifiche⁹ (attraverso il superamento del dogma della volontà libera e non determinata); a livello pratico, invece, vi sono delle applicazioni volte a delimitare il campo di indagine sulla sussistenza degli elementi del fatto di reato. L'applicazione delle neuroscienze nel giudizio di colpevolezza muove, dunque, le premesse dalla esigenza di superare un approccio meramente sintetico allo studio del reato, di scomporre gli elementi strutturali e di collocarli in un ordine sistematico¹⁰ (*bene iudicat qui bene distinguit*). Mentre la dottrina penalistica tradizionale contrappone all'elemento oggettivo (forza fisica) l'elemento soggettivo della volontà colpevole (forza morale), ravvisando nel reato due elementi quale quello oggettivo e soggettivo¹¹; la dottrina prevalente¹² riconosce nel reato un fatto umano tipico (conforme alla fattispecie astratta), antiggiuridico¹³ (contrario all'ordinamento giuridico e,

⁷ A. STRACCIARI, *Consapevolezza e responsabilità nel processo decisionale. Un approccio neurocognitivo*, in (a cura di) M. COSTERBOSA, *Lo spazio della responsabilità. Approdi e limiti delle neuroscienze*, Il Mulino, Bologna, 2010.

⁸ Sul punto si vd. A. BIANCHI, *Neuroscienze e diritto: spiegare di più per comprendere meglio*, in AA.VV., *Manuale di neuroscienze forensi*, (a cura di) A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI, Milano 2009, XIII.

⁹ F. BASILE – G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Riv. Dir. pen. proc.*, 2017/4, pp. 269.

¹⁰ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2018; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2017 pp. 101 ss.

¹¹ F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte generale*, XVI edizione a cura di CONTI, Giuffrè, Milano.

¹² Sul punto *ex multis*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2018, pp. 175 ss.; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 103 e ss.

¹³ Per ciò che attiene alle difficoltà cui va incontro la teoria dell'antigiuridicità penale obiettiva si veda M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di Parte Generale*, Vol. 1, Giappichelli, Torino, 2014,

dunque, non coperto da alcuna esimente) e colpevole (sorretto da una volontà riprovevole). La categoria dogmatica della colpevolezza¹⁴ diventa, dunque, il concretizzarsi di quelle condizioni psicologiche che consentono la riconduzione del fatto antiggiuridico all'agente.

Storicamente ancorata ad una concezione retributiva della pena, oggi, la colpevolezza trova la sua dimensione all'interno di una teoria generale della pena orientata alla prevenzione¹⁵. Se, da un lato, richiede - ai fini di una imputazione soggettiva - che il fatto di reato sia sorretto da un coefficiente psicologico, garantendo la libertà di scelte individuali e ponendo un freno alla possibilità di forme di responsabilità oggettiva in contrasto con l'art 27 Cost., dall'altro, incrementa la sua funzione garantista sul terreno della commisurazione della pena. La pena, dunque, non conseguirà al solo combinarsi di un fatto antiggiuridico o, per meglio dire, alla presenza degli elementi tipizzati nella fattispecie penale, ma sarà necessario una indagine ulteriore che consista in una valutazione di natura utilitaristica in chiave preventiva: ha efficacia la pena nella misura in cui dissuada i consociati dal rischio di compiere atti criminosi ovvero riduca il rischio che l'autore del fatto torni a compierli (prevenzione speciale)¹⁶. Dunque, l'elemento soggettivo del reato è un fatto di ordine naturale e, in particolare, un fenomeno psicologico e, come tale, si aggiunge all'elemento oggettivo o materiale. Esso consiste in ogni caso in un comportamento psichico: in un atteggiamento della volontà dell'agente.

L'accertamento del dolo viene effettuato sulla base di un tritico di carattere logico: il primo passo, consiste nel valutare tutte le circostanze esteriori che, in qualche modo, influiscono sugli atteggiamenti psichici; successivamente è necessario indagare, sulla base della esistenza di tali circostanze, la presenza di una rappresentazione, volizione, sulla base di massime di comune esperienza del modo in cui vanno le cose; infine misurare, alla stregua delle diverse circostanze, la effettiva o meno deviazione rispetto al normale andamento degli accadimenti.

Il giudice deve, quindi, valutare alla stregua di indizi tutti gli elementi esterni da cui sia possibile ricavare la prova del dolo, onde necessario che «l'indizio sia certo e non meramente ipotetico o congetturale, che la deduzione del fatto noto rientri in un procedimento logico ispirato al massimo rigore e alla

pp. 209-210. Cfr F. ANTOLISEI, *ibidem*, qualificando l'antigiuridicità come un giudizio di relazione, "l'in se" del reato.

¹⁴Sul punto cfr. M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano, 1951.

¹⁵G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, pp. 838 ss.

¹⁶Sul punto si vd. L. EUSEBI, *La pena in crisi: il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, p. 75.

più assoluta correttezza e, nel caso di pluralità di fatti indizianti, questi siano concordanti, nel senso che, valutati nel loro insieme, confluiscono univocamente in una ricostruzione logica e unitaria del fatto ignoto, che non deve avere contro di sé alcun ragionevole dubbio»¹⁷.

Questa sequenza rende palese il *modus operandi* per cui potremmo dire che la condotta si fa, cioè, segno dell'intenzione. In quest'ottica, dunque, il ricorso alle tecniche di indagine neuroscientifiche consentirebbero un ipotetico accertamento di segno negativo, volto alla confutazione, mediante il riferimento a dati empirici, del terminale risultato ricostruttivo afferente alla sfera psichica di un determinato individuo, conseguito in chiave induttiva attraverso la riferibilità a circostanze esteriori di un fatto ed il recupero di massime di esperienza. La colpa, invece, deve essere provata di volta in volta¹⁸. Tanto premesso, è necessario ora porsi l'interrogativo della fattibilità di una consulenza tecnica sull'elemento soggettivo del reato, o per meglio dire, chiedersi se la scienza psicologica sia in grado di fornire una risposta più attendibile di quanto non si riesca attraverso l'utilizzo delle massime di esperienza.

A tal uopo bisogna valutare come dialogano tra loro «norma - costruito», ossia la corretta individuazione del rapporto di traduzione tra il riferimento mentalistico contenuto nella norma giuridica e lo specifico costruito del linguaggio delle scienze del comportamento.

In una ipotetica perizia sull'elemento soggettivo del reato, quale sarebbe il costruito delle scienze del comportamento oggetto di esplorazione di carattere tecnico - scientifico?

Specifichiamo che, quando parliamo di perizia sulla colpevolezza, non intendiamo trasgredire al divieto imposto dalla norma di cui all'art. 220 c.p.p. che vieta di porre in essere una perizia psicologica, vale a dire quella avente ad oggetto il carattere e la personalità del soggetto; parliamo, piuttosto, di un atteggiamento della volontà dell'agente e, dunque, il modo in cui il soggetto si pone in relazione al proprio comportamento.

Quelli che, in psicologia sociale, vengono definiti come «attribuzione causale» nell'ambito della valutazione dell'elemento soggettivo, entrano nel procedimento penale suddivisi in un duplice livello: in primo luogo, nel

¹⁷ Cass. Pen., Sez. I, del 11 luglio 1988, n. 11453 in *C.E.D. Cass.*, n. 179793.

¹⁸ Alcuni autori si sono mostrati di contrario avviso, sostenendo che vi siano dei casi in cui la colpa è presunta al cospetto disposizioni che prescrivono un dato comportamento al fine di impedire il verificarsi di un pericolo o di un danno già commisurato nel processo di positivizzazione. L'opinione è però stata abbandonata, ritenendo che sia che si tratti di colpa specifica o di colpa generica il punto di vista da assumere è sempre quello in concreto, sul punto G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbani*, 1977-78, p. 277.

momento in cui il giudicante deve attribuire lo stato mentale dell'imputato (per esempio, se l'imputato era consapevole, nel caso di ricettazione, del fatto che la merce potesse essere provento illecito); in secondo luogo, quando il giudicante deve stabilire come quest'ultimo ha attribuito gli stati mentali altrui (per esempio, l'imputato come ha attribuito le intenzioni del rapinatore reagendo con un'arma da fuoco e ferendolo?). Si parla dei c.d. apporti tecnici. Si fa solitamente riferimento, in sede processuale, a tecniche come quelle di *lie detection*, utilizzate per vagliare la sincerità delle affermazioni del dichiarante e le tecniche sull'elemento soggettivo che si riferiscono alla scientificità nella ricostruzione della disposizione soggettiva dell'imputato, a prescindere dalle dichiarazioni in merito. Sono tecniche, quelle relative all'elemento soggettivo, che possiamo definire di *mind detection* nel senso di rilevatori delle genuine disposizioni soggettive: non si valuta la veridicità del contenuto storico delle dichiarazioni testimoniali, ma la veridicità delle disposizioni soggettive (delle intenzioni).

3. Gli sviluppi delle neuroscienze: tra antiche intuizioni e nuovi approdi

Quando parliamo di neuroscienze, o di «nuova fase delle neuroscienze» necessariamente dobbiamo volgere la mente al passato, valutare l'inizio della diffusione di tale branca sino ad arrivare ai giorni nostri. In principio, la frenologia, ideata dal medico tedesco Franz Joseph Gall, sosteneva di poter definire le caratteristiche di un soggetto a partire dall'analisi del cranio¹⁹.

Questa branca ebbe molto seguito grazie al lavoro degli psichiatri forensi che permettevano alla stessa frenologia di entrare nelle aule dei tribunali e fungere da metodo rigoroso e veritiero circa la correlazione tra sostrato biologico e comportamento umano.

Successivamente, una parentesi simile a quella della frenologia è stata percorsa dal determinismo biologico di Lombroso, antropologo criminale, fondato sulla concezione del delinquente quale malato nato, postulando l'esistenza di una predisposizione dell'individuo da rintracciarsi nella natura organica dello stesso proclive alla commissione di reati²⁰ e, dunque, desumibile dalla struttura anatomica dell'individuo.

¹⁹ F. J. GALL – J. G. SPURZHEIM, *Anatomie et physiologie du système nerveux en general, et du cerveau en particulier, avec des observations sur la possibilité de reconnaître plusieurs dispositions intellectuelles et morales de l'homme et des animaux par la configuration de leurs têtes*, 4 Tomi, Parigi, 1810.

²⁰ M. E. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Good Press, Milano, 1876. Sul punto si vd. P. L. BOLONE, *Cesare Lombroso, ovvero il principio dell'irresponsabilità*, Società Editrice Internazionale, Torino, 1992.

Anche tale parabola, mancando di rigorosa scientificità, è stata ben presto abbandonata, costituendo, tuttavia, ad oggi un appiglio per la ricostruzione delle neuroscienze in una dimensione biologica.

Infine, l'ultimo passaggio si è avuto attraverso la sperimentazione di trattamenti che facevano leva sull'impiego della chirurgia per verificare la commissione da parte dei soggetti di condotte violente, il cui pioniere è stato lo psichiatra portoghese Antonio Egas Moniz. Quest'ultimo ideò la leucotomia prefrontale, la cui finalità era quella di eliminare in radice il desiderio e la capacità degli individui di compiere in maniera reiterata atti violenti²¹. Anche essa ben presto soppiantata per irrilevanza dei risultati ottenuti. Si giunge agli anni Settanta del Novecento ove il termine Neuroscienze comincia ad avere una fisionomia ben strutturata e viene affiancata, in numerose riviste specializzate, alla espressione di «scienze cognitive». Cominciano così a profilarsi nuovi campi di indagine, nuove riflessioni e nuovi stimoli grazie alla sperimentazione empirica di George Miller e Micheal Gazzaniga, il cui scopo era quello di chiarire come il cervello attivi la mente²². La ricerca euristica delle neuroscienze si muove nel solco della dimostrazione della fallibilità del metodo cartesiano, della fallacia del dualismo che riconosce come autonome mente e cervello²³. La letteratura neuroscientifica, muovendosi sul versante opposto, cerca di dimostrare, a livello empirico, la inscindibilità della mente e del corpo tanto sul piano fenomenico che concettuale²⁴. Queste ricerche in campo scientifico tradurranno i loro effetti nel mondo giuridico e ciò, non solo perché si tratta di sistemi che si alimentano a vicenda, spesso sovrapponendosi e collaborando, quanto anche per la più avvertita necessità di un senso giustizia. Parliamo di un senso di giustizia supremo che sarà rispettato dalla possibilità di prevedere e distinguere coloro che siano veramente colpevoli da coloro che diventino vittime di circostanze neuronali²⁵. Ci si trova al cospetto di quello che, da molti, è stato definito un

²¹ A. C. PUSTILNIK, *Violence on the Brain: a critique of neuroscience in criminal law*, in *Wake Forest L. Rev.*, 2009, p. 203. Un esperimento di tale tecnica è stato compiuto presso il *Vacaville State Penitentiary* in California su numerosi detenuti, impianto elettrodi finalizzati ad eliminare parte del tessuto dell'amigdala. L'esito infausto segnò l'infondatezza scientifica di tale tecnica.

²² M. S. GAZZANIGA – R. B. IVRY – G. R. MANGUN, *Cognitive Neuroscience: The Biology of the Mind*, International Edition, New York, 2008.

²³ R. DESCARTES, *Discorso sul metodo*, Mondadori, Milano, 1637.

²⁴ A. R. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, trad.it., Adelphi, Torino, 1995.

²⁵ J. GREENE - J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Philosophical Transaction of the Royal Society Lond. B*, vol. 359, 2004, cit., p. 1781.

determinismo forte, in cui il concetto di responsabilità si pone in modo incompatibile con le catene causali²⁶.

Questa affermazione è non priva di importanti risvolti pratici: il determinismo radicale soppianta del tutto il libero arbitrio²⁷, il quale viene ad essere, come definita da alcuni giuristi, una illusione psicologica²⁸; non vi sarebbe una libertà libera, priva del decorso causale, ossia frutto della esclusiva volontà di taluno²⁹. Paradigmatici in tal senso sono stati gli studi di un neurofisiologo statunitense Benjamin Libet³⁰, il quale ha indagato sulla relazione esistente tra l'intenzione cosciente, ossia la volontà del soggetto, di compiere determinati movimenti e l'attivazione di specifici gruppi neuronali mediante l'apposizione di elettrodi sul cranio³¹. Si tratta di lavori sui «timing» dei processi deliberativi, ossia sulla relazione tra volontarietà e coscienza nell'agire deliberato³².

L'esito cui si è giunti è stato quello di ritenere che il cervello compia le decisioni in un momento in cui la consapevolezza della scelta non sia ancora del tutto, o per niente, maturata³³; ciò a dimostrazione della insussistenza del libero arbitrio.

Tale paradigma, in una prospettiva *de iure condendo*, lascia intravedere dei possibili mutamenti e ripercussioni sulle categorie paradigmatiche del diritto

²⁶ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 503.

²⁷ Sulla effettività del libero arbitrio, in contrasto con gli studi di Libet che argomente sul libero arbitrio come illusione della coscienza, cfr. J. SEARLE, *The Mystery of Consciousness*, in *the New York Review of Books*, 1998, p. 65.

²⁸ I. MERZAGORA BETSTOS, *Colpevoli si nasce?* In *Diritto penale e neuroetica*, (a cura di) O. DI GIOVINE, Cortina Raffaello, Padova, 2013.

²⁹ E. MORSE, *Gene-Environment Interactions. Criminal Responsibility, and Sentencing*, in K.A. DODGE – M. RUTTER, *Gene-Environment interactions in Developmental Psychopathology*, New York, 2011, p. 218.

³⁰ Sul rilievo empirico degli esperimenti sul libero arbitrio cfr. B. LIBET, *Mind Time. The Temporal Factor in Consciousness*, Harvard University press, 2004, tr.it. *Mind Time. Il fattore temporale nella coscienza*, Milano, 2007. Ancora, sul concetto di responsabilità morale e giuridico influenzati dagli studi di Libet si vd. W. P. SINOTT ARMOSTRONG - L. NADEL, *Conscious Will and Responsibility: A tribute to Benjamin Libet*, Oxford University Press, 2010.

³¹ B. LIBET - C. A. GLEASON – E. W. WRIGHT – D. K. PEARL, *Time of conscious intention to Act in Relation to onset of Cerebral Activity (Readiness- potential)*. *The Unconscious of a Freely Voluntary Act*, in *Brain*, 1983, p. 623.

³² B. LIBET, *Do we have free will?*, in *Journal of the Consciousness Studies*, 6, pp. 47- 57, 1999. Sul punto L. SAMMICHELI – G. SARTORI, *Neuroscienze e imputabilità*, in *Riv. Persona e Danno*, 2008.

³³ *Contra* si vd. C. FRITH, neuroscienziato, il quale ha commentato gli studi di Libet ritenendo che “nel momento in cui pensiamo di scegliere il nostro cervello ha già fatto la sua scelta; ciò, però, non significa che l'azione non sia stata scelta liberamente. Significare semplicemente che non eravamo consapevoli di compiere la scelta in quel dato istante” in *Making up the Mind: How the Brain Creates our Mental World*, Oxford, 2007.

penale a partire dallo stesso concetto di responsabilità e libertà del volere³⁴. Si è parlato, a tal proposito, di programma forte delle neuroscienze³⁵. Su un piano mediato, invece, si pone un approccio di tipo moderato in cui non si nega del tutto rilevanza alle diversità degli stati mentali in capo agli individui nel momento in cui pongono in essere le proprie condotte, ma si ritiene esservi - al fine di facilitare la prova degli elementi del reato - un punto di incontro tra il ricorso alle neuroscienze (neuro-tecniche e genetica comportamentale) e la commisurazione del grado di pericolosità del reo. Si tratta, dunque, di un determinismo non in rotta di collisione con la libertà del volere in campo giuridico - morale e di un determinismo dei fenomeni fisici³⁶.

Sia che si opti per un approccio di tipo forte o di tipo compatibilista (o moderato) o, ancora, che si faccia ricorso alla *folk psychology* di Morse³⁷, non può certo revocarsi in dubbio il contributo delle neuroscienze ad una migliore comprensione delle cause dell'agire umano, riformulando le cause di esclusione della colpevolezza e adottando un nuovo concetto di responsabilità individuale che possa realmente portare in luce quel sostrato biologico che incida sulla reale capacità di intendere e di volere³⁸.

³⁴ D. WEGNER, *The illusion of Conscious Will*, MIT Press, 2002, p. 2, sostiene che l'esperienza di voler coscientemente un'azione non costituisce un indizio diretto che il pensiero cosciente abbia causato l'azione. Una persona avverte semplicemente una sensazione di fare. Cfr. M. RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere*, in DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, p. 58.

³⁵ O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze?* - Giappichelli, Torino, 2019, ove si parla di programma forte del diritto penale per distinguerlo da un programma moderato e ri-pensativo, le cui assunzioni si baserebbero sulla funzione del diritto penale in chiave esclusivamente retributiva e sulla conseguenza della necessaria presupposizione del libero arbitrio perché questa possa sussistere. L'autrice chiarisce che le neuroscienze avrebbero rilegato il libero arbitrio a mera illusione. Sul punto cfr. A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 507. Cfr. anche A. FORZA, *La sfida delle neuroscienze: verso un cambiamento di paradigma?* - in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1376 ss; D. WEGNER, *L'illusione della volontà cosciente*, la cui traduzione, in M. DE CARO - A. LAVAZZA - G. SARTORI, *Siamo davvero liberi?*, Codice Edizioni, Padova, 2010, p. 21 ss.

³⁶ Punto messo a fuoco da M. RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un cammino o una riscoperta?*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Giappichelli, Padova, 2013, p.80; Cfr. A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p.530.

³⁷ S. MORSE, *Determinism and the Death of Folk Psychology: Two Challenges to Responsibility from Neuroscience*, in 9 Minn. J.L. Sci & Tech., 2008, p. 4., secondo la quale il diritto presuppone una visione della persona e del comportamento derivate dalla psicologia del senso comune.

³⁸ S. MORSE, *Lost in Translation? An Essay on Law and Neuroscience*, 2010, pp. 534 -535. Sul punto si veda anche A. LAVAZZA - L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello*, Codice Edizioni, Torino, 2012, pp. 114 - 115.

4. Potenzialità applicative e limiti dell'accertamento neuroscientifico

La prassi giurisprudenziale non consente di insinuare dubbi sulla minore efficacia che le moderne neuroscienze offrono nella valutazione della colpa, rispetto al dolo, ed è questa la ragione per la quale andremo ad indagare sulle possibili o, quantomeno, auspicabili, speculazioni che tale studio offra. Il dibattito teorico sui rapporti tra diritto penale e neuroscienze ha avuto una sensibile accelerazione in seguito a numerose pronunce della giurisprudenza di merito ove sempre più consistenti si sono mostrate le potenzialità applicative e i limiti dell'accertamento di tipo scientifico. Tale dialogo tra norma e scienza interessa sia gli aspetti sostanziali che quelli propriamente processuali, partendo dall'assunto per cui il diritto penale, da un punto di vista strutturale, non si pone come un sistema autoreferenziale³⁹ e finito ma, come anticipato in premessa, aperto ai c.d. flussi giuridici comprensivi anche di saperi empirici e scientifici. Tuttavia, è necessario vagliare i parametri del sapere a cui il diritto si confà, onde evitare il rischio che il sapere extra giuridico, alla stregua di un cavallo di Troia⁴⁰, finisca col trasformare il dettato normativo portandolo lontano dal significato suo proprio.

La contaminazione di due epistemologie diverse comporta la difficoltà di discernere tra saperi esterni al diritto. Cerchiamo di indagare sui possibili risvolti negativi che una siffatta combinazione potrebbe comportare: dapprima, le preoccupazioni rispetto all'ingresso nelle aule dei tribunali di quella scienza di grado inferiore, la c.d. scienza spazzatura; successivamente, la mancanza di competenze possedute dal giudice nell'analisi del sapere di cui questa nuova branca si farebbe portavoce e la cui *mala gestio* potrebbe portare dei risultati non utili in una ottica processuale. A ciò devono, tuttavia, aggiungersi, in una ottica di favore, le possibili implicazioni che la stessa potrebbe comportare.

In primo luogo, lungi dal costituire un fattore di rischio e, dunque, di mancato consenso della popolazione, l'utilizzo di tali tecniche potrebbe portare ad una maggiore trasparenza delle decisioni⁴¹ della macchina giudiziaria; altresì, destituite di fondamento, sarebbero quelle argomentazioni che vedrebbero

³⁹ Per una visione completa del diritto come sistema relativamente autoreferenziale si vd. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, in *Diritto penale e neuroetica*, (a cura di) O. DI GIOVINE, Cortina Raffaello, Padova, 2013.

⁴⁰ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 498.

⁴¹ T. L. MEARES, *Three objections to the Use of the Empiricism in Criminal Law and Procedure. And Three Answers*, in *U. Ill. L. Rev.*, 2002, pp. 853 – 857.

nell'utilizzo delle neuroscienze al sistema giuridico una miscelanea di saperi contrapposti e per nulla confacenti. In realtà questa ultima obiezione può essere superata, come argomentato in letteratura, ritenendo che i saperi diversi o altri non hanno in sé la forza di soppiantare la valutazione normativa, ma si limitano invece a fornire alla stessa una base maggiormente solida⁴². A tal proposito, si sottolinea da parte di alcuni autori la natura descrittiva delle neuroscienze e non esplicative, essendo la stessa finalizzata a scoprire le correlazioni tra funzioni cerebrali e comportamento⁴³.

5. La colpevolezza

Il diritto penale è retto dal principio di soggettività del fatto, in virtù del quale, per la sussistenza di un reato, non è sufficiente che il soggetto abbia posto in essere un fatto antisociale, materiale ed offensivo, ma occorre altresì la sussistenza di un legame psicologico tra l'agente ed il fatto commesso. La colpevolezza è venuta ad imporsi, quale imprescindibile principio di civiltà giuridica, accanto al fatto materiale, in guisa da riaffermare una sempre maggiore preponderanza per una imputazione di carattere soggettivo e per il rigetto di una responsabilità penale nei casi di impossibilità del soggetto di signoreggiare gli eventi⁴⁴.

Essa rappresenta un imprescindibile fondamento avente la funzione di delimitare l'area del penalmente rilevante, nonché costituire il presupposto necessario per l'applicabilità della pena. L'articolo 27 della Costituzione, difatti, sancisce il principio della personalità della responsabilità penale. Tale norma, di indubbia rilevanza, impone una delimitazione del campo di applicazione: in primo luogo, l'affermazione della responsabilità penale come personale mostra l'intento dei costituenti di escludere ipotesi di responsabilità per fatto altrui, non solo non in linea con il dettato costituzionale, ma al contempo in contrasto con i principi sui quali si regge l'intero ordinamento. D'altra parte, all'indomani della sentenza n. 364 del 1988, il significato di colpevolezza normativa impone una revisione del concetto stesso, non più come mero giudizio di responsabilità penale personale, ma quale rimproverabilità soggettiva per il fatto commesso.

⁴² T. L. MEARES, *ivi*, pp. 866 – 873.

⁴³ M. BERTOLINO, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?* (a cura di) A. SANTOSUOSSO, *Le neuroscienze e il diritto*, in *Criminalia*, Pavia, 2009, 121-140;

⁴⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, XVI edizione, pp. 246 ss. (a cura di) L. CONTI. Si vd. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2018; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2018; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2017;

La colpevolezza, dunque, rappresenta il fondamento per l'applicazione di una pena⁴⁵; è sinonimo di reità sulla base del senso accolto dall'art. 111 co. 4 Cost. e dall'art. 273 c.p.p., in cui l'espressione colpevolezza viene utilizzata per indicare la responsabilità di un soggetto rispetto alla commissione del fatto tipico. Invero, essa rappresenta le condizioni psicologiche che consentono l'imputazione personale del fatto di reato all'agente. La ratio di tale principio è da rinvenirsi nella esigenza di garanzia, ossia il privato può liberamente scegliere di porre in essere delle azioni, da esso stesso controllabili, e, per ciò solo, a lui imputabili. In tale accezione, la colpevolezza ha rappresentato un momento di grande importanza in ordine al passaggio da una responsabilità di tipo oggettivo ad una forma di responsabilità incentrata sulla valutazione del rapporto tra l'autore e il fatto. In altri termini, tale principio rappresenta il fondamento e il limite della potestà punitiva⁴⁶ nonché un canone di graduazione della pena⁴⁷ permettendo, da un lato, di delimitare la responsabilità penale ricollegandola alle condotte rientranti nella sfera di controllo del soggetto e, dall'altra parte, di commisurare il *quantum* della pena in riferimento al disvalore del fatto⁴⁸. La colpevolezza, dunque, rappresentando il momento psicologico dell'autore con il fatto, quale azione tipica e antiggiuridica, indica il momento conclusivo dell'illecito penale.

La colpevolezza è un istituto di diritto penale sostanziale: anche se in nessuna norma del codice penale viene utilizzato tale termine, essa rappresenta il presupposto di numerosi istituti: la capacità di intendere e volere (art. 85 c.p.) e l'elemento psicologico del reato (art. 43 c.p.).

5.1 La concezione psicologica della colpevolezza

La concezione psicologica della colpevolezza trae il suo presupposto ideologico nel principio di egualitarismo, preponderante nel XIX secolo sino ai primi decenni del XX secolo, ed è manifestamente influenzata dal liberalismo dominante nel secondo Ottocento. Tale substrato faceva leva sulla concezione per cui tutti gli uomini sono uguali, hanno tutti le medesime possibilità di rispettare

⁴⁵ A. MORO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bari, 1978, pp. 121 e 106-107, delinea il concetto di colpevolezza come un "processo di libertà per cui ogni condotta non può essere doverosa e non può essere illecita se, come ogni atto umano, non sia espressione di libertà, non rappresenta cioè l'infinito volere nel concreto voluto e dà a questo il crisma di quella libertà infinita responsabile".

⁴⁶ Sul concetto di potestà punitiva cfr. A. ABUKAR HAYO, *Lineamenti generali della pretesa punitiva. Manuale di diritto penale italiano. Parte generale – Tomo primo*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁴⁷ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, Nel Diritto, Bari, 2018/2019, pp. 772 ss.

⁴⁸ T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 803.

le norme giuridiche, non essendo per nulla rilevante quanto o come le diverse spinte interiori possano ripercuotere i propri effetti sull'agire umano.

Tale concezione sottraeva al *dictat* del giudice quella sfera interiore, cangiante e mutevole dell'uomo, partendo dall'assunto della assoluta irrilevanza dei turbamenti e della parificazione nella comprensione e nel discernimento delle singole norme giuridiche. La colpevolezza si identifica con il rapporto psichico tra l'autore e l'evento criminoso, in modo da determinare quello che viene definito "rapporto soggettivo tra fatto e autore"⁴⁹. Secondo questo orientamento il fatto è colpevole quando l'autore lo ha previsto e voluto oppure quando, pur non avendolo previsto e voluto, lo avrebbe potuto prevedere e, quindi, evitarlo utilizzando la normale diligenza o prudenza⁵⁰. La ratio che si rinviene nel concetto di colpevolezza - inteso in questi termini - si deve alla *voluntas* di correggere gli squilibri determinati dall'imputazione morale, cercando di collegare la responsabilità ad un fatto dannoso concreto che sia il risultato della volontà dell'autore. Questa dimensione permetteva di allontanarsi dal paradigma della imputazione morale e del conseguente abuso della pena, facendo sì che quest'ultima corrispondesse ad una funzione di retribuzione del singolo fatto delittuoso secondo un parametro oggettivo rappresentato dalla sua gravità.

Lo schema dommatico di tale formulazione è delineato dalla teoria del *Tatbestand* e dal concetto naturalistico enunciato da Beling: l'azione acquista la rilevanza della tipicità nel suo aspetto oggettivo per la forza causale nella produzione di un evento e il contenuto della volontà viene tenuto distinto da essa e costituisce la colpevolezza in contrapposizione con il concetto di *Tatbestand*⁵¹. Secondo quest'ultimo, la colpevolezza consiste nel rapporto psicologico dell'autore con il fatto, quale azione antiggiuridica ed estranea alla tipicità del fatto.

Vero è che la lettura della concezione psicologica consentirebbe di attribuire nella ricostruzione dell'illecito penale un ruolo preponderante al fatto, inteso nella sua oggettività; la colpevolezza, dunque, non influirebbe sulla gradazione della pena. Non può, tuttavia, tacersi delle inevitabili conseguenze che una siffatta visione comporterebbe: ancorare ad un dato oggettivo il danno è senz'altro un limite alla punizione di fatti non lesivi di diritti e, così facendo, si imprimerebbe una limitazione nella commisurazione della pena.

⁴⁹ LISZT – SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, in *Enc. Giur.* Giuffrè, Milano, VII, 1960, p. 649.

⁵⁰ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Nel Diritto, Bari, 2018/2019, pp. 772 ss.

⁵¹ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, in *Enc. Giur.*, Milano, VII edizione, 1960, p. 651.

In questa prospettiva, la colpevolezza, intesa come nesso psichico, è uguale per tutti i fatti e non può valere come criterio di gradazione della stessa: essa fonda ma non gradua la responsabilità. Si porrebbe, dunque, come un concetto di genere tale da ricomprendere sia il dolo che la colpa, ma, in concreto, si finirebbe nella impossibilità di un accorpamento reale dei due criteri di imputazione: il dolo, quale entità psicologica reale (coscienza e volontà), e la colpa, al contrario, come entità meramente potenziale (prevedibilità). In secondo luogo, la mancata gradazione finirebbe per non tener conto dei motivi dell'agire che assumerebbero rilevanza nella valutazione dell'*an* e del *quantum* della pena.

5.2 La concezione normativa della colpevolezza

Sulle obiezioni mosse alla concezione psicologica si sviluppa la concezione normativa della colpevolezza: essa non ha una dimensione psichica ma normativa, che si esprime mediante il distanziamento del soggetto rispetto al comando contenuto e cristallizzato in una norma giuridica. In altri termini, secondo la concezione normativa, si parlerebbe di fatto quando è stato voluto ciò che non si doveva volere, mentre si è in presenza di un fatto colposo quando non si è previsto ciò che si doveva prevedere⁵². Tale concezione soddisfa esigenze di carattere pratico derivate dal diritto penale e, in particolare, causate dalla progressiva crisi dell'impostazione retributiva verbale – liberale connessa ad una dimensione oggettiva del fatto commesso.

L'introduzione di questa nuova concezione consente di introdurre all'interno del processo di motivazione del giudice quell'insieme di circostanze legate all'agire umano, tanto da costruire quel fatto doloso o colposo attraverso un denominatore comune, ossia l'atteggiamento anti-doveroso della volontà, *rectius* un giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà⁵³. Il fondamento viene individuato nella contrarietà ad un dovere giuridico o extra giuridico: la colpevolezza, invero, consiste in un giudizio di rimprovero mosso dall'ordinamento nei confronti del reo per il fatto commesso⁵⁴.

⁵² G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 328 ss.

⁵³ T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1973, p. 566. Sul punto si vd. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999.

⁵⁴ La letteratura presente sul tema in oggetto è molto ampia. Si vd. sul punto G. DELITALIA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930, p. 83 e ss; L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Humus, Napoli, 1948, p. 9; G. BETTIOL, *Il problema penale*, in *Scritti Giuridici*, Tomo II, Padova, 1966, pp. 687 ss; D. SANTAMARIA, *voce Colpevolezza*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, Milano, 1960, pp. 646 ss; R. VENDITTI, *voce Colpevolezza*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. III, Torino, 1967, pp. 554 ss; P. NUOVOLONE, *La concezione giuridica italiana della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pp. 554 ss.

Sul significato da attribuire al concetto normativo di colpevolezza sono state avanzate diverse tesi: un primo orientamento, qualificava il dovere di rispettare e conformarsi ad un precetto come un elemento normativo; un secondo orientamento, maggiormente sostanzialista⁵⁵, riteneva che la concezione normativa si sarebbe risolta in un giudizio di rimproverabilità e, dunque, in una valutazione negativa compiuta dall'ordinamento nei confronti dell'autore del reato. Tale posizione, sicuramente, ha il pregio di ridurre in maniera netta le difficoltà derivanti dall'individuazione di un concetto unitario di colpevolezza, in modo da farvi rientrare, indistintamente, sia il dolo che la colpa⁵⁶.

Tradizionalmente, si attribuisce all'opera di Frank il merito di aver contribuito a rendere necessario e doveroso un rinnovamento rispetto alla concezione psicologica del concetto di colpevolezza. Proprio in contemporanea con lo sviluppo di tale teoria, il Frank elaborò quella che può essere definita come la prima e autentica formulazione del concetto normativo di colpevolezza. Quest'ultimo parte dall'assunto per cui per un fatto commesso con il medesimo elemento psicologico può soggiacere ad un diverso trattamento sanzionatorio. Nello specifico, si fa riferimento a quelle circostanze che, accompagnando l'azione tipica, nella loro funzione propria di elementi accidentali, potrebbero comportare un mutamento della cornice edittale ovvero costituire il fondamento ai fini dell'attribuibilità del fatto stesso⁵⁷.

