

ISSN 2974-7503

1/2024 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

A. PIROZZOLI, Le nuove dimensioni del diritto all'affettività nell'esecuzione penale.....	4
A. ABUKAR HAYO, L'utilità del paradigma del reato complesso in alcune recenti questioni ermeneutiche e di legittimità costituzionale.....	17
F. GIUNCHEDI, Premesse per uno studio sull'estinzione dei reati alimentari	32
S. DI PINTO, Amore per forza. Profili penali	39
A. GERARDI VIRGILI, Da "nuovo" giudizio a giudizio di controllo: l'appello penale dopo la Riforma Cartabia	66
G. DELLAQUILA, Lo sfondo dell'ignoto scientifico nella responsabilità penale da somministrazione vaccinale. Dallo "scudo penale" un possibile nuovo inquadramento della responsabilità medica nell'emergenza "giuridica"?	91
R. COLUCCIELLO, Vittimologia e reati ambientali tra radici e prospettive: un connubio ormai consolidato	103
E. TOGNANA CECCHETTI, La crescente tutela penale del patrimonio culturale italiano	126

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

LE NUOVE DIMENSIONI DEL DIRITTO ALL’AFFETTIVITÀ NELL’ESECUZIONE PENALE

*The new dimensions of the right to affectivity
in the execution of sentences*

di

Anna Pirozzoli *

Il diritto all’affettività nell’esecuzione penale rappresenta un aspetto essenziale della dignità e dell’espressione della personalità dei detenuti, e trova un chiaro fondamento giuridico negli artt. 2, 3, 13, 27 Cost., e nell’art. 8 CEDU, oltre ad alcune norme dell’ordinamento penitenziario. Tuttavia, la declinazione dell’affettività intramuraria, per cui anche della sessualità, risultava limitata dal controllo a vista del personale di custodia, almeno sino alla sentenza n. 10/2024 con cui la Corte costituzionale, tramite una pronuncia “additiva di principio”, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 18 dell’ordinamento penitenziario nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell’unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia.

The right to affectivity in the execution of sentences represents an essential aspect of the dignity and expression of the personality of prisoners, and finds a clear legal basis in Articles 2, 3, 13, 27 of the Constitution, and in Article 8 ECHR, as well as in certain provisions of the prison regulations. However, the declination of intra-custodial affectivity, and therefore also of sexuality, was limited by the custodial staff’s on-sight control, at least until sentence No. 10/2024 with which the Constitutional Court, through an “additive ruling of principle”, declared the constitutional illegitimacy of Art. 18 of the prison regulations in so far as it does not provide that the detained person may be allowed to conduct interviews with his spouse, the party to the civil partnership or the person living with him on a stable basis, without the custody staff’s visual supervision.

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli Studi di Roma “Unicusano”.

Sommario: 1. Premessa - 2. Lo spazio costituzionale del diritto all'affettività del detenuto - 3. La lunga attesa e (alla fine) la scelta della Corte costituzionale nella sentenza n. 10/2024 - 4. Conclusioni. Sull'effettiva applicabilità del principio nel rinvio alle amministrazioni penitenziarie.

1. Premessa.

Il diritto all'affettività del detenuto ha rappresentato per la Corte costituzionale un incompiuto giuridico per oltre un decennio, almeno dalla sentenza n. 301/2012 Corte cost. in cui, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale, la Corte evidenziava l'esigenza di un intervento legislativo per un "problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore"².

La valenza monitoria della sentenza del 2012 è stata tuttavia ignorata dal legislatore che, quindi, non ha dato seguito alle sollecitazioni dei giudici costituzionali³ imponendo – anni dopo – un intervento di tipo additivo (più

² Sentenza Corte costituzionale, 11 dicembre 2012, n. 301/2012, disponibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale www.cortecostituzionale.it: «Si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce dalle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente (peraltro non immediatamente vincolanti, come egli stesso ammette) e dell'esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria: movimento di riforma nei cui confronti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento, pur escludendo che la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – e in particolare, gli artt. 8, paragrafo 1, e 12 – prescrivano inderogabilmente agli Stati parte di permettere i rapporti sessuali all'interno del carcere, anche tra coppie coniugate». Su cui C. RENOLDI, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 4/2012, pp. 215 ss.

³ Sul tema del mancato seguito ai moniti della Corte costituzionale cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 251 ss. N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021, pp. 86 ss.; M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 185 ss.. Di un *flatus vocis* parla A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *RivistaAic*, n. 2/2023, pp. 112 ss.: «È innegabile che tali decisioni, visto l'organo da cui provengono, in astratto dovrebbero influire pesantemente sull'operato del Parlamento, ma in concreto l'esperienza storica ci dice invece che quasi sempre i moniti della Corte hanno costituito semplici *flatus vocis*. Bisogna dunque riconoscere che la forza "giuridica" di tali decisioni – o se si preferisce, l'"effettività" del seguito legislativo di tali pronunce – è assai modesta, se non nulla. Ne consegue che le sentenze-monito possono avere, tutt'al più, effetti politico-persuasivi, ma non possono essere considerate giuridicamente vincolanti».

precisamente “additivo di principio”⁴) che obbliga a riflettere, in una prospettiva sostanziale, sulla “scelta” di principio effettuata; ed in una prospettiva processuale, sull’opportunità (o forse necessità) della tecnica decisoria applicata dalla Corte in considerazione dell’importanza costituzionale del tema trattato, dei tempi di inerzia del Parlamento, e del ruolo del giudice costituzionale.

Il contesto in cui il giudice costituzionale si è trovato a dover determinare la nuova disciplina normativa sull'affettività dei detenuti interessa, come è chiaro, la tutela della dignità dell'uomo e la garanzia di quel “volto costituzionale” della pena⁵, già richiamato nella sentenza n. 369/1988 Corte cost., ed ora esplicitamente rievocato nella sentenza n. 10/2024.

2. Lo spazio costituzionale del diritto all'affettività del detenuto.

La pretesa giuridica di un riconoscimento del diritto all'affettività nell'esecuzione penale si fonda innanzitutto sul dettato costituzionale a cui fa riferimento, peraltro, la normativa sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà contenuta nella legge n. 354 del 1975. In apertura della normativa si dichiara che il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona, evidenziando una coerenza indiscutibile con il dettato costituzionale (almeno) degli artt. 2, 3, 13, 27 co. 3 Cost., e con l'art. 8 CEDU, con riferimento in particolare al rispetto della vita privata e familiare.

Il fine rieducativo del trattamento carcerario passa proprio per il rispetto della dignità dell'uomo che rappresenta il principio posto a fondamento dell'art. 27 Cost., per cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato⁶.

⁴ Recentemente A. RUGGERI, *Un rebus irrisolto (e irrisolvibile?): le flessibilizzazioni dei testi di legge per il tramite della giurisprudenza costituzionale che appaiono essere, a un tempo, necessarie e... impossibili (appunti per uno studio alla luce delle più recenti esperienze)*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2023, pp. 318 ss.

⁵ Su cui, particolarmente, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *RivistaAic*, n. 2/2014, pp 4 ss.

⁶ Sulle implicazioni del principio rieducativo v. A. ABUKAR HAYO, *Il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena e il diritto penale del nemico. Un possibile paradosso nelle relazioni internazionali tra gli Stati*, in *Pen. Dir. e Pro.*, 22 aprile 2021, n. 2/2021, pp. 6 ss. Inoltre, nella ricca letteratura sul principio costituzionale v. M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino, 2006, pp. 563

La stessa Corte costituzionale, già con la sent. n. 313/1990 suggerì una prima rilettura della “concezione polifunzionale classica” della pena⁷, ponendo la finalità rieducativa come parte integrante della legittimazione e della funzione della pena stessa, essendo dimostrato che “la necessità costituzionale che la pena debba <tendere> a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue”. Pur riconoscendo, nella sua giurisprudenza successiva (ad esempio nella sentenza n. 183/2011 Corte cost.), che la valenza rieducativa non è l’unica che l’ordinamento assegna alla sanzione penale, ravvisando dunque l’opportunità di un bilanciamento nelle scelte di politica criminale del legislatore tra le diverse finalità della pena⁸, la Corte costituzionale non rinuncia a ribadire la necessità di una umanizzazione delle pene nel rispetto di quel principio di “civiltà giuridica” che discende dagli artt. 2 e 27 co. 3 Cost⁹.

Del resto, nel dettato costituzionale trova spazio l’affermazione del diritto all’affettività come una delle declinazioni della personalità del detenuto, tutelata anche in forza del principio della pari dignità sociale, garantita a tutti dall’art. 3 Cost. e dunque anche alle persone in stato di detenzione¹⁰. Ed anche la Corte

ss. Sulla funzione della pena M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Torino, 2002.

⁷ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, pp. 82 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 79 ss.; G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 133 ss.; A. PAGLIARO, *Pluridimensionalità della pena*, in *Il problema della rieducazione del condannato*, Cedam, Padova, 1964, pp. 325 ss.

⁸ Su cui M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 6: «Salvo il parziale scarto dalla concezione polifunzionale avviato dalla sentenza 313/1990, che ha affermato, quanto meno formalmente [...], il primato della prevenzione speciale, la Corte costituzionale, nel ritenere agnosticamente che non sia possibile stabilire a priori una gerarchia “statica ed assoluta” tra le differenti finalità della pena, lascia alle scelte di politica criminale del legislatore la facoltà di far prevalere, “nei limiti della ragionevolezza”, l’una o l’altra delle finalità della pena “a patto che nessuna di esse risulti obliterata”».

⁹ A riguardo v. S. MAGNANENSI, E. RISPOLI, *La finalità rieducativa della pena e l’esecuzione penale*, disponibile nella sezione Studi del sito istituzionale della Corte costituzionale, www.cortecostituzionale.it.

¹⁰ Su cui G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1/2012, p. 188: «Anche per la persona detenuta vale il principio della pari dignità sociale, che l’art. 3 della Costituzione garantisce a tutti. Il carcere è una formazione sociale – per quanto coattiva e, tendenzialmente, totalizzante – nella quale, come dice l’art. 2 della Costituzione, i diritti fondamentali devono essere riconosciuti e garantiti, compatibilmente con la restrizione della

Suprema di Cassazione, a partire dal 2014¹¹, ha espressamente riconosciuto nel mantenimento delle relazioni affettive familiari un diritto soggettivo la cui tutela è da considerarsi essenziale nel corso del trattamento carcerario, nel rispetto di quanto sancito dall' art. 13, comma 2, Cost.

Il significato del diritto all'affettività ha subito nel corso degli anni la sua (non eclatante) evoluzione, ora irrobustita con la sentenza n. 10/2024 Corte cost., scandita peraltro dalle (già datate) Raccomandazioni degli organismi sovranazionali che hanno incoraggiato il riconoscimento del diritto dei detenuti ad una completa vita affettiva. Si tratta in particolare della Raccomandazione n. 1340 (1997), sugli effetti della detenzione sul piano familiare e sociale, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 22 settembre 1997 (punto 6.6.), e della Raccomandazione n. 2003/2188 (INI), sui diritti dei detenuti nell'Unione europea, adottata dal Parlamento europeo il 9 marzo 2004 (punto 1, lettera c), in cui già si sottolineava la necessità di riconoscere il diritto ad una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi¹². In modo ancora più puntuale la successiva Raccomandazione R. (2006) sulle Regole penitenziarie europee, adottata dal Comitato dei ministri l'11 gennaio 2006, prevede, con la regola n. 24.4, evidenziava che "le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali"¹³, modalità di svolgimento dell'esecuzione penale analogamente espresse anche dalle Regole 23, 26 e 28, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010.

Il diritto all'affettività - anche in termini di sessualità dei detenuti - trova inoltre affermazione nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 8) e nella giurisprudenza CEDU¹⁴. La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, richiamando gli ordinamenti europei che già riconoscono ai detenuti spazi più o meno ampi di espressione dell'affettività intramuraria, inclusa la sessualità¹⁵, ha

libertà personale; e devono coniugarsi con i doveri (di chi è dentro, e di chi sta fuori) di solidarietà sociale».

¹¹ Cass. pen., Sez. I, 18 dicembre 2014, n. 52544/2014.

¹² Su cui S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, pp. 1 ss.

¹³ *Recommendation Rec(2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules*, consultabile nel sito del Consiglio d'Europa all'indirizzo www.coe.int.

¹⁴ Su cui cfr. M. E. SALERNO, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in *Giurisprudenza penale web*, 2-bis/2019, pp. 4 ss.

¹⁵ Si pensi alle *comunicaciones íntimas* disciplinate dal Real Decreto 190/1996, del 9 febbraio 1996, Regolamento Penitenziario; alle *unités de vie familiale* francesi; alle visite di lunga durata (*Langzeitbesuche*) ammesse dalla legislazione penitenziaria di molti *Länder* tedeschi. A riguardo è

ritenuto il suddetto orientamento legislativo conforme alla tutela dei diritti e delle libertà previsti dalla Convenzione, non escludendo che il singolo ordinamento possa rifiutare l'accesso alle visite coniugali - quando, ad esempio, ciò sia giustificato da obiettivi di prevenzione del disordine e del crimine¹⁶ - richiedendo tuttavia un test di proporzionalità della restrizione carceraria, ossia un *fair balance* tra gli interessi pubblici e privati coinvolti (caso *Dickson c. Regno Unito*)¹⁷. Tale bilanciamento, dunque, resta appannaggio del legislatore nazionale il cui *wide margin*¹⁸ risulta, tuttavia, non illimitato in quanto “*the margin of appreciation left to the respondent State in the assessment of the permissible limits of the interference with private and family life in the sphere of regulation of visiting rights of prisoners has been narrowing*”¹⁹.

La normativa penitenziaria italiana si dimostra particolarmente carente rispetto al diritto all'affettività²⁰, la cui locuzione non compare esplicitamente tra le norme sull'ordinamento penitenziario del 1975, emergendo solo un richiamo testuale nell'art. 30-ter alla possibilità di “coltivare interessi affettivi”,

interessante lo studio di natura comparatistica di V. CUPPARI, “Amore sbarrato”: affettività e sessualità dei detenuti come diritti fondamentali (parzialmente) inattuati. Approccio negazionista del legislatore italiano in una prospettiva di analisi comparata, in *Giur. pen.*, 2019, pp. 2 ss. Sul diritto all'affettività in Francia v. almeno A. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, in www.giustizia.it.

¹⁶ Si veda il caso *Aliev c. Ucraina*, ric. n. 41220/98, 29 aprile 2003, su cui le osservazioni di F. BUFFA, *Le “visite intime” ai carcerati in 5 sentenze della CEDU*, in *Questione Giustizia*, 20 febbraio 2024.

¹⁷ Sulla pronuncia CEDU, *Dickson c. Regno Unito*, ric. n. 44362/04, 18 aprile 2006, e sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in argomenti cfr. S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 maggio 2013, pp. 1 ss.

¹⁸ P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 149 ss; R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, pp. 95 ss; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, pp. 1162 ss.

¹⁹ CEDU, *Grande Camera, Khoroshenko c. Russia*, ric. n. 41418/04, 30 giugno 2015. In argomento M. E. SALERNO, *op. cit.*, pp. 15-17.

²⁰ A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La negazione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2bis/2019, p. 31, secondo il quale «non c'è incompatibilità tra esercizio della sessualità inframuraria e regime penitenziario né esistono insuperabili difficoltà di ordine operativo per rendere tutto questo possibile. Semmai, sopravvivono forti resistenze – ideologiche e culturali – all'introduzione di una sua disciplina costituzionalmente orientata, ripetutamente espresse attraverso prevedibilissimi argomenti contrari. Alcuni giocano su facili ironie di sicura presa nel distratto e disinformato dibattito pubblico».

limitatamente dunque alla concessione dei permessi premio. Si tratta di uno spazio per l'espressione dell'affettività decisamente molto limitato, sia poiché resta un "privilegio" per coloro che hanno i requisiti per godere dei permessi premio - generando una forma diseguaglianza tra detenuti - sia poiché includendo nel diritto all'affettività anche l'esercizio della sessualità in una dimensione extra muraria, nega di fatto la dimensione intramuraria della sessualità²¹. Questa limitazione contrasta senz'altro con il dettato degli artt. 2, 13 co. 1, 27 co. 3, 32 co. 1 e 2 Cost., e con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale risalente già al 1987 in cui si affermava che la sessualità è uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra "le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire"²².

Finché la sessualità del detenuto viene considerata come un aspetto secondario (talvolta un tabù²³) nel contesto delle espressioni affettive del detenuto, consentendone la limitazione come se fosse una punizione necessaria per chi si trova in un regime detentivo²⁴, si corre il rischio di delineare una "castità forzata"²⁵ che indebolisce il riconoscimento di una posizione soggettiva del

²¹ M. P. IADICICCO, *Detenzione e "nuovi" diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, in *BioLaw Journal*, 4/2022, pp. 163 ss.

²² Sentenza n. 561/1987 Corte cost., disponibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale www.cortecostituzionale.it.

²³ G. MOSCATELLI, *Il tabù del sesso in carcere torna dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Arch. Pen.*, 1/2023, pp. 1 ss.

²⁴ A riguardo è opportuno richiamare l'osservazione della Corte di cassazione nella sentenza n. 1553 del 1992, in cui ha affermato che "l'ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la facoltà di rapporti sessuali, anche fra persone unite in matrimonio, nel carcere. Tale esclusione appare conseguenza diretta della privazione della libertà personale, ma quest'ultima espressione non sembra tener conto di un contesto sovranazionale in cui diffusamente la privazione della libertà personale non si associa affatto ad un divieto assoluto di esercitare la sessualità con il/la partner in libertà, in appositi momenti di incontro, né si confronta con l'assenza di una previsione di tale divieto tra le pene, anche accessorie, previste nel Codice penale".

²⁵ A. SOFRI, *Note sul sesso degli uomini prigionieri*, in F. CERAUDO, A. SOFRI (a cura di), *Ferri battuti*, Pisa, Archimedia, 1999, p. 96.

detenuto²⁶, e per nulla concorda con il fine rieducativo della pena e con la tutela della dignità²⁷.

3. La lunga attesa e (alla fine) la scelta della Corte costituzionale nella sentenza n. 10/2024.

L'inerzia del legislatore²⁸, insieme al disallineamento dell'ordinamento italiano rispetto allo scenario normativo internazionale e all'orientamento della giurisprudenza europea, ha imposto una scelta della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 10/2024, ha tracciato il nuovo corso del diritto all'affettività del detenuto. La sentenza si dimostra di particolare rilevanza per l'aspetto sostanziale, certamente, nondimeno per quello relativo alla natura dell'atto con cui il giudice costituzionale ha cambiato il corso dell'espressione della sessualità nella condizione detentiva.

Con riferimento al profilo sostanziale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere. Secondo la Consulta il presupposto interpretativo presente nell'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto risulta corretto²⁹, pertanto, il carattere di assolutezza della prescrizione del controllo visivo – senza

²⁶ Sulla necessità di non disconoscere le posizioni soggettive di coloro che sono soggetti a restrizione della libertà personale cfr. sentenza n. 26/1999 Corte cost., disponibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale www.cortecostituzionale.it: "l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare per conseguenza il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona e dei suoi diritti".

²⁷ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *RivistaAic*, 2/2014, p. 4.

²⁸ Per completezza è opportuno richiamare almeno un intervento normativo - il d. lgs. 123 del 2018 - tuttavia insufficiente rispetto all'esigenza di intimità del colloquio sollecitata, prevedendo solo che "i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto".

²⁹ Un'analisi dettagliata dell'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto è in F. MARTIN, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in *Giurisprudenza penale web*, 1/2023, pp. 6 ss.; A. MENGHINI, *Affettività e sessualità in carcere: una questione di dignità*, in *Dir. Pen. Proc.* 9/2023, pp. 1190 ss.

alcuna eccezione - espone la disposizione censurata ad un giudizio di irragionevolezza per difetto di proporzionalità³⁰.

I parametri costituzionali considerati violati al termine del giudizio sono l'art. 3, l'art. 27 terzo comma e l'art. 117 primo comma in relazione all'art. 8 CEDU. Il richiamo puntuale ai singoli profili di incostituzionalità, e direi anche di ricognizione riepilogativa rispetto a quanto già sollevato ma non ammesso in questioni precedentemente presentate alla Corte, evidenzia la volontà di esporre con chiarezza le ragioni giuridiche ed i profili costituzionali che supportano la decisione. Come è stato rilevato, infatti, i giudici non si sono limitati ad esaminare il primo degli articoli, che da solo avrebbe potuto assorbire le ragioni d'invalidità³¹, argomentando, invece, i singoli profili di irragionevolezza rilevati.

Il primo dei profili riguarda il principio di eguaglianza, poiché il controllo a vista sullo svolgimento del colloquio del detenuto rappresenta una compressione sproporzionata e un sacrificio irragionevole della dignità della persona, dunque, una violazione dell'art. 3 Cost. Aspetto peraltro già rievocato in precedenza nella pronuncia n. 26 del 1999 (espressamente citata nella sentenza del 2024) ove si afferma che la condizione di detenzione non può comportare uno svuotamento della dignità della persona, tutelata costituzionalmente soprattutto quando si è in presenza di una precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà. Si genera, inoltre, una doppia violazione della dignità, infatti, la lesione non riguarderebbe solo la dignità del detenuto, bensì anche quella della persona a questi legata da una relazione affettiva, vedendo allo stesso modo limitata la sua possibilità di coltivare e sviluppare il rapporto.

Inoltre, il sacrificio dell'intimità degli affetti risulterebbe contrario alla finalità rieducativa della pena, in violazione dell'art. 27 terzo comma Cost., risultando

³⁰ Cfr V. MANCA, *Amore e carcere: binomio impossibile(2)? La Corte costituzionale segna una tappa fondamentale del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena*, in *Giurisprudenza penale web*, 2/2024, pp. 9 ss.

³¹ Così A. RUGGERI, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, in *Consulta online*, 1/2024, p. 161: «la Corte si fa premura di argomentare punto per punto la violazione di alcuni parametri costituzionali (in particolare, degli artt. 3, 27, comma 3., e 117, comma 1., in relazione all'art. 8 CEDU), senza fermarsi al primo di essi, sufficiente al fine della dichiarazione d'invalidità, e tralasciando invece di pronunziarsi su altri. Questa insistita disamina si deve, dunque, verosimilmente al bisogno di dare in modo fermo e chiaro evidenza ai plurimi e gravi vulnera costituzionali di cui si rende responsabile la normativa portata alla cognizione della Consulta». Per un commento della pronuncia v. anche E. DE VITO, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, in *Questione giustizia*, 5 febbraio 2024.

anzi controproducente rispetto all'obiettivo di risocializzazione preposto al termine dell'esecuzione della pena: la sottrazione di una porzione significativa di libera disponibilità del proprio corpo e dell'espressione della propria affettività determina inevitabilmente un indebolimento delle relazioni affettive, che possono giungere sino al raggiungimento di una "desertificazione affettiva" del detenuto.

Infine, l'ultima violazione riguarda l'art. 117 primo comma in relazione all'art. 8 CEDU, e riguarda la lesione del principio del rispetto della vita privata e familiare derivante, in particolare, dalla mancanza di proporzionalità tra il diritto negato (quello ai colloqui intimi) e le ragioni concrete di prevenzione del disordine e del crimine. Tale obiezione viene suffragata dal richiamo alla pronuncia *Leslax Wojcik v. Polonia* in cui la CEDU sostiene che "*The Court, like the Commission previously (...), has noted with approval the reform movements in several European countries to improve prison conditions by facilitating long-term (also called 'conjugal') visits. However, the Court has stressed that the refusal of such visits may be regarded as justified for the prevention of disorder and crime within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention*"³².

Il contesto sostanziale va esaminato, peraltro, alla luce della tipologia decisoria della Corte, ossia una sentenza additiva di principio³³. Originata dall'inerzia del legislatore, nonostante il monito del 2012, questo tipo di decisione consente ai giudici costituzionali di superare l'inattività del legislatore, fissando un principio cui il legislatore (quando vorrà attivarsi) dovrà attenersi, o cui potranno far riferimento direttamente i giudici nei casi concreti ed i direttori dei singoli istituti³⁴. In tale precisazione si percepisce tuttavia, da parte della Corte costituzionale, il dubbio (e forse la critica) che ancora una volta il legislatore possa

³² *Lesław Wójcik c. Polonia*, ric. n. 66424/09, 1° luglio 2021, consultabile nel sito del Consiglio d'Europa all'indirizzo www.hudoc.echr.coe.int. Per una lettura dell'art. 8 CEDU alla luce della giurisprudenza della Corte EDU si rinvia alla *Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza*, elaborata dalla Cancelleria del Ministero della Giustizia e disponibile all'indirizzo www.giustizia.it.

³³ A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1992, pp. 3199 ss., G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996; ID., *Le sentenze additive di principio*, in *Foro It.*, 1998, V, pp. 78 ss.

³⁴ Si veda, rispetto alla sent. n. 10/2024, I. GIUGNI, *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere*, in *Sistema penale*, 2.2.2024. Più in generale, in tema di "additive di principio", "sentenze meccanismo", "sentenze-delega", e "additive a dispositivo generico" cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 244.

non dar seguito alla sua pronuncia, sicché, pur assicurandogli il primato nel disciplinare in futuro la materia³⁵, anche stabilendo termini e condizioni diversi, si assicura che il principio possa essere attuato nell'immediato al fine di affrontare ogni esigenza riguardante l'esercizio dell'affettività intramuraria di ogni persona detenuta.

Se per un verso, così operando, il "nuovo principio" viene collocato in uno stato di salvaguardia che in nessun modo da ora in poi potrà essere ignorato o inattuato, per altro verso la formulazione di un'additiva di principio porta con sé alcune difficoltà applicative soprattutto quando il tema - come in questo caso - impone una serie di valutazioni rispetto alla complessità dei problemi operativi, che meriterebbero certamente uno sforzo legislativo adeguato. Per quanto apprezzabile la scelta di tale tecnica decisoria non eccessivamente invasiva del campo del legislatore da parte della Corte costituzionale che si "limita" ad introdurre un principio³⁶, permangono non poche difficoltà applicative, solo in parte mitigate dalla molteplicità dei destinatari (legislatore, giudici e

³⁵ Del resto, con la sentenza n. 301/2012 la Corte costituzionale aveva espresso la sua preferenza per l'azione del legislatore, dichiarando l'inammissibilità di una questione che richiedeva scelte discrezionali di esclusiva spettanza del legislatore. Tale atteggiamento decisivo conferma quel rispetto della Corte verso la sfera riservata al legislatore su cui cfr. P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos*, 3/2023, p. 12: «si può dire che l'inammissibilità per discrezionalità legislativa pronunciata dalla Corte in sede prima decisione, prima ancora che come una rinuncia-impedimento all'esercizio del proprio sindacato, vada letta soprattutto come espressione di una preferenza per l'azione del legislatore, i cui margini di scelta e di apprezzamento, assieme alla latitudine d'intervento, ne fanno lo strumento ottimale per offrire risposta al problema di costituzionalità sottoposto al giudice delle leggi. Onde, si potrebbe dire che attraverso il rispetto della sfera riservata al legislatore la Corte in realtà più che assumere un atteggiamento di deferenza nei confronti di quest'ultimo finisca per esprimere una deferenza verso la Costituzione».

³⁶ In questo senso A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *RivistaAic*, 2/2023, p. 119: «In breve – riproponendo la nota distinzione nomologica fra principi e regole – la Consulta riusciva a non sfuggire al quesito postole dai giudici a *quibus* limitandosi a indicare non una regola, ma un principio: questo, sì, inderogabile quale disciplina costituzionalmente necessaria (o a contenuto costituzionale minimo). In tal modo, ove la lacuna fosse stata reale, non avrebbe invaso il campo del legislatore (cui soltanto spetta "creare" la norma-regola), e – ove la lacuna fosse stata apparente – non avrebbe invaso il campo dei giudici (cui soltanto spetta di "trovare" la norma-regola). Essa, così, poneva solo un "principio" generale sulla futura produzione legislativa, in attesa dell'intervento con effetti erga omnes del legislatore, che aveva già tracciata, grazie al principio indicato dalla Corte sulla base della Costituzione, la via da percorrere». In senso critico, invece, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 137 ss.

amministrazioni penitenziarie)³⁷ che, scrive la Corte, con un'azione combinata potranno "accompagnare una tappa importante del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena".

4. Conclusioni. Sull'effettiva applicabilità del principio nel rinvio alle amministrazioni penitenziarie.

In questa prima fase, in ogni caso, le amministrazioni penitenziarie incarnano il ruolo da protagonista nell'attuazione dell'esercizio dell'affettività intramuraria. Ferme le indicazioni indirizzate al (futuro) legislatore relative all'adeguatezza della durata dei colloqui intimi, alla periodicità degli stessi - finalizzata a preservare la stabilità della relazione affettiva - e alla presenza di luoghi appropriati e opportunamente riservati, si rinvia al Direttore dell'istituto penitenziario la verifica della sussistenza del presupposto dello stabile legame affettivo.

Ecco che la *voluntas* della Corte rischia di scontrarsi con le difficoltà della realtà, soprattutto nelle more di una legislazione di dettaglio, innanzitutto per la discrezionalità che si assegna ai singoli istituti di valutare e gestire ogni singola situazione, generando inevitabilmente una disuguaglianza tra detenuti accolti in istituti strutturalmente dotati di infrastrutture sufficienti a garantire questo "nuovo diritto"³⁸, e detenuti (la maggior parte, si immagina, viste le condizioni di sovraffollamento delle carceri italiane)³⁹ accolti in strutture penitenziarie che necessitano di modifiche edilizie di un adeguamento⁴⁰.

³⁷ Sulle pronunce monodirezionali e pluridirezionali v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2022, pp. 2011 ss.; A. SPADARO, *op. ult. cit.*, p. 119.

³⁸ M. P. IADICICCO, *Detenzione e "nuovi" diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, cit., pp. 156 ss.

³⁹ E. CAPPELLI, G. SURIANO (a cura di), *Analisi storica 2020-2024 sul sovraffollamento negli Istituti penitenziari. Studio dell'unità organizzativa "Privazione della libertà in ambito penale" dell'ufficio del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, 17 gennaio 2024, disponibile all'indirizzo www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

⁴⁰ A. RUGGERI, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, cit., p. 162: «È da mettere, peraltro, in conto che si richiedano risorse finanziarie non esigue allo scopo, in ragione del numero – è da temere cospicuo – delle strutture di detenzione che potrebbero avere bisogno di interventi di edilizia a ciò specificamente dedicati. Insomma, incombente appare essere il rischio che il diritto di cui qui si discorre possa affermarsi a macchia di leopardo (direbbe il Poeta, "in una parte più e meno altrove"), con grave discriminazione di fatto tra i detenuti ed i loro cari (non si trascuri, infatti, anche la condizione di questi ultimi, cui espressamente ed opportunamente la decisione in esame presta attenzione)».

Inoltre, si genera un problema di natura politica, tant'è che già pochi giorni dopo la pubblicazione della sentenza del giudice costituzionale si è generato un primo contrasto tra il Sottosegretario alla Giustizia, Andrea Ostellari ed i promotori dell'iniziativa che prevede la creazione di piccoli prefabbricati mobili in un'area verde del cortile dell'istituto di pena "Due Palazzi" per permettere ai detenuti di condividere momenti di intimità⁴¹. Secondo il Sottosegretario permane la necessità di un tavolo di lavoro per approfondire e affrontare la questione in maniera omogenea e coordinata, frenando le singole iniziative che pur la Corte costituzionale con la sentenza n. 10/2024 rende chiaramente legittime.

I dubbi ed i primi problemi sull'effettiva applicabilità immediata suggeriscono l'emergenza di un intervento legislativo puntuale, affinché la pronuncia della Corte costituzionale non rimanga solo un'apprezzabile indicazione di principio, priva tuttavia di dell'opportuno seguito da parte di tutti i destinatari della pronuncia, a danno dei detenuti e dei loro affetti.

⁴¹ G. B. DE BLASIS, *Carcere di Padova: Sottosegretario Andrea Ostellari smentisce sperimentazione stanze dell'amore*, in www.poliziapenitenziaria.it, 28 febbraio 2024.

L'UTILITÀ DEL PARADIGMA DEL REATO COMPLESSO IN ALCUNE
RECENTI QUESTIONI ERMENEUTICHE E DI LEGITTIMITÀ
COSTITUZIONALE

*The utility of the paradigm of the complex offence in several recent hermeneutical
issues and of constitutional legitimacy*

di

Alì Abukar Hayo *

Il ricorso al paradigma del reato complesso ha consentito alla Corte costituzionale di giustificare l'opzione del legislatore di punire, con la pena minima di tre anni di reclusione, il fatto delle lesioni stradali, aggravate dalla fuga del conducente; nonché alle Sezioni Unite di escludere il concorso di reati, nel caso di omicidio aggravato dagli atti persecutori, compiuti ai danni della medesima vittima. La controversa categoria dommatica non ha avuto grande fortuna in dottrina; tuttavia, le due pronunce richiamate ne dimostrano l'utilità, sia come criterio assiologico, che giustifica il *quantum* sanzionatorio, sia come criterio discretivo tra il concorso di reati e il concorso apparente di norme. Al contempo, non si può sopravvalutare l'apporto euristico della figura giuridica, pensando che i criteri valoriali extrapositivi possano essere interamente elusi, riconducendoli *sic et simpliciter* al dato positivo dell'art. 84 c.p.. In verità all'unità di azione, propria del reato complesso, si perviene solo attraverso un percorso argomentativo non scevro di giudizi di valore.

Reference to the paradigm of the complex offence has allowed the Constitutional Court to justify the option of legislators to punish road traffic injuries aggravated by leaving the scene of the accident with a minimum prison term of three years, as well as the decision by the Unified Divisions to exclude the concurrence of offences, in the case of murder aggravated by acts of persecution against the victim. The controversial dogmatic category has not been very successful in legal doctrine; however, the two above-mentioned

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

decisions show that it is useful both as an axiological criterion, that justifies the quantum of the sanction, and as a criterion for distinguishing between the concurrence of offences and the apparent combination of provisions. At the same time, we cannot overestimate the heuristic contribution of the juridical figure, believing that the extra-positive value-based criteria may be fully disregarded, attributable sic et simpliciter to the contents of article 84 of the criminal code. The truth of the matter is that the unity of action of the principle of complex offences may be achieved only through an argumentative process not without judgments of value.

Sommario: 1. L'attualità di un paradigma ritenuto secondario - 2. I presupposti logico-giuridici della questione posta alla Corte costituzionale - 3. La sentenza della Consulta n. 195/2023 - 4. Le Sezioni Unite sul reato complesso di omicidio preceduto da atti persecutori - 5. Brevi considerazioni conclusive

1. L'attualità di un paradigma ritenuto secondario.

La categoria dommatica del reato complesso ha sempre ricevuto una considerazione residuale, se non addirittura minimale, in dottrina. La sua rilevanza è stata confinata alla questione del discernimento tra il concorso di reati e il concorso apparente di norme, posto che l'unità normativa "complessa", risultante dalla combinazione di più reati, impone per disposizione legislativa la sanzione unica e non già la pluralità delle sanzioni per i reati componenti. Oggi, mentre permane siffatta rilevanza, storicamente riconosciuta, di tale criterio discretivo, invero ritenuto residuale, sul versante del concorso (reale/apparente) di reati², si profila un nuovo versante di interesse, attinente alla politica criminale. Una recente sentenza

² I principi di sussidiarietà e di assorbimento - accanto al principio di specialità (l'unico legislativamente previsto) - sono i più rilevanti. Si possono ricondurre all'esigenza del *ne bis in idem* sostanziale, cui pure si ricollega il reato complesso. Quest'ultimo può anche vedersi come una versione della progressione criminosa. Ciò che contraddistingue tutti i principi, che si aggiungono a quello legislativo di specialità, è l'indole valoriale, giacché postulano un giudizio sul disvalore delle fattispecie prese in considerazione. Sul punto cfr. F. DIGENNARO, *Criteri risolutivi del concorso apparente di norme. La questione in materia di stupefacenti*, in *Ius in itinere*, 20.01.20; G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, Dig. d. pen., II vol, Torino, 1998. Anche il reato complesso, per quanto previsto in via generale dall'art. 84 c.p., sottende un giudizio di valore, quando uno dei componenti dell'unità complessa non ha carattere costitutivo, bensì circostanziale (cfr. nota 24).

della Corte costituzionale, la n. 195 del 2023, richiama la figura del reato complesso, in ordine alla congruità/opportunità del *quantum* sanzionatorio per la fattispecie risultante dalla combinazione delle lesioni personali stradali gravi con il delitto di fuga.

Con ordinanza del 22 settembre 2022, il Tribunale ordinario di Milano, in composizione monocratica, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 590 *ter* c.p., nella parte in cui stabilisce per le lesioni personali stradali gravi di cui all'art. 590 *bis* c.p., in caso di fuga del conducente, la pena minima di tre anni di reclusione, ritenuta fissa³. Il giudice rimettente osservava che la pena massima coinciderebbe con la minima, dal momento che l'art. 590 *ter* prescrive una pena non inferiore a tre anni e d'altronde la pena prevista dall'art. 590 *bis*, ancorché fosse aumentata di due terzi sarebbe pur sempre inferiore al minimo (si giungerebbe a un anno e otto mesi)⁴. La previsione di una pena fissa contrasterebbe con gli artt. 3 e 27 Cost. "poiché impedirebbe al giudice di adeguare la sanzione alla concreta gravità del fatto, in violazione del principio di uguaglianza, ma anche della finalità di rieducazione del condannato". Posto che solo la possibilità di trattamenti sanzionatori individualizzati e proporzionali consente al giudice di commisurare la pena al grado di colpevolezza del soggetto agente e alla specifica gravità del fatto nel caso concreto, la misura fissa della pena mortificherebbe, se non annullerebbe del tutto, il potere discrezionale del giudice.

³ IL reato di lesioni personali stradali, previsto dall'art. 590 *bis* c.p., e quello di omicidio stradale di cui all'art. 589 *bis* c.p. sono stati introdotti dalla legge n. 41 del 2016. Per un commento cfr. A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, *Dir. Pen. Cont.*(online), 20 maggio 2016.

⁴ Ad avviso del rimettente, in ogni caso, la pena da applicare sarebbe quella di tre anni di reclusione, sebbene il delitto di cui all'art. 189 comma 7 cod. strada, con l'aumento dovuto alla recidiva, risulterebbe punito fino a quattro anni e sei mesi di reclusione. L'orientamento della giurisprudenza di legittimità non consentirebbe al giudice di "irrogare una pena inferiore nel minimo a quella prevista per il reato satellite". Per effetto dell'art. 590 *ter* c.p. il giudice non potrebbe scendere al di sotto della pena di tre anni di reclusione e non avrebbe più un "massimo al quale fare riferimento", dal momento che, anche aumentando di due terzi la pena prevista per le lesioni personali stradali gravi, si perverrebbe alla misura di un anno e otto mesi. Diversamente accadrebbe per le lesioni stradali gravissime, per le quali la pena minima di tre anni risulterebbe riportata "nella cornice edittale prevista in base agli aumenti" stabiliti dalla prima parte dell'art. 590 *ter*. In conclusione, secondo il giudice rimettente, nella fattispecie *de qua* la pena sarebbe comunque "fissa" a differenza di quella prevista per le lesioni stradali gravissime.

Ovviamente la questione, posta in questi termini, poggiava su due presupposti logico-giuridici: *a)* che fosse impossibile per il giudice di merito commisurare la pena al di sotto del minimo edittale; *b)* che la misura sanzionatoria fosse irragionevolmente severa, in rapporto alla reale gravità del fatto, che si compone di lesioni personali stradali (art. 590 *ter* c.p.) e fuga del conducente (art. 189 co. 7 cod. strada).

2. I presupposti logico-giuridici della questione posta alla Corte costituzionale.

a) Il primo presupposto è implicito nella stessa formulazione della questione. Se essa verte sulla rigidità della misura sanzionatoria, è evidente che la possibilità del giudice di merito di attenuare la pena contraddice l'ipotesi di partenza. Peraltro, non solo la rappresentazione dell'eventuale illegittimità costituzionale, ma anche l'interessa del supporto argomentativo poggiava sull'idea che non sia consentito al giudice di fissare la pena del caso concreto al di sotto del minimo edittale. Nelle ordinanze di rimessione, il giudice *a quo* fa riferimento alla giurisprudenza della Corte che dichiara l'illegittimità costituzionale delle sanzioni penali in misura fissa, con ciò supponendo, ovviamente, che in nessun caso possa essere disposta, nella sentenza di condanna, una pena inferiore a quella "fissa", ossia inferiore al minimo edittale di tre anni di reclusione⁵.

Invero la Corte costituzionale, con la sentenza n. 195/2023, nega l'implicita supposizione, alla base della questione di legittimità costituzionale. L'ipotesi di partenza è infondata, perché è data al giudice la possibilità di disporre una pena inferiore, avendo la possibilità di applicare una serie, non trascurabile, di attenuanti. Nulla osta, infatti, all'applicazione dell'attenuante del contributo di minima importanza i cui all'art. 114 c.p., per espressa previsione dell'art. 590 *quater*; all'applicazione dell'attenuante prevista dall'art 62 n. 6, in caso di riparazione del danno; delle circostanze attenuanti generiche previste dall'art. 62 *bis* c.p.; inoltre la pena può essere diminuita fino alla metà "qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole". La sentenza si sofferma, in particolare, su tale "inedita attenuante ad effetto speciale del tutto particolare perché attiene all'efficienza causale", la quale ricorre "nel caso in cui sia accertato il concorso di colpa, per quanto minimo, della vittima e, più in generale, una

⁵ Cfr. nota precedente.

qualunque concorrente causa esterna, anche non costituita da condotta umana, al di fuori delle ipotesi del caso fortuito o forza maggiore”.

Ciò consente di graduare la pena, adeguandola alla colpevolezza individuale. In sintesi, la Consulta perviene alla conclusione che “la censurata ‘fissità’ della pena si rivela non assoluta”, poiché “il giudice è tenuto, al ricorrere dei presupposti di applicazione delle suddette circostanze attenuanti, a irrogare in concreto una pena inferiore a quella di tre anni, adeguando così la rigidità del trattamento sanzionatorio alla specifica vicenda sottoposta al suo esame, con particolare riguardo alle modalità di causazione delle lesioni non ricollegabili alla condotta del colpevole e al comportamento da questo tenuto successivamente al reato”. In definitiva, la rigidità della cornice edittale, supposta come assoluta nella premessa logica della questione, si rivela, nei fatti, solo relativa, giacché non è affatto precluso al giudice di adeguare il *quantum* della pena alle specifiche del caso concreto, tenendo conto del grado di colpevolezza soggettiva e della reale gravità del fatto.

b) È evidente poi che la questione verteva anche sulla ragionevolezza della misura della sanzione. In proposito il rimettente osserva che il minimo edittale di tre anni di reclusione è multiplo, dodici volte, del minimo edittale, contenuto in soli tre mesi, previsto per il reato più grave (lesioni personali)⁶. L’argomentazione non è solida come appare a prima vista, perché trascura la fondamentale circostanza che il reato *de quo* ha natura complessa, risultando dalla combinazione di due fatti autonomamente costituenti reato⁷. Il disvalore del nuovo fatto, che risulta dalla combinazione, non è la sommatoria dei distinti disvalori dei due fatti che entrano in combinazione. Il disvalore dell’uno non si somma in guisa matematica al disvalore dell’altro, ma viene assorbito in quello complessivo del nuovo fatto più grave, come

⁶ Osserva la Corte: «È ben vero che la misura dell’aumento, data la soglia minima di tre anni, risulta essere pari a dodici volte il minimo edittale previsto dal primo comma dell’art. 590-bis cod. pen. Per l’ipotesi base delle lesioni personali stradali (tre mesi di reclusione); ma non si può omettere di considerare che nella fattispecie di fuga si realizza, dal punto di vista soggettivo, un salto di qualità rispetto alle lesioni».

⁷ In proposito la Corte così si esprime: “Il censurato art. 590-ter cod.pen. punisce la condotta di fuga realizzata da un conducente responsabile di gravi lesioni personali seguite a un incidente stradale. La scelta legislativa si struttura secondo il modello del reato complesso (come rilevato dalla giurisprudenza in precedenza richiamata), unendo in una stessa figura criminosa più condotte autonomamente punite. La combinazione di tali elementi comporta un trattamento sanzionatorio diverso rispetto a quello che sarebbe applicabile in base al cumulo delle figure componenti”.

il disvalore della rapina non è dato dalla sommatoria di quello del furto e della violenza privata, ma li assorbe entrambi nell'ambito del nuovo e più grave disvalore del reato complesso.

L'istituto del reato complesso, disciplinato dall'art. 84 c.p., è molto controverso in dottrina⁸, al punto che una corrente di pensiero dubita perfino che sia necessaria un'apposita disciplina normativa di parte generale⁹. Si sostiene in proposito che la figura del reato complesso in senso stretto, ossia risultante dalla combinazione di due elementi, ognuno dei quali costituisce un reato a sé stante, non può che essere punito in virtù della norma incriminatrice di parte speciale la quale descrive il fatto risultante dalla combinazione, a prescindere dalla norma di cui all'art. 84 c.p., essendo evidente che la fattispecie *composta* descrive il fatto specifico, mentre le altre fattispecie in considerazione ne descrivono singolarmente i *componenti*; pertanto non può che applicarsi la disciplina prevista dalla prima, in virtù del principio di specialità¹⁰. Ne discenderebbe la superfluità della norma di cui all'art. 84.

⁸ In argomento F. ANTOLISEI, *Reato composto, reato complesso e progressione criminosa*, in *Arch. Pen.*, 1949, I, 67 ss.; E. CONTIERI, *Sul reato complesso*, in *Foro Pen.*, 1946, 633 ss.; T. DELOGU, *Reato accessorio e reato complesso*, in *Giust. Pen.*, 1947, II, 221 ss.; M. LOSANA, *Reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. Ita. Dir. Pen. Proc.*, 1963, 1189 ss.; G. NEPPIMODONA, *Sulla posizione della 'violenza' e della 'minaccia' nella struttura delle fattispecie criminose*, *ibid.*, 1964, 522 ss.; ID., *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, *ibid.*, 1966, 200 ss.; S. PIACENZA, *Nozione e contenuto nel reato complesso*, in *Riv. Pen.*, 1936, pp. 953 ss.; ID., *Reato complesso*, in *NN.D.I.*, XIV, Torino, 1967, 963 ss.; U. PIOLETTI, *Profili del reato complesso*, *RP*, 1937, 1192 ss.; S. PROSDOCIMI, *Delitti aggravati dall'evento e reato complesso*, *IP*, 1985, 281 ss.; S. RANIERI, *Il reato complesso*, Milano, 1940; V. REINA, *Contributo alla teoria sulla struttura del reato complesso*, *ADPP*, 1942, 73 ss.; A. SANTORO, *Reato complesso e concorso di reati*, *RSP*, 1951, 354 ss.; F. SPIEZIA, *Il reato complesso*, Udine, 1937; ID., *Reato complesso*, in *N.D.I.*, X, Torino, 1939, 1238 ss.; G. VASSALLI, *Nuove e vecchie incertezze sul reato complesso*, in *Riv. Ita. Dir. Pen. Proc.*, 1978, 407 ss.; ID., *Reato complesso*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, 816 ss..

⁹ Per tutti S. PROSDOCIMI, *Reato complesso*, 1996. L'Autore ritiene che «la disciplina del reato complesso dettata dal codice sembra rivelare la sua sostanziale inutilità», nel quadro di un'accezione del reato complesso che ne restringe la portata alle «sole fattispecie che, già a livello astratto, ricomprendono necessariamente due reati, o entrambi quali elementi costitutivi (reato complesso del primo tipo) oppure uno in funzione di elemento costitutivo e l'altro in funzione di circostanza aggravante (reato complesso del secondo tipo)» (estratto in *Leggi d'Italia*, Wolters Kluwer, 2023).

¹⁰ Del resto il principio di specialità è stato ritenuto, da una corrente dottrinale, di per sé sufficiente per discernere tutti i casi di concorso apparente di norme; cfr. F. MARTIN, *Rapina aggravata e sequestro di persona concorso o assorbimento?*, in *Ius in itinere*, 31.08.20, 3; V.B. MUSCATIELLO, *Concorso di norme. I presupposti e la disciplina della pluralità apparente*, in A. Cadoppi – S. Canestrai – A. Manna – M. Papa

Ma supposta pure la superfluità della disciplina di cui all'art. 84 per la prima sorta di reato complesso, rimane aperta la questione riguardante la seconda sorta, la quale ricorre quando un elemento di fatto, che di per sé costituisce reato, funge da circostanza aggravante del fatto base, autonomamente incriminato. In questo caso, la norma di cui all'art. 84 c.p. non può dirsi in alcun modo superflua, giacché, in sua mancanza, l'unificazione normativa dei due fatti sarebbe rimessa al prudente apprezzamento del giudice, con il conseguente rischio di gravi difformità giurisprudenziali e possibili violazioni del principio del *ne bis in idem* sostanziale¹¹.

Nel caso di specie, il reato complesso cui allude la Corte costituzionale risulta dalla combinazione del fatto di lesioni gravi, autonomamente punito dall'art. 590 *ter* c.p. (che richiama l'art. 590 *bis*), e dal fatto della fuga, autonomamente punito dall'art. 189, comma 7, del codice della strada, che funge da circostanza aggravante. Ebbene, se questi due elementi di fatto vengono in considerazione separatamente e non come componenti di una nuova "unità" complessa, al fatto-base delle lesioni gravi deve corrispondere il disvalore-base del reato. Ma se in tale fatto-base risiede il disvalore prevalente del reato, il minimo edittale di tre anni di reclusione non risulta congruo e proporzionato. Infatti, le lesioni personali colpose gravi sono punite con la sanzione da tre mesi a un anno; per giungere al minimo di tre anni, la rimanente parte della sanzione dovrebbe essere giustificato dall'aggravante; si avrebbe dunque un disvalore dell'aggravante di gran lunga superiore al disvalore del reato base; una sorta di inversione logica e assiologica: la circostanza prenderebbe il posto del reato base e assorbirebbe quasi l'interezza del disvalore del fatto illecito.

La sentenza commentata ha dunque un oggetto, per certi versi nuovo, che attiene alla meritevolezza di pena e si può sintetizzare in questa domanda: quando si può ritenere che la circostanza aggravante, costituita da un elemento di fatto costituente di per sé reato autonomo, conferisce alla fattispecie circostanziata una fisionomia tanto diversa, rispetto alla fattispecie non circostanziata, da renderla

(a cura di), *Trattato di diritto penale, p. gen.*, Torino, 2013, 956-959; M. PAPA, *Concorso di norme. Questioni e prospettive di fondo*, *ibidem*, 940-943. Anche la giurisprudenza delle Sezioni Unite è orientata nel senso di assumere il principio di specialità unilaterale come unico criterio dirimente; sul punto cfr. I. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino, 2022, 36 ss..

