

ISSN 2974-7503

2/2024 Maggio-Agosto

NULLUM CRIMEN

Rivista quadrimestrale di scienze penalistiche

Direttore Scientifico: Alì Abukar Hayo

Direttore Responsabile: Antonio Ricca

DIRETTORE SCIENTIFICO E EDITORE: Ali Abukar Hayo

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Ricca

COMITATO SCIENTIFICO EDITORIALE: Abdulqawi Ahmed Yusuf, Luigi Cornacchia, Marco Gambardella, Carlo Longobardo, Giuseppe Losappio, Vittorio Manes, Antonella Marandola, Sergio Moccia, Tullio Padovani, Francesco Petrelli, Antonino Sessa, Giorgio Spangher, Mario Trapani

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

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

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

EDITORIALE

M. AMISANO, *La norma penale reale. In ricordo del Prof. Marcello Gallo*..... 5

ARTICOLI

G. SALCUNI, *Brevi riflessioni su giustizia artificiale e riserva di umanità* 12

A. PANTANELLA, *La bancarotta da concordato preventivo: il punto di rottura del nuovo diritto penale della crisi d'impresa* 25

A. GALLI, *Brevi riflessioni sulle difficoltà applicative dell'art. 416 bis c.p. e sulla scorta «quarta mafia»*..... 46

N. GALLO, *Acquisizione di prove digitali criptate all'estero mediante ordine europeo d'indagine penale (OEI)* 63

C. MORGANTI, *L'evoluzione della prassi giurisprudenziale in tema di infermità*..... 86

G. CIFALDI – R. COLUCCIELLO, *Il sopralluogo sulla scena del crimine e bias cognitivi: l'importanza di un approccio criminologico*.....113

A. GALLI, *Questioni sul fine vita: il disegno di legge n. 570/2024*...137

NOTE A SENTENZA

A. ABUKAR HAYO, Le ragioni di fondo della sentenza della Corte costituzionale 41/2024 nel quadro dogmatico del rapporto punitivo..... 172

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

LA NORMA PENALE REALE.
IN RICORDO DEL PROF. MARCELLO GALLO*

di

Maristella Amisano **

Studiare il diritto penale significa necessariamente coniugare due aspetti diversi tra loro ma che sono, non soltanto conciliabili, ma addirittura compenetrabili: la teoria -l'analisi dei dati normativi e del sistema- e l'applicazione pratica delle disposizioni di legge, in una parola, ciò che accade nelle aule di giustizia. Uno studio del diritto penale meramente teorico finirebbe per non tener in dovuto conto il destino di coloro che quotidianamente entrano nei tribunali, arrivando a trascurare gli aspetti pratici e a valorizzare il sistema solo dal punto di vista astratto. Con il rischio di una rarefazione del diritto penale che faccia perdere di vista la sua funzione, avvicinandolo sempre più alla filosofia del diritto. Al contrario, guardare solo agli aspetti pratici corre il rischio di dimenticare il sistema per concentrarsi sul particolare e fare di supposte "giustizie" lo strumento per la privazione delle garanzie e per l'ingresso dell'arbitrio. Coniugare lo studio raffinato della dogmatica con l'applicazione pratica del diritto penale è stato uno dei tratti salienti dell'opera del mio Maestro, il professor Marcello Gallo. Con un'essenziale cautela: mai piegare la ricerca alle esigenze dell'avvocatura e mai fare il professore in un'aula di giustizia. Allo stesso tempo, la ricerca scientifica deve incidere sul diritto penale vivente, altrimenti diventa uno sterile solipsismo. Compito non semplice: basta aprire qualunque manuale di diritto penale per accorgersi che spesso dottrina e giurisprudenza sono contrapposte come se fossero mondi diversi. Se è più frequente che la giurisprudenza faccia breccia nella dottrina e ivi trovi un supporto dogmatico, meno usuale è che certe posizioni dottrinali entrino nella giurisprudenza di legittimità e ne mutino l'orientamento. A ben pensare, però, questo rapporto biunivoco, questa compenetrazione, è l'unico modo per la progressione del diritto verso una corretta interpretazione che rafforzi l'uguaglianza e la giustizia del sistema. In una recente pronuncia delle Sezioni Unite ho rinvenuto un esempio di questo scambio e interazione tra la pratica

*Trascrizione dell'intervento tenuto il 29/4/2024 presso l'Università La Sapienza di Roma all'interno del ciclo di seminari del dottorato di ricerca in diritto pubblico "Scienza e politica nel metodo penale. Il ruolo della comparazione e della giurisprudenza per la conoscibilità del diritto": "Marcello Gallo su legalità e conoscenza della regola penale. Ricordo del Maestro". Trattandosi della trascrizione di un intervento, le note bibliografiche sono ridotte all'essenziale.

**Associato di Diritto Penale nell'Università della Calabria.

applicazione del diritto e le posizioni della dottrina e, in particolare, alcune posizioni del professor Marcello Gallo che hanno caratterizzato il suo pensiero. Mi riferisco all'interpretazione -che necessariamente parte dalla lettera della legge- al nesso inscindibile tra il diritto penale sostanziale e quello processuale -che compongono un sistema unitario- ed al significato della locuzione "violazione più grave" -che è quella che conduce ad un risultato in concreto più oneroso per il reo.

La pronuncia delle Sezioni Unite a cui mi riferisco è la numero 7029 del 2024. La questione sottoposta al Supremo Collegio riguarda il riconoscimento della continuazione in fase di esecuzione: un tema dai risvolti concreti importanti. Il procedimento ha preso le mosse da una richiesta al giudice dell'esecuzione di riconoscere la continuazione tra diverse sentenze, tutte passate in giudicato, per reati differenti, tra cui vari omicidi e la partecipazione ad associazione mafiosa. Si trattava di sei sentenze di condanna, una soltanto delle quali pronunciata a seguito di rito ordinario, le altre decise con rito abbreviato. In virtù del disposto dell'articolo 81cpv. c.p., in combinato disposto con il primo comma, per applicare la continuazione tra reati occorre individuare la violazione più grave al fine di usarla come base di pena su cui calcolare l'aumento. Operazione resa più semplice dalle regole dell'esecuzione e, segnatamente, dall'articolo 187 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, secondo cui: "Per l'applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato da parte del giudice dell'esecuzione, si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave, anche quando per alcuni reati si è proceduto con giudizio abbreviato".

Sulla scorta di questi dati normativi, il giudice dell'esecuzione ha ritenuto di individuare la violazione più grave in un omicidio doloso punito con l'ergastolo, la cui pena, per la riduzione del rito abbreviato, era stata ridotta a 30 anni di reclusione. Insomma, il giudice dell'esecuzione ha considerato come pena più grave l'ergastolo, prima che operasse la diminuzione per il rito. In questo modo ha aderito ad un orientamento della I sezione della Corte di Cassazione, secondo cui il riconoscimento in sede esecutiva della continuazione tra reati oggetto di condanne emesse all'esito di distinti giudizi abbreviati comporta la determinazione della pena più grave prima della diminuzione del rito abbreviato. Il calcolo del giudice dell'esecuzione ha seguito questi passaggi: ergastolo come pena base, su cui opera l'aumento per la continuazione che si sostanzia nell'applicazione dell'isolamento diurno¹. Su questa pena si applica la

¹ L'articolo 72, II comma, c.p. disciplina il concorso tra l'ergastolo e le pene per altri reati: se le pene inflitte con altra sentenza sono superiori a 5 anni va applicato l'ergastolo con isolamento diurno. Se le pene temporanee sono inferiori a 5 anni non esplicano nessun effetto concreto.

diminuente per il rito abbreviato, che elimina l'isolamento diurno, riportando la pena da scontare all'ergastolo.

Il punto controverso è la pena base: se sia quella su cui operare gli aumenti per la continuazione a cui solo successivamente si applica la diminuzione per il rito o quella che è determinata dalla diminuente per il rito, come parrebbe disporre l'articolo 187 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale nella parte in cui sottolinea "anche quando per alcuni reati si è proceduto con rito abbreviato". Gli effetti pratici sono di tutta importanza. Nel caso di specie, infatti, seguire l'orientamento diverso rispetto al criterio utilizzato dal giudice dell'esecuzione significa affermare che la pena più grave che deriva dall'applicazione della diminuente per il rito non è quella dell'ergastolo ma di trent'anni di reclusione. Su questa pena, in caso di continuazione per i reati satellite, può essere applicato solo l'articolo 78, I comma n.1, che pone come limite massimo di pena 30 anni di reclusione. In tal modo, il limite imposto dall'articolo 78 è come se vanificasse l'aumento per la continuazione². Gli effetti pratici dell'adesione ad un'opinione piuttosto che all'altra sono evidenti: il reo nel primo caso dovrà scontare l'ergastolo, nel secondo caso 30 anni di reclusione. Entrambe le opinioni sono motivate ed hanno trovato l'adesione delle singole sezioni della Corte di Cassazione, tant'è che è stato richiesto l'intervento delle Sezioni Unite.

Il tema centrale è quello dell'interpretazione dell'art. 187 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale: la prima opinione, quella a cui ha aderito il giudice dell'esecuzione nel provvedimento che ha dato luogo al giudizio delle Sezioni Unite, ritiene che per violazione più grave debba intendersi quella antecedente alla riduzione per il rito abbreviato sulla scorta di numerose pronunce³ che considerano la diminuente per il rito di natura esclusivamente processuale e quindi "logicamente e temporalmente deve essere eseguita dopo la determinazione della pena, effettuata secondo le norme sostanziali". In tal modo c'è una cesura netta: la violazione più grave si determina attraverso le leggi sostanziali, successivamente opera la riduzione per il rito, che è tutta processuale. Due mondi che si toccano solo occasionalmente ma che non interferiscono. Il secondo orientamento⁴ ritiene che, ai fini dell'individuazione della violazione più grave per l'applicazione del reato continuato in sede esecutiva, il giudice debba tener conto della sanzione più grave concretamente inflitta: la pena più grave è

² Si badi che per le pene temporanee il problema non si pone: il risultato è il medesimo qualora la diminuente per il rito operi prima o dopo l'aumento per la continuazione. Mancano, infatti, i limiti dell'articolo 78 c.p.

³ Per tutte, SS.UU. n.45583 del 25/10/2007; n. 37168 del 19/7/2019; n. 31041 del 20/4/2018; n. 43044 del 4/5/2015; n. 20007 del 5/5/2010.

⁴ Cfr. Cass. Pen., sez. I, n. 48204 del 10/12/2008; Cass. Pen., sez. I, n.36463 del 28/4/2021; Cass. pen., sez. I n. 58481 del 10/10/2018; Cass. Pen., sez. I, n. 20206 del 27/3/2018; Cass. Pen., sez. I, n. 8978 del 26/5/2016; Cass. Pen., sez. I, n. 4135 del 27/1/2015.

quella da espiare in concreto, il che implica che occorra già tener conto della diminuzione per il rito.

Sulla scorta di queste opposte visioni, le Sezioni Unite ritengono di doversi soffermare attentamente sull'interpretazione dell'art. 187 disp. att. c.p.p.. Il primo passo, quindi, è partire dall'interpretazione della norma e l'idea dell'interpretazione letterale come punto di avvio era uno dei caposaldi del pensiero del prof. Marcello Gallo, secondo cui le parole hanno il loro posto in frasi, testi e situazioni. "Liberiamo la parola dal suo isolamento, poniamola nella concatenazione del suo contesto ed, insieme a questo, in una situazione di vita vissuta"⁵: in ciò sta l'atto di interpretare. Perché è proprio questo che dobbiamo fare con le parole, altrimenti non si comprende cosa sono e come funziona il loro significato. La frase è il ponte tra il significato e l'intendimento, è la frase che limita il significato, unitamente al contesto ed alla situazione inerente. È di tutto che occorre tener conto.

Seguendo idealmente tale indicazione, le Sezioni Unite si soffermano sul termine "inflitta" dell'art. 187 delle disp. att. c.p.p., che rimanda inequivocabilmente alla pena in concreto irrogata dal giudice della cognizione, che è quella già ridotta per il rito. Questa soluzione sarebbe, secondo le Sezioni Unite, coerente con la natura "derogatoria" della disposizione di attuazione, cioè l'art. 187, rispetto all'art. 81c.p.⁶. Infatti, l'art. 81 c.p. è sempre stato interpretato dalla giurisprudenza di legittimità nel senso che la violazione più grave è quella punita in astratto con la pena edittale più severa⁷, mentre per l'art. 187, limitato all'applicazione della continuazione in fase esecutiva, non si può che prendere atto della valutazione effettuata dal giudice della cognizione, che deve necessariamente riferirsi alle pene più gravi che sono state inflitte concretamente. Non c'è nessuna incompatibilità: l'art. 187 è proprio ispirato all'esigenza di adattamento dell'istituto della continuazione alle caratteristiche proprie dell'esecuzione. Mentre in sede di cognizione l'individuazione della violazione più grave è affidata alla valutazione discrezionale del giudice, nella fase esecutiva incontra il limite della pena più grave che è stata inflitta. E che sia stata inflitta

⁵ M. GALLO, *Perché "Appunti"*, in *Appunti di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2001.

⁶ In senso conforme, SS.UU. n. 25939 del 28/2/2013.

⁷ "In tema di reato continuato, la violazione più grave va individuata in astratto in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione tra esse", SS.UU. n. 25938 del 28/2/2013. Solo una chiosa: questa sentenza, utilizzata dalle SS.UU. a sostegno della tesi secondo cui la violazione più grave dipende dalla pena edittale comminata, facendo riferimento alle circostanze ed al modo in cui la fattispecie si è manifestata, sembra richiamare, in realtà, gli aspetti concreti.

significa che deve essere scontata, tenendo conto della diminuzione per il rito. In questo caso la violazione più grave non è da determinare ma è già determinata.

Azzardo un pensiero: malgrado io ritenga che questa soluzione sarebbe stata condivisa dal prof. Gallo, che ha sempre tenuto in considerazione dirimente gli effetti concreti, le Sezioni Unite ricorrono ad una argomentazione che si allontana dal pensiero del Maestro. Il punto nodale sta nell'interpretazione dell'articolo 81 cpv e, segnatamente, della locuzione "violazione più grave".

Anche Marcello Gallo parte dall'interpretazione della norma: come le Sezioni Unite mostrano di voler fare e per un certo tratto argomentativo fanno, prima di cadere vittima di posizioni tralatizie che, al contrario, dalla interpretazione attenta della norma si allontanano. L'articolo 81 è norma complessa, lo stesso Marcello Gallo rileva che la statuizione dell'art. 81 non detta un criterio sufficientemente chiaro a cui fare riferimento per individuare la violazione più grave ed il silenzio del legislatore è "piuttosto imbarazzante"⁸. Infatti, non può farsi riferimento all'art. 16, 3 comma, del codice di procedura penale, perché questo ci indica semplicemente che i delitti sono più gravi delle contravvenzioni e che fra i delitti -o fra le contravvenzioni- si considera più grave quello che ha la sanzione edittale più grave nel massimo e, in caso di parità nel massimo, quello che ha la sanzione più elevata nel minimo e così via. L'art. 16 risolve una questione tutta interna al processo: la competenza territoriale. Un Foro deve comunque essere stabilito, ma questo non fornisce criteri di merito. È molto diverso il caso in cui si deve leggere un dato di fattispecie di diritto sostanziale che non riguarda un problema meramente ordinatorio. Non abbiamo, quindi, appigli normativi per determinare la "violazione più grave" dell'articolo 81, ripetuta nell'articolo 187. *Rebus sic stantibus*, occorre determinare, secondo l'interpretazione di Marcello Gallo, il significato di violazione più grave affidandosi al sistema e ad una "singolare traccia semantica". L'art. 81, sia al I sia al II comma, utilizza un termine alquanto insolito nel linguaggio legislativo: *violazione*. Usualmente, quando una norma fa riferimento ad una astratta figura criminosa usa il termine 'reato'. Se il legislatore avesse usato il termine 'reato' avrebbe corroborato l'idea che la violazione più grave deve essere quella con la pena edittale maggiore, che è quella a cui fanno riferimento le Sezioni Unite. Al contrario, usando il termine 'violazione', il legislatore ha inteso dare rilievo alla misura della pena in concreto irrogabile. Ne discende che la pena base sulla quale deve operarsi l'aumento per la continuazione è quella che si sarebbe applicata alla violazione che, in concreto, risulta più grave. Che è lo stesso ragionamento che sorregge l'individuazione della pena più grave nell'applicazione in fase di esecuzione della continuazione fra reati. Le Sezioni Unite, quindi, avrebbero

⁸ Questa l'esatta espressione che il professor Gallo utilizza negli *Appunti di diritto penale*, volume I, cit.

potuto valersi di un'argomentazione ben più efficace. Anziché far riferimento alla "compatibilità" tra l'articolo 81 c.p. e l'art. 187 disp. att. c.p.p. -che sarebbe caratterizzato dalle peculiarità proprie della fase esecutiva- avrebbero potuto parlare di vera e propria identità. Non si tratta di differenze dovute al momento applicativo, tutto consegue ad un'unica interpretazione della "violazione più grave" che guarda al concreto. Argomentazione, a mio sommo parere, convincente, che ha il pregio di costruire un ordine sistematico⁹.