Analizzando nello specifico tale visione, l'autore⁵⁸ ritiene che il concetto di colpevolezza si erga su un tritico costituito dalla imputabilità, dal dolo e dalla colpa e dalle circostanze entro cui l'autore agisce. Si deve all'autore l'utilizzo per la prima volta di concetti quali riprovevolezza o rimproverabilità, utilizzati per

⁵⁵ G. CARUSO, *La discrezionalità penale tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Cedam, Padova, 2009 cit. p. 266.

⁵⁶ B. PETRUCELLI, *La colpevolezza*, Cedam, Padova, 1962, p. 4; ID., *La concezione normativa della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, pp. 21 ss.

⁵⁷ Si fa riferimento al concetto di imputabilità di cui all'art. 85 c.p., da intendersi quale presupposto della responsabilità per la pena e come criterio minimo della capacità di libera autodeterminazione umana.

Il concetto di imputabilità muta al cospetto della diversa qualificazione attribuita alla colpevolezza. Propendere per una concezione psicologica della colpevolezza significa ammettere che il non imputabile possa determinarsi agli stati psichici del dolo e della colpa, dunque la colpevolezza sarebbe ammissibile anche in assenza di imputabilità, sulla base di una *fictio iuris* che presupporrebbe la stessa insita nel dolo e nella colpa. Viceversa i sostenitori della concezione normativa della colpevolezza inquadrano la imputabilità come suo presupposto assenso inconcepibile la colpevolezza senza imputabilità: per poter rimproverare ad una volontà di non essere stata diversa, la stessa deve necessariamente formarsi in un soggetto capace di intender e volere.

⁵⁸ R. FRANK, *Über den aufbau des schuldbegriffs*, in *Giebener – FS, De-G*, 1907, p. 518.

designare il divieto di quella condotta, o meglio il rimprovero per averla commessa. In tal modo, si va a stigmatizzare un concetto di colpevolezza come giudizio di relazione con la norma che impone una valutazione non più retta sulla base del mero elemento psicologico, ma includendo e, dunque, estendendo, il raggio d'azione sino a ricomprendervi la forza del vincolo normativo e l'efficacia della pretesa normativa.

Se spostiamo l'attenzione sulla colpevolezza quale disobbedienza ad un precetto, allora dobbiamo necessariamente prendere in considerazione le possibili conseguenze che ne derivano. La colpevolezza, secondo Goldschmidt, è "la relazione modale in cui sta il dato psicologico, vale a dire la motivazione, con la misura di valore prestabilita"⁵⁹. Questa precisazione avrebbe estromesso il fattore psicologico dalla definizione del concetto di colpevolezza. Sulla base della definizione data precedentemente - per cui la colpevolezza diviene in concreto la difformità tra la volontà e la norma giuridica, nel senso che la volontà non avrebbe dovuto formarsi in tal modo perché ben poteva costruirsi in maniera corretta - ne deriva che il dolo non è elemento della colpevolezza, quanto oggetto della stessa.

Sulla scorta dei sostanzialisti, invece, la concezione normativa della colpevolezza si fonderebbe su un giudizio di rimprovero, essendo un vero e proprio giudizio di disvalore⁶⁰ compiuto dall'ordinamento sulla personalità del soggetto agente: ciò a dire che il soggetto ben poteva rispettare la norma⁶¹.

6. I concetti di dolo e colpa alla luce delle neuroscienze

Una ripercussione che l'approccio neuroscientifico potrebbe comportare sulle categorie⁶² di base del diritto penale è sicuramente quella attinente al

⁵⁹ J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in *Enc. Giur.*, Milano, VII, 1960, p. 655.

⁶⁰ Tale impostazione risale al W. GALLAS, *Sullo Stato attuale della dottrina del reato*, in G. CARUSO, *La discrezionalità penale*, Cedam, Padova, 2009 p. 274, in cui l'autore sosteneva che il giudizio di colpevolezza fosse incentrato sulla *Gesinnung* dalla quale ha avuto origine la decisione del fatto: in questa ottica ciò viene rimproverato è sempre il fatto e non la *Gesinnung* in sé per sé; nondimeno il fatto riceve il proprio contenuto dall'atteggiamento interiore da cui trae le origini. In Italia, G. BETTIOL, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1982, p. 389, il quale considerava la colpevolezza in senso normativo identificandola con un giudizio di disapprovazione etico-giuridico per l'atto compiuto: lo stesso definì la colpevolezza quale anti doverosità dell'atto di volontà che sta alla radice del reato e non volontarietà dell'atto costitutivo".

⁶¹ Tra i molti cfr. H. JESCHECK in B. JAHNKE, H.W. LAUFHUTTE, W. OEDERSKY (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grobkommentar*, 11. Aufl., Berlin – New York, 1922.

⁶² Per ulteriori approfondimenti sull'interrelazione tra scienza e diritto, si vd. M. B. MAGRO, *Scienze e scienza penale. L'integrazione tra saperi incommensurabili nella ricerca di un linguaggio comune*, in *Archivio Penale*, n. 1, 2019.

concetto giuridico di colpevolezza, avuto specifico riguardo all'elemento soggettivo del reato.

Nel significato attribuito dalla dottrina penalistica tradizionale, il concetto di colpevolezza, come sopra definito, si riferisce al nesso psichico che unisce il fatto all'autore nella forma del dolo e della colpa. Questa concezione psicologica ancora la sussistenza del fatto colpevole al fatto che l'autore l'abbia previsto e voluto. Il presupposto da cui muoveva questa concezione era rappresentato dal fatto che, essendo tutti gli uomini uguali, tutti hanno avuto le medesime possibilità di rispettare il comando di legge, non includendovi all'interno alcuna dimensione morale che attenesse alla sfera personale non sindacabile dal giudice in sede di giudizio. Tuttavia, risultano evidenti i limiti di un tale approccio derivanti dalla impossibilità di gradare il fatto alla parte emotiva del singolo⁶³ e, ancor di più, alla capacità del concetto generico di colpevolezza, di comprendere gli elementi del dolo e della colpa; se solo ci soffermassimo sul versante della colpa, essa sarebbe il risultato di una costruzione normativa in cui l'elemento psicologico si ridurrebbe al solo dato della prevedibilità.

Un passo in avanti si è avuto con l'affermarsi di una concezione normativa⁶⁴ che non consistesse più nel solo passaggio psicologico, ma anche nella divergenza di questo processo dalla volontà espressa nella norma giuridica⁶⁵. Si allargano, dunque, le maglie della colpevolezza facendovi rientrare il dolo e la colpa: nel primo, si è voluto ciò che non doveva volersi e, nel secondo, non si è previsto ciò che si doveva prevedere. Il presupposto, dunque, di un giudizio di rimproverabilità è la conferma che l'autore abbia avuto la possibilità di tenere un comportamento conforme al precetto, pur essendovi la possibilità di agire diversamente⁶⁶ (concetto di autodeterminazione in mancanza di costrizioni⁶⁷).

Secondo l'impostazione tradizionale, il dolo rappresenta l'unica e autentica manifestazione di volontà colpevole⁶⁸; esso costituisce la forma più grave di colpevolezza ed il normale criterio di imputazione soggettivo come stabilita dall'articolo 42, co. 2, secondo il quale «nessuno può essere punito per un

⁶³ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino, 2009. Si vd. anche *Una lettura evoluzionistica del diritto penale. A proposito delle emozioni*, in *Diritto penale e neuroetica* (a cura di) O. DI GIOVINE, Cedam, Padova 2013.

⁶⁴ L'origine della concezione normativa si attribuisce all'opera di Frank, il quale aveva messo in luce come nel concetto giuridico di colpevolezza subentrassero fattori "altri" come le normali circostanze concomitanti in cui si è formata la violazione della norma d'obbligo.

⁶⁵ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Nel Diritto, Bari, 2018/2019, p. 773 ss.

⁶⁶ Sul punto si vd. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, 1986, 40.

⁶⁷ SS.UU Cass., 8 marzo 2005, n. 9163

⁶⁸ C. F. GROSSO, *Dolo (dir. pen)*, in *Enc. Giur.*, XII, 1989; Si veda M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Giuffrè, Milano, 1953; ID., voce *Dolo (dir. pen)*, in *Enc. Dir.*, 750.

fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente previsti dalla legge».

La volontà e la previsione dell'evento caratterizzano il requisito psicologico del delitto doloso: ma di quale volontà parliamo? Il codice penale adotta una definizione di dolo coincidente con l'intenzione di compiere quella determinata azione, da cui la legge fa dipendere l'esistenza del reato, nonché prevederla come conseguenza della propria condotta (art. 43 c.p.).

Parliamo di elemento soggettivo di colpevolezza, ma questa concezione quanto è effettivamente di tipo soggettivo? Noi siamo soliti rilevarla non sulla base di elementi che sono tipici della psicologia cognitiva (la motivazione, gli stati d'animo, i pensieri) ma andiamo a trasformare dei concetti, che diciamo essere soggettivi in quanto riferibili all'agente dal punto di vista psicologico, in concetti normativi mediante un ragionamento oggettivo. Ancor di più, al cospetto della colpa, si parametrizza la condotta del soggetto agente alla capacità dell'uomo medio, stante la impossibilità di accertare empiricamente la reale possibilità di agire diversamente⁶⁹. Ebbene, qui comincia ad intravedersi il diverso modo di dialogare della scienza e del diritto: i giuristi sono abituati a ragionare di dolo in termini di psicologia del senso comune, prevedendo il prototipo dell'agente razionale, situato in una condizione tale da consentire una giusta ponderazione di vantaggi e svantaggi delle sue decisioni (sul punto, le formule di Frank «se io avessi previsto tutto questo») sino al compimento del fatto antiggiuridico⁷⁰. Tuttavia, il modo di pensare degli psicologi è del tutto differente, ancor più se partiamo dagli studi di Libet, esaminati in precedenza, arrivando alla valutazione finale per cui le nostre decisioni possono essere assunte volontariamente, ma che la coscienza delle stesse avviene solo in un momento secondario.

Numerosi spunti in relazione alle potenzialità delle neuroscienze al cospetto dell'elemento soggettivo della colpa sono ricavabili dalla giurisprudenza di merito⁷¹ in un caso in cui il soggetto, affetto da disturbo psichico sindrome del lobo frontale, viene assolto dall'accusa di omicidio volontario rubricato in colposo per effetto delle intervenute incertezze in ordine ai profili spiccatamente soggettivi del reato attribuitele.

Giova, in tale sede rilevare come il giudice abbia motivato sul versante soggettivo, riconoscendo la possibile incidenza dei deficit mentali - di cui la stessa era affetta - sull'evento in concreto realizzatosi, in quanto la stessa avrebbe potuto non essere in grado di rappresentarsi la situazione di rischio per il nascituro connessa al parto imminente.

⁶⁹ C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2016, cit., p. 269.

⁷⁰ O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro)-scienze?*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁷¹ Corte d'Assise di Treviso, 20 novembre 2007, *Favaro*, proc. pen. 3680/2006.

Ci immettiamo in una soggettivizzazione del giudizio di colpevolezza⁷² attraverso la scomposizione degli elementi da cui bisognerebbe partire per una imputazione in tal senso. Si tratterebbe, in particolare, della riconoscibilità del pericolo da parte del soggetto agente, della conoscibilità della regola cautelare e della possibilità di ottemperare al *dictum* normativo. Nel caso di specie, il giudice ha ritenuto sussistere dubbi sulla effettiva capacità di rappresentazione della realtà, non potendo del tutto ritenersi con certezza che ella avrebbe saputo rappresentare a sé stessa una possibilità di richiedere immediato aiuto al fine di tutelare la vita del nascituro.

In dottrina⁷³, sono stati riportati alcuni elementi da tenere in considerazione al fine di valutare l'entità della pena e/o il modo in cui gli stessi incidono come scusanti nella riconoscibilità del rischio specifico. Accanto a fattori quali lo spavento, l'ansia, la fretta sono state riportate alcune caratteristiche individuali il cui esito sarebbe quello di comportare una minor prontezza alle capacità medie di un soggetto, quali ad esempio l'inesperienza, un deficit culturale o sociale. Si pensi agli errori commessi dall'operato di un medico, appena entrato in servizio in un nuovo reparto, le cui situazioni soggettive non sono standardizzabili (come quelle del medico specializzando), delle quali si terrebbe in sede di tipicità soggettiva nella ricostruzione dell'agente modello di livello inferiore per escludere la violazione della regola cautelare. Se, dunque, riteniamo che la presenza di una tale caratteristica possa essere in grado di compromettere la misura soggettiva della colpa, riducendola drasticamente, ci si chiede come al cospetto di patologie che incidono in modo preponderante sulla psiche del soggetto, ossia sulla capacità di intendere e di volere, non si debba *in toto* ritenere inesistente? Nel caso di specie, ci troveremmo davanti – come riferito sulla base delle indagini neuroscientifiche – ad un soggetto imputabile ma non colpevolmente in colpa⁷⁴, espressione utilizzata in dottrina che rappresenta in modo emblematico il corto circuito mente - cervello.

Sul punto, difatti, la Corte d'appello di Venezia ha assolto l'imputata per insussistenza dell'elemento soggettivo a causa della dirompente incidenza che il deficit mentale ha avuto sulla capacità rappresentativa dell'evento in concreto realizzatosi⁷⁵.

⁷² Sul punto D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in AA.VV., *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, cit., 183 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1723 ss.

⁷³ D. CASTRONUOVO, *ivi*, cit., 1733.

⁷⁴ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in AA.VV., *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, cit., 183 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 556 ss.

⁷⁵ Sul punto cfr. C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2016, cit., pp. 269 ss. Per una dettagliata esposizione del caso sottoposto alla attenzione dei giudici si vd. pp. 214 ss.

Accanto alla non volontà di porre in essere l'evento e all'inottemperanza della regola cautelare, perché si possa ricadere nel versante penalistico della colpa è necessario che sussista un altro elemento, ossia la riferibilità del fatto all'autore.

Sul piano dogmatico, difatti, l'imputabilità del fatto al soggetto informa la cultura della responsabilità penale personale stabilendo la possibilità effettiva di agire diversamente⁷⁶; siamo nell'ambito della esigibilità di un determinato comportamento. Tale previsione viene effettuata sulla base di un giudizio ex ante, utilizzando un parametro di riferimento di carattere oggettivo. Tale valutazione è, in effetti, una sorta di soggettivizzazione della colpa tale da mutare in relazione alla specificità del caso concreto: si valuterà la misura della diligenza in relazione alla figura ideale designata per ogni specifico settore⁷⁷; non sono mancate in dottrina delle discussioni sulle quali vagliare la c.d. dosimetria della colpa, ossia stabilire in concreto la misura della diligenza richiesta.

Le opinioni sulla colpa sono variegate. Dapprima si è cercato di ricondurre il modello di riferimento a quello del *bonus pater familias*, essendo alla stessa figura sottesa l'esigenza di un bilanciamento del principio di colpevolezza e dei beni giudici coinvolti; tuttavia, tale parametro è stato da molti criticato perché si rischierebbe di far dipendere il giudizio sulla diligenza dalle intuizioni emotive⁷⁸ del giudice andando in contro ad una maggiore discrezionalità dello stesso. Si era fatta strada la possibilità di vagliare il parametro oggettivo della colpa a quello dell'agente modello, ossia all'uomo giudizioso *eiusdem professionis et condicionis*. Tale figura, che si proponeva essere una rilettura in positivo rispetto al vecchio modello, si è, nei fatti, mostrata come una chiara valutazione in concreto del criterio del buon padre di famiglia.

Altra dottrina ha, infine, proposto di far riferimento all'uomo più esperto, ossia alla migliore scienza ed esperienza umana; tale indirizzo non è andato esente da critiche nella parte in cui un accertamento di carattere meramente oggettivistico, quale quello relativo alla migliore scienza ed esperienza, avrebbe eliso il principio di personalità e, in una prospettiva più ampia, quello di colpevolezza delineato dal nostro ordinamento.

⁷⁶ Sul tema è necessario un riferimento alla giurista penalista A. MERKEL e al neuroscienziato F. ROTH, in *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, in AA.VV., *Entmoralisierung des Rechts*. quali nel formulare delle proposte di politica criminale hanno ritenuto che la stessa responsabilità penale debba fondarsi sulla possibilità di agire diversamente: venendo di fatto a mancare in tutte le ipotesi in cui ciò non sarebbe possibile. Tuttavia tale dibattito fortemente avvertito dai deterministi che sostenevamo come sia concretamente insostenibile tale formulazione, in quanto riportandosi agli studi di Libet dimostravano come ogni decisione di agire o di non agire sarebbe inconscia, sicché la causalità della volontà umana sarebbe solamente illusoria.

⁷⁸ Per una lettura del diritto penale alla luce delle emozioni si vd. O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico. Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino, 2009.

Si è ritenuto di applicare tale meccanismo nella sola fase iniziale sull'indagine della colpa, dovendo necessariamente far seguire alla stessa una fase di ulteriore valutazione in chiave soggettiva; si è parlato, di proposito, della teoria della doppia misura⁷⁹. Nello specifico, tale misura – che ha avuto largo seguito in Germania – pur riscontrando pochi se non vani consensi nel nostro Paese, si baserebbe sulla valutazione della colpa alla stregua di un criterio prettamente oggettivo cui seguirebbe un accertamento di natura soggettiva inerente le capacità individuali del singolo.

Sofferamoci, tuttavia, sulle ricostruzioni critiche mosse a tale teoria, condivisibili, d'altra parte, sulla base di argomentazioni di carattere logico applicative. In primo luogo, si è sostenuto che l'affermazione di un giudizio bifasico costituirebbe nei fatti una duplicazione inutile essendo le circostanze personali del singolo soggetto (handicap fisico, scarso livello di specializzazione professionale) già insite nel dovere di diligenza; in secondo luogo, si è sostenuto che un ampliamento della colpa personalizzata avrebbe di fatto svuotato di contenuto la colpa base e paventato il rischio di una ricostruzione della stessa in termini di colpa d'autore ovvero in termini di responsabilità oggettiva.

Sul tema della necessaria configurazione del paradigma oggettivistico intorno a cui muovere un addebito per colpa, si fa riferimento ad un caso giurisprudenziale avente ad oggetto un procedimento per omicidio colposo derivante da omicidio stradale⁸⁰. Elemento cardine del procedimento *de qua* è stata la valutazione del tempo necessario ad evitare l'ostacolo in concreto verificatosi. La difesa lamentava una eccessiva oggettivizzazione del criterio in virtù del quale era stata effettuata la diagnosi delle tempistiche, modalità e caratteristiche salienti dell'incidente; in particolare, la consulenza affidata agli esperti aveva come finalità quella di dimostrare che il rispetto del tempo di reazione medio, quale quello dell'agente modello, non poteva in concreto applicarsi.

Il soggetto era affetto da patologie neurologiche che non consentivano di poter richiedere le medesime abilità e capacità reattive riscontrate nei parametri oggettivi utilizzati: mediante l'utilizzo di tecniche di carattere neuroscientifico, quali l'utilizzo dei Potenziali Cerebrali Evento Correlati- ERP'S, veniva dato un giudizio veritiero sulla capacità dell'imputato alla stregua dei traumi cranici dallo stesso subito in precedenza.

⁷⁹ In questo senso, G. V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" tra dottrina e giurisprudenza: dogmatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, p. 193.

⁸⁰ L. SAMMICHELI – G. SARTORI, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *Riv. dir. pen. cont.* 2/2015, cit., 283 ss. Per una compiuta ricostruzione del caso si vd. anche C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2016, cit., pp. 273 ss.

L'esito cui si perveniva era quello di non poter richiedere una condotta diversa, ossia la condotta che ci si attendeva sulla base delle regole giuridiche, non era in concreto esigibile né a lui imputabile la consequenziale inosservanza.

7. Un diritto penale d'autore o un diritto penale del fatto

I diversi approcci e le metodologie trattate insinuano, involontariamente, dei dubbi. Abbiamo già accennato in premessa alla possibilità di una riformulazione dell'intero paradigma penalistico al cospetto delle neuroscienze; nello specifico intendiamo riferirci alla possibilità, di fronte ai vantaggi che potrebbero derivare dall'utilizzo di un metodo neuroscientifico nell'ambito giudiziario, di una (non auspicabile, seppure possibile) estremizzazione di tali tecniche.

In un articolo comparso sul New York Times veniva attenzionata la possibilità di dar luogo ad un processo sul cervello⁸¹ in cui verrebbero giudicati colpevoli, *rectius* potenziali colpevoli, quei soggetti le cui alterazioni neuronali derivanti da una psicopatologia siano compatibili con una condotta violenta, pur non ancora concretizzatasi. Il punto cruciale è analizzare, alla luce del diritto, quei comportamenti che rientrerebbero nella neuroetica. Solitamente nell'esaminare quelli che sono i comportamenti che con maggior frequenza rappresentano indici criminogenetici si fa riferimento all'abuso infantile, all'identificazione con l'aggressore, all'associazione differenziale (derivante dalla lesione della corteccia prefrontale) e così discorrendo. Orbene, dato che le azioni corrispondono alla persona che le pone in essere e se riteniamo di non essere solo il nostro cervello ma l'intero pacchetto, tocca chiedersi se non si va incontro a quello che definiamo un diritto penale d'autore⁸².

E se valutassimo, effettivamente, il soggetto per quello che è? Ciò indurrebbe, per altro, a ritenere che l'atto compiuto da parte dello schizofrenico, demente o paranoico, non debba essere qualificato quale atto responsabile, ma imporrebbe di effettuare una distinzione tra malattia di mente conclamata e modo di essere, non potendosi allo stesso modo ritenere che il cattivo abbia scelto di essere tale. È necessaria una gradazione che ci consenta di comprendere fin dove è frutto di una scelta cosciente e a partire da dove diviene un impulso incosciente. Ciò rileva nelle aule giudiziarie in quanto alcuni disturbi non

⁸¹ G. SARTORI – A. ZANGROSSI, *Neuroscienze forensi*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2016/4, pp. 700. Espressione ripresa da un articolo pubblicato sul New York Times da Rosen, 2007.

⁸² I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, in *Diritto penale e neuroetica*, (a cura di) O. DI GIOVINE, Cedam, Padova, 2013, pp. 28 ss.

vengono considerati come idonei ad incidere sulla capacità di intendere e di volere; ci si troverà al cospetto di un soggetto che capisce quello che sta facendo, ma non per questo si può sostenere che abbia deliberatamente scelto di essere tale.

Le neuroscienze attraverso gli studi ci insegnano che alcune anomalie cerebrali influiscono sul comportamento posto in concreto. Sul punto, vi sono quelli che chiamiamo studi di genetica comportamentale che mostrano come il possesso di determinati dati genetici rappresentino un rischio, traducendosi in manifestazioni comportamentali esorbitanti. Tuttavia, non ci si può limitare ad una sommaria, per quanto approssimativa, assimilazione del disturbo psichico alla commissione del reato, essendo necessario una valutazione circa il momento causativo tra patologia e crimine.

La patologia mentale è il risultato di un sistema di concause interagenti di diversa natura, potendo le stesse essere biologiche, psicologiche ovvero sociali. La necessaria sussistenza di questo nesso e, ancor prima, di concause, impediscono a monte di poter ravvisare una determinazione univoca che comporti la commissione del fatto di reato. Si tratta di un sistema complesso che prevede una scomposizione: la presenza di un disturbo non è una causa sufficiente alla attribuzione psicologica del fatto di reato al soggetto o, per meglio dire, alla patologia, essendo necessario che il rapporto causativo esistente dimostri che il reato poteva spiegarsi solo sulla base della patologia presente, escludendo altri fattori causali alternativi. In altre parole, la sussistenza di una patologia è un incontestabile dato oggettivo in una valutazione sulla imputabilità del soggetto autore di reato, ma il fattore causale dovrà indagare su come tale patologia abbia e se abbia determinato una riduzione della capacità di autodeterminazione del soggetto. Emblematica sul punto è il caso di un pediatra accusato di molestie sessuali nei confronti di soggetti minori: lo psichiatra forense non intravedeva alcun vizio di mente per cui il soggetto si mostrava assolutamente sano. Tuttavia, mediante l'utilizzo di una tecnica di carattere neuroscientifico – nello specifico l'utilizzo di una TAC – ha posto in evidenza la presenza di una massa tumorale cerebrale. Dalla visione di questa massa posta in prossimità dell'ipotalamo si evinceva una compressione dello stesso che, secondo i consulenti tecnici di parte, aveva una idoneità causativa rispetto al fatto addebitatogli. Si evince, dunque, in tal modo la duplice forza dell'utilizzo delle tecniche neuroscientifiche: una base solida e soggettivizzata da porre a base del giudizio e una forza mitigatrice nella fase del *decision-making* che potrebbe comportare un allargamento delle maglie della irresponsabilità penale.

Altro dato da non sottovalutare, ma di spiccata rilevanza sono gli errori che deriverebbero, nella fase di indagine sul fatto di reato, da una stortura nella interpretazione dei risultati scientifici e che non tenga debitamente conto della concezione bio – psico – sociale del comportamento⁸³. L'ambiente in cui il soggetto è inserito gioca un ruolo rilevante se si considera che gli stimoli che provengono dallo stesso potrebbero innescare quelle c.d. azioni – reazioni presenti, soprattutto, in quei reati causati dalle reazioni a corto circuito in cui non assumerebbe rilevanza un interesse personale o economico, ma semplicemente la tentazione che nasce dall'esterno di compiere azioni aggressive⁸⁴.

Le numerose ricerche effettuate mediante le tecniche delle neuro immagini hanno, altresì, evidenziato che alcuni soggetti affetti, ad esempio, da disturbi della personalità, presentano delle analogie dal punto di vista dei caratteri strutturali e funzionali, che indurrebbero a ritenere che ciò che fanno non è per colpa loro⁸⁵ ma perché sono fatti così. Si riprende la frase di Searle secondo cui «l'uomo è ciò che egli fa di quanto lo si è reso»⁸⁶. Tale intersezione tra responsabilità e diritto ha prestato il fianco a numerose osservazioni: taluni prospettano di aderire ad una dimensione storica della responsabilità secondo cui la persona è il prodotto di un insieme di fattori; pertanto nell'individuo, non può radicarsi una vera e propria forma di colpevolezza sia che sia malato sia che non lo sia⁸⁷; altri hanno ritenuto di aderire all'idea di una lotteria cosmica⁸⁸, in cui alla mancanza di colpe non vi possono essere cause.

Altra parte della dottrina⁸⁹, invece, ha ritenuto che se realmente potesse addebitarsi la colpa delle nostre azioni e, dunque, parlare effettivamente di una responsabilità sulla base del possesso di determinate caratteristiche, dovrebbe necessariamente allargarsi l'ambito delle cause di giustificazioni facendovi rientrare il c.d. fuori carattere, quale fattore eccezionale atto a spezzare il nesso di causalità.

A ben pensare, il nostro codice penale contiene dei riferimenti in tal senso, laddove si prevedono delle circostanze aggravanti che fanno riferimento ad una

⁸³ Argomentano in tal senso efficacemente E. SIRGIOVANNI, G. CORBELLINI E C. CAPORALE, *Perché conviene essere realisti, tra neuroscienze e etica*, in *Giornale italiano di psicologia*, XIII 2016.

⁸⁴ G. SARTORI – A. ZANGROSSI, *Neuroscienze forensi*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2016/4, pp. 700.

⁸⁵ M. GOODMAN – J. TRIEBWASSER – S. SHAH – A.S.- New, *Neuroimaging in personality disorderers: Current concepts, findings and implications*, in *Psychiatric Annals*, 2007, p. 37, pp. 100-108.

⁸⁶ G. GULLOTTA, *Trattato di psicologia giudiziario nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1987.

⁸⁷ G. WATSON, *La responsabilità e i limiti del male. Variazioni su un tema strawsoniano*, in *Responsabilità e diritto*, Milano, 2008, p. 51.

⁸⁸ A. M. HONORÈ, *Responsabilità e sorte. Le basi morali della responsabilità oggettiva*, in F. SANTONI DE SIO (a cura di), *Responsabilità e diritto*. Giuffrè, Milano, 2008, pp. 191-225.

⁸⁹ F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p.16.

serie di azioni per ciò che si fa. Altresì, il codice parla a norma dell'art. 133 c.p. del caso in cui il giudice, agli effetti della pena, tenga conto della gravità del reato prendendo in considerazione elementi come la capacità a delinquere del colpevole desunta dai motivi a delinquere e dal carattere del reo. Ancora, tracce di riferimenti codicistici ancorati alla personalità del reo, più che alle azioni, si rinvengono all'art. 108 c.p. ove si parli di indole particolarmente malvagia del colpevole e, dunque, si fa riferimento alla pericolosità sociale dell'individuo *ex art. 203 c.p.*. Tale modo di essere rileva, altresì, in ambito psicopatologico quale criterio discretivo al fine della ammissibilità o meno di un disturbo da parte del soggetto agente, o per meglio dire, del conferimento da parte dello psichiatra forense del concetto di malattia. In tale sede, come mostrato da Fornari⁹⁰, è necessario valutare determinate condizioni come, ad esempio, la presenza di una situazione di stress psicofisico tale da comportare uno scompenso acuto; i postumi di forme di amnesia o dismnesia che abbiano comportato una limitazione se non una compromissione totale della coscienza attiva; un turbe affettivo ovvero una evidente frattura rispetto allo stile di vita del soggetto.

A voler considerare possibili (sebbene non condivisibili) tali interpretazioni è necessario analizzarne una portata integrale: ammettere una responsabilità per il modo di essere dell'agente⁹¹ comporterebbe di fatto un fine pena mai, dal momento che ciò significherebbe, di fatto, un internamento a tempo indeterminato. Qui s'intreccia, dunque, la necessità di salvaguardare quelli che sono i principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e i principi fondanti la natura della pena come stabilito dall'art. 27 Cost.⁹² Pur volendo aderire ad una siffatta impostazione si creerebbe un principio di disparità sociale in quanto una impostazione del diritto penale imperniata sulla colpa d'autore, finirebbe per qualificare come giustificabile e, dunque, scusabile colui che pone in essere una condotta antisociale pur essendo di norma un soggetto che non desti, per il suo *modus vivendi*, alcuna pericolosità sociale; d'altra parte, si arriverebbe a condannare un soggetto il cui carattere è violento o cattivo per il solo modo di essere e non per quello che in concreto si sarebbe verificato/ avrebbe commesso.

⁹⁰ U. FORNARI, *Trattato di Psichiatria Forense*, Cedam, Padova, VII edizione, 2019, pp. 187 ss.

⁹¹ Nella dottrina tedesca, accanto alla colpa latamente intesa, si parla di colpa per il modo di essere dell'agente (*Taterschuld*), avente ad oggetto non il singolo fatto quanto le caratteristiche psichiche del reo, il suo stato soggettivo. Questa teoria comporterebbe un addebito all'agente per la sua inclinazione al delitto, ossia per la sua malvagità. Siffatta colpa giustificerebbe uno speciale aggravamento della pena, inteso in senso strettamente retributivo. Sul punto di vd. F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte generale*, XVI edizione (a cura di CONTI,) Giuffrè, Milano.

⁹² Sulla natura della pena si tornerà successivamente.

Tuttavia, tale teoria⁹³, secondo un personale modo di vedere, non può essere seguita, in quanto dapprima necessiterebbe di dichiarare del tutto risolta la questione circa il libero arbitrio, ma, ancor più, necessiterebbe della possibilità da parte degli stessi soggetti di formarsi diversamente. Tale possibilità, in virtù della quale muovere un rimprovero, necessiterebbe della possibilità di distinguere i casi in cui l'uomo è in grado di superare gli aspetti intimi del suo carattere rispetto a quelli in cui il disturbo derivi dalla impossibilità dello stesso di risolvere anomalie bio – psichiche.

A tutto voler concedere, si sposterebbe semplicemente in avanti il problema, in quanto sarebbe delegato al giudice (impossibilitato sul punto) di discernere le ipotesi in cui il soggetto avrebbe avuto o meno la possibilità di formarsi diversamente⁹⁴. È un compito che il giudice potrebbe rispettare? È necessario, dal nostro punto di vista, indagare su un'altra possibile ragione che impedirebbe ad una siffatta concezione di estendersi a macchia d'olio: la natura della pretesa punitiva.

Lo Stato adotta provvedimenti restrittivi a carico dell'individuo allorché lo stesso abbia violato l'obbligo penale, *rectius* il precetto, e l'inflizione di una pena (finalità retributiva) diviene indispensabile per ripristinare lo *status quo ante* a vantaggio della comunità sociale.

L'inflizione di una sanzione penale costituisce un *prius* logico⁹⁵ in tutti i casi in cui sussista il pericolo che l'individuo commetta dei fatti delittuosi. In nessuna delle ragioni indicate comparirebbe l'intima cattiveria, ossia la parte recondita e introspettiva del soggetto da utilizzare quale base per l'inflizione di una punizione⁹⁶.

8. La funzione della pena: un cambio di paradigma

Il discorso di cui sopra involge, necessariamente, una riflessione sulla funzione della pena e sulla sua evoluzione. Fra le funzioni della pena è da sempre

⁹³ E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *Zeitschrift*, v. 57, 1945, 688 ss., parla in proposito di colpa per la condotta di vita.

⁹⁴ J. K. WEZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, in *Zeitschrift*, v. 60, 1948, p. 428, definisce la colpa d'autore ponendosi sul piano della psicoanalisi e, dunque, qualificandola come mancato controllo delle superiori funzioni dell'Io sulla vita anteriore.

⁹⁵ Sul diritto penale come pretesa punitiva si veda, A. ABUKAR HAYO, *Lineamenti generali della pretesa punitiva. Manuale di diritto penale italiano. Parte generale – Tomo primo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 88 ss., ove l'A. delinea il rapporto di precedenza logica tra pretesa punitiva e obbligo da una parte e pretesa punitiva e imputazione dall'altra.

⁹⁶ La ratio della colpa d'autore da molti è stato rintracciata nel mantenimento di quel sistema del c.d. "doppio binario": all'imputabilità corrisponde l'applicazione di una sanzione penale; alla pericolosità, invece, corrisponde una misura di sicurezza.

annoverata quella general-preventiva o intimidativa; tale funzione è peculiare per il connotato psicologico che la contraddistingue. Questo approccio parte dall'assunto che sia la minaccia di una sanzione penale, applicata a seguito della violazione di un precetto, a distogliere la generalità dei consociati dal commettere un reato. A tal proposito, c'è chi si è spinto a formulare la teoria della c.d. contropinta secondo la quale «*la pena agisce [...] psicologicamente come contropinta alla spinta criminosa e in tal modo trattiene l'individuo dal violare la legge*⁹⁷».