¹¹ Su tutte le implicazioni del principio del *ne bis in idem* sostanziale I. GIACONA, *op.cit.*, e ampia bibliografia ivi citata.

meritevole di una pena specifica? Al contempo, rimane sempre aperta la questione tradizionale, che attiene alla continenza del reato complesso e si può sintetizzare nella domanda: quando si può ritenere che il reato sia complesso, assorba in sé il disvalore dei reati componenti e non sussista perciò il concorso formale di reati, bensì il concorso apparente di norme?

3. La sentenza della Consulta n. 195/2023.

La prima questione ermeneutica non può essere risolta in base al *nomen iuris* o altra indicazione del legislatore. Anzi, a ben vedere, se dovesse tenersi conto solo della indicazione nominalistica legislativa, il reato complesso di secondo tipo giammai si potrebbe configurare in termini di vera "unità" complessa, risultante dalla combinazione di due reati. Il legislatore si limita a tipizzare un reato aggravato, ossia un fatto-base e una circostanza aggravante; con ciò attribuisce un carattere di centralità/essenzialità a un elemento di fatto e di sussidiarietà/accessorietà all'altro. Dunque, ai fini della valutazione assiologica del fatto, si giustificherebbe la considerazione separata delle due parti, la cui incidenza nel disvalore complessivo del reato sarebbe differente: la parte principale del disvalore sarebbe comunque assorbita dal reato base e la parte secondaria dalla circostanza aggravante. Reato base e circostanza inciderebbero in misura ben diversa sul disvalore complessivo del fatto, sicché la conclusione cui giunge il giudice rimettente sarebbe plausibile e corretta: il reato base di lesioni personali colpose (gravi) non dovrebbe essere sanzionato con una pena multipla, per il solo fatto che vi accede una circostanza aggravante.

A ben vedere, dunque, la problematica che verte sul reato complesso non investe tanto la prima tipologia, quanto la seconda, nella quale l'apporto dei due reati alla combinazione risultante è, per così dire, asimmetrica, giacché uno di essi funge da reato base e l'altro da circostanza aggravante. In relazione alla prima tipologia, come detto, sorgono poche questioni interpretative, essendo pacifico che in questo caso la pena edittale prevista per il reato complesso non può essere letta come sommatoria delle pene previste per i reati componenti, giacché la combinazione dà vita a un reato totalmente nuovo, con un diverso *nomen iuris* e uno specifico disvalore. Insomma, è difficilmente discutibile la scelta del legislatore, in qualche modo discrezionale, di punire in una certa misura, piuttosto che in un'altra,

il reato complesso del primo tipo, proprio perché non viene in considerazione la proporzione della pena relativa alla “composizione”, rispetto a quella relativa ai “componenti”.

In ragione di ciò, la domanda che riassume la questione *de qua* può essere così formulata: il disvalore del reato complesso (della seconda tipologia) può essere di tanto superiore a quello del reato base, in ragione dell'aggravante, al punto che il minimo edittale del primo (reato complesso) sia un multiplo di quello del secondo (reato base)? Ma questa domanda si traduce nell'altra: il disvalore dell'aggravante può essere tanto grande, da giustificare che il minimo edittale del reato circostanziato sia un multiplo di quello del reato non circostanziato? E infine la domanda vera è la seguente: posto che il disvalore del reato base e della circostanza, singolarmente considerati, non sono tali che la loro somma equivale al disvalore del reato complesso, si può giustificare che la loro combinazione dia vita a un reato nuovo e diverso, sanzionato con pena più grave, pur essendo nominalmente non diverso da quello base? La combinazione può avere un disvalore più grave della somma dei disvalori del reato base e della circostanza? E in caso di risposta positiva, sorge un'altra domanda: a quali condizioni è possibile che la combinazione sia punita con pena maggiore, rispetto alla sommatoria delle pene previste per i componenti?

In primo luogo, osserviamo che la norma di cui all'art. 84 c.p. non avrebbe senso, se non si ammettesse che la realtà risultante dalla composizione è cosa ben diversa dalla sommatoria dei componenti. Ebbene questa diversità non riguarda solo il caso in cui i componenti danno vita a un nuovo reato diversamente nominato; qui la diversità è evidente e il legislatore la esplicita, conferendo alla combinazione il *nomen iuris* di un nuovo reato, con disvalore proprio; può riguardare anche il secondo tipo di combinazione, nel caso in cui l'aggravante conferisca un volto nuovo al fatto-base, seppure il *nomen iuris* permanga invariato. La Corte costituzionale con la sentenza qui annotata chiarisce alcune condizioni, in presenza delle quali può essere giustificata una sanzione del reato complesso più severa, rispetto alla sommatoria delle pene previste per i reati componenti¹².

¹² Per un commento critico alla sentenza cfr. Y. PARZIALE, *Lesioni stradali gravi e fuga del conducente. Riflessioni critiche a margine della sentenza 195/2023 della Corte costituzionale*, in questa Rivista, 3/2023.

La Consulta evidenzia che la causazione colposa delle lesioni personali¹³ non esprime, in sé, alcun dispregio consapevole per il bene della vita (altrui); al contrario, la medesima causazione, seguita dalla fuga del conducente, acquista un significato umano e sociale ben diverso. Il conducente che si dà alla fuga dimostra di anteporre il suo (illecito) interesse all'impunità, perfino al bene superiore dell'incolumità personale (della vittima). Con ciò dimostra indifferenza e dispregio per le condizioni di salute e di vita altrui¹⁴. Muta, non solo la colpevolezza individuale, ma anche il quadro offensivo del reato, giacché la natura dell'offesa non è delineata solo dal bene che ne costituisce l'oggetto – identico sia nel caso di omicidio colposo, preterintenzionale o doloso – ma anche dalla modalità offensiva. Infatti, l'allarme sociale è ben diverso, secondo che la morte di un uomo sia avvenuto per circostanze accidentali (per quanto prevedibili) o per il comportamento pericoloso di un soggetto che non ha rispetto per la vita altrui. La disposizione al rischio (di cagionare lesioni personali gravi) del comune cittadino rispettoso della vita altrui e quella del soggetto che non la rispetta divergono notevolmente. E poiché questa disposizione al rischio è parte integrante dell'offesa - al punto che sull'atteggiamento del soggetto, in ordine al rischio, passa la linea di discriminazione tra la colpa con previsione e il dolo eventuale – è giustificato il cambio di paradigma, dal reato base al reato complesso.

Dunque, il caso in esame può essere considerato l'archetipo del reato complesso del secondo tipo, che acquista, per via dell'aggravante, una fisionomia propria, in qualche modo diversa rispetto al fatto-base¹⁵. Le considerazioni della

¹³ L'indole colposa del delitto di lesioni personali e dell'omicidio stradale non è del tutto pacifica, poiché non manca chi ravvisa gli estremi del dolo eventuale; cfr. L. D'AMICO, *La struttura dell'omicidio stradale tra tipicità debole, colpevolezza intermittente e diritto penale simbolico*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5/2019, pp. 94-96.

¹⁴ La Corte costituzionale osserva che, con la fuga, si realizza un "salto di qualità" (cfr. nota 5); e ribadisce: "la condotta dolosa che il conducente, dandosi alla fuga, pone in essere dopo l'incidente, esprime, del resto, la cosciente determinazione di non volersi assumere la responsabilità dei propri comportamenti. (...) il conducente che fugge decide scientemente di fare prevalere su tutto la propria impunità (per una responsabilità ancora da accertare) a scapito dell'interesse immediato delle persone coinvolte nell'incidente (...) l'allontanarsi volontariamente dal luogo del sinistro sta a significare la prevalenza del calcolo egoistico finalizzato a evitare ogni coinvolgimento personale nell'evento accaduto".

¹⁵ Il medesimo inquadramento - e correlativo assorbimento - dei reati componenti nell'ambito del reato complesso, è stato prospettato per la guida in stato di ebbrezza alcolica che viene a perdere la sua autonomia, essendo prevista come aggravante dei reati di cui all'art. 589 bis, co. 1 e art. 590 bis, co. 1, c.p.; cfr. F. MARTIN, *Il reato complesso e il concorso di reati. Profili applicativi nel delitto di omicidio stradale*, *Giust. Pen. web*, 11/2020.

Corte riguardano solo la fattispecie in esame, nel quale le lesioni personali colpose (fatto base) in correlazione con la fuga dolosa (circostanza) acquistano un'offensività e un disvalore specifici. Tuttavia, riteniamo che in qualche modo possano essere generalizzate. Si può pensare che l'aggravante, la quale costituisce un reato autonomo, possa dar luogo, in combinazione col reato-base, a un reato complesso e giustificare una sanzione superiore alla sommatoria delle sanzioni previste per i reati componenti, quando assorbe una parte rilevante, o addirittura prevalente, dell'intero disvalore del fatto; quando, in altri termini, la sua pregnanza sia tale, da conferire una sembianza diversa e nuova al reato-base, moltiplicando il disvalore etico-sociale della condotta.

4. Le Sezioni Unite sul reato complesso di omicidio preceduto da atti persecutori.

La seconda questione ermeneutica attiene al rapporto di consunzione tra la figura giuridica composta e i reati componenti¹⁶. Preliminarmente è opportuno precisare che, qualificata la fattispecie come reato complesso, è consequenziale escludere il concorso di reati, dal momento che, per definizione, il reato complesso assorbe in sé i reati componenti. E poiché la qualifica di reato complesso non è un *a priori*, nel senso che il legislatore ha preso in considerazione la categoria dommatica generale, ma il compito di enucleare le singole fattispecie da ricondurre all'unità complessa appartiene all'interprete, l'operazione ermeneutica parte dalla problematica dell'assorbimento e approda a quella della qualifica ex art. 84 c.p.; non viceversa. In altri termini: solo dopo aver ritenuto che non sussista il concorso di reati, perché l'intero disvalore del reato componente è assorbito dalla fattispecie composta, tale assorbimento può essere giustificato (*a posteriori*) sotto la specie del reato complesso ex art. 84 c.p., cosicché la vera questione interpretativa è quella dell'assorbimento¹⁷, ovvero della consunzione del "meno" nel "più"; il che non significa solamente consunzione del meno grave nel più grave, ma anche del meno

¹⁶ Il rapporto di consunzione postula che il reato assorbente sia più grave del reato consunto; il 'più' può contenere il 'meno' e non può valere l'inverso. Orbene, secondo una certa accezione, vi sono dei casi in cui il reato complesso è punito meno gravemente dei reati che lo compongono, pertanto in tale figura non sempre è dato scorgere un rapporto di consunzione tra la composizione e i componenti; S. PROSDOCIMI, *Reato complesso*, cit. p. 7; dello stesso avviso F. MARTIN, *Il reato complesso e il concorso di reati*, cit..

¹⁷ Sul punto I. GIACONA, *op. cit.*. L'Autore ritiene che il principio di consunzione (o assorbimento) costituisca un criterio dirimente insostituibile.

ampio nel più ampio, della parte nel tutto. A questo scopo, può essere illuminante uno sguardo alla sentenza delle Sezioni Unite n. 38402 del 26/10/2021 (ud. 15/07/2021).

L'intervento della Suprema Corte in funzione nomofilattica si è reso necessario per il contrasto giurisprudenziale, insorto sulla questione se i comportamenti persecutori a danno della persona (successivamente) vittima del reato di omicidio, posti in essere dal medesimo agente, dovessero essere puniti autonomamente ai sensi dell'art. 612 *bis* c.p., ovviamente in concorso con l'omicidio, oppure come circostanza aggravante del delitto di cui all'art. 576 co. 1 n. 5.1. c.p.. La necessità dell'intervento nomofilattico è molto indicativa del rapporto logico di antecedenza tra la declaratoria di continenza e la sussunzione sotto la specie del reato complesso. Una sezione della Corte di cassazione ritenne, infatti, che la continenza non sussistesse e perciò non sussunse il fatto di reato sotto la specie del reato complesso, nel cui ambito gli atti persecutori aggravano il reato base di omicidio, ma ritenne che il reato di atti persecutori concorresse con l'omicidio aggravato; non prese in considerazione la questione del reato complesso; non escluse prima la figura complessa, per poi escludere la continenza; bensì escluse il rapporto di continenza e non si pose nemmeno la questione del reato complesso¹⁸. Al contrario, una diversa sezione della Suprema Corte pervenne alla conclusione di dover sussumere il fatto sotto la specie del reato complesso, perché previamente ritenne sussistere il rapporto di consunzione¹⁹. Insomma, l'antecedente logico del ricorso alla figura del reato complesso è l'ammissione che la fattispecie composta sia assorbente; solo quando la fattispecie componente è pensata come contenuta e

¹⁸ Cass. Pen., Sez. I, del 12 aprile 2019, n. 20786 opta per il concorso di reati. Argomenta che sussiste un'oggettiva diversità tra la condotta di omicidio e quella di atti persecutori; non sussiste una relazione di genere a specie; né si può invocare la clausola di sussidiarietà di cui all'art. 612 *bis* co. 1 c.p.. L'unica interferenza si riscontra sul versante soggettivo (stesso autore e stessa vittima), mentre il concorso apparente di norme postula un'interferenza oggettiva.

¹⁹ La sentenza della Cass. Pen., sez. III, n. 30931 del 13 ottobre 2020, asserisce l'assorbimento degli atti persecutori nell'omicidio aggravato (ex art. 576, primo comma, n.5.1. c.p.), in quanto i primi sono strumentali al secondo, nel quale ha compimento finale il disegno criminoso. Gli atti di persecuzione (minacciosi o molesti) dello *stalker* (previsti dall'art. 612) sono oggettivamente identici a quelli che l'omicida ha posto in essere in antecedenza; la sequenza dei fatti indica una progressione criminosa, in virtù della quale si violerebbe il principio del *ne bis in idem* se quegli atti fossero puniti due volte: una prima, a titolo di reato autonomo; una seconda volta, a titolo di circostanza aggravante.

consunta nella fattispecie composta, entra in gioco la figura dommatica del reato complesso. Ciò lascia intendere che il criterio valoriale della consunzione, non previsto e regolato dal legislatore, rimane sempre e comunque indispensabile per risolvere le questioni ermeneutiche, che vertono sul concorso, formale o materiale, di reati, in alternativa al concorso apparente di norme (o viceversa), non risolvibili *ictu oculi* col ricorso al criterio logico formale della specialità²⁰. Il paradigma legislativo del reato complesso può offrire il supporto normativo di riferimento, utile a escludere l'arbitrarietà del costrutto interpretativo, ma non può pensarsi come esaustivo e sostitutivo del criterio valoriale²¹. È illusorio pensare che sia possibile interpretare tutta la casistica del concorso apparente di norme, facendo ricorso solo a criteri logico-formali; al contempo, non è pensabile che il riferimento alla norma di cui all'art. 84 c.p. consenta di superare la vera questione di fondo - del rapporto di continenza tra le fattispecie in considerazione, di carattere assiologico e non meramente logico - la quale implica, peraltro, la valutazione delle concrete circostanze storiche, non già un mero raffronto tra fattispecie astratte, ritenuto di per sé sufficiente²². L'autosufficienza della logica astratta ci pare una chimera irraggiungibile; al pari della chimera dell'autosufficienza del verbale legislativo, dalla quale desumiamo l'inadeguatezza del paradigma del diritto penale unidimensionale, precettivo e non calato nella dinamica del rapporto intersoggettivo²³.

²⁰ Di quest' avviso I. GIACONA, *op. cit.*, 125 ss., il quale basa il rapporto di consunzione, tra reati in concorso apparente, sul giudizio non già neutro, ma necessariamente valoriale, che consente di asserire il medesimo "quadro normale di vita".

²¹ In questo senso G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, VII ed., 2018. Alla stregua dell'autorevole dottrina, nella figura del reato complesso si ravvisa l'enunciazione espressa del principio di consunzione o assorbimento, basato su un rapporto assiologico e/o teleologico tra le fattispecie che compongono l'unità legislativa. L'unificazione è una conseguenza, non un *prius* del rapporto di continenza.

²² In questo senso S. PROSDOCIMI, *op.cit.*. L'Autore osserva che «la possibilità di individuare l'indole complessa di un reato sul piano rigorosamente astratto si rivela impraticabile», sicché bisogna concludere che il "carattere complesso del reato è meramente eventuale". Dello stesso avviso L. BIN, *Il reato eventualmente complesso come (unica) ipotesi di concorso apparente ulteriore rispetto alla specialità. L'esempio del rapporto tra incendio e disastro ambientale*, LP, 2023.

²³ In argomento rinviamo al nostro precedente lavoro, A. ABUKAR HAYO, *La titolarità soggettiva del diritto di punire*, Torino, 2015.

Il merito della sentenza citata ce ne dà conferma. Le Sezioni Unite giungono alla conclusione che il fatto dell'omicidio preceduto da atti persecutori, realizzati dal medesimo soggetto agente ai danni della medesima vittima, sia interamente riconducibile alla fattispecie contemplata dall'art. 575 e 576 co. 1 n. 5.1. cod. pen.²⁴ e dunque il reato complesso, costituito dal fatto base dell'omicidio e dall'aggravante (dei precedenti atti persecutori), escluda il concorso di reati²⁵. La declaratoria si fonda sul presupposto che l'offesa recata dagli atti persecutori previsti dall'art. 612 *bis* sia identica a quella che integra l'aggravante di cui all'art. 576 co. 1 n. 5.1.; il disvalore del fatto (autonomamente punito) è contenuto necessariamente nel fatto più grave (omicidio), che si compone anche della circostanza aggravante, pregna dello stesso disvalore. L'identità dell'offesa²⁶ fonda il rapporto di continenza, assiologico e non meramente logico, di una fattispecie nell'altra e impone l'esclusione del concorso di reati, in virtù del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

5. Brevi considerazioni conclusive.

Come ben si vede, il procedimento mentale, seguito dalle Sezioni Unite, non è consistito nell'asserire preliminarmente la fattispecie complessa, per inferirne l'identità dell'offesa e il rapporto di continenza, bensì nel percorso inverso. L'esito interpretativo, cui pervengono le Sezioni Unite, ci pare dunque pienamente

²⁴ Secondo le Sezioni Unite, «la predetta fattispecie è [...] inequivocabilmente riportata all'interno della fattispecie aggravatrice nella sua integrale tipicità», non solo tramite la citazione diretta della norma incriminatrice (art. 612 *bis* c.p.), ma anche con riferimento all'autore del reato e alla persona offesa.

²⁵ Le Sezioni Unite enunciano la massima: «La fattispecie del delitto di omicidio, realizzata a seguito di quella di atti persecutori da parte dell'agente nei confronti della medesima vittima, contestata e ritenuta nella forma del delitto aggravato ai sensi degli artt. 575 e 576, comma primo, n. 5.1., cod. pen. - punito con la pena edittale dell'ergastolo - integra un reato complesso, ai sensi dell'art. 84, comma primo, cod. pen., in ragione della unitarietà del fatto».

²⁶ Malgrado gli atti persecutori (minacciosi o molesti) siano isolati nel tempo e nello spazio, si può ravvisare un'azione complessivamente unitaria, perché la considerazione normativa degli accadimenti, basata sui valori umani e sociali, riconduce quegli atti all'interno di un quadro offensivo complessivamente unitario. L'unificazione degli atti nella figura del reato complesso non è altro che il riflesso dell'unificazione dell'offesa, cui si perviene facendo rientrare quegli atti nella progressione criminosa, culminata nell'omicidio. Unità del quadro offensivo e unità di azione, che costituiscono il presupposto logico-giuridico del reato complesso, procedono da quel giudizio di valore, secondo il quale il disvalore dei precedenti atti persecutori rimane assorbito dal disvalore complessivo dell'omicidio aggravato (dalla commissione di precedenti atti persecutori).

convincente, proprio perché, nel percorso argomentativo, non si assume il reato complesso come *a priori*, ma si parte dall'identità dell'offesa. Vi ravvisiamo un'autorevolissima conferma dell'impossibilità di ergere la figura del reato complesso a criterio normativo *extra* o *praeter* valoriale, dal momento che ci pare presupporre comunque un giudizio di valore. Ne traiamo anche un argomento, sia pure indiretto, per rinnovare le nostre perplessità circa la possibilità che il *verbum* del legislatore possa contemplare la totalità dei criteri ermeneutici, che determinano in concreto l'esercizio del diritto della *res publica* di punire il reo.

In conclusione, ci pare che la categoria dommatica del reato complesso emerga, dalle sentenze qui commentate, nient'affatto marginale e men che mai superflua. La sua rilevanza non va sottovalutata, perché consente di risolvere molte questioni ermeneutiche, afferenti alla dosimetria della pena, all'unità di azione e all'identità dell'offesa, alla progressione criminosa e al *ne bis in idem* sostanziale, in virtù di una norma legislativa ben precisa e non già solo in base alla discrezionalità giudiziaria. Tuttavia, la sua rilevanza non va nemmeno sopravvalutata, perché, nella sua forma tipica, espressamente prevista dal legislatore: o la *reductio ad unum* dei reati componenti risulta evidente *ictu oculi* e allora la questione interpretativa nemmeno sorge; oppure la *reductio ad unum* è controversa e allora l'interprete, come nel caso preso in considerazione dalle Sezioni Unite, non può fare a meno di operare un giudizio di valore, conforme alla legge, ma non da essa automaticamente derivato. E non va sopravvalutata, a maggior ragione, nella sua forma eventuale²⁷, perché, in questo caso, l'unità complessa non è opera - tipica e nominata - del legislatore, ma è un costrutto logico dell'interprete, all'esito di un percorso argomentativo, basato unicamente sul criterio valoriale dell'assorbimento.

²⁷ L. BIN, *op. cit.*, ritiene che, nei casi in cui il reato complesso si configura già in astratto, per la confluenza nell'unità complessa delle due fattispecie astratte, il concorso apparente di norme postuli il ricorso al criterio di specialità *ex art. 15 c.p.*; e l'art. 84 c.p. abbia rilevanza suppletiva, solo quando le circostanze concrete del caso rendano eventualmente possibile l'assorbimento di un reato nell'altro.

PREMESSE PER UNO STUDIO SULL'ESTINZIONE DEI REATI ALIMENTARI

Premises for a study on the extinction of food offences

di
Filippo Giunchedi *

L'estinzione dei reati agroalimentari per adempimento delle prescrizioni impartite dall'organo accertatore prevista dalla l. 30 aprile 1962, n. 283 prevede una procedura che, nonostante presenti luci e ombre, può essere applicata in altri settori del diritto penale.

Il legislatore, però, ne ha ingiustificatamente circoscritto l'operatività.

The extinction of crimes by compliance with the provisions issued by the investigating body provided for by law 30 april 1962, n. 283 provides a procedure which, despite its lights and shadows, can be applied in other sectors of criminal law.

The legislator, however, has unjustifiably limited its operations.

Sommario: 1. Il fine giustifica i mezzi. – 2. Modelli consolidati per prospettive inedite. – 3. Più potere al pubblico ministero e meno al giudice per le indagini preliminari. – 4. Un legislatore “timido”.

1. Il fine giustifica i mezzi.

L'estinzione del reato per adempimento delle prescrizioni impartite dall'organo accertatore, disciplinata dall'art. 70, comma 1, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150², incarna appieno la filosofia di fondo del legislatore – ovvero quella di assicurare l'efficienza del processo penale e la celere definizione dei procedimenti giudiziari –, lontana dal baricentro assiologico che connota il principio accusatorio³.

* Associato di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Roma “Unicusano”.

² Norma che ha introdotto gli artt. 12-ter-12-nonies l. 30 aprile 1962, n. 283. Si tratta di un sistema normativo che ricalca il modello procedimentale già positivamente sperimentato in materia di igiene e sicurezza sul lavoro (art. 20, comma 1, d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758) e di tutela ambientale (art. 318-ter, comma 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

³ O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen.*, 2/2022, 368, spiega come sia «una situazione del tutto inedita in cui scompare il tradizionale approccio assiologico, tipico di una materia altamente politica come la procedura penale che, di fatto, riporta ai modelli valoriali del processo accusatorio-garantista o di quello inquisitorio-repressivo, per lasciare spazio alla tensione verso il raggiungimento di un obiettivo di riduzione dei tempi processuali a prescindere dai mezzi impiegati, un fine superiore che giustifica i mezzi. L'efficienza viene così elevata a valore in sé, tale da soppiantare le tradizionali matrici culturali dei sistemi processuali».

Una politica legislativa non dissimile da quella che predicava Niccolò Machiavelli, il quale nella sua opera più celebre, *De principatibus*, nell'illustrare l'arte del governare efficacemente, spiegava i compromessi ai quali devono piegarsi i politici, tanto da sfociare nella teoria secondo cui il fine giustifica i mezzi per raggiungerlo. In effetti, *mutatis mutandis*, è ciò che il legislatore ha realizzato in riferimento all'estinzione del reato per adempimento delle prescrizioni; un istituto che, per un verso, presenta non poche criticità soprattutto sul piano valoriale e che, per altro verso, non coglie appieno le potenzialità che lo stesso offre.

Ma procediamo con ordine, muovendo dalla deriva cognitiva che ammantava il d.lgs. n. 150/2022 e che si disvela chiaramente nel sommario del testo legislativo: «Attuazione della l. 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».

D'altronde, raggiunta la consapevolezza di un modello processuale inidoneo a generare *performances* cognitive di qualità, si è pensato di ripiegare verso forme che, quantomeno, consentano soluzioni tendenti a comporre i conflitti tra autore del reato, da una parte, e Stato e vittima, dall'altra. Al contempo, però, sono stati conati strumenti tesi ad elidere il danno o il pericolo generati dall'azione illecita⁴.

Nonostante si tratti di modelli che, nel segno dell'efficienza, tendono ad offuscare determinati diritti imposti dalle *Grundnormen*⁵, risulta apprezzabile l'impostazione legislativa finalizzata a sgravare il sistema giudiziario dalla celebrazione di un procedimento penale per fatti di modesto disvalore sociale, tanto da non operare in ipotesi di contravvenzioni concorrenti con delitti⁶. Peraltro, l'*austerità* dell'attuale periodo storico, che si riflette nella difficoltà di riscuotere la pena pecuniaria, ha spinto il legislatore a puntare verso un meccanismo riparatorio operante mediante una procedura estintiva di tipo prescrittivo/ingiunzionale tendente a limitare le funzioni del pubblico ministero e del giudice, attesi il ruolo primario e la forte responsabilizzazione dell'organo accertatore – chiamato a svolgere funzioni di polizia giudiziaria – nella determinazione delle prescrizioni poste a carico del reo.

⁴ Sul punto v. T. GUERINI, *I presupposti per l'estinzione: il danno o il pericolo suscettibile di elisione mediante condotte riparatorie o risarcitorie*, in F. Giunchedi (a cura di), *Estinzione dei reati alimentari*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 33 ss.

⁵ Aspetto sottolineato da A. GERARDI VIRGILI, *La finalità del nuovo istituto tra legge-delega e decreto di attuazione*, in F. Giunchedi (a cura di), *Estinzione dei reati alimentari*, cit., pp. 1 ss.

⁶ F. VERGINE-G. MICHELI, *La estinzione delle contravvenzioni per adempimento delle prescrizioni impartite dall'organo accertatore*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini, Pisa, 2022, p. 486.

2. Modelli consolidati per prospettive inedite.

Sul piano pratico, la ricerca di soluzioni sinergiche tra pena e procedimento⁷ ha portato al conio di un modello – non nuovo – polarizzato sull'adempimento alle prescrizioni impartite, finalizzate a rimuovere le conseguenze dannose o pericolose del reato, in cambio di un trattamento sanzionatorio mite (pena pecuniaria o lavoro di pubblica utilità).

Si tratta di strumento dall'indubbia efficacia in prospettiva proattiva poiché il particolare *appeal* generato dal trattamento sanzionatorio di favore spinge il reo ad attivarsi per conseguire l'estinzione del reato⁸. Prospettiva questa che tende a recuperare, sebbene con varianti inedite, la funzione risocializzante della pena mediante una composizione dell'infranta pace sociale in sintonia con le linee-guida tracciate dal legislatore delegante, ovvero di evitare la celebrazione del processo penale, favorendo l'archiviazione del reato contravvenzionale durante le indagini, decongestionando così la giustizia sin dalle fasi prodromiche dei giudizi penali; di sgravare il pubblico ministero da molti dispendiosi compiti, attribuendo un ruolo centrale nell'attivazione e "gestione" della procedura all'organo accertatore, chiamato ad operare con funzioni di polizia giudiziaria; di assicurare un'efficace tutela al bene giuridico in presenza di reati privi di effettiva portata dannosa o pericolosa, grazie alla leva ripristinatoria/risarcitoria, posta a base del meccanismo estintivo.

Ne consegue che il comportamento del reo, prima che venga comminata la pena, assume un alto valore sintomatico tale da giustificare una sanzione mite, essendosi il responsabile già prodigato per elidere gli effetti dannosi e pericolosi derivanti dall'azione illecita.

In chiave di sintesi estrema, siamo al cospetto di un modello che si concentra sulla tutela postuma del bene giuridico mediante «comportamenti controffensivi tempestivi dello stesso reo»⁹. Ciò, peraltro, rende superflua la risocializzazione in quanto il (presunto) reo ha già composto la frattura con l'ordinamento mediante il ripristino dello *status quo ante* o, qualora non possibile, con il risarcimento, tanto da essere stata riproposta, icasticamente, la figura del "reato riparato"¹⁰.

Si tende, in conclusione, verso un "diritto penale minimo" che nel ridurre drasticamente le ipotesi di accertamento giudiziale, si propone di riavvicinare il cittadino alla giustizia, puntando a tutta prima sull'alternatività della pena affinché sia garantita comunque una sanzione per il reo ed una tutela per il soggetto che ha

⁷ F. VERGINE-G. MICHELI, *op. cit.*, p. 484.

⁸ T. GUERINI, *op. cit.*, pp. 33 ss.; G. STALLONE, *Le pene previste in ipotesi di adempimento tardivo e l'alternativa del lavoro di pubblica utilità*, F. Giunchedi (a cura di), *Estinzione dei reati alimentari*, cit., pp. 43 ss.

⁹ Così G. AMARELLI, *La nuova procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza alimentare*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2023, p. 73.

¹⁰ Riconducibile a M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18.5.2015, e ripresa da G. AMARELLI, *op. cit.*, p. 74.

subito il reato¹¹, puntando però a strumenti di collaborazione e mediazione tali da responsabilizzare il reo, oltre che a riparare il danno arrecato dal reato.

Ma, allo stesso tempo, si perviene ad una tutela “rafforzata”¹² di beni primari, benché successiva al fatto-reato.

Il rapporto sinallagmatico tra condotta e riparazione, anticipata alla fase delle indagini, imprime infatti, oltre che una semplificazione processuale, una vigorosa accelerazione con indubbio risparmio di risorse processuali in quanto dal momento dell'iscrizione della notizia di reato non vi sono interventi attivi dell'autorità giudiziaria, tanto è vero che come epilogo processuale, successivo alla dichiarazione di estinzione del reato, è prevista l'archiviazione. Questa specificazione confina il nuovo meccanismo ripristinatorio/risarcitorio ad una fase procedimentale ben definita, le indagini preliminari, mediante la consapevolezza di un impatto positivo sull'impianto processuale grazie alla proficua esperienza in altri ambiti.

Epperò, a fronte di una palese efficacia in riferimento alla capacità del modello in esame di sgravare il carico giudiziario, non convince l'opzione riduttiva del legislatore delegato di limitarlo alle sole contravvenzioni agroalimentari, con inevitabili riflessi di irragionevolezza sul piano della parità di trattamento. Infatti, è indubitabile, come precisato dalla Relazione illustrativa, che si tratti di illeciti di frequente contestazione e che, parimenti, vi sia la possibilità di attingere alla professionalità dei N.A.S., ma è altresì vero che le medesime condizioni sono ravvisabili in altri ambiti come quelli dell'ambiente, dei beni culturali, della circolazione stradale, dell'edilizia e dell'urbanistica¹³. Estendere anche a questi settori¹⁴ l'estinzione della contravvenzione a seguito dell'adempimento delle prescrizioni indicate dall'organo accertatore avrebbe senza dubbio consentito di ottimizzare l'importante risorsa. Infatti, con una adeguata formazione tecnica degli organi preposti, anche nei settori anzidetti il meccanismo procedural-estintivo in argomento avrebbe potuto operare efficacemente, contribuendo così a sgravare l'accertamento giudiziale in senso stretto, vera e propria icona della Riforma Cartabia.

3. Più potere al pubblico ministero e meno al giudice per le indagini preliminari.

Sul piano delle dinamiche e dei soggetti protagonisti, nell'ambito delle limitate attribuzioni assegnate dal legislatore, spicca la centralità del ruolo del pubblico ministero, con conseguente marginalizzazione della figura del giudice per le indagini preliminari¹⁵. Intervento del titolare delle indagini che, per tutelare il trasgressore,

¹¹ A. GERARDI VIRGILI, *op. cit.*, p. 6.

¹² Così, condivisibilmente, G. AMARELLI, *op. cit.*, p. 73.

¹³ G. AMARELLI, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴ Come si era ipotizzato per alcune categorie di reati già in occasione dei lavori della Riforma.

¹⁵ C. SANTORIELLO, *I soggetti protagonisti*, in F. Giunchedi (a cura di), *Estinzione dei reati alimentari*, cit., pp. 53 ss.

sarebbe stato più garantista porre anteriormente al compimento delle prescrizioni, anche se ciò avrebbe “rallentato” il procedimento, mal conciliandosi con le finalità deflative e acceleratorie che la Riforma si propone¹⁶. D’altro canto, non è peregrino ipotizzare che l’organo accertatore non si prodighi nell’impartire le prescrizioni finalizzate a riparare il danno causato dalla condotta illecita o lo faccia con ritardo. La previsione dell’intervento del pubblico ministero in una fase anteriore rispetto a quello dell’accertatore avrebbe assicurato la parità di trattamento dei trasgressori¹⁷.

A fronte di ciò, non è escluso un recupero in capo al pubblico ministero del ruolo di *dominus* delle indagini che il codice di rito gli assegna. Infatti, se per un verso, il titolare della funzione di accusa non dispone, di regola, di alcuna discrezionalità in ordine all’iscrizione della *notitia criminis* sulla base di quanto comunicatogli dagli organi accertatori; per altro verso, il suo ruolo riacquista centralità in ordine all’individuazione del nominativo del soggetto a cui attribuire il reato, soprattutto quando la violazione risulta commessa in ambito aziendale, all’interno del quale sono individuabili più soggetti cui è astrattamente possibile riferire la contravvenzione. Stabilire quale sia la persona fisica da iscrivere nel registro degli indagati è compito assai complesso e sicuramente di esclusiva competenza del pubblico ministero, il quale potrà decidere anche diversamente rispetto alle indicazioni fornitegli dagli organi accertatori¹⁸.

A conferma di tale conclusione può richiamarsi la previsione presente nel comma 4 dell’art. 12-ter l. 30 aprile 1962, n. 283 secondo cui «copia della prescrizione è notificata o comunicata anche al rappresentante legale dell’ente nell’ambito o al servizio del quale opera il contravventore». Disposizione che si giustifica con la possibilità che il responsabile della contravvenzione sia soggetto diverso dal legale rappresentante o dal responsabile della struttura aziendale all’interno del quale si è riscontrata la violazione, nel qual caso – ovvero, nell’ipotesi in cui vi sia una dissociazione fra centro decisionale dell’impresa e autore dell’illecito – l’individuazione del responsabile del reato sarà compito esclusivo del pubblico ministero, pur potendo egli fare riferimento a quanto riferitogli in proposito dagli organi accertatori. Non è escluso, infatti, che per individuare l’indagato gli organi inquirenti necessitino di svolgere ulteriori indagini delegando la polizia giudiziaria. Insomma, il ruolo del pubblico ministero assume, comunque, posizione centrale nel modello in esame¹⁹.

D’altro canto, il legislatore, pur riconoscendo ampio potere alla polizia giudiziaria in ordine all’individuazione della contravvenzione estinguibile e del contenuto della prescrizione, ha confermato, in ogni caso, l’obbligo in capo all’organo

¹⁶ G. RANALDI-D. POLIDORO, *L’estinzione della contravvenzione e l’archiviazione del procedimento*, in F. Giunchedi (a cura di), *Estinzione dei reati alimentari*, cit., pp. 149 ss.

¹⁷ Considerazione condivisa da F. VERGINE-G. MICHELI, *op. cit.*, p. 495.

¹⁸ In questi termini C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 55.

¹⁹ Aspetto rimarcato da G. RANALDI-D. POLIDORO, *op. cit.*, p. 156.

accertatore di riferire, ai sensi e per gli effetti dell'art. 347 c.p.p., al pubblico ministero la notizia di reato relativa alla contravvenzione e di trasmettere il verbale con cui sono state impartite le prescrizioni. Aspetto questo ad alto valore sintomatico in riferimento all'esigenza di garantire la possibilità in capo al magistrato inquirente di intervenire nel merito delle prescrizioni eventualmente impartite dall'organo accertatore. Infatti, proprio il potere del pubblico ministero – riconosciuto dall'art. 12-ter, comma 6, legge n. 283/1962 – di disporre con decreto, quando lo ritenga necessario, «che l'organo che ha impartito le prescrizioni apporti modifiche alle stesse», riflette, la prevalente responsabilità funzionale del pubblico ministero, chiamato, oltre che a vigilare, a eventualmente integrare o correggere le prescrizioni impartite dalla polizia giudiziaria²⁰.

Un altro profilo che merita di essere evidenziato²¹ è legato alla declaratoria di archiviazione che parrebbe precludere iniziative, anche su impulso del giudice per le indagini preliminari, volte a far prevalere le cause di estinzione di cui all'art. 129, comma 1, c.p.p. La sospensione del procedimento conseguente alla determinazione delle prescrizioni da parte dell'organo accertatore impedisce il possibile svolgimento delle indagini, con la conseguenza che è rimessa al soggetto sottoposto al procedimento l'iniziativa di ricercare elementi gnoseologici mediante lo svolgimento di investigazioni difensive tese a far prevalere una formula di archiviazione più vantaggiosa rispetto a quella specifica prevista a seguito dell'adempimento delle prescrizioni impartite.

4. Un legislatore "timido".

Concludendo, sebbene possa ritenersi che siano maggiori gli aspetti positivi dell'innovato modello estintivo, le rapsodiche considerazioni effettuate alimentano alcuni dubbi sulle modalità con cui è stato congegnato, generando l'impressione che il legislatore non abbia creduto fino in fondo ad un strumento procedimentale alternativo che se predisposto non trascurando i fondamenti assiologici del sistema penale, avrebbe sicuramente offerto una soluzione per la deflazione del carico giudiziario, senza cedimenti sul piano valoriale.

E, proprio soffermandosi su quest'aspetto, non si può lasciare inavaso un quesito fondamentale, ovvero se in uno Stato di diritto l'accusato di un reato possa rinunciare all'accertamento della responsabilità penale in cambio del perdono da un presunto illecito²².

²⁰ G. RANALDI-D. POLIDORO, *op. cit.*, p. 156.

²¹ G. RANALDI-D. POLIDORO, *op. cit.*, pp. 149 ss.

²² È quanto si domanda O. MAZZA, *op. cit.*, p. 390: «Soprattutto, siamo sicuri che la materia penale sia disponibile e che l'imputato possa barattare l'accertamento di responsabilità con il perdono per una devianza solo presunta? La società è pronta, informata e consapevole di questa mutazione genetica del sistema della giustizia penale?».

Sebbene non si dubiti che uno degli obiettivi principali del legislatore sia quello di ridurre il numero e il tempo di svolgimento dei procedimenti, risulta discutibile la modalità con cui perseguirlo²³. Il modello in esame, infatti, pur lodevole nonostante alcuni aspetti critici, appare non abbia attinto appieno alle sue potenzialità, potendo – come osservato – essere applicato ad altri ambiti. L'impressione è che il legislatore non vi abbia creduto fino in fondo o che, prima di estenderlo in altri settori, voglia testarne l'efficienza²⁴.

²³ A. PASTA, *Conclusioni. Potenzialità e limiti della nuova disciplina*, in F. Giunchedi (a cura di), *Estinzione dei reati alimentari*, cit., p. 176, il quale osserva criticamente come «[i]l nuovo istituto contribuirà ad aumentare il grado di incertezza del sistema. Ammesso che abbia uno spazio di operatività, non è del tutto chiaro quale esso sia; a breve verranno probabilmente poste questioni di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza; non è difficile immaginare quali dissidi interpretativi si porranno non appena la nuova normativa giungerà nelle aule di tribunale (ad esempio, quella relativa alla possibilità di beneficiare della causa di estinzione per l'imputato per la contravvenzione in materia alimentare che concorre con un delitto, in relazione al quale viene pronunciata in udienza preliminare sentenza di non luogo a procedere, o a seguito di riqualificazione del fatto, o di nuova contestazione in un procedimento instauratosi per una contravvenzione). Alla "fiera della casualità" che è il processo penale italiano viene aggiunto un ulteriore carosello».

²⁴ Concetto ben distinto da quello di efficacia, in quanto «[s]i tratta di una differenziazione idonea a siglare il rapporto tra mezzo impiegato e fine perseguito: solo un mezzo efficiente consente il raggiungimento del fine, sì da rendere efficace il processo» (Fa. SIRACUSANO, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della "Riforma Cartabia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2023, p. 161, il quale richiama l'ampio studio di G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 207 ss.).

AMORE PER FORZA. PROFILI PENALI

Love force. Criminal profiles

di

Stefano Di Pinto *

Nel Codice penale vigente la materia già appartenente ai reati contro la libertà sessuale è stata rielaborata dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66 e inserita nella sezione dei delitti contro la libertà personale. Lo scritto esamina, sia pure sinteticamente, la lunga storia della violenza sulla donna e le modifiche dell'oggetto giuridico della tutela attraverso il tempo e il diritto.

In the current penal code the matter already belonging to the crimes against sexual freedom was reworked by the law 15 February 1996, n. 66 and included in the section of crimes against personal freedom. The work examines, albeit briefly, the long history of violence against women and the changes in the legal object of protection through time and law.

Sommario: 1. Cenni sulla storia della violenza sessuale: le prime fonti scritte e i miti greci e romani. - 2. L'evoluzione normativa. Lo stupro nell'antica Roma. - 3. La violenza carnale nel Seicento. Il caso clamoroso di Artemisia Gentileschi. - 4. La tolleranza della violenza nel sistema penale dell'*Ancien Régime*. - 5. La giurisprudenza ottocentesca. - 6. La violenza carnale nei codici stranieri e italiani preunitari dell'800, fino al Codice Zanardelli. - 7. La violenza carnale e gli atti di libidine nel Codice Rocco. - 8. Gli sviluppi della normativa in tema di reati sessuali: dal Codice Rocco alla Legge 15 febbraio 1996, n. 66. - 9. Le modifiche dell'oggetto giuridico della tutela. - 10. La riformulazione del delitto di violenza sessuale senza la violenza e la minaccia, sostituendovi l'elemento del consenso.

1. Cenni sulla storia della violenza sessuale: le prime fonti scritte e i miti greci e romani.

L'odierna definizione di "cultura dello stupro" è stata coniata dagli studiosi di genere per spiegare la tendenza a minimizzare la violenza sessuale,

* Docente a contratto di Diritto penale nel Master Interfacoltà di II Livello in Scienze Forensi (Criminologia – Investigazione – Security - Intelligence) dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

o a normalizzarla come se fosse un fatto ineluttabile. Qualcosa che scaturisce dall'inevitabile convivenza delle donne con gli uomini e dalla ricerca "naturale" dei secondi di avere rapporti sessuali con le prime, anche se queste non sono d'accordo. Come se fosse un diritto, a volte giustificato come necessità fisica che l'uomo deve rispettare per incorrere in problemi di salute.

Attraverso un sommario *excursus* storico, si cercherà di dare contezza dei cambiamenti che la tutela nei confronti dell'abuso sessuale ha subito nel corso del tempo, ripercorrendo l'evoluzione della normativa relativa allo stupro e muovendo dalle prime testimonianze scritte attendibili. Storicamente sono le donne quelle descritte per prime come oggetto di violenza e una menzione scritta di un tale tipo di violenza nel mondo occidentale si trova a partire dal Codice di Hammurabi (1793 - 1750 a.C.). Il rigo 129 dice che, se la vittima dell'aggressione è una donna sposata, vittima e aggressore devono essere puniti allo stesso modo come adulteri con l'annegamento. Il marito può tuttavia perdonare la moglie. Il rigo 130 aggiunge che, se la vittima è una giovane non sposata va giustiziato solo l'aggressore.

Anche nella Sacra Bibbia (Deuteronomio 22:23-29) la violenza sessuale viene esplicitamente condannata e nel versetto (29) è descritto per la prima volta il matrimonio riparatore inteso come forma di risarcimento e di tutela per la donna che, avendo perduto l'onore, è destinata al rifiuto da parte di tutti². La donna viene anche tutelata dall'eventualità di un ripudio successivo. Per inciso, come si dirà meglio in seguito, il costume del matrimonio riparatore sopra citato sopravvisse nella cultura occidentale sino a tempi molto recenti. In Italia era in uso fino al 1981.

Nell'Atene di Pericle il rapporto consenziente con la moglie di un amico era considerato più grave della violenza poiché non ci si limitava a violare la moglie con la forza ma si otteneva il suo tradimento, considerato ben più

² Nella Bibbia, il quinto libro del Pentateuco, contenente le prescrizioni di Mosè relative alla vita religiosa e sociale del popolo ebraico dopo l'insediamento in Palestina. DEUTERONOMIO: «22 «Quando si troverà un uomo coricato con una donna sposata, tutti e due moriranno: l'uomo che si è coricato con la donna, e la donna. Così toglierai via il male di mezzo a Israele. 23 Quando una fanciulla vergine è fidanzata e un uomo, trovandola in città, si corica con lei, 24 condurrete tutti e due alla porta di quella città e li lapiderete a morte: la fanciulla perché, essendo in città, non ha gridato, e l'uomo perché ha disonorato la donna del suo prossimo. Così toglierai via il male di mezzo a te. 25 Ma se l'uomo trova per i campi la fanciulla fidanzata e, facendole violenza, si corica con lei, allora morirà soltanto l'uomo che si sarà coricato con lei; 26 non farai niente alla fanciulla; nella fanciulla non c'è colpa degna di morte; si tratta di un caso come quello di un uomo che aggredisce il suo prossimo e lo uccide, 27 perché egli l'ha trovata per i campi; la fanciulla fidanzata ha gridato, ma non c'era nessuno per salvarla. 28 Quando un uomo trova una fanciulla vergine che non sia fidanzata, e l'afferra e si corica con lei e sono sorpresi, 29 l'uomo che si è coricato con lei darà al padre della fanciulla cinquanta sicli d'argento e lei sarà sua moglie, perché l'ha disonorata; e non potrà mandarla via per tutto il tempo della sua vita.» LA SACRA BIBBIA, Edizione CEI, Nuova Riveduta, 2006.

infamante. Lisia nella celebre orazione per l'uccisione di Eratostene descrive come subdolo il comportamento della moglie traditrice di Eufileto, sottolinea la perversione del suo amante e scagiona così il marito dall'accusa di omicidio, realizzando il concetto di delitto d'onore³.

Astraendoci per un attimo dalle fonti scritte, in numerosi miti greci e romani si parla di rapimenti seguiti da violenza sessuale. In alcuni casi si tratta di matrimonio per rapimento, un costume praticato ancora oggi da alcune culture tradizionali. Ci sono stati tramandati il rapimento di Persefone da parte di Ade, di Dafne e Leucotoe da parte di Apollo, di Cassandra da parte di Aiace Oileo, di Auge da parte di Eracle, di Andromaca da parte di Ettore, di Polissena da parte di Achille, di Climene da parte di Acamante e il grande numero di dee e donne mortali prese con la forza o con l'inganno da Zeus: Antiope, Asteria, Clitennestra, Danae, Egina, Elara, Elettra, Europa, Io, Taigete. Il mondo latino ricorda il ratto delle Sabine del 749 a.C.⁴, la violenza del dio Marte su Rea Silvia e quella di Tarquinio Sestio su Lucrezia.

Gran parte dei miti greci sembrano concentrarsi sulla discendenza nata dallo stupro (ad esempio alcune città vantavano un'ascendenza divina dovuta alla violenza di un dio su una ninfa che viveva nel luogo) e solo di rado centrano l'attenzione sulla violenza subita dalla donna. Il mito romano è più attento ed ecco i Sabini che combattono i Romani per riprendersi le loro donne e durante la battaglia intervengono le stesse donne a pregare le parti di non versare il sangue dei genitori e dei figli.

Rea Silvia, essendo una vestale e quindi vincolata al voto di castità, venne seppellita viva per ordine dello zio perché aveva violato il voto.

Tito Livio nella sua opera *Ab urbe condita* cita la storia di Lucrezia come esempio di virtù romana: violentata da Tarquinio Sestio, Lucrezia racconta il fatto al marito e al padre e, non volendo vivere nel disonore, si trafigge il cuore davanti a loro, mentre li esorta a dimostrare la loro qualità di uomini nel vendicarla⁵.

³ LISIA, *Apologia per l'uccisione di Eratostene*, Antenore, 1985 - ISBN 88-8455-194-3.

⁴ Il ratto sarebbe avvenuto il quinto anno dopo la fondazione di Roma, ossia nel 749 a.C., il 21 agosto, giorno dedicato al dio Conso, L. POMPILI OLIVIERI, *Annali di Roma*, p. 25.

⁵ TITO LIVIO, *Ab Urbe condita* libri, Libro I, capoverso 58: «Alla vista dei congiunti, scoppia a piangere. Il marito allora le chiede: "Tutto bene?" Lei gli risponde: "Come fa ad andare tutto bene a una donna che ha perduto l'onore? Nel tuo letto, Collatino, ci son le tracce di un altro uomo: solo il mio corpo è stato violato, il mio cuore è puro e te lo proverò con la mia morte. Ma giuratemi che l'adultero non rimarrà impunito. Si tratta di Sesto Tarquinio: è lui che ieri notte è venuto qui e, restituendo ostilità in cambio di ospitalità, armato e con la forza ha abusato di me. Se siete uomini veri, fate sì che quel rapporto non sia fatale solo a me ma anche a lui." Uno dopo l'altro giurano tutti. Cercano quindi di consolarla con questi argomenti: in primo luogo la colpa ricadeva solo sull'autore di quell'azione abominevole e non su di lei che ne era stata la vittima; poi non è il corpo che pecca ma la mente e quindi, se manca l'intenzione, non si può parlare di colpa. Ma lei replica: "Sta a voi stabilire quel che si merita. Quanto a me, anche se mi assolvo

2. L'evoluzione normativa. Lo stupro nell'antica Roma.

Si consolida, quindi, la negazione di un atto già così palesemente riconosciuto nell'antichità da non avere etimologia: in latino *stuprum* vuol dire "rapporto sessuale illegale".