Nell'ultimo passaggio, per rafforzare l'argomentazione relativa alla posizione assunta, le Sezioni Unite sostengono che la diminuzione per il rito, se è vero che è processuale, non si risolve in una mera operazione aritmetica senza conseguenze sostanziali, perché viene ad incidere in concreto sulla nozione giuridica di pena. Pensare che la diminuzione per il rito abbia solo le conseguenze processuali che si risolvono in una aritmetica riduzione della pena trascura che da questa operazione processuale scaturiscono conseguenze sostanziali¹⁰. Seppur non esplicitata dal Supremo Collegio, la commistione tra norme sostanziali e processuali è l'idea che sorregge la norma penale reale, propugnata da Marcello Gallo.

Nell'opinione del Maestro le norme sostanziali e quelle processuali costituiscono un unico sistema e non si possono operare distinzioni quando (come nel caso di specie) gli effetti sono assolutamente reali e concreti, non processuali ma sostanziali. Pensare diversamente significherebbe non cogliere le peculiarità della diminuzione per il rito, trascurando che dalla natura processuale scaturiscono conseguenze sanzionatorie. La riduzione per il rito realizza una commistione tra condotte processuali ed effetti indiretti, ma automatici, sul trattamento sanzionatorio dell'imputato in caso di condanna. Non è tanto questione di natura, ma di effetti. La diminuzione per il rito, pur disciplinando aspetti processuali connessi all'esito sanzionatorio del giudizio abbreviato, coniuga questi aspetti con una indubbia portata sostanziale, che integra un trattamento penale di favore, sia pure con caratteristiche peculiari perché ricollegabili alla condotta dell'imputato successiva al reato e connotata dalla scelta del rito alternativo. Ma gli effetti sostanziali ci sono e ciò non può essere trascurato. Queste le considerazioni del prof. Gallo: " Se non si riduce il

⁹ L'idea della ricostruzione sistematica è un altro fra i caposaldi del pensiero del Maestro.

¹⁰ La portata sostanziale della diminuzione per il rito abbreviato è sottolineata dalle SS.UU. n. 2977 del 6/3/1992, secondo cui la diminuzione per il rito si risolve indiscutibilmente in un trattamento di favore con caratteristiche peculiari perché si ricollegano ad un comportamento dell'imputato successivo al reato e di natura processuale ma gli aspetti processuali sono strettamente collegati con aspetti sostanziali, quali la diminuzione o la sostituzione di pena. A riprova sta che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di varie disposizioni concernenti il giudizio abbreviato per non limitare il diritto di difesa dell'imputato su aspetti che hanno conseguenze sul piano sostanziale.

fenomeno giuridico a fenomeno puramente intellettualistico, ravvisando in esso soltanto un particolare modo di considerare la realtà, e cioè una serie di giudizi di liceità o illiceità posti in astratto o predicati in concreto, occorre riconoscere che la valutazione normativa non è fine a se stessa e può essere espressa dall'ordinamento solo attraverso l'atteggiamento pratico che esso assume davanti a comportamenti umani; vale a dire, attraverso le conseguenze ricollegate al loro verificarsi¹¹.

Le Sezioni Unite hanno sposato la norma penale reale¹², che coniuga il diritto penale sostanziale e quello processuale perché consta di segmenti che delineano la fattispecie condizionante e le conseguenze condizionate e di segmenti che dispongono come deve essere accertata questa fattispecie e come vanno pronunciate – o meglio: irrogate- le conseguenze sanzionatorie. Solo per ragioni di comodità i segmenti della prima categoria sono chiamati diritto sostanziale e i segmenti della seconda categoria (quelli che riguardano i modi di accertamento) sono denominati diritto processuale penale.

La norma penale reale è, nell'idea di Marcello Gallo, un concetto puro: un concetto, cioè, del quale deve dirsi che se da esso non possono trarsi regole positive, è altrettanto vero che la sua validità non ne dipende. Fa parte, insomma, del limitato arsenale dei concetti che sono di teoria pura del diritto, proprio perché prescindono dal contenuto normativo, reale o pensato come tale.

Le Sezioni Unite in questa pronuncia realizzano quell'intreccio tra dottrina e giurisprudenza che, secondo il prof. Marcello Gallo, doveva caratterizzare il diritto penale attraverso una reciproca influenza che tenda verso la giustizia¹³.

¹¹ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, cit., p. 18.

¹² Non è certo l'unico caso, ma mi pare il più recente.

¹³ Utilizzo una famosa frase di Martin Luther King, calandola in un diverso contesto: "l'arco dell'universo morale è lungo, ma tende verso la giustizia".

BREVI RIFLESSIONI SU GIUSTIZIA ARTIFICIALE E RISERVA DI UMANITÀ

*Brief reflections on artificial justice and
the reservation of humanity*

di

Giandomenico Salcuni *

L'A. si interroga in chiave problematica sulla possibilità di utilizzare l'intelligenza artificiale in materia penale come aiuto o addirittura come sostituto del giudice. Emergono però numerose criticità sulla possibilità che l'IA possa sostituire il giudice, mantenendo la materia penale una sorta di riserva di umanità.

The author questions the possibility of using artificial intelligence in criminal matters as an aid or even as a substitute for the judge. However, numerous critical issues emerge on the possibility that AI can replace the judge, keeping criminal matters a sort of reserve of humanity.

Sommario: 1. Introduzione– 2. L'impiego dell'IA nel diritto penale. – 3. L'IA e positivismo penale. - 4. Esiste differenza fra giudici e IA ed è davvero realistico ritenere che il giudice è bocca della legge? - 5. L'IA può affiancare il giudice penale? - 6. Contesti in cui può non funzionare l'impiego dell'IA. -7. È possibile teorizzare una giustizia predittiva penale senza un codice penale e processuale penale?

1. Introduzione.

Un postulato dell'illuminismo in materia penale è l'affermazione del principio di stretta legalità e dei suoi corollari. In particolare, la massima esaltazione della legalità penale comporta, come conseguenza, a livello interpretativo, che la norma penale fosse soltanto applicata e che il giudice, quasi come un automa *ante litteram*, fosse «bocca della legge»¹.

* Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Foggia.

¹ R. RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza creativa*, Padova 2007, 65 ss.; Id., *"In nome della legge" (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa)*, in *Cass. pen.*, 2004, 310 ss. Impostazioni che esprimono un senso di

Da un diverso angolo visuale, invece, si ritiene ineliminabile una dose di creatività nell'interpretazione della legge penale, salvo ovviamente che non si sfoci nell'analogia². Entrambe le posizioni dottrinali sono comunque critiche rispetto ad alcune interpretazioni, per così dire, disinvolute della giurisprudenza che non si limita a concretizzare precetti penali laschi, ma a riempire di contenuto tali precetti contribuendo a creare diritto³.

La creatività delle interpretazioni mostra sempre più la labilità del confine fra interpretazione ed analogia, specie se legata al testo, tanto è vero che – soprattutto (ma non solo) – a livello europeo la distinzione fra interpretazione ed analogia viene chiarita richiamando la prevedibilità dell'interpretazione giudiziaria⁴. Il criterio della prevedibilità dell'interpretazione è comunque un criterio valoriale, a meno che non si introduca, in tutto o in parte, il vincolo del precedente⁵. Vincolo del precedente che sarebbe anche utile per stabilizzare la giurisprudenza ed evitare discrasie e oscillazioni.

2. L'impiego dell'IA nel diritto penale.

Le cause dei ritardi nella stabilizzazione della giurisprudenza sono dovute a volte a colpe legislative, a causa di testi di legge a maglie larghe⁶, la cui gestione processuale appare complessa⁷, altre volte all'eccessivo carico di lavoro

inaffidabilità del giudizio e della giustizia umana, su cui si esprime anche la letteratura non giuridica: J. CHARPENTIER, *Justice Machine*, Macerata, 2015.

² G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli 2008, 16; M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 95 ss.; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano 2011, 51 ss., 63 ss.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

³ O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot" e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cass. pen.*, 2020, 951 ss. M. DONINI, *Fattispecie o "case law"? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 2018, 79 ss.; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016.

⁴ Sul punto la letteratura è sconfinata, perciò si rinvia al lavoro più recente: D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, 166 ss., 205 ss.

⁵ Con diversità di argomenti e posizioni: E. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 911ss.; G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale* in *Quest. giust.*, 2018, 137 ss.; O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 952.

⁶ G. Forti, *L'immane concretezza*, Raffaello Cortina, Milano, 2001,

⁷ Si pensi alla gestione processuale dell'abuso d'ufficio in cui si susseguono riforme finalizzate, non tanto velatamente, all'esclusione dell'eccesso di potere dal penalmente rilevante, spesso

che grava sulla magistratura giudicante, costretta a “sentenziare” velocemente, non riflettendo sulle questioni giuridiche e sulle conseguenze a lungo termine delle soluzioni adottate che meritano un’opera di continuo cesellamento⁸.

Per migliorare la giustizia penale è stato proposto l’utilizzo dell’intelligenza artificiale (IA da ora). Non è da escludere l’ipotesi che l’IA possa offrire un utile contributo nel velocizzare il lavoro dei giudici (nei casi facili), consentendo loro di concentrarsi sui casi difficili⁹.

È ormai noto come in alcuni Stati si utilizzino *software* che affiancano il giudice penale nella fase di commisurazione della pena e, più nello specifico, nella valutazione dell’aggravamento di pena per la recidiva¹⁰. L’IA è altresì usata per coadiuvare le forze di polizia nella individuazione preventiva di luoghi in cui si realizzerà il delitto, specie, ma non solo, nella criminalità seriale¹¹.

Non si tratta di una novità assoluta dal momento che l’idea di utilizzare la scienza per predire il comportamento criminale è rinvenibile già nei primi dell’800 con Alphonse Quêtelet che, da precursore della crimino-genesi, utilizzava la curva di Gauss per delineare l’uomo medio, di modo che tutti coloro che si pongono al di sopra o al di sotto di tale *standard* erano potenziali criminali¹².

L’IA potrebbe stabilizzare il precedente giudiziario, ridurre i tempi della giustizia (a basso costo) e non si correrebbe il rischio che l’IA possa cadere in quei *bias* cognitivi in cui sarebbe intrappolato il giudice penale, spesso costretto

sconfessate dall’applicazione pratica, v. G. SALCUNI, *Abuso d’ufficio ed eccesso di potere: “fine di un amore tormentato”?*, in *Arch. Pen.*, 2021, 7 ss.

⁸ M. BODEN, *L’intelligenza artificiale*, Bologna, 2019, 7 ss.; P. DOMINGOS, *L’algoritmo definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Torino 2016; G. F. ITALIANO, E. PRATI, *Storia, tassonomia e sfide future dell’intelligenza artificiale*, in P. SEVERINO (a cura di), *Politica economia, diritto, tecnologia*, Roma, 2022, 22 ss.

O. DI GIOVINE, *Il “judge-bot”*, cit., 952.

⁹ O. DI GIOVINE, *Il “judge-bot”*, cit., 952.

¹⁰ S. QUATTROCOLO, *Sui rapporti tra pena, prevenzione del reato e prova nell’era dei modelli computazionali psico-criminologici*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2021, 257 ss.; S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 605 ss.

¹¹ D. CANTER, *Geografia criminale. Sulle tracce del serial killer*, Torino, 2009, 12 ss.; B. CUERVO GARCÍA, A. L. VINAGRE, A. M. GONZÁLEZ (a cura di), *Criminologia aplicada*, Barcellona, 2021, 79 ss.; D. K. ROSSMO, *Geographic profiling*, Boca Raton, 2000, 7 ss.

¹² S. VINCIGUERRA, A. ROSSI, *Principi di criminologia*, Padova, 2011, 14.

a giudicare velocemente e dunque ad essere tradito da euristiche¹³. È un dato accettato, a volte non di buon grado, che l'interpretazione è frutto della propria visione del mondo, dunque, l'IA, mettendo fine a tutto questo, coronerebbe il sogno del giudice bocca della legge o giudice automa. Tutto ciò in linea con una corrente di pensiero, dai tratti neo retribuzionistici, per cui la pena applicata dipende da ciò che si è meritato, senza alcuna valutazione ulteriore rispetto al danno sociale ed in critica con il ruolo che le emozioni svolgono o possono svolgere nell'ambito della decisione¹⁴.

3. L'IA e positivismo penale.

L'accettazione dell'IA anche come giudice penale potrebbe essere motivata sulla scorta dell'argomento (forse provocatorio) secondo cui pure gli uomini sono macchine, nonché essi stessi sono determinati come le macchine¹⁵.

Sull'accostamento uomo-macchina, è interessante richiamare quanto scriveva Enrico Ferri e cioè che siamo macchine (*id est* siamo determinati) ma non siamo fatti come una macchina, cioè abbiamo una pluralità di risposte adattative agli stimoli.

«Ogni essere vivente - dal microbo all'uomo - adunque ha un proprio modo speciale di rispondere alle influenze esterne, che dipende, in modo necessario, da queste condizioni esterne combinate - in ciascun momento della sua vita - dallo stato di sviluppo dal più semplice (microbo) al più complesso (uomo)»¹⁶.

«Talché, se io volessi precisare il mio concetto con una frase in apparenza bizzarra, direi, che l'uomo è una macchina, ma non è fatto a macchina. È una macchina, nel senso che egli nulla dà nelle sue azioni più di quanto ricava dall'ambiente in cui vive, sia nel fisico che nel morale; esso altro non è, come ogni essere vivente, che una macchina di trasformazione delle forze, soggetta alla legge universale di causalità, per cui, data, in quel momento, quella combinazione di cause fisiche, fisiologiche e psichiche, esso non può che reagire

¹³ Tali trappole dipenderebbero dal sistema intuitivo di conoscenza umana (veloce, ma impreciso) che spesso prevale su quello razionale (lento, dispendioso ma più affidabile) e produrrebbe errori cognitivi, così: O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 954.

¹⁴ P. BLOOM, *Contro l'empatia. Una difesa della razionalità*, Macerata, 2019, secondo cui l'empatia ci porta spesso a emettere giudizi errati e a fare scelte politiche irrazionali e ingiuste.

¹⁵ J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale*, Roma, 2018, 105 ss.

¹⁶ E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, 190.

in quel dato modo. Ma non è fatto a macchina, nel senso di meccanismo inorganico, appunto perché esso è un organismo vivente, che ha una propria e speciale rispondenza alle cause esterne, determinata necessariamente, caso per caso, dalle cause fisiche e fisio-psicologiche precedenti; ma variabile, e perciò spesso imprevedibile, da individuo ad individuo, da momento a momento, appunto per la diversa combinazione di queste molteplici cause determinanti».

«Ecco perché è inesatto sostenere che, negato il libero arbitrio, gli uomini diventano automi soggetti ad un fatalismo cieco. Gli uomini sono così poco automi che ognuno di essi è dotato di un proprio e speciale modo di reagire contro l'ambiente esterno; ma ciò non esclude ed anzi esige il determinismo fisico e morale, molto che altrimenti, se l'uomo avesse una libertà, indipendente per poco o per molto dalle cause determinanti, più non si concepirebbe la stessa personalità, come tipo permanente di carattere individuale»¹⁷.

Con un argomentare simile e cioè, pur essendo determinato l'uomo, ma avendo allo stesso tempo più risposte possibili agli impulsi che derivano dall'ambiente, si giunge a soluzioni diverse affermando che egli possiede un (limitato) libero arbitrio¹⁸.

L'accostamento uomo macchina dunque sembra provare troppo, ma v'è da aggiungere che le reti neurali poi, proprio perché imparano dai propri errori, col passare del tempo supereranno in conoscenza e competenza gli esseri umani.

Il punto però sta nel fatto che l'IA è una nuova forma di agire efficace «ma non intelligente»¹⁹, decide in base alla statistica, ma non riesce, allo stato, a percepire e distinguere quando la statistica sia fallace rispetto alla soluzione del caso concreto.

4. Esiste differenza fra giudici e IA ed è davvero realistico ritenere che il giudice è bocca della legge?

La risposta alla domanda non è semplice. L'IA potrebbe essere manipolata, addirittura imparando un linguaggio razzista e discriminatorio²⁰.

¹⁷ E. FERRI, *Sociologia criminale*, 5°, Torino, Utet, 1939, 34.

¹⁸ C. DENNET, G.D. CARUSO, *A ognuno quel che si merita. Sul libero arbitrio*, Milano, Raffaello Cortina, 2022, 141 ss.