La prevenzione generale – o meglio la prevenzione generale c.d. negativa – sarebbe, dunque, inquadrata in un'ottica di coazione psicologica: l'attore criminale è disincentivato dal commettere un illecito penale in tutti i casi in cui la sofferenza in futuro comminata sarà nettamente superiore rispetto ai vantaggi preveduti a seguito del compimento dello stesso⁹⁸. Ritornando al nostro interrogativo, la pena, secondo quanto appena descritto, eserciterebbe una funzione di deterrenza cogente nei confronti degli individui. Nella prassi, però, decidere se commettere o meno un crimine non deriva esclusivamente da un ragionamento condotto bilanciando gli interessi in gioco: non si vuol negare che ciò possa accadere e accada, ma, così ragionando, la pena non avrebbe motivo di esistere per quei reati che sono stati commessi senza alcun raziocinio.

L'idea preventiva, in questi casi, produrrebbe effetti pressoché irrisori. Esiste, inoltre, la teoria preventiva in chiave meramente positiva: la funzione che la pena avrebbe, secondo questo orientamento, sarebbe quella morale-pedagogica: la comminatoria di una pena, conseguente alla commissione di un determinato reato, aiuterebbe i cittadini ad identificarsi con *il sistema di valori protetto dall'ordinamento giuridico*⁹⁹.

Concludendo, si può dunque affermare che la pena, in accordo con questa teoria, avrebbe una duplice funzione: da una parte, un effetto deterrente perché per il tramite della minaccia inibirebbe i consociati dal compiere un'azione delittuosa; dall'altra, invece, un effetto di persuasione, dal momento che l'applicazione di una pena per una determinata fattispecie trasmetterebbe l'idea che *delinquere è male*¹⁰⁰.

⁹⁷ F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte generale*, XVI edizione (a cura di CONTI), Giuffrè, Milano, pp.691 ss.

⁹⁸ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale; op. cit.*, pp. 711 e ss.: “Platone nell'opera di Protagora fa dire a questo filosofo: ‘Chi voglia saggiamente punire, non infligge la pena come retribuzione per un atto ingiusto, ma punisce pensando all'avvenire, e perché la stessa persona non commetta di nuovo un'ingiustizia, e perché non lo faccia altri, dopo aver visto che quella è stata punita (...). La persona viene punita per servire da esempio e ammonimento”.

⁹⁹ *Ibidem*

¹⁰⁰ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 293 ss.

Le neuroscienze possono anche dire altro: esperimenti condotti su pazienti che presentano una lesione frontale ventromediale dimostrano in loro una sorte di “miopia del futuro”, tale per cui essi non riescono a sentire gli effetti della punizione proiettati nel tempo¹⁰¹. Si potrebbe prospettare una funzione retributiva¹⁰² della pena: il termine retribuire generalmente indica una compensazione; questo, infatti, è quello che accade quando viene applicata una sanzione penale in chiave retributiva¹⁰³.

La pena criminale è un male inflitto dallo Stato per retribuire¹⁰⁴ il male che un uomo ha inflitto ad un altro o alla società: si punisce perché è giusto, non perché la pena sia utile in vista di una qualsivoglia finalità.¹⁰⁵

La teoria retributiva, tuttavia, è stata oggetto di discussione da parte della più autorevole dottrina e ha assunto, nel corso del tempo, due orientamenti differenti, cioè quello della retribuzione morale e quello della retribuzione giuridica; i seguaci del primo ritengono che ci sia una perfetta coincidenza tra il male commesso e l'esecuzione di una pena, la quale, dunque, non può che essere la conseguenza naturale rispetto ad un comportamento negativo¹⁰⁶. Nella seconda declinazione, invece, si afferma che, solo con l'applicazione di una pena, lo Stato può ripristinare il potere perso a seguito della commissione del delitto, poiché il delitto è la disubbidienza alla volontà statale¹⁰⁷.

Insito all'interno dell'idea retributiva vi è il concetto di proporzione: la sanzione penale applicata, data la sua natura eminentemente compensativa,

¹⁰¹ A. R. DAMASIO, *L'errore di Cartesio*, op.cit., pp. 297-298.

¹⁰² *Ibidem*, “costoro sono ancora sensibili a ricompensa e punizione, ma né l'una né l'altra contribuiscono al marcatamente automatico o al dispiegamento prolungato di previsioni di esiti futuri, cosicché risultano favorite le opzioni immediatamente premianti [...] nei pazienti con lesioni ai lobi frontali è profondamente accentuata quella che può essere una tendenza di base affatto normale: puntare sull'oggi invece di investire sul domani” [...].

¹⁰³ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Giuffrè, Milano, 2018: Kant ha scritto: “Anche se una società civile, con tutti i suoi membri, decidesse di sciogliersi (ad es., il popolo che vive in un'isola decidesse di separarsi e di disperdersi in tutto il mondo), bisognerebbe prima giustiziare l'ultimo assassino che si trovasse in carcere, perché ciascuno soffra ciò che meritano i suoi comportamenti, e perché non pesi la colpa del sangue sopra il popolo che ha rinunciato a punirlo”.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 683 ss.: l'A. sostiene che un'esigenza profonda e incoercibile della natura umana che il male sia retribuito col male, come il bene merita un premio; poiché il delitto costituisce una violazione dell'ordine etico, la coscienza morale ne esige la punizione”.

¹⁰⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale, op.cit.*, l'A. afferma che “il delitto è ribellione del singolo alla volontà della legge e, come tale, esige una riparazione che valga a riaffermare l'autorità dello Stato.”

dovrà essere proporzionata alla gravità del reato commesso¹⁰⁸. Questo assunto ha una portata fortemente garantistica poiché comporta il prodursi di due conseguenze i cui effetti si riverberano ancora oggi sul processo applicativo di una sanzione penale: in primo luogo, giacché è la colpevolezza che richiede la comminatoria o meno di una pena, il reo sarà considerato persona anche al momento della sua punizione; in secondo luogo, invece, il potere statale troverà una forte limitazione considerato che dovrà attenersi alla colpevolezza del reo¹⁰⁹. Tuttavia, anche questa tesi, al cospetto delle neuroscienze, perde la sua validità intrinseca, essendo difficoltoso garantire una comprensione del male commesso da parte di soggetti affetti da patologie che, interferendo nel momento ideativo dell'azione, ne comportano una non assoluta conferibilità in termini di riprovevolezza per *l'actio sceleris*. In tale ottica, diviene complicato comprendere il significato di quanto compiuto, nonché una impossibilità pratica di postulare un concetto, *rectius* funzione, di pena che possa inquadrare i soggetti «non colpevolmente in colpa»¹¹⁰. Per quanto sembrerebbe riferirsi alla sola funzione di pena, è abbastanza evidente quanto un *deficit* in questi termini possa comportare delle ripercussioni sul concetto di responsabilità e, prima di questa, di imputabilità.

Parte della dottrina, a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione 2005, ritiene di far rientrare nel concetto di infermità non solo quei disturbi che in concreto abbiano l'attitudine a compromettere gravemente la capacità di percepire il disvalore del fatto commesso, quanto anche di recepire il significato del trattamento punitivo¹¹¹. Si potrebbero, altresì, ritenere ricompresi nel concetto di infermità tutti quei disturbi collegati alla impossibilità di collegare l'azione alla sua rimproverabilità di percepire l'incompetenza empatica e di compassione da parte di alcuni soggetti¹¹².

9. Il complesso rapporto tra giustizia penale e scienze psichiatriche

Tanto premesso in tema di dolo e colpa, esaurite, dunque, le divagazioni possibili sulla complessità del dialogo tra diritto e scienza, si ripropone il quesito circa l'atteggiarsi dei rapporti tra giustizia penale e scienze psichiatriche¹¹³.

¹⁰⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale, op.cit.*, p. 696.

¹⁰⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale, op.cit.*

¹¹⁰ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave, op.cit.* p. 556.

¹¹¹ I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?* op.cit. pp.51 e ss.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ P.M. FOUCAULT, *Io, Pierre Riviere, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello...Un caso di parricidio nel XIX secolo*, Giappichelli, Torino, 1976.

Un quesito fortemente condizionato dalla problematica della imputabilità – di cui non ci occuperemo in tale sede – e che tende a riproporsi al cospetto della mutevole disciplina in tema di responsabilità sanitaria, definita come una delle grandi questioni della modernità¹¹⁴. Nello specifico, la questione della responsabilità medica è stata oggetto di numerosi scontri tra diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali ancora attuali.

Alla base del dilemma vi è l'esigenza di porre un limite alla colpa del medico e, allo stesso tempo, cercare un argine all'incremento del contenzioso giudiziario tra medico e paziente. Si è fatta strada una illusione secondo la quale la malattia e la morte possono essere curate o addirittura evitate: i pazienti, per ciò solo, sono diventati meno disponibili psicologicamente all'accettazione del possibile esito infausto di una operazione o di un trattamento medico mostrando sempre più diffidenza rispetto all'operato di quest'ultimo.

La sempre maggiore accessibilità alle informazioni, alla conoscenza, allo studio delle patologie hanno, inevitabilmente, innescato nei pazienti un distacco dall'immaginario collettivo del medico infallibile, rendendoli decisamente più inclini a criticare¹¹⁵; il medico diventa un capro espiatorio in quanto unico soggetto all'interno della complessa struttura sanitaria, che risponde direttamente anche quando l'evento si sia verificato per cause che prescindono dal suo operato¹¹⁶. Ma ancor prima di indugiare sul rapporto di contatto sociale che vi è tra medico e paziente, vi è da chiedersi quanto gli psichiatri siano disposti ad instaurare una collaborazione stretta con i giudici, partecipando attivamente alla soluzione dei possibili problemi di controllo sociale¹¹⁷?

Quello della psichiatria diventa un campo incerto, in quanto non pochi dubbi sorgono con riferimento alla fase di accertamento del vizio di mente. Diverse sono le critiche dirette a denunciare una discrezionalità eccessiva insita in tale accertamento che rasenterebbe, talvolta, la verifica della seminfermità del paziente.

¹¹⁴ A. FIORI – D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 5.

¹¹⁵ F. PALAZZO, *Responsabilità medica, disagio professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1061 ss.

¹¹⁶ L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale criminogeno*, in *Riv.it. med. Leg.*, 2011, pp. 1085 ss.; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012; A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, Giappichelli, Torino, 2009.

¹¹⁷ A. CARAMICO, *Imputabilità e disturbi della personalità in Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive. Criteri giuridici e conoscenze scientifiche nella valutazione della responsabilità penale* a cura di N. INGINO – R. SCARFATO, Cleup, Salerno, 2016.

Vi è da chiedersi: ma l'incapacità¹¹⁸ esclude la facoltà di comprendere l'illiceità del fatto o meno? Se l'imputabilità è funzionale al giudizio di colpevolezza, il quale implica la conoscenza o la conoscibilità della norma disattesa per divenire destinatario della pretesa punitiva¹¹⁹, non sarebbe più corretto mettere in relazione l'incapacità con la facoltà di comprendere l'illiceità del fatto¹²⁰?

¹¹⁸ Cfr. M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹¹⁹ Sul diritto penale come pretesa punitiva si veda, A. ABUKAR HAYO, *Lineamenti generali della pretesa punitiva. Manuale di diritto penale italiano. Parte generale – Tomo primo*, Giappichelli, Torino, 2010.

¹²⁰ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 231 ss.

IL CONCETTO DI “CRISI” E LA RIFORMA DEL DIRITTO PENALE FALLIMENTARE

The concept of “crisis” and the reform of bankruptcy crimes

di

Andrea Pantanella*

Il contributo si pone l'obiettivo di affrontare la difficile situazione, in cui si trova il diritto penale fallimentare. In particolare, viene utilizzato, come angolo di visuale, il reato di bancarotta da concordato preventivo, del quale vengono analizzate le indeterminanze e la lesività. La conclusione dell'articolo porta a considerare ormai rotto il tradizionale binomio tra insolvenza e bancarotta.

The paper aims to address the difficult situation in which the bankruptcy criminal law finds itself. In particular, as a point of view, the crime of bankruptcy from composition with creditors is used, of which the indeterminacies and the harmfulness are analysed. The conclusion of the article leads us to consider the traditional combination between insolvency and bankruptcy crimes now broken.

SOMMARIO: 1. Introduzione: una materia indeterminata – 2. L'importanza della bancarotta da concordato preventivo – 3. Il paradigma sanzionatorio e il piano della lesività. – 3.1. Linee di fondo dell'analisi. – 3.2. Unitarietà e coerenza dell'ordinamento: l'istituto delle esenzioni dai reati di bancarotta. – 3.2.1. La *ratio* dell'istituto delle esenzioni dai reati di bancarotta. – 3.2.2. Il piano della lesività della bancarotta da concordato preventivo: lo stato di crisi e lo stato di insolvenza.

1. Introduzione: una materia indeterminata

“Quando gli adulti nominavano qualche oggetto e, proferendo quella voce, facevano un gesto verso qualcosa, li osservavo e ritenevo che la cosa si chiamasse con il nome che proferivano quando volevano indicarla”. Così, nelle *Confessioni*, Agostino ricorda il modo in cui apprese di quali cose le parole fossero segni. Successivamente, sulla base di queste riflessioni, col lavoro di Frege, Russel o Wittgenstein, tra gli altri, nasce l'odierna filosofia del linguaggio.

* Assegnista di ricerca in Diritto Penale presso Sapienza Università di Roma

Il problema del linguaggio della disposizione, del suo significato, della sua determinatezza o indeterminatezza affligge il mondo giuridico, specie quello penalistico, il quale, come noto, è ancorato al principio di legalità e ai suoi sottoprincipi o corollari². Ebbene, il diritto penale fallimentare non ne è esente³. Anzi. La difficoltà di comprendere il suo linguaggio rappresenta proprio uno dei principali problemi che da tempo lo tormentano⁴. Come noto, infatti, il diritto fallimentare, o meglio il diritto della crisi d’impresa e dell’insolvenza, appare scomposto in due “faglie” separate: da un lato, si rinviene il versante civilistico, disciplina da anni in fermento ed in continua evoluzione; dall’altro, si rinviene, invece, il versante penalistico, il quale, al contrario, è rimasto per lo più immobile e sordo ai venti di cambiamento. Pertanto, rimanendo nel campo della scienza

² Con riferimento alla determinatezza e precisione delle norme, si veda, *ex multis*, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, 1979, p. 53 ss., dove il concetto di determinatezza della norma penale viene messo in relazione al principio di certezza del diritto, in via strumentale rispetto alla libertà personale degli individui; *ID.*, *Legge penale*, in *Digesto. Discipline penalistiche*, Utet, 1993, p. 355; con riferimento, invece, al linguaggio del diritto, si veda U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, 1985; con riferimento alla vaghezza delle norme e al concetto di lacuna, si veda C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, 1990, p. 403 ss. Per uno sguardo comparato, si veda, tra gli altri, con riferimento all’ordinamento anglosassone, BIX, *Law, Language and Legal Determinacy*, Clarendon Press, 1996; con riferimento all’ordinamento francese, AMSELEK, édit., *Théorie des Actes de langage, Ethique et Droit*, 1986 (Contributions de J. Bouveresse, F. Recanat, J. Jayez, F. Jacques, P. Ricoeur, P. Amselek, C. Grzegorzczak, N. Mac Cormick, Z. Bankowski, M. van de Kerchove, G. Cornu), in *Droit et société*, n. 4, 1986, p. 468-469.

³ Cfr. C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984, vol. II, p. 1111 ss., il quale definisce “L’enigma della bancarotta” tale delicata, quanto irta d’asperità, disciplina. E prosegue affermando che “con Giacomo Delitala, la dottrina della bancarotta volta pagina: le costruzioni presuntive, che tramandavano la contaminazione plurisecolare di fallimento e reato, vengono definitivamente archiviate; l’indocile provincia viene saldata al dominio penalistico”. G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, ristampato in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, 1976, vol. II, p. 723, il quale asserisce che “contro queste dottrine, noi invece assumiamo che il reato di bancarotta non è affatto figura abnorme e ripugnante alle teorie generali della nostra scienza”.

⁴ In ottica comparata, con riferimento al diritto penale dell’economia, si veda, REIMANN-ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2019. Per quanto riguarda l’ordinamento francese, invece, DELMAS-MARTY – G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit des affaires*, Editions Dalloz, 2000; P. LARGUIER- CONTE, *Droit penal des affaires*, Armand Colin, 2004; VERON- BEASSONIE, *Droit penal des affaires*, Editions Dalloz, 2019. Per quanto riguarda l’ordinamento tedesco, si veda KUDLICH- OGLAKCIOGLI, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, 2020; TIEDRMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Vahlen, 2017. Per quanto riguarda l’ordinamento spagnolo, si veda BAJO- BACIGALUPO, *Derecho penal economico*, *Editorial Universitaria Ramón Areces*, 2010; BIDASOLO- MARTIN, *Derecho penal economico y de la empresa*, *Editorial Tirant lo Blanch*, 2020; MARTINEZ- PEREZ, *Derecho penal economico y de la empresa*, *Editorial Tirant lo Blanch*, 2022; TIEDMANN, *Derecho penal economico*, 2010.

geofisica, il rischio collaterale che sembrerebbe profilarsi potrebbe essere quello di un “terremoto”, inteso nel senso di una situazione di elevata incertezza e vasta confusione all’interno del sistema della crisi di impresa.

Sotto questo profilo, in via di estrema sintesi, il diritto civil-fallimentare ha decisamente cambiato rotta, sospinto anche da venti d’ispirazione straniera, con particolare riferimento agli ordinamenti anglosassoni: il sistema è ormai impostato per affrontare la crisi di impresa, in modo da recuperarla e conservarla e non giungere alla sua liquidazione; per questo lo strumento concorsuale principe non è più considerato il fallimento, bensì il nuovo concordato preventivo (oltre alle nuove operazioni caratterizzate dalla medesima finalità).

Per secoli, il diritto fallimentare (inclusi i profili attinenti alla sanzione penale) è ruotato attorno all’istituto del fallimento, ossia ad uno strumento di natura spiccatamente liquidatoria ed espropriativa. Fin dal medioevo, lo *ius mercatorum* – ovvero il diritto creato dagli stessi “mercanti” per regolare i rapporti commerciali – poneva al centro del sistema il concetto dell’insolvenza, che veniva considerata un gravissimo danno per la società e che doveva essere repressa in maniera risoluta; in questo contesto, venne messa a punto la procedura di fallimento⁵. Un sistema in tal guisa congegnato ha resistito per secoli, fino a che, con le profonde crisi dei tempi moderni, si è cambiata completamente prospettiva. La nuova disciplina è, invero, improntata a ricomporre la situazione di difficoltà economico-finanziaria della azienda, attraverso interventi di c.d. ristrutturazione.

Dall’altra parte, il diritto penal-fallimentare è stato oggetto di limitati e parziali interventi che non hanno sortito alcun effetto, con il deludente risultato di ottenere una disciplina totalmente disomogenea e sconnessa: l’attenzione rimane del tutto concentrata sul reato di bancarotta e sul tradizionale istituto del fallimento, lasciando ben poco spazio alle soluzioni concordate della crisi di impresa. Proprio nel tentativo di adeguarsi a siffatta nuova realtà, il legislatore penale, disattendendo tuttavia tali propositi, è intervenuto con la c.d. mini-riforma fallimentare (legge del 6 agosto 2015 n. 132, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 27 giugno 2015 n. 83), riformulando gli artt. 217-*bis* (precedentemente introdotto per mezzo del d. l. 31 maggio 2010, n. 78), 236 e 236-*bis* l. fall. Si tenga presente, come noto, che il sistema della crisi di impresa ha subito un nuovo grande intervento riformatore, per mezzo del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che ha introdotto il nuovo Codice della crisi d’impresa. Tuttavia,

⁵ Sul punto, si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, 2001.

anche in questo caso, a fronte di una considerevole mole di mutamenti e innovazioni – anche epocali, come l’eliminazione del termine “fallimento” o l’introduzione di un vero e proprio Codice che disciplina l’intera materia –, l’ambito penale sembra essere stato trascurato. In effetti, la legge delega ha imposto dei mutamenti unicamente nel “campo commercial-civilistico”, concedendo al “campo penalistico” solamente i necessari adattamenti, facendo salva “la continuità delle fattispecie incriminatrici”. Anche se chiaramente le modifiche, pur se in via riflessa, proprio in virtù della stretta connessione delle discipline, vi sono state e non di poco conto⁶. La materia, quindi, vive una situazione di forte incertezza, a questa si aggiungono le difficoltà derivanti dalle recenti modifiche apportate tanto al testo della legge fallimentare (si pensi al d.l. n. 118 del 2021, conv. nella l. n. 147 del 2021), quanto al testo del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (si pensi al d. lgs n. 83 del 2022)⁷. Ma i problemi non si fermano qui. Ulteriore questione, inoltre, è rappresentata dalla valutazione se, in linea generale, il diritto penale fallimentare (e quindi il diritto penale della crisi d’impresa) non sia stato costruito in funzione sanzionatoria rispetto agli obblighi specifici imposti al debitore dalla disciplina privatistica: e, quindi, se le condotte penalmente rilevanti siano state descritte in piena autonomia rispetto alle procedure concorsuali. Ricorda, tuttavia, il Pedrazzi che “di matrice civilistica è la soggezione del patrimonio del debitore che sta a fondamento della tutela del diritto di credito; nessuna dipendenza, invece, sul piano della fattispecie: la tutela va per la sua strada, affiancandosi a quella civile e non sovrapponendosi ad essa”⁸.

⁶ Sul punto si veda M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. Pen.*, 2019, cit., p. 488 ss.; si veda anche R. BRICCHETTI, *Il Codice della crisi d’impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge penale*, in www.penalecontemporaneo.it, f-8/2019, p. 75 ss.; oppure P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche “a prima lettura” sul progetto di codice della crisi e dell’insolvenza*, in *diritto penale contemporaneo*, 5, 2018, p. 91 ss.

⁶ Con riferimento alla nuova disciplina del concordato preventivo a seguito dell’introduzione del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, si veda, *ex multis*, R. BROGI, *Il concordato con continuità nel codice della crisi*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 845 ss.; oppure M. ARATO, *Il concordato con continuità nel codice della crisi d’impresa*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 855 ss.; o ancora P. F. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti nel passaggio dalla legge fallimentare al CCII*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 864 ss.

⁷ Sul tema, si veda A. MAMGIONE, *Il D. Lgs. n. 83/2022 e il nuovo diritto della crisi d’impresa e dell’insolvenza: riflessioni penalistiche*, in *Leg. Pen.*, 09/04/2023.

⁸ Cfr. C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *AA.VV., Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984, vol. II, p. 1115. Sul tema del diritto penale sanzionatorio, si veda T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, 2006, p. 37 ss., secondo cui si assiste ad una tendenza ad inserire sempre più spesso fattispecie penali in leggi speciali; il che

In questo senso, è innegabile che i reati della crisi d’impresa e dell’insolvenza, in virtù del loro stretto collegamento con le discipline privatistiche affini, presentino forti difficoltà di comprensione. Ciò è evidente, se si riflette come il fatto tipico sia spesso ricavato attraverso fonti extra-penali.

Invero, la specificità, da cui invero promanano le difficoltà interpretative del diritto penale della crisi d’impresa (o, precedentemente, diritto penale fallimentare) risiede proprio nel fatto che nel nostro ordinamento il giudice penale, nonostante l’introduzione del codice della crisi di impresa, rimane vincolato – nel sanzionare i reati di bancarotta – ad un provvedimento del competente tribunale civile (la sentenza di fallimento o di liquidazione giudiziale per i reati di bancarotta tradizionali e il decreto di omologazione del concordato preventivo per la bancarotta c.d. da concordato preventivo). Il giudice penale, dunque, non può che prenderne atto: è il giudice civile che accerta i presupposti delle procedure concorsuali cui viene assoggettata la società; in questo caso, il giudice penale non può né intervenire in caso di sua inerzia, né rivalutare nel merito la decisione del giudice civile. Peraltro, proprio al fine di adeguare le due discipline, recentemente, è stata istituita una Commissione ministeriale, la “Commissione Bricchetti”, che ha lavorato sulla parte penalistica e di cui aspettiamo gli sviluppi⁹.

Al momento, in ogni caso, occorre indicare che l’art. 390 CCI, che detta la disciplina transitoria del codice della crisi d’impresa, afferma che tutti i ricorsi o le proposte relative alle procedure concorsuali già depositati, quelli in pendenza o anche quelli ormai aperti prima dell’entrata in vigore del codice (15 luglio 2022) continuano ad essere definiti secondo le disposizioni della legge fallimentare, ivi comprese le disposizioni penali. Pertanto, si è venuto a creare un doppio binario: per le procedure non ancora definite al 15 luglio 2022, continuerà ad applicarsi la legge fallimentare; per le procedure sorte successivamente al 15 luglio 2022, si applicheranno le disposizioni del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

implicherebbe “un ruolo meramente sanzionatorio” che la norma penale assumerebbe nei confronti della disciplina extrapenale. In tal modo, il reato verrebbe ad essere configurato secondo i caratteri della “disobbedienza” e in contrasto con la funzione della protezione dei beni giuridici; con gravi conseguenze, come la caduta del livello di tassatività della previsione legale e la spinta verso un eccesso di penalizzazione irragionevole e indiscriminato.

⁹ Costituita dal D. M. 13 ottobre 2021. In generale sulle proposte avanzate dalla Commissione Bricchetti, si veda F. MUCCIARELLI, *Proposta di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione Bricchetti*, in www.sistema.penale.it, 07/07/2022; *Id.*, *Crisi d’impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1001; M. SCHIAVO, *Le proposte della Commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria*, in *Leg. Pen.*, 20/03/2023.

2. L'importanza della bancarotta da concordato preventivo

Il quadro che ne esce si pone quale un groviglio difficile da sciogliere, ma che vale la pena risolvere, alla luce dell'importanza delle procedure di ricomposizione della crisi che nel nostro ordinamento stanno assumendo una rilevanza centrale. All'interno di tale situazione, il concetto di crisi viene in rilievo, in particolar modo, facendo riferimento alla figura della bancarotta c.d. concordataria, disciplinata all'art. 236 co. 2 l. fall. e all'art. 341, co. 2 CCI¹⁰. Si tratta, infatti, di uno dei pochissimi casi in cui il legislatore ha preso in considerazione procedure diverse dal tradizionale fallimento. Originariamente, si faceva riferimento alle procedure del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata, quest'ultima successivamente abrogata. Inoltre, come si avrà modo di illustrare, la disposizione in parola potrebbe rappresentare il vero punto di rottura della tradizionale disciplina penale-fallimentare. Ed infatti, a seguito della introduzione del nuovo concordato preventivo – realizzata mediante una serie di interventi riformatori succedutesi nel tempo, a partire da quello del 2005 che ha mutato la situazione di equilibrio originaria introducendo il concetto di "stato di crisi" come presupposto della procedura del concordato preventivo, posto che precedentemente sia il fallimento sia lo stesso concordato preventivo si poggiavano entrambi sullo "stato di insolvenza" –, la disciplina della c.d. bancarotta da concordato preventivo risulta ai limiti della ragionevolezza costituzionale, laddove il presupposto fattuale dello stato di crisi, sulla base delle ultime modifiche avute con l'introduzione del codice della crisi di impresa, appare ormai reso

¹⁰ In merito all'art. 236 l. fall., si veda, *ex multis*, C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2003, p. 961 ss.; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penali*, cit., p. 279 ss.; A. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, E. AMBROSETTI - E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 388 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, a cura di A. Rossi, Giuffrè, 2022, p. 358 ss.; A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. PALAZZO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, Giuffrè, 2014, p. 264 ss. Per uno sguardo in giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Sez. V, 20 aprile 2022, n. 19540, in *C.E.D. Cass.*, n. 283073 – 01, secondo cui in tema di reati fallimentari, la punibilità delle condotte di bancarotta fraudolenta societaria, di cui all'art. 223 legge fall., tenute nell'ambito delle procedure concorsuali prefallimentari e sanzionate dall'art. 236, comma 2, n. 1 e comma 3, legge fall., non può essere estesa alle condotte connesse agli accordi di ristrutturazione cd. ordinari di cui all'art. 182-bis legge fall., non essendo consentite interpretazioni analogiche in "*malam partem*"; anche Sez. V, 8 giugno 2022, n. 26435, *ivi*, n. 283402 – 01, secondo cui in tema di reati fallimentari, le condotte di bancarotta poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo, anche nel caso in cui la società non sia poi dichiarata fallita, rientrano nell'ambito previsionale dell'art. 236, comma secondo, n. 1), legge fall., che, in virtù dell'esplicito richiamo del precedente art. 223, punisce i fatti di bancarotta fraudolenta impropri commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite.

definitivamente autonomo rispetto al presupposto (diverso ed ulteriore) dello stato di insolvenza.

L'art. 236 l. fall., come si diceva, ha subito consistenti modifiche nel tempo, anche prima dell'introduzione del codice della crisi d'impresa, modifiche avvenute tanto per sottrazione, che per aggiunta. Quanto alle prime, segnatamente, si allude alla scomparsa della procedura dell'amministrazione controllata, attuata attraverso il d. lgs. n. 5 del 2006, il quale ha abrogato il titolo IV della legge fallimentare del 1942 ed eliminato all'interno della fattispecie di cui all'art. 236 l. fall. ogni riferimento alla detta procedura.

Chiaramente, tale intervento legislativo ha posto problematiche interpretative con riferimento alle vicende di natura intertemporale¹¹. A porre un punto ci hanno pensato le Sezioni della Corte di cassazione, con la nota pronuncia Rizzoli, le quali hanno statuito come tale modifica abbia determinato l'abolizione del reato di bancarotta societaria connessa alla procedura dell'amministrazione controllata¹². Quanto, invece, alle modifiche attuate "per aggiunta", si deve considerare che, a seguito della legge 6 agosto 2015, n. 132, l'art. 236 ha visto allargare il proprio campo di applicazione, che ha finito per ricomprendere al suo interno anche gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria. Ma non finisce qui, perché, in piena crisi economica da pandemia e nel tentativo di adeguare la disciplina alla Direttiva EU n. 1023 del 2019, il legislatore, per mezzo del d.l. n. 118 del 2021, convertito nella legge n. 147 del 2021, ha deciso di intervenire sul testo della pensionanda legge fallimentare, introducendo, da un lato, rilevanti figure tese a scongiurare la crisi irreversibile delle aziende, come la procedura della composizione negoziata della crisi o come una nuova forma di concordato preventivo semplificato e liquidatorio; dall'altro, andando anche a ritoccare lo stesso testo del 236 l. fall. Nello specifico al terzo comma della disposizione citata, si deve far ora riferimento agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, alla convenzione di moratoria e all'omologa degli accordi di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis*, co. 4, terzo e quarto periodo. Per quanto concerne, invece, il medesimo reato disciplinato all'interno del nuovo CCI, nella nuova disposizione, l'art. 341 CCI, inizialmente sono richiamati gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, gli accordi di convenzione di moratoria e l'omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi degli artt. 61, 62 e 63-*bis* CCI. Pertanto, nonostante la legge delega nulla

¹¹ Cfr., M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 275 ss.; A. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, cit., p. 152 ss.

¹² Cfr. Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4113 ss.

prevedesse sul punto, il nuovo codice della crisi di impresa ha espunto il rinvio agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari (art. 182-*bis* l. fall.) inserendo, in luogo di questi, i c.d. accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 61 CCI). Ma le modifiche al terzo comma non si esauriscono qui. Come si è anticipato, infatti, quest’ultimo è stato ulteriormente modificato dal d. lgs. n. 83 del 2022, sulla base del quale vengono ora a rilevare gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, la convenzione di moratoria e l’omologa degli accordi di ristrutturazione *ex* art. 63, co. 2-*bis* CCI. Si deve, pertanto, evidenziare come la disposizione in parola, sia nella formulazione presente nella legge fallimentare, sia in quella nuova adottata nel codice della crisi d’impresa, mostra diverse criticità, disvelando enormi questioni di legittimità costituzionale, con particolare riferimento al rispetto del principio di ragionevolezza.

3. Il paradigma sanzionatorio e il piano della lesività

3.1. Linee di fondo dell’analisi

Al fine di valutare la necessarietà e, al contempo, il piano della lesività della fattispecie criminosa in parola, occorre anzitutto liberare il campo dallo spettro di una norma costruita su un ruolo meramente “sanzionatorio” nei confronti della disciplina civil-commerciale. In quest’ottica, si deve verificare che il reato di bancarotta da concordato preventivo non si ponga in un ruolo meramente secondario e sussidiario rispetto alla disciplina extra-penale, bensì che possieda un carattere autonomo, seppur di *extrema ratio*¹³.

Pertanto, necessita accertare il piano della lesività di tale incriminazione e valutare, inoltre, il suo rapporto con l’ordinamento e con le altre branche del diritto che intervengono in materia di concordato preventivo. Invero, la tendenza degli ultimi decenni è rappresentata dall’inserimento di fattispecie penali in leggi speciali, con un ruolo unicamente sanzionatorio. In questo modo, il reato verrebbe ad essere costituito sul carattere della “disobbedienza” e non a tutela dei beni giuridici, con conseguente perdita del

¹³ Sul punto è chiarissimo C. PEDRAZZI, *Le role sanctionnateur du droit penal*, in *Diritto penale, I, Scritti di parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 190 ss., secondo cui solamente quei comportamenti che meritano un rimprovero serio possono essere sanzionati col ricorso alla pena: la stigmatizzazione da parte del legislatore penale deve trovare una eco nella coscienza sociale.

livello di tassatività della previsione legale e spinta verso una irragionevole ipertrofia delle fattispecie penali¹⁴.

Come noto, la teoria del “diritto penale sanzionatorio”, secondo cui il diritto penale avrebbe una funzione secondaria e sanzionatoria, di mero supporto attraverso la propria sanzione rispetto ai precetti e alle sanzioni degli altri rami del diritto, elaborata da Karl Binding e riproposta in Italia dal Grispigni, è ormai definitivamente respinta¹⁵. Tale teoria, in via di estrema sintesi, andrebbe a trascurare l'autonomia tecnica e funzionale dello strumento penalistico. Tuttavia, occorre fare attenzione, in quanto non si può nemmeno non considerare il principio di sussidiarietà, fortemente tipico del diritto penale. La pena, infatti, rappresenta l'*ultima ratio* cui ricorrere una volta esauriti tutti gli altri strumenti di tutela e, di conseguenza, il diritto penale non può precedere, ma può solamente intervenire successivamente agli altri settori dell'ordinamento. Ma questo, lo si ribadisce, non può comportare la subordinazione nozionale e funzionale del diritto penale nei confronti delle altre branche del diritto¹⁶. In quest'ottica, si deve rammentare come, per procedere all'applicazione della sanzione punitiva, il giudice penale, in linea di massima, non sia vincolato a precedenti valutazioni di altri giudici o autorità amministrative¹⁷.