Nella Roma augustea, dopo il lungo sbandamento dovuto alle tormentate vicende della crisi della Repubblica, la legislazione sulla famiglia tende ad assicurare stabilità all'assetto del ceto di governo che stava emergendo, in virtù di una rigorosa regolamentazione ispirata ad una morale familiare fondata sui valori che l'ideologia corrente assegnava alla famiglia arcaica. Sotto tale profilo, in epoca augustea, rileva soprattutto la *lex Iulia de adulteriis coercendis* (circa 18 a.C.), la quale organizza un'apposita *quaestio de adulteriis* volta alla repressione dei crimini contro la morale sessuale nell'ambito di una rigida organizzazione familiare, e tende in tal modo a restringere i rapporti sessuali delle persone appartenenti alle classi elevate nell'ambito del matrimonio, punendo – oltre all'adulterio in senso stretto – ciò che i Romani facevano rientrare nello *stuprum*, la relazione sessuale con donna – nubile o vedova – *honestas* (e, cioè, di buona condizione sociale). In forza di tale legge l'adulterio fu per la prima volta attratto nell'ambito dei crimini pubblici.

La *lex Iulia*, infatti, puniva l'unione sessuale sia con donna maritata (adulterio in senso stretto) sia con donna non maritata di onesta condizione (*stuprum*), nonché lo sfruttamento e il favoreggiamento di tali crimini (*lenocinium*). Non contemplava invece, a quanto ci è dato sapere, come figura autonoma di reato anche l'unione sessuale tra parenti o affini (*incestum*), che era punita solo nel caso di concorso con l'adulterio o con lo stupro.

L'accusa era esercitabile, in ordine di preferenza, dal marito e dal padre dell'adultera (*accusatio iure mariti vel patris*); ma il marito non poteva, come in passato, perdonare la donna e mettere a tacere il fatto, perché, se dopo essere venuto a conoscenza dell'adulterio non scioglieva il matrimonio, era ritenuto colpevole di lenocinio, e se non intentava l'accusa entro sessanta giorni dal divorzio, questa poteva essere sperimentata da qualsiasi cittadino (*accusatio iure extranei*) per il periodo di quattro mesi utili. I rei erano puniti con la relegazione in isole diverse; oltre a ciò, la donna subiva la confisca della metà della dote e di un terzo dei beni parafernali, l'uomo la confisca della metà del patrimonio.

In epoca di Dominato, l'influenza della morale cristiana sulla legislazione postclassica romana risulta palese anche dall'aggravamento delle pene stabilite per crimini contro il matrimonio e per i reati sessuali, già peraltro repressi in

dalla colpa, non significa che non avrò una punizione. E da oggi in poi, più nessuna donna, dopo l'esempio di Lucrezia, vivrà nel disonore!" Afferrato il coltello che teneva nascosto sotto la veste, se lo piantò nel cuore e, piegandosi sulla ferita, cadde a terra esanime tra le urla del marito e del padre».

epoca pagana. Fra i primi il più grave è ovviamente l'adulterio: sembra che già Costantino abbia introdotto la pena di morte per l'adultera, mentre in una costituzione attribuita ai suoi successori si stabilisce addirittura l'alternativa fra il *culleus* e la vivicombustione (con la pena capitale è punito nel tardo impero anche lo stupro della donna ingenua, se commesso con violenza).

La severità con cui il legislatore romano-cristiano intende colpire il *crimen adulterii* è attestata anche dal fatto che contro la sentenza di condanna non è ammesso l'appello. Inoltre, è considerata adulterio – a differenza che in età classica – anche l'infedeltà della fidanzata, per cui lo *sponsus* viene legittimato a esperire contro quest'ultima l'*accusatio adulterii iure mariti*. Va rilevato, infine che, come è dato arguire da una costituzione costantiniana⁶, il marito può esperire l'*accusatio* privilegiata senza dover preventivamente divorziare, come era invece tenuto a fare sin all'età di Diocleziano: il che, come è stato sottolineato, sembra costituire un riflesso del principio cristiano dell'indissolubilità del matrimonio.

Anche nella Bisanzio cristiana, secondo le Istituzioni di Giustiniano, lo stupro veniva considerato una violenza pubblica e non privata e veniva punito con la morte⁷.

3. La violenza carnale nel Seicento. Il caso clamoroso di Artemisia Gentileschi.

Il caso giudiziario relativo ad Artemisia Gentileschi, pittrice vissuta a Roma nel 1600, offre una esemplare lettura del processo basata sul concetto seicentesco di *stuprum* inteso come deflorazione di donna vergine o come rapporto sessuale dietro promessa di matrimonio non mantenuta.

Nata a Roma nel 1593, Artemisia Gentileschi era figlia di Orazio, pittore dell'epoca e amico di Caravaggio. La giovane donna intraprende la carriera del padre, frequenta artisti e dipinge in maniera sublime. Orfana di madre, si avvicina a Tuzia che entra in casa Gentileschi e diviene amica inseparabile di Artemisia. A solo 17 anni realizza il primo dipinto "Susanna e i vecchioni", dove si intravede il realismo di Caravaggio e le forme dei Carracci.

Nel 1611 Artemisia subisce a diciotto anni uno stupro da parte del pittore toscano Agostino Tassi, impegnato in quel tempo, assieme al padre di lei,

⁶ C. Th. 9. 7. 2., a. 326.

⁷ «*Sin autem per vim raptus virginis vel viduae vel sanctimonialis, velatae vel aliae, fuerit perpetratus, tunc et peccatores et ii qui opem flagitio dederunt, capite puniuntur secundam nostrae constitutionis definitionem, ex qua haec apertius possibile est scire*».

Orazio Gentileschi, nella decorazione delle volte del Casino della Rose nel Palazzo Pallavicini Rospigliosi di Roma⁸.

Il padre denunciò il Tassi che, dopo la violenza, nel processo che ne seguì, non aveva potuto rimediare con un matrimonio riparatore perché già sposato. La vicenda comunque rimane non chiara: Orazio chiede anche il risarcimento per il furto di alcuni suoi quadri. In tutta questa storia, la vittima rimane Artemisia che dopo lo stupro, aveva accondisceso alle richieste di Tassi solo perché convinta che lui l'avrebbe sposata. Del processo è rimasta testimonianza documentale e colpiscono la crudezza del resoconto di Artemisia e i metodi inquisitori usati dal tribunale. Artemisia accettò di deporre sotto tortura, che consisteva nello schiacciamento dei pollici attraverso uno strumento usato ampiamente all'epoca. La sventurata confermò l'accusa e non ritrattò la sua deposizione. Ma il suo onore era perso per sempre: viene accusata di rapporti incestuosi con il padre, di avere numerosi amanti e una condotta non appropriata. A voltargli le spalle è proprio Tuzia che avvalora con la sua testimonianza tutte le maldicenze. Il processo si conclude con una lieve condanna del Tassi, che venne incarcerato per otto mesi, peraltro successivamente accusato di furti, debiti, sodomia, dell'incesto con la cognata e di essere il mandatario dell'omicidio della moglie, poi fuggita miracolosamente.

Dopo il processo, Artemisia viene costretta a lasciare Roma e a sposare un artista fiorentino Pierantonio Stiattesi. Un matrimonio per mettere a tacere le malelingue.

Nonostante queste vicende turbolente, Artemisia mostra tutto il suo talento, si trasferisce a Firenze dopo le nozze ed è la prima donna ammessa all'accademia delle arti del disegno. Ha rapporti con Cosimo II de' Medici, è amica di Galileo Galilei. Nel 1621 lascia il marito e torna a Roma con le due figlie, ma non ha il successo che spera. Si trasferisce a Napoli dove finalmente trova il suo equilibrio seguendo lo stile di Caravaggio. Alcuni suoi quadri sono simbolici: in *Susanna e i Vecchioni*, c'è chi vede il padre e il suo aggressore, Tassi. Nella *Giuditta ed Oloferne*, opera di grande violenza, c'è chi legge il desiderio di vendetta della donna contro il suo stupratore.

Le sue vicissitudini giudiziarie ebbero grande influenza sulla lettura in chiave femminista a partire dalla seconda metà del XX secolo⁹.

4. La tolleranza della violenza nel sistema penale dell'*Ancien Régime*.

Ancora nel corso del Secolo XVIII la nozione di violenza carnale era strettamente ancorata al concetto "antico" di *stupro*, nonché alle qualificazioni

⁸ EVA MENZIO (a cura di), *Artemisia Gentileschi. Lettere precedute da atti di un processo di stupro, Abscondita*, Milano, 2004, *passim*.

⁹ Si veda M. D. , *Artemisia Gentileschi The Image of the Female Hero in Italian Baroque Art*, 1991, ISBN 9780691002859.

che lo stupro in detto contesto riceveva. L'attività sessuale di una persona, lungi ancora dall'essere considerata espressione della sua libertà individuale, veniva finalizzata piuttosto al perseguimento di uno scopo ben preciso: quello procreativo. Per conseguenza, qualsiasi rapporto sessuale che non venisse indirizzato a quello scopo, rappresentava per l'ordinamento giuridico un illecito. Alla base di una tale concezione dell'attività sessuale si poneva l'idea dello Stato che, nella qualità di portatore di pubblici interessi, avocava a sé il compito di controllare anche l'attività sessuale del cittadino. Di conseguenza, l'immagine femminile, come quella del minore, risente del contrasto tra le diverse realtà epocali e l'indagine storica, volta a ricostruire tale evoluzione, in particolare, dunque, continua a imporsi. Senza guardare alla storia più antica, e limitandoci alla storia europea, l'*ancien régime* rappresenta senza dubbio l'esempio di un'epoca di tolleranza del fenomeno dello stupro.

Benché severamente punito dai testi giuridici del tempo, il reato di violenza sessuale viene poco perseguito dai tribunali e soprattutto i giudici dell'*ancien régime* mostrano un atteggiamento di indulgenza e di comprensione rispetto agli episodi di stupro. La giustizia penale settecentesca, è ben noto, si caratterizza per una crudeltà, un arbitrio ed una ferocia che non hanno pari: l'arte del supplizio, ben descritta da Foucault, costituisce una costante nell'amministrazione quotidiana della giustizia.

È in questo quadro, caratterizzato dall'affermarsi dell'arte del castigo, che si collocano le azioni giudiziarie per violenza sessuale. Ogni forma di violenza, sia essa fisica o sessuale, veniva trattata con incuria e quasi con indifferenza: la sensibilità verso la brutalità era attenuata. Esempi eloquenti si ritrovano in alcuni casi tratti dalla giurisprudenza francese di quegli anni: processi in cui lo stupro unito ad altre forme di violenza, a dispetto dell'inclusione del primo fra i crimini puniti con la pena capitale, venivano lasciati nell'impunità, concludendosi per lo più con l'assoluzione.

La querela era poco ascoltata, i fatti poco approfonditi, l'accusato poco interrogato, soprattutto quando la vittima era una donna adulta e di estrazione sociale non elevata (lo stupro delle serve comportava solo un risarcimento del danno), e in particolare quando non vi era traccia né di delitto né di ferita fisica grave (noto rimase in Francia il caso di un'erbivendola Marie Anne Hébé, che, pur in presenza dei segni fisici della violenza, non vide punita la violenza sessuale subita).

La rapina da strada occupava dopo la lesa maestà il primo posto nella scala di gravità dei reati: la violenza sessuale veniva assai dopo. La tesi della provocazione femminile avanzata dal reo veniva creduta e la macchia rappresentata dal delitto si riverberava sulla donna implicitamente condannata essa stessa per la violenza cui aveva partecipato, coinvolta così nell'indegnità. La vittima, dunque, temeva di parlare e le denunce, in maniera non dissimile da

quanto accade nei tempi odierni, erano rarissime, ancor più rare, lo si è detto, le condanne. La vittima soprattutto era subito sospettata, presumendosi in lei una porzione di responsabilità: il che rappresentava un modo per negare alla donna il ruolo e lo statuto di soggetto. A volte solo le grida durante la violenza (così in Francia) erano condizione per la punizione del fatto. A nulla rilevava la situazione psicologica della vittima che si presumeva dovesse e potesse opporre resistenza. Si imponeva dunque l'idea che la donna - era questa, purtroppo, anche la visione degli stessi Illuministi, restii a riconoscere la donna quale soggetto di diritto - aveva ceduto volontariamente.

Nel diritto classico dell'*Ancien Régime* lo stupro, non diversamente da quanto è accaduto in molte legislazioni occidentali odierne tra cui la nostra fino a tempi assai recenti, costituiva un crimine contro la moralità, associato ai crimini contro i costumi, alla fornicazione, all'adulterio, alla sodomia, alla bestialità. Non apparteneva dunque alla categoria dei crimini violenti. Esso veniva associato al ratto: lo stupro rilevava solo in quanto furto della proprietà altrui (maritale in particolare), con una evidente negazione di qualsiasi diritto in capo alla vittima femminile. È solo negli ultimi decenni del XVIII secolo che si manifesta un primo mutamento nel quadro giuridico: in opposizione ai processi troppo sbrigativi dell'*ancien régime* e della acquisita consapevolezza di una necessità di tutela della vittima, il Codice di procedura penale francese del 1791 sostituisce la parola *ratto* con la parola *stupro*, ad indicare che si pone in primo piano la lesione della vittima piuttosto che il pregiudizio del proprietario (marito o padre che fosse).

5. La giurisprudenza ottocentesca.

In particolare, è nella giurisprudenza del XIX secolo che si afferma una prima differenziazione delle diverse forme di violenza ed assume rilievo per la prima volta anche la violenza morale. Ci si orienta maggiormente sulla vittima, sul venir meno della sua volontà, sulla sua incapacità di difesa, sull'annientamento del suo libero arbitrio. Progressivamente le figure di violenza sessuale si delineano in maniera più netta, soprattutto con il Codice Napoleonico del 1810, a cui molto deve la nostra codificazione, e con lo sviluppo della medicina legale nella seconda metà del XIX secolo: si distingue fra stupro, oltraggio, attentato, con spostamenti delle soglie di punibilità a seconda dell'età delle vittime.

Il mutamento della cultura si esplica nell'attribuzione di rilevanza penale nel XIX secolo a fatti fino allora non giudicati iscrivibili nel reato di violenza sessuale. Tutto ciò non ha portato però ad un aumento dei procedimenti penali per stupro di donne adulte nell'800.

La giurisprudenza ottocentesca accoglie una nuova visione della violenza sessuale, individuando gradi e diversità fra le varie forme del reato, con una sensibilità nuova verso la violenza e la brutalità, ma senza che ciò porti in realtà a maggiori processi e condanne e nemmeno a maggiori denunce: la nuova visione della violenza non elimina la vergogna della vittima, che è una costante degli episodi di stupro in tutti i tempi (degli effetti di breve e lungo periodo sulla psiche della donna che esso provoca diremo poi), né la ritrosia degli inquirenti verso la testimonianza del soggetto femminile. Nonostante dunque una crescita dell'intolleranza verso il fenomeno violento e una stigmatizzazione di condotte prima penalmente irrilevanti, la giustizia penale ottocentesca non mostra coerenza con la mutata rappresentazione sociale e giuridica della violenza sessuale: come è stato ipotizzato, ciò sembrerebbe dovuto al mantenimento di un dominio sulla donna, all'esistenza di un giudizio già in partenza non egualitario, alla relativa stabilità delle consuetudini nonostante l'inevitabile mutamento della giurisprudenza e della legge.

Manca ancora una attenzione alla coscienza della vittima, alla sua volontà e alla coercizione del volere. Fanno eccezione, tuttavia, i processi per violenza sessuale su minore: essi, infatti, aumentano numericamente e soprattutto lo stupro non viene in tali circostanze in alcun modo tollerato. Tutto ciò grazie ad un clima culturale di attenzione verso l'infanzia e la sua tutela.

Analizziamo ora le diverse tipologie di stupro che venivano incriminate.

La prima figura degna di menzione è quella del c.d. "*stupro semplice*", ereditata dal passato, quale reliquia dei *delicta carnis* e delle relative qualificazioni, consistente nel solo fatto della congiunzione carnale con una donna nubile, di onesti costumi e nell'adulterio con donna coniugata. Detta incriminazione trovava la propria giustificazione nella volontà dello Stato di tutelare il valore pubblico della famiglia che, a causa dei fatti integrativi dello stupro semplice risultava compromesso.

Ad ulteriore conferma di quanto affermato, deve essere sottolineato che, in quella società, non assumeva alcuna rilevanza lo stupro semplice qualora la donna fosse una prostituta, e che al contrario si assisteva ad un inasprimento della pena nell'ipotesi in cui vittima dello stupro risultasse essere una donna consacrata alla vita religiosa.

Altra figura presa in considerazione era lo "*stupro qualificato*", definito tale poiché in detta ipotesi assumeva rilievo la seduzione della donna.

Infine, un'ultima figura di stupro era rappresentata dal cosiddetto "*stupro violento*", che più si avvicinava a quella che qualche secolo dopo sarebbe stata qualificata come violenza carnale, caratterizzata dal ricorso alla coartazione fisica (violenza) o morale (minaccia).

È appena il caso di evidenziare che, già in quell'epoca, la fattispecie dello stupro semplice era oggetto di discussione in sede accademica, in quanto da più

parti si riteneva che la donna non potesse essere vista solo come oggetto passivo del reato, bensì come persona in grado di sedurre ed avere la capacità di poter prestare il proprio consenso all'atto sessuale. Vero è che siamo in un'epoca in cui ancora il matrimonio c.d. "riparatore" rappresentava un mezzo di riparazione dell'illecito; tuttavia, è altrettanto vero che si avvertiva nella coscienza sociale l'esigenza di percepire la donna quale vera vittima, sedotta ed abbandonata.

Anche nel corso del XIX secolo la problematica relativa alla rilevanza penale dello stupro semplice si ripropone ed anche se detto periodo risulta segnato, nella gerarchia dei crimini, da una maggiore gravità di forme di violenza diverse dalla violenza sessuale, compare tuttavia la figura dello stupratore: in particolare la letteratura medica e psichiatrica comincia a divulgare per la prima volta l'idea che le persone impegnate in pratiche sessuali abusive siano una distinta categoria di esseri umani.

Particolarmente interessante è sotto tale profilo la previsione contenuta nel Codice penale Toscano del 1853 che puniva lo stupro semplice con una pena pecuniaria, nell'ipotesi in cui il giudice decidesse di non condannare il reo a sposare la donna stuprata.

Giova ribadire che siamo in un secolo in cui il sistema penale repressivo dell'*Ancien Régime*, appunto, si incrina, lasciando il posto alla critica illuministica contro le ingiustizie, originate per lo più dall'aver considerato la società non come un'unione di uomini titolari di diritti egualitari, ma come entità dominata da poche famiglie facoltose in grado di monopolizzare la legge. Emblematico in tal senso è il pensiero di Cesare Beccaria che a proposito della tutela accordata dallo Stato all'ordine delle famiglie osservava: "il sistema penale repressivo si incrina, la preminente tutela accordata all'ordine delle famiglie è costretta a fronteggiare le ingiustizie generate dall'aver considerato la società un'unione di famiglie piuttosto che di uomini".

Ed è proprio nell'800 che sorsero dispute animate in ordine alla rilevanza o non della figura dello stupro semplice. Da un lato, i fautori della depenalizzazione delle qualificazioni dello stupro semplice, diverse dalla violenza, sostenevano che non vi poteva essere principio giuridico che giustificasse la valenza penale di un delitto quando non vi è separazione tra peccato e delitto, muovendo sulla base del disinteresse della scienza penalistica per comportamenti non riconducibili ad una precisa lesione del diritto e nei confronti della distinzione tra il diritto e la morale. Dall'altro lato, ulteriore opzione dottrinale sosteneva, invece, la necessità di riconoscere al mero stupro (semplice) rilevanza giuridica: lo stupro doveva essere punito poiché alterando l'ordine delle famiglie cagionava un danno politico alla società.

6. La violenza carnale nei codici stranieri e italiani preunitari dell'800, fino al Codice Zanardelli.

La qualificazione autoritario-pubblicistica dei delitti sessuali come delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, lungi dal costituire il solitario frutto dell'ideologia ispiratrice del Codice Rocco, è quindi il seguito di una risalente tradizione legislativa, non solo italiana¹⁰. Per quanto riguarda i codici stranieri, essa va dai codici più antichi, quali quello imperiale tedesco e quello spagnolo del 1870, che collocavano i reati sessuali fra quelli contro il buon costume. Ai codici più recenti, quali quello norvegese del 1902 e quello danese del 1930, coevo al nostro, persistenti nella collocazione pubblicistica tradizionale. Per quanto riguarda il nostro Paese, nei codici preunitari i reati di violenza sessuale erano inclusi dal Codice Napoletano del 1819 fra i reati che attaccano *“la pace e l'onore delle famiglie”*; dal già citato Codice penale toscano del 1853 fra i *“delitti contro il pudore e contro l'ordine delle famiglie”*, dal Codice penale sardo-italiano del 1859 fra i *“reati contro l'ordine delle famiglie”*, sulla scia del Codice Albertino del 1839. Fino al Codice Zanardelli del 1889, entrato in vigore il 1° gennaio del 1890, che inseriva il Capo dei delitti dedicati alla violenza carnale, alla corruzione dei minorenni e all'oltraggio al pudore nell'ambito del Titolo VIII, la cui rubrica, a somiglianza del Codice penale toscano, recava *“Dei delitti contro il buon costume e l'ordine della famiglie”*; all'interno di tale titolo, che si componeva di sette capi, i reati sessuali venivano inseriti nel Capo I, segnatamente negli artt. da 331 a 339.

La prima significativa innovazione introdotta dal legislatore del 1889 è da individuare nella configurazione di due diverse ipotesi criminose che graduano la pena a seconda della gravità dell'offesa all'inviolabilità carnale. In particolare, la sfera sessuale veniva protetta da due norme: l'art. 331 che puniva la specifica ipotesi di *“violenza carnale”* con la riuscita formula del *“costringimento di una persona con violenza o minaccia alla congiunzione carnale”*, e l'art. 333 che, invece, conformemente all'art. 282 del Codice penale toscano, puniva gli *“atti di libidine violenti”*, che si esercitano senza il consenso della vittima, ma che né per gli effetti, né per gli intendimenti del colpevole corrispondono allo stupro, ossia ad una vera e propria congiunzione carnale od almeno a un tentativo di essa, posti in essere con violenza o minaccia.

La violenza carnale aveva nel Codice penale toscano lo stesso nome (art. 280); e dal Codice sardo era chiamata *stupro violento* (art. 489).

Il passaggio dal concetto *“antico”* di stupro alla violenza carnale fa apparire il silenzio della legge come riconoscimento della libera scelta dei

¹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto Penale, I Delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale, Appendice ai Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1998, p. 3.

singoli, quale chiara ammissione dell'impossibilità di controllo completo della vita privata attraverso strumenti giuridici.

Quanto all'interesse particolare protetto dalle norme a tutela dei reati attinenti la sfera sessuale, sulla scia dei codici preunitari, era di natura pubblica e andava individuato nel *buon costume e nell'ordine delle famiglie*.

Emblematico in tal senso è il contenuto della Relazione ministeriale del 1887 ove è possibile leggere: il buon costume e l'ordine delle famiglie sono beni giuridici essenziali della civile società, i quali si integrano reciprocamente e perciò si trovano accoppiati anche in relazione alla tutela penale per essi stabilita.

Quanto ai beni giuridici protetti, il *buon costume* veniva individuato come l'ordine etico giuridico costituito dall'osservanza di quei limiti che sono ritenuti necessari per la sicurezza, per la libertà e per la moralità dei rapporti sessuali; per *ordine delle famiglie* si intendeva, invece, l'istituto giuridico familiare regolato dallo Stato nel pubblico interesse, considerato nel complesso di quelle norme che tendono ad assicurare la moralità sessuale nelle famiglie e in rapporto ad esse, e che impongono l'osservanza delle leggi giuridico-naturali della generazione".

Come è evidente, la tutela del singolo passava in secondo piano rispetto alla tutela accordata ai valori della famiglia e della moralità pubblica.

Nell'ottica del Codice Zanardelli permaneva un legame non tenue con un'ideologia ove la sessualità femminile appariva misconosciuta e non trovava spazio quale diritto a libero esercizio, se non in costanza di matrimonio ed al fine della procreazione: l'interesse collettivo alla continenza sessuale conduceva a rinserrare l'attività sessuale entro due incriminazioni fondamentali, l'una consistente nell'adulterio, l'altra nello stupro: la prima (...) a reprimere le deviazioni sessuali delle donne coniugate, la seconda quelle delle donne nubili¹¹. Da tale ideologia derivava quale necessario corollario il "dogma" della verginità, la cui perdita si riteneva lesiva dell'onore della famiglia e/o della morale pubblica, oggetti giuridici tutelati, unitamente al buon costume, delle disposizioni in materia di reati sessuali.

Sembra opportuno precisare che il Codice Zanardelli prevedeva anche quelle ipotesi in cui tali reati si realizzavano a prescindere dall'uso di violenza e minaccia, ma in considerazione dell'età della vittima o delle sue condizioni psico-fisiche.

Va inoltre rammentato che l'art. 332 disciplinava la violenza carnale commessa mediante abuso d'autorità, di fiducia o di relazioni domestiche.

¹¹ T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, p. 1304.

Altra importante novità va ravvisata nella previsione secondo cui, per la realizzazione delle due ipotesi delittuose, si esige non il semplice dissenso bensì la violenza o la minaccia.

7. La violenza carnale e gli atti di libidine nel Codice Rocco.

Anche nel Codice Rocco, entrato in vigore il 1° luglio del 1931, il legislatore disciplina i delitti concernenti la sfera sessuale e segnatamente le ipotesi di violenza carnale e di atti di libidine; essi trovano la propria collocazione all'interno del Titolo IX del Libro II tra le fattispecie poste a salvaguardia "*Della moralità pubblica e del buon costume*".

La nuova codificazione continuava a recepire dalla tradizione giuridica e culturale del tempo una concezione della sessualità e della corporeità intrisa di note pubblicistiche, con un *quid novi* riguardante la diversità del bene giuridico che le norme in materia di reati sessuali erano chiamate a tutelare, non più rintracciato nel buon costume e nell'ordine delle famiglie, bensì nella *moralità pubblica*, intendendosi per tale la coscienza etica di un popolo in un dato momento storico, limitatamente alle manifestazioni dell'istinto sessuale che si pongono in contrasto con la coscienza etica comune. L'offesa derivante da coercizione fisica nell'atto sessuale non si riteneva, infatti, arrecata alla persona che subiva, ma al bene della pubblica moralità.

Tale qualificazione, lungi dal costituire il solitario frutto dell'ideologia ispiratrice del codice Rocco, era il seguito di una risalente tradizione legislativa, non solo italiana. Per quanto riguardava i codici stranieri, essa andava dai codici più antichi, quali quello imperiale tedesco e quello spagnolo del 1870, che collocavano i reati sessuali fra quelli contro il buon costume, ai codici più recenti, quali quello norvegese del 1902 e quello danese del 1930, coevo al nostro, persistenti nella collocazione pubblicistica tradizionale.

Peraltro, in rottura con la tradizione, il legislatore del 1930, pur continuando a riferire i reati in materia sessuale ad interessi di categoria dalle connotazioni marcatamente pubblicistiche, aveva attribuito, in maniera del tutto innovativa e anticipatrice dei tempi, significativa rilevanza alla "*libertà sessuale*", indicata come oggetto della tutela specifica inerente ai delitti di violenza sessuale.

Di ciò si trova conferma nella stessa relazione ministeriale al progetto del Codice penale ove si legge che la libertà sessuale tutelata consiste nella "*libera disposizione del proprio corpo nei rapporti sessuali*"¹². Detta normativa, infatti, pur inserita all'interno del Titolo IX, era collocata sotto il Capo I, intitolato "*Dei delitti contro la libertà sessuale*".

¹² G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale, vol. II, tomo I, I delitti contro la persona*, 2013, p. 201.

Questa originaria sistemazione era il frutto di una scelta legislativa che, sia pure in termini timidi e compromissori, costituiva un mutamento di rotta rispetto alle normative precedenti, paradossalmente ritenuto all'epoca fin troppo liberale¹³.

Invero nella sistematica del codice si annidava, agli occhi della dottrina, una certa dose di contraddittorietà ed ambiguità, stante l'inconciliabilità della tutela degli interessi ultraindividuali del *buon costume* e della *moralità pubblica* con la protezione di un bene individuale, quale quello della *libera disponibilità del proprio corpo e della propria sessualità*. Non sembrava logico, infatti, considerare la libertà sessuale come una sottospecie della moralità pubblica, dal momento che i due gruppi di reati differiscono profondamente tra loro, non fosse altro perché quelli del primo gruppo aggrediscono, almeno in prevalenza, singoli individui, mentre quelli del secondo offendono quasi soltanto la collettività, cioè il pubblico.

Del resto, la diversità balza evidente quando si rifletta che l'*oggetto giuridico "libertà sessuale"* non è per certo un attributo della società, ma dei soggetti che subiscono l'offesa, tanto che il legislatore ha privilegiato la perseguibilità a querela.

Ciò è riconosciuto nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Re, al n. 170, dove si legge, fra l'altro: "I delitti in discorso sono caratterizzati dalla violenza e dalla frode. Ora, tanto l'una quanto l'altra ledono la libertà, e precisamente quella libertà che consiste nella *libera disposizione del proprio corpo ai fini sessuali*, entro i limiti del diritto e del costume sociale. E invero l'esistenza di tale libertà, tra i beni giuridici della persona, non può essere negata".

L'aver richiesto per la punibilità la doglianza della vittima dimostrava senza dubbio, per buona parte della dottrina, che all'interesse di questa l'ordinamento giuridico attribuiva un valore superiore a quello della comunità sociale, cioè la moralità pubblica.

Da queste premesse risulta evidenziata una vera e propria antinomia tra le due classi di reati, come in passato rilevò anche la dottrina tedesca. E si poneva, al di là degli intitolati del codice, il problema di stabilire quale fosse veramente l'effettiva oggettività giuridica dei reati sessuali.

La contraddizione, tuttavia, si rivela in realtà apparente, perché nella sublimazione pubblicistica di tutti gli interessi protetti dal legislatore dell'epoca, in quanto compatibili con la tavola di valori espressi dallo Stato etico, anche la libertà sessuale o "disponibilità sessuale" veniva tutelata non come valore intrinseco della persona, ma nei limiti della sua corrispondenza al superiore valore della moralità pubblica.

¹³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 202.

I diritti di libertà nell'impianto codicistico, com'è noto, erano del tutto asserviti alla funzione inerente allo *status* a ciascuno assegnato; conseguentemente anche la protezione accordata alla libertà sessuale della donna trovava ragione e limite nella tutela della funzione sessuale e dello *status* che ella assumeva nell'ambito della famiglia e della società. Emergeva, quindi, dall'incriminazione del fatto un interesse non già rispetto alla lesione personale, quanto piuttosto alle conseguenze pubbliche del fatto stesso, e cioè alla tutela della procreazione, all'interno della famiglia legittima, nel caso di donne sposate, e della potestà familiare del marito o del padre.

Se dunque la reazione punitiva dello Stato alla commissione di siffatti reati (e ciò sia sotto il Codice Zanardelli che sotto il Codice Rocco, ove, appunto, i delitti sessuali benché posti fra i "*delitti contro la libertà sessuale*" erano pur sempre parte del Titolo IX dedicato alla tutela della "*morale pubblica*" e del "*buon costume*"), affondava le sue radici e trovava la sua *ratio* in una concezione in cui l'onore della famiglia, e quindi la moralità pubblica, risiedevano sull'irrepreensibilità e sull'onorabilità dei costumi di un suo membro, rispondeva alla logica dominante prevedere quale *causa di estinzione del reato* il *matrimonio "riparatore"* che, anche sul piano strettamente giuridico, salvava l'onore del soggetto passivo e della famiglia di appartenenza.

Da notare, al riguardo, che l'abrogazione dell'art. 544 c.p., che prevedeva tale fattispecie, è avvenuta soltanto con la l. 5 agosto 1981, n. 441.

Così come conforme alla concezione un tempo imperante era l'aver previsto per i delitti di ratto *ex artt. 522-524 c.p.* (a fine di matrimonio, a fine di libidine e di persona minore degli anni quattordici o inferma) la cui sanzione, almeno nel massimo edittale, era addirittura inferiore a quella prevista per il sequestro di persona, che dello stesso fatto costituisce ipotesi base) la circostanza attenuante del pentimento operoso di cui all'art. 525 c.p., consistente nella spontanea restituzione della vittima alla "libertà", *alias* riconducendola alla potestà familiare.

Del pari rispondeva alla logica un tempo imperante ancorare la gravità (ove non la sussistenza) della fattispecie delittuosa al "vincolo di destinazione" della persona offesa (e della donna in particolare), non in quanto titolare di un proprio interesse e diritto alla libertà ed all'intangibilità sessuale, ma in quanto depositaria di un interesse esterno e superiore quale, appunto, l'ordine della famiglia o il buon costume o la pubblica moralità.

Talché, mentre per il delitto *ex art. 523 c.p.* era prevista una circostanza aggravante speciale, consistente nello *status* di donna coniugata della vittima, la cui *ratio* risiedeva evidentemente nell'offesa recata all'autorità del marito, i reati di violenza carnale o di atti di libidine violenta non si ritenevano configurabili all'interno del matrimonio, poiché nessuna costrizione "illegittima" vi si sarebbe potuta consumare.

L'orientamento prevalente era nel senso di escludere la configurabilità del reato, facendo leva su un presunto diritto alla congiunzione sessuale nascente dal matrimonio per effetto di un consenso anticipato o presunto a future prestazioni sessuali. Questa opinione contrasta oggi con lo spirito della Carta costituzionale, che pone il rapporto tra coniugi su un piano di assoluta parità, escludendo qualsiasi coercibilità dell'obbligo di dedizione sessuale.

Dal punto di vista delle fattispecie incriminatrici, il Codice penale del 1930 manteneva intatta la distinzione già presente nel Codice Zanardelli tra il reato di violenza carnale e quello di atti di libidine violenti, ipotesi disciplinate rispettivamente agli articoli 519 c.p. e 521 c.p.

Analogamente a quanto avveniva nella precedente normativa, anche nel Codice Rocco ai fini dell'integrazione delle due fattispecie non si reputava sufficiente il mero dissenso della vittima, essendo necessario, invece, che la condotta fosse accompagnata da violenza o minaccia.

Altra norma che merita di essere menzionata è l'art. 520 c.p. che disciplinava l'ipotesi di reato di "violenza carnale abusiva", consistente nella congiunzione carnale con persona arrestata o detenuta, di cui si aveva la custodia per ragione del proprio ufficio, ovvero con persona affidata al reo in esecuzione di un provvedimento dell'autorità competente.

Nessuna novità si registrava rispetto al passato in merito ai casi di punibilità della congiunzione carnale commessa con violenza o minaccia, ma in considerazione dell'età della vittima o delle sue condizioni di salute.

8. Gli sviluppi della normativa in tema di reati sessuali: dal Codice Rocco alla Legge 15 febbraio 1996, n. 66.

Non vi è dubbio che le norme in tema di comportamenti sessuali penalmente illeciti siano particolarmente sensibili ai mutamenti sociali. Ovvio, allora, che con il modificarsi del contesto ideologico e con l'avvento della Carta costituzionale e dei suoi principi liberali (di rispetto della persona umana indipendentemente dallo status sociale e dall'uguaglianza senza discriminazioni per ragioni di sesso), la passata concezione della libertà sessuale fosse destinata a tramontare.

Non desta meraviglia, quindi, che, a partire dalla fine degli anni Settanta, il tema dei reati in materia sessuale sia ritornato ad essere oggetto di numerose proposte di legge, volte a riformulare più o meno integralmente le fattispecie disciplinate dal Codice Rocco. Ciò non solo per porre un freno e per apportare un'adeguata risposta sanzionatoria al crescente aumento dei delitti in materia sessuale, ma in una più ampia prospettiva di "ripensamento" della struttura della società e del ruolo della donna eretta a bandiera dai movimenti femminili.

E da parte sua la giurisprudenza aveva superato la difficoltà di concepire la libertà individuale come specie del genere moralità pubblica, individuando come unico bene giuridico tutelato quello di natura individuale della dignità umana e della libertà di autodeterminazione della donna nella sfera sessuale.

Seguendo queste direttive interpretative la giurisprudenza sulla violenza sessuale degli ultimi vent'anni ha proceduto ad una opera di ortopedia giuridica, ricostruendo il bene giuridico tutelato senza far alcun riferimento alla morale pubblica e al buon costume, facendo così assumere alle norme del codice fascista un significato differente da quello originario: nel diritto vivente la normativa del codice del 1930 diveniva allora compatibile col "nuovo" contesto sociale in cui si era trovata a vivere¹⁴.

All'attesa riforma si è pervenuti dopo un lungo e travagliato *iter* parlamentare, quasi ventennale, che, attraverso varie legislature, ha preso le mosse nel 1977 con la presentazione di una proposta di legge a seguito di un grave episodio di cronaca nera, la famosa vicenda del Circeo, che suscitò, all'epoca, grande clamore nell'opinione pubblica e che si è conclusa a livello processuale, dopo quasi vent'anni, nel vigore della legge attuale.

Nonostante il rilevante numero dei disegni di legge succedutisi l'uno all'altro, paradigmatico esempio di inconcludenza parlamentare, nessuno di essi ha tuttavia mai sortito il desiderato effetto riformatore.

Tali proposte vennero anche riunite in un Testo Unico che passò pur con sensibili modifiche alla Camera, fu trasmesso al Senato e quindi approvato, ma mai entrato in vigore¹⁵.

Solo nel 1995 venne approvata dalla Camera la proposta n. 2576 presentata il 23 maggio 1995 che, passata all'esame del Senato, divenne la Legge 15 febbraio 1996 n. 66 "*Norme contro la violenza sessuale*". L'approvazione di detta normativa, sebbene lungamente preparata ed attesa, subì una accelerazione improvvisa poiché incombeva l'interruzione anticipata della legislatura: sicché si è finito per avere precipitosa fretta (...) dopo circa venti anni di sofferta ponderazione¹⁶.

Dal punto di vista sistematico generale, probabilmente per significare la particolare importanza delle incriminazioni introdotte, è apprezzabile la scelta di collocare le nuove norme nel Codice penale, evidentemente ritenuto ancora strumento centrale di tutela, piuttosto che lasciarle in una apposita legge complementare.

Riforma soprattutto di valore genericamente culturale e simbolico è la riqualificazione dei delitti sessuali come "*delitti contro la persona*", auspicata da decenni e condivisa da tutti, perché conforme a quella concezione personalistica

¹⁴ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 203.

¹⁵ I. ALFONSO, *Violenza sessuale, pedofilia e corruzione di minorenni*, Padova, 2004, p. 4.

¹⁶ B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2002, p. 10.

della tutela, fatta propria anche dalla Costituzione repubblicana e che aveva reso intollerabilmente antinomia e anacronistica la qualificazione autoritario-pubblicistica dei delitti sessuali come delitti contro la moralità pubblica e il buon costume.

Sin da un primo esame risulta di immediata evidenza l'intento del legislatore di dare un taglio netto al passato e di introdurre la nuova disciplina dei reati di violenza sessuale su una sorta di *tabula rasa* di ogni preesistente disposizione.

Intento che si appalesa sin dall'esordio, inusuale ed ultroneo, della l. n. 66/1996 il cui art. 1 dispone l'integrale abrogazione espressa del Capo I del Titolo IX del Libro II (artt. da 519 a 526) rubricato "*dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*", nonché degli artt. 530, 539, 541, 542 e 543 c.p.; in altre parole della previgente normativa in materia di delitti sessuali, con contestuale introduzione di nuovi articoli, da 609 *bis* a 609 *decies*, tesi a colmare con tutta evidenza gli spazi normativi lasciati liberi in seguito all'intervenuta modifica legislativa.

Ora, che la abrogazione non coincida necessariamente con la *abolitio criminis* è certamente vero; tanto più se, come nel caso in esame, la medesima legge apporta aggiunzioni. Ma ciò non toglie che la legge contro la violenza sessuale non ha aiutato l'interprete, omettendo, come spesso capita, di prevedere apposite disposizioni transitorie.

Tuttavia, che con la legge in esame si sia operata una vera e propria rivoluzione etico-culturale, come pure si è detto, è affermazione generosa. A tutto concedere, si può, infatti, riconoscere che siano stati recepiti alcuni messaggi significativi, sia della giurisprudenza di legittimità che di merito, ponendo fine ad una situazione giuridica in cui gli spazi per decisioni "aberranti" trovavano spazio in una lettura dei testi normativi avulsa dalla evoluzione del costume sociale¹⁷.

Di vero, nonostante l'apprezzabile proponimento del legislatore di riformare integralmente la materia dei reati di violenza sessuale; nonostante le apparentemente sensibili differenze fra nuova e previgente disciplina; concessa pure l'attenuante del particolare momento politico che ha tenuto a battesimo la legge in esame, nata in una situazione di emergenza per la fine anticipata della legislatura e per un indubbio logoramento del dibattito ideologico, che imponeva comunque di fissare almeno alcuni punti di riferimento sicuri¹⁸, un'analisi più approfondita delle disposizioni introdotte conduce, invece, a smorzare gli entusiasmi e ad ammettere che in realtà si sono apportati alla

¹⁷ G. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale, Legge 15 febbraio 1996, n. 66*, Torino, 1996, p. 2.

¹⁸ G. AMBROSINI, *op. cit.*, pp. 7 e 8.

materia mutamenti essenzialmente simbolici, frutto più di emotività e di precipitazione che di approfondita meditazione.

Così la nuova collocazione sistematica data ai reati di violenza sessuale, l'unificazione nell'unico reato di "violenza sessuale" (art. 609 *bis* c.p.)¹⁹ delle due fattispecie di "violenza carnale" (ex art. 519 c.p.) e di "atti di libidine violenti" (ex art. 521 c.p.), l'abbassamento (parziale) della soglia di "intangibilità sessuale assoluta", l'introduzione della fattispecie della *violenza sessuale di gruppo*, prevista dall'art. 609-*octies* c.p. (anche se è doveroso rammentare che si è parecchio discusso in ordine alla natura giuridica dell'istituto, che secondo taluni è una figura autonoma di reato, secondo altri una circostanza aggravante della figura base di violenza sessuale individuale)²⁰, l'introduzione di una fattispecie autonoma (art. 609 *quater* c.p.) che incrimina il compimento di atti sessuali, violenti o abusivi, nei confronti dei minori, la previsione della non punibilità dei rapporti sessuali tra minorenni, la modificazione del delitto di corruzione di minorenni, l'aumento di due anni del minimo di pena (reclusione da 5 a 10 anni anziché da 3 a 10 anni per il reato circostanziato di violenza sessuale), onde precludere patteggiamenti e affidamenti in prova al servizio sociale, la procedibilità a querela di parte come regola (sia pur con eccezioni)²¹, la tutela della riservatezza della persona offesa con la configurazione della nuova contravvenzione di divulgazione delle generalità o dell'immagine della vittima di violenza sessuale (art. 734 *bis* c.p.), lungi dal rappresentare l'auspicata svolta nella disciplina in materia di reati di violenza sessuale, prestano il fianco

¹⁹ Su tale norma si vedano, in dottrina, senza pretesa di esaustività, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, Milano 2008, p. 181 ss.; A. CADOPPI, *I reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, III vol., Torino 2006, p. 511 ss.; S. DEL CORSO, *sub artt. 3 e 4 della l. 15 febbraio 1996, n. 66 - Norme contro la violenza sessuale*, LP 1996, p. 429 ss.; G. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in ED 2000, p. 1153; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna 2013, p. 251; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Padova 2019, p. 411; A. PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli 1997, p. 22 ss.; B. ROMANO, *La violenza sessuale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Padova 2015, p. 137.

²⁰ Cfr. D. PROVERBIO, M. VIZZARDI, *Commento all'art. 609 octies*, in B. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia. La tutela penale*, Milano, 2000, p. 4220.

²¹ Sulla riforma, in generale, *ex plurimis*, si vedano A. COSTANZO, *I reati contro la libertà sessuale*, Torino, 2008; M. BERTOLINO, *Commento agli artt. 609 bis – 609 decies. Dei delitti contro la persona. Dei delitti contro la libertà individuale. Dei delitti contro la libertà personale*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice penale. Dei delitti contro la libertà individuale*, IV ed., Cedam, Padova, 2003; Id., *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, in *Studium iuris*, 1996, p. 142; Id., *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, Milano, 1997, p. 51; C. COLOMBO, *Violenza sessuale e vittime del reato. Breve excursus giuridico-scientifico*, Riv. Pen., 2005; G. FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000; G. MULLIRI, *Commento agli artt. 519 – 526 – 530. Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume. Dei delitti contro la libertà sessuale. Delle offese al pudore e all'onore sessuale. Commento agli artt. 609 bis – 609 decies. Dei delitti contro la libertà personale*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale*, II ed., Milano, 2000; A. COLLI, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1163.

a critiche e non si sottraggono all'accusa di eccessiva genericità, disordine ed approssimazione, quando non di incostituzionalità.

A corollario dell'intervento normativo troppo frettoloso e carente, è giunta la critica mossa dalla dottrina alla prassi, purtroppo sempre più frequentemente invalsa presso il legislatore, di affidare alla magistratura un compito che istituzionalmente non le competerebbe, quello di colmare le lacune legislative delineando e chiarendo i troppo generici, vaghi ed approssimativi concetti descritti nell'enunciato normativo.

Come infatti esattamente rilevato, è ovviamente auspicabile che le incongruenze segnalate siano sempre superate da una sagace applicazione della norma in sede giudiziale; resta però indiscutibile che alle complesse problematiche, cui la riforma dei reati sessuali lo poneva di fronte, il legislatore ha risposto con una comoda abdicazione dal proprio ruolo²².

Con buona pace della tipicità e della certezza del diritto: a ben guardare, il vero senso dell'operazione di *lifting* cui la delicata materia è stata sottoposta è una preoccupante rinuncia alla tipizzazione, con contestuale attribuzione al giudice di una sfera di discrezionalità enormemente dilatata, che ne fa, anche grazie ai paradossi sanzionatori, il vero *dominus* della situazione²³.

Pertanto, nella prospettiva di analizzare le condotte lesive della libertà di autodeterminazione e maturazione sessuale penalmente sanzionate, ampio spazio deve essere dato al delitto di violenza sessuale ed alla locuzione "*atti sessuali*" introdotti dalla l. 15 febbraio 1966, n. 66, intitolata "*Norme contro la violenza sessuale*" in quanto fattispecie cardine intorno a cui ruotano tutte le altre condotte delittuose e, segnatamente, quelle poste a protezione dei soggetti minori di età.

Il reato di violenza sessuale, infatti, al di là delle modalità tipiche (coercitive od abusive) di aggressione al bene oggetto di tutela, è stato posto dal legislatore al centro delle disposizioni incriminatrici di condotte lesive della sfera sessuale dell'individuo che ad esse si ricollegano, ora per richiamo, ora per esclusione, ora per conformità dei concetti disciplinati, così come è stata posta al centro della normativa in materia la locuzione "*atti sessuali*" sulla quale tutte le fattispecie introdotte dalla novella del 1996 sono incentrate.

Oggi sotto il termine "*atti sessuali*" sono ricompresi sia il congiungimento carnale che le diverse ipotesi di coito anale, orale od omosessuale, nonché tutte le altre forme di comportamenti libidinosi (c.d. *petting*, toccate, "*limonate*", baci, ecc.)²⁴.

²² R. BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in F. COPPI (a cura di), *I reati sessuali*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 89.

²³ R. BORGOGNO, *op. loc. cit.*

²⁴ Cfr. A. M. STILE, *Anche la "pacca" sul sedere costituisce violenza sessuale. L'interpretazione della Cassazione sulla nozione di atto sessuale*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1182; B. ROMANO, *Appunti sui sospetti di illegittimità costituzionale degli "atti sessuali" alla luce del principio di determinatezza*, in *Diritto di*

9. Le modifiche dell'oggetto giuridico della tutela.

Si analizzerà in questo paragrafo il fenomeno delle modifiche nel tempo dell'oggetto giuridico della tutela delle norme penali relative alla violenza sessuale, passato da *“il buon costume e l'ordine delle famiglie”* alla *“libertà personale”* nei *“delitti contro la persona”*, attraverso la *“libertà sessuale”* e *“la moralità pubblica ed il buon costume”*. Le diverse *sedes materiae* non sono sintomi di mere rettifiche verbali, ma vanno viste quali sbocchi di precise finalità prefissate dal legislatore aventi indubbio valore etico-giuridico²⁵.

Fra le innovazioni introdotte dalla l. n. 66 del 1996 emerge, anzitutto, come detto in precedenza, la diversa classificazione sistematica dei reati in materia sessuale collocati ora nell'ambito del preesistente Titolo XII del libro secondo del Codice penale, dedicato ai *“delitti contro la persona”*, nel Capo II, Sezione II, fra i *“delitti contro la libertà personale”*, *species* del più ampio *genus* libertà individuale.

Al riguardo, per meglio poter valutare la portata ed i limiti della riforma del 1996, che ha avuto comunque l'innegabile pregio di abbandonare la concezione essenzialmente pubblicistico-collettiva dell'oggetto giuridico dei reati sessuali per approdare ad una visione individuale-personale del bene cui apprestare tutela, è necessario tornare a ripercorrere brevemente alcune tappe di un percorso certo non lineare.

Un primo dato che emerge è rappresentato dall'intento del legislatore di operare un taglio netto con il passato per superarne anacronismi ed incongruenze derivanti (anche) dall'ambigua collocazione riservata dal Codice Rocco ai reati in esame, ricompresi nel Titolo IX fra i delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume, al Capo I inerente i delitti contro la libertà sessuale.

Con la l. n. 66/1996, grazie anche alle esigenze, messe in luce con forza a partire dagli anni Sessanta, di conferire alla società una struttura nuova e diversa attraverso l'abolizione di tutte le situazioni di inferiorità e di disuguaglianza contrastanti con quanto già garantito dagli artt. 3 e 27 Cost., si è tentato di dare un *“colpo di spugna”* al passato per maggiormente attagliare agli attuali valori una normativa in materia di reati sessuali che, frutto di una ormai obsoleta ideologia, non rispecchiava più né più si adattava alla mutata concezione, *in primis*, dei beni cui accordare tutela giuridica.

Sulla spinta dei vari movimenti femministi che elaborarono una teoria del corpo e della sessualità femminili come luoghi ineludibili del percorso di

Famiglia e delle Persone, 1999, p. 62; M. VENDITTO, *La regolamentazione degli atti sessuali alla luce della legge 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Rass. it. crim.*, 1997, p. 327.