¹⁹ L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2022, 65.

²⁰ O. DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 957; E. LO MONTE, *Intelligenza artificiale e diritto penale. Le categorie dommatiche alla prova del futuribile*, in F. BASILE, M. CATERINI, S. ROMANO, *Il sistema penale*

V'è subito da aggiungere però che anche il giudice può essere manipolato, o, peggio, corrotto. Il giudice comune può inoltre avere un atteggiamento razzista o discriminatorio, inserendo in sentenza argomenti sessisti, legati alla discriminazione di genere²¹ per giustificare la non credibilità della persona offesa²².

Quanto poi all'argomento per cui l'IA non potrebbe essere corrotta, è agevole rilevare come ciò possa avvenire per il tramite del suo programmatore, fungendo l'IA da autore mediato, risultando punibile per il *pactum sceleris* il programmatore e l'offerente. Una parte della dottrina afferma che in ipotesi simili troverebbe applicazione il modello degli agenti innocenti (AI Robots as Innocent Agents) che ricorre quando le entità che sfruttano l'IA sono assimilabili a quegli esseri che presentano una degradazione o una menomazione mentale, come per esempio i bambini e gli incapaci naturali, e che in quanto tali difettano di un elemento soggettivo compatibile con l'attribuzione della responsabilità penale²³. La responsabilità penale sarebbe da ascrivere in capo a coloro che sfruttano dolosamente la macchina per commettere un reato.

L'IA inoltre non sarebbe in grado di prevenire i pregiudizi, così come il giudice comune. Il *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanction* (COMPAS), *software* per valutare la prognosi di recidiva, sarebbe incorso in pregiudizi razziali contro l'etnia afro-americana²⁴. Questi problemi, sia che riguardino il giudice artificiale, sia quello in carne ed ossa, potrebbero essere risolti con un maggior controllo delle premesse impedendo che i pregiudizi delle premesse si veicolino nelle conclusioni, inficiandole.

ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale, Pisa, Pacini, 2021, 47.

²¹ V. CEDU 27 maggio 2021, JL c/ Italia.

²² R. SANLORENZO, *Il Giudice e la sua vittima*, in *www.questionegiustizia.it*, 2.6.2021. Il giudice nazionale non si limita all'assenza di riscontri estrinseci, ma sulla scorta di ripetuti riferimenti alla vita privata della denunciante, alla sua vita familiare ed alle sue abitudini sessuali, e persino alle sue passate espressioni artistiche, nonché agli atteggiamenti tenuti in pubblico nei momenti precedenti l'episodio denunciato.

²³ E. LO MONTE, *op. cit.*, 51

²⁴ A. Z. HUQ, *Racial equity in Algorithmic Criminal Justice*, in *DukeJL*, 2019, 1043.

Il *machine learning* farebbe parte, infatti, della statistica più che dell'IA, ma, secondo altri, non ci sono confini netti in questi campi²⁵, tanto che gli algoritmi di *machine learning* sono diventati gli "oracoli" dell'era digitale²⁶.

Ciò che inficia l'IA è il suo modo di giudicare cioè attraverso una decisione statistica o generalizzante, ma non in grado – per ora – di decisioni individualizzanti rispettose del criterio dell'art. 533 c.p.p.²⁷.

Sembra pressoché impossibile aspettarsi da un algoritmo la capacità di intendere e applicare la regola di giudizio, di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p., basata sull'"oltre ogni ragionevole dubbio", dal momento che possiamo immaginare *software* capaci di fornire risposte secondo una logica binaria (sì/no; bianco/nero; vero/falso), o anche secondo una logica probabilistica (sì al 70%; bianco all'80%; vero al 90%), ma difficilmente *software* capaci di esprimere valutazioni, nella cui assunzione giochino un ruolo irrinunciabile – per quanto non ponderabile in termini precisi – fattori irriducibilmente umani²⁸.

In definitiva, la soluzione statisticamente corretta non è detto che sia giusta nel caso concreto²⁹. Il rischio di recidiva potrebbe essere elevato per l'ambiente frequentato, per le condizioni familiari, per le condizioni economiche, per l'età, ma potrebbero esistere condizioni soggettive o personali sconosciute all'algoritmo che potrebbero non suffragare questo rischio. La metateoria dell'incidente critico di Williams afferma che crimine e criminale sono concetti complessi perché il crimine è dato da variabili biologiche, sociali, ambientali, psicologiche che si accumulano nel tempo fino ad un punto critico in cui il soggetto agisce per alleggerire la tensione. È però impossibile prevedere quando il soggetto agirà, perché il suo operare dipende, oltre che dai fattori

²⁵ M. BODEN, *L'intelligenza artificiale*, cit., 47 ss. G. F. ITALIANO, E. PRATI, *Storia, tassonomia e sfide future dell'intelligenza artificiale*, in P. Severino (a cura di), *Politica economia, diritto, tecnologia*, cit., 24 ss.

²⁶ V. amplius A. Vespignani, *L'algoritmo e l'oracolo*, Milano, 2019.

²⁷ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021, 244. Una posizione diversa sembra espressa da P. P. PAULESCU, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in *Arch. Pen.*, 2022, 20 ss., il quale ritiene utilizzabile lo strumento soprattutto in casi di decreto penale di condanna o altri riti speciali caratterizzati da attività ripetitive e standardizzate (es. patteggiamento). Da ultimo, R. Blaiotta, *Giustizia, errore, intelligenza artificiale*, in *www.sistemapenale.it*, 23.10.2023, p. 7, 11.

²⁸ M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'IA: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2019.

²⁹ Seppur nel diverso, ma affine settore della geo-investigazione, v. B. E. TURVEY, *Criminal profiling. An introduction to behavioral evidence analysis*, 4°, Oxford-San Diego, 2011, 87 ss. e spec. 90.

indicati, da altri di natura situazionale. Non può predirsi il comportamento criminale del singolo, ma può predirsi solo il tasso generale di criminalità³⁰.

L'IA può dunque solo affiancare il giudice, ma non sostituirlo in quanto il personale, il soggettivo, ciò che esula dal ragionamento standardizzabile o generalizzante deve essere appreso e valutato dal giudice in carne ed ossa.

Per tutto il resto bisogna convenire con la dottrina che afferma che la decisione non venga presa solo sul piano della logica consequenziale a base statistica, ma anche con le emozioni, negando però il postulato illuministico del giudice bocca della legge³¹.

5. L'IA non può sostituire, ma affiancare il giudice penale?

L'IA non può certamente giudicare da sola in materia penale, ma anche l'affiancamento di essa al giudice in carne ed ossa non è esente da rischi e problemi. Il rischio è quello che il giudice si lasci trascinare dalla soluzione elaborata dall'IA³². Il c.d. "effetto gregge" può essere accentuato, ad esempio, da quelle ricostruzioni bifasiche del dolo, dal momento che il rischio doloso, calcolato a base statistica (magari con l'uso dell'IA), difficilmente sarà smentito dal giudice in carne ed ossa in sede di valutazione della colpevolezza dolosa³³.

Si tratta di un rischio molto presente nelle aule di giustizia quando si parla di recidiva e non solo, laddove i precedenti penali, peggio se specifici, costituiscono un macigno sul libero convincimento del giudice. Se richiamiamo in causa Enrico Ferri prendiamo atto di come la pericolosità sociale (a cui attengono i precedenti) non escludeva in tempi passati i suoi effetti sull'interpretazione della norma.

Il giudice «deve dare a tale norma un'interpretazione restrittiva, cioè più favorevole all'imputato, quando si tratti dei delinquenti meno pericolosi ed un'interpretazione estensiva, cioè più favorevole alla difesa sociale, quando si tratti di delinquenti più pericolosi»³⁴. L'interpretazione deve dipendere «anche per la stessa figura di reato, dalle diverse circostanze reali e personali di esso e

³⁰ F. P. WILLIAMS, M. SHANE, *Devianza e criminalità*, Bologna, 2002.

³¹ O. DI GIOVINE, *Il "judge bot"*, cit., 964.

³² A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit., 279.

³³ La letteratura sul punto è sconfinata perciò sia consentito rinviare a G. SALCUNI, *Il "silenzio" del rischio, la "loquacità" del fine. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa, 2018, 102 e bibliografia ivi richiamata.

³⁴ E. FERRI, *Principii di diritto criminale Delinquente e delitto*, Torino, 1928, 190.

dalle ragioni supreme della giustizia penale, che è difesa da proporzionarsi, caso per caso, alla potenza offensiva dei malfattori»³⁵.

L'idea di Enrico Ferri per cui la pericolosità sociale doveva orientare l'interpretazione e la valutazione delle prove è oggi negata a parole, ma è un rischio presente nella "precognizione" dei decisori³⁶. In attesa di un processo penale bifasico³⁷, in cui vi è un giudice che decide sulla condanna in forza dei dati obbiettivi e soggettivi (illecito e colpevolezza) ed un altro che applica la sanzione conoscendo anche tutti quegli elementi che non attengono al fatto di reato, l'unica garanzia potrebbe o dovrebbe essere la tenuta razionale della motivazione. Il libero convincimento del giudice richiede una libertà di pensiero sulle prove che la macchina, istruita a pensare per schemi, non può possedere e si presta più a sistemi di prove legali.

La motivazione è però una garanzia che mantiene molto meno rispetto a quello che promette non fosse altro perché in sede di legittimità il vizio di motivazione è sindacabile negli stretti limiti consentiti dall'art. 606, lett. e), c.p.p.³⁸ e tali limiti risultano ancora più stringenti in caso di c.d. doppia conforme, cioè quando la sentenza di appello, nella sua struttura argomentativa, si salda con quella di primo grado. La motivazione diviene così più complessa da aggredire potendo le lacune argomentative del secondo grado essere colmate dalla motivazione del primo grado.

La questione più importante è comunque quella per cui la falsificazione di una prognosi positiva di recidiva non può essere sconfessata, perché il reo non commetterà reati in quanto detenuto, perciò, il giudice potrebbe essere avvezzo a riconoscere la capacità criminale o la recidiva per non essere sconfessato³⁹.

6. Contesti in cui può non funzionare l'impiego dell'IA.

L'IA nel giudicare può non funzionare laddove si debba procedere a *revirement* giurisprudenziali, cioè quando la sequenza delle decisioni dell'IA

³⁵ E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, cit., 193.

³⁶ E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, cit., 193.

³⁷ A. SAPONARO, *L'esame della personalità del reo nel processo penale: evoluzione, involuzione, modelli alternativi, prospettive*, Bari, 1997.

³⁸ Cioè quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame. Cass. pen., sez. V 26.11.2019 n. 48050, in CED rv. 277758 – 01.

³⁹ O. DI GIOVINE, *Il "judge bot"*, cit., 963.

deve essere cambiata⁴⁰, oppure, quando ci si deve confrontare con concetti giuridici vaghi (dolo eventuale, colpa cosciente, cooperazione colposa) non riducibili ad una applicazione meramente statistica⁴¹.

L'IA ad oggi sembrerebbe non possa giudicare nei casi (sono molti) in cui si richiamino giudizi valoriali. In un processo indiziario, ancor più difficile sarebbe per un algoritmo stabilire se determinati indizi possano essere considerati "gravi" ai sensi dell'art. art. 192, comma 2, c.p.p., ossia consistenti, resistenti alle obiezioni e con capacità dimostrativa in relazione al "thema probandum"⁴².

Nel dolo, come nella causalità e nella colpa vengono veicolati anche giudizi di tipo assiologico - valoriale. In questo senso la giustizia predittiva potrà al più coadiuvare, ma mai sostituire la scelta umana (art. 22 Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, entrato in vigore il 25 maggio 2018).

Il dubbio è che si perda di vista la costruzione, sempre in divenire, di un diritto penale dal volto umano, in favore di un diritto penale dal volto artificiale e soprattutto razzista o classista, ecco perché deve essere rivendicata la centralità della persona umana e delle emozioni nel giudicare. Torna la frase di Enrico Ferri: *siamo macchine, ma non siamo fatti a macchina*, cioè siamo determinati, ma ci differenziamo dai *robot* per la finezza del giudizio, la capacità di cogliere sfumature sottili e per l'intuito, «che sicuramente deriva dall'esperienza e dalla "computazione" di gran messi di dati (ciò di cui l'algoritmo sarà sempre più capace nei prossimi tempi), ma che è pure legato al funzionamento di sistemi emozionali i quali consentono la "pesatura", per quanto soggettiva e opinabile, di valori. Valori ai quali peraltro – in una società democratica e pluralista – sarà sempre più difficile assegnare convenzionalmente un punteggio fisso "buono per tutti" e quindi oggettivo (come invece potrebbe fare un algoritmo)»⁴³.

Se è però bene giudicare con emozioni, in fondo ritorna attuale anche il pensiero di Beccaria che, suggerendo il processo con giuria popolare, affermava è meglio essere giudicato con la sensibilità che con le opinioni⁴⁴.

⁴⁰ O. DI GIOVINE, *Il "judge bot"*, cit., 963.

⁴¹ R. BLAIOTTA, *Giustizia, errore, intelligenza artificiale*, cit., 12.

⁴² Cass. 11.12.2020 in *Mass. Ced Rv.* 280414 – 01.

⁴³ O. DI GIOVINE, *Il "Judge bot"*, cit., 965; ID., *Dilemmi morali*, cit., 20.

⁴⁴ «Perciò io credo ottima legge quella che stabilisce assessori al giudice principale presi dalla sorte, e non dalla scelta, perché in questo caso è più sicura l'ignoranza che giudica per

L'insegnamento di Beccaria è quello che ispira il processo accusatorio americano, caratterizzato dalla giuria popolare⁴⁵, il quale pone un nuovo tema di discussione relativamente all'obiezione della mancata conoscenza del funzionamento dell'algoritmo (c.d. *black box*), poiché il processo di calcolo che produce l'*output* non è facilmente interpretabile dall'esterno⁴⁶. Mentre in America la scelta della giuria popolare è attività effettuata in contraddittorio, in cui le parti processuali hanno un ruolo fondamentale nella designazione della stessa, nella predisposizione dell'algoritmo e del suo funzionamento le parti non conoscono nulla. Si tratta di una situazione nemmeno lontanamente paragonabile all'attuale stato del processo penale italiano, nel quale, anche laddove v'è una giuria, questa è affiancata da magistrati togati e tutti sono poi tenuti a redigere la motivazione della decisione e spiegare dunque le ragioni del verdetto. Il sistema penale e processuale italiano ha un'impostazione, sul punto, dissimile da quella di Beccaria, basandosi sulla tendenziale asetticità del giudice, su di una serie di garanzie che tendono a evitare che il giudice sia influenzato dall'opinione pubblica (legalità, imparzialità, terzietà, impugnazioni, selezione attraverso il sapere tecnico).

7. È possibile teorizzare una giustizia penale artificiale senza un codice penale e processuale penale?

Afferma Filippo Sgubbi: «i *big data* assumono centralità nell'operato della giustizia, anche penale: tutti gli elementi di fatto e di diritto entrano in un *database* in grado di utilizzare e di elaborare tali dati a fini predittivi. L'algoritmo progressivamente tende a sostituire la legge, al punto che il primato delle norme incriminatrici viene sostituito dalle norme che regolano l'applicazione del software: e ciò accade sia nel giudizio di fatto attinente alla individuazione di innocenza e colpevolezza dell'imputato, sia nel giudizio di diritto circa la definizione del confine fra lecito e illecito. Dunque il testo della

sentimento che la scienza che giudica per opinione». C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, Giappichelli, 2022, 37.

⁴⁵ R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Torino, 2009, 93 ss.; V. FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, in *Dig discipl. pen*, X, Torino, 1995, 156 ss.

⁴⁶ A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo*, Milano, 2019.

norma penale diviene uno degli elementi, uno fra i tanti, che entrano nella piattaforma digitale di gestione della *governance* giudiziaria»⁴⁷.

Si assiste ad un passaggio dal giudice bocca della legge, in cui si adotta il ragionamento sillogistico; ad un giudice creatore, in cui l'applicazione della norma avviene in base ad abduzione e il diritto è dato dal testo scritto e dalla sua interpretazione; ad un giudice predittivo in cui l'applicazione della norma avviene con *predittività* della decisione giudiziale fondata su calcoli algoritmici di formazione non trasparente. L'algoritmo, usato come fattore di predizione della pericolosità, di commisurazione della pena, diviene fonte del diritto anche in materia penale⁴⁸.