¹⁴ In questi termini, T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, 2006, p. 37 ss.

¹⁵ K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Leipzig : Wilhelm Engelmann, 1872, p. 73 ss., secondo il quale, sulla base della *Normentheorie*, la funzione della legge penale si ridurrebbe alla determinazione delle conseguenze giuridiche di un illecito, entrando in gioco solamente successivamente ad una infrazione ormai compiuta e di natura extra-penale; dello stesso avviso F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Giuffrè, 1952, p. 232 ss., che affermato come ogni condotta costituente reato sarebbe sempre vietata anche da un'altra norma di diritto privato o di diritto pubblico e, conseguentemente, ogni reato integrerebbe preventivamente un illecito di natura non penale. In questo modo, la sanzione penale servirebbe unicamente a completamento e rafforzamento di un'altra sanzione, stabilita dalla norma giuridica che “antecedentemente” al diritto penale ha vietato la stessa condotta.

¹⁶ Sul punto, si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 36 ss., secondo il quale, in realtà, il diritto penale rappresenta la più antica forma storica di manifestazione del diritto e, ancora oggi, disciplina vari settori autonomamente e senza riferimento alle categorie di altre branche del diritto.

¹⁷ Sul punto, *ibidem*, secondo il quale anche quando l'illecito penale è costruito su di un evento lesivo che fa contemporaneamente da presupposto a illeciti extra-penali, la sua autonomia può riemergere sotto due ruoli: *i*) con riferimento al principio di frammentarietà, sulla cui base spesso l'illecito penale non abbraccia qualsiasi lesione del bene protetto, ma rimane circoscritto a specifiche forme di aggressione tipizzate dalla fattispecie incriminatrice; *ii*) con riferimento al fatto che anche quando il diritto penale richiama direttamente concetti e categorie propri di altri settori dell'ordinamento, le specifiche esigenze dell'imputazione penalistica possono richiedere che il significato di questi concetti venga ricostruito in via autonoma.

Al contrario, la specificità, da cui invero promanano le difficoltà interpretative, del diritto penale della crisi d'impresa risiede proprio nell'accennato fatto che il giudice penale rimane vincolato – nel sanzionare i reati di bancarotta – ad un provvedimento del competente tribunale civile (la sentenza di liquidazione giudiziale e la sentenza di fallimento per i reati di bancarotta tradizionali e il decreto di omologazione del concordato preventivo per la bancarotta c.d. da concordato preventivo); nonché dall'evenienza per cui il fatto tipico, come detto, sia spesso ricavato attraverso fonti extra-penali. Chiaramente, un simile situazione mette in difficoltà l'interprete penale, abituato a ragionare su schemi concettuali, che mal si conciliano con i tecnicismi tipici del diritto privato. Occorre, pertanto, riportare tali fattispecie alle esigenze proprie del diritto penale, su tutta la volontà colpevole¹⁸. Ma non solo. Nel reato, infatti, a differenza degli altri tipi di illecito, si distingue tra illecito e antiggiuridico (soggettivamente qualificato) e responsabilità (pena, misura di sicurezza, danni da reato, secondo i rispettivi presupposti ulteriori: colpevolezza, pericolosità, ecc.). L'illecito civile, invece, sia contrattuale sia extracontrattuale risulta ancora prevalentemente incentrato sul concetto di danno, quale categoria essenziale ad una compiuta definizione di una condotta anti-precettiva e antiggiuridica come "fatto illecito" suscettibile di dar luogo alla responsabilità civile.

In tale tipologia di illecito, infatti, il danno costruisce sia misura esclusiva della sanzione, rendendo estremamente complesso definire la stessa compiuta illiceità civilistica a prescindere dal danno stesso; pertanto, in assenza di tale elemento, ci trova di fronte ad una condotta anti-precettiva e contra ius – sul piano del disvalore o della lesione –, ma il fatto illecito non può risultare consumato¹⁹.

In definitiva, la sanzione civile – con particolare riferimento all'illecito civile extracontrattuale - può anche giungere a sostituire del tutto quella penale, nel momento in cui il relativo illecito sia stato de-criminalizzato, ma non ogni sua funzione, come, ad esempio, quella di prevenzione-integrazione o quella di

¹⁸ Sul tema, si veda T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. It. Dir. Proc. It.*, 1987, p. 798 ss.

¹⁹ In questi termini, M. DONINI, (voce) *Teoria del reato*, in *Digesto delle discipline penali*, 1999, p. 248 ss., secondo cui se non c'è danno manca un requisito imprescindibile della sanzione, oltre che per determinare la sua entità. Nell'illecito civile, infatti, si usa distinguere tra il fatto illecito comprensivo dell'evento ingiusto primario (lesione di un diritto) e la responsabilità, collegata a una situazione obiettiva da ripristinare, ovvero ai danni (anch'essi ingiusti) conseguenti alla condotta illecita come evento secondario; oppure, si veda C. F. GROSSO, *Sulla rilevanza di principi e norme penali in ordine a taluni aspetti dell'elemento soggettivo nell'art. 2043 c.c.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1962, p. 63 ss.

risocializzazione; così come non può costituire un “modello” per la pena, neppure per alcune tipologie di sanzioni penali, come la riparazione del danno²⁰, forme sperimentate in Germania ed in Austria²¹.

Più sfumata, anche se forse meno rilevante con riferimento all’analisi in oggetto, appare l’irriducibilità del diritto penale alle tecniche di tutela proprie dell’illecito amministrativo²². Nonostante la legge n. 689 del 24 novembre 1981 abbia modellato la disciplina generale dell’illecito amministrativo su quella penale, le differenze persistono. Tutto è focalizzato sulla trasgressione: il disvalore personale-soggettivo del fatto è totalmente subordinato rispetto allo scopo preventivo e organizzativo della legge. Pertanto, l’autore della trasgressione è visto in una “dimensione sistemica di soggetto disfunzionale rispetto ad un ruolo, a una aspettativa di regolarità e di controllo sociale: la sua persona, le cause interne del suo agire, una volta posta la normale esigibilità dell’osservanza formale, sono obiettivamente secondarie²³.

Tornando all’illecito penale, C. Roxin afferma che, a partire dagli anni ‘70 l’approccio teleologico incontra un numero sempre crescente di adesioni, ponendo al centro l’azione tipica, il c.d. Tatbestand²⁴. L’illecito penale, in effetti, non può ridursi meramente ai concetti di colpevolezza o della finalità: esso non è necessariamente un fenomeno causale o cagionato finalisticamente. Così facendo, si rischia di trascurare quello che è il vero compito del diritto penale, ovvero proteggere dai rischi, per il singolo e per la società, rischi intollerabili da un punto di vista politico-sociale. Invece, è proprio a partire da tali compiti del diritto penale che si può enucleare il secondo polo del sistema del diritto criminale, la responsabilità: mentre con la dottrina dell’illecito si risponde alla domanda relativa a quali fatti siano oggetto dei divieti penali, la categoria della

²⁰ Sul punto si veda sempre M. DONINI, (voce) *Teoria del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit. p. 249.

²¹ Per uno sguardo comparatistico, si veda H. J. HIRSCH, *il risarcimento del danno nell’ambito del diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, 1991, p. 277 ss.; o anche C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, p. 3 ss.; *Id.*, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, p. 865 ss.

²² Sul punto, si veda M. DONINI, (voce) *Teoria del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1999, p. 250 ss.

²³ *Ibidem*, secondo cui, esclusa ogni prospettiva civilistica di danno, domina il campo solo il rischio, il pericolo astratto o presunto. Per uno sguardo comparatistico, si veda M. DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto penale amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, p. 731 ss.

²⁴ C. ROXIN, *Politica criminale del diritto penale*, in *Saggi di teoria generale del reato*, a cura di Sergio Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 178 ss.; diffusamente sul concetto di *Tatbestand*, si veda A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand*, Giuffrè, 1997, p. 11 ss.

responsabilità deve risolvere il problema dell'identificazione dei presupposti necessari affinché l'autore possa essere reso penalmente responsabile per l'illecito da lui realizzato²⁵.

Se si parte dal presupposto per cui la colpevolezza è, sì, una condizione necessaria, ma non sufficiente della punizione, allora alla colpevolezza deve sempre aggiungersi una necessità preventiva di punizione, secondo la via tracciata dall'evoluzione giuridica e dalle moderne teorie della pena²⁶.

Simile discorso è necessario per determinare ciò che in assoluto deve essere considerato punibile. Se la pena presuppone la colpevolezza, ma anche sempre una necessità preventiva di punizione, è conseguenza diretta di tale situazione che anche i presupposti della punibilità vadano rapportati ad una siffatta premessa. La categoria del reato che segue quella dell'illecito deve, quindi, rendere oggetto della valutazione, accanto alla colpevolezza, anche la necessità preventiva della sanzione penale e comprendere entrambi gli elementi nel concetto di “responsabilità”²⁷. Occorre, invero, non confondere i piani e ricordare che, in ogni caso, il compito del diritto penale è pur sempre quello della tutela

²⁵ C. ROXIN, *Politica criminale del diritto penale*, in *Saggi di teoria generale del reato*, a cura di S. MOCCIA, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 183. Sempre con riferimento ai concetti di colpevolezza e responsabilità penale, si veda, ex multis, M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant e Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, p. 1741 ss., il quale giunge alla conclusione che la colpevolezza, in realtà irriducibile all'elemento soggettivo che appartiene alla condotta e non alla persona e in questo senso appare incompatibile a rappresentare un presupposto della responsabilità penale.

²⁶ In tempi recenti, per uno sguardo comparato, anche se con un'attenzione transnazionale, il principio di precauzione sta assumendo significati nuovi, si pensi a quanto sostenuto da M. DELMAS-MARTY, *Una bussola dei possibili. Governance mondiale e umanesimo giuridico*, a cura di E. Fronza e C. Sotis, 1088Press, 2021, la quale ritiene che anticipare i rischi futuri significa combinare precauzione e azione. Il termine precauzione è diventato quasi un tabù poiché rimanda al “principio di precauzione”, spesso mal interpretato. Non lo si deve intendere come un principio che porta all'immobilismo, quanto piuttosto come un principio che incita a sviluppare dei metodi di ricerca e di valutazione che presuppongono trasparenza e rigore. Occorre definire in modo trasparente degli indicatori di rischio e utilizzarli, ponderarli in modo rigoroso, in quanto ci troviamo nel contesto di una logica a indicatori multipli: non si deve modificare la ponderazione in funzione del risultato che si vuole ottenere.

²⁷ In questi termini, ancora, C. ROXIN, *Politica criminale del diritto penale*, in *Saggi di teoria generale del reato*, a cura di Sergio Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 183 ss., secondo cui per quanto riguarda la commisurazione della pena, nella giurisprudenza tedesca, vale ancora la regola secondo cui la pena non può essere contenutisticamente sganciata né verso l'alto né verso il basso, dalla propria destinazione ad una giusta compensazione della colpevolezza. Il Maestro continua affermando che il contenuto di verità di tale tesi sta nel dato secondo cui la pena non può superare la misura della colpevolezza; ciò si spiegherebbe con la funzione di limite della punibilità, propria del principio di colpevolezza, che va riconosciuta illimitatamente quale esigenza dello stato di diritto.

sussidiaria di beni giuridici e del bisogno di tutela. Ecco che, dunque, l’analisi sulla necessità della sanzione penale prevista da delitto di bancarotta da concordato preventivo non può che prendere le mosse dal suo ruolo nell’ordinamento (rispetto ad altre tipologie di illecito) e dal suo grado di disvalore e di lesività dei beni giuridici tutelati²⁸.

3.2. Unitarietà e coerenza dell’ordinamento: l’istituto delle esenzioni dai reati di bancarotta.

3.2.1. La *ratio* dell’istituto delle esenzioni dai reati di bancarotta.

Al fine di valutare il carattere autonomo della bancarotta da concordato preventivo ex art. 236, co. 2, l. fall. (e art. 341 CCI), occorre, dunque, considerare il “contesto”, all’interno del quale tale delitto è chiamato ad operare. In particolare, si dovrà esaminare il rapporto tra la fattispecie incriminatrice e le norme che la disciplina della crisi d’impresa predispone in materia di concordato preventivo.

In quest’ottica, allora, risulta necessario introdurre nell’analisi, dopo aver dato delle minime coordinate di sistema, il recente istituto delle “esenzioni dai reati di bancarotta”, di cui all’art. 127-bis l. fall. (e art. 324 CCI). Proprio la delineata scissione tra le due anime del tradizionale diritto fallimentare e le profonde incongruenze che ne sono derivate sono alla base della nuova disposizione introdotta con il d. l. 31 maggio 2010, n. 78 (“Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”) convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122: l’art. 217-bis l. fall. che disciplina le esenzioni dai reati di bancarotta preferenziale e semplice.

La funzione della norma in esame, pertanto, è rappresentata dal ruolo di coordinamento che essa assume tra il versante civilistico e il versante penalistico

²⁸ Sul tema del principio della necessità della punizione, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza Editore, 2000, p. 362 ss., il quale, in via di estrema sintesi, mette in relazione tale concetto con il principio di stretta legalità. Secondo l’autore esiste, tra culture penalistiche e strutture formali degli ordinamenti penali, una reciproca interazione, che dipende dal nesso che lega la definizione teorica del reato e delle singole figure di reato, le definizioni legislative dei medesimi concetti e il carattere lato o stretto del principio di legalità penale. Non diversamente dal principio di mera legalità, anche il principio di stretta legalità, operando secondo la formula *nulla lex poenalis sine necessitatis* come norma di riconoscimento di tutte e non solo le leggi penali formulate validamente, ha per il giurista il valore di una regola metascientifica: precisamente, tanto quanto condiziona la validità delle norme penali alla denotazione tassativa delle figure di reato da esse definite, esso equivale ad una regola semantica sulle condizioni d’uso della parola “vero” non solo nella pratica penale, ma anche nella scienza giuridica.

della legge fallimentare²⁹. Risulta, pertanto, palese il cortocircuito venutosi a creare con riguardo al principio di non contraddizione dell’ordinamento, dal momento che talune operazioni erano considerate contemporaneamente lecite dall’ordinamento civile ed illecite da quello penale. Ecco, dunque, che, al fine di superare tale incoerenza ed, anzi, allo scopo proprio di incentivare l’utilizzo delle nuove tipologie di operazioni di soluzione negoziale della crisi, il legislatore è intervenuto introducendo il citato art. 217-*bis* l. fall.³⁰.

Nello specifico, la disposizione in esame è rubricata “esenzioni dai reati di bancarotta” e impone come le fattispecie incriminatrici della bancarotta preferenziale *ex art.* art. 216, co. 3 l. fall. e della bancarotta semplice *ex art.* 217 l. fall. non si debbano applicare ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di: *i*) un concordato preventivo; *ii*) un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell’art. 182-*bis* l. fall.; *iii*) un piano di cui all’art. 67, co. 3, lett. *d*); *iv*) un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell’art. 12 l. n. 3 del 2012; *v*) un pagamento o un accordo di finanziamento effettuati ai sensi dell’art. 182 *quinquies* l. fall.; *vi*) un’operazione di finanziamento effettuata ai sensi dell’art. 22-*quater*, co. 1, l. n. 116 del 2014. A ben vedere, però, simile intervento normativo ha provocato una moltitudine di problematiche e

²⁹ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 567. In particolare, lo scopo era costituito dal tentativo di porre rimedio all’incongruenza che si era venuta a creare a seguito della riforma della revocatoria fallimentare; oppure, in questo senso, si veda G. G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.* 2006, p. 1300 ss.

³⁰ Sul punto si veda M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 218, il quale testualmente afferma che simile stravolgimento ha causato incertezze e problemi, segnatamente la questione se l’espressa inapplicabilità del “rimedio civilistico” provochi dirette conseguenze in campo penale, con specifico riferimento alla eventuale irrilevanza del delitto di bancarotta preferenziale negli stessi casi richiamati dall’art. 67, co. 3 l. fall.

Sulla “scena fallimentare” siano apparsi nuovi strumenti che, finalizzati alla salvaguardia delle imprese in crisi economico-finanziaria, vengono espressamente resi leciti, almeno da un punto di vista civile.

Risulta, pertanto, palese il cortocircuito venutosi a creare con riguardo al principio di non contraddizione dell’ordinamento, dal momento che talune operazioni erano considerate contemporaneamente lecite dall’ordinamento civile ed illecite da quello penale.

Ecco, dunque, che, al fine di superare tale incoerenza – che, per inciso, era chiaramente vista sfavorevolmente dagli istituti di credito – e, anzi, allo scopo proprio di incentivare l’utilizzo delle nuove tipologie di operazioni di soluzione negoziale della crisi, il legislatore è intervenuto introducendo il citato art. 217-*bis* l. fall.

incertezze normative, a partire dall'insolito lessico utilizzato, ovvero il termine "esenzioni", che si riverbera anche sull'esatta qualificazione giuridica.

L'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non ha comportato alcun cambiamento sostanziale nella disciplina previgente, lasciando in tal modo del tutto inalterati i profili problematici che si è avuto modo di tratteggiare. D'altra parte, la legge delega, come si è visto, non ha concesso ampi spazi di manovra in questo ambito³¹.

In tale ottica, si può dare conto della disciplina delle esenzioni dai reati di bancarotta di cui all'art. 324 del nuovo Codice, il quale mantiene inalterato lo stesso assetto proposto dall'attuale art. 217-*bis* l. fall., richiamando le operazioni compiute in esecuzione di concordato preventivo, o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati, o di accordi in esecuzione del piano attestato ovvero, ancora di concordato minore omologato ai sensi dell'art. 80 CCI., nonché richiamando i pagamenti e le operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli artt. 99, 100 e 101 CCI.

3.2.2. Il piano della lesività della bancarotta da concordato preventivo: lo stato di crisi e lo stato di insolvenza

Da quanto sin qui esposto, si evince di come il piano dell'analisi si debba spostare su quello della lesività e del disvalore che possiede il reato di bancarotta fraudolenta da concordato preventivo. Specificamente, si deve, invero, prendere l'avvio dal rinvio di cui all'art. 236, co. 2 l. fall. (e art. 341 CCI), sulla base del quale, come detto, vengono ad essere equiparati la sentenza dichiarativa di fallimento/liquidazione giudiziale e il decreto di ammissione al concordato preventivo. Tuttavia, tale equiparazione fu pensata dal legislatore fallimentare, allorquando la procedura del concordato preventivo, prima della grande riforma del 2005, era costruita proprio sul presupposto dello stato di insolvenza. Pertanto, nel sistema precedente al 2005, tanto la procedura del fallimento, quanto quella del concordato preventivo, poggiavano sulla medesima situazione patologica, ovvero lo stato di insolvenza. Conseguentemente, vi era equilibrio tra presupposti ed effetti: sia la bancarotta "tradizionale" sia la bancarotta "da concordato preventivo" punivano una serie di condotte collegate in entrambi i casi allo stato di insolvenza. Tale situazione era coerente con l'intero sistema, che poneva lo stato di insolvenza quale nucleo condizionante per l'applicazione di tutte le ipotesi di bancarotta. Invero, tale parallelismo fu rotto proprio con la

³¹ Sul punto si veda M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *cass. pen.*, 2019, p. 511 ss.

riforma del concordato preventivo, non più legato allo stato di insolvenza, bensì al diverso e autonomo stato di crisi, con la concreta possibilità di punire per bancarotta soggetti le cui imprese si trovano in situazioni economico-finanziarie nettamente distinte, il che potrebbe assolutamente integrare una ingiustificata disparità di trattamento.

Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, all'art. 2, co. 1, lett. a), a seguito del d.lgs. n. 83 del 2022, definisce la crisi come "lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi". Mentre l'art. 160, co. 3, l. fall. si limitava, come si è detto, a stabilire un rapporto di specialità: "per stato di crisi (*genus*) si intende anche lo stato di insolvenza (*species*)". Pertanto, si passa da una situazione in cui, pure con discreto sforzo interpretativo, non si distingueva del tutto gli stati patologici in parola imponendo verosimilmente un rapporto di genere a specie, ad una netta distinzione, basata sull'indefinito concetto di probabilità, operante in un rapporto di carattere temporale. Tutto ciò può condurre a considerare ormai rotto il binomio tra bancarotta e insolvenza-fallimento: va considerata, infatti, la possibilità che un soggetto possa essere punito a titolo di bancarotta, anche nel caso in cui la situazione di difficoltà aziendale non sia giunta ad uno stadio di insolvenza (bensì ad un mero stato di crisi, come da ultimo definito, condizione meno grave e precedente nel tempo). Quanto detto, chiaramente, pone forti dubbi sulla legittimità costituzionale del sistema che verrebbe a delinearsi: la possibilità di punire per bancarotta soggetti le cui imprese si trovano in situazioni economico-finanziarie nettamente distinte potrebbe senza dubbio integrare un'ipotesi di ingiustificata disparità di trattamento, censurabile in sede di legittimità.

Ben potrebbe accadere, infatti, che le condotte distrattive, poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo, rientrino, anche nel caso in cui la società non sia poi dichiarata fallita, nell'ambito previsionale dell'art. 236, comma 2, l. fall. (e art. 341 CCI) il quale, in virtù del suddetto espresso richiamo all'art. 223 l. fall. (e art. 329 CCI), punisce i fatti di bancarotta previsti dall'art. 216 l. fall. (art. 322 CCI) commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite³².

³² In questi termini, v. Sez. V, 28 maggio 2014, n. 26444, in *questa rivista* 2015, 4, p. 1598. Per uno sguardo in dottrina sul punto, v. A. FIORELLA - M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 193 ss.; ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte*

Non può non notarsi, dunque, la dissonanza del sistema: possono ricorrere al concordato preventivo anche soggetti che si trovino in un semplice stato di crisi e, di conseguenza, in mancanza di una dichiarazione di liquidazione giudiziale/fallimento. In tal modo, dunque, viene ad essere innestata una punibilità di tipo “fallimentare” con riferimento ad un soggetto che non è stato dichiarato insolvente e, quindi, “fallito” o “in liquidazione”³³. Ebbene, a voler portare alle estreme conseguenze il discorso, una simile disarmonia sembra poter rappresentare uno dei sintomi esteriori del grave stato di malessere che affligge il diritto penale della crisi d’impresa. Come si è detto, dunque, sin dai tempi del medioevo, infatti, lo *ius mercatorum* poneva al centro del sistema il concetto dell’insolvenza, che veniva considerata una rilevante rottura dell’ordine economico e sociale da reprimere in modo deciso e, dunque, attraverso sanzioni di natura penale³⁴. Oggi, invece, il binomio bancarotta-insolvenza sembra essersi disciolto, proprio in ragione del fatto che possa essere chiamato a rispondere di tale delitto anche il soggetto che non si sia mai trovato in tale stato patologico aziendale.

La breccia, ormai, sembra aperta: l’insolvenza non rappresenterebbe più l’unico stato patologico aziendale che assume rilevanza nel diritto penale, con specifico riferimento al delitto di bancarotta. Una simile situazione appare insopportabile, sia perché lo squilibrio che si viene a creare pone forti dubbi di legittimità costituzionale, sotto il profilo dell’irragionevolezza della disparità di trattamento che l’ordinamento imporrebbe a soggetti che si trovano in situazioni ben diverse, sia perché risulta difficile sostenere una rilevanza penale a titolo di bancarotta in assenza di uno stato di insolvenza accertato. A ben vedere, il piano della lesività e del disvalore passano per il ruolo che deve assumere lo stato di insolvenza all’interno del diritto penale della crisi d’impresa. In realtà, sembrerebbero esistere tre modelli di incriminazione con riferimento all’elemento dell’insolvenza: i) previsione, sulla base dell’individuazione della prassi, di una serie di comportamenti che costituiscono indici di un atteggiamento riprovevole, di un disvalore accentuato, come la dissipazione dei beni aziendali o la mancata tenuta delle scritture contabili: indici di comportamento che il legislatore presume come lesivi e pertanto rischiano di

speciale, Giuffrè, 2014, p. 264 ss. e F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. Reati fallimentari*, a cura di Grosso, Giuffrè, 2014, p. 321 ss.).

³³ Cfr. A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 86 e MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare n. 24468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1620 ss.

³⁴ Per uno sguardo in tema di *ius mercatorum*, si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit.

venir sganciati dall'accertamento di causalità e colpevolezza; *ii*) previsione dell'insolvenza quale evento naturalistico del reato, con conseguente collegamento causale e di colpevolezza (come avviene, ad esempio, per la bancarotta impropria da reato societario); *iii*) rinuncia ad un collegamento causale, ma previsione della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza quale condizione obiettiva di punibilità: in questo caso le condotte di bancarotta si caratterizzerebbero per un lesività potenziale rispetto all'insolvenza³⁵.

Il legislatore italiano, ad eccezione della bancarotta societaria (frutto, peraltro, di una riforma intervenuta in tempi relativamente recenti) e della bancarotta preterintenzionale, ha costruito il sistema delle bancarotte sul modello che prevede una lesività potenziale delle condotte rilevanti e sul carattere condizionante generale dell'insolvenza, una volta accertata per mezzo della sentenza di fallimento o liquidazione giudiziale.

Ora, visto il contesto di sfondo che mira ad incentivare il più possibile il concordato preventivo e le altre forme di risoluzione della crisi aziendale e vista la profonda differenza tra stato di insolvenza e stato di crisi, sembra difficile – e sconsigliabile – ipotizzare un figura di bancarotta totalmente sganciata dall'elemento dell'insolvenza: le condotte in questo caso, infatti, sembrano risultare senza dubbio più scarse sia dal punto di vista della lesività sia dal punto di vista del disvalore.

³⁵ In questi termini, si veda C. PEDRAZZI, *Notarelle comparatistiche di diritto penale commerciale*, cit., p. 25 ss., secondo cui la gran parte delle norme incriminatrici non esce, in materia di bancarotta, dai binari tradizionali. Con l'evolversi della sensibilità giuridica fu avvertita l'iniquità di punire il fallimento come tale: studiosi e legislatori cominciarono a distinguere a seconda che il dissesto fosse il prodotto della condotta fraudolenta o altrimenti colpevole del debitore, oppure di circostanze avverse a lui non imputabili. Ma la discriminazione non avveniva sulla base di una concreta indagine psicologica e causale; le norme penali venivano fatte operare per presunzioni, ovvero in caso di determinati comportamenti del fallito presumevano che il dissesto fosse stato cagionato con dolo o per colpa.

SENTENZA DEL GUP PRESSO IL TRIBUNALE MILITARE DI NAPOLI – UDIENZA DEL 10 MARZO 2023 – DEPOSITO DEL 13 MARZO 2023

FORZATA CONSEGNA –INOFFENSIVITÀ DELLA CONDOTTA – STATO DI NECESSITÀ – CERTIFICAZIONE VACCINALE – NON LUOGO A PROCEDERE

Ritenuto in fatto

Omissis

Considerato in diritto

Nel procedimento odierno, ad avviso di questo Giudice, alla luce della documentazione in atti, non è possibile, ora ed in dibattimento, giungere ad un diverso esito processuale, stante l'inesistenza di un elemento costitutivo del reato, per essere la condotta contestata inidonea a ledere il bene protetto dalla norma incriminatrice. Ne discende, quindi, una pronuncia di non luogo a procedere, ai sensi dell'art. 425, comma primo, c.p., perché il fatto non sussiste per difetto dei requisiti.) di necessaria offensività della condotta.

Il fatto contestato.

Per la ricostruzione della dinamica dell'episodio e delle circostanze di fatto - così come descritte nel capo di imputazione rilevano i seguenti documenti:

*comunicazione della notizia di reato del omissis; consegna per il servizio dei militari addetti al controllo a varco in ordine al controllo all'ingresso del "green pass", stampa del SIGE di rilevazione elettronica dell'ingresso in caserma relazione di servizio dell'imputato; verbali di s.i.t dei seguenti militari: omissis, militari al varco di ingresso, impegnati nell'attività di controllo all'ingresso del "green pass". Nella citata relazione di servizio l'imputato dichiarava infatti che questi: "in data omissis si è presentato in servizio presso la omissis. Poiché sprovvisto di "green pass" ha solamente registrato la sua presenza presso detta struttura, a mezzo di "Rilevatore di Presenze Telematico". Ed in effetti dalla stampa del SIGE, sistema rilevazione, vidimazione e registrazione dell'ingresso e uscita dalla caserma dei militari ivi in servizio, risulta che in data omissis l'imputato registrava la presenza in entrata alle ore omissis, ed in uscita alle ore omissis. Dai citati verbali di s.i.t emerge che all'imputato, in data omissis all'atto dell'ingresso in caserma, veniva rappresentato dai militari comandati di servizio di vigilanza di non poter accedere in quanto sprovvisto del "green pass", con l'ulteriore indicazione di attendere l'arrivo di un superiore. A questo punto, allorché i militari all'ingresso erano impegnati in altre incombenze, l'imputato faceva comunque ingresso in caserma e vidimava la presenza in ingresso alle ore omissis in uscita alle ore omissis poi uscire dalla caserma dopo "pochi minuti". **Il dubbio sull'autorizzazione all'ingresso in caserma.** Sulla circostanza, pur rilevante, se lo omissis fatto ingresso in caserma senza alcuna autorizzazione e contrariamente quindi alle indicazioni ricevute dai militari preposti alla vigilanza ovvero se lo stesso abbia ottenuto la previa autorizzazione di altro militare - dato pure evidentemente rilevante ai fini della configurabilità o meno del reato di forzata consegna - residua, peraltro, anche un margine di dubbio. Sul punto, infatti, il omissis riporta che il omissis mi riferì di avere autorizzato lui l'accesso alla struttura militare del omissis assumendosi ogni responsabilità" e "quando mi disse di averlo autorizzato*

gli chiesi a che titolo lo avesse fatto in quanto ero io il responsabile del corpo di guardia e lui mi rispose che il omissis gli aveva rivelato di dover solo prelevare una cosa in caserma per poi uscire subito. A quel punto gli feci presente che il omissis era sprovvisto di Green Pass e lui mi rispose che si sarebbe assunto qualsiasi responsabilità". Il omissis invece, in sede di s.i.t. del omissis fornisce una versione diversa dei fatti, precisando che quando incontrava per la prima volta omissis questi "si trovava di fatto già all'interno della struttura militare" e quanto alla richiesta del omissis su chi avesse permesso l'ingresso dello omissis rispondeva di "non essere io deputato a tale controllo e di averlo trovato di fatto già all'interno della struttura militare. Si tratta quindi di una discrepanza su un profilo non irrilevante o marginale della condotta che non potrebbe, peraltro, prevedibilmente, essere ricomposta in una eventuale, fase dibattimentale, con una ulteriore escussione dei testi, dovendosi ragionevolmente ritenere che gli stessi si manterranno fermi nelle loro posizioni. Per ciò solo, quindi, residuando un ampio margine di dubbio sulla circostanza che l'imputato fosse stato comunque autorizzato a fare ingresso in caserma, si imporrebbe comunque una sentenza di non luogo a procedere, ai sensi dell'art. 425, comma terzo, c.p.p., perché gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna. **L'inoffensività della condotta.** Tuttavia, come detto, ed in radice, nel caso odierno va adottata una pronuncia di non luogo a procedere, ai sensi dell'art. 425, comma primo, c.p.p., perché il fatto non sussiste per difetto del requisito di necessaria offensività della condotta. L'inoffensività della condotta discende in particolare dal rilievo che l'ingresso in caserma dell'imputato soggetto non vaccinato e quindi sprovvisto di green pass - non ha determinato alcun rischio maggiore per la salute pubblica rispetto all'ingresso di soggetti vaccinati provvisti di green pass. Sul punto occorre prendere le mosse da alcuni passaggi delle citate recenti pronunce della Corte Costituzionale, analizzando le sole argomentazioni strettamente rilevanti alla decisione del caso sottoposto all'attenzione di questo Giudice. Al riguardo, va innanzitutto premesso che le sentenze di inammissibilità e infondatezza della Corte Costituzionale, quali sono le mentovate pronunce, non hanno alcun effetto vincolante, a livello interpretativo, per i giudici di merito. L'unico effetto processuale di un provvedimento di rigetto dell'eccezione di illegittimità costituzionale è, in effetti, quello che "l'eccezione può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo" e quindi non nuovamente dallo stesso giudice rimettente nel corso del medesimo grado di giudizio (art 24, l. 1 I l marzo 1953, n. 87). Peraltro, come noto, la funzione nomofilattica - tesa ad assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale" spetta solo ed esclusivamente alla Corte di Cassazione, quale "organo supremo della giustizia", e non già anche alla Corte Costituzionale (art. 65, comma 1, R.D. 30 gennaio 1941 n. 12). Fatta questa debita premessa, questo Giudice, per la decisione del caso sottoposto al suo vaglio intende adottare una interpretazione diversa delle norme che hanno introdotto l'obbligo del "green pass", rispetto a quella fornita dalla Corte costituzionale con le citate pronunce, facendone discendere una irrilevanza, sotto il profilo penalistico, della condotta contestata all'imputato, per difetto dell'offensività della condotta. In particolare, nella sentenza n. 15/2023, la Corte Costituzionale ritiene non irragionevole le norme di introduzione dell'obbligo vaccinale e del "green pass" in base all'argomentazione che "contrariamente all'assunto del giudice rimettente, gli stessi dati esposti nei rapporti dell'ISS menzionati nell'ordinanza di rimessione, lungi dall'evidenziare la inutilità dei vaccini, dimostrano come,