²⁵ C. PUZZO, *I reati sessuali*, Maggioli, Rimini, 2010, p. 30.

liberazione della donna, divenne inevitabile svolgere una riflessione sul ruolo e sull'immagine della donna nella società: l'immagine di una donna che non può essere considerata solo come passiva o potenziale vittima dell'aggressione maschile, ma persona in grado di portare nel rapporto con l'uomo la completezza di una sessualità non più negata, ma anzi riaffermata come del tutto paritaria.

Fu il movimento femminista che riuscì a raccogliere ben trecentomila firme per affermare con quel disegno di legge la dignità della donna e il rispetto della sua integrità di persona attraverso il diritto all'autodeterminazione sul proprio corpo e sulla propria sessualità²⁶.

È evidente allora che, alla luce di tali orientamenti, il quadro delineato dal Codice penale in materia di delitti sessuali fosse da considerarsi anacronistico, alla pari del substrato ideologico e culturale ad esso sotteso. Anche la disciplina del 1930, infatti, sulla scia dell'arcaica impostazione dettata dal Codice penale del 1889, rispondeva ad una concezione dei reati in materia sessuale che poco o nulla aveva a che vedere con la tutela dell'individuo e della sua libertà in ogni diversa e possibile sua manifestazione ed espressione.

La *ratio* di sublimazione pubblicistica dell'oggetto privato della tutela informava anche il Codice Rocco, nonostante la collocazione sistematica dei delitti sessuali li vedesse posti fra i reati "*contro la libertà sessuale*".

Come si evince, infatti, dalla collocazione sistematica ad essi riservata dal Codice Zanardelli prima, e dal Codice penale del 1930, poi, che a tali reati dedicavano rispettivamente il Titolo VIII "*Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*" ed il Titolo IX "*Dei delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume*", l'oggettività giuridica dei beni tutelati era di natura essenzialmente super-individuale e collettiva; di natura sovraordinata all'interesse del singolo pur tutelato anche nella sua libertà sessuale, ma riconosciuta e protetta tuttavia dall'ordinamento solo nella misura in cui la sua offesa costituiva del pari offesa al buon costume ed alla moralità pubblica.

In una concezione di reato "quasi peccato", lo stupro tale non era in sé, ma in virtù della rispettabilità, della onorabilità dei costumi, in altre parole del "vincolo di destinazione" cui era sottoposta la donna, tanto che, mentre la violenza carnale dei confronti, ad esempio, di una religiosa veniva giudicata aggravata, sempre vivace si prospetta, sino alle soglie del nostro secolo, il dibattito circa la violenza carnale nei confronti della prostituta, proprio perché, trattandosi di una persona a destinazione "non vincolata", riesce difficile cogliere l'illiceità del fatto²⁷.

²⁶ S. BELTRANI – R. MARINO, *Le nuove norme sulla violenza sessuale. Commento sistematico alla L. 15 febbraio 1996, n. 66*, Napoli, 1996, p. 8.

²⁷ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 1307.

Tuttavia, al di là della pur condivisibile di massima nuova collocazione, almeno tendenzialmente unitaria a livello di bene di categoria, le opzioni legislative non convincono appieno.

Si consideri, infatti, che nel ventennio precedente la riforma, per effetto dell'opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza, la lettura dei reati contro la violenza sessuale era stata correttamente ed evolutivamente adeguata ai mutati valori sociali e al nuovo contesto ideologico della società contemporanea, ridefinendo il bene giuridico della libertà sessuale, non più come libertà funzionale alla società, ma come diritto che inerisce all'individuo ed esclusivamente ad esso, come interesse individuale dotato di propria autonomia e di rango esclusivo rispetto a quello categoriale.

Allora, se tutto ciò è vero, sembra lecito affermare che la portata innovativa della l. n. 66 del 1996, sul punto dell'individuazione del bene giuridico tutelato, ha un valore semplicemente dichiarativo e non sostanziale, dal momento che pacificamente esso veniva individuato nella libertà sessuale, e cioè nella libera autodeterminazione della donna nella sfera sessuale.

L'obbiettivo principale della nuova legge, tipica legge-manifesto, è destinato così a subire da questo punto di vista un radicale ridimensionamento. Anzi e paradossalmente si potrebbe anche sostenere che la nuova intitolazione costituisce un regresso rispetto alla situazione precedente, così come codificata dal c.d. diritto vivente: al di là delle migliori intenzioni, la riforma, riconducendo e facendo assorbire la libertà sessuale all'interno di una indistinta libertà individuale, ha finito per negare spazi di autonomia al diritto all'autodeterminazione sessuale, che invece precedentemente, sia pure per effetto dell'interpretazione evolutiva, il codice riconosceva. Nulla di sorprendente comunque: la storia della legislazione degli ultimi tempi è zeppa di simili *boomerang*²⁸.

Al cambio di etichetta non ha fatto riscontro una congrua opera di personalizzazione dei delitti sessuali, che è rimasta incompiuta sotto diversi profili.

Invero, a differenza di quanto originariamente previsto dal codice, il cui Capo I del Titolo IX era intitolato dei delitti contro la libertà sessuale, la novella del 1996 ha incluso i reati sessuali, senza distinzione di sorta, nella generica e residuale categoria dei "*delitti contro la libertà personale*", a cui appartengono fattispecie minori quali il sequestro di persona e l'arresto illegale, con il risultato che detta sistemazione appare quanto mai infelice e disarmonica. Essi, infatti, sono collocati dopo il delitto di perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie, delitto decisamente secondario, e del tutto estraneo alle fattispecie sessuali che lo seguono.

²⁸ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Op. cit.*, p. 203.

Una volta riqualificati i delitti sessuali come delitti contro la persona, i medesimi avrebbero dovuto essere più correttamente collocati nell'attuale Sezione III, dedicata ai "*delitti contro la libertà morale*", e precisamente dopo l'art. 610 c.p. (violenza privata), anche se tale alternativa avrebbe forse dato il segno di un minor valore attribuito ai delitti di violenza sessuale.

O, ancor più significativamente, sotto le autonome e distinte categorie dei "*delitti contro la libertà sessuale*" dei maggiorenni e dei "*delitti contro l'intangibilità sessuale*" dei minorenni.

Invero, mentre la "*libertà personale*" è libertà negativa, "*libertà da*" ogni coercizione, la "*libertà sessuale*" è "*libertà di*", libertà interna di autodeterminazione in funzione della libertà stessa di agire nel campo della sessualità.

Pertanto, i delitti sessuali si presentano, così, più omogenei con i "*delitti contro la libertà morale*", avendo la "*libertà morale*" un contenuto spiccatamente positivo ed essendo la violenza sessuale una specifica ipotesi di violenza privata, qualificata dalla particolare natura dell'atto che la vittima è costretta a compiere o a subire²⁹.

Ed è altresì incontestabile che solo un'autonoma categoria di "*delitti contro la libertà sessuale*" può compiutamente esprimere il peculiare disvalore della violenza sessuale rispetto ad ogni altro tipo di violenza, fisica o morale, poiché essa non solo incide sulla libertà fisica o di autodeterminazione, ma comporta così profondi coinvolgimenti emotivi (perfino possibili disturbi psichici e della sessualità), che possono segnare la vittima per tutta la vita ed estranei agli altri tipi di violenza, e che ne giustificano il più severo trattamento³⁰.

L'aver abrogato il contenitore "*dei delitti contro la libertà sessuale*" (Capo I, Titolo IX), disciplinante incriminazioni in gran parte riconducibili a quelle poi introdotte, e l'aver inserito gli artt. da 609 *bis* a 609 *decies* al termine della sezione II del Capo III del Titolo XII non sembra pertanto una soluzione felicissima. Tanto più che i nuovi articoli perdono quell'immediato connotato di stampo sessuale che forse meritava di essere mantenuto, ed anzi sottolineato, proprio con la riserva di un settore autonomo ed indipendente.

In definitiva, sarebbe stato preferibile riscrivere il contenuto dell'intero Titolo IX, inserendolo *ex novo* in uno o più capi appositi all'interno del Titolo XII, con un mantenimento della nota di sessualità che, indubbiamente, caratterizza anche i reati introdotti, o riscritti, dalla l. n. 66/1996, classificandoli, tutti, come "*delitti contro la libertà sessuale*" (ora sono solo delitti contro la libertà personale).

²⁹ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 3.

³⁰ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 4.

10. La riformulazione del delitto di violenza sessuale senza la violenza e la minaccia, sostituendovi l'elemento del consenso.

Inoltre, dal punto di vista della definizione delle modalità di offesa, la nuova legge, nell'intento dichiarato di definire un assetto di tutela imperniato sul rispetto della volontà/autodeterminazione da parte della donna, anche e soprattutto in ambito sessuale, avrebbe dovuto definitivamente superare il vecchio modo di configurare la violenza sessuale penalmente rilevante.

Così, invece, non è stato: anche il nuovo art. 609 *bis* c.p. ha mantenuto la scelta propria della normativa precedente di imperniare la condotta incriminata sugli elementi della violenza e minaccia quali mezzi tipici di coercizione al rapporto sessuale, ovvero sull'abuso d'autorità che sfoci nell'una o nell'altra³¹: avrebbe dovuto, invece, elevare ad oggetto della tutela la libertà in sé, indipendentemente da coartazioni che si traducano nell'uso di violenza o di minacce, sulla scia dell'ordinamento anglosassone laddove basta l'assenza del consenso della donna perché sussista il reato in questione³², e ciò pur in presenza delle difficoltà probatorie in ordine all'accertamento del dissenso.

Il legislatore italiano, invece, ha in un certo senso seguito il modello tedesco ove è espressamente prevista la necessità di entrambi i citati requisiti perché si integrino, rispettivamente, il reato di violenza carnale e quello della coercizione sessuale³³.

Persistere nell'incentrare il delitto sessuale sulla "violenza" o sulla "minaccia" anziché sul "dissenso" (come prevedeva anche l'ignorato Progetto di riforma del Codice penale presentato dalla Commissione "Pagliaro", che a tal fine abbandonava la vecchia denominazione per quella di "stupro" e prevedeva la violenza come aggravante), significa dimenticare che la libertà sessuale è offesa per il solo fatto di essere la persona dissenziente³⁴.

Ai fini della realizzazione della condotta costringitiva sono ancora necessarie la violenza o la minaccia e, quindi, una previa opposizione attiva, coi

³¹ Cfr. A. ABUKAR HAYO, *L'abuso di autorità e l'abuso di poteri nei delitti di violenza sessuale*, *La legislazione penale*, 28 gennaio 2021, p. 12, e, sempre in tema di abuso d'autorità, Y. PARZIALE, *Abuso di autorità dell'insegnante privato nei confronti del minorenne: per le Sezioni Unite sussiste la violenza sessuale. Commento alla sentenza delle Sezioni Unite 16 luglio 2020 (dep. 1° ottobre 2020)*, n. 27326, in *Penale Diritto e Procedura*, n.4/2020, pp. 801 – 814.

³² PUZZO, *I reati sessuali*, cit., p. 45; C. PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Indice Pen.*, 2002, p. 777.

³³ PUZZO, *op. loc. cit.*

³⁴ In dottrina, fra gli altri, si veda A. CADOPPI, *Commento art. 7 – L. Violenza sessuale*, in AA. VV., *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, in A. CADOPPI (cura di), III, ed., Padova, 2002, p. 499 ss., in particolare sull'opportunità della eliminazione fra i requisiti di fattispecie della violenza e della minaccia quali requisiti di tipizzazione della condotta costringitiva; *ID.*, MARTA BERTOLINO, *Libertà sessuale e blue-jeans*, nota a Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 1998, n. 1636, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 692 ss..

relativi rischi che la violenza reattiva agisca da moltiplicatore della violenza aggressiva, *ben potendo essere dissenziente anche la persona non resistente* (magari perché impaurita o per evitare ulteriori mali)³⁵. La violenza o la minaccia dovrebbero, al più, costituire prova, anche se non la sola, bensì nel quadro più ampio e completo sistema di rilevazione, del dissenso.

L'onere di resistenza attiva, disancorato dal contesto normativo originario, sopravvive come un'autentica assurdità, costituendo, ancora, retaggio storico della concezione del delitto sessuale come offesa non alla libertà individuale, ma ai superiori interessi dell'ordine familiare, pudore, moralità pubblica, *et coetera*. Interessi offesi dall'intrinseca illiceità del rapporto sessuale in sé e della tutela dei quali la donna era ritenuta la prima artefice, facendosi su di essa gravare un onere di resistenza ed esonerandola, pertanto, da pena solo nel caso di conseguente violenza, con la differenza che il consenso della donna o la mancanza di una coazione sufficiente ad integrare lo "*stupro violento*", mentre nel diritto penale dell'*Ancien Régime* lasciava, coerentemente, aperta la possibilità di incriminazione della stessa, quale concorrente necessaria, per "*stupro semplice*" (congiunzione carnale con donna nubile di onesti costumi) o per "*adulterio*" (congiunzione con donna coniugata), oggi il semplice dissenso rende il fatto penalmente irrilevante per lo stesso stupratore³⁶.

Una siffatta concezione della violenza sessuale quale ipotesi speciale della violenza privata è posta in crisi dal raffronto sistematico con altri reati, quali il sequestro di persona e la violazione di domicilio, nei quali la libertà personale e l'inviolabilità domiciliare sono protetti, solo sulla base del dissenso, *contro ogni lesione non consensuale anche non violenta*: il che dà la misura di quanto arretrata sia la tutela della libertà di autodeterminazione sessuale realizzata con la legge-simbolo n. 66 del 1996.

Autorevole dottrina, al riguardo, sottolinea il dato "curioso" per cui il padrone di casa può con un solo gesto di rifiuto precipitare l'intruso nell'illecito della violazione domiciliare, mentre la vittima di un'iniziativa sessuale deve reagirvi, e in forma "convincente"³⁷.

I paventati rischi per essere la norma imperniata sulla mera contraria volontà, stante la complessa dinamica intersoggettiva nella concreta esperienza

³⁵ Sulla prospettiva di riformulare il delitto di violenza sessuale senza la violenza e sostituendovi l'elemento del consenso, cfr. B. ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2018; M. BERTOLINO (a cura di), *Verso la riforma dei reati sessuali. Parte I: i reati stricto sensu sessuali*, in www.aipdp.it, 2018; G. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sistema penale*, 3 marzo 2020. Sulle criticità connesse a tale prospettiva, si veda G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Seminario Giuridico della Università di Bologna, CCCXXII, Bologna, University Press, 2023, p. 17 ss.

³⁶ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 4.

³⁷ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 1301.

del rapporto sessuale, le forme non sempre chiare di comunicazione e interazione dei sessi, l'inevitabile ambiguità dei rituali e messaggi della seduzione sessuale e le dissimulazioni di dissensi a parole quale remissiva difesa apparente, dettata dalle convenzioni o slealmente preordinata alla denuncia penale, con tutti i possibili fraintendimenti da parte del *partner*, sono da considerare non al livello di formulazione della fattispecie, bensì sul terreno probatorio dell'effettiva sussistenza di un "*dissenso reale*" o anche di un consenso putativo, attraverso l'attenta analisi della sequenza interpersonale nel suo complesso³⁸.

A tal fine univoci elementi probatori possono essere offerti, oltre che dall'accoppiamento in gruppo o dalla violenza monosoggettivi anche da ogni altro indice rilevante. In mancanza o nell'insufficienza dei quali, valgono i comuni principi dell'*in dubio pro reo* e dell'art. 59, 4° co., c.p.³⁹

Nonostante l'abrogazione della vecchia disciplina, l'alternativa che ancor oggi si pone al giudice è quella o di non punire, in assenza di una "convincente" prova da parte della vittima di una vera e propria violenza, o di stravolgere, dematerializzandolo, il concetto di violenza per dissimulare un'occulta analogia *in malam partem*.

Da questo punto di vista la riforma non può che considerarsi fallimentare, a dispetto dei tanti trionfalismi che ne hanno accompagnato la nascita, sebbene non ci si possa nascondere che il diritto penale svolga anche una funzione di orientamento culturale, in linea con i - peraltro discutibili - meccanismi tipici della prevenzione generale.

³⁸ Anche la più recente giurisprudenza, seppur scevra da stereotipi e pregiudizi di vecchia memoria, continua a muoversi sempre nel medesimo, sterile, solco tradizionale: si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 16 febbraio 2024 (dep. 2 aprile 2024), n. 1322, in *dirittoegiustizia.it*, con nota di A. PANETTA, F. PANETTA, *Vis grata puellae e violenza sessuale*, che ha annullato una sentenza della Corte di appello di Palermo limitatamente agli effetti civili, con rinvio per un nuovo giudizio al giudice civile competente, chiarendo, ancora una volta, che l'assenza di una reazione fisica della persona offesa nonché l'assenza di segni esteriori indicativi di una violenza, non sono indici della c.d. *vis grata puellis*. In tema di mancato dissenso, ma sempre in senso conforme all'interpretazione tradizionale, cfr., altresì, Cass. pen., Sez. III, 15 settembre 2023, n. 37828: «il mancato dissenso ai rapporti sessuali con il proprio coniuge, in costanza di convivenza, non ha valore scriminante quando sia provato che la parte offesa abbia subito tali rapporti per le violenze e le minacce ripetutamente poste in essere nei suoi confronti, con conseguente compressione della sua capacità di reazione per timore di conseguenze ancor più pregiudizievoli, dovendo, in tal caso, essere ritenuta sussistente la piena consapevolezza dell'autore delle violenze del rifiuto, seppur implicito, ai congiungimenti carnali».

³⁹ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 5.

DA “NUOVO” GIUDIZIO A GIUDIZIO DI CONTROLLO: L’APPELLO PENALE DOPO LA RIFORMA CARTABIA

*From “new” judgment to supervisory judgment:
the criminal appeal after the Cartabia Reform*

di

Alessandro Gerardi Virgili *

L’animo del presente contributo è quello di fare il punto sullo stato dell’arte del giudizio d’appello così come riformato a seguito della l. 27 settembre 2021, n. 134. L’approccio scelto è quello di attenzionare i riflessi sui diritti dell’impugnante e sulle limitazioni che, a vario titolo, alterano la fruizione degli stessi.

The aim of this contribution is to clarify the state of the art of appellate proceedings as reformed by the law 27 September 2021, n. 134. The chosen approach is to focus on the effects on the rights of the appellant and on the limitations which, in different ways, alter their procedural use.

Sommario: 1. Premessa – 2. Novità nella disciplina del giudizio d’appello – 3. Inammissibilità dell’appello – 4. Erosioni del dibattimento in appello – 5. Rinnovazione dibattimentale e “nuove” garanzie di difesa

1. Premessa.

Efficienza, speditezza e razionalizzazione sono state le direttrici che hanno guidato il legislatore della Riforma Cartabia verso un nuovo processo penale, incentivando tanto la telematizzazione quanto – per certi versi – le procedure, seppur con chiari segni di arretratezza tecnologica e “culturale” nell’introduzione e utilizzo di mezzi di comunicazione indispensabili al giorno d’oggi. La ragione fondante di questa spinta innovativa va ricercata nel primato, tutto italiano, per essere il Primo Paese destinatario del maggior numero di condanne per violazione dell’art. 6 C.e.d.u. per la durata dei processi, che ovviamente ingloba tutto lo snodo processuale dalle indagini alle impugnazioni²;

*Dottorando di ricerca in Imprese, Istituzioni e Comportamenti presso l’Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

² Secondo la Relazione finale della Commissione Lattanzi del 24 maggio 2021, pp. 35 ss., «il giudizio di appello si connota per una durata media ben al di sopra delle statistiche europee

ed è così che nell’*animus* efficientista, talvolta poco o nulla garantista, il legislatore ha operato, pur mantenendo inalterato l’assetto processuale, una vera e propria riscrittura della ritualità del codice nell’ottica di eliminare ogni singolo aspetto contrario all’efficientismo di cui la riforma si fa portavoce. L’eterna diatriba tra efficienza della giustizia e ragionevole durata del processo è divenuta, dunque, il reale «obiettivo strategico che il nostro paese [...] è chiamato a raggiungere attraverso riforme strutturali»³, volte soprattutto al raggiungimento del *welfare*⁴.

Ma, nonostante la nobile premessa, a distanza di un biennio dall’effettiva entrata in vigore della stessa, la realtà processuale risultante a seguito del D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150⁵, 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, oltre che instabile ed ancora poco unitaria per via delle sue *tranches* applicative frutto di differimenti e mancati “aggiustamenti di sistema”, risulta ancora frastagliata e ben lontana dalla declamata semplificazione e speditezza. La corsa al risultato si è concretizzata in una vera estremizzazione del concetto di economia processuale e non dispersione dell’azione giudiziaria: la riduzione del contraddittorio “orale ed immediato” e l’inammissibilità dell’appello (che rassomiglia la manifesta infondatezza del ricorso per cassazione) ne sono l’esempio più tangibile per il segmento processuale che ci occupa.

Il dibattito⁶ circa la natura processuale del giudizio di merito di secondo grado, da sempre conteso tra nuovo giudizio e giudizio di mero controllo, ha

(secondo l’ultimo Rapporto CEPEJ la durata stimata è pari a 851 giorni, a fronte della media europea di 155 giorni) e per il progressivo accumulo di un arretrato assai preoccupante, pari a 260.946 regiudicande nel 2019. Si tratta di una cifra a sua volta più che doppia rispetto al numero di regiudicande esaurite annualmente dalle corti d’appello, il che fa sì che ci vorrebbero oltre due anni a “sopravvenienze zero” affinché i giudici di seconde cure riuscissero ad azzerare il carico residuo, ossia un tempo paradossalmente superiore a quello stabilito dalla legge Pinto per il grado in esame». Sul punto interessante anche l’analisi statistica di J. DELLA TORRE, *La crisi dell’appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, in *Arch. Pen.*, 8, 2022, pp. 4 ss.

³ G.L. GATTA, *Riforma della giustizia Penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “Legge Cartabia”*, in *Sistema Penale*, 15 ottobre 2021, p. 2.

⁴ Non bisogna dimenticare, infatti, che il concetto sociale di giustizia fonda su un insieme di diritti del singolo che, vagliati nel loro riflesso sulla collettività, concorrono a misurare la cd. società di diritto al *welfare* statale auspicabile. Sia concesso un rinvio a A. GERARDI, *Controlli effettivi sulla discrezionalità del decidente*, in *Il giusto processo*, a cura di A. Gaito, Milano, 2022, p. 278.

⁵ In G. U., 17 ottobre 2022, n. 243, suppl. ord., 136 s.

⁶ Il dibattito dottrinale circa la natura costituzionale o meno dell’appello muove su due approcci diversificati. Il primo, molto restrittivo (*ex multis* P. FERRUA, *Appello II*) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, II, Roma; G. SPANGHER, *Doppio grado di giurisdizione (principio del) II* *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1; T. PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell’imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio*, in *Cass. Pen.*, 2003, n. 1179, pp. 4023 ss.) riconduce tale garanzia oggettiva ad un mero modo di essere della difesa, esprimendo solo esigenze difensive ancorché statali di controllo, rientrando in questa categoria anche chi sostiene

sempre reso difficile pervenire alla certezza del diritto al giudizio di secondo grado. Così, mentre l’appello, nella sua versione europea, sta assumendo le vesti di nuovo giudizio sul comparto probatorio risultante dal *devolutum*⁷ nell’ottica di garantire un riesame effettivo del *petitum* (mediante la ripetizione del dibattimento effettivo grazie ad una nuova, rinnovata, percezione, immediata e diretta, delle fonti oggetto di rivalutazione), la Riforma Cartabia retrocede sui diritti, introducendo un contraddittorio cartolare che concorre a svuotare il diritto del condannato ad un riesame effettivo nel merito della colpevolezza.

Così facendo ci si è allontanati, ancor di più, da quello che era il vero compito dell’appello, ossia monitorare la correttezza della giurisdizione promossa nel gravame, assicurare che in appello sia reintegrata la cognizione piena della causa ed infine assicurare che, se l’appello è proposto dal solo imputato, non se ne peggiori la condizione sì nei rapporti penali come nei civili. «Ed è in base a tali principi che dobbiamo ora studiare l’indole del giudizio di appello»⁸.

la poca coerenza costituzionale del potere di appellare del pubblico ministero, generando – anziché eliminare – un *deficit* di garanzie pur muovendo su un terreno in costante equilibrio legislativo sui canoni imposti dall’art. 2 Cost. Altra parte della dottrina, invece, in un’ottica espansiva e garantistica (*ex multis* G. SERGES, *Il principio del “doppio grado di giurisdizione” nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, p. 97; A. DE CARO, “Doppio grado di giurisdizione” ed efficienza del processo penale, in *Studium iuris*, 1999, pp. 946 ss.) lo ricomprende tra i diritti fondamentali, adducendo quali motivazioni a sostegno che ai fini della valutazione della legalità è opportuno vagliare le norme che costituiscono i connotati e le coordinate verso la finalità del controllo sul merito, non essendo sufficiente, nell’ottica del recupero della democraticità, il mero ricorso in cassazione per vizio di motivazione allorché la stessa funzione nomofilattica fugge qualsiasi ingerenza nel merito eccetto la strumentalità dello stesso per le valutazioni di rito⁶: si fa un esplicito riferimento all’art. 2, al 24, al 27, co. 2 ed infine al 111 Cost., quest’ultimo omnicomprendivo del diritto al contraddittorio e alle garanzie di pubblicità, oralità ed immediatezza nella conduzione dell’attività processuale. A ben vedere tale ultima ricostruzione, ben ancorata ai caratteri costituzionali è l’attuale assetto della disciplina, o meglio costituisce l’attuale obiettivo cui tende apertamente l’operato dell’Europa, le cui statuizioni concorrono ad una attuazione dei connotati nei termini in cui il giusto processo è entrato a far parte del nostro sistema, interrompendo la “cattiva coscienza” del codificatore inquisitorio» (M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell’appello: tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, p. 164) repressiva e alla costante ricerca della verità assoluta.

⁷ G. SPANGHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. Atti del Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del Processo Penale*, Foggia, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 105; ad avviso dell’autore, l’appello sarebbe riconducibile ad un «modello di disciplina giuridica che, per ogni controversia suscettibile di esame sul merito, consente, adopera di due giudici diversi, due successive statuizioni sul rapporto giuridico dedotto nel processo, la seconda delle quali di competenza di un giudice di grado superiore al primo, destinata a prevalere sulla precedente».

⁸ A. CAPOCELLI, *Appello penale*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, Vallardi, 1884, p. 526.

Invero, contrariamente a questi principi, l’art. 1, co. 13, lett. c), e), f), g), h), e l), l. 27 settembre 2021, n. 134⁹, attuati mediante gli artt. 33 e 34, d.lgs 10 ottobre 2022, n.150¹⁰, nel ridisegnare il giudizio di secondo grado, oltre a circoscrivere l’ambito di appellabilità oggettiva, estendendo i casi di inappellabilità e di inammissibilità dell’appello, ha inteso “semplificare” il procedimento mediante un incoerente modello cartolare e una riduzione dei casi e dei modi della rinnovazione dibattimentale ex art. 603 c.p.p. Per questa via il legislatore della riforma, coerentemente alla prima parte della riforma immediatamente esecutiva già nel settembre 2021 mediante la quale si è introdotto il nuovo istituto della improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione¹¹, ha inteso tagliare i tempi della giustizia riducendo, di riflesso, i diritti delle parti.

Ma se per l’Europa la tutela della dignità dell’uomo oltre che essere valore assoluto¹² muove necessariamente dall’effettività dei controlli sul *decisum*, appare evidente che l’azione del legislatore interno, nell’operare un bilanciamento tra garanzie e efficienza, risulta diametralmente opposta, vanificando, già nelle intenzioni, l’operato della giurisprudenza europea e la conseguente ricezione nazionale. E se infatti l’apertura ai canoni del giusto processo implica un aumento qualitativo delle prerogative processuali, l’azione concomitante e concorrente del legislatore interno guarda alla macchina processuale nella sua interezza, puntando, al contrario, sull’efficienza, sulla sveltezza e sulla deflazione del carico delle Corti nell’ottica di migliorarne l’accesso, dimenticando, forse, che «l’efficienza non può essere sbandierata per deformare la *ratio* del processo perché in tal modo contrasta con la finalità cognitiva dell’accertamento; va affermato, infatti, che la ragion d’essere del processo penale non è quella di punire a qualunque costo i colpevoli (onde ogni ostacolo a questo obiettivo deve essere rimosso) o di combattere i fenomeni criminali: il processo, in un sistema democratico, ha una funzione cognitiva, serve a superare la presunzione di non colpevolezza, ricostruendo i fatti nel rispetto rigoroso dei diritti individuali»¹³.

⁹ In G.U., *Serie Gen.*, 4 ottobre 2021, n.137.

¹⁰ In G.U., *Serie Gen.*, 17 ottobre 2022, n.243.

¹¹ Sul tema, volendo, A. GERARDI, *Controlli effettivi sulla discrezionalità del decidente*, in *Il giusto processo*, cit., pp. 279 ss.; N. GALLO, A. GERARDI VIRGILI, *Il Giudice metronomo di sé stesso*, in *Arch. pen.*, 1, 2024, *passim*.

¹² Pacifico che diritti processuali sono l’unico strumento che l’imputato ha per difendersi dagli eccessi. Limitarli equivale ad esporre il cittadino alla straripante forza del potere. Sul punto O. MAZZA, *Immediatezza e crisi sanitaria*, Relazione al XXXIV Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale su L’immediatezza nel processo penale, web conferencing, 27-28 ottobre 2020 (i lavori del convegno sono rintracciabili sul sito www.associazionestudiosiprocessoopenale.it).

¹³ A. DE CARO, *Riflessioni critiche sulle proposte della Commissione ministeriale in tema di riforma delle impugnazioni penali*, in *Arch. pen.*, 2021, p. 6.

Obiiettivo quest’ultimo astrattamente raggiunto se solo l’appello mantenesse la sua forma di “nuovo giudizio” nei canoni del pieno esercizio del diritto di difesa.

Sembra paradossale, ma la «tendenza inquisitoria»¹⁴, ormai non più latente che affligge anche l’appello, sta erodendo il guadagnato terreno del giudizio di merito di secondo grado¹⁵. La reviviscenza inquisitoria che il processo sta vivendo è sicuramente figlia di quella speditezza processuale che il periodo pandemico degli anni Duemilaventi e Duemilaventuno ha imposto¹⁶: udienze da remoto e non partecipate, contraddittorio cartolare, depositi telematici e “massiccio” uso di memorie, tutte prerogative, legittimamente deroganti un sistema che allo stato non permetteva oralità, immediatezza e difesa “in presenza” per far fronte ad una esigenza “più alta” di tutela riconosciuta nel diritto alla salute costituzionalmente tutelato¹⁷, ma che in tutta risposta permetteva il rispetto di tempi e termini oltre che facilitare la trasmissione e l’elaborazione di un gran numero di dati.

Ne è derivato che, “appannato” da tale celerità indotta¹⁸, lo stesso legislatore ha trasformato l’appello in un effettivo rito cartolare a ridotto diritto probatorio,

¹⁴ Cfr. G. SPANGHER, *Riformare il sistema delle impugnazioni?*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di Kostoris, Torino, 2005, 109, il quale ha apertamente ritenuto che una soppressione dell’istituto sarebbe percepita dalla collettività come segno di forte repressione a discapito di quelle garanzie di cui lo stato democratico si fa fiero portatore.

¹⁵ Si condivide quanto sostenuto da J. DELLA TORRE, *La crisi dell’appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, cit., 33, il quale ritiene che «a fronte di obiettivi tanto strategici, ci si aspetterebbe di trovarsi dinnanzi a modifiche in grado di eliminare le cause da cui discende il malessere cronico dell’appello penale. Purtroppo, la menzionata soppressione delle direttive di delega più qualificanti, suggerite dalla Commissione Lattanzi, dovuta a ragioni di compromesso politico, ha alterato non poco l’equilibrio dell’iniziativa, riducendo significativamente le chance di risolvere, una volta per tutte, la crisi del giudizio di seconda istanza. Ciò nondimeno, va riconosciuto come le innovazioni in materia continuano a essere mosse da un fil rouge principale, di per sé apprezzabile: quello di deflazionare i ruoli, sempre ingolfati, dei giudici d’appello». Si veda anche M. BARGIS, *Nuovi orizzonti per le impugnazioni penali nello schema di legge delega proposto dalla Commissione ministeriale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 31 maggio 2021.

¹⁶ In generale si veda C. FORTE, *Dal Coronavirus alla Cartabia: il rito cartolare in appello*, in *Sist. pen.*, 11 Aprile 2024.

¹⁷ A. DE CARO, *Riflessioni critiche sulle proposte della Commissione ministeriale in tema di riforma delle impugnazioni penali*, cit., 6, ritiene che si sia, «in pochi mesi, realizzata la trasformazione da un processo orale e pubblico ad uno scritto e segreto, recuperando una tradizione inquisitoria che sembrava abbandonata nel 1988/89 e completamente sconfessata con la modifica dell’art. 111 Cost.».

¹⁸ Circa gli interventi riguardanti la fase del giudizio e stigmatizzando «una visione efficientista e/o sostanziale della giustizia [...], che ha inciso sulle forme e sullo scopo del processo, con l’effetto della permeabilità del diritto processuale penale ad influssi, poco compatibili con tradizioni ordinamentali da Stato di diritto», si veda C. IASEVOLI, *Il giudizio e la crisi del metodo epistemologico garantista*, in *Sist. Pen.*, 2022, 11, pp. 5 ss. Nonché già O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, p. 14.

con udienze non partecipate se non a richiesta della parte interessata o impugnante e con l’incentivo all’utilizzo del concordato in appello in vista di una semplificazione processuale. Ma se per un verso queste pratiche sono state tollerate, ed in verità proprio ricercate, nel periodo di crisi sanitaria al fine di salvaguardare interessi contrapposti quali la salute e la giustizia, si ritiene che non si possa fare di una legislazione emergenziale una certezza *pro futuro* quando proprio alla base di tale ristrettezza di diritto non corrisponde alcun rischio ma solo una retrocessione dei diritti processuali dell’interessato.

Il riflesso sul dato processuale è notevole: la smaterializzazione del sistema accusatorio – a fatica costruito – attraverso la destrutturazione dei punti fondamentali dell’equo processo¹⁹: il ridimensionamento dei profili di appellabilità delle sentenze, abbandonando l’impugnazione indiscriminatamente fondata sull’interesse in virtù di categorie ben determinate²⁰; l’affievolimento della pubblicità mediante la predilezione della camera di consiglio e la pubblicità “a richiesta” di parte²¹; la natura libera della critica fondante il giudizio di appello con un tassativo criterio di inammissibilità per “aspecificità”²², ed infine, il sacrificio del contraddittorio, dell’oralità e dell’immediatezza nel grado d’appello che, oltre a contrastare i principi europei, rende totalmente precario il concetto di effettività del controllo, rendendo inefficace il rimedio.

Si tratta in verità, come si era sostenuto per la Riforma Orlando, di mini-interventi di ortopedia legislativa la cui eco, però, travolgendo l’intero processo

¹⁹ Sulla proposta già A. DE CARO, *Riflessioni critiche sulle proposte della Commissione ministeriale in tema di riforma delle impugnazioni penali*, cit., 8, ritiene che l’azione riformatrice «non vale tanto per quello che esprime in un contesto emergenziale evidente, ma soprattutto per quel che rappresenta come espressione di una linea di tendenza controriformatrice del processo penale, di un ritorno al passato cupo e assolutamente antitetico rispetto ai valori democratici».

²⁰ All’art. 1, co. 13 della l. n. 134/2021 può essere letto, invero, che i decreti legislativi recanti modifiche al codice di procedura penale in materia di appello, di ricorso per cassazione e di impugnazioni straordinarie, per le parti di seguito indicate, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] c) prevedere l’inappellabilità delle sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa; [...] e) prevedere l’inappellabilità della sentenza di condanna a pena sostituita con il lavoro di pubblica utilità; f) prevedere l’inappellabilità della sentenza di non luogo a procedere nei casi di cui alla lettera c).

²¹ Sempre l’art. 1, co. 13 dispone: [...] g) prevedere la celebrazione del giudizio d’appello con rito camerale non partecipato, salvo che la parte appellante o, in ogni caso, l’imputato o il suo difensore richiedano di partecipare all’udienza.

²² Art. 1, co. 13, lett. i): «prevedere l’inammissibilità dell’appello per mancanza di specificità dei motivi quando nell’atto manchi la puntuale ed esplicita enunciazione dei rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto e di diritto espresse nel provvedimento impugnato. Nella lett. l) si legge invece che «modificare l’articolo 603, comma 3-bis, del codice di procedura penale prevedendo che, nel caso di appello contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale sia limitata ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio di primo grado.

penale, ha fatto emergere l’altra faccia, quella più scura, meno garantista, insofferente al contenuto delle tutele, soprattutto dell’impugnante.

2. Novità nella disciplina del giudizio d’appello.

La mole di novità²³ che hanno radicalmente travolto il giudizio d’appello, per via della sua capillarità, può essere apprezzata su due piani, due direttrici unitarie ma parallele, che riguardano i profili statici e dinamici dello stesso rimedio di merito. Come anticipato in premessa, l’appello è espressione della civiltà, prima giuridica e poi sociale, pertanto, senza minare la completezza della presente trattazione, che sommariamente passerà in rassegna tutte le novità, si è scelto di approfondire, proprio per il riflesso diretto sulla sfera giuridica dell’imputato, quegli istituti – come l’inammissibilità, il dibattimento in appello e la rinnovazione dibattimentale – la riforma dei quali ha comportato un notevole ridimensionamento dei poteri e del contegno delle parti in giudizio.

Per quanto attiene a quelli che costituiscono i profili statici del giudizio di secondo grado, si è proceduto cercando di innalzare la l’aspettativa qualitativa del giudizio nell’ottica di inibire la proposizione di ricorsi troppo generici o pretestuosi, snellendone al contempo la procedura di discussione sia mediante un vaglio che permetta di ammettere solamente appelli “di qualità”, dove la specificità protagonista di una sanzione anticipata che preclude, come tale, la trattazione di atti generici e poco strutturati, e sia prevedendo l’abbandono dell’oralità e l’immediatezza quale criterio fondante del contraddittorio, in favore di una cartolarizzazione dello stesso che, come prevedibile, risulterà privo di tipo di contatto orale, diretto ed immediato sia tra le parti che con gli elementi di prova. È così che mutano, più o meno radicalmente, l’instaurazione del giudizio, i criteri di ammissibilità e discussione dell’appello, allontanandolo quasi (o del tutto) dall’indiscriminato accesso alla giustizia che il VII Protocollo addizionale alla C.e.d.u. ha celebrato con fierezza all’alba del manifesto dei diritti processuali dell’imputato.

Pertanto, con l’obiettivo di ridurre il carico di lavoro nella fase d’impugnazione (azione già intrapresa dalla Riforma Orlando con la l. 23 giugno 2017, n. 103 e il d.lgs 6 febbraio 2018, n. 11), il legislatore della riforma, seguendo le direttive di delega di cui all’art. 1, comma 13, lett. c), f) ed e), ha inteso rendere inappellabili tutte le sentenze di proscioglimento e di non luogo a procedere per reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa nonché quelle di condanna a pena sostituita con il lavoro di pubblica utilità. L’attuale comma 3 dell’art. 593 ha recepito *in toto* tali richieste, rendendo «in ogni caso inappellabili le sentenze di condanna per le quali è stata applicata la sola pena dell’ammenda

²³ Per uno sguardo sistematico si rimanda A. MORI, *La riforma penale e il giudizio di appello*, in *Quest. giust.*, 2, 2023.

o la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, nonché le sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa» riducendo in maniera vistosa il terreno di accesso all’impugnazione. E non solo, il comma 3 *quater* dell’art. 428 c.p.p. estende tale inappellabilità oggettiva anche alle «sentenze di non luogo a procedere relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa». Qui rilevante è la sottigliezza terminologica: i binomi sostituiti (da “contravvenzioni-ammenda” a “reati-pena pecuniaria”), ampliando l’ambito edittale di riferimento, generano una notevole chiusura per l’impugnazione di merito per una serie di reati che, seppur bagatellari, corrispondono ad una fetta consistente di prescrizioni sostanziali sfuggite alla depenalizzazione degli anni passati. Traspare anche una rinuncia al potere punitivo statale, soprattutto se si guarda all’interesse ad impugnare della parte pubblica nei casi di proscioglimento o non luogo a procedere²⁴. Ma la riforma non sembra apprezzabile in comparazione con le premesse: avendo la modifica in atto inciso sulle sentenze di proscioglimento, l’effetto dissuasivo sarà ancor più diretto verso i già, relativamente pochi, gravami della pubblica accusa o della parte civile, lasciando totalmente intatta la vera mole giudiziaria di seconde cure, costituita dalle impugnazioni degli imputati²⁵. Invero, seppur di maggior presa per la decongestione dell’appello, neppure l’inappellabilità delle condanne alla pena sostituita con il lavoro di pubblica utilità²⁶ sembra avere un impatto effettivamente risolutorio se si tiene in considerazione il grande peso derivante dal consenso del condannato allo svolgimento del suddetto lavoro. Resta quindi salvo il diritto, per la parte che intende impugnare, di esprimere il proprio dissenso al riguardo della sostituzione²⁷.

²⁴ In verità, tale intervento ha una duplice chiave di lettura: da un lato lo sfoltoimento delle ipotesi di oggettive di impugnabilità, da un punto di vista meramente numerico sembra assolvere al suo dovere deflattivo con grande forza ma, d’altra parte, tale scelta, in chiave pratica, non sembra in grado di determinare vantaggi sufficienti a rinnalzare qualitativamente il rimedio di secondo grado. Sul punto, in questa direzione, J. DELLA TORRE, *La crisi dell’appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, cit., 34, ed ancora MANGIARACINA, *Snellimento dell’appello?*, in *La procedura criminale. Quali riforme*, a cura di Maffeo, Roma, 2021, pp. 163 ss.

²⁵ In tema di effetti delle sanzioni sostitutive si veda G. AMARELLI, *L’ampliamento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: luci e ombre*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, pp. 234 ss.; D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge delega “Cartabia”: una grande occasione non priva di rischi*, in *www.sistemapenale.it*, 21 febbraio 2022.

²⁶ Originariamente prevista nei soli procedimenti di competenza del giudice di pace ai sensi dell’art. 54, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, tale sanzione è stata estesa a diverse fattispecie penali nell’ottica riparativa del danno.

²⁷ Si veda A. FAMIGLIETTI, *La rivisitazione del giudizio di appello*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 171, la quale precisa che «la riforma non pregiudica il diritto di difesa, poiché la sostituzione della pena detentiva potrà avvenire solo a fronte di una richiesta, consenso, o mancata opposizione dell’imputato».

Collegato al tema del ridimensionamento dell’appello, è l’impugnazione ai soli effetti civili. L’art. 33 d.lgs 10 ottobre 2022, n.150 ha inciso anche sulla conformazione dell’art. 573 c.p.p. estendendone la portata mediante un’importante co. 1 *bis* il quale prevede che quando la sentenza è impugnata per i soli interessi civili, il giudice d’appello, se l’impugnazione non è inammissibile, rinvia per la prosecuzione, rispettivamente, al giudice o alla sezione civile competente, che decide sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile.

Sicuramente la *ratio* di una novella di tal genere è quella di rendere fisiologica la trattazione di una causa nel luogo giurisdizionalmente deputato dinanzi ad un giudice “più competente” in virtù della sua funzione d’ufficio. Ovviamente la previsione innovativa e per certi versi acceleratoria deve fare i conti con la modifica anche del co. 1 del medesimo articolo. L’attuale formulazione dell’art. 573, co. 1, c.p.p. prevede che «l’impugnazione per gli interessi civili» (anziché la vecchia formulazione «per i soli interessi civili») è proposta, trattata e decisa con le forme ordinarie del processo penale, ma se proposta per i soli effetti civili allora il giudice penale trasmette per prosecuzione, rispettivamente, al giudice o alla sezione civile competente²⁸. Ciò comporta, almeno in linea teorica, che nei casi di appello proposto non per soli fini civilistici ma che per vicissitudini processuali si riduca solamente a questi ultimi il giudice dovrà comunque tenere conto del co. 1 *bis* e trasmettere gli atti al giudice o alla sezione civile competente per la trattazione. Qui di deflazione sembra non essercene l’ombra in quanto la riforma sembra scaricare la questione alla giurisdizione “competente” gravandola di un giudizio civile ibrido, da condurre con le prove già acquisite nel processo penale, in ogni caso legate alla colpevolezza o meno dell’imputato e spesso prive di rilievo per definire agevolmente i confini della responsabilità civile²⁹.

Dal punto di vista “dinamico” – cioè della disciplina che regola nel dettaglio la buona riuscita del controllo di merito – la principale novità riguarda la telematizzazione della presentazione del ricorso, intervenuta mediante un rinvio del rinnovato art. 582 all’art. 111 *bis* c.p.p. di nuovo conio che fa salvo solamente il diritto per le sole parti private di depositare personalmente l’atto, anche a mezzo di incaricato, nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. La novella non ha risparmiato, abrogandole, le disposizioni dell’art. 582, co. 2, e 583 c.p.p. eliminando ogni possibilità di deposito alternativo a quelle forme previste dall’attuale art. 582 c.p.p.

²⁸ Diffusamente sul punto G. VARRASO, *Le impugnazioni agli effetti civili dopo la riforma “Cartabia”*: la “nuova” accessorietà dell’azione risarcitoria da reato, in *Proc. pen. giust.*, 5, 2023

²⁹ Cfr. Corte Cost, sent., 30 luglio 2021, n. 182.

Ma prima di passare alla disciplina di dettaglio, due aspetti devono essere attenzionati: la rinnovata disciplina dell’assenza nel giudizio d’appello e il ridimensionamento del concordato sui motivi d’appello.

Con ordine, mediante il co. 1, lett. d) dell’art 34 del d.lgs 10 ottobre 2022, n. 150, il legislatore della riforma ha inteso disciplinare la possibilità che il procedimento d’appello possa svolgersi in assenza dell’imputato. Il nuovo art. 598 *ter* c.p.p., rubricato «assenza dell’imputato in appello», in raccordo con quanto innovato in tema di assenza dell’imputato in primo grado, stabilisce che in caso di regolarità delle notificazioni, l’imputato appellante che non sia presente all’udienza pubblica o camerale partecipata è sempre giudicato in assenza, anche fuori da quelli che sono i nuovi casi di assenza ex art. 420 *bis*. Qui l’unico rilievo essenziale è la qualità di impugnante. Il legislatore, coerentemente alle novità in tema di notifica e assenza, ha inteso attuare una presunzione assoluta di conoscenza del procedimento proprio per via della qualità di interessato, motivo per cui la sua mancata presenza – avendo conoscenza del procedimento in corso – non determinerà sospensione³⁰. Tale presunzione assoluta è confermata anche dalle novità in tema di ammissibilità dell’impugnazione di merito laddove l’imputato assente, ai fini di permettere al difensore di impugnare una sentenza resa nel giudizio in assenza, deve depositare specifico mandato *ad hoc*.

Situazione diversa appare quella del comma 2 dell’art. 598 *ter* c.p.p., laddove prevede la sospensione del processo per l’imputato non appellante per il quale, nonostante la regolarità delle notificazioni, non si abbia la certezza che sia venuto effettivamente a conoscenza del procedimento d’impugnazione. La presunzione assoluta di conoscenza qui non ha motivo d’esistere in ragione delle modifiche strutturali imposte dalla riforma al nuovo processo *in absentia*³¹. La sospensione del procedimento dà vita ad una serie di ricerche affinché l’imputato può essere edotto del procedimento e restituito nel termine per esercitare il suo diritto di difesa.

³⁰ Nelle intenzioni del legislatore, siffatta modifica, consentendo «la celebrazione delle impugnazioni solo quando si abbia effettiva contezza della conoscenza della sentenza emessa da parte dell’imputato», dovrebbe assicurare un impiego più razionale e utile «delle risorse giudiziarie». Le citazioni testuali sono tratte dal dossier n. 417 del Senato della Repubblica, di commento all’atto S. n. 2353, in www.senato.it, 27.

³¹ Sulle nuove prospettive si vedano F. CENTORAME, *Verso un nuovo processo penale in assenza: chiaroscuri della legge delega n. 134 del 2021*, in *disCrimen*, 2 febbraio 2022; F. R. DINACCI, *Le prospettive di riforma delle notifiche all’imputato e processo in absentia: inconsapevolezze legislative*, in *Arch. pen.*, 2021, 1; N. ROMBI, *Le coordinate del nuovo “processo in assenza” tracciate dalla legge n. 134/2021*, in *il Penalista*, 7 ottobre 2021.

Sull'altro versante, quello del concordato anche con rinuncia ai motivi d'appello³², la riforma ne ha voluto incentivare l'utilizzo per meri fini deflattivi, estendendone i profili oggettivi e valorizzando la negozialità ed il consenso delle parti rinnovando il tessuto dell'art. 599 *bis* c.p.p. L'istituto in esame – come del pari il “patteggiamento” – gode di fama acceleratoria intrinseca, in quanto consente di negoziare sul devoluto ingenerando un sistema decisorio celere e snello di cui tanto le Corti quanto gli impugnanti possono trarre beneficio.

Per perseguire gli scopi prefissati, la Riforma è intervenuta sul termine per la presentazione, ora stabilito a pena di decadenza entro quindici giorni prima dell'udienza, sia al fine di inibire quella prassi di raggiungere l'intesa direttamente nel dibattimento di appello³³ sia per raccordo con la disciplina del nuovo 598 *bis* in tema di udienza non partecipata. La positività della riforma, in questa direzione, è una sorta di reintegrazione dei diritti dell'impugnante: il nuovo comma 3 dell'art. 599 *bis* prevede che quando si procede nelle nuove forme *ex art. 598 bis*, se la corte ritiene di non poter accogliere la richiesta concordata tra le parti «dispone che l'udienza si svolga con la partecipazione di queste e indica se l'appello sarà deciso a seguito di udienza pubblica o in camera di consiglio, con le forme previste dall'art. 127»; in quest'ultima a evenienza la richiesta e la rinuncia perdono di efficacia e le parti sono “rimesse nel termine” potendo beneficiare del diritto di riproporre l'accordo in udienza.

Conclusa la presentazione, in chiave molto generale delle novità, segue una disciplina di dettaglio in tema di effettività del rimedio, toccando sia aspetti statici che dinamici dell'appello, evidenziandone le criticità rilevanti che nascono da una distorta lettura degli obiettivi del PNRR.

3. Inammissibilità dell'appello.

Per quanto attiene alla previsione sanzionatoria della inammissibilità per l'atto d'appello, la Riforma Cartabia ha richiamato un principio che ha visto i natali già con la Riforma Orlando del 2017, esasperandone i profili alzando ancor

³² Sull'istituto e la sua evoluzione si vedano, senza dovere di completezza L. CAPRARO, *Novità per l'appello: concordato sui motivi e obbligo di rinnovazione istruttoria*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, pp. 201 ss.; D. CHINNICI, C. SCACCIANOCE, *Il legislatore scopre “ancora una volta” il concordato sui motivi d'appello e “per la prima volta” la prova orale nell'immediatezza*, in AP, *La giustizia penale riformata, Supplemento al n. 1 del 2018*, pp. 675 ss.; P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, in DPP, 2017, pp. 1265 ss.; F. GIUNCHEDI, *Il concordato anche con rinuncia ai motivi di appello*, in G. RANALDI (a cura di), *La riforma delle impugnazioni penali, semplificazione, deflazione, restaurazione*, Pisa, 2019, pp. 161 ss.; G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale. Prime riflessioni*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Ospedaletto, 2017, pp. 23 ss..