Ebbene, il nostro processo penale e soprattutto il nostro diritto penale è, *de jure condito*, pronto ad essere adattato all'ingresso dell'IA, oppure, è necessario un ritocco normativo⁴⁹, addirittura, un codice penale pensato per l'IA? Prendendo ad esempio la tematica del dolo, per quanto si possa limitare la lettura del requisito volontaristico di cui all'art. 43 c.p., essa non può essere del tutto pretermessa, per il principio di conservazione degli atti normativi. La volontà come scelta, come tensione verso un fine non può essere presunta dall'agire di una macchina, ma deve essere parametrata sull'agente astratto-concreto, deve, cioè, essere individualizzata e individualizzante, coi criteri dell'art. 192 c.p.p. Di conseguenza, se si vuol dare ingresso all'IA nel processo penale, è necessario ri-descrivere il dolo sulla base della sola rappresentazione, sulla scorta degli indicatori (la stragrande maggioranza di essi esprime la rappresentazione), in modo da rendere standardizzabile e provabile tale criterio di imputazione soggettivo.

Occorre evitare il rischio che attraverso questi strumenti si apra la strada a una forma inaccettabile di determinismo penale, per cui dal diritto penale del fatto – sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. – si passi ad un inaccettabile diritto penale del profilo d'autore, nel quale il dolo viene desunto esclusivamente dagli

⁴⁷ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, 27 ss.

⁴⁸ F. SGUBBI, *op. cit.*, 33 ss.; di recente anche M. AMISANO, *Prevedere -e non predire- attraverso gli algoritmi e le loro insidie*, in *Arc. Pen.*, 2022, 11 ss.

⁴⁹ Seppur in un contesto in parte diverso, v. M. GIUCA, *Disciplinare l'intelligenza artificiale. La riforma francese sulla responsabilità penale da uso di auto a guida autonoma*, in *Arch. Pen.*, 2022, 52, secondo cui i problemi derivanti dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel quotidiano sono risolvibili con gli schemi ordinari propri del diritto penale e che, almeno per ora, discutere di una responsabilità del sistema di IA rappresenta solo un esercizio giuridico, perché non esistono sistemi che operano senza la supervisione dell'uomo.

schemi comportamentali statisticamente più frequenti. Ovviamente, questo sarebbe contrario al principio di personalità della responsabilità penale ed al finalismo della pena ex art. 27, commi 1 e 3, Cost. Occorre allora chiedersi se l'art. 27 della Cost. funzioni da regola di esclusione della valutazione del dolo basato su meccanismi che si fondano su generalizzazioni di condotte di soggetti diversi dall'interessato. Il tema è delicato ed è difficile fornire una risposta in termini generali, indipendentemente dalla struttura del dispositivo; in fondo, le stesse massime di esperienza che vengono impiegate dall'intelligenza umana per effettuare giudizi predittivi di responsabilità nascono da generalizzazioni di esperienze di altri soggetti. Quel che cambia, nel caso dell'IA è la quantità di fattispecie passate e di informazioni che vengono prese in considerazione e, naturalmente, i criteri di valutazione ed elaborazione dei dati. Come si è rilevato, appare dunque essenziale garantire la trasparenza dell'algoritmo e coinvolgere i giuristi nella sua creazione, affinché i dati impiegati siano affidabili e pertinenti alla valutazione di pericolosità e i criteri di valutazione non siano irragionevoli o discriminatori.

LA BANCAROTTA DA CONCORDATO PREVENTIVO: IL PUNTO DI ROTTURA DEL NUOVO DIRITTO PENALE DELLA CRISI D'IMPRESA

*Bankruptcy by composition with creditors: the breaking point
of the new criminal law of business crises.*

di

Andrea Pantanella *

Il contributo analizza l'oscuro reato della bancarotta da concordato preventivo, esaminando i principali profili problematici, sia quelli tradizionali sia quelli più recenti, sorti a causa dell'introduzione del codice della crisi d'impresa. Infine, il paper cerca di avanzare delle proposte di riforma, in modo da superare le accennate problematiche e riportare il sistema all'interno del dettato costituzionale.

The paper analyzes the obscure crime of bankruptcy by composition with creditors, examining the main problematic profiles, both the traditional ones and the more recent ones, which arose due to the introduction of the business crisis code. Finally, the paper tries to put forward reform proposals, in order to overcome the aforementioned problems and bring the system back within the Constitutional provisions.

Sommario: 1. Esordio – 2. La disposizione incriminatrice: tra lacune e un piano semantico-legislativo incerto – 2.1. Cenni di premessa in merito al reato di bancarotta da concordato preventivo - 2.2. Il reato di bancarotta da concordato preventivo nella legge fallimentare e l'attenuazione del "doppio binario" – 2.3. Le novità introdotte dal Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza – 3. Riflessioni conclusive: proposte di riforma.

1. Esordio

I reati di bancarotta, ormai da anni, presentano innumerevoli problematiche, posto che, come noto, sono costruite attraverso modelli di

* Borsista di ricerca presso il CNEL.

incriminazione vetusti e non più attuali¹; modelli che mal si conciliano con il mutato diritto della crisi dell'impresa, che da anni ha cambiato rotta, attraverso una serie di riforme, culminate con l'entrata in vigore del nuovo "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza"².

Proprio all'interno delle varie figure di bancarotta, una delle principali sfide che si pongono innanzi all'attuale interprete del diritto penale dell'impresa è rappresentata dalla controversa ed enigmatica figura della bancarotta da concordato preventivo e altre procedure minori, di cui all'art. 236, co. 2, della legge fallimentare e all'art. 341 del Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza.

Tale figura presenta un groviglio di problematiche, che metaforicamente può essere paragonata al mitologico "nodo di Gordio". L'obiettivo dell'interprete, allora, non può che essere rappresentato dal tentativo di sciogliere tale intricata figura, che sta assumendo una figura sempre più centrale all'interno del versante penalistico della materia.

Un'attenta rivalutazione della disciplina è imposta tanto dall'attuale realtà socio-economica, quanto dai recenti mutamenti legislativi.

Sotto il primo punto di vista, giova ricordare come il momento storico in cui ci si trova sia profondamente cambiato: la crisi economica appare procedere

¹ Cfr. C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984, vol. II, pp. 1111 ss., il quale ha definito con l'espressione "L'enigma della bancarotta" tale delicata, quanto irta d'asperità, disciplina. E prosegue affermando che "con Giacomo Delitala, la dottrina della bancarotta volta pagina: le costruzioni presuntive, che tramandavano la contaminazione plurisecolare di fallimento e reato, vengono definitivamente archiviate; l'indocile provincia viene saldata al dominio penalistico". G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, ristampato in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, 1976, vol. II, p. 723, il quale asserisce che "contro queste dottrine, noi invece assumiamo che il reato di bancarotta non è affatto figura abnorme e ripugnante alle teorie generali della nostra scienza". Tuttavia, ormai, tali parole dei citati grandi Maestri, sembrano non essere più attuali.

² In ottica comparata, con riferimento al diritto penale dell'economia, si veda, M. REIMANN- R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2019. Per quanto riguarda l'ordinamento francese, invece, M. DELMAS-MARTY – G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit des affaires*, Editions Dalloz, 2000; J. LARGUIER-P. CONTE, *Droit penal des affaires*, Armand Colin, 2004; M. VERON-G. BEAUSSONIE, *Droit penal des affaires*, Editions Dalloz, 2019. Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, si veda H. KUDLICH-M. T. OGLAKCIOGLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, 2020; K. TIEDRMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Vahlen, 2017. Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, si veda M. BAJO-S. BACIGALUPO, *Derecho penal economico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010; M. BIDASOLO-V. MARTIN, *Derecho penal economico y de la empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, 2020; C. MARTINEZ-B. PEREZ, *Derecho penal economico y de la empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, 2022; TIEDEMANN, *Derecho penal economico*, TIEDERMAN, *Derecho penal economico*, 2010.

spedita, aggravata pesantemente dalla situazione scaturita dalla emergenza sanitaria collegata alla diffusione del c.d. Covid-19, e dagli attuali conflitti bellici.

Con riferimento, invece, al secondo punto di vista, a causa delle recenti modifiche imposte dalla “Direttiva *Insolvency*” (Direttiva UE 2019/1023), tanto al testo della legge fallimentare (si pensi al d.l. n. 118 del 2021 – conv. nella l. n. 147 del 2021), quanto al testo del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (si pensi al d. lgs n. 83 del 2022).

Il quadro che ne esce appare un groviglio difficile da sciogliere, ma che vale la pena risolvere, alla luce dell'importanza della figura delittuosa, legata a quelle procedure di ricomposizione della crisi, che nel nostro ordinamento stanno assumendo, sempre di più una rilevanza dominante.

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

L'approccio metodologico, dunque, deve tendere, in un primo momento e in ottica *destruens*, a porre in evidenza i principali profili problematici, i quali, da anni e con un'intensità sempre maggiore, affannano tanto la dottrina quanto la giurisprudenza (distinguendo la fattispecie contenuta nella legge fallimentare da quella contenuta del codice della crisi d'impresa); in un secondo momento, in ottica *costruens*, proporre eventuali profili di ripensamento del modello, anche sulla base delle modifiche che ha proposto la “Commissione Bricchetti”, la quale ha avuto l'arduo compito di riportare il versante penalistico a coerenza rispetto al versante civilistico della materia della crisi d'impresa³.

D'altra parte, come noto, con riferimento generale al diritto penale della crisi d'impresa, occorre chiarire come le disposizioni siano costruite con scelte e

³ Costituita dal D. M. 13 ottobre 2021. In generale sulle proposte avanzate dalla Commissione Bricchetti, si veda F. MUCCIARELLI, *Proposta di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione Bricchetti*, in *www.sistema penale.it*, 07/07/2022; *Id.*, *Crisi d'impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 1001; M. SCHIAVO, *Le proposte della Commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria*, in *Leg. Pen.*, 20/03/2023.

tecniche normative che ormai risultano lacunose e scoordinate tra di loro; e ciò si può riscontrare, in particolar modo proprio con riferimento alla bancarotta concordataria.

Un apparato legislativo nobile e con una lunga storia, che necessiterebbe, tuttavia, un profondo rinnovamento: ogni singola norma deve essere rimessa in discussione sotto tutti i punti di vista, in un'ottica di omogeneità e coordinamento complessivo. I pochi interventi legislativi che si sono avvicinati, infatti, non hanno sortito l'effetto presuntivamente sperato, risultando anzi parziali, sporadici e confusi.

Invero, il prezzo di tale sciatteria legislativa è inesorabilmente rappresentato da una probabile violazione del dettato costituzionale, sia con riferimento al principio dell'offensività, sia con riferimento al principio di determinatezza o precisione, fondamentale corollario del principio di legalità.

Ebbene, le problematiche del sistema sin qui tratteggiato si estendono quasi in ogni campo e l'introduzione del codice della crisi d'impresa (incidendo quasi solo esclusivamente sul versante civilistico della disciplina) non ha fatto altro che peggiorare lo *status quo ante*.

Ecco, dunque, che, nel contesto sinora indicato, assume particolare interesse la figura della bancarotta da concordato preventivo *ex art. art. 236 co. 2, l. fall. ed ex art. 341 co. 2 CCI*, che si impone sempre con maggiore importanza all'interno della disciplina, sia perché è l'unica fattispecie di bancarotta costruita non sulla procedura del fallimento/liquidazione giudiziale, bensì sulla procedura "regina" del nuovo sistema, ovvero il concordato preventivo; sia perché la stessa presenta gravissime problematiche, uno fra tutti la previsione dei medesimi effetti punitivi della bancarotta fraudolenta tradizionale, a fronte di situazioni concrete e stati aziendali patologici ben diversi.

In questo quadro, utili spunti per effettuare un ripensamento del sistema del reato in esame possono essere tratti, a ben vedere, dal riferimento al sistema statunitense, il quale ha rappresentato il vero modello di ispirazione per i grandi cambiamenti che hanno riguardato il versante civilistico della materia delle procedure concorsuali nel nostro ordinamento.

In altri termini, la bancarotta da concordato preventivo può costituire un utile punto di osservazione, che ben può rappresentare il "termometro" dell'attuale stato di difficoltà che vive la disciplina del diritto penale della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Una disciplina che risulta ormai scissa in due diversi versanti: il versante civilistico che ha completamente cambiato volto, grazie alle modifiche apportate negli anni dal legislatore e culminate con il codice della crisi d'impresa, e il versante penalistico, rimasto ancorato all'impianto originario del 1942. Ne risulta, com'è ovvio, un sistema disomogeneo e fortemente squilibrato.

Il presente lavoro si pone, quindi, l'obiettivo di indagare in primo luogo se l'incriminazione in parola abbia conservato una funzione necessaria nell'ambito del nostro sistema penale; oppure, in alternativa, quali possano essere le eventuali modifiche da apportare, in un'ottica di riforma, al fine di ricondurre la fattispecie incriminatrice a correttezza legislativa e legittimità costituzionale.

2. La disposizione incriminatrice: l'evoluzione legislativa.

2.1. Cenni di premessa in merito alla bancarotta da concordato preventivo

La bancarotta concordataria riveste indubbiamente un ruolo cruciale all'interno della disciplina penalistica delle c.d. nuove procedure concorsuali⁴, sia per la rilevanza già in passato attribuita dal legislatore a questa particolare figura

⁴ In merito all'art. 236 l. fall., si veda, *ex multis*, C. PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2003, pp. 961 ss.; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penali*, Giappichelli, 2020, pp. 279 ss.; A. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2022, pp. 388 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, a cura di A. ROSSI, Giuffrè, 2022, pp. 358 ss.; A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. PALAZZO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, Giuffrè, 2014, pp. 264 ss. Per uno sguardo in giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 20 aprile 2022, n. 19540, in *C.E.D. Cass.*, n. 283073 – 01, secondo cui in tema di reati fallimentari, la punibilità delle condotte di bancarotta fraudolenta societaria, di cui all'art. 223 legge fall., tenute nell'ambito delle procedure concorsuali prefallimentari e sanzionate dall'art. 236, comma 2, n. 1 e comma 3, legge fall., non può essere estesa alle condotte connesse agli accordi di ristrutturazione cd. ordinari di cui all'art. 182-bis legge fall., non essendo consentite interpretazioni analogiche in "*malam partem*"; anche Cass. Pen., Sez. V, 8 giugno 2022, n. 26435, *ivi*, n. 283402 – 01, secondo cui in tema di reati fallimentari, le condotte di bancarotta poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo, anche nel caso in cui la società non sia poi dichiarata fallita, rientrano nell'ambito previsionale dell'art. 236, comma secondo, n. 1), legge fall., che, in virtù dell'esplicito richiamo del precedente art. 223, punisce i fatti di bancarotta fraudolenta impropri commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite.

incriminatrice, sia per gli elementi di assoluta novità che la stessa introduce rispetto ai tradizionali reati fallimentari.

Per quanto riguarda i profili di interesse, si tratta, infatti, di uno dei pochissimi casi in cui il legislatore ha preso in considerazione procedure diverse dal tradizionale fallimento. Originariamente, si faceva riferimento alle procedure del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata, quest'ultima successivamente abrogata.

Inoltre, come si avrà modo di illustrare, la disposizione in parola potrebbe rappresentare il vero punto di rottura della tradizionale disciplina penale-fallimentare. Ed infatti, a seguito della introduzione del nuovo concordato preventivo – realizzata mediante una serie di interventi riformatori succedutesi nel tempo, a partire da quello del 2005 che ha mutato la situazione di equilibrio originaria introducendo il concetto di stato di crisi come presupposto della procedura del concordato preventivo, posto che precedentemente sia il fallimento sia il concordato preventivo si poggiavano entrambi sullo stato di insolvenza –, la disciplina della c.d. bancarotta da concordato preventivo risulta ai limiti della ragionevolezza costituzionale, laddove il presupposto fattuale dello stato di crisi, sulla base delle ultime modifiche avute con l'introduzione del codice della crisi di impresa, appare ormai reso definitivamente autonomo rispetto al presupposto (diverso ed ulteriore) dello stato di insolvenza.

L'art. 236 l. fall., come si diceva, ha subito consistenti modifiche nel tempo, anche prima dell'introduzione del codice della crisi d'impresa, modifiche avvenute tanto per sottrazione, che per aggiunta⁵.

Quanto alle prime, segnatamente, si allude alla scomparsa della procedura dell'amministrazione controllata, attuata attraverso il d. lgs. n. 5 del 2006, il quale ha abrogato il titolo IV della legge fallimentare del 1942 ed eliminato all'interno della fattispecie di cui all'art. 236 l. fall. ogni riferimento alla detta procedura.

Chiaramente, l'intervento riformatore ha sottoposto all'attenzione dell'operatore giuridico più attento le problematiche interpretative scaturenti dalle vicende di natura intertemporale⁶. A mettere un punto sui profili dubbi ci ha pensato la nota sentenza Rizzoli con cui la Suprema Corte, pronunciando a

⁵ Cfr. A. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, Giappichelli, 2019, pp. 151 ss.