soprattutto nella fase iniziale della campagna di vaccinazione, l'efficacia del vaccino - intesa quale riduzione percentuale del rischio rispetto ai non vaccinati - sia stata altamente significativa tanto nel prevenire l'infezione da SARS-CoV-2, quanto nell'evitare casi di malattia severa; e come tale efficacia sia aumentata in -rapporto al completamento del ciclo vaccinale". E, prosegue la Corte, "la scelta si è rivelata, altresì, ragionevolmente correlata al fine perseguito di ridurre la circolazione del virus attraverso la somministrazione dei vaccini" ritenendo dimostrato che "in una situazione caratterizzata da una rapidissima circolazione del virus, i vaccini fossero idonei a determinare una significativa riduzione di quella circolazione", di talché l'imposizione dell'obbligo vaccinale "si connota quale misura sufficientemente validata sul piano scientifico". Sempre sul punto, la Corte Costituzionale nelle sentenze nn. 14/2023 e 15/2023, con pari argomentazioni, rileva: "Sull'efficacia della vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 si sofferma l'ISS, esponendo che «[l]a vaccinazione anti-COVID-19 costituisce una misura di prevenzione fondamentale per contenere la diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2. Numerose evidenze scientifiche internazionali hanno dimostrato l'elevata efficacia dei vaccini anti-COVID-19 disponibili ad oggi, sia nella popolazione generale sia in specifici sottogruppi di categorie a rischio, inclusi gli operatori sanitari» (pagine 2 e 3 della nota dell'ISS). Al di là della fisiologica eterogeneità delle risposte immunitarie dei singoli individui e della maggiore capacità della variante Omicron di eludere l'immunità rispetto alle varianti precedenti, viene attestato che «la protezione rimane elevata specialmente nei confronti della malattia severa o peggior esito» (pagina 3 della nota dell'ISS). L'ISS chiarisce, inoltre, che se l'efficacia vaccinale non è pari al 100%, ma del resto nessun vaccino ha una tale efficacia, l'elevata circolazione del virus SARS-CoV-2 rende comunque rilevante la quota di casi prevenibile» (pagina 5 della nota dell'ISS)". Ed ancora: "Alla luce dei dati sin qui ripercorsi, deve ritenersi che le autorità scientifiche attestino concordemente la sicurezza dei vaccini per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 oggetto di CMA e la loro efficacia nella riduzione della circolazione del virus"... "appare evidente, dunque, in coerenza con il dato medico-scientifico che attesta la piena efficacia del vaccino e l'idoneità dell'obbligo vaccinale rispetto allo scopo di ridurre la circolazione del virus, la non irragionevolezza del ricorso ad esso" (sentenza n. 14/2023). Orbene, questo Giudice intende discostarsi da tale interpretazione, rilevando che vaccini per SARS-CoV-2 in commercio non sono strumenti atti in alcun modo a prevenire il contagio dal virus. Qui non si discute, peraltro, com'è evidente della idoneità, o meno dei vaccini in commercio a prevenire le forme acute della malattia, che è tutt'altra questione, non di interesse per il presente giudizio, bensì della capacità o, meglio, della incapacità, di tali vaccini quale strumento di prevenzione del contagio. In particolar modo, la Consulta, come detto, richiama, prestandovi quindi piena fede, una affermazione dell'ISS, secondo cui "[l]a vaccinazione anti-COVID-19 costituisce una misura di prevenzione fondamentale per contenere la diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2", "anche se l'efficacia vaccinale non è pari al 100%". In realtà, l'idoneità dei vaccini attualmente in commercio ad impedire di essere contagiati e di contagiare a propria volta, e quindi quale strumento di prevenzione del contagio, non solo non è pari o vicina al 100% ma si è di fatto rilevata prossima allo zero. Va in effetti ancora premesso, sul punto, che, la scienza, allorché studia e ricerca un fenomeno ancora ignoto - quale appunto è un nuovo virus - non è costituita da un monolitico blocco di granitica certezza bensì si manifesta piuttosto inizialmente nella forma di ipotesi

scientifiche alternative e spesso contrastanti. Specialmente in tale fase iniziale e sperimentale della ricerca scientifica, quindi, prima che il risultato scientifico, con il passare del tempo e la sedimentazione dei dati raccolti, si consolidi, il Giudice è chiamato a verificare, per la decisione del caso concreto, eventualmente anche tramite apposita perizia (art. 220 C.P.P.), ed anche nella veste di peritus peritorum, quale sia, tre le varie, l'ipotesi scientifica maggiormente accreditabile, da porre quindi fondamento del giudizio. Il Giudice quindi non può limitarsi a recepire passivamente e supinamente dei dati scientifici ancora non definitivi e provvisori, sia pure se provenienti dalle autorità nazionali ed internazionali preposte alla ricerca scientifica, con apodittici richiami a tali dati. Al contrario, il Giudice è tenuto ad operare un vaglio critico su tali dati, debitamente illustrando quale ipotesi scientifica ritenga applicabile al caso concreto e per quali motivi. Nel caso che ci occupa, in effetti, questo Giudice ritiene non provata l'efficacia vaccinale per SARS-CoV-2 quale strumento di prevenzione del contagio e ciò lo si ripete non solo in una misura prossima al 100% bensì in una qualsiasi misura percentuale superiore allo zero - risultando piuttosto quale fatto notorio, cioè quale dato incontrovertibile emergente dal naturale accadimento dei fatti (*id quod plerumque accidit*), che i soggetti vaccinati per SARS-CoV-2 possano contrarre e trasmettere contagio e che, di conseguenza, dal punto di vista epidemiologico, vaccinati e non vaccinati, vanno necessariamente trattati come soggetti tra loro sostanzialmente equivalenti. Sul punto, questo Giudice, quindi, nel prendere le distanze dall'interpretazione fornita dalla Consulta nelle citate sentenze, intende piuttosto conformarsi all'indirizzo giurisprudenziale di merito che ha qualificato come "fatto notorio" la inidoneità dei vaccini in commercio a costituire strumenti di prevenzione del contagio, trattandosi di un fatto che appartiene al normale patrimonio di conoscenze della comunità sociale, in un dato tempo e in un dato luogo, e che può essere, perciò, conosciuto, nella distinta identità storica, dal giudice senza uno specifico accertamento, prescindendo la necessità di verifiche in punto di prova. In proposito è stato infatti sostenuto che "i vaccinati come i non vaccinati si infettano ed infettano gli altri. La scienza ci dice che non è stata fatta alcuna sperimentazione che dimostri come il vaccinato non si contagi e non contagi a sua volta, la comune esperienza di tutti (personale, familiare, della cerchia di conoscenti) conferma il dato evidente che chi non si è vaccinato può infettarsi come chi ha ricevuto una dose, due dosi etc.." (Tribunale di L' Aquila, Settore Lavoro e Previdenza, sentenza del 23 novembre 2022). Ed ancora, sempre la giurisprudenza di merito ha chiarito che "i contagi avvengano comunque e non si sono mai interrotti, nonostante la campagna vaccinale pluriennale; ciò è tanto diffuso e conosciuto nella percezione comune, di questo momento storico da essere fatto notorio, perché tutti sanno che i vaccini non impediscono il contagio; dunque vaccinati e non vaccinati sono vettori virali indistintamente; trovandosi in situazioni identiche non è pensabile un trattamento discriminatorio dei non vaccinati" (Tribunale Ordinario di Firenze, Seconda Sezione Civile, sentenza del 31 ottobre 2022). Nello stesso senso anche le diverse ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale (per tutte Tribunale di Padova, Settore Lavoro e Previdenza, ordinanza del 28 aprile 2022). Venendo quindi meno il presupposto normativo dell'obbligo vaccinale e dell'esibizione del "green pass" nei luoghi di lavoro - per l'inefficacia, in punto di fatto, dei vaccini attualmente in commercio a prevenire che il vaccinato si contagi e contagi a sua volta - ne consegue quindi anche il difetto di offensività delle condotte contrarie a tale disposto normativo ovvero agli atti amministrativi fondati su tale disposto - quale certamente è la

consegna di effettuare il controllo del "green pass" all'ingresso della caserma che l'imputato avrebbe forzato. Al riguardo, va rilevato, in termini generali, che per effetto del principio di necessaria offensività della condotta (artt. 25, 27 Cost. e 49 c.p.) per concretizzare la rilevanza penale del fatto non è sufficiente che questo risulti formalmente conforme al modello legale, essendo altresì necessario che lo stesso risulti effettivamente e concretamente lesivo e offensivo del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice (di recente, e per vicenda in parte analoga, Tribunale ordinario di Milano, Sezione GIP, sentenza del 12 dicembre 2022). Con specifico riferimento poi al reato di forzata consegna - così come in quello di violata consegna - è necessaria, infatti, ad una interpretazione costituzionalmente orientata, una effettiva lesione del bene penalmente protetto della tutela del servizio ed una concreta offensività della condotta posta in essere all'imputato (art. 25 Cost.). In effetti, sotto tale profilo, la Corte Costituzionale (sentenza n. 263/2000 dell'11 luglio 2000) ha infatti avuto modo di chiarire, con statuizione di principio condivisa da questo Giudice, che "L'accertamento in concreto della sussistenza dei presupposti che identificano la consegna è invece compito dell'autorità giudiziaria militare, alla quale spetta altresì valutare se tutte le prescrizioni impartite siano, nei singoli casi, finalizzate al corretto svolgimento del servizio comandato; se, cioè, l'eventuale inadempimento del militare ad alcuna di esse sia idoneo a pregiudicare l'integrità del bene protetto ed abbia quindi carattere di offensività anche in concreto. L'articolo 25, quale risulta dalla lettura sistematica a cui fanno da sfondo, oltre ai parametri indicati dal remittente, l'insieme dei valori connessi alla dignità umana, postula, infatti, un ininterrotto operare del principio di offensività dal momento della astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta da parte del giudice, con conseguente distribuzione dei poteri conformativi tra giudice delle leggi e autorità giudiziaria, alla quale soltanto compete di impedire, con un prudente apprezzamento della lesività in concreto, una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti- da ricondurre al modello legale (cfr. ancora la sentenza n. 360 del 1995, nonché le sentenze nn. 247 del 1997; 133 del 1992; 333 del 1991 144 del 1991). In conclusione, la condotta dell'imputato soggetto non vaccinato e quindi sprovvisto di "green pass" - di avere fatto ingresso in caserma forzando la consegna relativa al controllo in accesso dell'esibizione del "green pass" non ha leso alcun bene giuridico, non avendo determinato alcun rischio ulteriore per la salute pubblica rispetto all'ingresso dei soggetti vaccinati e provvisti di "green pass.", stante l'inidoneità dei vaccini attualmente in commercio a prevenire la diffusione del contagio. **Lo stato di necessità.** Non solo, ma a ben vedere, anche a volere astrattamente ritenere penalmente rilevante la condotta materiale posta in essere dall'imputato, nei suoi confronti andrebbe comunque dichiarato il non luogo a procedere ex art. 425, comma primo, c.p.p., sia pure con la diversa formula "perché il fatto non costituisce reato", per l'esistenza di una causa di giustificazione e segnatamente lo stato di necessità ex art. 54 c.p.. Ne sussistono, infatti, nel caso che ci occupa, tutti i presupposti. Quanto alla necessità di salvare sé dal pericolo attuale di un danno grave alla persona anche in tal caso, occorre preliminarmente prendere le mosse dalla recente giurisprudenza della Consulta, per delineare il quadro normativo e costituzionale di riferimento. Innanzitutto, va ribadito che la consolidata e pregressa giurisprudenza della Corte Costituzionale (con le sentenze n. 258/1994 e n. 307/1990), antecedente alle citate sentenze nn. 14/2023, 15/2023, 16/2023 ha a più riprese affermato il principio di diritto secondo cui: "la legge impositiva di un trattamento sanitario non è

incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale. Ivi si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole: conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili". La stessa Corte Costituzionale, in altre occasioni ha pure puntualizzato, ancor più chiaramente, che "nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri" (Corte cost., sentenza n. 118/1996). Di fronte a tali Statuizioni di principio, la Corte Costituzionale, con la citata sentenza n. 14/2023, ne ricava che: "Da una lettura complessiva degli indicati criteri si evince che il rischio di insorgenza di un evento avverso, anche grave, non rende di per sé costituzionalmente illegittima la previsione di un obbligo vaccinale, costituendo una tale evenienza titolo per l'indennizzabilità" e che "la giurisprudenza costituzionale ha affermato con chiarezza (sulla base dei ricordati criteri) che il rischio remoto di eventi avversi anche gravi non possa, in quanto tale, reputarsi non tollerabile, costituendo piuttosto come si è detto titolo per l'indennizzo". Questo Giudice si discosta invece da tale ultima interpretazione della Consulta, ritenendo piuttosto che le menzionate statuizioni di principio della consolidata e pregressa giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale (sentenze nn. 258/1994 e 307/1990), anche utilizzando il mero criterio ermeneutico letterale, vadano interpretate in tutt'altro modo, e più precisamente nel senso che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. solo se gli unici effetti negativi prevedibili siano temporanei, di scarsa entità e tollerabili. Giammai, quindi, allorché effetti avversi gravi, irreversibili o finanche fatali fossero prevedibili. L'indennizzo, in effetti, a parere di questo Giudice, riguarda proprio gli eventi avversi, anche gravi e fatali, che per essere imponderabili, imprevedibili, fortuiti, non potevano essere previsti dal legislatore in quel dato momento storico e servono quindi a ristorare quel danno "ulteriore", che non era appunto prevedibile (in tal senso, anche Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 22 marzo 2022, n. 351). L'art. 32 Cost., anche a voler soffermarsi sul solo tenore lessicale, configura la salute prima come - fondamentale diritto dell'individuo e, solo successivamente, come interesse della collettività, facendo chiaramente emergere netta priorità del diritto individuale rispetto all'interesse della collettività. La tutela della salute individuale e la tutela della salute della collettività sono condizioni congiuntamente necessarie, di talché un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili (Corte cost., sentenza n. 307/1990). Ci si discosta, quindi, con l'Orza dalla recente interpretazione della Corte che ritiene compatibili con il dettato costituzionale dell'art. 32 Cost. anche quei trattamenti sanitari obbligatori che possano provocare effetti avversi gravi, anche fatali. Un trattamento sanitario obbligatorio inteso in tal senso, ad avviso di questo Giudice, violerebbe "i limiti imposti dal rispetto della persona umana" (art. 32 Cost.), risultando disumano. Non può quindi che

auspicarsi, sul punto, un pronto revirement della giurisprudenza della Corte Costituzionale. Quanto in particolare ai vaccini per SARS-CoV-2 in commercio essi possono causare effetti collaterali gravi, ed anche fatali, quali miocardite, pericardite, parestesia, ipoestesia, trombosi, paralisi periferica del nervo facciale, shock 'anafilattico (fonti EMA, AIFA). Non solo, ma il verificarsi di un evento avverso grave o fatale non riveste neppure un carattere di assoluta eccezionalità, imponderabilità ed imprevedibilità, bensì, al contrario, rientra tra gli eventi che si verificano in un numero non indifferente di casi e quindi prevedibili. E ciò per diversi ordini di ragioni. 1) Ciascuna tipologia di reazione avversa grave viene classificata dalle autorità preposte come avente una frequenza da "rara" a "molto rara". Tuttavia, per "raro" si intende l'evento che si verifica in una finestra che spazia da 1/1000 a 1/10.000. Ed è chiaro, quindi, per ciò solo, che quando la frequenza degli eventi si avvicina alla soglia iniziale di riferimento cioè un caso su 1 000, non può certo parlarsi di eventi del tutto eccezionali ed imprevedibili. Del resto, e soprattutto, gli eventi avversi gravi sono stati classificati come rari o molto rari un base ad un sistema che si fonda essenzialmente sulla farmacovigilanza passiva (con una insignificante componente di farmacovigilanza attiva). Si tratta di un sistema che a differenza di quelli fondati principalmente sulla farmacovigilanza attiva perviene ad una notevole sottostima dei casi reali. Questo Giudice, quindi, sulla scorta del necessario vaglio critico al quale è sempre tenuto, per le ragioni già analizzate in precedenza, allorché si tratti di valutare dati scientifici ancora non definitivi e provvisori, rileva che i vaccini per Sars-Cov-2 in commercio possono causare effetti collaterali gravi ed anche fatali, in un numero non del tutto marginale ed indifferente di casi. La condotta dell'imputato di non sottoporsi alla vaccinazione obbligatoria e conseguentemente di far ingresso in caserma senza esibire il "green pass" quindi è scriminato dalla necessità di salvare sé dal pericolo attuale di un danno grave alla propria persona, nel quale l'imputato sarebbe incorso proprio sottoponendosi alla vaccinazione obbligatoria. Sempre in punto di verifica dei presupposti di applicabilità dell'art. 54 c.p., sussiste altresì la non volontarietà del pericolo, atteso che detto pericolo discende dal provvedimento normativo impositivo del trattamento sanitario. Così come deve ritenersi il fatto proporzionato al pericolo, posto che l'ingresso dell'imputato nel luogo di lavoro, non ha causato, per quanto già detto in merito all'inidoneità, dei vaccini per Sars-CoV 2 attualmente in commercio a prevenire la diffusione del virus, neppure un pericolo per la salute degli altri militari. Del resto, nel caso che ci occupa, va pure al riguardo stigmatizzato che la permanenza dell'imputato nella struttura militare è comunque stata limitata a pochi minuti. Quanto infine alla circostanza, pur richiesta dall'art. 54 c.p., che il pericolo non fosse altrimenti evitabile va rilevato in proposito che la sospensione dall'attività lavorativa retribuzione alcuna non lascia alcun margine di scelta - e quindi di evitabilità - al lavoratore. Ed in ciò, ci si deve necessariamente e nuovamente discostare da quanto pur sostenuto nella citata sentenza della Corte Costituzionale n. 14/2023, allorché si afferma che: "l'obbligatorietà del vaccino lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all'obbligo, assumendosi responsabilmente, in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge". Una tale interpretazione, esasperatamente formalistica e cinica, finisce anche per svilire la centralità che la stessa Costituzione attribuisce al lavoro, quale imprescindibile mezzo di sostentamento e di sviluppo della persona umana. Questo Giudice intende piuttosto adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata, valorizzando tutta quella pregressa costante giurisprudenza della*

Corte Costituzionale; nonché giurisprudenza di merito e di legittimità che, sulla scorta del dettato costituzionale (artt. 1, 2, 3, 4 e 35, 36 Cost.) ha avuto modo di chiarire come il lavoro non rappresenti solo un mezzo di sostentamento e di guadagno, ma è altresì un mezzo di estrinsecazione della personalità, costituendo il diritto al lavoro il "fondamentale diritto di libertà della persona umana" ed imprescindibile presidio della dignità umana (C. cost., 31.3.1994, n. 108; Corte Cost. Sentenza 41/1962). Sul lavoro, infatti, si fonda non solo la dignità professionale ma anche la dignità personale dell'essere umano che vuole mantenersi con le proprie forze, costituendo il reddito da lavoro per lo più il reddito di sussistenza, senza il quale si scivola nel degrado e nella dipendenza (Tribunale dell'Aquila, Settore Lavoro e Previdenza, sentenza del 23 novembre 2022). È infatti proprio la natura democratica della Repubblica a richiedere la partecipazione attiva di tutti i cittadini alla vita del Paese, e ciò non può verificarsi senza lo svolgimento di un lavoro, il quale non solo affranca dai bisogni ma è anche strumento di elevazione dei cittadini. Il lavoro, quindi, per una persona che intende vivere una vita libera e dignitosa, non è una scelta, bensì una necessità. Non vi è quindi margine di scelta alcuno per il lavoratore, il quale se vuole continuare a sopravvivere dignitosamente; si vede costretto a sottoporsi al trattamento sanitario obbligatorio, essendo previsto, per il caso di non adempimento, la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione. Non altrimenti evitabile quindi anche la condotta di sottrazione a tale obbligo posta in essere dall'imputato - persona non vaccinata e sprovvista di "green pass- che faceva comunque ingresso in caserma, per svolgere la propria attività lavorativa. P.Q.M. Visto l'art. 425, comma primo, c.p.p. DICHIARA non luogo a procedere nei confronti di omissis in ordine al reato ascrittogli di forzata consegna perché il fatto non sussiste.

Con nota di

Ali Abukar Hayo *

IL FATTO DEL MILITARE CHE FA INGRESSO NELLA CASERMA SENZA LA CERTIFICAZIONE VACCINALE NON COSTITUISCE FORZATA CONSEGNA

La granitica certezza che i vaccini anti-Covid impedissero il contagio è stata scalfita giorno dopo giorno, fino a giungere al paradossale "fatto notorio" alla base della sentenza in commento, secondo il quale (sotto il profilo del contagio, attivo e passivo) la condizione del vaccinato in nulla differisce da quella del non-vaccinato. Posto che la malattia può essere trasmessa e contratta allo stesso modo dall'uno e dall'altro, la violazione delle regole relative alla certificazione vaccinale non crea alcun pericolo per la salute pubblica. Sicché l'ingresso in caserma del militare sprovvisto del c.d. *green pass* non costituisce il reato di forzata consegna, per inoffensività della condotta.

* Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

Teoricamente potrebbe costituire un illecito di mera disobbedienza, ma l'Autore non ravvisa gli estremi della violazione di una specifica disciplina militare, perché il fatto *de quo*, pur verificatosi in ambito militare, riguardava comunque le regole restrittive generali (valide in tutti i luoghi pubblici). Inoltre, il Giudice dichiara l'irrilevanza penale del fatto, perché sussisterebbe lo stato di necessità *ex art. 54 c.p.*, dedotto dalla statistica degli effetti avversi dei vaccini. L'Autore dissente su questo punto, perché si giungerebbe all'assurda conclusione che la grande maggioranza dei cittadini avrebbe agito in contrasto con la stessa necessità di proteggere se stessi.

Si può invocare invece l'esimente dell'esercizio del diritto (di autodeterminazione terapeutica), supponendo che la salute pubblica sia stata tutelata, mediante provvedimenti restrittivi, per prevenire le forme patologiche più gravi, piuttosto che per evitare i contagi.

The rock-solid belief that Covid vaccines could prevent contagion has been undermined day by day, to the point that the paradoxical "notorious fact" at the basis of the ruling commented on here, according to which (in terms of active and passive contagion) the condition of a vaccinated person differs in nothing from that of a non-vaccinated person. Given that the disease can be transmitted and contracted in the same way by one and the other, violation of the rules regarding vaccination certification does not pose any danger to public health. Therefore, the entry into the barracks of the member of the military forces who does not hold a so-called "green pass" does not constitute the offense of putting up an opposition to an order by his superiors, due to the harmlessness of his conduct. Theoretically, it could constitute a misdemeanor of mere disobedience, but the author does not believe that any specific military disciplinary regulations have been breached, because the action in question here, although it occurred in a military context, still concerned general restrictive rules (valid in all public places). Moreover, the court has declared that the act is irrelevant, for criminal purposes, based on a state of necessity pursuant to Article 54 of the Criminal Code, inferred from the statistics relative to the adverse effects of vaccines. The author disagrees on this point, because it would lead to the absurd conclusion that the vast majority of people acted contrary to very own interest and need to protect themselves. Instead, what can be invoked here is the exemption grounded on the right (of self-determination in the sphere of medical treatments), assuming that public health was protected, through restrictive measures to prevent the more serious forms of the disease, rather than to prevent the spread of infection.

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Inoffensività della condotta 3. La questione della disobbedienza 4. Lo stato di necessità e l'esercizio del diritto 5. Conclusioni

1. Premessa

Con la pregevole sentenza in commento il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale militare di Napoli ha prosciolto, per mancanza di offensività del fatto, il militare accusato di aver commesso il reato di forzata consegna², previsto e punito dall'art. 140 del codice penale militare in tempo di pace, per essersi introdotto nei locali della caserma, violando il divieto di ingresso, oppostogli dal personale di guardia, gravante sui soggetti sprovvisti di certificazione vaccinale (c.d. *green pass*)³. Il Giudice dichiara inoffensiva la condotta dell'imputato sul presupposto che il rischio di contagio (passivo e attivo) della patologia virale (Covid 19) non differisce per vaccinati e non vaccinati, sicché l'ingresso in caserma del militare non munito di certificazione vaccinale non ha cagionato alcun danno o pericolo per i militi presenti in caserma⁴. Venendo meno l'offensività del fatto, a parere del Giudice, non residua alcun altro profilo di rilevanza penale. Per di più, il fatto sarebbe comunque scriminato ai sensi dell'art. 54 c.p., essendo stato commesso per la necessità di non esporsi al pericolo di malattia grave per i possibili effetti avversi del vaccino.

Ci sembrano convincenti e ben motivate tutte le osservazioni e considerazioni, sulle quali si basa la declaratoria di inoffensività, ma opiniamo che l'irrelevanza penale della "disobbedienza" avrebbe dovuto essere ulteriormente motivata, mentre ci pare si possano rinvenire gli estremi

² Per consegna s'intende la disciplina dell'ufficio di guardia e sentinella nelle caserme e in altri luoghi di interesse militare. Più diffusamente in dottrina cfr. V. MANZINI, *Diritto penale militare*, Padova, 1932; G. SUCATO, *Istituzioni di diritto penale militare*, Roma, 1941; G. CIARDI, *Istituzioni di diritto penale militare*, Roma, 1950; MAGGIORE, *Obbedienza e nozione di consegna*, in *Riv. mil.*, 5/1974, p. 100; PALUMBO, *Revocabilità della consegna e sindacabilità dell'ordine illegittimo*, in *R.G.M.*, 1981, 996 ss.; R. VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e la disciplina militare*, Milano, 1985; C. M. POLIDORI, *Militari in Servizio (reati contro i)*, in *Digesto (Discipline Penali)*, IV Edizione, Vol. VII, 1993; Palumbo, *Revocabilità della consegna e sindacabilità dell'ordine illegittimo*, *R.G.M.*, 1981, 996

³ Nella sentenza in commento, a pag. 4 si legge: «All'imputato all'atto dell'ingresso in caserma veniva rappresentato dai militari comandati di servizio di vigilanza di non poter accedere in quanto sprovvisto di green pass [...] l'imputato faceva comunque ingresso in caserma e vedimava la presenza».

⁴ L'offesa, in sembianza di lesione o messa in pericolo del bene protetto, è un elemento costitutivo del reato. In sua assenza, potrebbero sussistere gli estremi formali della fattispecie tipica, ma il reato non sussisterebbe per mancanza di uno degli elementi essenziali. *Ex multis*, sul principio di offensività anche in prospettiva europea M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2013.

dell'esercizio del diritto ex art. 51 c.p., piuttosto che quelli dello stato di necessità ex art. 54 c.p.

2. Inoffensività della condotta

Ripercorriamo brevemente l'iter argomentativo afferente all'inoffensività del fatto sul quale concordiamo pienamente. Il Giudice non ignora che la Corte costituzionale ha dichiarato legittimo l'obbligo vaccinale ritenendo che sia stata dimostrata scientificamente una doppia efficienza causale della vaccinazione: sulla riduzione dei contagi e sull'affievolimento degli effetti patogeni dell'infezione virale⁵. Premette che le pronunce di rigetto della Corte non hanno funzionalità nomofilattica e non vincolano il Giudice di merito⁶; sull'efficacia del vaccino osserva, poi, che non esiste un solo indirizzo scientifico e non si possono avere certezze assolute⁷.

Tuttavia, si può senz'altro escludere che i vaccini siano efficaci a prevenire il contagio. Il Giudice osserva, infatti, che la Consulta presta piena fede a un'affermazione dell'ISS, secondo cui «la vaccinazione anti COVID-19 costituisce una misura di prevenzione fondamentale per contenere la diffusione dell'infezione [...] anche se l'efficacia vaccinale non è pari al 100%»⁸. In verità, a suo parere «l'idoneità dei vaccini attualmente in commercio ad impedire di essere contagiati e di contagiare a propria volta, e quindi quale strumento di prevenzione del contagio, non solo non è pari o vicina al 100% ma si è di fatto rilevata prossima allo zero»⁹. Si può dedurre dall'*id quod plerumque accidit* un "fatto notorio": che i soggetti vaccinati per SARS-CoV-2 possono contrarre e trasmettere il virus e che, di conseguenza, dal punto di vista epidemiologico,

⁵ La Corte costituzionale, nella sentenza n. 15/2023 asserisce che «contrariamente all'assunto del giudice rimettente, gli stessi dati esposti nei rapporti dell'ISS menzionati nell'ordinanza di rimessione, lungi dall'evidenziare l'inutilità dei vaccini, dimostrano come, soprattutto nella fase iniziale della campagna di vaccinazione, l'efficacia del vaccino sia stata altamente significativa tanto da prevenire l'infezione da SARS-Cov- 2, quanto nell'evitare casi di malattia severa».

⁶ La Corte costituzionale, con le sentenze nn. 14/2023, 15/2023, 16/2023, ha dichiarato inammissibili e infondate le questioni di legittimità costituzionale delle norme introduttive dell'obbligo di sottoporsi a vaccinazione per SARS-Cov-2 di cui al decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44 (riguardante gli uffici di giustizia e i concorsi pubblici) e al decreto legge 21 settembre 2021, n. 127 (riguardante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde Covid-19 e il rafforzamento del sistema di *screening*). La sentenza annotata osserva che le sentenze di inammissibilità e infondatezza della Corte costituzionale, quali sono quelle citate, non vincolano il Giudice di merito, posto che la funzione nomofilattica spetta solo ed esclusivamente alla Corte di Cassazione.

⁷ Sul punto a pag. 10 della sentenza in commento si legge «La scienza, allorché studia e ricerca un fenomeno ancora ignoto - quale appunto è un nuovo virus - non è costituita da un monolitico blocco di granitica certezza bensì si manifesta piuttosto inizialmente nella forma di ipotesi scientifiche alternative e spesso contrastanti».

⁸ Corte cost., sent. n. 15/2023 del 09.02.2023.

⁹ Cfr. pag. 9 della sentenza in commento.

vaccinati e non vaccinati, vanno necessariamente trattati come soggetti tra loro sostanzialmente equivalenti. Ne deriva necessariamente il venir meno del presupposto normativo dell'obbligo vaccinale e dell'esibizione del *green pass*. Se si nega infatti l'efficacia preventiva (ai fini del contagio) dei vaccini, ritenuti meramente idonei ad attenuare le conseguenze gravi dell'agente patogeno, è giocoforza ritenere che non può essere compressa o inibita la libertà di movimento dei cittadini in funzione di una chimera inesistente. Il "fatto notorio" dell'irrilevanza del vaccino ai fini del contagio si connette necessariamente con l'inoffensività di qualsivoglia "contatto ravvicinato" derivante dalla libertà di movimento del non vaccinato. L'assoluta equivalenza, ai fini del contagio, dei contatti possibili col non-vaccinato rispetto ai medesimi col soggetto vaccinato rende ovviamente irragionevole qualsiasi restrizione del movimento dei primi, diversa dal movimento del secondo. Sicché, a ben vedere, la questione giuridica che verte sull'offensività/inoffensività della condotta *de qua*, si atteggia, per certi versi, come mera questione di fatto, che verte sull'efficacia preventiva dei vaccini attualmente in commercio. Sul punto è necessario precisare che non si discute qui dell'attitudine dei vaccini a prevenire le forme acute della patologia da SARS-cov- 2, giacché questa efficienza "difensiva" a favore del vaccinato è cosa ben diversa, concettualmente e fattualmente, dall'efficienza "offensiva" del (libero movimento) del non-vaccinato. La prevenzione terapeutica sulla propria persona è ben diversa dalla prevenzione del contagio a danno dell'altrui persona.

Orbene, i fatti hanno dimostrato che il contagio (attivo e passivo) dei non-vaccinati è avvenuto nella stessa guisa del contagio dei vaccinati, si può dunque ritenere che sussista effettivamente il "fatto notorio", asserito nella sentenza in commento, e per ciò stesso sia comprovata l'inoffensività della condotta di cui all'imputazione. Beninteso l'inoffensività in relazione al bene giuridico della salute pubblica.

3. La questione della disobbedienza

La condotta, quantunque inoffensiva in relazione alla salute pubblica, potrebbe tuttavia essere considerata rilevante come mera disobbedienza. La forzata consegna, come d'altronde la condotta omissiva riguardante la consegna¹⁰, infrange certamente la disciplina militare, sia direttamente, nei rapporti d'ufficio che legano il soggetto agente e l'amministrazione, sia indirettamente, per gli effetti propagatori dell'esempio negativo nel contesto di relazione. Non è il caso di spendere troppe parole per significare che l'ordine disciplinare nel contesto militare ha una maggiore rilevanza che in quello civile ¹¹. Gli scopi precipui

¹⁰ Artt. 118 e ss. del codice penale militare in tempo di pace.

¹¹ Non per nulla il codice penale militare contempla una specifica fattispecie di disobbedienza. Ai sensi dell'art. 173, «Il militare, che rifiuta, omette o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore, è punito con la reclusione militare fino a un anno». È prevista, poi, una circostanza aggravante «se il fatto è commesso in servizio, ovvero

dell'istituzione non possono essere perseguiti se non mediante un'organizzazione, fondata sulla rigida gerarchia dei ruoli e delle mansioni, che consenta l'esecuzione immediata dei comandi e inibisca o comunque riduca al minimo il possibile dissenso dei destinatari del comando. Nel caso di specie, l'interdizione all'ingresso si configurava come un comando legittimo, cosicché si potrebbe ritenere integrato il reato *de quo* per il solo fatto della disobbedienza.

Ciò posto, l'asserzione del Giudice che «non sussiste uno degli elementi costitutivi del reato, per essere la condotta contestata inidonea a ledere il bene protetto dalla norma incriminatrice» potrebbe sembrare del tutto infondata. Non può dirsi infatti che il bene giuridico tutelato dall'art. 140 c.p.m.p. sia la salute pubblica (non messa in pericolo da alcun rischio di contagio ulteriore rispetto a quello cagionato da chiunque, ancorché vaccinato). È palese, infatti, che la "consegna" è obbligatoria non solo in tempi di emergenza Covid 19, ma sempre e comunque, cosicché le *rationes* delle consegne possono essere le più varie; ovviamente, in tempi di normalità sanitaria, la *ratio* di tutela della salute pubblica esula del tutto. In altri termini, la norma che incrimina la forzata consegna (come, peraltro, l'omessa consegna) è una sorta di norma penale in bianco, perché non fa riferimento al contenuto della consegna, ma ne prescinde del tutto; cosicché il reato sussiste per la violazione di una consegna purchessia, dunque per la mera disobbedienza all'ordine legittimo. Potremmo dire, nel comune linguaggio parlato, che è punita l'insubordinazione in quanto tale.