³³ Si veda P. CURZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020 del Primo presidente della Cassazione*, Roma, 29 gennaio 2021, p. 41.

di più il livello di specificità richiesto per l’accesso alla trattazione del merito del ricorso. Anzi, è innegabile che la Riforma, sulla scia del legislatore del 2017, abbia continuato quell’opera di ridimensionamento del diritto di accesso all’impugnazione di merito mediante l’inserimento di ulteriori rigidi formalismi – si pensi alla commistione dei commi 1 lett. d) e 1 *bis* di nuovo conio dell’art. 581 c.p.p. – che hanno notevolmente incrementato il divario già esistente³⁴ tra effettività dei controlli, in virtù di quella massimizzazione – per mano dell’Europa – delle garanzie per l’impugnante, e l’irrigidimento della struttura dell’atto di impugnazione, sempre più “esigente” in un’ottica qualitativa.

Come è accaduto con l’ingresso dell’inammissibilità in appello a seguito della Sentenza a Sezioni Unite “Galtelli”³⁵, che ha guidato le operazioni riformatrici del legislatore della Riforma Orlando, anche l’attuale Riforma guarda alla inammissibilità come strumento volto a preservare – in termini ovviamente positivi – la qualità delle impugnazioni, soprattutto quelle di merito prevedendo l’inammissibilità dell’appello non solo quando genericamente il difetto di specificità coinvolga i motivi di ricorso ma anche quando, per ogni richiesta, non siano enunciati in forma puntuale ed esplicita i rilievi critici relativamente alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel provvedimento impugnato, con riferimento ai capi e punti della decisione ai quali si riferisce l’impugnazione. Anche in questo caso le operazioni di ampliamento del tessuto codicistico si sono mosse sui binari delineati da esigenze di carattere funzionale, deflativo e deterrente, volte ad assicurare la correttezza e l’efficienza³⁶ dei controlli nella consapevolezza che, innalzando la soglia di ammissibilità dell’impugnazione attraverso la modifica degli artt. 546 (per mezzo della Riforma Orlando) e 581 c.p.p. (formulazione attuale), è (e sarà) auspicabilmente possibile recuperare un grado di efficienza tale da restituire dignità e affidabilità all’istituto dell’appello³⁷.

³⁴ Sul punto, da ultimo, A. PULVIRENTI, *La “nuova” specificità e il pericolo di ulteriori spazi concessi all’inammissibilità dell’appello*, in *Arch. pen.*, 1, 2023. Volendo, già A. GERARDI, *L’inammissibilità delle impugnazioni. Evoluzione o involuzione?*, cit.

³⁵ La quale, nell’ottica di recuperare l’efficienza, ed in maniera piuttosto convinta, aveva segnalato la necessità che venisse uniformata la sostanza dei motivi di impugnazione, riducendo la divergenza tra gli artt. 581, co. 1, e 606 c.p.p. Si veda Cass., Sez. un., 27 ottobre 2016, Galtelli, in *Arch. pen.*, 1, 2017, 351 ss., con nota di A. MUSCELLA, *Ammissibilità dell’atto di appello e difetto di specificità dei relativi motivi*.

³⁶ Cfr. C. SCACCIANOCE, *La Riforma “Orlando” e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla “specificità” dei motivi alla struttura ‘mutevole’ dell’appello*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, 2, la quale sostiene che «[i]n tema di impugnazioni, il legislatore si è mosso con l’intento di semplificarne il sistema, garantendo nuove esigenze deflative, scoraggiando i ricorsi pretestuosi e accelerando la formazione del giudicato».

³⁷ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell’appello: tra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., 168.

La dottrina, già in risposta alla legge delega, aveva rilevato un dato tassativo eccessivamente astringente, azzardando, in chiave totalmente negativa, un parallelismo col rigido formalismo imposto per l’ammissibilità dei ricorsi per cassazione, ma accentuando il diverso scopo dei due strumenti, si è posta in posizione totalmente contraria³⁸.

La specificità³⁹ diviene dunque il nuovo contenuto effettivo della devoluzione da cui discende, in modo diretto, la cognizione del giudice

³⁸ «La natura delle due impugnazioni (...) imporrebbe, al contrario, quasi per ragioni ontologiche, una differente modulazione degli atti di impugnazione che introducono due diversi giudizi, consentendo spazi diversi del concetto stesso di specificità»; così B. MIGLIUCCI, F. PETRELLI, *I limiti sull’appello e quel rischio concreto di depotenziarlo*, in *Guida al diritto*, 19/2017, p. 10. Posizione, invero, già suffragata dalle Sezioni Unite civili (Cass., Sez. un., 10 ottobre 2017, Miccoli, in *Mass. Uff.*, n. 27199) con una decisione di stampo totalmente opposto alla Galtelli, ha sostenuto che «stante la differenza tra l’appello ed il ricorso per Cassazione, il ruolo dei motivi, pur in presenza della loro specificità, e il loro controllo non possa, nel caso dell’appello, costituire un preliminare giudizio di ammissibilità, costituendo premessa per la valutazione nel merito della vicenda da parte del giudice di seconda istanza». Con questa decisione, in ambito diverso, la corte di Cassazione sembra fare un passo indietro, restituendo, dopo circa un anno, l’originaria funzione, quasi naturale, all’appello, cioè la verifica della decisione di primo grado, abbandonando però tutti quei formalismi troppo vincolanti. Cfr. G. SPANGHER, *Il “nuovo” giudizio di appello*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1329, dove lo stesso sostiene che «le riforme introdotte tendono ad accentuare per l’appello la logica del controllo, rispetto a quello di un nuovo giudizio».

³⁹ Tenendo bene a mente il concetto di “mezzo di impugnazione a critica libera”, incarnato dall’appello, risulta opportuno capire come, all’interno dei suoi argini si muove la nuova “specificità”. La specificità – contenuto, cui fa riferimento la giurisprudenza dapprima e successivamente il legislatore con la riforma, è quella estrinseca, attinente alla precisa correlazione dei motivi di impugnazione con le ragioni, di fatto o diritto, intorno alle quali la sentenza è stata costruita (*ex art. 546, co. 1, lett. e, c.p.p.*). Dalla riforma dell’art. 581 c.p.p. si evince come il legislatore, spinto dal desiderio di razionalizzazione, non abbia operato una tipizzazione dei motivi di appello, bensì abbia condotto una riconduzione a categorie unitarie di tutti quegli elementi ritenuti fondamentali per stabilire una concreta relazione tra motivi di impugnazione e punti dolenti della sentenza, in modo tale da ottenere la puntuale confutazione della motivazione della sentenza impugnata in fatto ed in diritto, facendo conservare all’appello la veste «di una critica mirata, selettiva e responsabile, tramite la quale, la parte impugnante, individua specificamente l’errore potenzialmente commesso dal giudice di primo grado e lo contesta con argomentazioni razionalmente sostenute dai necessari riferimenti in fatto e/o in diritto» (A. PULVIRENTI, *La specificità estrinseca dei motivi di appello come requisito di ammissibilità dell’appello: la fine del favor impugnationis*, in *Proc. pen. e giust.*, 4/2017, p. 705), allontanando, così, l’impugnante dall’idea di una rivalutazione sull’interesse del merito. La razionalizzazione degli elementi ad opera del legislatore ha comportato una modifica, anche sotto il profilo della quantità degli elementi necessari, a pena di inammissibilità, alla concreta perimetrazione del devolutum. È oggi richiesta, irrobustita dalla caratteristica della specificità, l’enunciazione (...) a) dei capi e dei punti della decisione ai quali si riferisce l’impugnazione; b) delle prove delle quali si deduce l’inesistenza, l’omessa assunzione o l’omessa o erronea valutazione; c) delle richieste, anche istruttorie; d) dei motivi, con l’indicazione delle ragioni di diritto e gli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta. «[P]er quanto il sindacato del magistrato di seconde cure non sia vincolato alle ragioni di fatto e di diritto illustrate nell’atto d’impugnazione – contrariamente

dell’impugnazione sullo stesso atto⁴⁰ e su questa via dovrà considerarsi specifico solamente quell’atto che estrinsechi «la direzione verso la quale deve indirizzar[e] la sua verifica autonoma e (...) consentire al medesimo (...) un apprezzamento tendenzialmente idoneo ad orientare la decisione del punto devoluto»⁴¹; osservazione ancora del tutto idonea a qualificare l’attuale formulazione complessiva dell’art. 581 c.p.p.⁴². Si tratta di un percorso che, già

rispetto a quanto si verifica in sede di legittimità – sono pur sempre i *petita* esposti nei motivi a segnare nei “punti toccati” i confini del controllo e del giudizio dell’organo giudicante, indirizzandone dapprima i poteri cognitivi e, successivamente, i poteri di decisione», in questi termini A. MUSCELLA, *Ammissibilità dell’atto di appello e difetto di specificità dei relativi motivi*, cit., 7. Sul punto v., in prospettiva generale, F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1949, IV, p. 134.

⁴⁰ Cass., Sez. un., 27 ottobre 2016, Galtelli, n. 8825, par. 7.2, dove il supremo consesso sostiene che «la *plena cognitio* che caratterizza i poteri del giudice d’appello – privo di vincoli rispetto sia al contenuto dei motivi di ricorso, sia nell’argomentazione volte dal primo giudice – viene in rilievo solo se e nei limiti in cui questo sia stato legittimamente investito di quei poteri: ciò che può avvenire solo a seguito di un impugnazione che risulti rispettosa anche delle previsioni di cui all’art. 581 c. p. p., funzionali alla tutela di esigenze sistematiche che assumono rilievo costituzionale». V. C. SCACCIANOCE, *La Riforma “Orlando” e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla “specificità” dei motivi alla struttura ‘mutevole’ dell’appello*, cit., 10. Ancora sul tema H. BELLUTA, *Inammissibilità dell’appello per genericità dei motivi: le sezioni unite tra l’ovvio e il rivoluzionario*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, p. 139. Volendo anche A. GERARDI, *L’inammissibilità delle impugnazioni. Evoluzione o involuzione?*, cit., 22, dove l’unica unificazione, dal punto di vista sostanziale, del concetto di specificità concretamente condivisibile è quella che sostiene l’uguaglianza del rigore di valutazione del criterio di specificità tra l’atto di appello e il ricorso di Cassazione, poiché nonostante i due mezzi di impugnazione siano diversi per natura, funzione e finalità, la specificità del motivo che regge l’impugnazione stessa, capace di far accedere l’atto alla trattazione, ne costituisce un requisito indefettibile. «tanto più questo sarà specifico tanto meglio il giudice potrà operare nella ricostruzione della doglianza contestata, smascherando tentativi di raggirio del processo».

⁴¹ A. MARANDOLA, *A proposito della specificità dei motivi d’appello*, in *Parola alla difesa*, 1/2016, 21. In termini del tutto simili C. SCACCIANOCE, *La Riforma “Orlando” e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla “specificità” dei motivi alla struttura ‘mutevole’ dell’appello*, cit., p. 10.

⁴² Il requisito della specificità sembra, così, costituire un grande limite al potere di impugnare, poiché la circoscrizione del *thema decidendum*, e della profondità di cui deve essere adornato, sembra non essere così facile da ottenere, se si tiene conto dello stretto legame tra la sentenza di merito impugnata e l’atto che si è chiamati a redigere. Valutando bene questo legame rimane, anche ora, un dubbio: se la sentenza non rispecchia il grado di specificità introdotto dall’art. 546, comma 1, lett. e) cosa succede all’atto di appello? In caso di inammissibilità, chi sarà a subirne le conseguenze? La risposta, ovviamente, di carattere negativo ed è da ricercare nel principio del *favor impugnationis* stesso, che, *post novam*, si trova ad essere, allo stesso tempo, compresso ovvero espanso a seconda della tutela in ballo: proprio in questo caso, dove, la tutela copre l’espressa volontà di un nuovo controllo sulla decisione, esplicitata tramite l’atto di impugnazione e garantita a livello internazionale, esso prevale, rendendo il concetto di specificità altamente relativo. La non assolutezza del concetto in esame affonda le radici anche nel suddetto legame tra motivazione ed impugnazione, dove, ovviamente, la prima si offre quale modello legale di riferimento per una valida (e precisa) strutturazione del secondo (Cfr. G. GARUTI, 2018, *La*

iniziato dalla giurisprudenza e consolidato da precedenti riforme, porterà da ultimo all’affermazione di una rinnovata cognizione del giudice d’appello, che non sarà «più tenuto a decidere *ex novo* sui “punti” coinvolti dai motivi, ma a verificare la fondatezza o meno dei motivi stessi»⁴³.

Risultato di tale operazione è sicuramente un depotenziamento dell’impugnazione che si sostanzia in un errato bilanciamento tra “preclusione” alla trattazione e “restrizione” dell’accesso al mezzo d’impugnazione⁴⁴. In verità, restringere – anche per ovvi motivi di deflazione processuale – il campo oggettivo di impugnabilità dei provvedimenti è una mossa che, piacendo o meno, impone di paletti oggettivi (in questo caso per materia o relativamente alla pena) che coinvolge tanto lo Stato quanto l’impugnante ponendoli su un piano eguale di accettazione dei provvedimenti (si pensi alla inappellabilità di talune condanne come di contro all’inappellabilità di talune sentenze di non luogo a procedere). Precludere, al contrario, l’accesso alla giustizia – perché questo è avvenuto con la riforma – incidendo sugli aspetti formali dell’atto è, invece, aspetto ben diverso e più incisivo poiché il rischio in cui si incorre con l’inammissibilità dell’atto è proprio la perdita di quella unica *chance* di merito che la parte dispone in suo favore. Se nella logica sovranazionale l’appello si fa portavoce di una richiesta di

specificità dei motivi, convegno di studio «La riforma del giudizio di appello», Roma, 6 luglio 2018, trascrizioni disponibili su www.studiosiprocessopenale.it/abstract-e-relazioni.html); perciò argomentando in tale direzione, il collegamento sistematico tra le due disposizioni, provoca, in maniera totalmente inevitabile, un condizionamento sotto il profilo del rigore logico argomentativo, cioè, l’onere di specificità dei motivi di appello, proposti con riferimento ai singoli punti della decisione di primo grado, deve essere direttamente proporzionale alla specificità delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che vengono posti a fondamento della decisione di primo grado verso la quale si esprime la volontà impugnatoria. Sul punto anche M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell’appello: tra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., 170: «(...) il *favor impugnationis*, infatti, è innanzitutto, un ineludibile canone interpretativo che nelle norme che sacrificano l’interesse (non solo del singolo, ma prima di tutto) pubblico alla giustizia sostanziale della decisione penale a favore dall’esigenza di certezza del diritto, ossia di relativa economicità e tempestività dell’intervento giurisdizionale».

⁴³ *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L.C.C. 2435*, 37.

⁴⁴ Vi è comunque chi, contrariamente, ritiene che «a scanso di equivoci, è bene precisare che, nella prospettiva dello scrivente, un giudizio di appello configurato come giudizio a forma critica non è affatto detto che debba essere, al contempo, limitativo del diritto di difesa e, più in particolare, del diritto alla prova, che, anzi, per certi versi, potrebbe avere una maggiore espansione. Invero, la misura di un tale riconoscimento dipende dalla delimitazione del contenuto della critica alla cui sussistenza si ricollega l’ammissibilità del mezzo. Nulla esclude, quindi, che la critica possa attenersi, non già soltanto alla giustificazione del fatto, bensì, ancor prima, al suo accertamento, così che l’errore possa vertere anche sulla valutazione della prova. Con l’ulteriore conseguenza che, una volta riconosciuta la fondatezza della critica sulla prova già acquisita, potrebbe configurarsi un diritto alla riassunzione della stessa prova o all’assunzione di una nuova prova», così A. PULVIRENTI, *La “nuova” specificità e il pericolo di ulteriori spazi concessi all’inammissibilità dell’appello*, cit., p. 9.

nuovo giudizio, fondata sulla diversa ricostruzione (totale o parziale) del fatto, non è dato comprendere come una categorizzazione di vizi legittimanti la declaratoria di inammissibilità possa, da sola, concorrere ad una soluzione processualmente soddisfacente che limiti, ancor di più, la cognizione del giudice di secondo grado sul fatto da ricostruire⁴⁵ e svilendo quella “critica libera” nella rilettura del merito⁴⁶. I timori già espressi in dottrina sulla depauperazione del potere d’appello non sono stati disattesi: si è introdotto un rinnovato concetto di specificità estrinseca che genera diverse perplessità sia interne e funzionali (paventando una sorta di parallelismo con la manifesta infondatezza del controllo di legittimità) che esterne e di riflesso (si pensi all’effettività dei controlli e dei diritti richiesta a gran voce dalle C.e.d.u).

Sul primo versante sicuramente l’indeterminatezza di contenuto dei termini “puntuale ed esplicita”, accostata alla facilità di interpretazione, creerà terreno fertile ove, soprattutto nei tempi di assestamento della riforma, la strumentalizzazione della sanzione di inammissibilità sarà quasi incensurabile senza un rigido argine contenitivo almeno dell’esegesi della giurisprudenza di legittimità⁴⁷. È questo eccesso di zelo, nell’ottica di sfoltire i ruoli delle Corti

⁴⁵ Cfr. G. SPANGHER, *La Giustizia (europea) 25% nella Relazione Lattanzi*, in *Arch. pen.*, 2, 2021, p. 3, il quale ritiene che «operando attraverso la truffa delle etichette (bisogna adeguare l’appello al processo accusatorio, questo il mantra) ed un del tutto improprio raffronto con l’esclusione della legittimazione ad appellare del pubblico ministero, si è voluto costruire un appello con motivi predeterminati, ancorando i poteri di cognizione del giudice di appello ai motivi e non più ai punti cui si riferiscono i motivi».

⁴⁶ In sostanza appare chiaro come il modello della *revisio prioris instantiae* sia da preferire al *novum iudicium* soprattutto in termini di efficientismo processuale, poiché azzerà in parte l’attività cognitiva sul devoluto risolvendola in un mero controllo cartolare ancorato a rigide formalità a pena d’inammissibilità: non è difficile comprendere come tale operazione, «riducendo le aperture ai nova e facendo leva su criteri formali, quale quello della specificità dei motivi, onde sfoltire il carico giudiziario, sia in grado di assicurare vantaggi in termini, tanto di risparmi di spesa, quanto di deflazione»; così J. DELLA TORRE, *La crisi dell’appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, cit., 43, nota 157, continua sostenendo che «è bene precisare che siffatti vantaggi non sono idonei ad assicurare, da soli, la soluzione dell’intricata crisi dell’appello penale; e ciò in quanto la stessa è frutto anche di problemi strutturali (quali la carenza degli organici) e organizzativi (come la scelta di affidare in capo alle sole corti d’appello il compito di gestire la grande maggioranza del carico di secondo grado), del tutto indipendenti rispetto all’opzione per un rito di seconda istanza configurato come mezzo di controllo o quale nuovo giudizio».

⁴⁷ In maniera concorde, A. PULVIRENTI, *La “nuova” specificità e il pericolo di ulteriori spazi concessi all’inammissibilità dell’appello*, cit., 11, il quale rileva che «cosa deve intendersi per «forma puntuale» e quali sono i margini entro i quali il motivo potrà essere ritenuto inammissibile in quanto non puntuale? La risposta è lasciata al formante giurisprudenziale, posto che, sul punto, il decreto legislativo n. 150/2022 si è limitato a ripetere letteralmente la formula utilizzata dal legislatore delegante, invece di provvedere – come sarebbe stato lecito attendersi – ad una sua migliore definizione o, ancor meglio, ad una sua saggia obliterazione (ritenendo, in quest’ultima direzione, la “puntualità” una mera superfetazione linguistica della “specificità”). Il rischio, neanche così occulto, è che il difetto di puntualità diventi un surrogato della “manifesta

d’appello, che diviene esso stesso l’ostacolo⁴⁸ principale per la proposizione di impugnazioni, estendendo oltremodo i formalismi d’accesso i cui effetti avranno come interessati diretti gli impugnanti.

Il secondo versante d’analisi è quello più battuto di cui già si è accennato all’inizio e vede confrontarsi sul terreno dell’appello la disciplina interna e quella sovranazionale. L’adozione in via definitiva di questi rigidi formalismi in tema di specificità estrinseca dei motivi, avrà non trascurabili effetti collaterali poiché oltre ad incidere in chiave molto negativa sul diritto di impugnare e, più in generale, sul diritto di accesso alla giustizia, si rischia in concreto di creare una frattura tra l’ordinamento interno e l’esegesi della Corte europea dei diritti dell’uomo che, al contrario, guardando ai diritti dell’impugnante risulta in concreto molto meno attaccata alla forma⁴⁹ valorizzando quell’art. 6, par. 1, C.e.d.u.⁵⁰. L’innalzamento qualitativo dei formalismi d’accesso risulta in ogni caso di senso diametralmente opposto a quella commistione di valori e di diritto emergenti dalla lettura combinata degli artt. 14, par. 5, del P.i.d.c.p., 6 par. 1 C.e.d.u. e 2 del VII Protocollo aggiuntivo della C.e.d.u., generando uno svilimento della funzione dell’appello e della garanzia di contrasto agli errori di cui lo stesso è foriero.

4. Erosioni del dibattimento in appello.

La lett. g) dell’art. 13 della legge delega ha demandato al Parlamento di disciplinare una nuova forma di trattazione dell’appello, invitandolo a regolare la celebrazione mediante «rito camerale non partecipato, salvo che la parte appellante o, in ogni caso, l’imputato o il suo difensore richiedano di partecipare all’udienza» al fine di risparmiare risorse giudiziarie e abbattere i tempi del processo. Scelta positiva per modo di dire poiché sul piano dei diritti, son venute meno tutte le garanzie di oralità ed immediatezza che regolano la celebrazione dell’appello ai sensi dell’attuale art. 598 c.p.p. laddove prevede l’applicazione

infondatezza”, finendo, così, per aprire anche nel giudizio di appello un varco a quella delibazione di inammissibilità che, tanto in teoria quanto in fatto, appare contrassegnata dal più elevato margine di imprevedibilità e, quindi, aleatorietà».

⁴⁸ J. DELLA TORRE, *La crisi dell’appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, cit., 44, parla di e propria «“corsa a ostacoli” per le parti, venendosi, dunque, a concretizzare proprio uno di quegli scenari, dominati dal formalismo, censurati dalla Corte di Strasburgo».

⁴⁹ Il riferimento va, ad esempio, a Corte EDU, Sez. I, 28 ottobre 2021, *Succi c. Italia*, la quale ha condannato l’Italia per l’interpretazione eccessivamente formalistica dei criteri di redazione dei ricorsi in Cassazione. In precedenza, v. anche Corte EDU, Sez. I, 6 febbraio 2020, *Felloni c. Italia* e Corte EDU, Sez. I, 15 settembre 2016, *Trevisanato c. Italia*. In dottrina, per una disamina di tale indirizzo interpretativo, v. N. ROMBI, *Diritto di accesso al giudice e inammissibilità delle impugnazioni tra efficienza e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, pp. 531 ss.

⁵⁰ Sul punto M. GIALUZ, *Il diritto alla giurisdizione dell’imputato e della vittima tra spinte europee e carenze dell’ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 85.

della disciplina di celebrazione dei processi di seconde cure mediante un richiamo alla disciplina del primo grado «in quanto applicabile»⁵¹. Sicuramente la clausola di salvezza («salvo quanto previsto dagli articoli seguenti») è l’apertura verso questa nuova modalità celebrativa, che in parte richiama quella trattazione scritta che da anni ormai tiene testa nel processo civile⁵².

La logica sottesa a tale mossa si raccorda necessariamente con la nuova veste dell’appello *post* riforma volto ad un mero controllo sul provvedimento ritenuto lesivo della sfera giuridica dell’impugnante.

Scendendo nel dettaglio, la nuova “quotidianità dell’appello”⁵³ (salvo il diritto delle parti di essere reintegrate nei propri diritti mediante una esplicita richiesta di celebrazione del giudizio nelle forme partecipate o in pubblica udienza) vedrà la Corte provvedere sull’appello in camera di consiglio e, in deroga a quanto stabilito dall’art. 127 c.p.p., essa giudicherà sui motivi, sulle richieste e sulle memorie senza la partecipazione delle parti. Si instaurerà un vero e proprio processo cartolare a contraddittorio scritto imperniato su uno scambio di memorie, con una sola possibilità di replica che si sostituirà alle eccezioni, alle deduzioni e alla discussione da sempre orale. Da una lettura del nuovo 598 *bis*, co. 1, c.p.p., strettamente parlando in termini di conformazione linguistica, emerge immediatamente la similitudine testuale con la parallela disciplina dell’appello nel processo civile, laddove prevedendo che «fino a quindici giorni prima dell’udienza, il procuratore generale presenta le sue richieste e tutte le parti possono presentare motivi nuovi, memorie e, fino a cinque giorni prima,

⁵¹ Sul punto si rinvia alle puntuali deduzioni di A. MANGIARACINA, *Impugnazioni e pandemia: l’esilio dell’oralità e la “smaterializzazione” della camera di consiglio*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 177 ss.; ed ancora si veda G. ICHINO, *Riforma Cartabia e processo d’appello*, in *Quest. giust.*, 29 novembre 2021, pp. 9 ss.

⁵² Vi è infatti chi, come A. ZAPPULLA, *Appello e rito cartolare: le parti abbandonano la scena*, in *Arch. pen.*, 1, 2023, 4, ritiene che «il rapporto cartolarità, quale nuova regola, e oralità, quale eccezione, non presuppone un’ablazione del paradigma dialettico nella sua interezza. Il contraddittorio argomentativo, anche se circoscritto e sacrificato nella mera esplicazione scritta, rimane elemento imprescindibile di ogni decisione giudiziaria e una lettura ottimistica della riforma può essere tentata attraverso un, pur se non immediato, capovolgimento prospettico, che confermi proprio la centralità del confronto fra le contrapposte posizioni processuali, inquadrando ogni limitazione al contraddittorio orale, non come sua negazione, ma, al contrario, come sua valorizzazione quale preziosa risorsa da tutelare e non subire supinamente». In verità era già stato fatto rilevare che «dal punto di vista teorico [...], la stessa idea di associare il termine contraddittorio all’aggettivazione cartolare introduce, se riferito al processo penale, un evidente ossimoro ontologico, una palese contrapposizione logica nella misura in cui il concetto di contraddittorio inserito nella fase del giudizio, in qualunque forma si proponga, è per definizione orale anche perché si realizza – o dovrebbe realizzarsi – attraverso un contatto diretto col giudice della decisione, mentre la trattazione cartolare è, all’opposto, affidata in via esclusiva allo scritto ed è mediata, non diretta», così DE CARO, *Riflessioni critiche sulle proposte della Commissione ministeriale in tema di riforma delle impugnazioni penali*, cit., p. 4.

⁵³ Per note critiche si veda P. FERRUA, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *disCrimen*, 12 luglio 2021, pp. 10 ss.

memorie di replica» si ricalca in qualche modo la disciplina cartolare che emerge dal combinato disposto degli artt. 352 e 190 c.p.c.⁵⁴.

L’ordinarietà rappresentata concorre a delineare l’appannamento delle garanzie processuali per eccellenza, quali la pubblicità⁵⁵, l’oralità, l’immediatezza ed il contraddittorio «i quali rappresentano presidi epistemici, a tutela della bontà delle decisioni»⁵⁶, fin tanto da costituire il vero «ossimoro ontologico»⁵⁷ per la celebrazione del giudizio d’appello. Ma vi è più. La partecipazione “a richiesta” trasforma a tutti gli effetti il diritto al contraddittorio partecipato in una clausola potestativa, ossia attivabile solo a richiesta pena una limitazione oggettiva della difesa. Sembra quasi di dover sdoppiare, per finalità difensive, l’entità del contraddittorio: pieno in caso di trattazione pubblica e partecipata, semipieno in tutti gli altri casi⁵⁸.

È innegabile che l’oralità renda maggiormente intellegibile ciò che avviene in udienza oltre che creare un ponte comunicativo eguale ed immediato che permette ai protagonisti della scena processuale di «meglio comprendere le doglianze mosse alla sentenza e partecipare in maniera più consapevole al

⁵⁴ Sul punto, A. ZAPPULLA, *Appello e rito cartolare: le parti abbandonano la scena*, cit., 6, sottolinea che «il differente lessico scelto – «possono presentare», da un lato, e «presenta», dall’altro lato – dispone per la conferma dell’orientamento giurisprudenziale emergenziale che ha qualificato l’inerzia o il ritardo dell’accusa, rispetto all’analogia disciplina di cui all’art. 23- bis, co. 2, d.l. n. 137/2020 («il pubblico ministero formula le sue conclusioni»), come fonte di nullità a regime intermedio per l’inerire alla partecipazione del pubblico ministero, secondo il combinato disposto degli artt. 178, co. 1, lett. b, seconda parte e 180 c.p.p. [Cfr. Cass., Sez. IV, 24 marzo 2022, Cerbai, Rv., n. 13218]. Non manca, però, altro filone ermeneutico che, prescindendo dal dato letterale – a dire il vero inequivocabile –, esclude ogni vizio proprio per la natura cartolare del rito che non impone alcuna partecipazione e per il non incidere il mancato rispetto del termine sul diritto di difesa dell’imputato, che potrebbe comunque presentare le proprie richieste e memorie anche in assenza di quelle altrui, «atteso che siffatto diritto non sorge[bb]e per effetto della comunicazione telematica delle conclusioni del pubblico ministero, ma preesiste ad essa [Cass., Sez. I, 16 marzo 2022, Ayari, Rv., n. 283307]».

⁵⁵ Puntuale la riflessione di A. DE CARO, *Dal presidente della Corte costituzionale giunge un segnale di rivitalizzazione del contraddittorio*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, p. 7, il quale ritiene che «la possibilità residuale di chiedere la discussione orale e, per questa strada, la pubblicità per le udienze originariamente non camerali appare, [...] una soluzione parziale e poco rispettosa della ragion d’essere del valore in gioco, non fosse altro perché rimette alle parti l’azionabilità concreta di un diritto riferito, invece, a tutti i cittadini, all’intera collettività».

⁵⁶ J. DELLA TORRE, *La crisi dell’appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, cit., p. 41.

⁵⁷ Così A. DE CARO, *Riflessioni critiche sulle proposte della Commissione ministeriale in tema di riforma delle impugnazioni penali*, cit., 4, definisce il “nuovo” contraddittorio.

⁵⁸ «La richiesta di partecipazione all’udienza d’appello, per una chiara indicazione del delegante, non incontra limiti o possibilità di diniego, solido scudo innalzato a difesa dal rischio di censure d’incostituzionalità che coinvolgono lo schema del rito cartolare di secondo grado», così A. ZAPPULLA, *Appello e rito cartolare: le parti abbandonano la scena*, cit., p. 9.

dibattito che si aprirà nella camera di consiglio»⁵⁹; tanto più se si considera che tale rimedio, anche se ormai delineato quale controllo sul *decisum*, mette i giudici in relazione col merito delle doglianze, ammettendo – anche se in via sempre più residuale – la possibilità di istanze per la rinnovazione probatoria⁶⁰.

Porre quale presupposto un contraddittorio scritto, cartolare, muove in direzione diametralmente opposta a quelli che sono, sin dall' '88, i canoni ispiratori, nonché prerogative consolidate, del sistema accusatorio cui, però, vistosamente si è andati contro attuando una «linea di tendenza controriformatrice del processo penale»⁶¹. L'unica *chance* di recupero dei diritti ad un equo processo celebrato nel contraddittorio tra le parti è rimessa ad una libera e ponderata scelta dell'imputato (o, più in generale dell'appellante o del difensore dell'imputato) che può, entro quindici giorni dalla notifica del decreto di citazione o dell'avviso della data fissata per il giudizio di appello (sanzionato a pena di decadenza), con richiesta irrevocabile, chiedere di partecipare all'udienza. Qui la scelta di procedere con il metodo dialettico implica che la corte, se ammette la richiesta, disponga procedersi con in pubblica udienza ai sensi dell'art. 602 c.p.p. o con udienza camerale partecipata ai sensi dell'art. 127 c.p.p.. Sembra in ogni caso paradossale, in un sistema accusatorio improntato sull'irrinunciabilità delle regole del giusto processo, lasciare alle parti il potere e la volontà di disporre di quei diritti che di per sé incarnano il giusto processo senza incorrere in un declassamento degli stessi da diritti personalissimi a meri interessi processuali. In verità vi sono, da ultimo, dei casi tassativi ove la Corte, per la natura dell'interesse discusso che non può prescindere dalla trattazione orale e partecipata, officiosamente dispone procedersi in pubblica udienza ossia quando la stessa abbia già rigettato la richiesta di concordato sui motivi di appello, e lo fa indipendentemente dalla richiesta di trattazione orale presentata dall'imputato appellante. O ancora, a tutela del contraddittorio, nel rispetto degli artt. 111, co. 2, Cost. e 6 C.e.d.u., la Corte, se ritiene di dare al fatto una definizione giuridica diversa, deve disporre con ordinanza il rinvio per la trattazione del ricorso in udienza pubblica o in camera di consiglio con la partecipazione delle parti, indicando la ragione del rinvio e dandone comunicazione alle parti con l'avviso di fissazione della nuova udienza (co. 1 *sexies*)⁶².

⁵⁹ A. MANGIARACINA, *Prove tecniche per la "soppressione" del giudizio di appello?*, in *Arch. pen.*, 2020, 3.

⁶⁰ Sul punto, in chiave molto didascalica si veda A. MUSCELLA, *Diritti probatori dell'imputato, effettività del contraddittorio e corrispondenti obblighi di attivazione e motivazione adeguata del giudice*, in *Il giusto processo*, cit., pp. 193 ss.

⁶¹ Così A. DE CARO, *Riflessioni critiche sulle proposte della Commissione ministeriale in tema di riforma delle impugnazioni penali*, cit., p. 4.

⁶² Si tratta, invero, di una previsione aderente alla giurisprudenza Ce.d.u. (cfr. sentenza Drassich c. Italia dell'11/12/2007) e del consolidato orientamento di legittimità che, in tema di correlazione tra accusa e sentenza, esclude la compressione o la limitazione del diritto al contraddittorio

In conclusione, sui ritmi serrati di tale innovazione non si nutrono in verità speranze deflative se accanto non vi è una riforma che guardi all’implementazione strutturale delle Corti che vada ad eliminare quei lunghi tempi e termini di raccordo cui è sottoposta la disciplina⁶³.

5. Rinnovazione dibattimentale e “nuove” garanzie di difesa.

Con lo scopo di restituire dignità alla prova nel giudizio d’appello⁶⁴, e divenuta garanzia di oralità e immediatezza anche nel giudizio d’impugnazione, la rinnovazione dibattimentale risponde, oggi, ad esigenze di completezza della piattaforma probatoria permettendo la ripetizione, in casi tassativi, del dibattimento al fine di garantire al giudice procedente quell’immediatezza percettiva necessaria alla rivalutazione di uno o più elementi di prova specificamente individuati e ritenuti necessari per la decisione. Ferma restando, quindi, la presunzione di completezza del compendio probatorio valutato dal giudice di prime cure, l’acquisizione di ulteriore materiale conoscitivo in sede d’impugnazione, anche se sopravvenuto, non genera il venir meno della logica sottesa al giudizio d’appello – anche nella riformata veste di giudizio di controllo – giacché i singoli dati probatori seppur inseriti in un nuovo processo valutativo con funzione chiarificatrice, saranno sempre relegati al quadro probatorio di confronto già delineato in primo grado su cui fonda, in un momento successivo, il *devolutum*.

La garanzia di una rinnovazione in secondo grado risponde alle esigenze che la «totale riforma della sentenza di primo grado, impone la dimostrazione dell’incompletezza o della non correttezza ovvero dell’incoerenza delle relative argomentazioni con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da corretta, completa e convincente motivazione che, sovrapponendosi a tutto campo quella del primo giudice, senza lasciare spazio alcuno, dia ragione delle scelte operate e del privilegio accordato ad elementi di prova diversi o diversamente valutati. [...] Il supporto motivazionale di una decisione giurisdizionale per essere logico deve essere conforme ai canoni che presiedono alle forme corrette del ragionamento in direzione della dimostrazione della verità»⁶⁵ non potendosi, quindi, per

quando la diversa qualificazione giuridica del fatto non avvenga a sorpresa e l’imputato e il suo difensore siano stati posti in condizione di interloquire sulla questione (cfr. *ex multis* Cass., Sez. V, 3 maggio 2021, Ciontoli, in *CED Cass.*, n. 281817-03; Cass., Sez. II, 22 giugno 2021, n. 31935, in *CED Cass.*, n. 281676-01.

⁶³ Si veda diffusamente CIAMPI, *Metamorfosi dell’appello: considerazioni sull’abolizione del gravame del pubblico ministero*, in *Arch. pen.*, 1, 2022, pp. 1 ss.

⁶⁴ Per una ricostruzione giurisprudenziale europea si veda, da ultimo, G. MAZZA, *La perdurante attualità della riassunzione della prova dichiarativa in appello*, in *Proc. pen. giust.*, 2, 2023, pp. 444 ss.

⁶⁵ Cass., Sez. I, 16 dicembre 1994, Felice, in *Cass. pen.*, 1996, 1564.

estensione, prescindere dalla componente comportamentale e fenomenologica della prova dichiarativa.

Il legislatore della riforma Orlando, già chiamato a rafforzare l’accesso e fruizione di tale strumento, posto dinanzi alla duplice prospettazione di ancorare l’obbligo di rinnovazione alla probabilità di riforma in *malam partem* ovvero optare per l’introduzione di un generale obbligo di rinnovazione istruttoria, ha riconosciuto nella forma obbligatoria di cui all’art. 603, co. 3 *bis*, la soluzione più soddisfacente alla limitazione della discrezionalità del giudice di seconde cure, imponendo una rinnovazione effettiva che, seppur in tal senso concorrerebbe a duplicare (nelle forme) il giudizio di primo grado, l’appello che ne consegue ha il pregio di fugare il sospetto della perdita di neutralità associata alla rinnovazione dell’istruttoria disposta dal giudice orientato a rivedere in senso peggiorativo il proscioglimento⁶⁶. Tale *novum*, però, nel quinquennio intercorso, si è mostrato incompatibile con il proposito di puntare alla «efficienza della giustizia penale attraverso una riforma organica per la riduzione dei tempi del processo»⁶⁷, che in tutta risposta ha diretto ad un ridimensionamento⁶⁸ dell’obbligatorietà del giudice nel disporre la rinnovazione dibattimentale *ex art.* 603, co. 3, *bis* c.p.p. Invero il giudice precedente, nel fare i conti con le disposizioni del legislatore della riforma, dovrà tener conto che, nel caso di appello contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale dovrà essere limitata ai soli casi di prova dichiarativa che sia già stata assunta in contraddittorio nel corso del giudizio di primo grado o all’esito di integrazione probatoria disposta nel giudizio abbreviato condizionato alle richieste probatorie o all’integrazione probatoria d’ufficio, limitando, nuovamente, l’azione dispositiva del giudice sulla cognizione del *thema decidendum*⁶⁹ e generando non pochi problemi di

⁶⁶ Sul punto V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e il libero convincimento del giudice d’appello*, in *Cass. pen.*, 2014, 3971; M. CERESA GASTALDO, *La riforma dell’appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2017, 4; A. CISTERNA, *Le Sezioni Unite su principio di oralità ed overturning dell’assoluzione in grado di appello fondato sulla rivalutazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 6.

⁶⁷ Così pag. 7 della relazione illustrativa allo «Schema di decreto legislativo recante 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».

⁶⁸ S. CIAMPI, *Anamorfosi della rinnovazione istruttoria in appello*, in *Arch. pen.*, 2, 2022 ed anche L. PALMIERI, *La nuova rinnovazione dibattimentale nel giudizio di appello alla luce della riforma Cartabia*, in *Penale dir. e proc.*, 1 dicembre 2022.

⁶⁹ Cfr. L. 27 settembre 2021, n. 134, art. 1, co. 13, lett. l). «Sembrirebbe, dunque, stando al dato testuale della previsione in esame, che l’idea di fondo sia quella di contenere le ipotesi di rinnovazione obbligatoria, circoscrivendole alle prove dichiarative «assunte in udienza nel corso del giudizio di primo grado», situazione, quest’ultima, che nel giudizio “allo stato degli atti” non si verifica, salvi i casi in cui il giudice abbia direttamente assunto alcune fonti dichiarative *ex art.*

raccordo con le garanzie e la qualità della difesa nei casi di *overturning* della sentenza di proscioglimento.

Tale novità si pone apertamente in contrasto con l’orientamento giurisprudenziale interno sviluppatosi a partire dalle Sezioni Unite Dasgupta del 2016⁷⁰ e Patalano del 2017⁷¹ che avevano esteso l’obbligo di rinnovazione anche rispetto all’appello presentato dal pubblico ministero avverso sentenza di proscioglimento pronunciata all’esito del giudizio abbreviato c.d. secco. Al contrario, tale novità corrisponde al definitivo cambio di rotta della recente giurisprudenza della Corte Edu⁷² – che qui può leggersi anche in chiave anticipatoria – la quale, aveva chiarito che seppur non può dirsi superato il ragionevole dubbio sulla base di una mera rivalutazione degli atti, poiché non può riconoscersi un grado di persuasività superiore nella valutazione dell’attendibilità della prova dichiarativa fondata solamente su una rilettura del verbale al cospetto di una precedente valutazione dialettica, in nessun caso può prospettarsi però l’obbligo di rinnovare in appello quella prova che non si sia formata con le garanzie del contraddittorio per volontà dell’imputato, neppure quando risulti decisiva nella prospettiva della condanna⁷³, e pertanto, in questa direzione se le dichiarazioni fondanti la condanna sono contenute nel fascicolo del pubblico ministero e utilizzate dal giudice dell’abbreviato per la decisione, ai

438, co. 5, c.p.p. ovvero *ex art.* 441, co. 5, c.p.p. Dal che dovrebbe discendere, quale naturale conseguenza, che al di fuori di tali ultime fattispecie, la rinnovazione obbligatoria dell’istruzione dibattimentale in secondo grado non dovrebbe applicarsi per poter riformare *in peius* un proscioglimento emesso a conclusione del primo grado di giudizio celebrato nelle forme del rito abbreviato. D’altronde, a volerla pensare diversamente, verrebbe messo in discussione «il “patto” tra Stato ed imputato nel sinallagma economicità-giudizio allo stato degli atti con eventuale premialità in caso di condanna» (quest’ultima tratta da F. GIUNCHEDI, *Procedimenti speciali e sistema delle impugnazioni*, Pisa, 2019, 114)».

⁷⁰ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Foro it.*, 2016, II, 571.

⁷¹ Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, Patalano, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 7, p. 866.

⁷² Corte Edu, Sez. I, 25.03.2021 *ric. nn.* 15931/15, 16459/19, Di Martino e Molinari c. Italia, in www.questionegiustizia.it, aprile 2021. Per un primo commento si veda L. AGOSTINO, *Overturning della sentenza di proscioglimento nel giudizio abbreviato: per la Corte europea non è necessaria la rinnovazione istruttoria*, in *Arch. pen.*, 2, 2021; V. VASTA, *Overturning in appello dell’assoluzione nel giudizio abbreviato: la decisione della corte di Strasburgo sulla rinnovazione delle prove dichiarative*, in *Sistema penale*, 18 maggio 2021.

⁷³ In chiave molto critica L. AGOSTINO, *Overturning della sentenza di proscioglimento nel giudizio abbreviato: per la Corte europea non è necessaria la rinnovazione istruttoria*, cit., 6, il quale ritiene che, «ragionando per compromessi, se è senz’altro condivisibile l’affermazione della legittimità del rito abbreviato di per sé considerato, facendo leva sui vantaggi che da esso possono derivare in favore dell’imputato; altrettanto non sembra potersi dire con riferimento all’ipotesi in cui il giudice d’appello riformi in senso peggiorativo la sentenza di primo grado alla luce di una diversa valutazione delle deposizioni rilasciate dalle persone informate sui fatti durante le indagini preliminari: in casi del genere, il rispetto del principio di immediatezza – inteso come parametro oggettivo – doterebbe la sentenza d’appello di una maggiore affidabilità.

sensi dell’art. 442, co. 1 *bis*, c.p.p., l’imputato può essere condannato per la prima volta in appello sulla medesima piattaforma probatoria diversamente valutata dal giudice del gravame.

La riforma appare visibilmente ancorata a tale filone. Anzi, deve rilevarsi un forte parallelismo con un radicato filone giurisprudenziale interno che, a partire dalle Sezioni Unite “Clarke”⁷⁴, fondato sul concetto di rito a “prova bloccata”⁷⁵, ha sempre sostenuto la configurabilità dell’ipotesi di rinnovazione *ex officio* e mai quella a richiesta di parte proprio per rispetto alla volontà di scelta unilaterale del rito e agli spazi dibattimentali da quest’ultimo offerti⁷⁶.

La vera novità della riforma è l’inserimento del comma 3 *ter* all’interno della vasta disciplina del 603 c.p.p., direttamente ricollegabile alla riformata disciplina sull’assenza⁷⁷, e che nello specifico dispone che si proceda alla rinnovazione dibattimentale «quando l’imputato ne fa richiesta ai sensi dell’articolo 604, commi 5-*ter* e 5-*quater*» e «quando nel giudizio di primo grado si è proceduto in assenza dell’imputato ai sensi dell’articolo 420-*bis*, comma 3». In questi casi, il giudice che procede con la disposizione della rinnovazione dovrà tenere conto dei limiti *ex art.* 190 *bis* c.p.p. ossia ammettendo l’esame «solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze».

In verità, tra il nuovo comma 3 *bis* e il comma 3 *ter*, nasce un grande problema di coordinamento considerato da un lato, il recupero dell’immediatezza nel giudizio di appello attraverso l’audizione della fonte dichiarativa ritenuta decisiva per l’*overturning* della pronuncia assolutoria di primo grado e, dall’altro, le restrizioni alla prova testimoniali previste dall’art. 190 *bis* c.p.p. Sulla portata di tale limite si deve richiamare la giurisprudenza della

⁷⁴ Cass., Sez. Un., 13 dicembre 1995, n. 930, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 734, con nota di G. SPANGHER, *Le acquisizioni probatorie nel giudizio abbreviato in grado d’appello*.

⁷⁵ D. MANZIONE, *Le prassi applicative nel giudizio abbreviato: regole del processo ed istituti di diritto sostanziale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 138.

⁷⁶ Cfr. V. VASTA, *Overturning in appello dell’assoluzione nel giudizio abbreviato: la decisione della corte di Strasburgo sulla rinnovazione delle prove dichiarative*, cit., la quale ritiene che «gli spazi probatori riconosciuti in appello devono essere coerenti con la volontà manifestata dall’imputato di essere giudicato “allo stato degli atti”». Si veda anche G. MAZZA, *La perdurante attualità della riassunzione della prova dichiarativa in appello*, cit., p. 457, la quale ritiene che «la stessa limitazione della possibilità «di rinnovare ciò che non è stato» risponde alla necessità di distinguere il giudizio di primo grado, sede dell’accertamento in contraddittorio sulla fondatezza della pretesa punitiva, dai giudizi di impugnazione, finalizzati a un controllo sulla sentenza emessa nel primo giudizio». Cfr. A. PIGNATELLI, *sub. art. 443 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Torino, 1990, IV, p. 792.

⁷⁷ Per un primo sguardo alla disciplina W. NOCERINO, *La ridefinizione della rinnovazione dibattimentale in appello: un inevitabile ripensamento legislativo*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia. Codice penale-Codice di procedura penale-Giustizia riparativa*, Pisa, 2022, p. 627.

Suprema Corte che ha ritenuto la compressione delle garanzie difensive previste dell’art. 111, co. 2, 3, 4, Cost. e del diritto all’immediatezza delle prove orali assunte nel giudizio di appello, compatibile con le limitazioni previste per l’escussione del testimone nei processi per i delitti indicati dall’art. 190 *bis*, co. 1 e 1 *bis* c.p.p.; ciò perché la prova dichiarativa viene, comunque, assunta nel contraddittorio (in dibattimento o nel corso dell’incidente probatorio) e valutata dal giudice dell’appello anche senza procedere alla riassunzione. In motivazione la Corte ha ritenuto tale impostazione compatibile anche con le indicazioni giunte dalla Corte Edu – richiamate incidentalmente con la sentenza “Di Martino e Molinari c. Italia” – che ha valorizzato le esigenze di protezione «come fattore in grado di giustificare la compressione di alcune garanzie difensive, a fronte di garanzie procedurali in grado di assicurare l’equità della procedura nel suo insieme, e rispetto alle quali il legislatore ha dettato una specifica disciplina con la modifica dell’art. 190-*bis* c.p.p., comma 1-*bis* c.p.p.»⁷⁸.

⁷⁸ Si richiama Cass., Sez. III, 14 giugno 2018, n. 47702, in *Mass. Uff.*, n., 274947, la quale ha testualmente evidenziato che «La Corte EDU ha ritenuto che la dichiarazione resa dal teste, nella fase delle indagini preliminari, per costituire prova compatibile con il diritto al contraddittorio, deve ordinariamente essere seguita da una occasione in cui l’imputato possa contestarla e interrogare il suo autore e che, se manca tale possibilità, tale dichiarazione non può costituire fonte unica o preponderante della prova della responsabilità, perché ne deriverebbe un processo non equo [...] deve ricordarsi, che la stessa Corte Edu ha escluso, comunque, la violazione dell’art. 6, par. 3, lett. d) Cedu nel caso di condanna che si basi unicamente o in misura determinante su una testimonianza non sottoposta a controinterrogatorio, né nella fase dell’istruzione né in quella del dibattimento, se il pregiudizio così arrecato alla difesa sia stato controbilanciato da elementi sufficienti, ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l’equità della procedura nel suo insieme (sent. Corte EDU, del 15 dicembre 2011, Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito), e da una “adeguata e sufficiente” occasione per l’imputato di confutare, tramite l’esame, il dichiarante (sent. Corte Edu Matytsina c. Russia, del 27 marzo 2014)».

LO SFONDO DELL'IGNOTO SCIENTIFICO NELLA RESPONSABILITÀ PENALE DA SOMMINISTRAZIONE VACCINALE. DALLO "SCUDO PENALE" UN POSSIBILE NUOVO INQUADRAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA NELL'EMERGENZA "GIURIDICA"?