⁶ Cfr., M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., pp. 275 ss.; A. ALESSANDRI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 152 ss.

sezioni unite, ha statuito il principio per cui “l’abrogazione dell’istituto dell’amministrazione controllata e la soppressione di ogni riferimento ad esso contenuto nella legge fallimentare (art. 147 D.Lgs. n. 5 del 2006) hanno determinato l’abolizione del reato di bancarotta societaria connessa alla suddetta procedura concorsuale (art. 236, comma secondo, R.D. n. 267 del 1942)”⁷.

Quanto, invece, alle modifiche attuate “per aggiunta”, si deve considerare che, a seguito della legge 6 agosto 2015, n. 132, l’art. 236 ha visto allargare il proprio campo di applicazione, che ha finito per ricomprendere al suo interno anche gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria.

Ma non finisce qui, perché, in piena crisi economica da pandemia e nel tentativo di adeguare la disciplina alla Direttiva EU n. 1023 del 2019, il legislatore, per mezzo del d.l. n. 118 del 2021, convertito nella legge n. 147 del 2021, ha deciso di intervenire sul testo della pensionanda legge fallimentare, introducendo, da un lato, rilevanti figure tese a scongiurare la crisi irreversibile delle aziende, come la procedura della composizione negoziata della crisi o come la nuova forma di concordato preventivo semplificato e liquidatorio; dall’altro, andando anche a ritoccare, come si vedrà più diffusamente nel prosieguo, lo stesso testo del 236 l. fall. Nello specifico al terzo comma della disposizione citata, si deve far ora riferimento agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, alla convenzione di moratoria e all’omologa degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, co. 4, terzo e quarto periodo.

Il risultato della evoluzione legislativa è, dunque, una disposizione a più norme: il primo comma disciplina una particolare fattispecie delittuosa che incrimina l’imprenditore colpevole di aver posto in essere condotte di falso al fine di ottenere ammissione al concordato preventivo, l’omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria; il secondo comma consta, invece, di una serie di rinvii a singole disposizioni fallimentari, tra cui spiccano le ipotesi di bancarotta impropria, che il legislatore rende applicabili anche in caso di concordato preventivo; il terzo comma, infine, estende l’applicazione delle disposizioni richiamate al comma precedente anche nelle ipotesi introdotte nel 2021.

⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 4113 ss.

Tale formulazione che, già appariva del tutto sconnessa e di incerta esegesi, torna ad essere oggetto di intervento normativo ad opera del nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, che - seppur in assenza di qualsiasi indicazione al riguardo da parte della legge delega, a pena di violazione dell'art. 76 Cost. - ha costruito il nuovo art. 341 CCI., apportando ulteriori modifiche, sia in forma diretta sia in forma indiretta.

Sono, innanzitutto, apportate esplicite modificazioni alle procedure rilevanti (anche a seguito del d. lgs. 83 del 2022): oltre al concordato preventivo, anche agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, alla convenzione di moratoria e ai casi di omologa di accordi di ristrutturazione *ex art. 63-bis* CCI, i quali, pertanto, vanno a sostituire le procedure degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e della convenzione di moratoria, richiamate nel vecchio art. 236 l. fall.

In secondo luogo, come si è avuto modo di accennare e come si avrà modo di analizzare più compiutamente, il legislatore ha inserito e definito il nuovo concetto di stato di crisi, distinguendolo nettamente da quello di stato di insolvenza.

Ne scaturisce la totale irragionevolezza del sistema che punisce a titolo di bancarotta situazioni estremamente diverse e a ben vedere, sancisce la "lacerazione" del tradizionale diritto penale-fallimentare, rendendo il delitto di bancarotta ormai completamente slegato rispetto al "vecchio" stato patologico della insolvenza.

2.2. Il reato di bancarotta da concordato preventivo nella legge fallimentare e l'attenuazione del "doppio binario"

Il primo comma dell'art. 236 l. fall. è stato oggetto di copiose critiche che ne hanno denunciato l'incompletezza in ordine al novero delle operazioni richiamate dalla lettera della norma. Tuttavia, i principali nodi problematici coinvolgono principalmente il secondo comma, n. 1, della suddetta disposizione, nel quale il decreto di ammissione al concordato preventivo e la sentenza dichiarativa di fallimento vengono, di fatto, equiparati, ai fini della rilevanza penale del delitto di bancarotta impropria, di cui agli artt. 223 e 224 l. fall..

A ben vedere, le difficoltà interpretative da ultimo evidenziate derivano segnatamente dalla circostanza per cui i provvedimenti giurisdizionali in parola, pur comportando conseguenze penali parificate, possiedono presupposti

sostanziali differenti: in questo senso, vengono in rilievo i diversi concetti di “stato di crisi” (presupposto del concordato preventivo) e di “stato di insolvenza” (presupposto del fallimento).

In particolare, l'art. 236, co. 2, n. 1 l. fall. estende nell'ipotesi di concordato preventivo – e delle altre procedure indicate – le disposizioni previste dagli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, oltre a prevedere la rilevanza penale di condotte relative ad una serie di altri potenziali soggetti attivi⁸ (institori dell'imprenditore, commissario del concordato preventivo o dell'amministrazione concordata). Il successivo terzo comma dell'art. 236 l. fall., ampliava, come anticipato, le citate incriminazioni anche agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e alla convenzione di moratoria.

Tuttavia, il d.l. n. 118 del 2021, convertito nella legge n. 147 del 2021, ha esteso la disciplina della disposizione agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, alla convenzione di moratoria e all'omologa degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, co. 4, terzo e quarto periodo.

Da un punto di vista di natura intertemporale, tale intervento ha introdotto una norma di nuova incriminazione, trovando, pertanto, l'applicazione dell'art. 2, co. 1 del codice penale: non potendo valere per il passato e non potendo applicarsi oltre l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa, ha trovato applicazione unicamente nell'arco temporale che va dal 25 agosto 2021 fino al 19 luglio 2022.

La *ratio*, invero, è quella di evitare in particolare abusi da parte degli amministratori nei confronti dell'erario degli enti previdenziali, i quali costantemente rappresentano i principali creditori che vedono non soddisfatto il proprio credito in maniera integrale⁹. In questo senso, infatti, gli accordi di ristrutturazione del debito precedenti al d.l. 118 del 2021 potevano produrre i propri effetti nei confronti di soggetti estranei all'accordo, in deroga a quanto previsto dall'art. 1372 c.c., laddove la nuova procedura liquidatoria ritiene operante la soluzione negoziata, anche in mancanza dell'adesione degli enti di previdenza, se la proposta si mostra maggiormente conveniente rispetto

⁸ Sul tema, *ex multis*, si veda F. D'ALESSANDRO, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, *Diritto e processo*, 9/2019, pp. 1202 ss., o anche M. CAROLEO GRIMALDI, *Concordato preventivo liquidatorio e concordato preventivo in continuità aziendale: i precedenti di cassazione, tra prevenzione ed esigenza di coordinamento*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3333.

⁹ Sul tema, si veda C. SANTORIELLO, *Conversione Decreto Crisi d'impresa: gli aspetti penalistici*, in *Il Quotidiano giuridico*, 4 novembre 2021.

all'alternativa della liquidazione. E allora, tale situazione, in assenza della modifica dell'art. 236 in esame, consentiva agli amministratori, che concludessero accordi con i propri creditori escludendo l'erario degli enti previdenziali, di non rispondere di alcun reato, segnatamente il reato di bancarotta fraudolenta: sarebbe bastato che gli imprenditori evitassero la dichiarazione di fallimento proponendo agli enti previdenziali il pagamento anche solo di una frazione minima del debito, dovendo in ogni caso il Tribunale procedere all'omologazione anche a fronte del rifiuto da parte dell'agenzia dell'erario della domanda di adesione¹⁰.

In questo modo, a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. 118 del 2021, convertito in legge n. 147 del 2021, vengono sostanzialmente allineati gli artt. 236 l. fall. e 341 CCI (così come rivisto alla luce del d. lgs. n. 83 del 2022), con specifico riferimento alle procedure nominate al terzo comma. Una scelta che indubbiamente attenua il doppio binario sopra citato e che mostra come il Legislatore abbia voluto immediatamente adeguarsi ai *diktat* europei e alla situazione di grande crisi in corso, senza aspettare l'entrata in vigore del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Un'ulteriore problematica, infine, che emerge già da una prima lettura della disposizione ma che viene fatta notare da tempo, attiene all'elenco dei soggetti attivi, che appare incompleto: discostandosi dalla tecnica legislativa utilizzata al primo comma, nel secondo non viene, infatti, richiamato l'imprenditore commerciale, venendo in rilievo unicamente i soggetti apicali richiamati dagli artt. 223 e 224 l. fall. (artt. 329 e 330 CCI). Tale scelta, se da un lato, appare orientata a colpire chi amministra beni altrui e a tutelare con maggior rigore le imprese collettive rispetto a quelle individuali, dall'altro, non può tacersene l'incongruenza rispetto al complessivo sistema del diritto della crisi e dell'insolvenza, ove la figura dell'imprenditore riveste un ruolo primario e centrale¹¹. Invero, anche la "Commissione Bricchetti" sembra abbia preso posizione, nel senso di inserire nell'elenco dei possibili soggetti attivi anche l'imprenditore individuale¹².

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sul punto, si veda L. CONTI, *I reati fallimentari*, Utet, 1991, pp. 405 ss.

¹² Cfr. l'art. 341, co. 2, n. 2 della proposta avanzata dalla Commissione Bricchetti, che richiama l'imprenditore nel caso di bancarotta da concordato preventivo, attraverso il rinvio agli artt. 323 ("*Bancarotta fraudolenta dell'imprenditore individuale*") e 324 ("*Bancarotta preferenziale e colposa*").

2.3. Le novità introdotte dal Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza

Così tratteggiate le principali questioni esegetiche poste dall'art. 341 CCI, appare a questo punto necessario verificare se l'introduzione del Codice della crisi abbia comportato ulteriori modifiche¹³.

Viene in esame il secondo comma dell'art. 341 CCI, nel quale, rispetto alla disposizione di cui all'art. 236, co. 2 l. fall. non emergono differenze, posto che le varianti dipendono unicamente dalla necessità di tener conto della nuova numerazione degli articoli contenenti le incriminazioni richiamate¹⁴.

Maggiori problemi di natura interpretativa si pongono, al contrario, con l'introduzione del nuovo terzo comma dell'art. 341 CCI, il quale elenca le procedure, diverse dal concordato preventivo cui va estesa l'applicabilità delle fattispecie di reato indicate nel secondo comma.

Nella nuova disposizione, anche a seguito del d. lgs. n. 83 del 2022, sono richiamati gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 61 CCI), gli accordi di convenzione di moratoria (art. 62 CCI) e l'omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 63-bis CCI; il tutto in assenza di una modifica della rubrica dell'art. 341 CCI, che resta quella utilizzata per l'art. 236 l. fall.

Pertanto, nonostante la legge delega nulla preveda sul punto, il nuovo codice della crisi di impresa espunge il rinvio agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari (art. 182-bis l. fall.) inserendo, in luogo di questi, i c.d. accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 61 CCI).

¹³ Con riferimento alle novità penalistiche introdotte con il codice della crisi di impresa, si veda, *ex multis*, M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 488 ss.; A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel Codice della crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir.*, 2020, pp. 1821 ss.; F. CONSULICH, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi, un bilancio provvisorio*, in *Leg. pen.*, 20 maggio 2020; R. BRICCHETTI, *Il Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge penale*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8/2019, pp. 75 ss.; F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2019, pp. 1189 ss.; con riferimento ai gruppi di imprese, v. A. ROSSI, *La bancarotta nei gruppi di imprese*, *ivi*, 9/2019, 1212 ss.; P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le società*, 4/2019, pp. 445 ss.; S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, Wolters Kluwer - Cedam, 2019; sempre S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il "codice dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1333.

¹⁴ In questi termini, F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, *cit.*, pp. 1198 ss.

Anche l'istituto della convenzione di moratoria temporanea dei crediti risulta, all'esito della riforma, ampliata rispetto all'originario campo di applicazione: essa, infatti, non viene più limitata alle sole convenzioni stipulate con banche o con intermediari, ma regola ora tutte le convenzioni di moratoria intervenute tra un imprenditore e i suoi creditori¹⁵.

Si noti, infine, l'espresso riferimento agli accordi di ristrutturazione omologati *ex art. 63, co. 2-bis CCI* del tutto assente nel precedente art. 236, co. 3 l. fall., onde non sembrano esservi dubbi sul fatto che, anche in questo caso, si sia in presenza di un eccesso di delega da parte del Governo, che adottando scelte di politica criminale autonome e/o contrastanti rispetto a quelle del legislatore delegante, inserisce una nuova incriminazione, in assenza di puntuale delega sul punto, con ogni conseguenza in ordine alla violazione del dettato costituzionale (artt. 25, comma 2 e 76 Cost.)¹⁶.

Si deve, pertanto, evidenziare come la disposizione in parola, sia nella formulazione presente nella legge fallimentare, sia in quella nuova adottata nel codice della crisi d'impresa, mostra diverse criticità, disvelando enormi questioni di legittimità costituzionale, con particolare riferimento al rispetto del principio di ragionevolezza¹⁷.

L'incertezza operativa che ha accompagnato l'introduzione del codice della crisi coinvolge, pure, la procedura del concordato preventivo, interessata a sua volta dall'intervento riformatore e le cui dinamiche attuative possono assumere rilevanza penale.

¹⁵ In questi termini, M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., pp. 488 ss.

¹⁶ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, *Diritto penale e processo*, cit., pp. 1198 ss.

¹⁷Con riferimento, invece, al linguaggio del diritto, si veda R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 199, pp. 345 ss; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, pp. 265 ss.; M. ROMANO, *Sub Art. 1 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, 2004, pp. 47 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1981, 352 ss. F. GIUNTA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Nota introduttiva*, in *CRIMINALIA*, 2010, pp. 347-348; U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, 1985; con riferimento alla vaghezza delle norme e al concetto di lacuna, si veda C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, 1990, pp. 403 ss. Per uno sguardo comparato, si veda, tra gli altri, con riferimento all'ordinamento anglosassone, B. BIX, *Law, Language and Legal Determinacy*, Clarendon Press, 1996; con riferimento all'ordinamento francese, P. AMSELEK, édit., *Théorie des Actes de langage, Ethique et Droit*, 1986 (Contributions de J. BOUVERESSE, F. RECANATI, J. JAYEZ, F. JACQUES, P. RICÉUR, P. AMSELEK, C. GRZEGORCZYK, N. MAC CORMICK, Z. BANKOWSKI, M. VAN DE KERCHOVE, G. CORNU), in *Droit et société*, n. 4/ 1986, pp. 468-469.

La procedura in parola è oggi strutturata in tre grandi tipologie di concordato, il concordato in continuità aziendale e il concordato liquidatorio (tipologie che, peraltro, possono fondersi tra di loro dando vita a concordati di tipo “misto”) e il concordato semplificato liquidatorio¹⁸.

In via di estrema sintesi si può dire che il concordato in continuità prevede la prosecuzione dell'attività, che può essere esercitata in via diretta o indiretta: nel primo caso tale prosecuzione avviene in capo al debitore; mentre nel secondo caso avviene in capo ad un soggetto diverso (spesso attraverso la creazione di una newco consorella)¹⁹.

In entrambi i casi, comunque, la continuità aziendale deve tutelare l'interesse dei creditori e preservare, nella misura possibile, i posti di lavoro (art. 84, co. 2 CCI).

Il concordato liquidatorio, invece, si caratterizza per il fatto che il debitore non prosegue l'attività, ma provvede a liquidare l'intero patrimonio, procedendo alla soddisfazione dei creditori mediante il risultato utile della liquidazione.

La novità principale è rappresentata dall'introduzione del c.d. concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (artt. 25-*sexies* e 25-*septies* CCI), procedura a carattere volontario, attraverso cui il debitore propone il soddisfacimento dei crediti con le forme, le modalità e le tempistiche indicate nella proposta e sulla base di un piano di cessione dei beni. La proposta di soddisfacimento non è sottoposta all'approvazione dei creditori, ai quali non è consentito votare, ma è rimessa al controllo del Tribunale, che deve verificare, comunque, l'assenza di pregiudizio per i creditori.

Il concordato semplificato per la liquidazione, a ben vedere, non si atteggia come una mera variante o una *species* di concordato preventivo, costituendo piuttosto una procedura (seppur concordataria) diversa ed autonoma dal primo: manca infatti l'elemento discriminante della votazione, con conseguente

¹⁸ Sul tema del concordato preventivo, dopo l'introduzione del codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, si veda, *ex multis*, G. D'ATTORRE, *Manuale del diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli, 2022, pp. 95 ss.