Per tale ragione, non ci pare errata l'asserzione di inoffensività della condotta contestata al militare *de quo*; tuttavia, ci pare monca, nel senso che l'inidoneità offensiva del caso di specie, ossia l'inidoneità ad approfondire il rischio di contagio della malattia virale da Covid-19, deve essere messa in correlazione con il carattere non militare (o extra militare) di quella specifica consegna, ossia di quello specifico divieto di ingresso in assenza di certificazione vaccinale. La disciplina del *green pass* vigente in quel periodo non era esclusivamente militare, era fatto divieto di entrare, in assenza dell'anzidetta certificazione, non solo nelle caserme, ma anche in numerose tipologie di locali pubblici; era inoltre obbligatorio esibire il *green pass* per avere accesso ai bus, ai treni, agli aerei e a tutti i mezzi di trasporto, perfino per sedersi al ristorante e per entrare al bar. In sintesi, i civili e i militari subivano gli stessi vincoli, a riguardo del *green pass*. La caserma, nella quale si sono svolti i fatti *de quibus*, non diversamente dalle altre caserme, aveva adottato quelle regole di ingresso, adeguandosi alla normativa generale vigente per tutti. In ragione di ciò può dirsi che il soggetto agente ha violato (forzandola) una consegna non militare. Se, per

a bordo di una nave o di un aeromobile, la reclusione militare è da sei mesi a un anno; e può estendersi fino a cinque anni, se il fatto è commesso in occasione d'incendio o epidemia o in altra circostanza di grave pericolo».

esempio, avesse forzato (oppure omesso) la consegna di vestire la divisa militare (in una determinata occasione) o fare rientro in caserma entro un determinato termine, sarebbe stata violata la disciplina militare, ma, nel caso di specie, risulta violata una disciplina generale che assorbe quella militare. In quel divieto di ingresso era evidente una *ratio* di tutela sanitaria generale, non già limitata alle funzioni e all'attività militare; ed era evidente, anche perché necessariamente esplicitata dalla richiesta di esibizione della certificazione vaccinale. In altri termini, il soggetto agente, nel caso *de quo*, non si è mostrato insofferente e disobbediente rispetto all'ordine di un superiore gerarchico comunicato dal corpo di guardia cosicché si può opinare che la sua condotta non abbia integrato gli estremi di quella specifica disobbedienza militare prevista dall'art. 140 c.p.m.p., ma abbia violato una disciplina generale (non militare), qualificabile "civile" in senso lato, con una condotta che non ha offeso il bene giuridico (salute pubblica) tutelato da quella specifica disciplina. In conclusione, si può ritenere, in sintonia con la sentenza commentata, che la *ratio* specifica e occasionale del divieto, evidente ed esplicita, non sia stata violata per inoffensività; al contempo, dovendosi ritenere che la *ratio* sia parte integrante del divieto, si può opinare che il divieto stesso non sia stato violato, *ergo* il reato non sia stato commesso.

4. Lo stato di necessità e l'esercizio del diritto

La sentenza in commento, dopo aver pronunciato il "non doversi procedere" per inoffensività della condotta, dichiara inoltre che la medesima sarebbe stata comunque scriminata ai sensi dell'art. 54 c.p.. Il Giudice ravvisa infatti la "necessità" di non sottoporsi alla vaccinazione, per evitare il pericolo di danni gravi alla propria salute, facendo leva sugli effetti avversi del vaccino (miocarditi, pericarditi, etc.)¹². Trattandosi di affezioni piuttosto gravi, la probabilità di un caso su mille è assunta come base sufficiente per il rifiuto della vaccinazione, giustificato appunto dalla necessità di non correre il rischio degli affetti avversi. In sentenza si assume inoltre che tale base probabilistica, di per sé sufficiente a

¹² In particolare, il GUP di Napoli ravvisa lo stato di necessità non con riferimento alla condotta in concreto contestata (urgenza qualificata di accedere all'alloggio), ma con riferimento alla condotta presupposta a quella (necessità di non correre un rischio grave o fatale vaccinandosi). Rispetto a tale diverso segmento dell'azione, il Giudice adito critica nuovamente l'impostazione seguita dalla Corte costituzionale nelle ultime pronunce (nn. 14/2023, 15/2023, 16/2023), affermando a pagina 15 della sentenza in commento che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione solo se gli unici effetti negativi prevedibili siano temporanei, di scarsa entità e tollerabili, ma non quando ci siano effetti avversi gravi, irreversibili o fatali già prevedibili al momento dell'imposizione, dovendo la previsione dell'indennizzo riguardare gli eventi avversi imponderabili, che non potevano essere previsti dal legislatore in quel dato momento storico, e che quindi servono a ristorare il danno "ulteriore" imprevedibile».

integrare la “necessità”, sia calcolata al ribasso, per il fatto che non sono stati censiti tutti i casi di patologie successive alla vaccinazione.

A parere di chi scrive, le considerazioni a supporto sono condivisibili; tuttavia, la conclusione lascia qualche perplessità, dal momento che si può ritenere preferibile invocare, come causa di giustificazione, l’esercizio di un diritto, piuttosto che lo stato di necessità. Invero, ci paiono esulare i caratteri della “costrittività”, evocati dalla stessa parola “necessità”. Per quanto la parola “pericolo” e l’aggettivo “attuale” si prestino a interpretazioni late o latissime, secondo le quali può ritenersi sussistente perfino il pericolo attuale che un meteorite piombi sul passante e lo uccida, si deve pensare che il pericolo a fondamento della “necessità” sia di tipo cogente, lasci cioè un margine di scelta molto limitata al soggetto agente ai fini di tutela della sua integrità fisica. Si trova in “stato di necessità” quel soggetto che è costretto a violare la norma per non affrontare il rischio di un evento avverso “molto probabile”. Una cosa è la libera scelta di non affrontare il rischio, un’altra cosa la “necessità” di non affrontarlo. La necessità nega la libera scelta e pertanto suppone, per definizione, un evento avverso non altrimenti evitabile; per ciò stesso, prefigurato - nella rappresentazione mentale dell’*homo eiusdem condicionis et professionis* (agente modello che si sostituisce al soggetto concreto) - come altamente probabile e imminente, non già improbabile e remoto.

Orbene la probabilità di 1 a 1000 non pare sufficiente a fondare siffatta “necessità”. Poi, a ben vedere, al di là del parametro numerico, la “necessità” sembra esulare per il fatto stesso che la grande maggioranza della popolazione si è volontariamente sottoposta alla vaccinazione. Poiché, nella valutazione del pericolo, si prende in considerazione il modello astratto, si deve pensare che tale uomo “medio”, posto innanzi al dilemma della vaccinazione, sia uno solo; non differisca cioè per le due categorie, dei vaccinati e non vaccinati. Se tale uomo medio ha scelto - nella grande maggioranza - di vaccinarsi, pur di fronte alla “necessità” di non vaccinarsi, l’unica spiegazione possibile è che la grande maggioranza della popolazione sia stata costretta a vaccinarsi, contro la sua volontà. Questa supposizione ci porterebbe molto lontano. La “necessità” di non vaccinarsi, per evitare il pericolo di effetti avversi (fisici) della vaccinazione, farebbe il paio con la “necessità” di vaccinarsi, per evitare il pericolo di effetti avversi (giuridici) del rifiuto di vaccinazione. Tale supposizione fa pensare a tutto tranne che a un ordinamento democratico e liberale. Pare un po’ troppo, qualunque sia la fede politica di riferimento.

Ben diversamente, la causa di giustificazione dell’esercizio di un diritto non entra in contraddizione con il carattere democratico e liberale del nostro ordinamento giuridico, perché postula la libera scelta del soggetto (modello astratto) di vaccinarsi o non vaccinarsi. È vero che tale libera scelta, per alcune categorie di soggetti, è stato meno libera che per altre, vigendo uno specifico

“obbligo vaccinale”. È vero che le conseguenze giuridiche negative restringevano di molto la libertà di scelta, tuttavia non l’annullavano del tutto. In ogni caso era possibile esercitare il diritto di non vaccinarsi, sopportandone le conseguenze negative. Ebbene, proprio in virtù di questa libertà di non vaccinarsi (ancorché condizionata, ma giammai estinta del tutto), il soggetto agente *de quo* esercitava il suo diritto di non possedere e perciò non esibire la certificazione vaccinale. Ne consegue che esercitava il suo diritto di fare ingresso nella caserma, pur sprovvisto del c.d. *green pass*. In altri termini, si può pensare perfino che fossero legittime tutte le conseguenze previste a carico del soggetto che non avesse voluto vaccinarsi, pur appartenendo a una delle categorie sulle quali incombeva l’obbligo, ma non ci si può spingere fino al punto da impedirgli la libera circolazione, se questa è irrilevante ai fini del pericolo di contagio. In mancanza di siffatto pericolo, la sua libera circolazione non offende alcun bene giuridico; non si vede dunque per quale motivo il diritto soggettivo di movimento debba essergli inibito. La mancanza di offensività della condotta (di libera circolazione) equivale alla mancanza della causa giustificativa dell’estinzione del diritto; insomma, all’inoffensività corrisponde l’esercizio legittimo del diritto.

In questa logica, l’esercizio del diritto e l’inoffensività della condotta vanno di pari passo, mentre lo stato di necessità potrebbe teoricamente coesistere con una condotta offensiva. Per la necessità di evitare a sé stesso un pericolo incombente, il soggetto agente potrebbe comunque esporre gli altri a un rischio remoto. Mentre il diritto proprio incontra il limite del diritto altrui, la necessità può prevalere anche sul diritto altrui. Ne deriva, a nostro avviso, che avere imperniato la pronuncia di proscioglimento sull’inoffensività della condotta avrebbe dovuto avere come corollario l’indicazione dell’esercizio del diritto come causa di giustificazione. In questo caso, il diritto altrui di non correre un rischio suppletivo di contagio non sussiste, perché non sussiste alcun rischio supplementare rispetto a quello corso da chiunque vive in società, immerso nella normale vita di relazione. Solo l’eremita sarebbe esente da tale rischio e ovviamente la caserma non può paragonarsi a un eremo, né si può imporre in quel contesto la regola dell’eremo. D’altronde, la causa scriminante dell’esercizio del diritto, ancorché correlata nel caso concreto all’inoffensività della condotta, se ne distingue concettualmente; in qualche modo la trascende, avendo una portata più ampia. Anche una condotta astrattamente *contra ius* può rivelarsi inoffensiva in concreto¹³, sicché l’irrilevanza penalistica per mera inoffensività

¹³ Per certi versi è simile la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto. Ovviamente la tenuità postula la presenza dell’offesa, sulla quale incide in termini quantitativi (riferiti appunto al *quantum* di gravità), mentre l’inoffensività postula la totale assenza dell’offesa. Non può parlarsi dunque, a proposito dell’inoffensività, di una speciale causa di non punibilità, bensì di assenza di uno degli estremi tipici del fatto di reato.

L’istituto della particolare tenuità del fatto è attualmente contemplato nell’art. 131 *bis* c.p., introdotto dal D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, che ha inteso delineare una causa di non punibilità

della condotta non esclude la rilevanza della stessa; dal punto di vista disciplinare o civilistico. Al contrario, la sussistenza della causa di giustificazione ex art. 51 c.p. elimina in radice qualunque profilo di anti giuridicità; peraltro, in maniera ancora più netta rispetto allo stato di necessità ex art. 54 c.p., perché non residuerebbe nemmeno l'ipotetico onere di "indennizzo". Ovviamente, nel caso di specie, la problematica del danno e del conseguente indennizzo esula del tutto, tuttavia non è inopportuno sottolineare che, nel caso di specie, proprio l'inesistenza di un (aggravamento del normale) rischio di contagio, mentre costituisce il fondamento dell'irrilevanza penalistica del fatto per inoffensività della condotta, al contempo consente di ravvisare gli estremi dell'esercizio del diritto. Infatti, il diritto costituzionalmente garantito della libera scelta delle terapie mediche potrebbe essere compresso solo in funzione della salute pubblica; ma laddove non è pregiudicata in alcun modo la salute pubblica, è chiaro che il diritto non può essere compresso¹⁴, sicché vige in tutta la sua portata espansiva. Ergo il soggetto ha il diritto di vaccinarsi o non vaccinarsi e quello connesso di non vedere subordinata la sua libertà di circolazione al possesso di una certificazione vaccinale, che egli ha il diritto di non possedere.

5. Conclusioni

Nel tirare le somme è opportuno ribadire che un ruolo determinante, nella questione giuridica centrale che verte sull'offensività del fatto, ha la rilevazione dell'*id quod plerumque accidit*. Per quanto il Giudice sia *peritus peritorum*, la sua

rispondente alla concezione gradualistica del reato e ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità del diritto penale. Secondo quanto contemplato dall'art. 131 *bis*, comma 1, c.p., nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133, comma 1, c.p., l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento non risulta abituale. Evidente il fondamento giuridico dell'istituto il quale mira ad attuare una deflazione dei carichi giudiziari, nel rispetto dei principi fondamentali di offensività, sussidiarietà e proporzionalità, posto che la norma mira ad escludere la punibilità in ordine a fattispecie che, astrattamente, ben configurano ipotesi di reato ma che, in concreto, sono espressione di un minimo grado di offensività. Si tratta, infatti, di una causa di non punibilità che lascia presupporre la commissione di un reato, ma che è legata a valutazioni di opportunità. Sul punto cfr. F. DI VIZIO, *La nuova disciplina della particolare tenuità del fatto; tra spinte alla deflazione e tensioni di sistema*, in *Discrimen (online)*, 3 gennaio 2023.

¹⁴ Se, come ritiene il GUP presso il Tribunale militare di Napoli, i vaccini attualmente in commercio non sono efficaci ai fini della prevenzione del contagio, bensì solamente al fine di evitare le forme più gravi della patologia, non possono che configurarsi come presidi terapeutici, sia pure in funzione preventiva. Ne deriva che, una volta assunta la mancanza di efficacia inibitoria del contagio, dichiarare l'inoffensività della condotta, nel caso di specie, equivale a dichiarare la sussistenza del diritto di autodeterminazione terapeutica in capo al soggetto, per quanto la correlazione necessaria non significhi l'identità concettuale tra inoffensività del fatto ed esercizio del diritto. Sul principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica (art. 32 Cost), cfr. A. CARMINATI, *L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano*, in *Giur. Pen.*, 1 bis/2019.

scienza non può prescindere del tutto dalle acquisizioni della comunità scientifica più accreditata nel momento storico. La mera osservazione empirica dei fatti può darci conto solo del *post hoc*, ma perché il *post hoc* sia inteso correttamente come *propter hoc* è necessario individuare una legge scientifica di copertura¹⁵. In altri termini, il fatto “notorio” è veramente tale e può aiutare il Giudice nel discernimento della catena causale degli eventi, solo in quanto sia diventata “notoria” la spiegazione causale degli eventi. Ciò premesso, la nostra questione potrebbe ridursi alla seguente: se i vaccini (anti Covid) avessero e abbiano efficacia inibitoria del contagio.

Questione ben diversa, ovviamente, da quell'altra, irrilevante ai fini dell'offensività, se siano stati e siano tuttora utili a prevenire le forme patologiche più gravi. In verità sul punto della capacità di inibire il contagio, non si scontrano teorie scientifiche pienamente assertive: nemmeno le case farmaceutiche produttrici dei vaccini hanno dichiarato siffatta idoneità piena del loro prodotto. Si scontrano semmai orientamenti politici - e forse anche “ideologici” - divergenti. Inoltre, si deve osservare che si può pure riconoscere un interesse pubblico alla vaccinazione, per il solo fatto dell'efficacia di prevenire le forme patologiche più gravi. La *res publica* coltiva un interesse pubblico alla salute che è la somma di tutti gli interessi dei singoli individui alla tutela della propria salute. Ciò non toglie che siffatta tutela è, in primo luogo, un diritto dell'individuo che non può divenire obbligo giuridico. Ora, pur supposta la piena legittimità di tutte le possibili misure restrittive, in funzione di una maggior tutela della *propria* salute, non se ne può dedurre un obbligo generalizzato (del *quisque de populo*) di tutela dell'*altrui* salute. Dal diritto di tutela della propria, al dovere di tutela dell'*altrui* salute, il passo è molto ampio; il dovere ha ragion d'essere solo se si dimostra che la libera circolazione del soggetto non-vaccinato espone i consociati al rischio (suppletivo) di contagio. Tale dimostrazione non può essere data perché nessuna legge scientifica di copertura la supporta.

A nostro avviso, infatti, non deve essere cercata la legge scientifica che dimostri l'impossibilità del non vaccinato di produrre il contagio (ossia la connessione doppiamente negativa non-vaccino=non-contagio), bensì la legge che dimostri la maggiore carica virogena del non-vaccinato (rispetto al vaccinato); solo questa connessione causale non-vaccino/contagio consentirebbe di individuare l'offesa insita nella libera circolazione del soggetto sprovvisto di certificazione vaccinale. È corretto procedere in questo secondo modo, per due ragioni: è impossibile collegare causalmente (e concettualmente) due non-eventi, come presupporrebbe il primo tipo di ricerca; inoltre l'onere della prova incombe sull'accusa di offensività, non già sulla difesa che assume l'inoffensività. Ebbene, questa legge scientifica di copertura - che dimostrerebbe l'offensività della

¹⁵ Sul punto cfr. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, II ed. 2000.

condotta *de qua* - non è stata trovata; anzi l'osservazione serena, e non "ideologica", dei fatti di questa terra induce a escludere qualsivoglia connessione: il non vaccinato non espone gli altri consociati a un rischio (aggravato) di contagio. L'inesistenza di siffatto aggravamento del normale rischio, derivante dalla vita di relazione, sembra dimostrato, al di là di ogni dubbio, dalla circostanza che, nei Paesi nei quali non è stata imposta alcuna restrizione alla circolazione dei soggetti non vaccinati, non si sono registrati incrementi significativi delle patologie da Covid e meno che mai di eventi letali. Anzi si può dire che l'Italia, primatista in restrizioni, abbia registrato al contempo il triste primato delle "bare". Il decorso degli eventi ha dimostrato ampiamente che l'inibizione del contagio è stata una chimera, e ciò può ben dirsi un fatto notorio, come correttamente osserva la sentenza *de qua*. Ne deriva limpidamente l'inoffensività della condotta dell'imputato.

Alla mancanza dell'offesa, elemento costitutivo del reato, corrisponde necessariamente l'impossibilità di commutare il proprio diritto alla salute in dovere, a carico dei non vaccinati, di tutelare l'altrui salute, mediante astensione dalla circolazione. Svanito il pericolo di contagio, unico profilo di rilevanza esterna della scelta individuale di vaccinarsi/non vaccinarsi, la questione, a ben vedere, rientra pienamente nella sfera della libera autodeterminazione dei comportamenti privati; ma ciò significa, a nostro avviso, che la causa di giustificazione da invocare nel caso concreto è l'esercizio del diritto, non già quella dello stato di necessità.

CORTE COST. – SENTENZA – (UD. 22.06.2021) 12.07.2021 - N. 150/2021 – PRES. CORAGGIO – RED. VIGANÒ - (G.U. 1^ SERIE SPECIALE, N. 28 DEL 14.07.2021)

DIFFAMAZIONE A MEZZO STAMPA – TRATTAMENTO SANZIONATORIO – PENA DETENTIVA – LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO – LIBERTÀ DI STAMPA – PRINCIPIO DI LEGALITÀ

NORME IMPUGNATE: ART. 13 DELLA LEGGE 08/02/1948, N. 47, E ART. 595, TERZO COMMA, DEL CODICE PENALE.

Ritenuto in fatto

omissis

Considerato in diritto 1.– Con l'ordinanza iscritta al n. 140 del r.o. 2019 il Tribunale ordinario di Salerno, sezione seconda penale, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, del codice penale e dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa). Con l'ordinanza iscritta al n. 149 del r.o. 2019 il Tribunale ordinario di Bari, sezione prima penale, ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948, «in combinato disposto» con l'art. 595 cod. pen., «nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 256 [recte: 258] euro, invece che in via alternativa». Dal tenore dell'ordinanza di rimessione risulta peraltro che l'art. 595 cod. pen. è menzionato al mero fine di individuare la fattispecie incriminatrice su cui si innesta la speciale circostanza aggravante prevista all'art. 13 della legge n. 47 del 1948, sulla quale soltanto si appuntano le censure del giudice a quo. I due giudizi, che sollevano questioni analoghe, sono già stati riuniti ai fini della decisione con l'ordinanza n. 132 del 2020 di questa Corte, di cui si è detto nel Ritenuto in fatto. Esse pongono, in estrema sintesi, il quesito se sia compatibile con la Costituzione, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la previsione di pene detentive per il delitto di diffamazione commesso a mezzo della stampa. E ciò con riguardo all'art. 13 della legge n. 47 del 1948, che commina la reclusione in via cumulativa rispetto alla pena pecuniaria, allorché la diffamazione a mezzo stampa consista nell'attribuzione di un fatto determinato; nonché – per ciò che concerne la questione posta dal Tribunale di Salerno – con riguardo anche all'art. 595, terzo comma, cod. pen., che prevede la reclusione in via meramente alternativa rispetto alla pena pecuniaria per il caso di diffamazione col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico. 2.– Con l'ordinanza n. 132 del 2020, questa Corte ha già formulato una serie di valutazioni in ordine al thema decidendum, le quali debbono in questa sede essere integralmente confermate, e alle quali si salda, in consecuzione

logica, l'odierna decisione (per il medesimo rilievo, sentenza n. 242 del 2019 rispetto all'ordinanza n. 207 del 2018). 3.– Le questioni sono ammissibili. 3.1.– Rispetto alle questioni sollevate dal Tribunale di Salerno, occorre osservare quanto segue. 3.1.1.– Non è anzitutto fondata l'eccezione di insufficiente motivazione sulla loro rilevanza, formulata dall'Avvocatura generale dello Stato. Per quanto stringata, la descrizione dei fatti contestati agli imputati (nelle rispettive qualità di autore dell'articolo e di direttore responsabile del quotidiano) compiuta nell'ordinanza di rimessione è sufficiente a comprendere che essi consistono nella diffusione di una notizia lesiva dell'altrui reputazione, consistente in uno specifico addebito successivamente smentito dalle indagini penali compiute dalla competente Direzione distrettuale antimafia. I fatti così descritti certamente corrispondono alla figura legale del delitto di diffamazione, aggravato ai sensi dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948 in quanto compiuto a mezzo della stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato. La rilevanza delle questioni prospettate sussiste, tuttavia, anche rispetto all'aggravante di cui all'art. 595, terzo comma, cod. pen., che punisce, tra l'altro, la diffamazione compiuta a mezzo della stampa. Per quanto tale aggravante sia destinata, nell'attuale quadro normativo, ad essere assorbita in quella di cui all'art. 13 della legge n. 47 del 1948, che si pone rispetto ad essa quale *lex specialis*, l'auspicato accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale formulate dal rimettente rispetto a quest'ultima disposizione renderebbe nuovamente applicabile, nel caso di specie, l'aggravante generale di cui all'art. 595, terzo comma, cod. pen., in concorso con quella prevista dal secondo comma, che prevede un inasprimento di pena in ogni ipotesi in cui la diffamazione consista nell'attribuzione di un fatto determinato; con conseguente applicazione, ai fini della commisurazione della pena, dell'art. 63, quarto comma, cod. pen. Donde la rilevanza – in via condizionata all'accoglimento delle questioni sollevate sull'art. 13 della legge n. 47 del 1948 – anche delle questioni sollevate in relazione all'art. 595, terzo comma, cod. pen. 3.1.2.– Né merita accoglimento l'eccezione, parimenti formulata dall'Avvocatura generale dello Stato, relativa all'oscurità del *petitum* formulato dalla medesima ordinanza del Tribunale di Salerno. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, «l'ordinanza di rimessione delle questioni di legittimità costituzionale non necessariamente deve concludersi con un dispositivo recante altresì un *petitum*, essendo sufficiente che dal tenore complessivo della motivazione emerga[no] con chiarezza il contenuto ed il verso delle censure» (sentenza n. 123 del 2021 e, in precedenza, sentenze n. 176 del 2019 e n. 175 del 2018). Nel caso ora all'esame, il dispositivo dell'ordinanza di rimessione rinvia espressamente alle «ragioni di cui in motivazione»; e dalla motivazione si evince come il rimettente non solleciti in alcun luogo – come invece ipotizzato dall'Avvocatura generale dello Stato – una «pronuncia manipolativa sulle pene previste», né una «pronuncia additiva in ordine alla delimitazione delle condotte che esse sanzionano»; bensì denunci l'incompatibilità *tout court* con i parametri costituzionali e convenzionali evocati di entrambe le disposizioni censurate, che comminano una pena detentiva per il delitto di diffamazione anche al di fuori dei casi eccezionali in cui tale pena potrebbe essere giustificata. Il *petitum* dell'ordinanza è, pertanto, interpretabile come diretto alla radicale ablazione di entrambe

le disposizioni sottoposte all'esame di questa Corte. 3.1.3.– Priva di pregio è anche l'ulteriore eccezione, svolta dall'Avvocatura generale dello Stato, secondo cui l'eventuale accoglimento delle questioni formulate dal Tribunale di Salerno a proposito dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948 non eliminerebbe i profili di denunciata illegittimità costituzionale, dal momento che la pena detentiva resterebbe comunque prevista dall'art. 595 cod. pen. Come appena sottolineato, infatti, il rimettente – del tutto coerentemente – estende le questioni anche all'art. 595, terzo comma, cod. pen., che diverrebbe applicabile laddove fosse dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948, censurato in prima battuta. 3.1.4.– L'Avvocatura generale dello Stato ha infine eccepito l'inammissibilità delle questioni sollevate dal medesimo Tribunale in ragione dell'omessa sperimentazione, da parte del rimettente, di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni censurate. Nemmeno tale eccezione è fondata. In effetti, il giudice a quo espressamente esclude di potere interpretare le disposizioni censurate nel senso dell'applicazione della pena detentiva «esclusivamente alle condotte diffamatorie a mezzo stampa che rivestano i caratteri dell'eccezionalità», poiché tale interpretazione contrasterebbe, a suo avviso, con i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, nonché di soggezione del giudice alla legge, i quali impedirebbero al giudice di «integrare la norma incriminatrice di questo ulteriore requisito». Quanto poi, in particolare, all'art. 595, terzo comma, cod. pen., che prevede la reclusione soltanto in via alternativa, il rimettente sottolinea come a suo giudizio già la stessa previsione astratta della pena detentiva – e dunque la sua comminazione legislativa – limiti eccessivamente il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, a prescindere dunque dalla decisione del giudice di applicarla o meno nel caso concreto. Se e in che misura queste valutazioni siano condivisibili, attiene al merito, e non all'ammissibilità delle questioni: a quest'ultimo fine è infatti sufficiente – in base alla ormai costante giurisprudenza di questa Corte – che il giudice abbia esplorato, e consapevolmente scartato, la possibilità di una interpretazione conforme alla Costituzione (ex multis, sentenze n. 32 del 2021, n. 32 del 2020, n. 189 del 2019). 3.2.– Per quanto riguarda invece l'ordinanza del Tribunale di Bari, occorre rilevare quanto segue. 3.2.1.– Non è fondata, nemmeno in questo caso, l'eccezione sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato relativa al difetto di motivazione sulla rilevanza della questione. Il giudice a quo chiarisce infatti che, impregiudicata ogni valutazione circa la sussistenza della responsabilità dell'imputato, il fatto di cui quest'ultimo è accusato consiste nell'aver consentito, nella propria qualità di direttore di un quotidiano, la pubblicazione di un articolo in cui si attribuiva alla persona offesa un fatto determinato (la cessione di droga a un atleta), nonostante l'intervenuta assoluzione della stessa persona offesa da ogni addebito con sentenza passata in giudicato. Tanto basta per considerare applicabile nel giudizio principale l'art. 13 della legge n. 47 del 1948, che costituisce in questo caso l'unico oggetto delle censure del rimettente. 3.2.2.– Nemmeno può predicarsi, contrariamente all'avviso espresso dall'Avvocatura generale dello Stato, che il petitum formulato dal rimettente sia oscuro. In questo secondo giudizio, anzi, il petitum è espressamente formulato nel dispositivo, e mira univocamente alla modificazione dell'attuale quadro sanzionatorio dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948,

imperniato sulla previsione cumulativa di una pena detentiva e di una pena pecuniaria, in modo tale da rendere alternative le due pene. 3.2.3.– Ictu oculi infondata è anche l'eccezione secondo cui l'accoglimento del petitum non eliminerebbe il vizio di illegittimità costituzionale lamentato. Il rimettente, infatti, ritiene che il vizio risieda nell'indefettibilità dell'applicazione della sanzione detentiva, che verrebbe per l'appunto eliminata ove il quadro sanzionatorio fosse modificato nel senso dell'alternatività tra le due pene: ciò che consentirebbe al giudice di evitare di dover irrogare la reclusione, al di fuori dei casi eccezionali in cui tale sanzione sarebbe consentita anche secondo il diritto convenzionale. 3.2.4.– Infine, nemmeno in questo caso è possibile rimproverare al giudice a quo l'omessa sperimentazione di una interpretazione conforme. Il rimettente, infatti, esclude espressamente, con motivazione particolarmente estesa, di poter interpretare la disposizione censurata in modo tale da evitare l'applicazione della pena detentiva nelle ipotesi in cui tale pena risulterebbe in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU. Ciò è sufficiente, come poc'anzi osservato, ai fini della rilevanza della questione proposta.

4.– Le questioni sollevate dal Tribunale di Salerno sull'art. 13 della legge n. 47 del 1948, in riferimento agli artt. 21 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, sono fondate. 4.1.– Come già rilevato, la disposizione censurata prevede una circostanza aggravante per il delitto di diffamazione, integrata nel caso in cui la condotta sia commessa col mezzo della stampa e consista nell'attribuzione di un fatto determinato. Essa costituisce *lex specialis* rispetto alle due aggravanti previste dall'art. 595 cod. pen., secondo e terzo comma, che prevedono cornici sanzionatorie autonome e più gravi rispetto a quelle stabilite dal primo comma, rispettivamente nel caso in cui l'offesa all'altrui reputazione consista nell'attribuzione di un fatto determinato e in quello in cui l'offesa sia recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico. La pena prevista dall'art. 13 della legge n. 47 del 1948 è quella della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a euro 258. Le due pene – detentiva e pecuniaria – sono dunque previste in via cumulativa, il giudice essendo tenuto ad applicarle indefettibilmente entrambe; e ciò a meno che non sussistano, nel caso concreto, circostanze attenuanti giudicate prevalenti o, almeno, equivalenti all'aggravante in esame. 4.2.– Proprio l'indefettibilità dell'applicazione della pena detentiva, in tutte le ipotesi nelle quali non sussistano – o non possano essere considerate almeno equivalenti – circostanze attenuanti, rende la disposizione censurata incompatibile con il diritto a manifestare il proprio pensiero, riconosciuto tanto dall'art. 21 Cost., quanto dall'art. 10 CEDU. Come già rilevato da questa Corte nella ordinanza n. 132 del 2020, una simile necessaria irrogazione della sanzione detentiva (indipendentemente poi dalla possibilità di una sua sospensione condizionale, o di una sua sostituzione con misure alternative alla detenzione rispetto al singolo condannato) è divenuta ormai incompatibile con l'esigenza di «non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri»: esigenza sulla quale ha particolarmente insistito la Corte EDU nella propria copiosa giurisprudenza rammentata nella stessa ordinanza, ma che anche questa Corte condivide. Per quanto, come si dirà meglio infra (punto 5.3.), la

sanzione detentiva non possa ritenersi sempre costituzionalmente illegittima nei casi più gravi di diffamazione, la sua necessaria inflizione, prevista dalla disposizione censurata in tutte le ipotesi da essa previste – che abbracciano, in pratica, la quasi totalità delle diffamazioni commesse a mezzo della stampa, periodica e non –, conduce necessariamente a esiti incompatibili con le esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e in particolare con quella sua specifica declinazione costituita dalla libertà di stampa, già definita «pietra angolare dell'ordine democratico» da una risalente pronuncia di questa Corte (sentenza n. 84 del 1969). E ciò anche in considerazione del diritto vivente, che – come parimenti rammentato nell'ordinanza n. 132 del 2020 – condiziona l'operatività della causa di giustificazione del diritto di cronaca nella sua forma putativa (art. 59, quarto comma, cod. pen.) al requisito dell'assenza di colpa nel controllo delle fonti: ammettendo conseguentemente la responsabilità del giornalista per il delitto di diffamazione anche nell'ipotesi in cui egli abbia confidato, seppur per un errore evitabile, nella verità del fatto attribuito alla persona offesa. 4.3.– Dal momento che la funzione della disposizione censurata è unicamente quella di inasprire il trattamento sanzionatorio previsto in via generale dall'art. 595 cod. pen. in termini che non sono compatibili con l'art. 21 Cost., oltre che con l'art. 10 CEDU, essa deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella sua interezza, nei termini auspicati dal ricorrente. Tale dichiarazione non crea, del resto, alcun vuoto di tutela al diritto alla reputazione individuale contro le offese arrecate a mezzo della stampa, diritto che continua a essere protetto dal combinato disposto del secondo e del terzo comma dello stesso art. 595 cod. pen., il cui alveo applicativo si riespanderà in seguito alla presente pronuncia. 4.4.– Restano assorbiti gli ulteriori profili di censura evocati dal rimettente a proposito della medesima disposizione. 5.– La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948, in accoglimento delle censure formulate dal Tribunale di Salerno, rende superfluo l'esame della questione formulata dal Tribunale di Bari sulla medesima disposizione, mirante a sostituire il regime di cumulatività di reclusione e multa previsto dalla disposizione medesima con un regime di alternatività tra le due sanzioni. 6.– Le questioni sollevate dallo stesso Tribunale di Salerno sull'art. 595, terzo comma, cod. pen. in riferimento agli artt. 3, 21 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, devono invece essere dichiarate non fondate nei termini di seguito precisati. 6.1.– L'art. 595, terzo comma, cod. pen. configura – come già rammentato – una circostanza aggravante del delitto di diffamazione, integrata allorché l'offesa sia recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico. La pena prevista è quella della reclusione da sei mesi a tre anni ovvero della multa non inferiore a 516 euro. 6.2.– La previsione in via, questa volta, soltanto alternativa della pena detentiva da parte della norma censurata non può ritenersi di per sé in contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero, tutelata dagli artt. 21 Cost. e 10 CEDU. Come rammentato nell'ordinanza n. 132 del 2020, se è vero che la libertà di espressione – in particolare sub specie di diritto di cronaca e di critica esercitato dai giornalisti – costituisce pietra angolare di ogni ordinamento democratico, non è men vero che la reputazione individuale è del pari un diritto inviolabile, strettamente legato alla