The background of the scientific unknown in the criminal liability from vaccine dosing. A possible new classification of medical liability?

Giuseppe Dellaquila *

L'elaborato effettua una panoramica dell'evoluzione della responsabilità medica avendo il *focus* sulle peculiarità dell'emergenza pandemica, individuando l'obbligo vaccinale come momento-chiave.

Le condizioni di incertezza scientifica hanno indotto il legislatore ad intervenire mediante una norma eccezionale, con la quale ha riconosciuto la delicatezza della situazione e si è posto lo specifico intento di "alleggerire" il carico emotivo pendente sugli operatori sanitari mediante la previsione di uno "scudo penale", potenzialmente suscettibile di ripensare al modello di tipizzazione della responsabilità medica.

The paper provides an overview of the evolution of medical responsibility. The focus is on the peculiarities of the pandemic emergency, identifying the vaccine obligation as key-moment. The condition of scientific unknown led the legislator to respond with an exceptional law, reducing the area of punishment.

Sommario: 1. Sulla natura giuridica della causa di non punibilità dello "scudo penale" – 2. Uno specifico ambito di applicazione – 3. Verso una nuova colpa medica ?

1. Sulla natura giuridica della causa di non punibilità dello "scudo penale".

L'ondata emotiva della popolazione suscitata dal timore della pandemia e dal bisogno di ricevere un messaggio forte e chiaro dagli apparati istituzionali, chiamati ad intervenire anche in termini di certezza su ciò che fosse o meno ammesso in una circostanza così fuori dall'ordinario, ha sospinto il legislatore ad un intervento il cui intento era chiaro già *expressis verbis* nella Relazione illustrativa del d.l. n. 44 del 2021, ovvero fornire rassicurazioni ai soggetti coinvolti nella campagna di vaccinazione, circa la non incombenza di

* Dottorando di ricerca in Diritto e sicurezza Università di Foggia.

responsabilità di carattere penale, così da non inficiare l'esito positivo della stessa.

Da qui sono emerse due esigenze contrapposte: da un lato, garantire la tutela dei diritti lesi a seguito di un danno alla persona derivante dalla somministrazione del vaccino; dall'altro, offrire congrue forme di protezione agli operatori in prima linea nella campagna di vaccinazione. Seguendo queste coordinate il legislatore, lungi dal generare forme occulte di immunità, ma con il precipuo obiettivo di rispondere alla "pancia" di chi si auspicava un simile intervento², ha cercato di intervenire in senso delimitativo della colpa medica, un settore penalistico oggetto di grandi scenari controversi, sul quale più volte si è intervenuti nel corso del tempo sia in senso legislativo, che sotto il versante giurisprudenziale.

L'intervento in questione, vocato alla necessità di tener conto della eccezionalità del fenomeno pandemico, ha cercato di tirare le redini della questione gettando il "peso" della colpa oltre il muro della logica precauzionale tramite la quale in giurisprudenza³ sin troppo spesso, mediante l'ombra di una colpa generica mascherata *ex art. 2087 c.c.*, si è finito per ricollegare, a seconda dei casi, una pseudo-prevedibilità della situazione di pericolo o la sua evitabilità tramite ricorso ad un'altra condotta, rimproverando così di non aver seguito la "strada" illuminata da un agente modello così performante da essere inarrivabile, specialmente in una situazione di emergenza sanitaria come quella verificatasi⁴, in cui a far da padrona erano la limitatezza di risorse umane e materiali, in proporzione al numero di casi di cui occuparsi, oltre che l'esiguità di informazioni a disposizione sulle patologie correlate al Covid-19.

Sul decreto legge in questione si è persino esposta la Suprema Corte di Cassazione⁵, la quale dopo aver preso in considerazione la possibilità di un'eventuale inutilità della disposizione legislativa, in quanto alle medesime conseguenze si sarebbe potuto pervenire mediante l'ordinaria applicazione dei principi generali in materia di imputazione soggettiva della colpa, ha in realtà preferito la tesi della causa di esclusione della colpevolezza per i fatti di reato *ex art. 589 e 590 c.p.* causalmente riconducibili alla somministrazione vaccinale anti Covid-19, se è accertato un "uso conforme" del vaccino a quanto indicato dall'AIC e dalle circolari del Ministero della Salute.

La necessità del processo, infatti, è sempre intrinseca all'accertamento della verità. *In primis*, in quanto l'apertura di un procedimento penale laddove

² C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l.44/2021)*, in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021.

³ Si veda in tal senso G. FORTI, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, in *Sole 24 ore*, 9 marzo 2020.

⁴ F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2020.

⁵ CASS. *Rel. n. 35/2021*, 21 giugno 2021, in *cortedicassazione.it*, pp. 5 ss.

il magistrato (e nessun altro) dovesse ritenerlo necessario, si pone come strumento di salvaguardia, rappresentando il giusto (oltre che inevitabile) compromesso tra esigenze, in tal caso multiformi, di tutela privatistica e pubblicistica, dividendosi tra la necessità di tutelare la salute pubblica tramite la migliore campagna vaccinale possibile e quella di garantire il perseguimento dei reati.

In secondo luogo, l'esigenza di un congruo accertamento in sede penale è ulteriormente confermata dalla circostanza che l'ambito operativo di cui si tratta è di gran lunga più circoscritto rispetto agli scenari quotidiani, in cui le occasioni di contagio risultano talmente ubiquitarie da rendere difficilmente evidenziabile oltre ogni ragionevole dubbio una chiara situazione di contagio e lo specifico legame causale con il danno verificatosi⁶.

Al momento della somministrazione vaccinale, infatti, si ha già a disposizione uno *screening* approfondito delle condizioni di salute del paziente *ex ante* e soprattutto non si presentano fattori alternativi causali in numero così elevato come invece avviene in un qualsiasi altro contesto, in cui le occasioni di contagio sono esponenzialmente più elevate.

Ne deriva allora la concreta possibilità di verificare scientificamente il nesso sussistente tra la somministrazione effettuata (ed il contesto organizzativo ed informativo nel quale essa è avvenuta) con l'evento lesione o morte e, pertanto, risulta essere di fondamentale importanza l'avvio di un procedimento penale volto a verificare un uso conforme del vaccino ai criteri di giudizio indicati dalla norma.

Innanzitutto, in stretto riferimento alla nozione di «uso del vaccino» sarebbe più opportuna una visuale a largo raggio sul punto, poiché sarebbe eccessivamente restrittivo far dipendere effetti giuridici talmente importanti da un'attività, quale l'inoculazione del vaccino in sé, che si pone come una condotta meramente pratica, intrinsecamente priva di una sua particolare difficoltà di esecuzione ed anzi a chiusura di una serie di valutazioni professionali che, al contrario, certamente sono meritevoli di una maggiore attenzione per la delicatezza delle valutazioni effettuate in tale sede, in merito all'anamnesi dello specifico paziente e alla conseguente scelta del vaccino più opportuno da somministrargli.

La conformità dell'uso del vaccino alle basi giuridiche indicate dalla norma deve pertanto sussistere lungo l'intera fase di impiego del vaccino, senza ridurla alla fase materialmente esecutiva, ma aprirla a quelle antecedenti (ben più importanti)⁷.

⁶ G. DE FRANCESCO, D. NOTARO, C. CUPELLI, A. GARGANI, *Atti del Convegno «Malattie infettive, salute e sviluppo: implicazioni economiche e risposte giuridiche»*, Pisa, 14 dicembre 2022.

⁷ Diversamente L. FIMIANI, *Nuovo «scudo penale» (decreto-legge 1 aprile 2021, n.44): è una norma tautologica*, in *Giur. pen.*, 2021, 4, p. 3.

Prima di accingersi ad un'analisi più approfondita del dettato normativo circa la «Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-Cov-2» è opportuno analizzare preliminarmente la natura giuridica sottesa alla causa di non punibilità in questione, *questio iuris* che potrebbe anche essere determinante per comprendere l'effettiva portata della norma.

Per parte della dottrina la causa di non punibilità in questione sarebbe tecnicamente una causa di esclusione della colpa⁸ in base al presupposto che il giudice abbia accertato l'emersione di un nesso di causa tra l'evento lesione o morte e la somministrazione vaccinale quantomeno *ex art. 41, comma 1 c.p.*, per cui il nesso condizionalistico non sarebbe interrotto anche sull'eventuale profilo della concausalità con una patologia preesistente o concomitante alla vaccinazione.

La maggiore problematica derivante da una simile interpretazione è rappresentata dall'effetto giuridico che la stessa apporterebbe. In tal modo essa finirebbe per incentrarsi sull'elemento soggettivo aderendo completamente al profilo della colpevolezza, per cui la semplice osservanza da parte di tutti i soggetti coinvolti nella catena della vaccinazione (dai soggetti deputati alla gestione dei lotti, sino ai sanitari che materialmente provvedono all'inoculazione) delle indicazioni contenute nelle "fonti" individuate *ex ante* dal legislatore comporterebbe l'automatica esclusione di qualsiasi grado della colpa, ma ciò contrasta a chiare lettere con quanto previsto dalla legge di conversione del decreto (l. n.71/2021) che, introducendo l'art.3 *bis* c.1, ha comunque previsto un residuo di rimproverabilità a titolo di dolo e colpa grave per i reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p.⁹, consumati nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovino la propria causa nel contesto emergenziale, per poi procedere nel secondo comma all'individuazione a chiare lettere dei criteri che il giudice deve tenere in considerazione per saggiare la gravità della colpa medica.

Per altra parte della dottrina, invece, si sarebbe di fronte ad una causa di non punibilità¹⁰ basata, come tutte le altre cause del medesimo tipo, esclusivamente su una scelta di opportunità politico criminale, in forza della quale il legislatore ha preferito fornire una spinta maggiore alla campagna di vaccinazione, rassicurando gli animi degli operatori sanitari chiamati ad

⁸ Si veda più approfonditamente C. CUPELLI, voce «Covid-19 e responsabilità colposa», in *Reato colposo* (diretto da Donini), in *Enc. dir.* estratto da *I Tematici*, II, Milano, 2021, p. 341.

⁹ Secondo D. PIVA, *Con lo scudo penale per i medici restano spazi di responsabilità*, in *Sole 24 ore*, 1.4. 2021, ipotesi residuali di responsabilità del sanitario finiscono in tal modo con l'essere confinate alla sola colpa grave e la previsione di una simile disposizione risulta funzionale a prendere atto del diritto vigente, evitando direttamente le iscrizioni nel registro delle notizie di reato.

¹⁰ Per L. FIMIANI, *op. cit.*, p. 1, si tratterebbe tecnicamente di una causa personale di non punibilità.

intervenire con grande efficienza, a discapito dell'esigenza di punire condotte colpose legate alla vaccinazione.

Questa interpretazione seppur perfettamente in linea con la *ratio* stessa che ha indirizzato la norma, in realtà non supera lo scoglio rappresentato dalla circostanza che l'operatività di una causa di non punibilità del genere sconta il "debito" della incapacità della medesima di intervenire se non come ultimo baluardo di difesa dalla sanzione penale. Il reato infatti sussiste, ma l'imputato se da un lato non è punibile per l'operatività della causa, dall'altro lato si espone a tutte le conseguenze civili risarcitorie.

Si è prospettata allora in dottrina un'altra tesi, secondo la quale si ravviserebbe nella fattispecie una causa di esclusione del tipo colposo, in quanto tale incentrata esclusivamente a riparametrare il grado della colpa rilevante sin dalla tipizzazione del fatto. L'adesione a quanto preventivamente ritenuto adeguato dal legislatore, pertanto, comporta l'impossibilità di muovere un rimprovero penale. Di conseguenza, intervenendo il legislatore a definire la sola misura oggettiva della colpa ha finito per circoscrivere l'ambito della colpa specifica all'osservanza di quanto stabilito dal provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e alle circolari pubblicate dal Ministero della Salute, con ciò addivenendo ad un duplice risultato: eliminare un qualsiasi addebito di carattere residuale a titolo di colpa generica e definendo il fatto già a livello di tipicità, per cui qualsiasi altra condotta, realizzata dal sanitario nell'ambito della campagna di vaccinazione emergenziale in violazione di regole di cautela diverse da quelle previamente individuate, risulta di per sé atipica¹¹.

Questa interpretazione sarebbe anche l'unica a garantire l'estromissione di qualsiasi azione risarcitoria, residuando pertanto in capo al soggetto passivo la sola tutela indennitaria riconosciuta dallo Stato.

2. Uno specifico ambito di applicazione.

Indipendentemente dalla natura giuridica della fattispecie, la nuova previsione risulta inserirsi in maniera perfettamente logica e coerente con la vigente normativa in materia di colpa medica. L'art. 6 della legge Gelli-Bianco era infatti già intervenuta in materia, introducendo una nuova autonoma fattispecie nell'art. 590 *sexies* c.p., con la quale si è provveduto ad abrogare la

¹¹ Cfr. M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1179; P. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, in *Sist. pen.*, 23 aprile 2021; E. PENCO, «Norma scudo» o «norma placebo»? brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-Cov-2, in *Sist. pen.*, 13 aprile 2021; P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2022, p. 12.

limitazione di responsabilità dei sanitari ai soli casi di colpa grave prevista dalla normativa previgente¹².

Nello specifico il comma 2 dell'art. 590 sexies c.p. esclude la punibilità di quei professionisti sanitari che nell'esercizio della loro attività si siano attenuti alle raccomandazioni previste dalle linee guida, così come definite e pubblicate ai sensi di legge, purché le raccomandazioni scientifiche ivi previste fossero adeguate al caso specifico¹³. In subordine, ovvero in mancanza di queste, è espressamente richiesta l'adesione alle buone pratiche clinico assistenziali. Determinante risulta poi la formula d'apertura con la quale si restringe l'ambito di applicazione della norma ai soli casi in cui l'evento (morte o lesioni personali) si sia verificato a causa di imperizia.

A ben vedere si tratta della medesima tecnica di tipizzazione della fattispecie con cui il legislatore ha predeterminato i confini dell'elemento oggettivo della colpa nel tentativo di restringerne la portata sulla base di una valutazione *ex ante* di politica criminale, per cui per i soli casi di imperizia in cui si fosse correttamente eseguita la diagnosi e la scelta delle linee guida più adeguate al caso concreto il professionista sanitario sarebbe andato esente da responsabilità nel caso in cui ugualmente l'evento si fosse verificato. Sul punto però si è subito interessata la Suprema Corte di cassazione che a sezioni unite si è espressa con la sent. Mariotti cercando di offrire sistematicità, logicità alle varie disposizioni succedutesi nel tempo e, in generale, un assetto costituzionalmente conforme¹⁴, superando quello che era il maggior difetto di coordinamento, ovvero la punibilità di violazioni determinate da colpa lieve da imprudenza o negligenza a fronte della non punibilità per errori di imperizia connotati da particolare gravità. La suprema Corte si è orientata allora nel senso di far residuare un alveo di punibilità a titolo di colpa anche lieve, se riconducibile a negligenza o imprudenza; egualmente punibile a titolo di colpa lieve anche nel caso di imperizia, se l'errore è nell'individuazione delle linee guida e delle *best practices* clinico-assistenziali, quando risultino inadeguate rispetto alle specificità del caso concreto; la punibilità per colpa grave nel solo

¹² Ex art. 3 comma 1 l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi)

¹³ Sull'importanza delle linee guida e sul ruolo che la scienza può assumere sul piano della tipicità colposa si veda approfonditamente C. CUPELLI, *Prova scientifica, regole cautelari e responsabilità medica*, in *Sist. pen.*, 14 marzo 2023, pp. 4 ss.; S. DOVERE, *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Milano, 2021, pp. 182 ss. Sull'inidoneità delle linee-guida a predisporre un univoco *standard* di comportamento diligente: M. PELLISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 2, p. 539 ss; D. BRUNELLI, *Limitatori della penalità: dall'abuso d'ufficio alla gestione datoriale del rischio covid-19*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, pp. 1 ss.

¹⁴ Si veda sul punto C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione «costituzionalmente conforme» dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, 3, pp. 246 ss.

caso di imperizia nell'esecuzione delle linee guida (purché adeguate allo specifico caso clinico)¹⁵. Il supremo collegio si è così spinto a far sopravvivere la distinzione nella graduazione della colpa, che era alla base della normativa previgente, per superare lo scoglio di una possibile illegittimità costituzionale della norma, utilizzando i medesimi indicatori, funzionali alla delimitazione della lievità della colpa, che erano stati elaborati già in relazione all'art. 3 d.l. 13 settembre 2012, n.158¹⁶.

Si tratta dell'individuazione di un determinato grado di dissociazione dallo *standard* richiesto dalla regola cautelare sulla base del presupposto che se da un lato quest'ultima mira a ridurre quanto più possibile il rischio di verificazione di un determinato evento, dall'altro lato è anche vero che essa fotografa un preciso momento, in quanto tale di per sé statico, tale da richiedere inevitabilmente un certo grado di adeguamento della regola cautelare alla specifica situazione cui far fronte in concreto¹⁷. È per questo motivo che, già in sede di applicazione del c.d. decreto Balduzzi e successivamente anche per la legge Gelli-Bianco, si finisce per tenere in debita considerazione la portata di "fattori esterni" quali ad esempio: la particolare complessità del quadro clinico cui far fronte, in termini sia di novità della situazione, che di emergenza e celerità con cui intervenire; le specifiche condizioni in cui il soggetto agente è chiamato ad intervenire, da un punto di vista della struttura organizzativa in cui è immerso e del suo grado di specializzazione, ma anche la consapevolezza dell'agente di tenere un comportamento pericoloso.

¹⁵ Sulla natura di causa di non punibilità si veda O. DI GIOVINE, *A proposito delle sezioni unite della Corte di cassazione «Mariotti» sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su «colpa medica e sicurezza delle cure»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 3, pp. 847 ss.; M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Legisl. pen.*, 22.06.2020.

Sulle categorizzazioni dogmatiche tra fatto tipico e colpa si veda invece F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. La fattispecie*, Padova, p. 32, il quale in maniera illuminante riporta il dibattito sotteso anche nella dogmatica tedesca, divisa tra chi propende per una ripartizione della colpa in misura oggettiva e soggettiva, rispettivamente riconducibili al piano del fatto tipico e della colpevolezza, e chi riconduce l'intero panorama della colpa all'interno del fatto tipico, con la diretta conseguenza in quest'ultimo caso della mancata configurazione dell'illecito in sé, laddove non si possa avanzare un rimprovero di diligenza.

¹⁶ Sul dibattito giurisprudenziale in materia di colpa medica si veda a titolo esemplificativo: R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. Cont.*, 2018, 5, pp. 233 ss.; L. RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia «lieve» del medico*, in *Giur. It.*, 2018, 4, pp. 948 ss.; O. DI GIOVINE, *A proposito delle sezioni unite della Corte di cassazione «Mariotti» sulla colpa medica*, cit. pp. 837 ss.

¹⁷ Sulla complessità nella valutazione del grado di coerenza e adesione di una regola conformativa della tipicità ad una regola valutativa, che invece dalle caratteristiche del caso concreto dipende, si traduce nella difficoltà più grande in sede di giudizio sulla colpa in termini di «stabilità e predicibilità del parametro su cui commisurare l'osservanza del dovere cautelare» C. PIERGALLINI, voce *Colpa*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, p. 223.

Non a caso la normativa emergenziale dettata dall'art.3 *bis* comma 2 non fa altro che riconoscere la sussistenza *de facto* delle particolari condizioni in cui i professionisti sanitari si ritrovano ad operare, ovvero pessime condizioni organizzative ed operative, determinate dall'ingente numero di casi di cui le strutture sanitarie sono incaricate, caratterizzati taluni da condizioni cliniche meritevoli di particolare attenzione, talaltri da una certa urgenza di intervento, in un contesto generale di carenza di dispositivi di protezione individuale. A questo va aggiunta la scarsità delle risorse umane a disposizione e, per molti di esse, il minor grado di esperienza e di conoscenze tecniche in possesso, avendo richiesto anche l'intervento di personale non specializzato per far fronte all'emergenza sanitaria. Il tutto immerso in un contesto di limitatezza delle conoscenze scientifiche attinenti al vettore virale in questione.

Sebbene la specifica normativa attinente alla responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-CoV-2 sia rinvenibile nell'art.3 della legge n.76 del 2021, l'art.3 *bis* inserito in sede di conversione del decreto legge funge da disposizione generale valevole per i medesimi eventi (morte e lesioni personali), che si fossero verificati a causa dell'emergenza sanitaria. Pertanto, quest'ultimo potrebbe astrattamente trovare applicazione eventualmente in combinato disposto con l'art.3, dunque anche in occasione della somministrazione del vaccino, essendo quest'ultima una delle attività tipiche delle operazioni di gestione e di contrasto della pandemia, ma interviene in uno specifico spazio operativo.

In forza della legge Gelli-Bianco, infatti, residua ancora un settore nell'ambito della colpa medica per il quale l'esercente la professione sanitaria risulta essere penalmente responsabile, ovvero se l'evento si è verificato a seguito di imperizia, anche per colpa lieve, quando lo specifico caso cui far fronte non risulti regolato da linee guida o buone pratiche clinico assistenziali e l'emergenza Covid ha rappresentato una concreta realtà in tal senso.

Specialmente all'inizio della pandemia, infatti, non potevano esistere precise raccomandazioni basate su evidenze tecnico-scientifiche per far fronte all'emergenza pandemica, così come anche successivamente si è palesata la necessità di essere consapevoli di dover far fronte anche al c.d. ignoto scientifico¹⁸, nei confronti del quale mentre in fase di produzione dei vaccini si richiede un atteggiamento proattivo alla ricerca scientifica dei potenziali rischi per la salute e delle possibili soluzioni, a valle della catena, invece, si richiede da parte del medico una valutazione dei relativi *risks and benefits* in fase di somministrazione o di cura, per cui soltanto quando i possibili benefici

¹⁸ P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 1.

superano i potenziali rischi¹⁹ è possibile procedere al trattamento, dietro il necessario consenso del paziente²⁰.

3. Verso una nuova colpa medica ?

L'autonomia di portata della disposizione di cui all'art.3 *bis* emerge allora proprio nel momento in cui risultino lacunose le indicazioni contenute nel provvedimento con il quale si è autorizzata l'immissione in commercio del vaccino e le circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della Salute per quanto riguarda l'attività di vaccinazione in senso stretto, o quando le stesse siano dotate di una elasticità tale da rimettere la valutazione all'analisi del medico sul campo. Mentre infatti in presenza quantomeno di buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, la responsabilità del medico è ristretta alla sola colpa grave da imperizia²¹; in totale assenza di chiare indicazioni del

¹⁹ Si pensi ad esempio al caso della somministrazione del vaccino *Vaxzevria* durante la gravidanza. AIFA, *Allegato I, Riassunto delle caratteristiche del prodotto del vaccino Vaxzevria*, in farmaci.agenziafarmaco.gov.it, par. 4.6.

²⁰ Si noti come la necessaria sussistenza del consenso è generalmente funzionale ad una certificazione dell'avvenuto adempimento di un onere informativo completo nei confronti dell'interessato. Esso, pertanto, reca in sé un'intrinseca capacità giustificatrice della condotta del medico, se attentamente documentata e riferita all'interessato in maniera completa e chiara, affinché questi risulti realmente edotto e consapevole delle caratteristiche tipiche del trattamento al quale si sottopone e soprattutto i possibili rischi ad esso connessi. Solo in questo modo il consenso può considerarsi pieno ed informato ai sensi della l. 22 dicembre 2017, n. 219. Si veda sul punto Cass., 10 dicembre 2019, n.32124, in *Foro it.*, 2020, p. 150 con nota di P. LAGHEZZA, *Sfumature ed evanescenze del consenso informato: ovvero di come si ragguaglia il paziente e si dimostra la sua libera scelta*.

Tuttavia, in una situazione come quella emergenziale, caratterizzata dalla previsione dell'obbligo vaccinale per talune categorie di soggetti, l'istituto del consenso informato perde inevitabilmente talune caratteristiche sue intrinseche, senza per ciò finire per essere meramente eventuale. L'acquisizione del consenso, infatti, finisce per essere inevitabilmente subordinata alla natura obbligatoria del vaccino. Essa non fa altro che ridurre il margine negativo del diritto alla salute *ex art.32 cost.*, senza però rappresentare un vizio del consenso *ex art. 1427 e ss. c.c.*, in quanto l'adesione alla vaccinazione (anche quando obbligatoria) si pone in termini di libera scelta nell'adempimento di un obbligo di legge, senza però incardinare il relativo trasferimento di responsabilità che da una scelta completamente libera ne deriva. Si veda in tal senso G. GUZZETTA, *Obbligo vaccinale e consenso informato. Profili problematici e aporie logiche*, in *Giur. it.*, 2022, 10, pp. 2297 ss. Una simile impostazione risulta, d'altronde, perfettamente coerente col principio di autodeterminazione, che rappresenta il nucleo più duro della dignità della persona. Infatti, esso è idoneo anche a certificare che la somministrazione sia avvenuta senza alcun costringimento fisico. Dall'altro lato, il consenso si rivela comunque necessario a seguito del contenuto dell'informativa, che sta ad attestare l'adempimento del relativo onere da parte del sanitario ed è anche funzionale alla valutazione in sede di anamnesi della sussistenza di eventuali condizioni cliniche idonee ad esonerare il soggetto dalla vaccinazione.

²¹ Sul punto Di Giovine si rivela fortemente critica nei confronti del «*commodus discessus*» che la colpa grave rappresenterebbe, definendola come voluta dalla giurisprudenza per garantire una

genere la responsabilità del medico, stando al tenore della legge Gelli-Bianco si amplia automaticamente sino alla colpa lieve anche nel caso di imperizia. La normativa emergenziale non fa altro che riconoscere tale *status quo*, caratterizzato da forte incertezza scientifica, oltre alle ben note difficoltà operative in cui sono stati chiamati ad operare i professionisti sanitari nell'emergenza sanitaria, e pertanto ha deciso di restringerne i profili di punibilità alla sola colpa grave, mediante la previsione di ciò che è comunemente noto come «scudo penale», sia nel caso di carenza di istruzioni contenute nelle basi giuridiche previamente individuate dal legislatore, sia per gli eventi lesivi che si siano verificati a causa di negligenza o imprudenza, tipi colposi nei confronti dei quali prima della normativa emergenziale il legislatore si era invece dimostrato più rigido, andando a sanzionare anche la colpa lieve.

Si tratta di una *novatio legis* dalla portata temporanea²² con la quale il legislatore di certo non ha rivoluzionato il panorama della colpa medica, ma si è fatto promotore di talune istanze contingenti dettate dall'esplosione dell'emergenza sanitaria e ha così cercato di indirizzare i binari di accertamento della colpa, temendo "derive punitive"²³ di cui la giurisprudenza in passato si è già fatta carico facendo affidamento sulla onnipresente colpa generica²⁴ (a volte più cercata che trovata)²⁵ per il tramite delle vesti di un agente modello, così perfetto che sarebbe stato lontano anni luce rispetto alla fatica di Sisifo che hanno dovuto sopportare coloro che hanno combattuto in prima linea durante l'emergenza Covid-19.

via d'uscita più comoda in futuro. In tal senso O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2: omicidio e lesioni tra incertezze scientifiche, sovraderminazioni causali e trappole cognitive*, in *lalegislazionepenale.eu*, 27 gennaio 2020, p. 15. Potrebbe quindi trattarsi di un'ipotesi di ascrizione normativa, ovvero caratterizzata dall'intimo convincimento del giudice circa la sussistenza di tale grado della colpa, ma di non grande evidenza empirica. Sull'ascrizione normativa si veda C. ROXIN, *Ueber den dolus eventualis*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, II, p. 1214.

²² La transitorietà della norma è fondamentale al fine di recare con sé effetti che siano temporalmente circoscritti. In quanto tale, essa è infatti idonea a creare un inciso giuridico valevole solo ed esclusivamente per la cornice temporale emergenziale, rappresentata da un lato dall'art.1 comma 457 della l. 30 dicembre 2020, n. 178, che rappresenta il *dies a quo* della campagna vaccinale anti Covid-19, e dall'altro lato dalla relativa dichiarazione di cessazione dell'obbligo vaccinale a seconda dei soggetti sottoposti a tale vincolo.

²³ Si pensi agli orientamenti giurisprudenziali basati sulla sull'argomento *post hoc, propter hoc* secondo cui, in presenza dell'impossibilità o dell'elevata difficoltà di rinvenire leggi generali di copertura in grado di spiegare gli eventi lesivi, «la giurisprudenza tende a privilegiare l'autoevidenza dei segni (l'insorgenza del danno) corroborata dall'assenza di cause concorrenti». Così C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale: profili dommatici e politico criminali*, Milano, 2004, pp. 97 ss.

²⁴ Cfr. P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 1; F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 3.

²⁵ Sulla figura della colpa e sulla gestione del rischio si veda R. BLAIOTTA, *Dove va la colpa*, in *Dir. pen. proc.* 2021, pp. 1281 ss.

Non sarebbe azzardato allora affermare che il legislatore abbia esperito in tal modo un tentativo di ideare una figura di "agente modello dell'emergenza" che rispondesse ad esigenze *de facto* diverse da quelle tradizionali²⁶, superando l'ordinaria concezione di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, semplicemente riconoscendo il legislatore stesso le difficili condizioni psico-fisiche in cui i professionisti sanitari sono stati chiamati ad intervenire e, dunque, mutando l'ordinamento stesso la propria aspettativa sia per quanto riguarda le regole cautelari di riferimento, parametri oggettivi di giudizio, sia il comportamento dell'agente concreto, non solo perché oberato di lavoro, per l'ingente mole di casi da trattare, la scarsità di personale e di dotazioni tecniche a disposizione, ma anche a seguito di una componente non di poco conto, rappresentata dalla novità esperienziale e per alcuni aspetti dall'incertezza scientifica²⁷.

Di certo la finalità del legislatore è stata chiaramente politica, in quanto immersa in un periodo emergenziale, e non primariamente volta a risolvere problemi tecnico-giuridici, ma si pone allo stesso tempo come un chiaro segnale verso la magistratura, implicitamente esortata a valorizzare tanto la misura oggettiva, quanto quella soggettiva della colpa in un settore particolarmente critico come quello della responsabilità medica. È evidente che, laddove non si riuscisse per il tramite del formante giurisprudenziale a ridurre la ricerca di una «colpa a tutti i costi»²⁸, debba essere il legislatore ad assumersi l'onere di intervenire nuovamente in materia, magari anche grazie all'esperienza acquisita a seguito dell'emergenza sanitaria, mediante una più puntuale individuazione del penalmente rilevante. Proprio in tal senso potrebbe leggersi la legge di conversione del decreto milleproroghe (d.l. 215/2023), con la quale il legislatore ha riconosciuto l'importanza della portata applicativa dello scudo penale Covid-19 tanto da attribuire validità al nuovo scudo fino al 31 dicembre 2024, mantenendo pressoché inalterata la struttura, ovvero richiedendo la sussistenza dei medesimi fatti tipici (*ex artt.* 589 e 590 c.p.), commessi in occasione dell'esercizio di una professione sanitaria.

Il requisito differenziale risulta essere esclusivamente il mutato ambito applicativo della norma. Il legislatore ha infatti preso contezza, purtroppo soltanto a seguito delle drammatiche vicende che la pandemia ha portato con sé, di come il contesto attualmente più bisognoso di un intervento emergenziale

²⁶ Sul diritto penale emergenziale come nuovo settore di ricerca si veda E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Dir. pen. contemp.* – *Riv. trim.* 2021, 1, p. 12.

²⁷ In dottrina si è anche assistito ad una tesi valorizzatrice dell'emergenza pandemica come forza maggiore, di per sé idonea a rendere inesigibili da parte degli operatori sanitari i rispettivi obblighi assistenziali, così da annullare la posizione di garanzia da essi ricoperta *ex art.* 40 comma 2 c.p. In tal senso A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il «rischio penale» in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 7, p. 891.

²⁸ Così A. GULLO, *Pandemia, vaccini e diritto penale*, in *Giur. it.*, 2022, 10, p. 2282.

sia la strutturale carenza di personale sanitario e di risorse finanziarie, a seguito delle quali la pandemia da Covid-19 ha potuto trovare ancora più tragiche conseguenze.

Preso atto finalmente dello *status quo* delle corsie ospedaliere, il legislatore ha allora sostituito dal novero dei "parametri" attraverso i quali valutare il grado della colpa la limitatezza delle conoscenze scientifiche, tipica dell'emergenza pandemica, con la sussistenza di «situazioni di grave carenza di personale sanitario», ben inquadrate nelle difficili condizioni di lavoro e nell'esiguità delle risorse umane, materiali e finanziarie, da accertarsi pur sempre nel caso concreto.

Si allarga in tal modo l'ambito di applicabilità del nuovo scudo purché sia sempre sussistente il nesso causale tra l'organica carenza e il fatto previsto dalla legge²⁹.

Resta, pertanto, come *fil rouge* che collega i due scudi la scelta del legislatore di sanzionare penalmente la sola colpa grave in forza delle concrete difficoltà operative, prima scientifiche, poi strettamente organizzativo-finanziarie.

Si tratta di un passaggio potenzialmente cruciale nel senso di un riconoscimento da parte del legislatore circa la necessità di rimodulare in futuro l'ambito operativo della colpa medica, restando (per ora) pur sempre nell'orbita di un eventuale interesse politico in considerazione della natura per definizione temporanea del decreto milleproroghe.

²⁹ Sulla possibilità di estendere lo scudo milleproroghe anche ai dirigenti, in qualità responsabili delle scelte organizzative dell'azienda in quanto tali non strettamente cliniche e per ulteriori spunti interessanti si veda: P. PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, in *Sistema pen.*, 23 febbraio 2024.

VITTIMOLOGIA E REATI AMBIENTALI TRA RADICI E PROSPETTIVE: UN CONNUBIO ORMAI CONSOLIDATO

Victimology and environmental crimes between roots and perspectives: a now consolidated combination

di

Roberto Colucciello *

Il connubio tra reati ambientali e vittima degli stessi non può non prescindere da una ritrovata sensibilità, soprattutto in questi ultimi anni, circa l'importanza della tutela ambientale. In virtù di quanto poc'anzi detto, il riconoscimento della vittima di dette condotte arrecate a danno dell'ecosistema ha potuto trovare, non tanto il suo compimento, ancora da raggiungere completamente, bensì quella visibilità e quei primi strumenti che, si spera, possano essere davvero efficaci e ristabilire il giusto temperamento ed equilibrio tra danno arrecato e giusto ristoro. Nel nostro paese abbiamo assistito a diversi ed importanti disastri ambientali che ancora oggi non sono del tutto risolti, nonostante la legislazione nazionale e sovranazionale abbiano previsto nuove e più penetranti azioni volte a reprimere dette condotte.

The combination of environmental crimes and their victims cannot ignore a newfound sensitivity, especially in recent years, regarding the importance of environmental protection. By virtue of what has just been said, the recognition of the victim of said conduct caused to the detriment of the ecosystem has been able to find, not so much its completion, which has yet to be fully achieved, but rather that visibility and those first tools which, it is hoped, can be truly effective and re-establish the right balance between the damage caused and the right compensation. In our country we have witnessed several important environmental disasters which are still not completely resolved, despite national and supranational legislation having provided for new and more penetrating actions aimed at repressing such conduct.

* Dottore in Giurisprudenza e Scienze Investigative e specialista in criminologia per l'Investigazione e la Sicurezza.

Sommario: 1. Introduzione – 2. La vittimologia nell’alveo delle scienze criminologiche – 3. La vittimologia ambientale e la *green criminology* – 4. Individuazione di una autonoma forma di vittimizzazione: le vittime dei reati ambientali – 5. La giustizia riparativa – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il negativo impatto sui fragili equilibri del nostro ecosistema, causato da una continua escalation del potere inquinante per mano dell’uomo, porta gli operatori del diritto a studiare possibili, quanto necessarie, soluzioni normative alla cd. “questione ambientale”: ovvero, la ricerca di un corretto equilibrio tra la protezione dell’ecosistema e l’esigenza di assicurare lo svolgimento dell’attività produttiva umana, nonché della sua evoluzione².

Si possono distinguere tre momenti fondamentali del rapporto uomo-ambiente:

- il primo momento, che vede l’uomo primitivo del tutto acerbo di strumenti e cognizioni per dominare gli elementi della natura, ossia dover combattere contro l’ambiente per garantirsi la sopravvivenza;
- Il secondo, dove appare ribaltato questo status di totale soggezione, dove il progresso cognitivo dell’essere umano sembra dominare in parte l’ambiente naturale e le sue leggi specifiche;
- Il terzo, che corrisponde al momento attuale, che vede l’uomo evoluto accrescere, con margini potenzialmente illimitati, il suo dominio sulla natura che lo circonda, e, quindi, acquisire una sorta di consapevolezza circa la necessità di protezione dell’ambiente dall’intervento per mano dell’uomo³.

L’analisi del danno al bene giuridico ambiente presenta un carattere trasversale, che permette appunto di avvicinarsi alla materia muovendo da diverse discipline eterogenee tra loro, ed ha interessato nel tempo anche gli studiosi di criminologia⁴.

In generale, l’approccio criminologico tende ad analizzare le spinte motrici alla base dello sviluppo dei comportamenti devianti, da parte di soggetti che dimostrano una certa propensione alla realizzazione di specifiche tipologie di crimini, nonché i caratteri della vittima che normalmente subisce gli effetti dannosi tipici di tali condotte.

In detti termini, lo scopo degli studi criminologici consta nel fornire tutte le informazioni utili atti ad individuare strumenti idonei di prevenzione e controllo del crimine, offrendo un apporto rilevante ad altre discipline – quali il diritto

² A. MANICCIA, *I reati ambientali*, in *Diritto penale dell’economia*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 455.

³ A. MANICCIA, *Crimini ambientali*, Ipsoa, Milano, 2021, p. 2.

⁴ A. CHINES, *La frode dei crediti di carbonio: connessione tra crimini ambientali e crimini di potere*, in *Eunomika*, Viterbo 2020.

penale, la sociologia, la psicologia, la medicina legale, la statistica – cooperando con esse nella scelta dei programmi di contrasto a tali fenomenologie criminose⁵.

Risalgono agli inizi degli anni ottanta le prime indagini socio-criminologiche da parte degli studiosi che iniziano ad isolare i caratteri di alcuni fenomeni criminali considerabili dannosi per l'ambiente, ponendo le basi per l'affermazione di una "criminologia ambientale", da definirsi quale studio interpretativo delle conseguenze bio-fisiche e socioeconomiche delle varie fonti del danno ambientale⁶.

L'approccio scelto dalla criminologia ambientale, tra l'altro, può sin da subito ricondursi nel filone interpretativo inaugurato dalla teoria della "criminologia critica", alias quella branca criminologica per la quale l'illiceità di una certa condotta cambia in base alla condizione e alla diversa epoca nel quale è valutata, divenendo deviante allorquando un gruppo sociale acquista abbastanza potere per poterlo perseguire.

Quindi, per la criminologia critica, qualsivoglia condotta umana non possiede di per sé qualità criminali, ma può subire una degradazione in termini di illiceità da parte di un ordinamento che, in un dato momento storico, decide di perseguire quella particolare condotta.

Nell'approccio tipico della criminologia ambientale, si riconosce come l'attività produttiva ed alcuni stili di vita dell'uomo, non siano considerati da sempre e per natura criminali, ma la consapevolezza della loro potenziale lesività nei confronti dell'ecosistema acquista consistenza solo a seguito dell'affermarsi della "questione ambientale", inaugurata dagli studi della scienza sul fenomeno dell'inquinamento, che evidenziano, per la prima volta, l'esigenza di preservare l'equilibrio dell'ecosistema attraverso il doveroso bilanciamento tra i bisogni produttivi e le contrapposte azioni a tutela dell'ambiente.

Inoltre, si concretizza la consapevolezza della stessa collettività che, resa edotta dell'esistenza di una "questione ambientale", acquista quel potere necessario a creare la giusta pressione sull'organo politico, esortandolo ad effettuare scelte di politica ambientale, attraverso il dibattito parlamentare e l'adozione di programmi a tutela dell'ecosistema.

2. La vittimologia nell'alveo delle scienze criminologiche.

La vittimologia, rientrando nell'alveo delle scienze criminologiche, ha, al cospetto delle diverse discipline giuridico-sociologiche, una storia alquanto recente.

⁵ A.MANICCIA, *op. cit.*, p. 15.

⁶ A. CHINES, *op. cit.*

All'incirca intorno agli anni Quaranta⁷ vi sono le prime ricerche ed approfondimenti in questo settore, laddove l'attenzione, prima basata esclusivamente sulla figura dell'autore del reato, si concentra invece sul binomio proprio dell'interazione criminale reo e vittima, e sulla possibilità di pervenire ad un percorso teso al recupero di entrambe queste figure⁸.

La vittimologia è definita da taluni autori alla stregua di una materia avente ad oggetto l'analisi della vittima di un reato, di quelle che sono le sue peculiarità biologiche, psicologiche, morali, sociali e culturali, dei suoi rapporti con il reo e della posizione che ha acquisito nell'ambito della natura del fatto-reato⁹.

Secondo alcuni orientamenti, però, la vittimologia non basa il suo esclusivo campo di indagine sulla vittima del reato ma, in senso lato, abbraccia la vittima nel senso omnicomprensivo del termine, ossia anche quei soggetti destinatari di uno stato di sofferenza, e quindi rientrano in tale concetto anche le vittime di calamità naturali, rientrando anche in forme di vittimizzazione che prescindono dall'azione cosciente o dalla colpevolezza dell'uomo¹⁰.

La vittimologia ha il merito di aver fatto emergere, nell'alveo criminale, il concetto di vittima, da intendersi, non solo quale persona oggetto di coazione passiva in relazione ad una condotta *contra legem* perpetrata contro di lui, ma come soggetto attiva, tale da diventare preponderante all'insorgere di un processo di vittimizzazione.

Si può ben affermare che tale branca criminologica ha il merito di aver permesso l'interazione tra i fattori induttivi e quelli preparanti e scatenanti, nonché le diverse variabili in gioco¹¹.

Il termine deriverebbe, dal punto di vista etimologico, dal latino *victima*, richiamando alla mente l'idea del sacrificio, un sacrificio.

Nella legislazione penalistica del nostro paese, però, con tale accezione si intende la «persona offesa dal reato» che può, ex art. 746 del codice di rito, costituirsi parte civile durante la fase dibattimentale per ottenere il risarcimento del danno arrecato allo stesso.

Quindi, la vittima può essere definita come una qualsiasi persona oggetto di sofferenza che hanno svariata natura, ossia, a mero titolo di esempio, reati, calamità, malattie fisiche; ma, se consideriamo un punto di vista criminologico, per avere una interpretazione esauriente, possiamo adottare la definizione data,

⁷ H. VON HENTIG, *The criminal and his victim*, Yale University Press, 1948.

⁸ S. SICURELLA, *Lo studio della vittimologia per capire il ruolo della vittima*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. VI, n. 3, 2012, pp. 62 ss.

⁹ G. GULOTTA, *La vittima*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 9.

¹⁰ S. SICURELLA, *op. cit.*, pp. 62 ss.

¹¹ M.M. CORRERA, P. MARTUCCI, *La Vittimologia*, in G. GIUSTI, *Trattato di medicina legale* vol. 4 – *Genetica psichiatria forense e criminologia, medicina del lavoro*, Cedam, Padova, 2009, p. 475.

ormai più di dieci anni or sono, a livello comunitario¹², in virtù della quale per vittima deve intendersi quel soggetto che è stato destinatario di qualsivoglia pregiudizio o sofferenza, fisica o psichica che sia, o da un'azione o omissione che abbia originato un reato. Il soggetto indicato poc'anzi, dovrà affrontare le conseguenze di un processo di vittimizzazione per lui inaspettato.

Per tale ragione sovente accade che detto soggetto, che ha subito vessazioni fisiche o psicologiche, risulta abbisognevole di un supporto professionale e specializzato di esperti in grado di supportarlo ad acquisire mentalmente ciò che gli è accaduto, al fine di riprendere il percorso di vita interrotto bruscamente dall'episodio vittimizzante.

L'ausilio necessario per le vittime di reato, onde provare a ristabilire un equilibrio psicologico incrinato, è spesso anche di natura pratica, poiché la persona offesa dal reato è costretta ad affrontare realtà sconosciute come, ad esempio, un processo. Può succedere anche che la vittima non assuma un atteggiamento di passività, subendo senza reazione alcuna le conseguenze di un crimine, ma può anche, secondo una visione del tipo utilitaristico, servirsi della vittimizzazione, utilizzandola strumentalmente per un proprio tornaconto personale o vantaggio che dir si voglia, per ottenere benefici e privilegi¹³.

La struttura della vittima di reato si presenta, secondo alcuni orientamenti, può essere bifasica, ossia una persona che soffre a livello fisico e psichico le risultanze di un'azione criminosa da una parte, e una persona che escogita privilegi e benefici avvantaggiandosi circa la situazione di debolezza in cui si trova dopo essere stato destinatario inconsapevole del reato a suo danno¹⁴.

Un filone dottrinario¹⁵ si è interessato alla vittimologia, ritenendo l'esistenza di aspetti caratteriali di natura personale, che possano talvolta condurre determinati eventi a precipitare, ossia variabili individuali e sociali che condizionano l'insorgere di un episodio criminoso ed attirano il responsabile nella commissione del reato.

Secondo Guglielmo Gulotta determinate caratteristiche quali l'età o psicologiche come gli stati depressivi, ad esempio, hanno un ruolo importante circa l'eziologia del crimine, portando a ritenere che il rischio di vittimizzazione non sia distribuito in maniera equa nella popolazione¹⁶.

Il percorso che conduce alla vittimizzazione, e che concerne, ovviamente, anche la persona fisica offesa dal reato, risulta essere oggetto di conseguenze

¹² Decisione Quadro n. 220 del 15 marzo 2001 del Consiglio dell'Unione Europea inerente la posizione delle vittime di reato durante il procedimento penale.

¹³ R. BISI, "Vittimizzazione: l'imprevedibilità di un percorso e la necessità di uno studio", A. BALLONI, R. BISI, S. COSTANTINO (a cura di), *Legalità e comunicazione*, FrancoAngeli, Milano, 2008, p. 46.

¹⁴ S. SICURELLA, *op. cit.*, p. 65.

¹⁵ G. GULOTTA, *La vittima*, Giuffrè, Milano, 1976.

¹⁶ G. GULOTTA, *La vittima*, *cit.*, p. 23.

alquanto serie in rapporto non solo alla tipologia di reato subito, ma anche in ragione delle peculiarità individuali e psicologiche della persona; infatti, non tutti gli individui hanno le stesse reazioni nel momento in cui si verificano gli eventi criminosi.

Le problematiche che una vittima deve affrontare possono essere le più svariate, come, ad esempio i danni fisici o psichici, o ancora possono essere la conseguenza di difficoltà pratiche e burocratiche, e non sempre la persona offesa è in possesso di soluzioni atte ad affrontare gli eventi per la situazione attuale o in ragione del fatto che può esserne priva.

I danni si distinguono in primari e secondari, intendendosi per primario il danno direttamente conseguente all'azione criminosa: lo stesso si caratterizza, oltre che per le perdite economiche e le eventuali lesioni fisiche, anche per i notevoli disagi psicologici che vanno dal medio al lungo termine¹⁷; per danno secondario, invece, si intende quello causato da effetti negativi arrecati alla vittima dalla risposta sociale formale e informale alla vittimizzazione¹⁸.

Sovente il ruolo delle agenzie di controllo sociale, formale e informale, può rendere ancora più difficoltoso il ritorno alla normalità.

A causa di quanto detto poc'anzi, si può assistere all'emergere di un fenomeno disdicevole e odioso, ossia alla vittimizzazione secondaria. La vittima spesso, nel caso di taluni tipi di reato, come la violenza fisica o sessuale, diventa vittima per la seconda volta, in quanto si trova soggetta ad altre umiliazioni da parte di chi, invece, dovrebbe tutelarla in toto e accompagnarla sulla strada del recupero.

Tale tipologia di vittimizzazione concerne la reazione delle agenzie di controllo formale e avviene quando gli operatori di polizia del diritto in generale sono soliti lasciarsi condizionare da diffusi stereotipi e pregiudizi.

Le risultanze di tutto ciò per la vittima sono alquanto serie, e il trattamento riservatole è inaspettato, in quanto viene addirittura messa in dubbio la credibilità, di tal guisa che vi è una perdita di credibilità nei confronti delle istituzioni¹⁹.

Affinché la vittima possa perseguire un iter volto al recupero e possa iniziare a collaborare con le istituzioni al fine di assicurare il colpevole alla giustizia, è importante come viene impostato il rapporto con le forze dell'ordine, di solito il primo contatto per la vittima dopo aver subito il reato e le sue conseguenze.

In ambito comunitario è notoria la previsione di intraprendere la strada di una formazione adeguata e professionalmente valida per gli operatori che si

¹⁷ G. GIUSTI, *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Vol. IV: *Genetica, psichiatria forense e criminologia, medicina del lavoro*, Cedam, Padova, 2009, p. 509.

¹⁸ G. GIUSTI, *op. cit.*, p. 510.

¹⁹ S. SICURELLA, *Vittime e istituzioni locali: quale dialogo?*, Clueb, Bologna, 2010.

interfacciano con le vittime di reato, favorendo all'uopo gli Stati membri, a mezzo di servizi pubblici o forme di finanziamento delle organizzazioni di assistenza alle vittime²⁰.

L'operatore di polizia dovrà giocoforza essere pronto a supportare e dare una risposta alle domande di aiuto delle vittime, con bravura e vicinanza, pena il serio rischio di addivenire ad una seconda vittimizzazione è molto.

La vittimizzazione secondaria può riguardare non solo le vittime dirette, cioè coloro i quali sono stati colpiti dal crimine in prima persona, ma anche le vittime indirette, come le persone più vicine, la famiglia, da considerare al suo pari quali vittime dello stesso autore di reato.

All'incirca negli anni Settanta iniziano a vedere la luce i primi movimenti in favore delle vittime, che spesso si costituiscono in associazioni con lo scopo di assistenza e per la tutela dei propri diritti, e ciò in virtù della pressochè totale assenza delle istituzioni deputate.

In Italia tale realtà stenta tutt'ora a realizzarsi, nonostante le precise e concordi indicazioni giunte dall'Unione europea, come ad esempio la previsione di cui all'art. 13 della Decisione Quadro analizzata in precedenza, laddove stabilisce in sostanza ciascuno Stato membro facilita l'intervento, in detto procedimento, di servizi di ausilio a questi soggetti, provvedendo ad organizzare l'accoglienza nella fase immediatamente iniziale ed offrendo l'aiuto successivo con la disponibilità di persone appositamente formate nei pubblici servizi o con il formale riconoscimento e sostegno economico di organizzazioni di assistenza alle vittime.

Sul territorio nazionale vi è una carenza di associazioni, basate per lo più sul volontariato o nate dopo episodi particolari, quali stragi terroristiche, e ricolte a talune figure di vittima, legate a reati come racket o usura, così come di violenza domestica.