¹⁹ Sul punto C. SANTORIELLO, *Qualche breve riforma sulla proposta di riforma del diritto penale fallimentare*, in *Sistema penale*, 27 luglio 2022, risulta critico, in particolare con riferimento alla figura del c.d. concordato indiretto. In particolare, viene visto come un probabile strumento di abuso, attraverso il quale – nel caso della creazione di una newco – si possono chiudere i conti con un passato (magari caratterizzato da illeciti fiscali), acquisendo i benefici derivati dal risparmio fiscale e contributivo precedentemente e illecitamente attuato.

sostituzione dello strumento di autotutela dei creditori – la votazione – con l'eterotutela del Tribunale attraverso il giudizio di omologazione²⁰.

In tale contesto, si inserisce la problematica previsione, per le ripercussioni di natura penalistica, di cui al comma 8, dell'art. 25-*sexies* CCI, che ammette infatti l'applicazione dell'art. 341 CCI anche nell'ipotesi di concordato semplificato. Anche qui, come si è già visto in altre occasioni, il Legislatore opera un rinvio – *rectius*, inserisce una nuova incriminazione –, al di fuori di quanto previsto dalla legge delega, con gravi conseguenze sulla tenuta costituzionale del dettato normativo: vengono, infatti, introdotte norme penali con effetti *in malam partem*, in totale assenza di delega²¹.

In verità, il nodo centrale e al contempo più problematico della nuova disciplina ruota in torno alla corretta definizione del rapporto intercorrente tra le due nozioni di “stato di crisi” e “stato di insolvenza”, che, come già si è anticipato, rappresentano i presupposti sostanziali, rispettivamente, del concordato preventivo e della liquidazione giudiziale (o fallimento)²².

La corretta risoluzione di tale rapporto trova la sua ragione nel fatto che i due concetti sono collegati, ai fini della rilevanza del delitto di bancarotta, dal summenzionato art. 341, co. 2 CCI (236, comma 2, n. 1, l. fall.)²³.

Nonostante le rilevanti ricadute sul piano penalistico sin qui evidenziate, il legislatore (finora) non si era prodigato di chiarire le esatte coordinate interpretative della relazione in parola, avendo, in un primo momento (ovvero prima dell'entrata in vigore del nuovo codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza), stabilito espressamente, all'art. 160, comma 3, l. fall., che “ai fini

²⁰ Cfr. G. D'ATTORRE, *Manuale del diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., pp. 185 ss., secondo cui il tema della qualificazione è centrale, in quanto la disciplina si limita alle due norme citate, accompagnate dal richiamo ad alcune norme dettate per il concordato preventivo, senza un rinvio generalizzato. In questo modo, i silenzi e le lacune nella disciplina di questa procedura non possono essere colmati attraverso l'applicazione diretta delle norme sul concordato preventivo, restando solo consentita, al ricorrere delle condizioni, l'applicazione delle stesse in via analogica.

²¹ Per tale ragione, la citata Commissione Bricchetti propone l'eliminazione di tale norma di rinvio.

²² Di particolare interesse, con riferimento al tema del concordato preventivo, risulta il progetto di riforma della c.d. “*Commissione Rordorf*” (d.d.l. C. 3671-*bis* – S. 2681), il quale si pone come obiettivo, tra gli altri, quello di introdurre una definizione di stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni aziendalistiche. Peraltro, una simile prospettiva sembra venire incontro ai dettami che provengono dall'ordinamento eurounitario, il quale, per mezzo del Regolamento UE 2015/848, si è espresso negli stessi termini.

²³ In tema di equiparazione tra il decreto di ammissione al concordato preventivo e la sentenza dichiarativa di fallimento, si veda Cass. Pen., Sez. V, 7 luglio 2015, n. 50289, in *Ilfallimentarista.it* 2016, 4 gennaio.

di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”, aggiunto per mezzo del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modifiche nella legge 23 febbraio 2006, n. 51

L’uso della congiunzione “anche” con valore aggiuntivo sembrava eliminare qualsiasi dubbio in ordine alla diversa portata contenutistica dei due istituti, di modo che appariva relativamente semplice ricondurre allo stato di crisi un’area più ampia di casi rispetto allo stato di insolvenza: in questo senso, non tutte le imprese in stato di crisi avrebbero dovuto essere considerate anche in stato di insolvenza.

Per spiegare tale relazione, si poteva fare riferimento al rapporto di specialità, così come lo ricaviamo dalla logica scolastica, individuando nel concetto di “crisi” il concetto generale e nel concetto di “insolvenza” il concetto speciale²⁴.

Se quanto detto sinora risultava relativamente pacifico, molto più incerto e arduo da appurare era la linea di demarcazione tra gli istituti in esame.

Il solo modo per procedere all’individuazione dell’esatto contenuto da assegnare alle due nozioni sembrava essere quello di partire dalle uniche indicazioni offerte dal legislatore, da rinvenire nel comma 2 dell’art. 5 l. fall., secondo cui lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Come può agevolmente notarsi si tratta di due situazioni in parte omogenee: in entrambi i casi, infatti, l’impresa si trova in una posizione di incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni con la sua attuale liquidità (in caso contrario, non potremmo nemmeno parlare di “crisi”)²⁵.

Ma allora ci si chiedeva quale fosse l’elemento caratterizzante dello stato di insolvenza, ovvero dove risiedesse il suo *quid pluris* rispetto al più generale stato di crisi.

Nella definizione richiamata, l’art. 5, comma 2, l. fall. connotava l’incapacità di adempiere attraverso l’uso degli avverbi “più” e “regolarmente”. In questo modo, veniva espressamente sancita sia la regolarità degli inadempimenti, sia, e soprattutto, il loro attributo di definitività (“non più in

²⁴ In questo senso, v. P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, Giuffrè, 2016, pp. 41 ss.

²⁵ Cfr. P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. JORIO e B. SASSANI, Giuffrè, 2016., pp. 52.

grado di"). Allora l'elemento caratterizzante dello stato di insolvenza non poteva che attribuirsi alla condizione di irreversibilità della crisi dell'impresa.

D'altra parte, il concordato preventivo si caratterizza per la prospettiva del riequilibrio economico e finanziario, attraverso l'utilizzo del piano di risanamento. Conseguentemente, proprio sulla base del carattere della c.d. fattibilità del piano, sembra potersi dedurre che lo stato di crisi sia rappresentato da una situazione di incapacità ad adempiere alle proprie obbligazioni, ma comunque ancora reversibile²⁶.

Prima dell'introduzione del codice della crisi d'impresa, lo stato di crisi, dunque, veniva fatto corrispondere ad una fase ampia e grave di difficoltà economica, in modo da escludere tutte le situazioni lievi e fugaci di ristrettezza economica, comuni e oramai fisiologiche all'attività d'impresa ma non ancora definitive; potendo far ricorso proprio ad una procedura di risanamento, al fine proprio di ristabilire un regime di capacità ad adempiere alle obbligazioni²⁷ contratte.

La *ratio* su cui poggia, infatti, l'intera disciplina civilistica sembra doversi rinvenire proprio nell'offrire all'imprenditore la possibilità di anticipare il ricorso alla procedura del "nuovo" concordato preventivo, in modo da scongiurare la totale e definitiva decozione societaria.

Se, come si è visto, i concetti in questione solo dal 2005 hanno iniziato ad essere distinti, posto che precedentemente sia il fallimento sia il concordato preventivo poggiavano sullo stesso presupposto che era rappresentato dallo stato di insolvenza, l'introduzione del codice dello stato di crisi e dell'insolvenza ha indubbiamente comportato la definitiva "rottura" del tradizionale sistema penal-fallimentare. Siffatta situazione, infatti, ha subito la definitiva frattura con la nuova definizione dello "stato di crisi", che, come ricordato, rappresenta il presupposto sostanziale del concordato preventivo, e che viene inteso quale stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore²⁸.

²⁶ In questo senso, v. P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., pp. 47 ss.; A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., pp. 80 ss.; G. RACUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, pp. 897.

²⁷ Cass., civ., sez. I, 6 agosto 2010, n. 18437, in *www.ilfallimento.it*

²⁸ Sul punto si veda M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., p. 488 ss.; si veda anche R. BRICCHETTI, *Il Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge penale*, in

Invero, la scelta di aver espressamente distinto lo stato di crisi (presupposto del concordato preventivo) dallo stato dell'insolvenza (presupposto del fallimento/liquidazione giudiziale), risulta di non poco momento.

Nello specifico, il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, all'art. 2, co. 1, lett. a), a seguito del d.lgs. n. 83 del 2022, definisce la crisi come "lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi". Mentre l'art. 160, co. 3, l. fall. si limitava, come si è detto, a stabilire un rapporto di specialità: "per stato di crisi (*genus*) si intende anche lo stato di insolvenza (*species*)"²⁹.

Pertanto, si passa da una situazione in cui, pure con discreto sforzo interpretativo, non si distingueva del tutto gli stati patologici in parola imponendo verosimilmente un rapporto di genere a specie, ad una netta distinzione, basata sull'indefinito concetto di probabilità, operante in un rapporto di carattere temporale. Peraltro, tale rapporto basato sul dato temporale è rappresentato dall'importante modifica del 2022 che ha introdotto il limite dei dodici mesi; quasi a dare risposta al problema della delimitazione della zona di rischio penale; problema che ha affannato dottrina e giurisprudenza per almeno un secolo.

In questo quadro, come detto, l'art. 341 CCI (in maniera speculare all'art. 236, co. 2 della legge fallimentare) equipara, ai fini della punibilità a titolo del reato di bancarotta, il decreto di ammissione al concordato preventivo alla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza³⁰.

Il che può condurre a considerare ormai rotto il binomio tra bancarotta e insolvenza: va considerata la possibilità che un soggetto possa essere punito a titolo di bancarotta, anche nel caso in cui la situazione di difficoltà aziendale non

www.penalecontemporaneo.it, f-8/2019, pp. 75 ss.; oppure P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura" sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *diritto penale contemporaneo*, 5, 2018, pp. 91 ss.

²⁹ Sul tema, si veda A. MANGIONE, *Il D. Lgs. n. 83/2022 e il nuovo diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza: riflessioni penalistiche*, in *Leg. Pen.*, 09/04/2023.

³⁰ Con riferimento alla nuova disciplina del concordato preventivo a seguito dell'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, si veda, *ex multis*, R. BROGI, *Il concordato con continuità nel codice della crisi*, in *Il Fallimento*, 2019, pp. 845 ss.; oppure M. ARATO, *Il concordato con continuità nel codice della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2019, pp. 855 ss.; o ancora P. F. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti nel passaggio dalla legge fallimentare al CCII*, in *Il Fallimento*, 2019, pp. 864 ss.

sia giunta ad uno stadio di insolvenza (bensì ad un mero stato di crisi, come da ultimo definito, condizione meno grave e precedente nel tempo).

Quanto detto, chiaramente, lo si ricorda, al netto di ogni dubbio sulla legittimità costituzionale del sistema che verrebbe a delinarsi: la possibilità di punire per bancarotta soggetti le cui imprese si trovano in situazioni economico-finanziarie nettamente distinte potrebbe senza dubbio integrare un'ipotesi di ingiustificata disparità di trattamento, censurabile in sede di legittimità. Le prospettate conclusioni si pongono come l'ulteriore segno esteriore di una disciplina che ormai risulta del tutto sconnessa e incoerente e che, proprio attraverso il caso della bancarotta da concordato preventivo di cui agli artt. 236, co. 2 l. fall. e 341, co. 2 CCI, mostra la sua definitiva inappropriatezza e il suo totale anacronismo rispetto alla realtà economica.

3. Riflessioni conclusive: proposte di riforma.

L'indagine sulla fattispecie incriminatrice della bancarotta da concordato preventivo ha preso le mosse dal tentativo di porne in evidenza i principali profili problematici, partendo dall'evidenza di una disposizione ormai vetusta e probabilmente iniqua; l'indagine si è successivamente soffermata sull'analisi delle varie riforme del versante civilistico del diritto della crisi d'impresa.

In tale ultima fase, tenteremo di tirare le somme, per giungere a qualche riflessione conclusiva.

A questo scopo, sarà utile soffermarsi nuovamente sul delicato contesto di fondo in cui ci si trova ad operare. Ebbene, negli ultimi anni, il legislatore ha dovuto a fronteggiare una vera e propria sindemia, che ha messo in ginocchio la quasi totalità delle attività commerciali. Ci si avvicina alla crisi "di sistema" invocata, tra gli altri, da Stuart Mill secondo cui non è possibile negare che l'insolvenza possa nascere anche da cause fuori dal controllo del debitore, e che, in numerosi casi la colpa non sia grave. In un simile quadro, si riflette come, di fronte ad una "crisi di sistema", il legislatore non può che esserne influenzato, così come le strategie di politica legislativa intese ad influire sui riflessi economici e sociali nell'ottica del processo di sviluppo economico e finanziario³¹.

³¹ J. STUART MILL, *Principi di economia politica (Principles of Political Economy with some Application to Social Philosophy, 1845)*, a cura di B. FONTANA, vol. II, Utet, 1983, pp. 1199 ss.

Se, com'è chiaro, non si deve giungere ad esasperare lo *status quo* fino a considerare tutti gli imprenditori attuali dei moderni *César Birotteau* di Honoré de Balzac o del goldoniano *Pantalone de' bisognosi*, tuttavia, non si possono nemmeno ignorare le gravose contingenze che negli ultimi anni gli imprenditori hanno tentato di fronteggiare.

Proprio il descritto stato di cose, insieme alle difficoltà applicative che accompagnano la fattispecie esaminata ha, ormai da anni, condotto concordemente gli interpreti a ritenere necessario un intervento riformatore in materia.

Le possibili strade considerate percorribili sono sostanzialmente due: *i)* valutare una radicale eliminazione della fattispecie incriminatrice; *ii)* oppure, approntare le modifiche necessarie a ricondurre la norma tanto a correttezza formale, quanto a legittimità costituzionale.

i) Le motivazioni a fondamento della soppressione del delitto di bancarotta da concordato preventivo sarebbero molteplici, prima fra tutte quella legata al contesto socio-economico dell'ultimo periodo: l'attuale crisi globale, acuita da pandemia sanitaria e dai conflitti armati in atto, spingono con sempre maggior vigore verso un'impostazione del diritto della crisi d'impresa quale sistema posto a salvaguardia e alla conservazione delle imprese, prima ancora che alla tutela della platea creditoria. Come si è visto, infatti, il versante civilistico ha intrapreso questa via, attraverso le tante riforme – da ultimo, l'introduzione del codice della crisi d'impresa – che ne hanno totalmente ridisegnato il volto.

In questo senso, si è avuto modo di riflettere – con riferimento alla lesività delle condotte punite e al ruolo assunto dal delitto di bancarotta *ex art. 236 l. fall. o 341 CCI* – sulla circostanza per cui sanzionare le condotte di bancarotta, nel caso di ammissione ad un concordato preventivo in continuità o ad un'altra delle procedure richiamate dalla norma, comporta forti dubbi in ordine alla concreta necessità di una punizione: assoggettare a sanzione penale quei comportamenti, in assenza di un dichiarato stato di insolvenza, appare incoerente, posto che tali condotte dovrebbero quantomeno porre concretamente in pericolo il patrimonio dei creditori.

Inoltre, la soluzione dell'eliminazione del delitto di bancarotta da concordato preventivo non significherebbe lasciare spazi di impunità; il diritto penale non arretrerebbe il proprio raggio di azione di fronte a comportamenti distrattivi, di infedeltà o di scorretta tenuta delle scritture contabili, solo perché il soggetto avrebbe la "fortuna" di ritrovarsi in uno stato di mera crisi. Tali

condotte, infatti, risulterebbero ancora (astrattamente) punibili a titolo di appropriazione indebita, infedeltà patrimoniale o degli ulteriori reati societari³².

ii) Laddove si scegliesse di far salva la disposizione e intervenire sul dettato normativo, in modo da riportarlo a coerenza e correttezza, anzitutto, sarebbe opportuno risolvere la questione del soggetto attivo, inserendo anche la figura dell'imprenditore, che al momento non rientra nella cerchia dei possibili autori del reato.

Quanto all'apparato sanzionatorio, occorrerebbe attenuare ulteriormente la pena in caso di bancarotta da concordato preventivo rispetto a quella prevista per la bancarotta tradizionale, posto la delineata differenza delle "situazioni di partenza". A tale stregua, verrebbe attenuato il *vulnus* costituzionale conseguente alla irragionevole punizione di situazione diverse cui derivi l'inflizione della medesima sanzione.

L'intervento sistematicamente forse più rilevante, tuttavia, attiene al ruolo da attribuire alla condizione di insolvenza che dovrebbe essere riposizionata al centro della fattispecie incriminatrice, rappresentando la concretizzazione del rischio insito nelle condotte incriminate. La detta modifica dovrebbe spiegare i propri effetti tanto nell'ambito del concordato preventivo in continuità, quanto per gli accordi ad efficacia estesa, per la convenzione di moratoria e per gli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 63-bis CCI.