stessa dignità della persona. Aggressioni illegittime a tale diritto compiute attraverso la stampa, o attraverso gli altri mezzi di pubblicità cui si riferisce l'art. 595, terzo comma, cod. pen. – la radio, la televisione, le testate giornalistiche online e gli altri siti internet, i social media, e così via –, possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime. E tali danni sono suscettibili, oggi, di essere enormemente amplificati proprio dai moderni mezzi di comunicazione, che rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima. Questi pregiudizi debbono essere prevenuti dall'ordinamento con strumenti idonei, necessari e proporzionati, nel quadro di un indispensabile bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e del diritto di cronaca e di critica in particolare. Tra questi strumenti non può in assoluto escludersi la sanzione detentiva, sempre che la sua applicazione sia circondata da cautele idonee a schermare il rischio di indebita intimidazione esercitato su chi svolga la professione giornalistica. Si deve infatti ritenere che l'inflizione di una pena detentiva in caso di diffamazione compiuta a mezzo della stampa o di altro mezzo di pubblicità non sia di per sé incompatibile con le ragioni di tutela della libertà di manifestazione del pensiero nei casi in cui la diffamazione si caratterizzi per la sua eccezionale gravità (così la stessa Corte EDU, grande camera, sentenza 17 dicembre 2004, Cumpn e Mazre contro Romania, paragrafo 115; nonché sentenze 5 novembre 2020, Balaskas contro Grecia, paragrafo 61; 11 febbraio 2020, Atamanchuk contro Russia, paragrafo 67; 7 marzo 2019, Sallusti contro Italia, paragrafo 59; 24 settembre 2013, Belpietro contro Italia, paragrafo 53; 6 dicembre 2007, Katrami contro Grecia, paragrafo 39). La Corte di Strasburgo ritiene integrate simili ipotesi eccezionali in particolare con riferimento ai discorsi d'odio e all'istigazione alla violenza, che possono nel caso concreto connotare anche contenuti di carattere diffamatorio; ma casi egualmente eccezionali, tali da giustificare l'inflizione di sanzioni detentive, potrebbero ad esempio essere anche rappresentati da campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi. Chi ponga in essere simili condotte – eserciti o meno la professione giornalistica – certo non svolge la funzione di “cane da guardia” della democrazia, che si attua paradigmaticamente tramite la ricerca e la pubblicazione di verità “scomode”; ma, all'opposto, crea un pericolo per la democrazia, combattendo l'avversario mediante la menzogna, utilizzata come strumento per screditare la sua persona agli occhi della pubblica opinione. Con prevedibili conseguenze distorsive anche rispetto agli esiti delle stesse libere competizioni elettorali. Se circoscritta a casi come quelli appena ipotizzati, la previsione astratta e la concreta applicazione di sanzioni detentive non possono, ragionevolmente, produrre effetti di indebita intimidazione nei confronti dell'esercizio della professione giornalistica, e della sua essenziale funzione per la società democratica. Al di fuori di quei casi eccezionali, del resto assai lontani dall'ethos della professione giornalistica, la prospettiva del carcere resterà esclusa per il giornalista, così come per

chiunque altro che abbia manifestato attraverso la stampa o altri mezzi di pubblicità la propria opinione; restando aperta soltanto la possibilità che siano applicate pene diverse dalla reclusione, nonché rimedi e sanzioni civili o disciplinari, in tutte le ordinarie ipotesi in cui la condotta lesiva della reputazione altrui abbia ecceduto dai limiti del legittimo esercizio del diritto di cronaca o di critica. 6.3.– La disposizione ora all’esame – l’art. 595, terzo comma, cod. pen. – deve essere interpretata in maniera conforme a tali premesse. Il potere discrezionale che essa attribuisce al giudice nella scelta tra reclusione (da sei mesi a tre anni) e multa (non inferiore a 516 euro) deve certo essere esercitato tenendo conto dei criteri di commisurazione della pena indicati nell’art. 133 cod. pen., ma anche – e ancor prima – delle indicazioni derivanti dalla Costituzione e dalla CEDU secondo le coordinate interpretative fornite da questa Corte e dalla Corte EDU; e ciò anche al fine di evitare la pronuncia di condanne penali, che potrebbero successivamente dar luogo a una responsabilità internazionale dello Stato italiano per violazioni della Convenzione (per la sottolineatura del dovere «di evitare violazioni della CEDU» in capo agli stessi giudici comuni, nel quadro dei loro compiti di applicazione delle norme, si veda la sentenza n. 68 del 2017, Considerato in diritto, punto 7.). Ne consegue che il giudice penale dovrà optare per l’ipotesi della reclusione soltanto nei casi di eccezionale gravità del fatto, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, rispetto ai quali la pena detentiva risulti proporzionata, secondo i principi poc’anzi declinati; mentre dovrà limitarsi all’applicazione della multa, opportunamente graduata secondo la concreta gravità del fatto, in tutte le altre ipotesi. Questa lettura, del resto, è stata già fatta propria dalla più recente giurisprudenza di legittimità, nel quadro di un’interpretazione che dichiaratamente si ispira alla giurisprudenza pertinente della Corte EDU e all’ordinanza n. 132 del 2020 di questa Corte (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 9 luglio 2020, n. 26509), e che si estende anche agli autori di diffamazioni aggravate ai sensi dell’art. 595, terzo comma, cod. pen. i quali non esercitino attività giornalistica in senso stretto (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 17 febbraio 2021, n. 13993; sezione quinta penale, sentenza 15 gennaio 2021, n. 13060). Così interpretata, la disposizione censurata risulta conforme tanto all’art. 21, quanto all’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 10 CEDU. 6.4.– Tale interpretazione consente di escludere anche il contrasto della disposizione censurata con l’art. 3 Cost., che il rimettente prospetta sulla base dei medesimi argomenti che sostengono l’allegata violazione degli artt. 21 e 117, primo comma, Cost. 7.– Manifestamente infondata è invece la questione, sollevata dallo stesso Tribunale di Salerno, avente ad oggetto l’art. 595, terzo comma, cod. pen., in riferimento all’art. 25 Cost. Il rimettente opina che il carattere sproporzionato, irragionevole e non necessario della sanzione detentiva rispetto al bene giuridico tutelato violerebbe il principio di offensività, ricavabile appunto dall’art. 25 Cost. In senso contrario, deve tuttavia rilevarsi che la diffamazione è, per quanto sopra argomentato, delitto tutt’altro che inoffensivo, essendo posto a tutela di un diritto fondamentale, quale la reputazione della persona, di primario rilievo nell’ordinamento costituzionale; mentre il carattere proporzionato o sproporzionato della sanzione comminata dal legislatore per un fatto comunque offensivo deve piuttosto essere vagliato sotto il profilo della sua compatibilità

con altri parametri costituzionali, tra cui segnatamente la libertà di manifestazione del pensiero, secondo le cadenze poc'anzi illustrate. 8.– Non fondato appare infine anche il dubbio di legittimità costituzionale sollevato dal Tribunale di Salerno sulla compatibilità della medesima disposizione con l'art. 27, terzo comma, Cost. Il giudice a quo non censura qui la sproporzione della pena detentiva rispetto alla gravità del reato, bensì l'«inidoneità della minacciata sanzione detentiva a garantire il pieno rispetto della funzione generalpreventiva e specialpreventiva della pena stessa». Il rimettente assume dunque in premessa la contrarietà alla CEDU della pena detentiva nelle ipotesi di diffamazione a mezzo stampa, e dunque la sua non irrogabilità in concreto; dal che deriverebbe la radicale inefficacia della sua comminatoria edittale rispetto agli scopi preventivi della pena, tra cui – parrebbe di intendere – la finalità rieducativa menzionata nell'art. 27, terzo comma, Cost. Mai tuttavia, nella giurisprudenza di questa Corte, la necessaria finalità rieducativa della pena è stata utilizzata a sostegno di dichiarazioni di illegittimità costituzionale miranti a censurare l'ineffettività di comminatorie edittali rispetto agli stessi scopi preventivi della pena, in considerazione della inapplicabilità della pena in essa prevista. L'art. 27, terzo comma, Cost. è piuttosto pertinente nel quadro di censure miranti a denunciare il carattere manifestamente sproporzionato della pena prevista dal legislatore rispetto alla gravità del fatto di reato; ma che la cornice edittale prevista dall'art. 595, terzo comma, cod. pen. sia manifestamente sproporzionata si è già avuto poc'anzi modo di escludere, nei limiti appena precisati. 9.– Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), deve essere dichiarata in via consequenziale l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma 4, della legge 6 agosto 1990, n. 223 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato), il quale prevede che «[n]el caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, si applicano ai soggetti di cui al comma 1 le sanzioni previste dall'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47», dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla presente pronuncia. Resterà anche in questo caso applicabile la disciplina prevista dall'art. 595, terzo comma, cod. pen. nei termini sopra indicati. 10.– La presente decisione, pur riaffermando l'esigenza che l'ordinamento si faccia carico della tutela effettiva della reputazione in quanto diritto fondamentale della persona, non implica che il legislatore debba ritenersi costituzionalmente vincolato a mantenere anche per il futuro una sanzione detentiva per i casi più gravi di diffamazione (in senso analogo, in relazione al contiguo diritto fondamentale all'onore, sentenza n. 37 del 2019). Resta però attuale la necessità, già sottolineata da questa Corte con l'ordinanza n. 132 del 2020, di una complessiva riforma della disciplina vigente, allo scopo di «individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività». PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa); 2) dichiara l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, ai sensi

dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), dell'art. 30, comma 4, della legge 6 agosto 1990, n. 223 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato); 3) dichiara non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, del codice penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 21 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), dal Tribunale ordinario di Salerno, sezione seconda penale, con l'ordinanza indicata in epigrafe; 4) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, cod. pen., sollevata, in riferimento all'art. 27, terzo comma, Cost., dal Tribunale di Salerno, sezione seconda penale, con l'ordinanza indicata in epigrafe; 5) dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, cod. pen., sollevata, in riferimento all'art. 25 Cost., dal Tribunale di Salerno, sezione seconda penale, con l'ordinanza indicata in epigrafe. Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22 giugno 2021.

**Con nota di
Mattia Romano ***

**GLI EFFETTI DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N.
150/2021 SULLA COMPETENZA TERRITORIALE NEI GIUDIZI IN
MATERIA DI DIFFAMAZIONE A MEZZO RADIO-TELEVISIVO: NULLA
DI NUOVO SOTTO IL SOLE**

Nel presente contributo, l'autore si prodiga ad analizzare le possibili ricadute incidentali della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948, avvenuta ad opera della recente sentenza 150/2021 della Corte costituzionale. In specie, viene effettuata una disamina delle eventuali conseguenze in materia di competenza territoriale nelle ipotesi di diffamazione radio-televisiva con particolare attenzione alle osservazioni della dottrina e della giurisprudenza di merito espressasi sul punto.

In this article, the author analyzes the possible incidental effects of the declaration of constitutional illegitimacy of art. 13 of the law n. 47 of 1948 which took place by the recent sentence 150/2021 of the Italian Constitutional Court. In particular, the author examines the possible consequences in terms of territorial jurisdiction in the hypothesis of radio-television defamation with particular attention to the observations of the doctrine and the jurisprudence.

* Dottorando di ricerca in diritto penale nell'Università degli Studi "e-Campus".

SOMMARIO: 1. La Sentenza della Corte costituzionale n. 150/2021 – 2. Le possibili ripercussioni di tale declaratoria sui criteri di competenza – 3. Le prime pronunce di merito sul punto

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 150/2021

Nell'epoca del pensiero libero, dello strapotere dei *media* e della diffusione *ubique terrarum* dei *social network* risulta essere più che attuale la tematica della diffamazione a mezzo stampa, radio-televisione e altri mezzi di comunicazione. Così attuale che con ben due ordinanze di rimessione è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale relativamente alla previsione dell'applicazione congiunta della pena pecuniaria e di quella detentiva nelle fattispecie di diffamazione² per attribuzione di un fatto determinato a mezzo stampa o TV. In particolare, con ordinanza del 9 aprile 2019, il Tribunale ordinario di Salerno ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 10 della CEDU, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, del codice penale e dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 in materia di stampa. Mentre il Tribunale ordinario di Bari, con altra ordinanza, ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948³, «in combinato disposto» con l'art. 595 c. p., «nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 256 euro, invece che in via alternativa».

Per mezzo di tali ordinanze i giudici *a quo* pongono alla Consulta il quesito circa la compatibilità con la Carta costituzionale – riletta alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – della previsione di pene detentive per il delitto di diffamazione commesso a mezzo della stampa. In particolare, l'attenzione viene focalizzata sull'art. 13 della legge n. 47 del 1948, che commina(va) la reclusione in via cumulativa rispetto alla pena pecuniaria,

² G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale*, Vol. II, Tomo I, Zanichelli, Bologna, 2013; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1995, 269 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Speciale, I*, CEDAM, Padova, 2022; G. LE PERA – T. MARTINA, *Onore e reputazione. Necessità di un ritorno alla tipicità dell'oggetto di tutela nell'ingiuria e nella diffamazione*, in *Cass. Pen.*, 1994, 2549 ss.

³ «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire centomila».

allorché la diffamazione a mezzo stampa consista nell'attribuzione di un fatto determinato. Come anticipato, il Tribunale di Salerno, spingendosi ancora oltre, interrogava la Corte costituzionale altresì in merito alla compatibilità con la Costituzione dell'art.595, terzo comma c.p., laddove prevede la reclusione in via meramente alternativa rispetto alla pena pecuniaria per il caso di diffamazione col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico.

La Corte costituzionale, come è noto, con la Sent. 150/2021, ha parzialmente accolto le censure promosse dai giudici remittenti, ravvisando la lesione dei principi costituzionali laddove si prevede la sanzione detentiva per tutte le ipotesi di diffamazione mediante attribuzione di un fatto determinato, commesse a mezzo stampa. In particolare, viene ritenuta meritevole di censura la previsione della *supra* citata *lex specialis* 47/1948. Essa, infatti, all'art. 13 prevede(va) una pena ancor più grave (detentiva e pecuniaria in via congiunta) rispetto alle due aggravanti previste dall'art. 595 c.p., secondo e terzo comma, che prevedono già di per sé cornici sanzionatorie autonome e più gravi rispetto a quelle stabilite dal primo comma, rispettivamente nel caso in cui l'offesa all'altrui reputazione consista nell'attribuzione di un fatto determinato e in quello in cui l'offesa sia recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico.

Peraltro, la pena prevista dall'art. 13 della legge n. 47 del 1948 era altresì assai elevata nel massimo edittale, essendo prevista la reclusione da uno a sei anni, oltre alla multa non inferiore a euro 258. Come anticipato, le due pene – detentiva e pecuniaria – venivano previste in via cumulativa, con conseguente impossibilità per il giudice di applicare la sola pena pecuniaria nei casi di minore gravità salvo che nelle ipotesi di prevalenza o di equivalenza delle attenuanti. Ad avviso dei Giudici della Consulta, proprio l'indefettibilità dell'applicazione della pena detentiva determina l'incompatibilità di tale norma con il diritto a manifestare il proprio pensiero, riconosciuto tanto dall'art. 21 Cost., quanto dall'art. 10 CEDU.

D'altra parte, la Corte costituzionale aveva già espresso, nella propria ordinanza n. 132/2020, le proprie perplessità in merito alla previsione di una comminatoria obbligatoria di pena detentiva nelle ipotesi di diffamazione, in quanto siffatta previsione è, ad oggi, incompatibile con l'esigenza di «non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri». Sicché, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte E.D.U. che ha a più riprese ribadito il ruolo

fondamentale – e ordinamentale – del giornalismo nei regimi democratici, l'epilogo del giudizio di legittimità non poteva essere differente. Infatti, una previsione generalizzata della pena detentiva per quasi totalità delle diffamazioni commesse a mezzo della stampa, periodica e non, ad avviso della Consulta, conduce necessariamente a esiti incompatibili con le esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e in particolare con quella sua specifica declinazione costituita dalla libertà di stampa, già definita «pietra angolare dell'ordine democratico»⁴.

D'altra parte, la giurisprudenza di merito e di legittimità – assai invalsa e fortemente censurata dallo scrivente in altro contributo, cui si fa rinvio⁵ – condiziona l'operatività della causa di giustificazione del diritto di cronaca nella sua forma putativa (art. 59, quarto comma, c.p.) al requisito dell'assenza di colpa nel controllo delle fonti, con conseguente configurazione di una responsabilità – dolosa! – del giornalista per il delitto di diffamazione anche nell'ipotesi in cui egli abbia confidato, seppur per errore colpevole, nella verità del fatto attribuito. Sulla base di tali – condivisibili – argomentazioni, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima nella sua interezza la disposizione di cui all'art. 13 della legge sulla stampa.

D'altra parte, correttamente osservano i Giudici della Corte costituzionale, che la declaratoria in parola non determina alcun vuoto di tutela al diritto alla reputazione individuale contro le offese arrecate a mezzo della stampa, attesa la riespansione della norma incriminatrice – *lex generalis* – di cui all'art. 595, comma

⁴ Cfr. C. Cost., Sent. n.84/1969.

⁵ Più diffusamente in M. ROMANO, *Magistratura (poco) democratica. Il travagliato rapporto tra diritto di cronaca e critica giudiziaria e delitto di diffamazione*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 4/2021, laddove si evidenzia che inopportuno il diritto vivente e parte della dottrina impongono al giornalista di fornire la prova rigorosa del minuzioso accertamento dei fatti prodromico alla pubblicazione, per vincere ogni dubbio e incertezza in ordine alla verità sostanziale dei fatti narrati, così facendo avvicinare l'ipotesi dell'esimente putativa alla prova del caso fortuito. Per converso, nell'ottica dell'autore, la natura dolosa del delitto di diffamazione e l'onere in capo alla pubblica accusa dell'accertamento del dolo del delitto stesso sono ontologicamente incompatibili con una eventuale condanna dell'agente che – seppur per sua grave colpa – abbia erroneamente ritenuto veridica la notizia riportata. A ben vedere, l'eventuale dubbio circa il verificarsi di un errore rappresentativo in capo all'agente afferente alla presunta sussistenza della verità e dunque la configurabilità dell'esimente dovrebbe portare ad un'assoluzione, in quanto vi sarebbe un ragionevole dubbio relativo all'integrazione di uno degli elementi costitutivi essenziali della fattispecie: il dolo. D'altra parte, la lettura resa dal diritto vivente pare del tutto inconciliabile con il diritto positivo. Infatti, l'art. 59 co. 4 c.p. giammai prevede l'esclusione della esimente putativa in caso di colpa, anche grave, ipotizzando, per converso, la possibilità di una responsabilità colposa, solo laddove prevista dalla legge per il reato in contestazione.

terzo, del codice penale. Infatti, differentemente rispetto a quella di cui all'art. 13 già citato, la censura sollevata in relazione all'art. 595, comma terzo, c.p. viene rigettata in maniera *tranchant*. Ciò in quanto la diffamazione, essendo un delitto tutt'altro che inoffensivo e posto a tutela di un diritto fondamentale, quale la reputazione, determina la compatibilità a costituzione della previsione della pena detentiva come alternativa a quella pecuniaria. Ma la Corte costituzionale non ha esaurito qui la portata della declaratoria di incostituzionalità spingendosi oltre – legittimamente, a norma della legge sul funzionamento della Consulta – rispetto al *petitum* dei ricorrenti. Infatti, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, ha dichiarato in via consequenziale rispetto alla declaratoria di illegittimità dell'art. 13 della L. 47/1948, l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma 4, della legge 6 agosto 1990, n. 223 in materia di sistema radiotelevisivo pubblico e privato. Ivi si prevede(va) che «[n]el caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, si applicano ai soggetti di cui al comma 1 le sanzioni previste dall'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47».

Sicché, venuta meno tale disposizione, si rendeva necessario altresì emendare la disposizione relativa alla radio-televisione, in quanto richiamava espressamente la norma censurata, con conseguente riespansione – anche in tal caso – della disciplina prevista dall'art. 595, terzo comma, c.p. in relazione alle diffamazioni per attribuzione di fatto determinato.

2. Le possibili ripercussioni di tale declaratoria sui criteri di competenza

Sulla scorta della declaratoria sopra riportata, inevitabilmente, sono fioccate le questioni processuali nei procedimenti per il delitto di diffamazione a mezzo radio-televisione. In particolare, si è sostenuto da più parti che l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della c.d. Legge Mammì avrebbe determinato non solo la riespansione della più mite disciplina sanzionatoria di cui all'art. 595, comma terzo, c.p., ma anche la riespansione dei criteri di competenza previsti dal codice di rito.

In buona sostanza, taluni ritengono che la sopra riportata pronuncia della Corte costituzionale abbia inciso altresì su quanto statuito dal art. 30, comma quinto, della L. 223/1990, per cui «per i reati di cui ai commi 1, 2 e 4 del presente articolo si applicano le disposizioni di cui all'articolo 21 della legge 8 febbraio 1948, n. 47. Per i reati di cui al comma 4 il foro competente è determinato dal luogo di residenza della persona offesa». Tuttavia, ad avviso dello scrivente, e di alcune recentissime pronunce di merito sul punto, tale interpretazione non

sarebbe in alcun modo condivisibile. Infatti, va rilevato che la declaratoria di illegittimità costituzionale avvenuta con la Sent. 150/2021, ha avuto ad oggetto – in via principale – l’art. 13 della L. 8 febbraio 1948, n. 47 e, in via consequenziale, il solo comma 4 dell’art. 30 L. 223/1990.

D’altra parte, *ut supra sub par. I*, gli interventi di censura, spiega chiaramente la Corte, si sono resi necessari onde porre rimedio alla – inopportuna generalizzata – previsione della sanzione detentiva. Per converso, afferma la Consulta, in ragione del principio di proporzionalità tale sanzione privativa della libertà sarebbe, invero, giustificabile unicamente con riferimento alle più gravi ipotesi di diffamazione a mezzo stampa e radio-televisione. Sicché la censura di costituzionalità viene accolta, come anticipato, limitatamente al 4 comma della disposizione dell’art. 30 nella parte in cui faceva rinvio al – parimenti illegittimo – art. 13 della Legge 48/47.

Nessun riferimento, dunque, al comma 5 della disposizione che attiene specificamente al criterio per l’individuazione del giudice competente a decidere i procedimenti per diffamazione radio-televisiva. Tale approccio viene altresì condiviso da attenta dottrina⁶ per cui il criterio di competenza territoriale di cui al comma 5 della succitata normativa sia – pacificamente – ancora applicabile in quanto «la norma risulta essere chiara nel senso che la deroga al normale criterio di competenza territoriale deve trovare applicazione solo per la diffamazione commessa con lo strumento radiotelevisivo attraverso l’attribuzione di un fatto determinato». Né d’altra parte sarebbe ragionevole mutare il peculiare criterio di competenza territoriale che, lungi dall’essere connesso all’entità o al tipo di sanzione prevista per tale forma di diffamazione (unico profilo attinto dalla declaratoria di illegittimità della Consulta) è volto a tutelare la posizione assai delicata della persona offesa, gravemente lesa dalla estrema diffusività della diffamazione a mezzo radio-televisivo. Sullo specifico punto, peraltro, si è già a suo tempo pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n.344/1994, affermando che detta deroga, da un lato, non lede il principio di uguaglianza in quanto trova una sua giustificazione nella diffusività del mezzo impegnato che giustifica tale disciplina di favore e, dall’altro, evidenzia come il giudice di prossimità rispetto alla persona offesa sia “l’organo più idoneo al giudizio”.

In via ulteriore, prosegue la Corte, precisando che, ad ulteriore riprova della estrema importanza di tale criterio derogatorio, v’è il fatto che l’eventuale sentenza di condanna emessa dal giudice del luogo di residenza del soggetto leso

⁶ S. BOLOGNINI, A. D’AVIRRO, M. D’AVIRRO in *La diffamazione – a mezzo stampa, radio, televisione ed internet*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 101 e ss.

avrebbe una “*maggiore efficacia riparatoria*” delle conseguenze del reato. Sicché parrebbe del tutto pacifico che la Corte costituzionale con il proprio intervento non abbia voluto in alcun modo attingere la disciplina della competenza territoriale per il delitto di diffamazione commesso a mezzo radio televisione.

Tutto quanto sin qui diffusamente argomentato, non pare lasciar permanere dubbi circa l’assoluta infondatezza della questione proposta. Ma v’è di più. Anche laddove – lo si ripete, ad avviso dello scrivente in maniera inopportuna – si volesse ritenere che la declaratoria in parola abbia inciso – indirettamente – sui criteri di competenza si dovrebbe, in ogni caso, effettuare un debito distinguo. Infatti, si è appena sottolineato che la declaratoria di illegittimità costituzionale non ha affatto inciso direttamente sul comma 5 dell’art. 30 della Legge Mammì quanto piuttosto sul solo comma 4, in ragione della pena detentiva ivi prevista. Ne consegue che, a tutto voler concedere, la modifica della competenza territoriale – non essendo stata attinta direttamente da declaratoria di illegittimità – dovrebbe operare *ex nunc* (per i soli processi ancora da incardinare) e non *ex tunc* per quelli già incardinati. È, d’altra parte, innegabile che la competenza del giudice, una volta stabilita, risulta essere bloccata in rispondenza della statuizione costituzionale dell’art. 25, primo comma, Cost., secondo cui «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge».

Tale determinazione costituzionale dovrebbe essere interpretata, in ottica garantista, nel senso che il giudice competente deve essere individuato secondo le norme vigenti nel momento in cui il reato è stato commesso ed una volta individuata la competenza, questa, non può essere modificata da alcuna successiva determinazione. Basti pensare che, proprio in esecuzione di tale principio, il Legislatore del Codice Vassalli, all’art. 258 delle Disposizioni di Attuazione al Cod. Proc. Pen. del 1988, secondo cui «ai fini della determinazione della competenza per materia e per territorio le disposizioni del codice si applicano solo per i reati commessi successivamente alla data di entrata in vigore dello stesso». Ne consegue che, in forza del principio processuale di *tempus regit actum* – che nel caso di specie va letto come valenza della norma processuale che determina la competenza al momento dell’esercizio dell’azione penale – e dell’immutabilità del giudice naturale l’eventuale mutamento della competenza dovrebbe ritenersi applicabile solamente *pro futuro*.

3. Le prime pronunce di merito sul punto

Da quanto sin qui esposto appare evidente la possibile dirompenza sui giudizi pendenti e ancora da incardinare dell’eventuale mutamento di competenza

territoriale. Infatti, laddove si ritenesse che il criterio di competenza territoriale è effettivamente mutato si andrebbe a determinare la riespansione del criterio di competenza territoriale ordinario, con conseguente incardinamento di tutti i procedimenti nel luogo da cui è stata trasmessa la propalazione diffamatoria, con la creazione di “Fori pressoché esclusivi” in base alla collocazione territoriale delle emittenti. Fortunatamente, allo stato, parrebbe prevalere l’interpretazione – opportunamente – restrittiva della declaratoria di illegittimità.

In particolare, con una recentissima ordinanza⁷, il Tribunale di Tivoli, sezione penale, ha rigettato l’eccezione di incompetenza territoriale formulata dai difensori di un’emittente televisiva nazionale in ragione del fatto che la sentenza della Corte costituzionale *supra* citata non inciderebbe in alcun modo sull’art. 30, comma quinto, della L. 223/1990 in materia di competenza per territorio. Il giudice, dunque ha ritenuto che, anche in seguito alla sentenza 150/2021 restino inalterati i criteri di competenza territoriale per le ipotesi di diffamazione aventi ad oggetto attribuzione di un fatto determinato e commesse a mezzo radio-televisione. Tali primi arresti giurisprudenziali paiono ispirati, da un lato, ad una interpretazione – correttamente – letterale del dispositivo e delle motivazioni rese dalla consulta e ai principi, sopra menzionati, che hanno portato il legislatore del 1990 a prevedere l’incardinamento dei procedimenti *de quibus* innanzi al Foro della persona offesa, per evidenti ragioni di opportunità.

Con buona probabilità, presto o tardi, sarà la Suprema Corte a dover chiarire l’effettiva portata della sentenza 150/2021 della Corte costituzionale e le sue eventuali ricadute in materia di competenza territoriale del delitto di diffamazione aggravata commessa a mezzo radio-televisivo ma, almeno per il momento, parrebbe di non esserci nulla di nuovo sotto il sole.

⁷ Trib. Tivoli, Ord.16 dicembre 2022.

CASS. PEN. SEZ. V (UD. 10.01.2023) 24.03.2023, N. 12517 – PRES. SABEONE – REL. PEZZULLO

COMPETENZA PER MATERIA - LESIONI PERSONALI LIEVI - PROCEDIBILITÀ A QUERELA EX ART. 2, CO. 1, LETT. B), D.LGS N. 150 DEL 2022 - COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE - INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DELL'ART. 4, CO. 1, D.LGS N. 274 DEL 2000

Ritenuto in fatto

Omissis

Considerato in diritto

La sentenza impugnata va annullata limitatamente al trattamento sanzionatorio, per quanto si dirà, mentre il ricorso va dichiarato inammissibile nel resto.

1. Preliminarmente occorre dare atto del fatto che, in data 30.12.2022, è entrato in vigore il D.Lgs. n. 150 del 10 ottobre 2022 (cd. riforma Cartabia) - come da slittamento operato con il D.L. n. 162 del 31 ottobre 2022, art. 6, mediante l'introduzione nelle disposizioni della riforma dell'art. 99-bis, e, per quanto rileva in questa sede è entrato in vigore, l'art. 2, lett. b), con il quale è stato ridisegnato il regime di procedibilità del reato di lesione.

L'art. 582 c.p., all'esito della novella, così recita:

"Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni. Si procede tuttavia d'ufficio se ricorre taluna delle circostanze aggravanti previste negli artt. 61, numero 11-octies), 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel comma 1, numero 1), e nel comma 2 dell'art. 577. Si procede altresì d'ufficio se la malattia ha una durata superiore a venti giorni quando il fatto è commesso contro persona incapace, per età o per infermità".

Il nuovo regime di procedibilità trova applicazione a partire appunto dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150, ma anche retroattivamente, con i temperamenti dettati dall'art. 85, comma 1, in tema di disposizioni transitorie in materia di modifica del regime di procedibilità, secondo cui- "per i reati perseguibili a querela della persona offesa in base alle disposizioni del presente decreto, commessi prima della data di entrata in vigore dello stesso, il termine per la presentazione della querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato".

Tale norma, dettata all'evidenza per la peculiare natura "mista" della querela - processuale e sostanziale, costituente, nel contempo, condizione di procedibilità e di punibilità (Sez. 5, n. 44390 del 08/06/2015, Rv. 265999) - rappresenta il punto di equilibrio tra la necessaria retroattività della legge penale più favorevole all'agente (art. 2, comma 4, c.p.), con conseguente obbligo di immediata declaratoria di non doversi procedere per estinzione del reato, e la necessità di scongiurare un risultato normativo nocivo per le ragioni della persona offesa per fatto "incolpevole" derivante dall'ampliamento del catalogo di reati perseguibili a querela.

Nella fattispecie in esame, tuttavia, la sopravvenuta procedibilità a querela del reato ascritto all'imputato al capo a) - lesioni giudicate guaribili in giorni 23, reato questo procedibile di ufficio antecedentemente alla riforma Cartabia - non rileva, atteso che la p.o., B.B., aveva già proposto rituale querela, allegata agli atti del fascicolo processuale.

2. Tanto premesso, si osserva che generiche e, comunque, versate in fatto si presentano le deduzioni di cui al primo motivo di ricorso. Ed invero, la Corte territoriale, pur prendendo atto che non tutte le circostanze di fatto - circa il diverbio tra la p.o., B.B., e l'imputato sono state chiarite - ha evidenziato, tuttavia, in maniera dirimente, che la colluttazione tra i due è avvenuta davvero nei luoghi e con le modalità descritte dalla p.o. e che l'B.B. ha subito le lesioni oggetto di contestazione, al di là dei motivi di risentimento tra i due e a prescindere da chi per primo abbia cominciato ad attaccare briga con l'altro. Infatti, lo stesso imputato, nella sua confusa ricostruzione, ha ammesso di aver preso per il braccio l'B.B., storcendoglielo e spintonandolo e non ha escluso che il predetto si possa essere rotto il naso nel corso della colluttazione.

La ricostruzione dell'B.B., ritenuta attendibile con completa motivazione dal primo giudice e confermata nella sostanza dalla Corte territoriale - che ha fatto corretta applicazione dei principi di legittimità in tema di valutazione della prova (Sez. Un., n. 41461 del 197.2012), rappresentando, peraltro, la valutazione della credibilità della persona offesa dal reato una questione di fatto, avente una propria chiave di lettura nel compendio motivazionale fornito dal giudice e non può essere rivalutata in sede di legittimità, salvo che il giudice non sia incorso in manifeste contraddizioni (cfr. ex plurimis Sez. 6, n. 27322 del 2008; Sez. 3, n. 8382 del 22/01/2008, Rv. 239342; Sez. 6, n. 443 del 04/11/2004, Rv. 230899) - risulta riscontrata anche dalla deposizione resa dal teste F.F., oltre che dalla documentazione medica in atti. In tale contesto, pertanto, non illogica, ma congruente, può senz'altro ritenersi la valutazione della riconducibilità delle lesioni all'imputato, risultando nel contesto descritto inconferente il tema della legittima difesa, anche sotto il profilo di un eventuale eccesso colposo ex art. 55 c.p., non supportato da concreti elementi a supporto.

Per quanto concerne, poi, le lesioni e la loro durata, la Corte territoriale ha evidenziato come quelle inizialmente riscontrate al pronto soccorso dell'ospedale (Omissis) (contusione alla piramide nasale, lieve distorsione del polso destro con prognosi di giorni tre) abbiano avuto postumi proseguiti per giorni 20, accertati da vari specialisti e dal teste Dott. D.D., che ha dichiarato in udienza di aver riscontrato una sub stenosi da lesione diretta delle ossa del naso, non risolvibile se non tramite intervento chirurgico.

Pertanto, non appare sconfessata da alcun elemento contrario la prognosi di guarigione delle lesioni in complessivi giorni 23, laddove le deduzioni del ricorrente circa una diversa e minore durata della malattia si traducono in deduzioni in fatto, con una alternativa ricostruzione della vicenda, implicante una diversa valutazione delle risultanze processuali e non già in una censura riconducibile ad un vizio di motivazione, desumibile dalla lettura del provvedimento impugnato.

3. Il secondo motivo di ricorso - che sollecita in questa sede di legittimità l'analisi del tema della pena irrogata all'imputato, in relazione al delitto di lesioni giudicate guaribili in giorni 23, e della sua eccessività- è fondato per quanto si dirà, dovendo essere senz'altro esaminato, all'esito della introduzione della cd. riforma Cartabia, in un'ottica più ampia, che deve tenere conto della riscrittura dell'art. 582 c.p. -che, capovolge, quanto al regime di procedibilità, il rapporto di regola/eccezione, prevedendo al comma 1 "la regola" circa la punibilità a querela del reato di lesione personale, mentre al comma 2, "l'eccezione", circa la procedibilità di ufficio, per le ipotesi di lesioni aggravate ex art. 583 e 585 c.p., esattamente indicate, fatte salve specifiche ipotesi- e nel contempo del "sistema" di competenza per materia del giudice di pace.