A differenza dell'Italia, nei paesi anglosassoni, ad esempio, associazioni simili sono diventate vere e proprie istituzioni, quali i *Victim Support*, luoghi di sostegno alle vittime di reato, presso cui si rivolgono tutti coloro i quali si trovano in stato di sofferenza e bisogno e che possono trovare non solo un aiuto pratico, inteso quale ausilio burocratico, così come psicologico o legale.

Le vittime nella maggior parte dei casi, soprattutto per alcuni tipi di reato quali la violenza domestica, non sanno a chi rivolgersi e quale strada intraprendere e quindi non denunciano alle autorità competenti il reato subito.

Al fine di addivenire alla conoscenza dei fenomeni e delle caratteristiche delle vittime, si fa ricorso alle cosiddette inchieste di vittimizzazione, che rappresentano uno strumento utile di rilevazione metodologica poiché fanno

²⁰ Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea, 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI), Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, L. 82/2 del 22.3.2001, art. 14.

emergere determinati dati, quale l'incidenza di determinati reati, nonché consentono di tracciare un profilo delle vittime più frequenti in modo tale da pianificare azioni di prevenzioni efficaci.

Di solito le inchieste di vittimizzazione avvengono a mezzo della somministrazione di questionari alle vittime, i quali possono essere compilati personalmente, o con un'intervista telefonica.

Lo strumento di ricerca trova origine negli Stati Uniti, in particolare la *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice* sperimenta, nei primi anni Settanta, su un campione di 72.000 famiglie questo strumento d'indagine per rilevare determinate tipologie di reato, e viene realizzata la *National Crime Victimization Survey*.

Nel nostro Paese, perennemente in ritardo in questa materia, solo verso la fine degli anni novanta, in particolare tra il 1997 e il 1998, si avrà la prima indagine di vittimizzazione, realizzata dall'ISTAT su un campione di 50.000 famiglie, a cui faranno seguito un altro paio di indagini, nel 2002 e nel 2007, da cui emerge un quadro a dir poco allarmante quanto indicativo della nostra debolezza in materia vittimologica, in quanto solo il 35.% circa dei reati è a conoscenza degli operatori di polizia.

Dal punto di vista della connotazione geografica, il numero più alto di episodi di vittimizzazione si ha nelle aree metropolitane con particolare riferimento alla parte meridionale della penisola e a quella insulare, che presentano per un elevato numero di reati violenti, e nella parte settentrionale della penisola, dove si ha una più alta incidenza di borseggi e altre tipologie di furti²¹.

Ovviamente, al pari di tutti gli strumenti metodologici di rilevazione statistica, anche le inchieste di vittimizzazione presentano dei limiti come, per esempio, quello relativo alla rappresentatività del campione.

Attualmente non è disponibile nessuno strumento per quantificare in maniera certa la criminalità reale, onde consentire di certificare tutti i crimini commessi in assenza di qualsivoglia filtro soggettivo della percezione delle vittime, per cui, con le dovute cautele ed avvertenze, i dati ottenuti dalle inchieste menzionate sono gli unici che possono offrire un quadro d'insieme in materia sia di analisi criminologica che vittimologica²².

3. La vittimologia ambientale e la *green criminology*.

Storicamente il termine *green criminology* viene coniato per la prima volta nel 1990 dallo studioso americano M.J. Lynch, il quale – interrogandosi sul

²¹ Profili delle città metropolitane. Molte fragilità ma anche potenzialità dei contesti urbani, in www.istat.it, 2 febbraio 2023.

²² A. SAPONARO, *Vittimologia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 171.

quanto l'eccessivo valore attribuito alla crescita economica possa, in realtà, causare i maggiori danni ambientali – realizza come, per controllare il pregiudizio all'equilibrio dell'ecosistema, basterebbe che la criminologia ambientale sviluppasse non solo un'analisi politico-economica, con l'obiettivo di esporre meramente le cause dei danni ambientali, ma ambisse, altresì, a proporre soluzioni e programmi fondati su azioni socio-politiche²³.

In seguito, anche altri studiosi iniziano ad avvicinarsi alle problematiche di natura ambientale, sancendo in tal modo la definitiva esistenza di una *green criminology*, ma aprendo, allo stesso tempo, all'annosa problematica della definizione corretta del termine.

Le definizioni formulate sono tante quanti gli studiosi interessati alla materia: ricordiamo Piers Beirne e Nigel South, secondo i quali la *green criminology*, seguendo una concezione di tipo "ecocentrica", rappresenterebbe l'analisi di quei danni agli esseri umani, alle specie animali, nonché all'ambiente naturale, commessi non solo da individui comuni, ma principalmente da attori istituzionali dotati di potere.

Al contrario, per Rob White possono individuarsi tre possibili definizioni, corrispondenti ad altrettante aree di studio e competenza su cui la criminologia ambientale può porre le basi delle proprie indagini, ed in particolare la giustizia ambientale, che analizza il rapporto uomo-ambiente, la giustizia ecologica, che studia intrinsecamente l'ambiente naturale, e la giustizia tra le specie, che si concentra sui diritti degli animali²⁴.

Posto ciò, la *green criminology*, in assenza di una definizione univoca, deve semplicemente considerarsi quel punto di incontro tra il tipico metodo di indagine criminologico, ed il tentativo di interpretare e cercare risoluzioni alla questione ambientale.

Pertanto, limitandosi ad una definizione *stricto sensu*, la criminologia ambientale mira ad analizzare in primo luogo le spinte motrici, i profili comportamentali ed il modus operandi classico del cd. "criminale ambientale"; dopodiché, utilizzando una definizione in senso lato, spinge l'indagine fino ad osservare le tipologie delle conseguenze dannose provocate dai comportamenti, sociali o individuali, realizzati in pregiudizio dell'ecosistema, nonché gli effetti negativi che si riflettono sulle vittime primarie e secondarie di tali azioni criminali, i cd. studi di "vittimologia ambientale" ²⁵.

Un approccio criminologico capace di andare al di là delle mere definizioni giuridico-procedurali rappresenta, con molta probabilità, l'aspetto più

²³ M. J. LYNCH, *The Greening of Criminology: A perspective on the 1990s*, in *The Critical Criminologist*, 1990, pp. 11-12.

²⁴ R. WHITE, *Environmental criminology and Sydney water. Current Issues*, in *Criminal Justice*, 1998, pp. 214 ss.

²⁵ A. MANICCIA, *op. cit.*, pp. 18-19.

importante che caratterizza le diverse prospettive teoriche, e che viene denominata *green criminology*.

Nell'ambito criminologico ambientale, per quanto attiene, invece, la vittimizzazione, fondamentale appare il contributo fornito da Lynch, il quale traccia un confronto tra diversi livelli della stessa, risultato dei crimini ambientali e quelli comuni; secondo tale studioso emerge un gran numero di vittime che sfuggono agli approcci criminologici tradizionali, tutt'ora poco avvezzi a tenere in debita considerazione i crimini ambientali e le conseguenze che arrecano.²⁶

Così come avviene per le vittime dei crimini dei colletti bianchi, anche «le vittime ambientali sovente rimangono confinate nell'ombra».²⁷

Tra *green criminology* e vittimizzazione o vittimologia ambientale che dir si voglia, vi è un rapporto inversamente proporzionale: così come alla prima è stata data larga eco nello studio dei crimini ambientali, la seconda, al contrario, resta ancora poco esplorata.

Tra i primi studiosi a dedicarsi alla tematica della vittimizzazione ambientale vi è Christopher Williams, secondo il quale la vittimologia ambientale si occuperebbe dei danni all'ecosistema e alla salute degli individui, tralasciando la circostanza che possano o meno rientrare nella casistica riferita ad una qualsivoglia definizione legale, palesando in tal modo il diverso aspetto di una definizione più ampia di crimine ambientale.²⁸

Lo strumento normativo per eccellenza, la legge, nel campo di cui si discorre non sempre può rappresentare una efficace forma di risposta tale da affrontare i problemi derivanti dai crimini ambientali.²⁹ Tale situazione genera un forte bisogno di un'efficace giustizia sociale da affiancare ai tradizionali percorsi della giustizia nel senso legalistico del termine.

Nell'ambito della letteratura statunitense sull'argomento, è emerso come i movimenti per la giustizia ambientale fossero vitali e giocassero un ruolo importante per acquisire la consapevolezza della gravità dei danni all'essere umano derivanti dalle trasformazioni distruttive dell'ecosistema, anche a mezzo di inchieste e mobilitazioni di piazza.

Tale iperattivismo, però, risente di rilevanti limitazioni, in quanto l'attivismo poc'anzi descritto risulta alquanto inadeguato se rapportato al desiderio di sviluppare prospettive di giustizia ambientale non limitate a quei gruppi sociali i cui appartenenti sogliono definirsi vittime.

²⁶ L. NATALI, *Green Criminology e vittimizzazione ambientale. Verso nuove riflessività*, in *Studi sulla questione criminale*, IX, n. 1-2, 2014, p. 86.

²⁷ R. WHITE, *Transnational Environmental Crime: Toward an Eco-global Criminology*, Routledge, London-New York, 2011, p. 101.

²⁸ C. WILLIAMS, *An Environmental Victimology. In Social Justice*, 1996, London, 16 ss., p. 40.

²⁹ L. NATALI, *op. cit.*, p. 85.

Tuttavia, questi movimenti presentano gravi limitazioni, anzitutto la circostanza di fare affidamento su definizioni soggettive della vittimizzazione sembra essere aderente ad una posizione di attivismo, ma può non essere adeguato se si volessero creare «prospettive di giustizia sociale e ambientale, che non siano circoscritte solo a quei gruppi i cui aderenti si definiscono “vittime”»³⁰.

La vittimizzazione ambientale pone una serie di questioni inedite e spinose, al cui cospetto i sistemi della giustizia penale non sono adeguatamente pronti e preparati.

In primis, i danni subiti sono potenzialmente diretti ad un gruppo esteso o addirittura una comunità di vittime, non di rado portatrici di interessi concorrenti. *In secundis*, coloro i quali danneggiano o aggrediscono l'ecosistema, sovente sono rappresentati da Stati o corporations.

In ultimo, il nesso di causalità si presenta estremamente complesso da ricostruire, inducendo inevitabilmente a concludere che i crimini ambientali rimangono “senza vittima”.³¹

Gli studi mostrano palesemente la circostanza secondo la quale le situazioni difficili in cui ci si imbatte nello stabilire la relazione causale, complicata dalla dispersione temporale che connota i crimini ambientali, quasi sempre forniscono una facile scappatoia a coloro che abbiano posto in essere una condotta *contra legem* nei confronti dell'ambiente.³²

La scala della riparazione di solito risulta essere così grande che l'incentivo ad eludere la responsabilità risulta assai convincente.

Si aggiunge a tutto quanto poc'anzi rappresentato, il fatto che vi è un uso sistematico di strategie volte a neutralizzare il danno e la responsabilità da parte dello Stato o delle corporations, ad esempio contestando l'esistenza stessa del problema attraverso varie forme di diniego.³³

In sostanza, a seguito delle strategie di cui sopra, viene collocato in prospettiva ciò che viene percepito come dannoso; il pubblico viene additato quale allarmista e isterico; le vittime vengono incolpate, confuse e divise tra loro.

L'insieme di questi pensieri maturati nell'alveo della *green criminology*, assumono una certa importanza in quanto permettono di scoprire la genesi e le caratteristiche della vittimizzazione da intendersi come processo sociale attivo che porta alla creazione di relazioni di dominio, potere e resistenza, tanto a livello locale che a quello globale.

³⁰ L. NATALI, *op. cit.*, p. 85.

³¹ L. NATALI, *op. cit.*, p. 86.

³² A. COTTINO, *Disonesto ma non criminale. La giustizia e i privilegi dei potenti*, Carocci, Roma, 2005, p. 84.

³³ R. WHITE, *Eco-Global Criminology and the Political Economy of Environmental Harm*, London-New York, 2013, pp. 245 ss.

L'analisi fatta poc'anzi è il risultato di una ancora approssimativa conoscenza delle modalità secondo le quali le vittime di un crimine ambientale interpretano e vedono la situazione in cui vivono.³⁴

La materia *de qua* non è ancora studiata in maniera del tutto completa, e come tale non vi sono molti dati qualitativi sulla vita delle persone che vivono in luoghi contaminati, cosicché non è possibile descrivere nel dettaglio ciò che pensano, provano e sanno rispetto alla realtà in cui vivono.

Nell'ambito di uno studio riguardante la tematica della percezione sociale della contaminazione ambientale trova la giusta valorizzazione «l'importanza della prospettiva vittimologica nell'analisi approfondita della criminalità d'impresa che produce danni ambientali e sociali.»³⁵

Detto studio ha evidenziato una sorta di molteplicità prospettica delle interpretazioni che le vittime ambientali elaborano basandosi sulle esperienze di contaminazione vissute.

Per studiare in maniera approfondita tale ambiguità, le prospettive culturali e sociali circa i processi di vittimizzazione ambientale sono molto preziose se rapportate alle esperienze legate alla contaminazione.

Per intraprendere indagini empiriche risulta essenziale mettere in dubbio concezioni semplicistiche sulle modalità con le quali le vittime si rapportano alla scomoda verità della contaminazione, osservando come sovente esse siano in disaccordo sulla interpretazione e definizione di quella realtà.

Le esperienze sociali di sofferenza ambientale, preminentemente di natura psichica e fisica, diversamente da quanto evidenziato dalla dottrina dominante, sono costellate di dubbi, disaccordi, sospetti, paure e speranze.

Scrutare dall'interno le visioni del mondo dei diversi soggetti nell'ambito delle relazioni sociali, nonché le loro possibili reazioni, quelle delle vittime ambientali, «diventa importante in ragione di una società complessa come quella odierna, in cui la interconnessione tra economia, politica e diritto è foriera di forti disuguaglianze sociali che rischiano molto spesso di sfuggire alla vista e alla immaginazione criminologica e morale».³⁶

In materia di vittimizzazione ambientale, un ruolo fondamentale è dato dal rapporto tra tecnica, diritto e realtà planetaria.³⁷

Il fenomeno della vittimizzazione ambientale fa emergere in maniera palese il ruolo fondamentale della tecnica nella produzione dei drammi planetari che coinvolgono l'ecosistema.

³⁴ L. NATALI, *op. cit.*, p. 89.

³⁵ L. NATALI, *op. cit.*, p. 90.

³⁶ L. NATALI, *op. cit.*, p. 91.

³⁷ A. BARATTA, *Nomos e Tecne. Materiali per una cultura post-moderna del diritto*, in *Studi sulla questione criminale*, I, 2, 2006, pp. 59 ss.

La tecnica si presenta in maniera bivalente: quale rimedio e quale causa dei danni arrecati all'ambiente; proprio per tale ragione diventa prioritario riconoscere l'aspetto dialogico della tecnica e, più in generale, dell'azione dell'uomo su se stesso e sull'ambiente che lo circonda e in cui vive.

Dinanzi alla tecnica, il diritto dovrebbe essere tanto forte da indurre a non fare quello che si può fare.³⁸

Concludendo, nel particolare scenario ambientale l'azione partecipativa dei consociati rappresenta un aspetto fondamentale circa il buon funzionamento del principio di precauzione.³⁹

In realtà quest'ultimo, pur non eliminando i rischi sull'ambiente e sulla salute umana, consente di problematizzare la distribuzione dei rischi e la loro accettabilità sociale.⁴⁰

Tale problematizzazione, necessaria ai fini di una riappropriazione democratica della determinazione dei fini da parte dell'uomo moderno, richiede «[...] di allargare la base di conoscenza esperta e di comprensione dell'ambiente e delle questioni ambientali [...]».⁴¹

Per ampliare questa base di conoscenza è indispensabile introdurre tutta la conoscenza prodotta dalla comunità scientifica e dai cittadini, includendo quel sapere esperto rappresentato dalle esperienze che coloro che vivono in un determinato luogo hanno del territorio, dal simbolismo delle sue dimensioni, dalla memoria nell'ambito del vivere sociale, e dall'immaginazione di eventuali scenari futuri.

La fase iniziale di tale processo potrebbe essere rappresentata dalla circostanza di dar voce e conferire maggior valore a quegli attori sociali che sovente sono manchevoli della potestà necessaria per incidere in modo significativo sull'ambiente.⁴²

4. Individuazione di una autonoma forma di vittimizzazione: le vittime dei reati ambientali.

Chi ha il potere di influire sulla pianificazione territoriale e/o sulla difesa dell'ambiente può creare una moltitudine di vittime ignote e a lungo inconsapevoli: infatti la questione ecologica è sempre più sentita come questione morale quando se ne percepiscono gli effetti negativi. Si pensi, ad esempio, alle

³⁸ E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p.86

³⁹ G. FORTI, *La chiara luce della verità e l'ignoranza del pericolo. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, I, 2007, pp. 573 ss.

⁴⁰ L. PANNARALE, *Scienza e diritto. Riflessioni sul principio di precauzione*, in *Soc. dir.*, XXX, 3, 2003, pp. 42 ss.

⁴¹ R. WHITE, *op. cit.*, p. 78.

⁴² M. TALLACHINI, *Scienza, politica e diritto: il linguaggio della coproduzione*, in *Soc. dir.*, XXXII, 1, 2005, p. 105.

numerose vittime e alla moltitudine di morti dovuti alla diffusione dell'uso dell'amianto per il passato.

Le vittime del degrado ambientale sono non raramente la conseguenza di una criminosa omissione di atti che avrebbero dovuto tutelare l'uomo nel suo ambiente di vita⁴³.

I temi di rilievo etico-sociale si collegano spesso a rischi di vittimizzazione. Come già anticipato poc'anzi, nel nostro paese solo recentemente gli studi criminologici hanno iniziato ad attenzionare e, di conseguenza, cercare di approfondire il tema dei reati ambientali e delle vittime degli stessi, tanto che, a tutt'oggi, sono davvero in numero limitato i contributi a riguardo, e ciò porta ad una situazione lacunosa altamente dolorosa.

In tema di illeciti ambientali, aventi natura di reato, sovente vi è una mancanza di consapevolezza da parte delle vittime⁴⁴. Avere piena coscienza del proprio *status* di vittima consentirebbe alle stesse di chiedere aiuto onde scardinare il processo di vittimizzazione, ma ciò non rappresenta un processo ovvio e scontato, in quanto può accadere che la vittima neghi ciò che le sta accadendo e vivendo, oppure lo connoti come un momento di passaggio tendente ad esaurirsi nel breve termine⁴⁵.

Alla luce di quanto sopra esposto, il problema dell'essere vittima verrà minimizzato e mentalmente passerà in second'ordine o addirittura, come tale, negato, per la qual cosa risulterà abbisognevole, a cura delle istituzioni e delle persone di fiducia, che si addivenga ad una vera e propria convalida del proprio *status*; solo dopo tale passaggio, si potrà giungere alla conclusione di denunciare quanto subito.

Nell'ambito dei reati ambientali il processo di vittimizzazione risulta essere maggiormente dinamico, poiché il risultato del danno rappresenta una «malattia grave e invalidante, se non letale, che si sviluppa e tende a peggiorare nel tempo»⁴⁶.

Oggi non è affatto scontato che la vittima di reati ambientali trovi le istituzioni pronte a convalidare detto *status*, in quanto così come sovente vengono riconosciute patologie e danni somatici, allo stesso modo vi è una grossa difficoltà ad identificare la vittima quale persona fisica⁴⁷; tale situazione, pertanto, conduce ad una sorta di isolamento socio-relazionale, implicando una

⁴³ A. BALLONI, *1991-2011: la Società Italiana di Vittimologia. Un percorso di studio e di ricerca*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* – Vol. VI – N. 2 – Maggio-Agosto 2012, p. 8.

⁴⁴ M. MONZANI, R. ARETINI, B. VENTURA, *Vittime di crimini ambientali. Tra silenzi e istanze di riconoscimento*, in *libreriauniversitaria.it*, Padova, 2021, p. 74.

⁴⁵ M. MONZANI, R. ARETINI, B. VENTURA, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁶ M. MONZANI, M. TETTAMANTI, *Vittimologia del reato ambientale*, Napoli, Scipaweb editore, 2010, *passim*.

⁴⁷ M. MONZANI, R. ARETINI, B. VENTURA, *op. cit.*, p. 76.

situazione di “terza vittimizzazione”⁴⁸, in cui la vittima non ricevendo nessun ausilio dalle istituzioni, percepisce la totale assenza di tutela da parte dell’organizzazione statale, risultando destinataria di immane sofferenza e coazione psicologica.

Secondo taluni⁴⁹ sono vittime ambientali coloro che fanno parte di generazioni passate, presenti e future che hanno visto deturpare il loro ambiente fisico da azioni o omissioni intenzionali e consapevoli, escludendo dal novero delle vittime, invece, coloro che sono oggetto di azioni o omissione di natura colposa.

D’altronde i crimini ambientali rappresentano, giuridicamente parlando, reati meno violenti, ad esempio, di quelli in materia di criminalità comune, per cui, a differenza di questi ultimi, non godono di un certo impatto emotivo da parte dell’opinione pubblica; ciò significa che, a livello politico e giornalistico, vi è una scarsa percezione degli stessi, tanto che fino a non tanti anni or sono, la criminalità ambientale veniva designata come “reati senza vittime”⁵⁰, nei quali le vittime non erano individuabili per svariate ragioni, tra cui la sottostima e bassa consapevolezza del danno.

Fatta tale debita considerazione, va detto che dal punto di vista scientifico risulta difficoltoso associare il danno ambientale allo sviluppo di una patologia, così come da un punto di vista processual-penalistico non è affatto semplice qualificare il nesso causale, che nel reato ambientale si rischia seriamente di trovarsi dinanzi ad una *probatio* “diabolica”, e come tale di difficile dimostrazione⁵¹.

I crimini ambientali rappresentano condotte quasi silenti, impercettibili, in quanto le persone offese sono difficilmente identificabili, e ciò è dovuto al fatto che gli stessi non prevedono un’azione diretta tra l’autore del reato e la sua vittima, che, come tale, risulta fungibile e non tangibile, posto che il reo non cagiona un danno direttamente ad un soggetto, bensì provoca un danno all’ambiente nel quale la vittima vive.

La fungibilità della vittima altro non è che la possibilità di sostituire la vittima con un altro individuo, e comunque la vittima non ha condizionato in nessun modo la scelta del criminale di arrecare nocimento al bene giuridico ambiente.

Venendo a casi specifici, relativamente al nostro paese, nei quali è chiaramente identificabile il ruolo di vittima dei reati ambientali, basti pensare a

⁴⁸ E. C. VIANO, M. MONZANI, *Madre Teresa è stanca! Il saccheggio della natura per arricchire pochi e impoverire molti*, Padova, libreriauniversitaria.it, Edizioni, 2014, p. 12.

⁴⁹ L. NATALI, *Green Criminology – Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, Torino, Giappichelli, 2015, *passim*.

⁵⁰ E. C. VIANO, M. MONZANI, *op. cit.*, p. 36.

⁵¹ M. MONZANI, R. ARETINI, B. VENTURA, *op. cit.*, p. 80.

chi è stato vittima di casi notori di *mass disasters*, che hanno segnato alcune tra le pagine più nere della storia italiana relativa ai rapporti tra lo sviluppo produttivo e le contrapposte esigenze di salvaguardia dell'equilibrio ambientale.

Proprio la comprensione sociale e criminologica di tali eventi ha determinato poi il legislatore ad intervenire con maggiore decisione sulla legislazione relativa alla tutela penale dell'ambiente⁵².

Tra i diversi casi, ricordiamo quanto avvenuto in Piemonte, precisamente a Casale Monferrato, che si trova, a partire dal 19 Marzo 1907, ad ospitare uno stabilimento molto grande, Eternit. Il complesso aziendale piemontese consta dei suoi vantaggi, ma, soprattutto, dei suoi svantaggi. Il ciclo produttivo della fabbrica tralasciava nella maniera più assoluta l'aspetto della salute dei lavoratori. In molti reparti l'amianto veniva lavorato nella totale assenza di qualsivoglia protezione, eccetto, in alcuni casi, inutili mascherine di carta. Tra le lavorazioni che potenzialmente potevano arrecare nocimento, quelle a secco generavano una costante nube di polveri d'amianto. Uno dei reparti messi peggio da questo punto di vista, era quello dello stoccaggio, comunicante anche con l'esterno: si può benissimo immaginare come gli agenti atmosferici abbiano potuto disperdere con facilità la polvere oltre le mura dello stabilimento⁵³.

Fatta tale debita premessa, e, tralasciando quanto è accaduto nel corso degli anni, fu proprio la lunga scia di decessi, prima di operai o comunque di coloro che in qualche modo avevano a che fare con l'azienda, e poi dei cittadini che risiedevano nelle località dove erano ubicate dette tipologie industriali, che diede lo spunto per una sorta di presa di coscienza delle gravi conseguenze ambientali e per la salute da un lato, e per l'intervento degli uffici giudiziari dall'altro. Nell'ultimo decennio dello scorso secolo si verifica, quello che in sociologia viene definito processo di coscientizzazione delle vittime, per cui chi è colpito dalle malattie mortali causate dall'amianto e i loro familiari sviluppano la consapevolezza di essere vittime. Il loro bisogno di giustizia le fa convergere in gruppi e associazioni che, con l'indispensabile supporto di medici e avvocati, iniziano a lottare per il proprio diritto alla salute, un diritto fondamentale, riconosciuto, dalla nostra Costituzione.

Tralasciando l'aspetto processuale, non di interesse per questo lavoro, la storia dell'Eternit di Casale può essere letta attraverso le lenti dei principi di precauzione, di prevenzione e del "chi inquina paga".

Il processo contro i proprietari degli stabilimenti italiani dell'industria Eternit e la ricostruzione storico-sociale dell'inquinamento da amianto in Italia sono due ambiti su cui è necessario riflettere e da cui è possibile far emergere

⁵² A. MANICCIA, *op. cit.*, p. 277.

⁵³ R. PARACIANI, *Riconoscere la criminalità d'impresa: il caso Eternit di Casale Monferrato*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. X, n° 1, 2016, p. 120.

interessanti spunti di analisi sull'ambiente per diverse discipline, dal diritto alla sociologia.

5. La giustizia riparativa.

Nell'ambito delle condotte *contra legem* in materia ambientale, il danno arrecato è stato storicamente oggetto di definizione, oltre che punitiva, anche di natura riparatoria, tanto da addivenire ad un percorso di "mediazione socio-ambientale". Il concetto di sviluppo sostenibile, anche se ormai unanimemente accettato nelle politiche ambientali mondiali, si presenta tutt'altro che definito. A tal proposito, allorquando si parta da una definizione di ampio raggio sulla quale quasi tutti possono concordare, si dovrebbe scendere nei particolari e nelle risultanze che possono essere originate da una sua attenta analisi, il consenso assume una connotazione maggiormente problematica⁵⁴.

Al fine di fronteggiare questa complessa conflittualità che viene alla luce, vi sono diverse strade percorribili.

In aggiunta alla concordata gestione del rischio, che fa riferimento a quest'ultimo nell'ambito di una procedura decisionale complessa, dove vengono interessate, al pari e in via preventiva, le tante parti sociali interessate, un altro utile strumento per controbattere la complessità e conflittualità della percezione del rischio, consta nella *mediazione ambientale*. Quest'ultima, sperimentata a partire dagli anni Settanta, rappresenta una via possibile⁵⁵, non la sola. Un'ulteriore strada è rappresentata dalla possibilità di adire le vie legali: ma la legislazione in tema ambientale, che si presenta frammentata, nonché l'incertezza nell'applicazione della legge, porta a questa soluzione sovente di scarsa efficacia.

Vi è la consapevolezza che i conflitti socio-ambientali che riguardano una moltitudine di comunità locali, hanno la loro origine e il suo sviluppo sul territorio: trattasi di conflitti segnatamente importanti con particolare riguardo alla percezione di quella comunità e, ovviamente, delle vittime potenziali, anche se non presentano risultanze giuridiche o penalistiche.

La mediazione socio-ambientale si potrà ritagliare un proprio spazio all'interno del quale permettere la visione dei testimoni del disordine conflittuale di quel luogo e risolvere le dicotomie che di solito irrigidiscono il conflitto, non permettendo allo stesso nessuna concreta evoluzione.

⁵⁴ Ciò succede quando in un qualsiasi contesto sociale vengano alla luce conflitti in relazione alla sostenibilità sociale e ambientale di una modernizzazione tecnologica che assieme alle nuove opportunità porterà con sé inevitabilmente nuovi costi. L'anticipazione e la valutazione di questi ultimi condurrà alla creazione di nuove domande di giustizia in rapporto al principio e alla pratica dell'equità distributiva.

⁵⁵ E. BIANCHI, *Introduzione* a M. SCHWARZ, M. THOMPSON, *Il rischio tecnologico: Differenze culturali e azione politica*, Guerini, Milano, 1993, p. 7.

La possibilità di addivenire all'istituto della mediazione dei conflitti ambientali, più che altro ricadenti sotto la giurisdizione civile e amministrativa, è stata cristallizzata nel nostro ordinamento dal D. Lgs. 28/2010 che ha introdotto l'istituto della mediazione civile e commerciale; su basi gius-filosofiche affini, nell'ambito dello stesso contesto sperimentale, la dottrina⁵⁶ ha proposto di gestire anche i conflitti penali ambientali con questo istituto, rientrando nella più generica giustizia riparativa, come vedremo meglio in seguito.

A partire dalla fine degli anni ottanta, in ragione principalmente delle riforme processuali che si sono succedute, c'è stato un graduale passaggio dal fatto-reato alle motivazioni su cui si basa la condotta del reo, alle cause scatenanti e alla protezione della vittima, e ciò al fine di prospettare un momento di confronto, e non antitesi, tra la vittima e il reo, anche se l'apparato istituzionale funzionale a tale scopo non appare ancora idoneo a soddisfare le esigenze di cui la vittima necessita.

La dimensione organizzativa di tale organizzazione si basa su un duplice modello di servizio a supporto delle vittime, meglio noti come *responsive* (o empatico), e *unresponsive*.

Il modello *responsive*, fonda la propria ragion d'essere su «pratiche che si pongono come priorità il benessere della vittima messe in atto da istituzioni statali ed organizzazioni convenzionate»⁵⁷, anche se risulta poco presente nella società, e tiene in debita considerazione le necessità della vittima; è basato sulla obbligatorietà di un percorso trattamentale in relazione al quale anche l'impegno istituzionale tende a cancellare tutti i profili di *victim blaming*⁵⁸.

Il secondo modello, maggiormente in voga, appare distante rispetto alle difficoltà e al disagio della vittima, e maggiormente orientato ai bisogni istituzionali, ad esempio dell'Autorità giudiziaria come degli operatori di polizia nella ricerca di un reo, nonché dalle strutture ospedaliere atte a garantire livelli essenziali di assistenza⁵⁹.

La prospettiva risarcitoria/riparatoria sembra essere la chiave di lettura della recente riforma ambientale, attuata con la legge n. 68/2015⁶⁰.

⁵⁶ V. DINI, *La mediazione penale ambientale: scenari non troppo futuribili*, in *Ambiente&sviluppo*, 4/2018, p. 247

⁵⁷ P. Y. MARTIN, R. M. POWELL, "Accounting for the 'second assault': Legal organizations framing of rape victims", in *Law and Social Inquiry*, 1994, vol. 19, p. 862.

⁵⁸ I. AREH, G. MESKO, P. UMEK, "Attribution of Personal Characteristics to Victims of Rape – Police Officers Perspectives", in *Studia Psychologica*, 2009, vol. 51, No. 1, pp. 85 ss.

⁵⁹ R. CAMPBELL, S. RAJA, "Secondary Victimization of Rape Victims: Insights From Mental Health Professionals Who Threat Survivors of Violence", in *Violence and Victims*, 1999, vol. 14, No. 3, pp. 262 ss.

⁶⁰ V. MANCA, *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilova. Riflessioni sulla teoria degli obblighi convenzionali di tutela*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2018.

In aderenza a quanto previsto dalle numerose sollecitazioni sovranazionali, la novella normativa offre, in prima battuta, una risposta alle esigenze di tutela espresse dalla vittima del reato ambientale, tenendo ben al centro la pena detentiva, con un corredo di pene accessorie, ed effetti penali della condanna fortemente gravosi e penetranti; basti pensare, a mero titolo di esempio, alla previsione di ipotesi circostanziate punite severamente, laddove i delitti ambientali siano esercitati in forma associata, le c.d. ecomafie (ex art. 452-*octies* c.p.)⁶¹.

A latere della componente meramente punitiva, la tutela del bene giuridico ambiente e della conseguente e non meno importante incolumità pubblica, risultano valorizzate dalla previsione di ulteriori strumenti di natura risarcitoria e riparativa, che obbligano l'autore del reato a prendere coscienza e responsabilizzarsi nei confronti della generalità dei consociati e verso l'ambiente, e ciò a mezzo di forme di collaborazione processuale, condotte riparatorie e di messa in sicurezza dei siti inquinati (a cui è correlato il ravvedimento operoso con una sensibile diminuzione della pena ex art. 452-*decies* c.p.), alla confisca dei beni soggetti ad un vincolo di destinazione da parte della pubblica autorità per la bonifica dei luoghi interessati dal procedimento penale; obblighi di riparazione che vengono comminati, in ogni caso. Le rilevanti obbligazioni di contenuto riparativo trovano, nell'ambito di detta riforma, concretizzazione nella fattispecie di cui all'art. 452-*terdecies* c.p., prevedendo un'ipotesi delittuosa nel caso di inosservanza dell'ordine del giudice (ex art. 452-*duodecies* c.p.).

La tutela della persona fisica esposta al pericolo di delitti ambientali trova la sua sponda nel più ampio quadro processuale, che, in ragione delle ultime riforme, vede potenziato di gran lunga il ruolo della persona offesa, a partire dalle fasi iniziali dell'acquisizione della *notizia criminis*, in termini di avvisi ed informazioni e sull'esercizio delle sue facoltà e forme di tutela dal e nel processo.

Tralasciando la dimensione punitiva, in questa riforma vi è l'introduzione di meccanismi risarcitori/riparatori che aprono la prospettiva del delitto, non più volta ad incidere unicamente sul responsabile, verso la collettività e sulle modalità di partecipazione dello stesso alla riparazione del bene giuridico ambiente a mezzo di azioni volte a collaborare processualmente, o con impegni concreti di messa in sicurezza e ripristino dello stato dei luoghi compromessi dalle condotte inquinanti: se è vero che tale prospettiva si inserisce in un più ampio disegno del sistema verso il potenziamento di forme di collaborazione dell'imputato sia verso la vittima sia verso la collettività, collocando tale dimensione in sede processuale, piuttosto che nelle fasi preliminari, si corre il rischio di appesantire le dinamiche del processo penale e di allungarne notevolmente le sue tempistiche, snaturando la ratio di accertamento del fatto e

⁶¹ P. CORSO, *La normativa penale dell'ambiente nei suoi riflessi processuali penali*, in *Arch. pen.*, 2/2017, pp. 2 ss.

della responsabilità dell'imputato propria del processo verso una fase processuale incentrata unicamente sulla quantificazione del danno e sulla strutturazione di condotte riparatorie, le cui tempistiche di esecuzione sono nella realtà lunghe e non facilmente prevedibili⁶².

La *mission* del modello di giustizia riparativa è quello di ripristinare un equilibrio psicosociale tra le vittime-persone coinvolte nel crimine attraverso il dialogo e la comunicazione conciliatoria. Come si può allora raggiungere questo obiettivo se non attraverso lo sviluppo della crescita personale e sociale dell'individuo, in un'ottica anche preventiva⁶³.

Una concezione di giustizia che incentra la propria ragion d'essere sulla vittima e sui suoi bisogni, e che ha la finalità di limitare al massimo i danni da vittimizzazione: uno spazio utile dove la vittima può sentirsi sicura e far sentire i propri desiderata, con la richiesta di una giusta e doverosa riparazione all'autore di reato⁶⁴.

Definita anche come modello di giustizia relazionale che mette insieme gli attori più importanti, tra cui la vittima, il reo e la comunità stessa, nella ricerca di soluzioni atte a risolvere le conseguenze prodotte dal reato, e promuovere la riconciliazione tra le parti e il consolidamento del senso di sicurezza collettivo, ha come finalità quella di recuperare le relazioni e sanare quella frattura ingenerata dal reato. Comprende una serie di pratiche rivolte alla vittima, alla riparazione del danno e dell'offesa, alla promozione e responsabilizzazione del reo, al dialogo tra le parti, al coinvolgimento della comunità, all'elaborazione e trasformazione del conflitto.

La giustizia riparativa, dunque, negli anni e nelle varie sperimentazioni dentro e fuori dal procedimento penale, dalla giustizia minorile a quella per gli adulti, ha assunto molteplici significati: giustizia trasformativa, preventiva e/o educativa, di comunità e per il benessere delle persone.

La riforma Cartabia con l'introduzione del titolo IV dedicato alla disciplina organica della giustizia riparativa costituirà, pertanto, un banco di prova per il modello riparativo in tutte le sue accezioni e declinazioni e rappresenta per l'intero sistema penale una vera e propria rivoluzione copernicana che pone in discussione la teoria della pena e della penalità⁶⁵.

Il Titolo IV della legge del 10.10.2022 n. 150, contenente la disciplina organica della giustizia riparativa, dall' art. 42 all'art. 67, affronta per sezioni la

⁶² P. CORSO, *op. cit.*, p. 7.

⁶³ D. PICCININNO, *La Neurocriminologia incontra la conoscenza del Dhyana. Le pratiche della meditazione come strumento di potenziamento del modello di restorative justice*, in *Archivi Europei di Studi Penitenziari*, 1/2021, p. 123.

⁶⁴ F. DI MUZIO, *Giustizia riparativa e ruolo della vittima nella Riforma Cartabia*, in *Riv. Pen.*, 3/2023, p. 227

⁶⁵ F. DI MUZIO, *op. cit.*, p. 227.

nozione, i principi e gli obiettivi della giustizia riparativa, i criteri e l'accesso ai programmi, le garanzie delle persone legittimate a parteciparvi, le modalità di svolgimento dei programmi e gli esiti, la formazione di mediatori e i servizi per la giustizia riparativa.

L'intero testo normativo si ispira ai principi sanciti a livello internazionale in particolare alla Direttiva 2012/29 GAI UE, c.d. "direttiva vittime", alla Raccomandazione del Consiglio D'Europa 2018/98 sulla giustizia riparativa in materia penale, alla Raccomandazione del Consiglio D'Europa n. 2019/99 in materia di mediazione penale e ai Principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa elaborati dalle Nazioni Unite nel 2002.

Senza entrare troppo nel merito della riforma, e, soffermandoci invece sulla previsione riguardante la vittima del reato, l'art. 42 offre la definizione della stessa individuandola nel soggetto che ha subito in via immediata e diretta dal reato un danno patrimoniale o non patrimoniale, oltre ai congiunti dello stesso la cui eventuale dipartita è stata la conseguenza del crimine, e che ha subito un danno proprio come conseguenza della scomparsa di detto soggetto.

Dall'analisi della vastissima letteratura in ordine agli effetti dei programmi di giustizia riparativa sappiamo che quelli che prevedono l'incontro diretto con l'autore di reato e privilegiano gli aspetti comunicativi rispondono maggiormente ai bisogni delle vittime di rivestire un ruolo attivo nel percorso riparativo e di avere uno luogo ove poter far esprimere la loro voce.

Spazi di ascolto e di parola, opportunità di gestire l'ansia e la paura, sia in relazione al reato subito sia all'incontro con l'autore, riduzione della paura di future vittimizzazioni, empowerment della vittima, rappresentano solo alcuni dei benefici che la vittima ottiene dalle pratiche riparative di tipo dialogico e umanistico.

Nel nostro sistema processuale gli spazi fino ad oggi riservati alle vittime di reato rispetto a percorsi di giustizia riparativa sono stati pressoché marginali se non addirittura inesistenti.

Le disposizioni normative sulla sospensione nel processo con la messa alla prova per gli adulti⁶⁶, l'estinzione del reato per condotte riparatorie e l'affidamento in prova al servizio sociale misura alternativa nella fase dell'esecuzione che prevede " l'adoperarsi a favore della vittima"⁶⁷ sono state tutte indirizzate alla mera riparazione fine a se stessa, o meglio a far passare per pratiche di giustizia riparativa condotte indirizzate a risarcire il danno alla vittima, attraverso la forma classica della compensazione dell'offesa, ossia l'offerta di danaro.

⁶⁶ M. MONZANI, F. DI MUZIO, *La giustizia riparativa, dalla parte delle vittime*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 119 ss.

⁶⁷ F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, Cedam, Padova, 2015.

6. Conclusioni.

Non ci sono solide basi conoscitive circa le modalità in cui le vittime di un crimine ambientale si interfacciano con la situazione in cui vivono. Difettano studi ed elementi che possano fornire, con relativa certezza, «dati qualitativi sulla vita delle persone che vivono in luoghi contaminati, in modo da avere un quadro d'insieme abbastanza dettagliato e un contributo di pensiero circa la realtà in cui si trovano a vivere»⁶⁸.

Nell'ambito dello scenario ambientale, la partecipazione attiva dei consociati costituisce un elemento imprescindibile nel buon funzionamento del principio di precauzione; tuttavia, pur in presenza di determinati limiti, il principio di cui sopra consente di problematizzare la distribuzione dei rischi e la loro accettabilità sociale.

È necessario riconoscere la natura socialmente costruita e al tempo stesso reale dei crimini e dei danni socio-ambientali, che può essere ben descritta dall'interazione tra Stato, pubblico, vittime, sopravvissuti e perpetratori, negli specifici contesti di spazio e tempo in cui tali atti di volta in volta prendono vita⁶⁹.

Sviluppare una maggiore sensibilità e senso di riflessione al cospetto di fenomeni di danno e vittimizzazione ambientale certifica l'ingiusta distribuzione dei rischi e dei danni subiti ingiustamente e ad essi connessi, in un settore delicato per la vita umana come l'integrità ecologica. La vulnerabilità umana e ambientale occupa una ben precisa geografia sociale e una gerarchia di vittimizzazione differenziale.

Anche in questi peculiari scenari ambientali, il principio di precauzione rappresenta una preziosa chiave di volta⁷⁰. Risponde sicuramente al vero che lo stesso non fa venir meno i rischi sull'ambiente e sulla salubrità, né le problematiche che la conoscenza e l'insorgere incertezze della scienza aggiunge alla nostra capacità di prendere decisioni⁷¹.

È ormai assodato, infatti, che nella condizione attuale di "postnormal science" l'incertezza scientifica è diventata costitutiva: a divenire poco certi non sono solo le circostanze o i valori, bensì la combinazione di tutte le circostanze, all'interno di processi di co-produzione⁷².

⁶⁸ L. NATALI, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁹ L. NATALI, *Guerre contemporanee e conseguenze ambientali. Un approccio di green criminology*, in *Rass. It. Crim.*, 3/2016, p. 215.

⁷⁰ R. WHITE, *Crimes against nature: Environmental criminology and ecological Justice*, London, 2008.

⁷¹ L. PANNARALE, *Scienza e diritto. Riflessioni sul principio di precauzione*, in *Soc. dir.*, XXX, 2003, pp. 21 ss.

⁷² M. TALLACCHINI, *Scienza, Politica e diritto: il linguaggio della co-produzione*, in *Soc. dir.*, XXXII, 2005, pp. 75 ss.

Pertanto, anche con la presenza di tali limitazioni, il principio di precauzione favorisce il «problematizzare la distribuzione dei rischi e la loro accettabilità sociale»⁷³.

Questa situazione problematica, indispensabile per addivenire ad una riappropriazione democratica della determinazione dei fini da parte dall'uomo moderno, è prodromica ad un allargamento della base di conoscenza esperta utile per comprendere le questioni ambientali.

Se infatti la Scienza (con la "S" maiuscola) può e deve continuare a rappresentare lo strumento principale da utilizzare nelle deliberazioni concernenti l'intervento e l'impatto dell'uomo sull'ambiente, comunque essa rappresenta pur sempre solo un genere di conoscenza⁷⁴.

L'allargamento di questa base conoscitiva è allora indispensabile per introdurre la conoscenza nel suo complesso, proveniente dalla comunità scientifica e dai consociati⁷⁵, tenendo conto della molteplicità di attori implicati nella gestione dei rischi e riequilibrando almeno in parte i dislivelli di potere tra i differenti *stakeholder*.

⁷³ L. PANNARALE, *op. cit.*, pp. 42 ss.

⁷⁴ L. NATALI, *op. cit.*, p. 215.

⁷⁵ M. TALLACCHINI, *op. cit.*, p. 105.

LA CRESCENTE TUTELA PENALE DEL PATRIMONIO CULTURALE ITALIANO

The growing criminal protection of Italy's cultural heritage

di

Elisa Tognana Cecchetti *

L'art. 9 Cost., collocato tra i principi fondamentali dello Stato italiano, prevede la tutela dei beni culturali, la cui definizione si rinviene nel Codice dei beni culturali e del paesaggio. Nonostante la tutela approntata, i beni culturali non sono stati risparmiati da lesioni di varia natura. Con la ratifica della Convenzione di Nicosia, l'Italia ha inserito nel Codice penale una disciplina dedicata. Si considera, infine, la recente legge che prevede una sanzione amministrativa per coloro che compiono azioni deturpanti affermando di agire in segno di protesta per il cambiamento climatico.

Article 9 of the Constitution, one of the fundamental principles of the Italian State, provides for the protection of cultural heritage, the definition of which is found in the Code of Cultural Heritage and Landscape. Despite the protection put in place, cultural property has not been spared from injuries of various kinds. With the ratification of the Nicosia Convention, Italy has included a dedicated discipline in the penal code. It is finally considered the recent law that introduces administrative sanctions for those who carry out defacement actions by claiming to protest against climate change.

Sommario: 1. Il patrimonio culturale nella Costituzione – 2. Il Codice dei beni culturali e del paesaggio – 3. La Convenzione di Nicosia – 4. La Riforma dei reati contro il patrimonio culturale – 4.1 Il nuovo titolo VIII *bis* del Codice penale – 5. L'incidenza della riforma penalistica sul Decreto Legislativo 231/2001 – 6. La nuova Legge contro gli eco-vandali.

1 Il patrimonio culturale nella Costituzione.

L'onore della genesi dell'art. 9 Cost., spetta a due giovani Padri costituenti: Concetto Marchesi, intellettuale comunista e Aldo Moro, giurista democristiano. La sua collocazione topografica tra i principi fondamentali dello Stato italiano comporta l'inserimento della cultura e del progresso scientifico tra i volani per la ripresa dopo il secondo conflitto mondiale che vide uscire un'Italia perdente e stremata².

* Dottoressa in Giurisprudenza. Specializzata presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università degli Studi di Roma "Unicusano".

²P. COSTA, M. SALVATI, *La serie "Costituzione italiana: i Principi fondamentali"*, in T. MONTANARI, *Art. 9 Costituzione italiana*, Carocci editore Sfere extra, 2018, p. VII.

L'Assemblea costituente per lo sviluppo di un primo testo costituzionale nominò una Commissione composta da 75 membri. Questa venne, quindi, organizzata in tre Sottocommissioni: alla prima, in particolare, venne attribuita l'elaborazione dei diritti e doveri dei cittadini oltre che dei principi fondamentali.³ Marchesi nella propria relazione su scuola e cultura, inserì la tutela del patrimonio.⁴

Tale proposta venne avversata. Tra gli aspetti dibattuti la locuzione «monumenti naturali», la differenza tra vigilanza e protezione⁵ e l'attribuzione della competenza del patrimonio artistico e culturale allo Stato.⁶

La *ratio* della norma si rinviene nella rinascita, nella ripresa dell'Italia al termine della Seconda guerra mondiale. In un Paese nel quale l'analfabetismo riguardava almeno sei milioni di italiani, i costituenti inserirono tra i principi fondamentali della Carta la cultura ed il progresso scientifico quale mezzo di emancipazione.⁷

L'inserimento della tutela dei beni culturali tra i principi fondamentali dello Stato è indice dell'importanza che i Padri costituenti hanno riconosciuto a questi beni che rappresentano la storia, la memoria e l'evoluzione del Paese.⁸

Il primo comma dell'art. 9 Cost. va considerato in relazione agli art. 33 e 34 del testo fondamentale, i quali dispongono rispettivamente che «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento [...] Le istituzioni di alta cultura, università e accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalla legge». e «La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. [...]».

³ T. MONTANARI, *La discussione all'Assemblea costituente e la nascita dell'art. 9*, in *Art. 9 Costituzione Italiana*, Carocci editore Sfere extra, 2018, p. 5. Sul punto per completezza si riporta che alla seconda Sottocommissione venne assegnata la predisposizione dell'ordinamento dello Stato mentre alla terza dei rapporti economico-sociali.

⁴ T. MONTANARI, *op. cit.*, p. 6. Il modello di riferimento di Marchesi fu la Costituzione di Weimar del 1919. Tale testo era ricompreso nell'antologia comparativa sulle leggi fondamentali di molti paesi d'Europa fornita a ciascun membro dell'Assemblea.

⁵ Sul punto per leggere il verbale della discussione della prima sottocommissione si rinvia a www.nascitacostituzione.it.

⁶ Per approfondire si rinvia a T. MONTANARI, *op.cit.*, pp. 13 ss. Tra i detrattori della proposta di Marchesi si annoverava E. Clerici il quale affermò: «inutile perché [...] la Costituzione afferma cose che possono essere controverse, ma che è necessario politicamente affermare come una novità, come una conquista; non le cose che sono pacifiche. [...] ». I. MARCONI, *L'articolo 9 della Costituzione: cultura, paesaggio e ricerca*, in www.altalex.com, 16 aprile 2021.

⁷ I. MARCONI, *op. cit.*

⁸ L. NAZZICONE, *L'art. 9 della Costituzione*, www.lamagistratura.it, 10 febbraio 2022; P. COSTA, M. SALVATI, *op. cit.*, pp. IX e X. Per approfondire la scelta dei Padri costituenti di non inserire i principi fondamentali in un preambolo quanto farli parte integrante delle 139 norme della Costituzione. «Nei principi fondamentali sono state raccolte dal Comitato di redazione alcune norme che per il loro carattere "generalissimo", secondo il termine usato dal presidente on. Ruini, non avrebbero potuto trovare sede adeguata in uno dei titoli in cui la Carta costituzionale si suddivide, e d'altra parte, appunto per questo loro carattere, valgono a delineare – come fu ripetutamente detto in Assemblea – "il volto della Repubblica"».