Da questo punto di vista, appare necessario che la disposizione contempli l'obbligo per l'autorità giudiziaria fallimentare, che omologa o ammette l'impresa a tali procedure, di dichiarare, quando ne sussistano i presupposti, l'eventuale stato di insolvenza³³.

Al riguardo, si rileva come l'istituto della convenzione di moratoria, non richiedendo per il suo perfezionamento un provvedimento giudiziario di omologazione e/o ammissione alla procedura, in ottica di riforma, potrebbe essere espunta dall'elenco contenuto nella fattispecie incriminatrice in parola.

Solo per tale via, il sistema sin qui esaminato potrebbe ritrovare l'anelato equilibrio ripristinando il binomio bancarotta-insolvenza, ma soprattutto si potrebbe scongiurare il forte disincentivo all'utilizzo delle nuove procedure

³² Sul punto e per una compiuta panoramica dello stato attuale del diritto penale della crisi d'impresa, si veda F. MUCCIARELLI, *Crisi di impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2022, pp. 1013 ss.

³³ Sul punto, diffusamente, si veda M. FABIANI e I. PAGNI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologa*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 8-9, Ipsa, 2022, pp. 1035 ss.

concorsuali con funzione prettamente conservativa da parte degli operatori economici interessati, e ciò a maggior ragione nel periodo di profonda crisi ad oggi ancora in atto, il che sarebbe incoerente con gli stessi principi e scopi dell'attuale codice della crisi.

Proprio in questo senso si è mossa l'opera della "Commissione Bricchetti-Commissione dei reati fallimentari"³⁴, istituita per elaborare proposte di interventi sul codice della crisi e che (finalmente) ha la possibilità di cambiare in via definitiva e risolutiva il volto del versante penalistico di questa disciplina, adeguandolo alla realtà e rendendolo omogeneo rispetto al versante civilistico. Come si è visto, la Commissione ha lavorato per superare le delineate difficoltà, ed in particolare sulla precisazione dei soggetti attivi, sulla eliminazione del rinvio *ex art. 25-sexies CCI* - che rende applicabile il reato di cui all'art 341, co. 2 CCI anche nel caso di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, avvenuto al di fuori della delega -, nonché sulla scelta decisiva di porre al centro della incriminazione, come per la bancarotta tradizionale, la dichiarazione di insolvenza.

³⁴ Costituita dal D. M. 13 ottobre 2021.

BREVI RIFLESSIONI SULLE DIFFICOLTÀ APPLICATIVE DELL'ART. 416 BIS C.P.
E SULLA SCORTA «QUARTA MAFIA»

Brief considerations on the applicative difficulties of Article 416 bis of Italian Penal Code and on «fourth mafia»

di

Alessandro Galli *

Il fenomeno associativo di tipo mafioso è disciplinato dall'art. 416 bis c.p., cui è stato affidato l'arduo compito di individuare e trascriverne gli elementi costitutivi. Di questi il più problematico è rappresentato dal c.d. metodo mafioso, consistente nell'utilizzo della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo e nella condizione di assoggettamento ed omertà che ne deriva. Altro aspetto che contribuisce a rendere complessa l'applicazione della fattispecie in esame è dato dalla natura dell'attività svolta dall'associazione, ben potendo quest'ultima concretizzarsi in un'attività economica pienamente lecita, seppur attuata adottando il metodo precedentemente citato. Infine, particolarmente intenso è stato il dibattito inerente alla capacità dell'art. 416 bis c.p. di ricomprendere all'interno del proprio ambito applicativo, oltre alle «mafie tradizionali», anche le «nuove mafie»: autoctone, delocalizzate e, persino, straniere. A tal proposito, è interessante analizzare l'evoluzione dell'organizzazione criminale definita dai *media* «quarta mafia», operante nella zona del promontorio garganico e cresciuta esponenzialmente nell'ultimo ventennio. In particolare, occorre concentrarsi sulle modalità attraverso le quali tale associazione riesce a penetrare nel tessuto socio-economico del territorio, in modo da estirparla e favorire l'instaurazione di un processo di sviluppo sostenibile per il Gargano.

The mafia association phenomenon is governed by Article 416 bis of Italian Penal Code, to which has been entrusted the formidable task of identifying and transcribing its constituent elements. The most problematic of these is represented by the so-called mafia method, consisting of the use of the intimidating force derived from the association bond and of the subjugation and omertà condition arising from it. Another aspect contributing to the applicative difficulty of the case in point is given by the nature of the activity carried out by the association, since the latter can take the shape of a legitimate business activity, although realized with the above method. Finally, the debate concerning the ability of Article 416 bis of the Italian Penal Code to include in its field of application not only «traditional mafias» but also «new mafias»- autochthon, delocalized and even foreign- was particularly intense.

In this respect, analysing the evolution of the criminal organisation defined by the media «fourth mafia», based in the Gargano promontory area and which has grown exponentially in the last two decades, is interesting. In particular, the focus should be on the modalities through which this association manage to penetrate the socio-economic fabric of the territory, in order to eradicate it and favour the introduction of a sustainable development process for the Gargano.

Sommario: 1. Storia e struttura dell'art. 416 bis c.p. – 2. Problemi interpretativi ed applicativi della fattispecie – 3. «Mafia garganica»: analisi giuridico-sociale della quarta mafia e soluzioni per uno sviluppo sostenibile

1. Storia e struttura dell'art. 416 bis c.p.

L'art. 416 bis del codice penale, intitolato «associazioni di tipo mafioso anche straniere», è stato introdotto con la legge n. 646 del 1982, c.d. «Rognoni-La Torre», al fine di contrastare il fenomeno della criminalità organizzata nelle regioni del Mezzogiorno a vocazione mafiosa¹.

La norma è stata successivamente ed a più riprese modificata² in modo da estenderne l'ambito applicativo anche alle mafie autoctone, a quelle delocalizzate ed a quelle straniere, nonostante la questione sia ancora molto dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza³.

L'esigenza di introdurre una norma ad hoc, volta a punire in maniera diretta il fenomeno associativo mafioso, si spiega alla luce del contesto storico in cui la stessa è sorta: l'emergente clan dei «Corleonesi», uscito vittorioso da una sanguinosa guerra intestina, si rese responsabile, tra il 1979 e il 1982, degli omicidi del deputato Pio La Torre (da cui, come già anticipato, prende il nome la legge del 1982 che introdusse l'articolo 416 bis all'interno del codice penale), del presidente della regione Sicilia

* Dottore in Giurisprudenza Università di Foggia.

¹ Sul punto L. VENEZIA, *L'articolo 416 bis del codice penale italiano*, in *DirittoConsenso*, 2018.

² Si pensi, a titolo esemplificativo, alla l. n. 55 del 1990, ovvero alla l. n. 356 del 1992, nonché alla l. n. 50 del 2010.

³ Si consiglia L. AMARELLI, *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 3/2019, pp. 1197 ss.;

E. ZUFFADA, *Il metodo mafioso alla prova delle mafie «diverse» dalle mafie tradizionali. Una sinossi della giurisprudenza*, in *Archivio Pen.*, 2024.

Piersanti Mattarella e del generale Carlo Alberto Dalla Chiesa, colpevoli di aver prestato il proprio contributo nella lotta alla criminalità organizzata⁴.

La risposta dello Stato alla ferocia di Cosa Nostra si tradusse, oltre che nella creazione della prima Commissione Parlamentare Antimafia e nell'introduzione del reato di associazione di tipo mafioso, anche nell'istituzione del primo «pool antimafia», che riuniva numerosi magistrati palermitani tra cui Paolo Borsellino e Giovanni Falcone.

Il comma 1 dell'art. 416 bis c.p. punisce con la reclusione da dieci a quindici anni «chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone»; viene cioè posto un primo requisito che circoscrive l'ambito applicativo della norma in esame alle associazioni che abbiano almeno tre partecipanti, per tali intendendosi coloro i quali mettono stabilmente a disposizione il loro contributo e sono inseriti nella struttura associativa, restando sempre a disposizione⁵.

Dottrina e giurisprudenza, inoltre, convergono in ordine alla non applicabilità al reato in esame della circostanza aggravante di cui all'art. 112 comma 1 c.p.⁶

Il comma 2 punisce in maniera più severa (reclusione da dodici a diciotto anni) coloro che «promuovono, dirigono o organizzano l'associazione», laddove per promotore è da intendersi colui che ha stimolato inizialmente l'associazione, per costitutore colui che, insieme al promotore, ha determinato la nascita del sodalizio, mentre l'organizzatore è colui che ne regola l'attività.

Il comma 3 dell'art. 416 bis c.p. impone, quale ulteriore requisito, l'utilizzo da parte degli associati del metodo mafioso. Dal lato attivo, il metodo mafioso si concretizza nell'utilizzo della forza intimidatrice scaturente dal vincolo associativo; dal lato passivo, nella condizione di assoggettamento– ossia una condizione di succubanza o di soggezione psicologica⁷– ed omertà– intesa come comportamento di non collaborazione con l'autorità, di reticenza e persino di favoreggiamento– che tale forza intimidatrice determina nella collettività⁸.

Il reato in esame è un reato permanente che si consuma nel momento in cui nasce un sodalizio concretamente idoneo a turbare l'ordine pubblico, ovvero quando la

⁴ Si suggerisce la lettura di A. DALL'ORA, *La nuova legge*, in P. ARLACCHI (a cura di), *Morte di un generale: l'assassinio di Carlo Alberto Dalla Chiesa, la Mafia, la droga, il potere politico*, Mondadori, Milano, 1982.

⁵ Sulla questione P. ZARRA, *Sui rapporti tra partecipazione attiva all'associazione mafiosa, favoreggiamento personale e concorso esterno in associazione mafiosa: tra prassi applicativa e diritto vivente*, in *Archivio Pen*, 2/2021, pp. 10 ss.

⁶ Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2014, n. 39923, in *Diritto.it*, 2014.

⁷ I. MERENDA- C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2019, p. 7.

⁸ A. ALLEGRIA, *Il metodo mafioso: la forza di intimidazione del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento ed omertà*, in *Diritto.it*, 2011.

struttura organizzativa assume i connotati di pericolosità su descritti. Inoltre, non rileva, ai fini della punibilità, che l'associazione mafiosa abbia ad oggetto lo svolgimento di attività illecite ovvero di attività lecite, essendo sufficiente che le stesse vengano esercitate «avvalendosi» del metodo mafioso.

Il quarto comma prevede un aumento della pena (reclusione da dodici a venti anni] nel caso in cui l'associazione sia armata.

Il comma 5 afferma che l'associazione è armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento delle finalità dell'associazione, di armi e materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito. Peraltro, con riferimento alle mafie storiche, la Cassazione ha assunto un orientamento ormai consolidato⁹: affinché possa ritenersi integrata l'aggravante della disponibilità delle armi, non è necessaria l'esatta individuazione delle stesse ma è sufficiente l'accertamento, in fatto, della disponibilità di un armamento, desumibile anche dalle risultanze emerse nella pluriennale esperienza storica e giudiziaria, essendo questi elementi da considerare come utili strumenti di interpretazione dei risultati probatori¹⁰.

Il comma sesto prevede un ulteriore aggravante, consistente nell'aumento della pena da un terzo alla metà «se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti [...]»¹¹.

Il successivo comma 7 sancisce la confisca obbligatoria «delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego»¹².

Infine, il comma 8 si preoccupa di estendere l'ambito applicativo della norma in esame «anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere [...]», a patto che perseguano gli stessi scopi delle associazioni di tipo mafioso per mezzo della forza intimidatrice del vincolo associativo.

⁹ Cass. pen., Sez. II, 14 dicembre 2022, n. 22899, in *Diritto.it*, 2022; Cass. pen., Sez. I, 6 settembre 2023, n. 36864, in *Diritto.it*, 2023.

¹⁰ Critico sul punto E. CONSOLO, *La «fama criminale» di un'associazione mafiosa armata è di per sé sufficiente per l'applicazione della circostanza aggravante*, in *Dir. e Giust.*, 2023.

¹¹ Si segnala Cass. pen., Sez. II, 1 aprile 2021, n. 23890, in *Giur. Pen.*, 2021.

¹² Per una disamina generale dell'istituto si suggerisce L. FARINON, *Confisca e sequestro di beni alle mafie: una panoramica*, in *Diritto.it*, 2024.

2. Problemi interpretativi ed applicativi della fattispecie

Nonostante sia fisiologico che la norma conceda un certo spazio esegetico all'interprete¹³, è pacifico che alcune fattispecie, talora a causa di una formulazione infelice da parte del legislatore, talaltra a causa della complessità oggettiva del fenomeno criminoso che si intende disciplinare, lascino margini interpretativi a dir poco ampi, richiedendo un adeguato bilanciamento con i fondamentali principi di offensività e materialità¹⁴.

Ne è un esempio l'art. 416 bis c.p., il cui comma 3, in particolare laddove parla di «forza di intimidazione» e di «condizione di assoggettamento e di omertà», è stato motivo di accesi scambi di opinioni tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Il reato di associazione di tipo mafioso, infatti, è caratterizzato da specifici indici essenziali qualificati dal legislatore come elementi strutturali del delitto che, nel corso del tempo, anche a causa della particolare struttura delle «nuove» e «piccole» mafie, hanno perso di intensità e significato¹⁵.

La questione problematica che viene in rilievo al fine di soddisfare le esigenze di certezza del diritto è quella relativa alla corretta interpretazione dei già menzionati concetti di forza di intimidazione del vincolo associativo e della conseguente condizione di assoggettamento ed omertà.

Occorre anzitutto precisare che la forza intimidatrice deve necessariamente provenire dal vincolo associativo e non può derivare dalla fama criminale di uno solo degli associati¹⁶: in altre parole, la condizione di assoggettamento in cui viene a trovarsi la vittima deve discendere dal timore di ritorsioni da parte dell'associazione, cosicché la morte o il venir meno di uno dei membri di essa non determini altresì il venir meno di tale condizione.

La forza intimidatrice del vincolo associativo, infatti, ricorre allorché l'azione incriminata sia funzionale a creare nella vittima una condizione di assoggettamento, come riflesso del prospettato pericolo di trovarsi a fronteggiare le istanze prevaricatrici di un gruppo criminale mafioso, piuttosto che di un criminale comune¹⁷; dall'utilizzo

¹³ A. LAMORGESE, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Quest. Giust.*, 4/2016.

¹⁴ A tal proposito CEDU, 21 ottobre 2013, n. 42750/09, *Del Rio Prada c. Spagna*, par. 77-79, in *Osserv. CEDU*, 2013; CEDU, Sez. IV, 15 luglio 2014, n. 45554/08, *Ashlarba c. Georgia*, in *Osserv. CEDU*, 2014.

¹⁵ In tal senso C. CANATO, *L'art. 416-bis c.p. alla «prova» delle cd. «nuove mafie»: dall'esteriorizzazione della forza di intimidazione alla «riserva di violenza»*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, p. 12.

¹⁶ G. FIANDACA, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Il Foro it.*, 108/1985, pp. 301 ss.

¹⁷ Così Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2021, n. 14867, in *Cass. Pen.*, 2021.

della forza intimidatrice del vincolo associativo scaturisce una condizione di succubanza psicologica della vittima, che si traduce nel rifiuto di collaborare con le Autorità, o addirittura nel favoreggiamento dell'associazione criminale di tipo mafioso.

A questo punto, tenuto conto del fatto che il metodo mafioso può manifestarsi in diverse forme, talora dirette ed esplicite, talaltra indirette e larvate, occorre chiarire se sia necessaria o meno l'esteriorizzazione dello stesso.

Sulla questione si sono formati tre diversi orientamenti: il primo sostiene la necessità dell'esteriorizzazione¹⁸; il secondo non reputa essenziale alcuna forma di esteriorizzazione¹⁹ del metodo mafioso; il terzo, c.d. mediano, propone una soluzione tesa a bilanciare le esigenze poste alla base degli altri indirizzi.

Secondo il primo indirizzo, il metodo mafioso deve necessariamente esteriorizzarsi in una condotta positiva: a sostegno di tale assunto vi sarebbe l'interpretazione letterale del termine «avvalersi», di cui al terzo comma dell'art. 416 bis c.p., in base al quale il metodo in questione può tradursi nelle più disparate manifestazioni, a patto che presenti un riscontro in «atti specifici, riferibili ad uno o più soggetti»²⁰.

Come rileva Canato, in base al suddetto orientamento «affinchè si configuri il reato di associazione di tipo mafioso, occorrerebbe necessariamente una manifestazione concreta della forma con cui si esteriorizza il metodo mafioso»²¹.

In effetti, la giurisprudenza della Corte di cassazione riconducibile all'indirizzo in esame richiede, ai fini del riconoscimento del reato di associazione di tipo mafioso, la prova del «radicamento» nel tessuto sociale di riferimento; ciò implica l'impossibilità di configurare il reato di cui all'art. 416 bis c.p. nei casi in cui il metodo mafioso non risulti obiettivamente percepibile da una pluralità di soggetti posti in condizione di avvertirne il peso.