3.1. Come si evince dalla relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150-nella parte che rileva in questa sede - l'intervento del legislatore "mira ad ampliare il regime di procedibilità a querela del delitto di lesioni personali, senza più condizionare tale regime alla durata della malattia non superiore ai venti giorni (c.d. lesioni lievissime). Ne consegue che la procedibilità a querela viene estesa alle c.d. lesioni lievi (malattia compresa tra 21 e 40 giorni), mentre restano procedibili d'ufficio le lesioni gravi (comprenditive dell'ipotesi in cui la malattia abbia durata superiore a 40 giorni) e le lesioni gravissime, di cui all'art. 583 c.p. E' fatta salva la procedibilità d'ufficio anche in tutte le altre ipotesi in cui attualmente essa è prevista in presenza di concorrenti circostanze aggravanti. Secondo quanto stabilito dalla legge delega, si fa salva la procedibilità d'ufficio quando la malattia ha durata superiore a venti giorni e il fatto è commesso contro persona incapace per età o per infermità. L'intervento, limitato a ipotesi che presentano un disvalore ridotto, incentiva condotte riparatorie o risarcitorie, che favoriscono la remissione della querela o l'estinzione del reato per condotte riparatorie, ai sensi dell'art. 162 ter c.p. Trattandosi di una fattispecie di frequente contestazione, l'effetto deflattivo sul carico giudiziario si annuncia significativo, ancor più in considerazione del fatto che l'intervento di riforma comporta indirettamente un ampliamento della competenza del giudice di pace in virtù della disciplina di cui al D.Lgs. n. 28 agosto 2000, n. 274, art. 4, comma 1, lett. a), che attribuisce al giudice di pace la competenza per le lesioni personali perseguibili a querela di parte".

3.1.1. Merita all'uopo rimarcare che la relazione illustrativa - nell'ultima parte riportata - dà atto del fatto che l'intervento della riforma comporterà un "ampliamento" della competenza del giudice di pace, ma, a dispetto della palesata volontà di "ampliamento", il legislatore della riforma, non è, poi, specificamente intervenuto sulle norme determinanti la competenza penale per materia del giudice di pace, di guisa che deve darsi atto che, il D.Lgs. n. 274 del 28/8/2000, art. 4, comma 1, lett. a), (ancora) richiama la competenza per il reato di cui all'art. 582 c.p., limitatamente al comma 2, perseguibile a querela di parte (che, tuttavia, attualmente prevede le ipotesi in cui il reato è procedibile di ufficio, con alcune eccezioni "per i delitti consumati o tentati previsti dagli artt. 581,582, limitatamente alle fattispecie di cui al comma 2 perseguibili a querela di parte,

ad esclusione dei fatti commessi contro uno dei soggetti elencati dall'art. 577, comma 2, ovvero contro il convivente.....").

Tale norma - all'epoca della sua introduzione pienamente aderente al disposto della L. 24 novembre 1999, n. 468, art. 15, di delega al governo in materia di competenza penale del giudice di pace (al giudice di pace è devoluta la competenza per il delitto di cui all'art. 582, comma 2, ossia di lesione personale punibile a querela della persona offesa)- risulta oggi, nel richiamo al comma 2 dell'art. 582 c.p., ad una prima lettura, alquanto scollegata rispetto al testo del novellato art. 582, che, come già ripetutamente rilevato, contiene la regola della procedibilità a querela nel comma 1 ed al comma 2 l'eccezione circa la procedibilità d'ufficio del reato.

3.2. Il mancato intervento del legislatore della riforma anche sul D.Lgs. n. 274 del 28/8/2000, art. 4, comma 1, lett. a), quanto al richiamo del comma 2 dell'art. 582 (contemplante, nella formulazione antecedente alla riforma Cartabia, appunto la procedibilità a querela delle lesioni nel caso di durata della malattia non superiore a venti giorni, mentre, nella nuova formulazione, le eccezioni al novellato comma 1, con la previsione della procedibilità di ufficio, in presenza delle aggravanti previste), legittima una duplice interpretazione.

3.2.1. Secondo un'interpretazione strettamente e meramente letterale, in assenza di modifiche dell'art. 4, lett. a), in simmetria con la nuova formulazione dell'art. 582 c.p., la competenza del giudice di pace resta limitata al reato di lesioni, procedibile a querela, di cui al comma 2 dell'art. 582 e, dunque, esclusivamente alle ipotesi residuali -rispetto alla procedibilità di ufficio- in tale riformato comma contemplate (ossia, per l'eccezione dell'eccezione: "Si procede tuttavia d'ufficio se ricorre taluna delle circostanze aggravanti previste negli artt. 61, numero 11-octies), 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel comma 1, numero 1), e nel comma 2 dell'art. 577")- e dunque resta circoscritta alle ipotesi di cui all'art. 577, comma 1, n. 1, c.p. e di cui all'art. 577, comma 2, c.p., indipendentemente dalla durata della malattia, sempre che non ricorrano le aggravanti di cui all'art. 583 c.p..

In definitiva, secondo tale interpretazione, il silenzio del legislatore della riforma supporterebbe la tesi, secondo cui al giudice di pace non sarebbero più attribuite per competenza le lesioni in generale "procedibili a querela di parte", ma solo quelle che, nell'ambito del comma 2 del novellato art. 582 c.p., risultano ancora (in via di eccezione alla procedibilità di ufficio) perseguibili a querela di parte.

3.2.2. La seconda interpretazione, fatta propria dal Collegio, che parte dalla constatazione di un difetto di coordinamento tra la nuova formulazione dell'art. 582 c.p. e il D.Lgs. n. 274 del 28/8/2000, art. 4, comma 1, lett. a), non può che valorizzare la volontà del legislatore riformatore, palesata nella relazione illustrativa, di ampliamento della competenza del giudice di pace e non certo di riduzione, ritenendo che il giudice di pace sia competente per il reato di lesione ex art. 582 c.p., procedibile a querela di parte - e quindi anche per le lesioni guaribili entro quaranta giorni- fatte salve le eccezioni previste, determinati la procedibilità di ufficio, ovvero, comunque, la competenza del Tribunale.

3.3. Supportano tale opzione interpretativa alcune considerazioni.

Innanzitutto, un'interpretazione meramente letterale - valorizzante esclusivamente il disposto non novellato del D.Lgs. n. 274 del 28/8/2000, art. 4, comma 1, lett. a), - si tradurrebbe in un evidente "passo indietro" rispetto agli obiettivi, non solo della riforma Cartabia, ma anche della stessa legge attributiva della competenza penale al giudice di pace, contemplanti, tra l'altro, nell'art. 15 della legge delega n. 468/99 la devoluzione al giudice di pace della competenza per il delitto di cui all'art. 582 c.p. di "lesione personale" "punibile a querela della persona offesa". Infatti, il mancato riferimento testuale al novellato comma 1 dell'art. 582 c.p., dovrebbe comportare che il reato di lesione perseguibile a querela (ossia la stragrande maggioranza delle ipotesi di lesioni)- poiché non facente parte del catalogo delle eccezioni alla procedibilità di ufficio, di cui al riformato comma 2 dell'art. 582 - dovrebbe "ritornare" (quanto alle lesioni non superiori a venti giorni), o restare, nella competenza del Tribunale (quanto alle lesioni da 21 a 40 giorni), ponendosi in evidente contrasto con la volontà della riforma di favorire altresì- attraverso l'estensione del regime di procedibilità a querela per figure di reato frequenti, con limitato disvalore degli illeciti - condotte riparatorie e ripristinatorie in vista di una ricomposizione del conflitto alternativa, nell'intento di decongestionare il processo penale, migliorandone l'efficienza attraverso la "deflazione". Obiettivo quest'ultimo che risulterebbe completamente distonico, laddove il legislatore avesse davvero inteso "riportare" le lesioni procedibili a querela, guaribili in pochi giorni, nella competenza generale del Tribunale, sottraendole alla competenza del giudice di pace.

Senza considerare, poi, che siffatta interpretazione si tradurrebbe in un'interpretazione in malam partem, comportante una modifica in peius del trattamento sanzionatorio, come già evidenziato da questa Corte in altra fattispecie, per la quale è stato affermato il principio che in tema di successione di leggi nel tempo, il trasferimento della competenza per materia dal giudice di pace al tribunale monocratico comporta una modifica "in peius" del trattamento sanzionatorio, ove determini l'applicazione delle sanzioni detentive in luogo delle più favorevoli sanzioni pecuniarie previste dal D.Lgs. n. 28 agosto 2000, n. 274, art. 52, che non può operare retroattivamente (Sez. 6, n. 13708 del 03/03/2020, Rv. 279260) - e il legislatore della riforma dichiaratamente non ha inteso inasprire le sanzioni per il reato di lesioni (lievissime, ossia non superiori a venti giorni, secondo la precedente disciplina dell'art. 582), procedibili a querela, ma anzi attenuare il rigore derivante dall'obbligatorietà dell'azione penale, mediante l'ampliamento del catalogo delle fattispecie procedibili a querela, anche con un chiaro intento deflattivo.

Per rendere, dunque, compatibile lo spirito della riforma Cartabia, in relazione al reato di cui all'art. 582 c.p., con il D.Lgs. n. 274 del 28/8/2000, art. 4 comma 1, lett. a), non può che essere adottata un'interpretazione estensiva e logica del portato di tale ultima norma, tenuto conto che, anche l'attribuzione della competenza al giudice di pace di alcuni reati penali, si è mossa nel solco di ricercare strategie e forme sanzionatorie trascendenti la tradizionale dimensione punitiva, in vista di obiettivi di riconciliazione o mediazione delle forme minori di conflittualità. E dunque, il senso di attribuire al giudice di pace con il

D.Lgs. n. 274 del 28/8/2000 il reato di "lesione perseguibile a querela" corrisponde a tale finalità che deve trovare continuità proprio in presenza di una rinnovata e dichiarata volontà del legislatore della riforma di coltivare, anzi ampliare la competenza del giudice di pace.

Il perdurante riferimento al comma 2 dell'art. 582, nella sua precedente formulazione, non può oggi che assumere il significato di un sostanziale richiamo, nel contempo, al comma 1 del riformato art. 582 c.p., contenente la previsione, in virtù della quale il reato di lesioni è stato attribuito, nella sua forma lieve, alla competenza del giudice di pace: la procedibilità a querela. E comunque, anche ove volesse intendersi il riferimento al comma 2 dell'art. 582 c.p. alla sua formulazione novellata, non potrebbe comunque, non ritenersi logicamente ricompresa nella competenza del giudice di pace anche l'ipotesi di cui al comma 1 delle lesioni procedibili a querela, trattandosi della previsione di carattere generale, che contiene -e a cui si assommano- le eccezioni alla procedibilità di ufficio contemplate nell'attuale comma 2 dell'art. 582 c.p..

Con le suddette interpretazioni, in definitiva, non si opera un'applicazione "analogica" estensiva, vietata in materia penale dall'art. 14 delle preleggi, poichè il divieto in questione afferisce alle "norme incriminatrici" e nella fattispecie non si verte in un'ipotesi di applicabilità di "norme incriminatrici" appunto e delle sue sanzioni. Si tratta piuttosto, attraverso l'attività interpretativa, di leggere il riferimento al "comma 2" dell'art. 582 c.p. contenuto nell'art. 4, oltre il suo significato più immediato, attraverso un'analisi logica e plausibile di esso e, dunque, operando un'interpretazione estensiva.

Peraltro, nel caso di specie, si tratterebbe di una parziale interpretazione analogica in bonam partem, per certi aspetti ammessa anche nel campo penale, mirante all'irrogazione di sanzioni più miti, poichè la competenza del giudice di pace, per tutte le lesioni procedibili a querela, comporta l'applicazione del sistema di pene più favorevoli previste dal D.Lgs. n. 274/2000, art. 52, che consente anche in cassazione, di annullare la sentenza con la quale sia stata irrogata una pena illegale.

In definitiva, deve affermarsi il principio, secondo cui, l'evidente difetto di coordinamento del D.Lgs. n. 274/2000, art. 4, comma 1, lett. a) con il novellato art. 582 c.p. trova ragionevole composizione sistematica attraverso la voluntas legis, attributiva della competenza penale al giudice di pace, palesata nella legge delega n. 468/99, art. 15 - secondo cui al giudice di pace è devoluta la competenza per il delitto di cui all'art. 582 c.p. di lesione personale punibile a querela della persona offesa- in uno all'intento della cd. riforma Cartabia, espresso nella relazione illustrativa, di determinare "un ampliamento della competenza del giudice di pace in virtù della disciplina del d.lgvo n. 274/2000, art. 4, comma 1, lett. a) che attribuisce allo stesso la competenza per le lesioni personali perseguibili a querela di parte", al di là del riferimento testuale esclusivamente al comma 2 dell'art. 582 c.p..

Ne deriva che le lesioni perseguibili a querela di parte, ex art. 582 c.p., come quelle oggetto di giudizio, superiori a venti giorni e non eccedenti quaranta giorni di malattia - in

manca di specifiche eccezioni- sono divenute, all'esito della riforma Cartabia di competenza del giudice di pace, sicché le pene irrogabili sono quelle previste dal D.Lgs. n. 274 del 2000.

4. Ne consegue che la sentenza impugnata deve essere annullata limitatamente al trattamento sanzionatorio, con rinvio per nuovo giudizio sul punto ad altra sezione della Corte di appello di Roma. Il ricorso va dichiarato inammissibile nel resto.

P.Q.M.

annulla la sentenza impugnata limitatamente al trattamento sanzionatorio e rinvia per nuovo giudizio sul punto ad altra sezione della Corte di appello di Roma; dichiara inammissibile il ricorso nel resto.

Così deciso in Roma, il 10 gennaio 2023.

Depositato in Cancelleria il 24 marzo 2023

**Con nota di
Ylenia Parziale***

RIFORMA CARTABIA: LA PROCEDIBILITÀ A QUERELA DELLE LESIONI PERSONALI E LA “NUOVA” COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE

La Corte di cassazione, nella recente sentenza n. 12517/2023, ha affrontato la questione giuridica relativa all'estensione dell'area della procedibilità a querela del delitto di lesioni, prevista dalla c.d. Riforma Cartabia, a cui, però, non ha fatto seguito un intervento modificativo della norma che attribuisce la competenza in materia al giudice di pace. La Suprema Corte, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 4 del D.Lgs. n. 274/2000 ha stabilito che le lesioni perseguibili a querela di parte ex art. 582 c.p., superiori a venti giorni e non eccedenti quaranta giorni di malattia – in mancanza di specifiche eccezioni - sono divenute, all'esito della Riforma Cartabia, di competenza del giudice di pace, sicché le pene irrogabili sono quelle previste dal D.Lgs. n. 274 del 2000.

* Docente a contratto di Principi di Diritto penale e Giustizia minorile nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano".

The Italian Supreme Court, in the recent judgment n. 12517/2023, addressed the legal issue concerning the extension of the jurisdictional area for the prosecutability by complaint of the offense of bodily harm, as provided by the so-called Cartabia Reform, which, however, was not followed by a modifying intervention of the norm that assigns jurisdiction in this matter to the Justice of the Peace. The Supreme Court, through an extensive interpretation of Article 4 of D. Lgs. n. 274/2000, has established that bodily harm cases prosecutable upon complaint - in the absence of specific exceptions - have become, as a result of the Cartabia Reform, under the jurisdiction of the Justice of the Peace, therefore the applicable penalties are those provided by D.Lgs. n. 274/2000.

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale - 2. Il nuovo regime di procedibilità del delitto di lesioni personali... - 3. ... e la competenza per materia del Giudice di Pace - 4. Considerazioni conclusive

1. La vicenda processuale

Con la sentenza in commento la quinta sezione penale della Corte di cassazione ha esaminato il regime di procedibilità del delitto di lesioni personali di cui all'art. 582 c.p., come novellato dalla cd. “Riforma Cartabia”². In particolare, la Suprema Corte ha affrontato la questione giuridica relativa all'estensione dell'area della procedibilità a querela del delitto di lesioni, a cui, però, non ha fatto seguito un intervento modificativo della norma che attribuisce la competenza in materia del giudice di pace³.

²L'art. 582 c.p., all'esito della novella, così recita: «Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni. Si procede tuttavia d'ufficio se ricorre taluna delle circostanze aggravanti previste negli artt. 61, numero 11-octies), 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel comma 1, numero 1), e nel comma 2 dell'art. 577. Si procede altresì d'ufficio se la malattia ha una durata superiore a venti giorni quando il fatto è commesso contro persona incapace, per età o per infermità».

³ Art. 4, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 274/2000, secondo cui « Il giudice di pace è competente: per i delitti consumati o tentati previsti dagli articoli 581, 582, limitatamente alle fattispecie di cui al secondo comma perseguibili a querela di parte, ad esclusione dei fatti commessi contro uno dei soggetti elencati dall'articolo 577, secondo comma, ovvero contro il convivente, 590, limitatamente alle fattispecie perseguibili a querela di parte e ad esclusione delle fattispecie connesse alla colpa professionale e dei fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato

Prima di entrare nel merito della *questio iuris*, ci pare opportuno ripercorrere in breve la vicenda processuale.

Il fatto alla base della decisione, come descritto dalla sentenza, riguarda una lite avvenuta per le strade della Capitale durante la quale l'imputato aveva afferrato e girato con forza la mano destra ed il naso della persona offesa cagionandogli lesioni guaribili in 23 giorni. La difesa ha proposto ricorso per Cassazione contro la sentenza della Corte d'appello di Roma che aveva condannato l'imputato alla pena di sei mesi di reclusione e mille euro di multa, per i reati di lesioni personali e minaccia. Nel ricorso si eccepisce, oltre alla violazione del principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" - perché la Corte territoriale, a detta della difesa, non avrebbe raffrontato le deposizioni effettuate da entrambe le parti nel corso del procedimento - il vizio di motivazione in relazione all'entità della pena comminata. Il Giudice di secondo grado, infatti, secondo la difesa, avrebbe condannato l'imputato a una pena ingiusta ed eccessiva, non tenendo conto della lievità delle lesioni e della totale assenza di conseguenze.

La Quinta sezione penale della Cassazione, dopo aver sommariamente affrontato il primo motivo di ricorso, ritenendo il reato «senz'altro riconducibile all'imputato» e dichiarando pertanto non sussistente il vizio di motivazione sul punto, si è soffermata in maniera più approfondita sul secondo motivo riguardante l'"eccessività" del *quantum* di pena irrogata all'imputato. Il tema della pena è stato analizzato, come meglio si dirà nei paragrafi successivi, alla luce della c.d. Riforma Cartabia, tenendo conto da un lato della riscrittura dell'art. 582 c.p., che capovolge, quanto al regime di procedibilità, il rapporto di regola-eccezione (prevedendo al comma 1 "la regola", ossia la punibilità a querela del reato di lesione personale mentre al comma 2 "l'eccezione", e cioè la procedibilità di ufficio, per le ipotesi di lesioni aggravate ex art. 583 e 585 c.p.), e nel contempo del "sistema" di competenza per materia del giudice di pace.

Alla fine, la Suprema Corte, esaurite le motivazioni, ha annullato la sentenza impugnata limitatamente al trattamento sanzionatorio e ha dichiarato il ricorso inammissibile nel resto.

2. Il nuovo regime di procedibilità del delitto di lesioni personali...

Come anticipato, uno degli aspetti di maggiore interesse che ha affrontato la Cassazione nella pronuncia in commento ha riguardato il regime di procedibilità

una malattia professionale quando, nei casi anzidetti, derivi una malattia di durata superiore a venti giorni, 594, 595, primo e secondo comma, 612, primo comma, 626, 627, 631, salvo che ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis, 632, salvo che ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis, 633, primo comma, salvo che ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis, 635, primo comma, 636, salvo che ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639-bis, 637, 638, primo comma, 639, primo comma, e 647 del codice penale»

del delitto di lesioni personali. A tal proposito, giova ricordare che il 30 dicembre 2022 è entrata in vigore una parte della nuova riforma della giustizia penale e del sistema sanzionatorio, meglio nota come Riforma Cartabia,⁴ che, tra gli aspetti di maggiore novità, ha previsto una significativa estensione del regime di procedibilità a querela ai delitti contro il patrimonio e contro la persona puniti con pena edittale detentiva non superiore nel minimo a due anni⁵. Nello specifico, come ricordato dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, l'art. 2, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 150/2022 ha ridisegnato il regime di procedibilità per il reato di lesioni personali dolose, che, d'ora in avanti, ai fini della sua perseguibilità, viene svincolato dalla durata della malattia non superiore a venti giorni (c.d. lesioni lievissime). Ne consegue che la procedibilità a querela viene estesa alle c.d. lesioni lievi (malattia compresa tra 21 e 40 giorni), mentre restano procedibili d'ufficio le lesioni gravi (comprehensive dell'ipotesi in cui la malattia abbia durata superiore a 40 giorni) e le lesioni gravissime, di cui all'art. 583 c.p. È fatta salva la procedibilità d'ufficio anche in tutte le altre ipotesi in cui il fatto è commesso in presenza di circostanze aggravanti o contro persona incapace per età o per infermità⁶.

⁴ D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 in attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari. Originariamente il nuovo articolato sarebbe dovuto entrare in vigore il 1° novembre 2022, ma, trattandosi di un intervento particolarmente ampio che andava a modificare larga parte delle norme processuali, alcune previsioni del sistema sanzionatorio penale e introduceva il nuovo e compiuto regime della c.d. giustizia riparativa, forti sono state le sue implicazioni pratico-organizzative tanto che da più parti si è auspicato un suo slittamento. Una tale necessità, vieppiù avvertita alla luce della scarna legislazione transitoria prevista nel Titolo VI (artt. 85-97- bis) del D.Lgs. n. 150/2022, è stata assicurata dal D.L. 31 ottobre 2022 n. 162 (convertito, con modificazioni, dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199) che ha, appunto, previsto, all'art. 6, l'entrata in vigore di una parte della Riforma il 30 dicembre 2022, anche al fine di poter garantire l'assolvimento degli impegni assunti dal Governo italiano con le istituzioni europee per la concessione dei fondi legati al P.N.R.R.

Sull'applicabilità delle norme favorevoli della Riforma Cartabia nel periodo della *vacatio legis* v. G. SPANGHER, *Vacatio legis: il contrasto (inconsapevole) in tema di applicabilità delle norme favorevoli della riforma cartabia durante la vacatio legis*, in *Giur. It.*, 2/2023, p. 424 ss.

⁵ Le scelte del legislatore delegato sono puntualmente riportate nella Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n.245 del 19.10.2022, alla quale si rinvia.

⁶ Sul punto cfr. G. DODARO, *Le modifiche alla disciplina della querela*, in *Dir. Pen. e Processo*, 1/ 2023, p. 63. L'Autore sostiene che «contrariamente a quanto sostenuto dalla Relazione illustrativa, la durata della malattia continua a condizionare il regime di procedibilità, limitatamente però al caso delle lesioni semplici "contro una persona incapace, per età o per infermità". Come in passato, in virtù del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'articolo in esame, le lesioni continuano a essere procedibili d'ufficio se lievi, perseguibili a querela se lievissime».

Il nuovo regime di procedibilità ha trovato applicazione non solo a partire dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2022 – quindi dal 30 dicembre 2022 – ma anche retroattivamente, con riferimento a fatti, cioè, commessi prima dell'entrata in vigore della novella, ma divenuti perseguibili a querela *ex post*⁷. Tale soluzione, prevista all'art. 85, comma 1 delle disposizioni transitorie, è stata dettata, secondo quanto dichiarato dalla Cassazione nella pronuncia in esame, dalla peculiare natura "mista" della querela -processuale e sostanziale⁸-, e «rappresenta il punto di equilibrio tra l'inviolabile principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo e la necessità di scongiurare un risultato normativo nocivo per le ragioni della persona offesa per fatto "incolpevole" derivante dall'ampliamento del catalogo di reati perseguibili a querela»⁹.

In effetti, in mancanza delle disposizioni transitorie, l'azione penale relativa ai reati originariamente perseguibili d'ufficio, commessi prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 150/2022– e con esso "diventati" perseguibili a querela di parte – sarebbe stata improcedibile per mancata proposizione della querela (in applicazione del principio del *favor rei*). Tuttavia, l'improcedibilità dell'azione penale, in questo caso, sarebbe legata ad un *factum principis*, del tutto estraneo alla sfera di volontà della persona offesa che, conseguentemente, vedrebbe diminuire le proprie possibilità di tutela giudiziaria per fatto incolpevole¹⁰. La necessità di scongiurare un risultato normativo che sacrifichi le ragioni della persona offesa dal reato per fatto "incolpevole" costituisce dunque, a detta della Suprema Corte, una ragionevole (art. 3 Cost.) giustificazione per introdurre una deroga al principio di retroattività della legge sopravvenuta più favorevole.

Il citato art. 85, al secondo comma, prevedeva poi che, nel caso di reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della Riforma Cartabia (fino al 29 dicembre 2022), per i quali già fosse incardinato il procedimento penale sulla base della pregressa perseguibilità officiosa, il giudice avrebbe dovuto informare la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela e il termine sarebbe decorso dal giorno in cui la persona offesa era stata informata. Tuttavia, per effetto delle modifiche apportate dalla L. n.199/2022, di conversione del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, non è più prevista l'informativa generalizzata da parte dell'autorità giudiziaria in favore della persona offesa, ma

⁷ Secondo quanto previsto dall'art. 85, comma 1 delle disposizioni transitorie, infatti, «per i reati perseguibili a querela della persona offesa in base alle disposizioni del presente decreto, commessi prima della data di entrata in vigore dello stesso, il termine per la presentazione della querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato».

⁸ Cass. pen. Sez. 2, n. 21700 del 17.05.2019, CED Cass. n. 276651-01; Cass. pen. Sez. 2, n. 225 del 04.01.2019, CED Cass. n. 274734-01; Cass. Pen. Sez. 5, n. 44390 del 08.06.2015, CED Cass. n. 265999.

⁹ Pag. 2 della sentenza in commento.

¹⁰ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 506.

quest'ultima deve attivarsi autonomamente per proporre eventuale querela, entro l'ordinario termine previsto, decorrente dall'entrata in vigore della riforma, quindi dal 30 dicembre 2022. L'onere di informativa in capo all'Autorità giudiziaria permane solo nel caso in cui, nei procedimenti già pendenti, vi fossero state misure cautelari in atto alla data del 30 dicembre 2022; a tal fine, era previsto il termine di 20 giorni per acquisire la querela, ormai definitivamente decorso il 18 gennaio 2023.

Nel caso in esame, tuttavia, la sopravvenuta procedibilità a querela del reato ascritto all'imputato (lesioni giudicate guaribili in giorni 23 e procedibile di ufficio antecedentemente alla c.d. Riforma Cartabia) non rileva, atteso che la persona offesa, aveva già proposto rituale querela.

3 ... e la competenza per materia del Giudice di Pace

L'art. 582 c.p., come abbiamo visto, all'esito dell'introduzione della Riforma del processo penale, è stato in parte riscritto. In particolare, volendo utilizzare le parole della Cassazione, è stato previsto «un capovolgimento, quanto al regime di procedibilità, del rapporto di regola/eccezione. Al primo comma, infatti, è prevista "la regola" circa la punibilità a querela del reato di lesioni personali; al secondo comma invece "l'eccezione" circa la procedibilità d'ufficio, per le ipotesi di lesioni aggravate *ex art. 583 e 585 c.p.*»¹¹. Trattandosi di una fattispecie di frequente contestazione, gli esperti avevano previsto un significativo effetto deflattivo sul carico giudiziario, ancor più in considerazione del fatto che l'intervento di riforma, come evidenziato nella Relazione illustrativa, avrebbe comportato indirettamente un ampliamento della competenza del giudice di pace a tutte le ipotesi di lesioni personali procedibili a querela di parte¹². Tuttavia, come evidenziato nella pronuncia in commento, a dispetto della palesata volontà di "ampliamento", il legislatore non è specificamente intervenuto sulle norme determinanti la competenza penale per materia del giudice di pace, di guisa il D.Lgs. n. 274 del 28/8/2000, art. 4, comma 1, lett. a), che richiama (ancora) il reato di cui all'art. 582 c.p., limitatamente al comma 2, risulta alquanto scollegato rispetto al testo del novellato, che, come già ripetutamente rilevato, contiene la regola della procedibilità a querela nel comma 1 ed al comma 2 l'eccezione circa la procedibilità d'ufficio del reato. La Suprema Corte dà atto che il mancato intervento del legislatore della riforma anche sul D.Lgs. n.274/2000, quanto al richiamo del comma 2 dell'art. 582 c.p., legittima una duplice interpretazione:

¹¹ Pag. 2 della sentenza in commento.

¹² In virtù della disciplina di cui al D.Lgs. n. 28 agosto 2000, n. 274, art. 4, comma 1, lett. a) che attribuisce al giudice di pace la competenza per le lesioni personali perseguibili a querela di parte.

a) la prima, strettamente letterale, secondo cui in assenza di modifiche dell'art. 4, lett. a) del D.Lgs. n. 274/2000, in simmetria con la nuova formulazione dell'art. 582 c.p., la competenza del giudice di pace resta limitata al reato di lesioni, procedibile a querela, di cui al comma 2 dell'art. 582 e, dunque, esclusivamente alle ipotesi residuali.

b) La seconda opzione interpretativa parte dalla constatazione di un difetto di coordinamento tra la nuova formulazione dell'art. 582 c.p. e l'art. 4, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 274/2000, e valorizza la volontà del legislatore riformatore, palesata nella relazione illustrativa, di ampliamento della competenza del giudice di pace e non certo di riduzione, ritenendo che il giudice di pace sia competente per il reato di lesione ex art. 582 c.p., procedibile a querela di parte, fatte salve le eccezioni previste, determinati la procedibilità di ufficio.

La Quinta sezione penale di legittimità, nella pronuncia in commento, sposa tale ultima ricostruzione ermeneutica sulla base delle seguenti argomentazioni. Innanzitutto, un'interpretazione meramente letterale si tradurrebbe in un evidente “passo indietro” rispetto agli obiettivi, non solo della Riforma Cartabia, ma anche della stessa Legge attributiva della competenza penale al giudice di pace, contemplante, tra l'altro, nell'art. 15 della Legge delega n. 468/99, la devoluzione al giudice di pace della competenza per il delitto di “lesione personale punibile a querela della persona offesa”. Senza considerare, poi, che siffatta interpretazione si tradurrebbe in un'interpretazione in *malam partem*, comportante una modifica in *peius* del trattamento sanzionatorio della fattispecie in disamina, per la quale è stato affermato il principio che in tema di successione di leggi nel tempo, il trasferimento della competenza per materia dal giudice di pace al tribunale monocratico comporta una modifica “in *peius*” del trattamento sanzionatorio, ove determini l'applicazione delle sanzioni detentive in luogo delle più favorevoli sanzioni pecuniarie previste dall'art. 52 del D.L.vo 28 agosto 2000, n. 274, che non può operare retroattivamente. Con le suddette interpretazioni, invero, non si opera un'applicazione “analogica” estensiva, vietata in materia penale dall'art. 14 delle preleggi, poiché il divieto in questione afferisce alle “norme incriminatrici”, non potendosi qualificare tale l'art. 4 del D.Lgs. 274/2000. Si tratta piuttosto, attraverso l'attività interpretativa, di leggere il riferimento al “secondo comma” dell'art. 582 c.p. contenuto nell'art. 4, oltre il suo significato più immediato, attraverso un'analisi logica e plausibile di esso e, dunque, operando un'interpretazione estensiva.

In definitiva, conclude la Corte, deve affermarsi il principio, secondo cui l'evidente difetto di coordinamento dell'art. 4, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n.274/2000 con il novellato art. 582 c.p. trova ragionevole composizione

sistematica attraverso la *voluntas legis*, che da un lato attribuisce la competenza penale al giudice di pace, palesata nell’art. 15 della legge delega n. 468/99, per il delitto di lesione personale punibile a querela della persona offesa, e dall’altro, con la cd. riforma Cartabia, che ha determinato un ampliamento della competenza del giudice di pace, in virtù della disciplina dell’art. 4, comma 1, lett. a) del D.L.vo n. 274/2000, per le lesioni personali perseguibili a querela di parte, al di là del riferimento testuale esclusivamente al secondo comma dell’art. 582 c.p. Ne deriva che le lesioni perseguibili a querela di parte, ex art. 582 c.p. superiori a venti giorni e non eccedenti quaranta giorni di malattia — in mancanza di specifiche eccezioni - sono divenute, all’esito della riforma Cartabia, di competenza del giudice di pace, sicché le pene irrogabili sono quelle previste dal D.L.vo n. 274 del 2000.

4. Considerazioni conclusive

L’ampliamento delle ipotesi di reati procedibili a querela di parte, attuato dal D. Lgs. 150/2022 per alcuni reati, si inserisce in un contesto di interventi riformatori volti al contenimento del carico giudiziario e alla decongestione delle Aule dei Tribunali. In un sistema come il nostro, infatti, afflitto dal carattere ipertrofico della legislazione penale e da un sempre più insostenibile numero di procedimenti penali, valorizzare la procedibilità a querela, riducendo in modo corrispondente l’area della procedibilità d’ufficio, rappresenta una ragionevole strategia politico criminale, del tutto funzionale nel contesto di una riforma volta a migliorare l’efficienza del processo penale, in linea con gli obiettivi del P.N.R.R.¹³.

Al contempo il legislatore con tale previsione ha inteso incentivare le condotte riparatorie e risarcitorie, tali da determinare l’estinzione del reato prima della celebrazione del processo attraverso istituti come la remissione della querela, ovvero durante lo stesso, mediante le nuove ipotesi di remissione tacita¹⁴, o ancora integrando la causa di estinzione, di cui all’art. 162-ter cod. pen., con ciò rinnovandosi il crescente *favor* legislativo per le condotte “antagoniste all’offesa”, poste in essere dal reo, in funzione della riparazione e ricomposizione del conflitto generatosi col reato.

Come già in occasione di precedenti riforme, che hanno esteso il regime della procedibilità a querela, il legislatore si è fatto carico della disciplina transitoria con apposite disposizioni, contenute nell’art. 85 del d.lgs. n. 150/2022. Tale disciplina transitoria presuppone un quadro del diritto vivente da tempo

¹³ In questi termini G.L. GATTA, *L’estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022*, in *Sist. pen. online*, 02.01.2023.

¹⁴ Si veda l’inedito comma terzo, n. 1, aggiunto all’art. 152 cod. pen. dall’art. 1, comma 1, lett. h, d.lgs. n. 150, con i correlati correttivi processuali.

consolidato nel ritenere che le modifiche del regime di procedibilità siano riconducibili alla disciplina in tema di successione di leggi penali di cui all'art. 2 c.p. Ciò sul presupposto che la querela è istituto di "natura mista, sostanziale e processuale...", che costituisce nel contempo condizione di procedibilità e di punibilità". Principio, questo, avallato dalla giurisprudenza maggioritaria e confermato anche dalla Quinta sezione penale della sentenza in commento.