Si è focalizzata l'attenzione ad un bilanciamento tra la funzione dello Stato quale promotore della cultura e la libertà riconosciuta alla scienza.⁹

Assume altresì interesse il ruolo attribuito ai beni culturali che ha condotto allo sviluppo di due teorie: funzione statica e funzione dinamica.¹⁰

Si evidenzia, poi, il distinguo tra tutela e valorizzazione che, oltre ad una differenza semantica, con la riforma del Titolo V della Costituzione, intervenuta a cura della legge cost. n. 3/2001, identifica in modo inequivocabile la competenza. Si rinviene, infatti, quella esclusiva dello Stato nella tutela dei beni culturali e quella concorrente nella valorizzazione degli stessi.¹¹

La salvaguardia dei beni culturali è operata attraverso prescrizioni e interventi finalizzati alla fruizione dei medesimi da parte della collettività e si concretizza attraverso due azioni quali la conservazione rappresentata dalla protezione dei beni oltre che dal loro rinvenimento e la valorizzazione mediante l'accesso agli stessi.¹²

La riforma dell'art. 9 della Carta fondamentale è stata operata dalla legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1, la quale ha introdotto nell'articolo in parola la tutela dell'ambiente e degli animali.¹³

2 Il Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Una primordiale tutela dei beni, che solo in tempi recenti sono stati oggetto di definizione, si rinviene nel periodo protodinastico del mondo egizio e, a distanza di secoli la sensibilità per l'arte, la storia e la memoria culturale dalle stesse rappresentate si ritrova nelle *Verrinae*, orazioni di Cicerone nel processo contro il propretore della Magna Grecia Gaio Licinio Verre.¹⁴ In ogni epoca, passando dal

⁹ T. MONTANARI, *op. cit.*, pp. 31 ss.

¹⁰ Per *approfondire* si rinvia a G.P. DEMURO, *I beni culturali nella prospettiva costituzionale: da una concezione statica a una concezione dinamica*, in *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Giuffrè editore - 2002, p. 30. L'Autore afferma che la concezione statica favorisce l'idea della conservazione del patrimonio culturale mentre la seconda sostiene che la tutela dei beni in oggetto ne consente una loro utilizzazione diretta e funga così da strumento di cultura, di sviluppo. L'Autore richiama alla nota n. 20 S. PASSARELLI, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Milano 1973, vol. III, p. 1425.

¹¹ Così l'art. 117 Cost. rispettivamente co 2°, lett. s) e co 3°, www.senato.it

¹² R. MARZOCCA, *Beni culturali: distinzione tra "tutela e valorizzazione" dopo la riforma del titolo V*, in www.altalex.com, 09 gennaio 2006. L'Autore descrive la distinzione tra conservazione e valorizzazione nei seguenti termini: «La conservazione tende al mantenimento o al recupero dell'integrità del bene sia sotto il profilo strettamente materiale sia per i vari aspetti attinenti a circostanze incidenti sulla identità culturale della cosa in sé considerata» mentre la seconda è definita come: «[...] l'apprestamento dei mezzi diretti a consentire o migliorare la possibilità di accesso [...] così da agevolare la percezione e l'apprendimento dei valori che a essi inseriscono.»

¹³ Per un approfondimento di rinvia a G. MARCATAJO, *La Riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in www.ambienteditto.it, Fascicolo n. 2/2022.

¹⁴ <https://www.treccani.it/enciclopedia/gaio-verre>, sul punto M.T. CICERONE, *In Gaium Verrem actionis secundae Liber IV*, in Il processo di Verre, traduzione e note L. FIOCCHI E D. VOTTERO, volume secondo,

sacco di Roma del 1527 alle conquiste napoleoniche della fine XVIII secolo, si è assistito ad azioni predatorie ed a saccheggi che hanno suscitato sempre maggiore disapprovazione tanto da condurre all'emanazione di atti finalizzati alla loro tutela.¹⁵

Nel XX secolo l'Italia si è rivelata terreno fertile per la definizione dei cardini della disciplina sui beni culturali, in particolare con la Legge 12 giugno 1902, n. 185, è stato sviluppato un catalogo nazionale dei «monumenti ed oggetti d'arte e d'antichità» e, pochi anni dopo, con la Legge 27 giugno 1907, n. 386, sono state istituite le soprintendenze dedicate ai monumenti, agli scavi e musei archeologici, alle gallerie, ai musei medievali e moderni e agli oggetti d'arte. La Legge 20 giugno 1909, n. 364 ha previsto poi l'«inalienabilità dei beni culturali in proprietà pubblica o assimilata».¹⁶

La legge 1089/1939 rubricata «tutela delle cose di interesse artistico e storico» rappresenta, con la Legge 1497/1939 dedicata alla «protezione delle bellezze naturali», la nuova normativa in materia che, negli intenti del Legislatore, voleva assumere una connotazione dinamica. Successivamente, sono stati emanati il d.lgs. 490/1999, Testo Unico delle disposizioni legislative in tema di beni culturali e ambientali e, infine, il Codice dei beni culturali e del paesaggio racchiuso nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42¹⁷, che ha abrogato il d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490.¹⁸

L'attuale Codice è stato approntato in attuazione degli artt. 9 e 117 della Costituzione.

L'espressione «bene culturale» è stata introdotta per la prima volta nella Convenzione dell'Aja del 1954¹⁹, ratificata dall'Italia con la legge 7 febbraio 1958, n.

Biblioteca Universitaria Rizzoli, 1992, p. 821, dal quale si riporta un breve estratto: «[...] nihil in aedibus cuiusquam, ne in hospitis quidem, nihil in locis communibus, ne in fanis quidem, nihil apud Siculum, nihil apud ciuem Romanum, denique nihil istum quod ad oculos animumque acciderit, neque priuati neque publici, neque profani neque sacri, tota in Sicilia reliquisse.»

¹⁵ Per approfondire si rinvia a A. VISCONTI, *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale*, G. Giappichelli editore, 2023, p. 3 ss. In particolare l'Autrice richiama la bolla *Cum almam nostrum Urbem* con la quale nel 1462 il pontefice Pio II «proibiva ogni opera di demolizione o danneggiamento di qualsiasi edificio pubblico antico (o dei resti sopra terra di tali edifici) in assenza di specifica autorizzazione pontificia, pena la carcerazione e la confisca dei beni strumentali al reato [...]». L'Autrice effettua un'interessante e ricca ricostruzione dei principali atti che possono essere assunti a testimonianza della progressiva consapevolezza da parte dell'autorità politica del valore del patrimonio storico artistico pervenuto.

¹⁶ *Ibidem*, pag. 61.

¹⁷ G.P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-BIS*, in *www.sistemapenale.it*, 29 aprile 2022, p. 3.

¹⁸ A. DI SANTO, *L'evoluzione della tutela penale italiana dei beni culturali*, in *www.altalex.com*, 23 luglio 2023; A. VISCONTI, *op. cit.*, p. 63.

¹⁹ A. VISCONTI, *op. cit.*, pp. 90 ss. Tale Convenzione «ha optato per l'uso del termine "cultural property" [...] tanto da includere, oltre ai beni mobili e immobili di stretto interesse culturale, anche entità di per sé prive di tale rilevanza ma importanti in quanto "contenitori" di masse significative di beni culturali». L'Autrice offre una finestra sulla disquisizione dottrinale relativa alle espressioni «cultural

279, in relazione alla protezione dei beni culturali in caso di conflitto, e, ripresa poi nella Conferenza UNESCO di Nuova Delhi del 1956 e, successivamente nella Convenzione di Parigi del 1970²⁰ e in due Raccomandazioni, segnatamente di Nairobi del 1976 e Parigi 1978.

Fa il proprio ingresso nel dibattito politico nel 1964 con i lavori della Commissione Franceschini²¹ e impiegato nella legislazione italiana nel 1974, sostituisce le locuzioni «antichità e belle arti» e «cose di interesse storico e artistico».²²

L'art. 2 del Codice del 2004 contiene la definizione di beni culturali²³ e rinvia, all'art. 10 nel quale si distinguono tre categorie di beni e nel quale si focalizza l'attenzione sulla presunzione di culturalità.²⁴ I beni elencati nell'art. 10, co. 2, sono di proprietà pubblica e assimilata, per i quali non si richiede alcun accertamento circa la sussistenza dell'interesse culturale e ai quali si riconosce una «presunzione assoluta». Ad altri, invece, segnatamente quelli individuati all'art. 10, co. 1 e 4, si attribuisce una presunzione relativa e la loro peculiarità si rinviene all'art. 12, co. 1, ossia che tali beni abbiano più di 70 anni e siano opera di autore non più vivente. Infine, vi sono i beni privati non assistiti da presunzione ed elencati nell'art. 10, co. 3, e soggetti al

property» e «cultural heritage». Nella seconda locuzione si rinviene una «prospettiva universalistica collegata al più ampio tema della protezione dei diritti umani fondamentali.» «Si tratta, infatti, di espressione più adatta a ricomprendere sia la totalità degli elementi della sterminata produzione culturale umana, sia la loro varietà [...] a cominciare dall'interesse della comunità globale alla conservazione e conoscenza delle molteplici eredità culturali del mondo [...]»

²⁰ Tale Convenzione concernente le misure da prendere per vietare ed impedire l'importazione, l'esportazione e il trasferimento di proprietà illeciti di beni culturali, che cerca di arginare il fenomeno del traffico illecito delle opere d'arte da un Paese all'altro, imponendo obblighi di restituzione dei beni rubati dai musei e esportati in violazione della legge dello Stato di provenienza (ratificata dall'Italia con legge 30 ottobre 1975 n. 873 è consultabile in www.patrimoniounesco.it.

²¹ A. VISCONTI, *op. cit.*, p. 104.

²² G. SCIULLO, *La nozione di bene culturale*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciuillo, (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, 2011, p. 21.

²³ Ai sensi dell'art. 2, d.lgs. 42/2004, rubricato Patrimonio culturale: «1. Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici.

2. Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà.

3. Sono beni paesaggistici gli immobili e le aree indicati all'articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge.

4. I beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica sono destinati alla fruizione della collettività, compatibilmente con le esigenze di uso istituzionale e sempre che non vi ostino ragioni di tutela.» Così *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in www.altalex.it.

²⁴ L. PONZONI, F. DI MAGGIO, *I reati contro il patrimonio culturale e l'aggiornamento dei modelli 231*, in *Giur. Pen. web*, 2023, 4, pp. 7 ss.; V. MANES, *La tutela penale*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciuillo, (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, 2011, p. 291, l'Autore definisce la culturalità quale «caratteristica intrinseca di testimonianza avente valore di civiltà come appunto recita l'art. 2, comma 2 del d.lgs. 42/2004».

procedimento di verifica dell'interesse culturale.²⁵

Sotto l'aspetto penale la tutela dei beni in oggetto si rinveniva nell'omonimo Codice, agli artt. da 169 a 180, e nelle fattispecie comuni del Codice penale arricchite dalla previsione di circostanze aggravanti speciali: tra gli altri si ricordano i delitti di cui agli articoli 635 e 639 c.p.²⁶

Il bene culturale è un bene giuridico rappresentato da due entità: una materiale e l'altra intangibile uniti indissolubilmente.²⁷

Una caratteristica che si incontra in diverse fattispecie penali inserite nel Codice dei beni culturali è l'essere sviluppati come reato di pericolo astratto.²⁸

In questa tipologia di reato, affinché si verifichi la violazione della fattispecie penale, è sufficiente la messa a repentaglio²⁹ del bene giuridico protetto, non si assiste ad un suo concreto pregiudizio.

I reati in materia di beni culturali si possono distinguere a seconda derivino dalla carenza di un provvedimento autorizzatorio, ovvero si tratti di una violazione amministrativa o, infine, dall'inottemperanza di specifici ordini impartiti dall'autorità amministrativa.³⁰

In ordine al soggetto attivo del reato in esame, si rileva che nella disciplina contenuta nel d.lgs. 42/2004, si è al cospetto di un reato proprio: questo può essere commesso solo da una determinata categoria di persone,³¹ non può essere posto in essere dal *quivis de populo*, infatti, si presume l'esistenza di una relazione tra il bene e colui che ne sia il proprietario ovvero ne abbia il possesso o la mera detenzione. Si evidenzia come nelle norme in commento il Legislatore avesse optato per il pronome indefinito «chiunque» che si rinviene normalmente quale soggetto agente nei reati comuni ma dalle disposizioni richiamate, artt. 169 – 180 del d.lgs. 42/2004, si evince il soggetto attivo del reato possa essere esclusivamente il destinatario del precetto.

Il codice penale invece accordava a tali beni una tutela basata sul riconoscimento della fattispecie come reati di danno.³²

3 La Convenzione di Nicosia.

La *Convention on Offences relating to Cultural Property*, meglio conosciuta come Convenzione di Nicosia, è un trattato internazionale a sottoscrizione aperta promosso dal Consiglio d'Europa dal 19 maggio 2017 sottoscritta dall'Italia e

²⁵ L. PONZONI, F. DI MAGGIO, *op. cit.*, pp. 9 – 10.

²⁶ V. MANES, *op. cit.*, p. 289.

²⁷ *Ibidem*, p. 291, «[...]si tratta di un bene caratterizzato da unicità e deperibilità e di difficile "ripristinabilità" perché l'eventuale lesione spesso lo compromette in modo definitivo [...]».

²⁸ Per approfondire si rinvia a A. VISCONTI, *op. cit.*, p. 67.

²⁹ A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale parte generale, seconda edizione*, Cedam 2004, p. 165.

³⁰ V. MANES, *op. cit.*, pp. 292 - 293.

³¹ A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 165.

³² A. VISCONTI, *op. cit.*, p. 65.

successivamente ratificata con la l. 21 giugno 2022, n. 6.³³ Nasce, dopo la precedente e sfortunata Convenzione di Delfi³⁴ del 23 giugno 1985, a seguito dell'incontro dei Ministri della Cultura del Consiglio d'Europa avvenuto a Namur, in Belgio, nella primavera del 2015 e nel quale venne affrontato il valore sociale del patrimonio culturale nel nostro tempo.³⁵ Allo sviluppo della Convenzione di Nicosia parteciparono organizzazioni internazionali quali l'Unione europea, l'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT), l'UNESCO, l'Ufficio per le Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNOD). La Convenzione in esame consta di 32 articoli, suddivisi in VII capitoli e all'art. 1 si esplicitano gli scopi perseguiti quali la prevenzione e la lotta al traffico illecito di beni culturali, il contrasto alla distruzione e al danneggiamento, il rafforzamento della prevenzione della criminalità nei sistemi penali nazionali in materia culturale, la promozione della cooperazione tra Stati nella lotta ai reati che offendono i beni culturali.³⁶

Nella Convenzione ivi richiamata sono trattate sia le possibili lesioni al patrimonio culturale perpetrate in tempo di pace sia il commercio illecito di beni culturali.³⁷

L'art. 2 della Convenzione individua il suo ambito di applicazione sulla base della definizione di beni culturali contenuta nella stessa e assunta dall'art. 1 della Convenzione UNESCO del 14 novembre 1970.³⁸

³³ A. VISCONTI, *op. cit.*, p. 55.

³⁴ A. DI SANTO, *op. cit.*, in *www.altalex.com*, 23 luglio 2023. Tale Convenzione constava di 36 articoli e non entrò in vigore in quanto non si raggiunse il numero di ratifiche sufficienti. A. VISCONTI, *op. cit.*, pp. 53 ss. «La struttura di questa Convenzione si presentava piuttosto complessa, con un primo gruppo di condotte [...] oggetto di un obbligo di criminalizzazione in senso proprio [...], un secondo gruppo decisamente più nutrito, di condotte [...] oggetto di facoltà di criminalizzazione unilaterale [...], e infine una clausola "aperta" (art. 3.3) che avrebbe consentito a ciascuno Stato contraente la previsione di ulteriori fattispecie non predeterminate, purché lesive di beni culturali; salva in ogni caso l'operatività della clausola di reciprocità stabilita all'art. 26.» Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione, Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale, Relazione n. 34/22, 21 giugno 2022, in *www.portaledelmassimario.ipzs.it*, p.5.

³⁵ F. L'ARENA, *Da Faro e Nicosia: le Convenzioni a difesa del patrimonio culturale*, in *www.labsus.org*, 18 gennaio 2021.

³⁶ L. VENEZIA, *La Convenzione di Nicosia*, in *www.dirittoconsenso.it*, 26 marzo 2020; Camera dei deputati Servizio Studi, XVIII Legislatura, AC 3326 Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali fatta a Nicosia il 19 maggio 2017, *www.icom-italia.org*, pp. 1 – 2.

³⁷ Sul punto per approfondire si rinvia a E. MOTTESE, *Criminalizzare e (è?) proteggere*, in *La lotta contro il danneggiamento e il traffico illecito di beni culturali nel diritto internazionale*, Giappichelli editore, 2020, p. 43.

³⁸ L'art. 1 della Convenzione UNESCO, Parigi 14 novembre 1970, recita: «Ai fini della presente Convenzione vengono considerati beni culturali i beni che, a titolo religioso o profano, sono designati

L'importanza della Convenzione di Nicosia si rinviene nell'obbligo, per gli Stati aderenti, di inserire nel proprio ordinamento penale la previsione punitiva delle condotte volte alla commissione dei reati, anche in forma di tentativo, contro i beni culturali individuati nella stessa. Gli articoli dal 3 al 10, in particolare, elencano le condotte di reato che si richiede vengano previste e punite dagli Stati firmatari.

L'art. 3 prevede il furto e l'appropriazione indebita di beni culturali, l'art. 4 riguarda lo scavo e la rimozione illegale, l'art. 5 l'importazione illecita dei beni oggetto di tutela, l'art. 6 l'esportazione illecita, a seguire il possesso illecito, all'art. 8 l'immissione sul mercato, all'art. 9 la falsificazione di documenti e, infine, all'art. 10 la distruzione e il danneggiamento dei beni culturali.

Proseguendo nel ventaglio delle previsioni convenzionali si ricorda che nell'art. 12 si impone agli Stati di individuare i criteri di giurisdizione in relazione ai reati ivi disciplinati, l'art. 14 disciplina le sanzioni applicabili alle persone fisiche e alle persone giuridiche. L'art. 15 impone la previsione di aggravanti e gli articoli da 17 a 19 prevedono che il perseguimento dei reati relativi alla tutela dei beni culturali non sia subordinato ad una denuncia e che l'attività di indagine sia espletata da personale specializzato

Gli articoli 20 e 21 sono dedicati agli strumenti di prevenzione e alle altre misure amministrative da adottare sia a livello nazionale, quanto internazionale. All'art. 20 in particolare vi è l'onere, in capo agli Stati aderenti, di predisporre o potenziare inventari e *database* dei beni rientranti nella definizione contenuta nell'art. 2 della Convenzione di Nicosia.³⁹

Oltre al contesto internazionale la tutela del patrimonio culturale è stato oggetto di attenzione, in anni tutto sommato recenti, anche da parte dell'Unione europea. Si ricordano in particolare due Regolamenti emanati nel 2003 e nel 2013 con il fine di

da ciascuno Stato come importanti per l'archeologia, la preistoria, la storia, la letteratura, l'arte o la scienza e che appartengono alle categorie indicate qui di seguito: a) collezione ed esemplari rari di flora e fauna, di mineralogia e di anatomia; oggetti che rappresentino un interesse paleontologico; b) i beni riguardanti la storia, ivi compresa la storia della scienza e della tecnica, la storia militare e sociale nonché la vita dei leaders, dei pensatori, degli scienziati e degli artisti nazionali e gli avvenimenti di importanza nazionale; c) il prodotto di scavi archeologici (regolari e clandestini) e di scoperte archeologiche; d) gli elementi provenienti dallo smembramento di monumenti artistici o storici e da luoghi archeologici; e) oggetti d'antiquariato che abbiano più di cento anni quali le iscrizioni, le monete e i sigilli incisi; f) materiale etnologico; g) i beni d'interesse artistico quali: i) quadri, pitture e disegni fatti interamente a mano su qualsiasi supporto e con qualsiasi materiale (esclusi i disegni industriali e i prodotti manufatti decorati a mano), ii) opere originali di arte statuaria e di scultura in qualunque materiale, iii) incisioni, stampe e litografie originali, iv) assemblaggi e montaggi artistici originali, in qualunque materiale; h) manoscritti rari e incunaboli, libri, documenti e pubblicazioni antichi d'interesse particolare (storico, artistico, scientifico, letterario, ecc.) isolati o in collezioni; i) francobolli, marche da bollo e simili, isolati o in collezione; j) archivi, compresi gli archivi fonografici, fotografici e cinematografici; k) oggetti di mobilia aventi più di cento anni e strumenti musicali antichi», in www.federculture.it.

³⁹ E. MOTTESE, *op. cit.*, pp. 121 ss.

vietare sia l'importazione che il commercio di beni culturali extra-UE derivanti dall'uscita illecita da Paesi resisi protagonisti di invasioni e guerra civile.⁴⁰

In forza del Regolamento (UE) 2019/880 la protezione assegnata ai beni culturali da parte dall'organismo sovranazionale si è arricchita. Sono stati previsti il divieto di importazione dei beni individuati nell'allegato A al Regolamento prefato e l'adozione di strumenti atti al controllo quali la «licenza di importazione» per i beni indicati nell'allegato B e la «dichiarazione dell'importatore» per quelli puntualizzati all'allegato C.⁴¹

4 La Riforma dei reati contro il patrimonio culturale.

La riforma della tutela del patrimonio culturale deriva da un processo che ha attraversato tre legislature⁴² fino alla promulgazione della Legge 9 marzo 2022, n. 22, pubblicata in G.U. n. 68 del 22 marzo 2022 ed entrata in vigore il giorno successivo⁴³. Tale testo è finalizzato a dare attuazione alla Convenzione di Nicosia e all'art. 9, co. 2 Cost. Invero, ha apportato modifiche significative nel Codice penale ed inciso su altri testi normativi. Non ha inciso sulla l. n. 45/2009 in tema di protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato ma si è assistito alla creazione di nuove fattispecie ancorché sviluppate sulla base di previsioni di carattere generale con la trasposizione di altre dal d.lgs. 42/2004 al Codice penale. Si registra, innanzitutto, che il Libro II del codice penale è stato arricchito di un inedito titolo VIII *bis* «Dei delitti contro il patrimonio culturale» e, al fine di evitare un bilanciamento tra circostanze, si è optato per lo sviluppo di fattispecie autonome anziché introdurre un'aggravante speciale per i reati comuni contro il patrimonio.⁴⁴ Invero, vi è stata l'espunzione dell'aggravante prevista negli artt. 635 e 639 c.p. e il passaggio da una tutela indiretta

⁴⁰ A. VISCONTI, *op. cit.*, p. 56 ss. Il Regolamento CE n. 1210/2003 dedicato ai beni culturali usciti dall'Iraq dopo la proclamazione dell'embargo derivato dell'invasione del Kuwait nel 1990 e il Regolamento 1332/2013 relativo all'illecita esportazione di beni culturali dalla Siria inizialmente a decorrere dal 09 maggio 2011 e, con il Regolamento 2015/827, il termine è stato anticipato al 15 marzo 2011 data di inizio della guerra civile nel medesimo Paese. In particolare cfr. Regolamento (UE) 2015/827 del Consiglio del 28 maggio 2015 che modifica il Regolamento (UE) n. 36/2012 concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Siria, consultabile in Regolamento - 2015/827 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

⁴¹ *Ibidem*; si rinvia a Regolamento (UE) 2019/880 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativo all'introduzione e all'importazione di beni culturali, consultabile in Regolamento - 2019/880 - IT - EUR-Lex (europa.eu).

⁴² L. PONZONI, F. DI MAGGIO, *op. cit.*, p. 1. I primi disegni di legge non si concretizzarono in un testo normativo: si ricorda innanzitutto il ddl. A.C. 2806 della XV Legislatura presentato nel 2007, il Ddl del Governo A.S. 3016 della XVI Legislatura presentato nel 2016 e il ddl del Governo A.C. 4220 conosciuto come ddl Orlando - Franceschini. Quest'ultimo in particolare è rilevante in quanto dalla sua modificazione è stato elaborato il testo dell'attuale riforma.

⁴³ In forza della clausola di immediata operatività ex art. 7 della Legge n. 22/2022.

⁴⁴ L. PONZONI, F. DI MAGGIO, *op. cit.*, p. 4.

ad una tutela diretta del patrimonio culturale⁴⁵. Vi è stata l'introduzione di una nuova contravvenzione nel Libro III e, segnatamente, l'art. 707 *bis* c.p., rubricato «Possesso ingiustificato di strumenti per il sondaggio del terreno o di apparecchiature per la rilevazione dei metalli» e sono rimaste inalterate le altre due fattispecie contravvenzionali dedicate alla tutela del bene giuridico in esame. È stata estesa alla protezione dei beni culturali la disciplina delle operazioni sotto copertura ex art. 9 Legge 16 marzo 2006, n. 146.

La novella ha interessato, altresì, il d.lgs. 231/2001 con la previsione di due nuove tipologie di illecito amministrativo relativo alla tutela dei beni culturali, segnatamente gli articoli 25 *septiesdecies* e 25 *duodevices*.⁴⁶

La modifica intervenuta nel Codice penale, si inquadra nell'ambito del principio di riserva di codice ex art. 3 *bis* c.p.⁴⁷

Per quanto attiene alla collocazione codicistica del nuovo titolo VIII *bis* c.p., la dottrina ritiene che, in considerazione della funzione attribuita e riconosciuta al bene oggetto di tutela, ossia «salvaguardia e sviluppo della personalità umana»⁴⁸, fosse più appropriato un inserimento prossimo al titolo dedicato all'ambiente, anziché la scelta compiuta di affiancarlo ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

L'opera riformatrice non ha offerto una definizione⁴⁹ del bene giuridico oggetto di tutela ma rinvia al contenuto dell'art. 2 del d.lgs. 42/2004, ciò a discapito di una maggior determinatezza del precetto.

Nell'insieme patrimonio culturale, locuzione utilizzata quale rubrica dell'art. 2 *cit.*, si giustappongono beni culturali e paesaggistici i quali sono accomunati nella funzione culturale loro attribuita e nella doverosa salvaguardia approntata ma sono

⁴⁵ *Ibidem*, p. 3. Cfr. anche G.P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-BIS*, *cit.*, p. 30, l'Autore spiega che «La legge di riforma segna il definitivo abbandono di un sistema di tutela penale indiretta, che si basa cioè sul regime privatistico dei beni e nel quale il carattere culturale del bene ha il significato di mero limite ai poteri di disposizione e godimento del proprietario e il valore ideale (culturale) ha sempre carattere accessorio rispetto alla materialità del bene. [...] si passa in modo chiaro a un sistema di tutela penale diretta del patrimonio storico artistico. Tale tipologia sistematica presuppone un regime pubblicistico protettivo, che assume come base una nozione di bene culturale nella quale il valore ideale si compenetra così profondamente nell'elemento materiale da formare un nuovo bene giuridico, che deve costituire oggetto di protezione diretta da parte dello stesso Stato, indipendentemente dall'appartenenza pubblica o privata del bene e anche nei confronti di possibili offese da parte dello stesso proprietario».

⁴⁶ L. PONZONI, F. DI MAGGIO, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁷ Sul punto per approfondire si rinvia a M. DONINI, *La Riserva di Codice (Art. 3-Bis Cp) Tra Democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in www.la legislazione penale.eu, 20 novembre 2018.

⁴⁸ G.P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-BIS*, *cit.*, p. 4; C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in www.la legislazione penale.eu, 19 febbraio 2018, p. 37; A. VISCONTI, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁹ G.P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-BIS*, *cit.*, pp. 32 – 33.

distinti con la previsione di una specifica tutela. Tale accostamento si rinviene già nella Convenzione UNESCO del 1972⁵⁰ nella quale si assume che il patrimonio mondiale è formato sia dal patrimonio culturale che dal patrimonio naturale.⁵¹

Spesse volte alla carenza di determinatezza del precetto segue l'opera creativa dell'interprete⁵²

Punto centrale della nuova disciplina riguarda l'ambito di applicazione della normativa in base alla nozione fornita al bene giuridico oggetto di tutela. Il patrimonio culturale dichiarato comprende i beni il cui valore artistico è oggetto di attestazione mentre il patrimonio culturale reale è tutelato a prescindere da un espresso e preventivo riconoscimento intervenuto da parte delle amministrazioni competenti.

Tutelare solo il solo patrimonio culturale dichiarato significherebbe esporre a lesione o comunque essere oggetto di condotte altrimenti illecite beni privi della richiesta dichiarazione.

Sulla scelta legislativa di non dettare una definizione di bene culturale a fini penali, si sono sviluppate due scuole di pensiero. La prima afferma l'opportunità di una definizione all'uopo elaborata mentre l'altra reputa che l'eterogeneità delle fattispecie inserite nel Titolo VIII *bis* c.p., comportino la necessità di una valutazione *in itinere*.

Il riformatore ha ritenuto maggiormente consono tutelare il patrimonio culturale reale.⁵³

Sul punto si ricorda che in diverse occasioni la giurisprudenza di legittimità ha accolto l'orientamento sostanzialistico.⁵⁴

⁵⁰ Convenzione «sulla tutela del patrimonio culturale e naturale mondiale, che si occupa del patrimonio immobiliare e richiede la cooperazione dei vari paesi nella conservazione e protezione dei beni più importanti per la storia, l'arte, la scienza e anche le bellezze naturali (ratificata dall'Italia, legge 6 aprile 1977, n. 184)», in www.patrimoniounesco.it

⁵¹ G.P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-BIS*, cit., pp. 4 - 5. L'Autore ricorda che «l'Italia è protagonista, dato che è il Paese al mondo con il maggior numero (58) di siti inclusi nella lista dei patrimoni dell'umanità» e prosegue con un interessante richiamo a Kant: «l'affiancamento dal punto di vista della tutela non deve far dimenticare la loro diversa essenza, riferendosi, infatti, i beni culturali al c.d. "bello d'arte" al prodotto della creatività umana, e i beni paesaggistici al c.d. "bello di natura" [...]»; C. PERINI, *op.cit.*, p. 9.

⁵² D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, in *Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, Torino, 2019, pp. 14 ss.; Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione, Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale, Relazione n. 34/22, 21 giugno 2022, in www.portaledelmassimario.ipzs.it, p. 14.

⁵³ G. P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-BIS*, cit., p. 31.

⁵⁴ Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione, Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale, Relazione n. 34/22, 21 giugno 2022, in www.portaledelmassimario.ipzs.it, pp. 16 - 17. La Suprema Corte ha affermato che «non è richiesto [...] o siano qualificati come culturali da un provvedimento amministrativo, reputando sufficiente che la "culturalità" sia desumibile dalle caratteristiche oggettive dei beni (*ex plurimis*, Cass. Pen. Sez. 3, n. 24988 del 16/07/2020, Quercetti, in

Nella Relazione del Massimario si distinguono tre aree di intervento normativo accomunate dalla irretroattività a decorrere dal 23 marzo 2022. Il primo raggruppamento è espressione di fattispecie generali dotate però di un elemento specializzante. La seconda è rappresentata dalla trasposizione di fattispecie di reato dal codice di settore al Codice penale e conseguente «continuità normativa»⁵⁵ dell'illecito. Infine, si rinvencono nuove fattispecie indirizzate alla tutela dei beni culturali.

Vi è un ultimo gruppo di norme non incriminatrici ma concernenti la disciplina delle circostanze, della confisca e del fatto commesso all'estero.⁵⁶

4.1 Il nuovo titolo VIII *bis* del Codice penale.

Il titolo in parola consta di diciotto articoli, dei quali i primi tredici - segnatamente dall'art. 518 *bis* all'art. 518 *quaterdecies* - sono norme incriminatrici, mentre le restanti sono dedicate rispettivamente a casi di non punibilità, circostanze aggravanti, attenuanti, confisca e fatto commesso all'estero.

Una peculiarità processuale comune a questi reati è la procedibilità d'ufficio.

Molti consentono l'applicazione della custodia cautelare in carcere e la maggioranza sono di competenza del Tribunale in composizione monocratica, salvo le fattispecie per le quali è prevista una pena edittale massima superiore a dieci anni che, ai sensi dell'art. 33 *bis* c.p.p., attribuisce la competenza al Tribunale collegiale. Per i reati che per limiti edittali rientrano nella previsione ex art. 550 c.p.p., è prevista la citazione diretta a giudizio da parte del p.m.

L'articolo 518 *bis* c.p. è riservato al furto di beni culturali. Traspone nella prefata disposizione il testo dell'articolo 624 c.p. relativo al furto, ma destinandolo alla tutela del bene giuridico in commento. Si tratta di un reato comune la cui condotta consiste nell'impossessamento di un bene altrui attuato tramite la sottrazione al detentore al fine di profitto. Il primo comma dell'art. 518 *bis* c.p. riconosce al soggetto agente la volontarietà del profitto, l'elemento psicologico del dolo specifico mentre il secondo comma prevede il dolo generico.

In relazione al dolo nella disposizione concernente il furto ex art. 624 c.p., si sono fronteggiati due orientamenti che hanno condotto alla rimessione della questione alle Sezioni Unite della Cassazione.⁵⁷

CED Cass. 279756-01; *Cass. Pen.*, Sez. 2, n. 36111 del 18/07/2014, Medda, in *CED Cass.* 260366-01 [...].

⁵⁵ Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione, Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale, Relazione n. 34/22, 21 giugno 2022, in www.portaledelmassimario.ipzs.it, p. 19.

⁵⁶ Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione, Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale, Relazione n. 34/22, 21 giugno 2022, in www.portaledelmassimario.ipzs.it, pp. 18 – 20.

⁵⁷ A. ACETO, *SS.UU.: il dolo specifico del reato di furto può consistere anche in un vantaggio non patrimoniale*, in www.altalex.com, 17 ottobre 2023. Sul punto merita menzione la recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 41570 del 12 ottobre 2023, nella quale il Supremo Consesso nomofilattico ha affermato che «Nel delitto di furto, il fine di profitto che integra il dolo specifico del reato va inteso

La condotta di sottrazione posta in essere nella vigenza della precedente disciplina comportava l'applicazione dell'articolo 624 c.p., nel caso in cui il bene sottratto fosse appartenuto ad un privato mentre dell'art. 176 C.b.c.⁵⁸ qualora lo stesso fosse appartenuto allo Stato.

L'art. 518 *ter* c.p. è dedicato all'appropriazione indebita di beni culturali con una riproposizione della fattispecie già contenuta nell'enunciato art. 646 c.p.

Con il prosieguo della disamina del nuovo titolo si incontrano i delitti di ricettazione di beni culturali disciplinato all'art. 518 *quater* c.p., l'impiego dei beni culturali provenienti da delitto ex art. 518 *quinquies* c.p., il reato di riciclaggio di beni culturali ex art. 518 *sexies* c.p., l'autoriciclaggio di beni culturali all'art. 518 *septies* c.p., sviluppati sulle fondamenta delle fattispecie penali generali rispettivamente ex articoli 648, 648 *ter*, 648 *bis*, 648 *ter.1* c.p.

Una novità sostanziale è offerta dall'art. 518 *octies* rubricato Falsificazione in scrittura privata relativa ai beni culturali. Tale disposizione deriva dall'art. 9 della Convenzione di Nicosia del 2017⁵⁹ il quale prevede la criminalizzazione della produzione di documenti falsi e la manomissione di documenti relativi a beni culturali mobili qualora tali condotte abbiano come scopo quello di nascondere la provenienza illecita del bene.

L'art. 518 *novies* c.p. ha trasposto nel codice la previsione in precedenza contenuta nell'art. 173 C.b.c. contestualmente abrogato e relativo alla violazione in materia di alienazione di beni culturali. Il presupposto del reato si sostanzia in una mera trasgressione in quanto si tratta di condotte poste in essere in un contesto lecito legato al normale traffico giuridico ma nelle quali non si ottemperi alle operazioni di controllo poste in essere a cura dell'amministrazione competente.

Un'altra rilevante novità è contenuta all'art. 518 *decies* c.p. dedicato all'importazione illecita di beni culturali attraverso il quale il Legislatore ha attuato gli obblighi europei previsti agli artt. 3 e 11 del Reg. (UE) n. 2019/880⁶⁰ oltre a quello sancito nell'art. 5 della Convenzione di Nicosia che obbliga gli Stati a rendere reato l'importazione illegale di beni culturali.

Prima di tale previsione la condotta veniva punita ai sensi delle norme sul contrabbando nonostante queste fossero riservate alla tutela degli interessi finanziari dell'UE.⁶¹

come qualunque vantaggio anche di natura non patrimoniale perseguito dall'autore».

⁵⁸ Art. 176, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, Impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato. «1. Chiunque si impossessa di beni culturali indicati all'art. 10 appartenenti allo Stato ai sensi dell'articolo 91 è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 31 a euro 516,50. 2. La pena è della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 103 a euro 1.033 se il fatto è commesso da chi abbia ottenuto la concessione di ricerca prevista dall'articolo 89», in www.brocardi.it.

⁵⁹ Si può leggere in www.icom-italia.org.

⁶⁰ Si possono leggere in www.eur-lex.europa.eu.

⁶¹ Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione, Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale, Relazione n. 34/22, 21 giugno 2022, in www.portaledelmassimario.ipzs.it, pp. 40 e

L'art. 518 *undecies* c.p. rubricato Uscita o esportazione illecite di beni culturali ha modificato la forbice edittale e trasposto il contenuto dell'art. 174 C.b.c. nel Codice penale. L'esportazione di beni culturali è sanzionata nel caso sia avvenuta in assenza di «attestato di libera circolazione o di licenza di esportazione». Il secondo comma prevede l'applicazione della pena della reclusione da due a otto anni, già contemplata nel primo comma, nell'ipotesi in cui il soggetto agente non provveda a far rientrare nel territorio nazionale il bene culturale esportato temporaneamente, ovvero renda dichiarazioni mendaci finalizzate a provare la non assoggettabilità ad autorizzazione per l'esportazione di determinati beni di interesse culturale. In relazione a questa ultima previsione, si deve richiamare l'art. 65 C.b.c. nel quale, al comma 4, sono elencati i beni non soggetti ad autorizzazione e per i quali, ai sensi del comma 4 bis dell'art. 65 in parola, il soggetto interessato ha l'onere di comprovare al competente ufficio di esportazione, mediante dichiarazione ex D.P.R. n. 445/2000, che i beni oggetto di esportazione, rientrano tra quelli per i quali non è prevista l'esportazione.⁶²

La tutela è completata poi dall'art. 518 *duodevices* c.p. nel quale è stabilita la confisca delle cose indicate all'art. 518 *undecies* oggetto del reato salvo queste appartengano ad un soggetto estraneo al reato.

Nella tessitura dell'incriminazione di cui all'art. 518 *duodecies* c.p. sono comprese eterogenee fattispecie di reato. Il primo comma contiene il reato in precedenza inserito nella forma circostanziale nell'art. 635 c.p. ed ora divenuta fattispecie autonoma e speciale. Tale disciplina si nutre, altresì, del disposto dell'art. 169 C.b.c. il quale punisce il compimento di opere in assenza di autorizzazione. Quest'ultima dovrebbe essere concepita quale reato di pericolo ed applicata nell'ipotesi di inosservanza di un provvedimento amministrativo mentre la fattispecie introdotta nel codice penale all'art. 518 *duodecies* dovrebbe essere applicata in caso di danno derivante dalla violazione del provvedimento amministrativo.⁶³ Il Legislatore nella disposizione in esame ha espressamente previsto all'ultimo comma la subordinazione della concessione della «sospensione condizionale della pena al ripristino dello stato dei luoghi o all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato o alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato».

Il novero delle fattispecie incriminatrici si avvia alla conclusione con la previsione del reato di devastazione, il quale contiene una clausola di sussidiarietà che comporta l'applicazione dell'art. 518 *terdecies* nelle ipotesi non rientranti nella fattispecie prevista e punita nel Libro II, Titolo I e rubricata «Devastazione,

ss.; G. P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-BIS*, cit., pp. 21 ss.

⁶² G. P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-BIS*, cit., pp. 22 - 23.

⁶³ *Ibidem*, p. 24.

saccheggio e strage». La locuzione scelta ed utilizzata nella disposizione inserita nel Titolo VIII bis del libro secondo del Codice penale presuppone un'azione caratterizzata da notevole gravità che, oltre a ledere l'ordine pubblico, accede al patrimonio culturale.⁶⁴

Nella contraffazione di opere d'arte di cui all'art. 518 *quaterdecies* c.p., il bene giuridico tutelato dalla norma non è la buona fede quanto la regolarità negli scambi del mercato artistico e dell'antiquariato. Tale articolo deve essere posto in relazione al successivo.

Interessante rilevare la differenza tra la precedente disciplina in materia contenuta nell'art. 179 C.b.c del 2004, nella quale erano esclusi dal novero di applicazione della stessa le opere di arte contemporanea e l'attuale la quale, in ossequio al dettato costituzionale, non pone ostacoli alla loro tutela confermando così la protezione del patrimonio culturale in senso più ampio e non solo di quello dichiarato.⁶⁵

La causa di non punibilità ai sensi dell'articolo successivo, si riferisce espressamente alla disposizione ex art. 518 *quaterdecies* e prevede, infatti, la non applicazione di quest'ultima norma nelle ipotesi in cui la riproduzione, la detenzione, la diffusione di copie di opere siano subordinate alla espressa dichiarazione di non autenticità delle stesse tramite annotazione scritta sull'opera o sull'oggetto.

Le ultime quattro disposizioni del Titolo in esame propongono circostanze aggravanti e attenuanti, prevedono la confisca dei beni e dispongono l'applicazione delle norme esaminate anche qualora il reato sia commesso all'estero in danno del patrimonio culturale nazionale.

Le circostanze ex art 518 *sexiesdecies* sono applicabili alle fattispecie del Titolo VIII bis, e prevedono l'aumento di pena da un terzo alla metà rapportandolo alla gravità del danno, all'ambito nel quale lo stesso è commesso, all'eventuale ruolo pubblico ricoperto dal soggetto agente o, ancora, dall'essere posto in essere da sodali di un'organizzazione a delinquere.

Le attenuanti prevedono la diminuzione della pena di un terzo quando il reato comporti un danno o consenta di ottenere un lucro caratterizzati dalla speciale tenuità. È altresì prevista una riduzione più importante da un terzo a due terzi per il soggetto che abbia consentito l'individuazione dei correi o si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori.

5 L'incidenza della riforma penalistica sul Decreto Legislativo 231/2001.

L'art. 3 della riforma ivi esaminata ha inciso altresì sulla normativa introdotta con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e dedicata alla responsabilità degli enti per illecito amministrativo dipendente da reato. I destinatari di tale disciplina sono enti forniti di

⁶⁴ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 28.

personalità giuridica, siano essi società o associazioni⁶⁶, sono esclusi invece lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e altresì non si applicano alle imprese individuali.

La responsabilità dell'ente ricorre in presenza di elementi oggettivi e soggettivi.

Il reato deve essere commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da una persona fisica che sia in posizione apicale di diritto o di fatto, ovvero, da un soggetto subordinato allo stesso.

L'ente è esente da responsabilità qualora il soggetto abbia agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi.

Le sanzioni comminate in caso di reato sono espressamente indicate all'art. 9 del testo normativo ivi esaminato e sono la sanzione pecuniaria, l'interdittiva, la confisca e la pubblicazione della sentenza.

Sul versante della sanzione pecuniaria, a cui sono dedicati gli artt. 10 e seguenti, e il cui raggio varia da un minimo di 258,00 € ad un massimo di 1.549,00€, si evidenzia che la peculiarità è rappresentata dalle quote. Il giudice determina, in base ai criteri indicati all'articolo 11⁶⁷, il numero delle quote irrogate che non può essere inferiore a 100 e non superiore a 1000.

Con la sanzione interdittiva si possono aprire diversi scenari: l'interruzione dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi, sussidi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

La prima tipologia interrompe l'attività dell'ente. Si applica ai reati per i quali è espressamente prevista e qualora ricorrano le condizioni individuate all'art. 13. Ha durata non inferiore a 3 mesi e non superiore a due anni.

L'articolo 15 specifica che al ricorrere di determinate condizioni elencate nella stessa disposizione, il giudice, al fine di evitare l'interruzione dell'attività, nomina un commissario giudiziale per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe applicata e specifica i compiti ed i poteri attribuitigli.

Questi provvede ad adottare i modelli di organizzazione di controllo finalizzati alla prevenzione dei reati. L'eventuale «profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato», così si specifica nel comma 5 dell'articolo 15.

Le diverse sanzioni interdittive possono essere applicate congiuntamente e possono anche essere applicate in via definitiva. Collegata a questa sanzione può

⁶⁶ A. VISCONTI, *op. cit.*, p. 212, «[...] le nuove disposizioni risultano di immediata rilevanza non solo per case d'asta e gallerie d'arte, ma anche, potenzialmente, per archivi d'artista e analoghe entità variamente denominate.»

⁶⁷ Così l'art. 11, d.lgs. 231/2001, «Nella commisurazione della sanzione pecuniaria, il giudice determina il numero delle quote tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. [...]», *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in L. ALIBRANDI, P. CORSO (a cura di) *Codice penale e di Procedura Penale*, Tribuna, p. 2044.

essere disposta dal giudice la pubblicazione della sentenza, la quale avviene ai sensi dell'art. 36 c.p.

Con la sentenza di condanna è sempre disposta la confisca del prezzo o del profitto del reato, anche per equivalente, ad esclusione della parte che può essere restituita al danneggiato.⁶⁸

I reati ascrivibili all'ente sono tassativamente indicati nel d.lgs. 231/2001 e, in particolare agli artt. 24 e seguenti.

La riforma ha inciso ed ampliato il novero dei reati presupposto introducendo nella normativa ivi esaminata, gli artt. 25 *septiesdecies* e 25 *duodevicies* i quali sono riservati ai delitti contro il patrimonio culturale ed il secondo al riciclaggio di beni culturali alla devastazione e al saccheggio di beni culturali e paesaggistici.

Gli enti che rientrano nel campo di applicazione della normativa sulla responsabilità per illecito amministrativo devono dotarsi di un modello organizzativo e, con la riforma disposta con il d.lgs. n. 22/2022, devono provvedere ad aggiornarlo in relazione ai nuovi reati presupposto. Innanzitutto, devono procedere con un puntuale censimento di tutti i beni mobili ed immobili che siano nella disponibilità dell'ente e che possano essere compresi nella definizione di beni culturali.

Nel modello è doverosa l'individuazione delle funzioni aziendali oppure delle unità organizzative che siano coinvolte nella gestione dei beni culturali.

Effettuato il censimento e definiti i soggetti coinvolti, si procederà ad associare i rischi-reato alle attività sensibili.⁶⁹

6 La nuova Legge contro gli eco-vandali.

A completamento del quadro tracciato merita attenzione la legge 22 gennaio 2024, n. 6, entrata in vigore l'8 febbraio 2024 dedicata alla tutela dei beni culturali. Introduce nel sistema alcune sanzioni amministrative finalizzate al ripristino dei beni lesionati. In particolare, modifica l'art. 518 *duodecies* c.p. e l'art. 635 c.p. integrando la previgente pena detentiva con la multa fino a 10.000 € e, da ultimo, aggiunge il seguente comma all'art. 639 c.p.: «Chiunque, fuori dei casi preveduti dall'articolo 635, deturpa o imbratta cose mobili o immobili altrui in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con le pene di cui ai commi precedenti, raddoppiate».

La legge n. 6/2024 è stata sviluppata per contrastare le azioni poste in essere dai contestatori delle politiche che, a loro giudizio, non salvaguardano il clima e l'ambiente. Si tratta dei c.d. eco-vandali. Il termine è composto dal prefisso eco, dal greco *oikos* «casa» e dall'aggettivo vandalo con il quale si definiscono tanto «l'appartenente alla popolazione barbara che invase l'Italia, la Spagna e parte

⁶⁸ P. TONINI, C. CONTI, *Il procedimento nei confronti degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Manuale breve diritto processuale penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, pp. 792 ss.

⁶⁹ L. PONZONI, F. DI MAGGIO, *op. cit.*, pp. 22 – 23.

dell’Africa settentrionale nel V sec. D.C., ricordata per la ferocia delle devastazioni», quanto, in un’accezione figurata «persona che per puro istinto di violenza o per ignoranza, deturpa, manomette o distrugge beni pubblici o privati, opere artistiche».⁷⁰

Il testo richiamato consta di quattro articoli. Il primo, in particolare, contiene le sanzioni amministrative più gravose con importi che si attestano dal minimo di 20.000 al massimo dei 60.000 € per le ipotesi indicate nel comma 1, all’entità compresa tra i 10.000 e 40.000 € stabilita per le fattispecie inquadrate nel secondo comma.

Il Prefetto del luogo ove è stata commessa la violazione è l’organo al quale è attribuito il potere di irrogare la sanzione amministrativa.

E’ interessante notare che i primi due commi dell’art. 1 della novella, confermano l’applicazione delle disposizioni contenute nel codice penale riservate alla salvaguardia dei beni culturali e, con una specificazione inserita nel comma 7 dell’art. 1, che quando al soggetto agente sia già stata applicata una sanzione amministrativa ovvero una penale, l’autorità competente, giudiziaria o amministrativa, che dovrà comminare la sanzione di propria pertinenza, dovrà tener conto della sanzione già inflitta.⁷¹

La tutela del patrimonio culturale nell’ampia accezione che si rinviene nell’art. 2 d.lgs. 42/2004 è stata oggetto di crescente attenzione da parte del Legislatore nazionale, il quale ha accolto gli inviti provenienti dalle Convenzioni internazionali e dall’Unione europea.

L’Italia si fregia di possedere un numero importante di siti – 58 – riconosciuti dall’UNESCO quale patrimonio mondiale dell’umanità e, per tale motivo, ha l’onere e l’onore di preservarli sia da reati perpetrati dall’uomo quanto dal trascorrere inesorabile del tempo che si dimostra impietoso dinanzi all’incuria.

Attivi nella protezione e nella promozione del patrimonio culturale, oltre allo Stato italiano e le Regioni, vi è l’Unione europea - di cui l’Italia è Stato membro - la quale pone in essere politiche finalizzate alla salvaguardia e alla promozione del patrimonio culturale e offre possibilità di finanziamento in tale ambito.⁷²

Le misure attuate dal Legislatore attraverso la riforma introdotta con la l. 22/2022, che tra le salienti innovazioni annovera una specifica tutela ai beni culturali inserita nel Titolo VIII *bis* del codice penale, possano fungere da volano per adattarsi al mutevole manifestarsi di «vecchi fenomeni criminali»⁷³ e un reale deterrente contro il moltiplicarsi delle ferite inferte a tutto ciò che rappresenta la nostra ricchezza storico-culturale e che la stessa possa giungere ed essere ammirata e fruita dai posteri.

⁷⁰ F. SABATINI, V. COLETTI, *Dizionario italiano Sabatino Coletti*, Giunti, 1997, pp. 817 e 2887.

⁷¹ Per la lettura della legge n. 6/2024, si rinvia a www.gazzettaufficiale.it.

⁷² Per approfondire le politiche UE si rinvia a www.culture.ec.europa.eu.

⁷³ A. VISCONTI, *op. cit.*, p. 404.