Emblematica, in proposito, fu la pronuncia del 6 ottobre 2012 del Tribunale di Torino, nell'ambito del processo «Albachiara», con cui vennero assolti gli imputati dal reato di associazione di tipo mafioso poiché, nonostante la prova dell'esistenza di un

¹⁸ Fra gli altri, A. BALSAMO- S. RECCHIONI, *Mafie al nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. Contemporaneo*, 2013, pp. 19 ss.;

M. BIONDI, *Il reato di associazione mafiosa. Disamina della struttura e della sua estensibilità alle «nuove mafie»*, in *Diritto.it*, 2021.

¹⁹ I. MERENDA- C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2019, p. 7.

²⁰ Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 2015, n. 31666, in *Diritto.it*, 2015.

²¹ C. CANATO, *L'art. 416-bis c.p. alla «prova» delle cd. «nuove mafie»: dall'esteriorizzazione della forza di intimidazione alla «riserva di violenza»*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, p. 4.

sodalizio di origine calabrese, caratterizzato da segretezza, rituali di affiliazione e distribuzione di cariche, il GUP non rilevò la presenza di un concreto esercizio del metodo mafioso, inteso quale elemento imprescindibile per la configurazione del reato di cui all'art. 416 bis c.p.²²

Se, da un lato, l'orientamento in questione è certamente quello più rispettoso del dato letterale della norma, dall'altro pone rilevanti problemi in ordine alle possibilità di applicazione dell'art. 416 bis c.p. a mafie diverse da quelle storiche, siano esse nuove, autoctone o straniere.

Il secondo orientamento, invece, ritiene sufficiente, affinché si configuri il delitto di associazione mafiosa di cui all'art. 416 bis c.p., che gli associati abbiano «la capacità potenziale» di agire con una forza intimidatrice tale da indurre quanti vengano con essi in contatto a piegarsi alla propria volontà²³.

Contrariamente a quanto sostenuto dai fautori del primo orientamento, non si rende necessaria alcuna forma di esteriorizzazione del metodo mafioso, essendo sufficiente, ai fini della punibilità, la mera possibilità del ricorso alla forza intimidatrice; di conseguenza, in base a questo indirizzo, la mera affiliazione ad un'associazione di stampo mafioso c.d. storica, effettuata secondo il rituale previsto dalla stessa, costituisce fatto idoneo a fondare un giudizio di responsabilità in ordine alla condotta di partecipazione²⁴.

A prescindere dalle pur meritevoli esigenze di politica repressiva che stanno alla base di un indirizzo interpretativo di questo tipo, non può negarsi che tale orientamento tenda ad operare un'eccessiva estensione dell'ambito applicativo della norma in esame, anche alla luce dei già citati principi di tassatività e di offensività penale²⁵.

Ad una soluzione intermedia perviene il terzo orientamento, secondo il quale la forza di intimidazione può essere intesa tanto in un'accezione statica quanto in un'accezione dinamica: secondo la prima accezione, la forza intimidatrice deve essere attuale, effettiva e riscontrabile; in base all'accezione dinamica, invece, potrebbe

²² Per un attento e approfondito esame della questione (e non solo) C. VISCONTI, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la «mafia silente» al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015.

²³ Si è espressa favorevolmente all'orientamento suesposto, nel c.d. caso Garcea, Cass. pen., Sez. I, 10 gennaio 2012, n. 5888, in *Cass. Pen.*, 2012.

²⁴ Si veda G. FIORUCCI, *Questioni aperte. Associazioni di tipo mafioso*, in *Archivio Pen.*, 1/2021.

²⁵ In merito C. VISCONTI, *La mafia è dappertutto. Falso!*, Editori Laterza, Bari, 2016.

conservare natura potenziale, restando pronta ad estrinsecarsi ogniqualvolta il perseguimento dei fini associativi lo renda necessario²⁶.

Sulla scorta delle osservazioni elaborate dalla giurisprudenza appartenente all'indirizzo mediano, si può affermare che, se l'associazione è autonoma e priva di collegamenti con quelle c.d. storiche, sarà necessario verificare la sussistenza di tutti i presupposti costitutivi; in altre parole, si rende necessaria un'esteriorizzazione del metodo mafioso tale da creare quel clima di assoggettamento e di omertà di cui al comma 3 dell'art. 416 bis c.p.²⁷

Qualora, invece, venisse accertata la sussistenza di un collegamento funzionale con un'associazione di tipo mafioso (anche straniera o avente la sede centrale dei propri affari in altre regioni), tale da poter ritenere che l'organizzazione criminale rappresenti una mera articolazione di essa, i presupposti dell'art. 416 bis c.p. si riterrebbero integrati a prescindere dall'esteriorizzazione del metodo mafioso²⁸.

Pertanto, mentre la componente statica deve necessariamente sussistere perchè si possa discorrere di un'associazione di tipo mafioso, la componente dinamica è solo eventuale, non essendo affatto necessario che il sodalizio mafioso ricorra alla violenza e alla minaccia ogni volta che si attiva per realizzare uno degli scopi associativi²⁹.

In ultima analisi, i sostenitori di questo orientamento, nel caso in cui l'organizzazione criminale non sia collegata ad un'associazione mafiosa (che, in quanto tale, abbia già dato prova della propria forza di intimidazione), ritengono necessaria l'esteriorizzazione del metodo mafioso, accertabile anche attraverso i c.d. reati-spia, come quello di minaccia ex art. 612 c.p.; viceversa, laddove venga verificato il collegamento funzionale con un'associazione di tipo mafioso, non è necessario il riscontro di singoli atti di violenza o minaccia, rilevando soltanto la prova dell'avvenuto consolidamento della fama criminale da parte del clan e della promanazione da esso di

²⁶ In questo senso si è espressa, relativamente al noto processo «mafia capitale», Cass. pen., Sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535, in *Sicurezza e Giust.*, 2015; in dottrina F. BASILE- G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 113 ss.

²⁷ I. MERENDA- C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2019.

²⁸ Si consiglia in merito G. AMARELLI- C. VISCONTI, *Da «mafia capitale» a «capitale corrotta»*. *La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in *Sistema Penale*, 2020; E. CIPANI, *L'art. 416 bis c.p. alla luce della recente pronuncia di Cassazione nel processo «mafia capitale»: una «fattispecie in movimento» nel rispetto del principio di tassatività e determinatezza*, in *Giur. Pen. Web*, 2020; G. FIANDACA, *Mafia capitale: metodo mafioso e metodo corruttivo non vanno sovrapposti*, in *Foro It.*, 2020; M.V. MALTARELLO, *Mafie a Nord-Est: il Tribunale di Venezia riconosce l'associazione camorristica dei «Casalesi di Eraclea»*, in *Giur. Pen. Web*, 2021.

²⁹ In questo senso Cass. pen., Sez. VI, 19 giugno 2018, n. 28212, in *Diritto.it*, 2018.

un alone intimidatorio chiaramente percepibile all'esterno attraverso riflessi di succubanza e omertà sufficientemente diffusi³⁰.

Secondo i detrattori dell'indirizzo appena menzionato, peraltro suffragato dalla giurisprudenza maggioritaria della Corte di cassazione³¹, questo produrrebbe l'effetto di rendere l'art. 416 bis c.p. una norma «a geometrie variabili» e, di conseguenza, di incerta applicazione. A ben vedere, secondo questa dottrina, richiedere l'esteriorizzazione della forza di intimidazione nella sola ipotesi di associazione autonoma, e non anche ove vi sia un collegamento con altra associazione di tipo mafioso, costituisce una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.³²

In realtà, secondo l'orientamento in esame, indipendentemente dalla sussistenza di qualsiasi forma di collegamento con altra associazione mafiosa già affermata, deve «sempre essere verificato l'attuale, concreto ed effettivo esercizio dell'intimidazione promanante dal nuovo gruppo in sé nell'ambiente circostante, potendo tuttavia concretizzarsi attraverso lo sfruttamento della fama criminale consolidatasi nel tempo, nonché mediante la capacità di esercitare violenze o minacce anche solo implicite, allusive e ambientali»³³.

Ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 416 bis c.p., la forza di intimidazione non deve necessariamente tradursi nel compimento di reati-spia quali minacce, percosse, lesioni personali e estorsioni, né restare su un piano meramente potenziale, ma deve consistere in un alone penetrante e avvertibile di presenza intimidatoria e sopraffattrice, frutto di uno stile di vita consolidato nel tempo³⁴.

La posizione «mediana» appare fornire la soluzione preferibile in merito alle problematiche poste dall'accertamento del metodo mafioso, non soltanto perché consente di estendere la portata applicativa della norma ad associazioni diverse da quelle storiche (mafie delocalizzate, straniere, autoctone), ma anche (e soprattutto) perché sembra essere quella più rispondente alla volontà del legislatore: nella relazione

³⁰ Così G. BORRELLI, *Il «metodo mafioso», tra parametri normativi e tendenze evolutive*, in *Cass. pen.*, 7/2007, pp. 2787 ss.

³¹ Fra le varie pronunce si segnala Cass. pen., Sez. VI, 16 luglio 2004, n. 31461, in *Foro It.*, 2004; Cass. pen., Sez. I, 2 marzo 2004, n. 9604, in *Foro It.*, 2004; Cass. pen., Sez. V, 20 aprile 2000, n. 4893, in *Foro It.*, 2000.

³² Così rileva G. AMATO, *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra «diritto penale giurisprudenziale» e legalità*, in *Dir. pen. Contemporaneo*, 2015, pp. 266 ss.

³³ C. CANATO, *L'art. 416-bis c.p. alla «prova» delle cd. «nuove mafie»: dall'esteriorizzazione della forza di intimidazione alla «riserva di violenza»*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, p. 6; in giurisprudenza Cass. pen., Sez. II, 23 febbraio 2015, n. 15412, in *Diritto.it*, 2015.

³⁴ Si veda L. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al «pericolo d'intimidazione» derivante da un contesto criminale?*, in *Dir. pen. Contemporaneo*, 2016, p. 15.

«La Torre» del 31 marzo 1980, infatti, si affermava la volontà di punire quei fenomeni associativi di tipo mafioso che perseguivano i propri scopi anche senza ricorrere a forme di minaccia o violenza così come delineate negli elementi tipici dal codice penale.

Ad ogni modo, nonostante gli apprezzabili risultati raggiunti dalla giurisprudenza, si ritiene necessario un intervento del legislatore teso a risolvere, nell'ottica del principio di certezza del diritto, i problemi interpretativi ed applicativi posti dall'art. 416 bis c.p. anche mediante la sostituzione, o quantomeno la specificazione, di concetti evanescenti come quelli di «forza di intimidazione» e di «condizione di assoggettamento e di omertà».

Le ragioni che rendono auspicabile un intervento in tal senso sono duplici: da un lato, vi è l'esigenza di garantire l'applicazione dell'art. 416 bis c.p. ai fenomeni mafiosi emergenti che si distinguono da quelle mafie tradizionali in risposta alle quali la norma era sorta; dall'altro, vi è la necessità di evitare un'eccessiva estensione della portata applicativa della norma, atteso che l'accertamento del metodo mafioso è di fondamentale importanza ai fini della valutazione in ordine all'offensività della condotta e alla conseguente applicazione delle pesanti sanzioni previste dall'art. 416 bis c.p. piuttosto che di quelle (eventualmente meno gravi) previste da altre fattispecie.

3. «Mafia garganica»: analisi giuridico-sociale della quarta mafia e soluzioni per uno sviluppo sostenibile

Dopo aver esaminato le problematiche inerenti alla fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p., s'intende puntare la lente d'ingrandimento su un fenomeno associativo di tipo mafioso che, negli ultimi anni, ha scosso l'opinione pubblica e intasato la cronaca giudiziaria nazionale, tanto da portare taluno a rinominare tale organizzazione criminale «quarta mafia»³⁵.

In realtà, le radici della criminalità organizzata garganica risalgono a molto prima della famigerata «strage di San Marco in Lamis» del 9 agosto 2017 (in cui persero la vita, oltre al boss Mario Luciano Romito, anche il cognato e gli innocenti Aurelio e Luigi Luciani), nonostante l'attenzione dei media si sia concentrata sul territorio soprattutto in seguito a tale evento³⁶.

³⁵ Su tutti A. LARONGA, *Quarta mafia, La criminalità organizzata foggiana nel racconto di un magistrato sul fronte*, PaperFirst, Roma, 2021.

³⁶ Per un'interessante ricostruzione del panorama storico-sociale in cui tale organizzazione è sorta si consiglia C. BONINI- G. FOSCHINI, *Ti mangio il cuore*, Feltrinelli, Milano, 2019.

A tal fine, risulta fondamentale indagare sulla transizione dalle logiche della «faida», facenti parte della cultura agro-pastorale autoctona³⁷, a quelle della «mafia», sorte successivamente.

Nel diritto germanico risalente al VI-VII secolo d.c., con il termine «faida» si indicava lo stato di inimicizia o di guerra privata che si creava fra la parentela o il gruppo sociale dell'offeso e quello della persona ritenuta responsabile del delitto, fino al conseguimento della riparazione tramite una vendetta di sangue o una composizione pecuniaria.

Ebbene, il Gargano, appartenente al regno longobardo sino al IX secolo d.c. e patria di un popolo gelosamente legato alle proprie tradizioni, ha garantito la sopravvivenza di tale istituto fino ai tempi più recenti.

Lo scoppio della famigerata «faida garganica» risale infatti alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, quando, a seguito di un abigeato, le famiglie di allevatori Li Bergolis e Primosa-Alfieri, entrambe originarie di Monte Sant'Angelo, diedero vita ad una spirale di sangue che terminò soltanto nei primi anni duemila con il processo «Gargano», col quale non venne ritenuto applicabile agli imputati l'art. 416 bis c.p., trattandosi di delitti commessi nell'ambito di un regolamento di conti tra allevatori e non di una vera e propria associazione di tipo mafioso³⁸.

Parallelamente, tra la fine degli anni Settanta e gli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso, nella parte settentrionale del promontorio del Gargano, più precisamente a San Nicandro Garganico, scoppiò una faida tra allevatori (anch'essa avente come casus belli un furto di bestiame) che vide contrapposte le famiglie Ciavarella e Tarantino.

Come avvenuto con la faida di Monte Sant'Angelo, numerosi furono i delitti causati dai dissapori intercorrenti fra gli allevatori appartenenti alle due famiglie sopracitate.

L'elemento comune alle due faide menzionate, oltre alla professione svolta dai protagonisti ed al pretesto costituito dall'abigeato, è senz'altro dato dalla comune aderenza degli agenti di faida ad un habitus culturale caratterizzato dal ricorso a forme di giustizia privata, in cui onore e vendetta sono i principi cardine, e dal ripudio dell'intervento statale nella composizione di tali conflitti.

³⁷ Si veda F. SCIONTI, *Pratiche di faida. Rappresentazioni della socialità in un contesto agropastorale contemporaneo*, Edizioni del Rosone, Foggia, 2008; F. SCIONTI, *La reciprocità violenta. Proverbi giuridici e pratiche di faida sul Gargano*, in E. IMBRIANI (a cura di), *Sud e Nazione. Folklore e tradizione musicale nel Mezzogiorno d'Italia*, Editoria scientifica elettronica, Lecce, 2013, pp. 237 ss.

³⁸ Per una disamina approfondita della questione è vivamente consigliata la lettura di F. SCIONTI, *Dissimulare l'anomia: mafie locali e rifunzionalizzazione del modello tradizionale*, in *EtnoAntropologia*, 2017, vol. 5, pp. 59 ss.

A proposito dell'humus che sta alla base delle logiche di faida, Scionti afferma che l'indagine deve spostarsi su quegli «elementi che consentono ai gruppi in conflitto di costruire una strategia comunicativa dell'agire violento attraverso la rifunzionalizzazione del codice normativo valoriale deducibile dalle fonti paremiologiche e riconducibile al paradigma vendicatorio [...] che intende la vendetta come dovere morale espresso da un gruppo parentale che, in difesa del sangue e dell'onore, ammette la ritorsione violenta»³⁹.

Dunque, perlomeno fino a questo punto, non era dato riscontrare alcuna forma di criminalità organizzata di tipo mafioso nel Gargano, in quanto i delitti commessi dagli appartenenti ai clan rivali venivano ricondotti alle logiche della faida, ben diverse (fino a quel momento) dalle logiche mafiose.

Il punto di svolta si ebbe grazie alla collaborazione di alcuni sodali del clan Li Bergolis, che consentì l'apertura dell'inchiesta «Iscaro-Saburo» culminata nella sentenza della Corte d'Assise di Foggia contro «Barbarino Andrea e altri» del 2009⁴⁰: per la prima volta, l'associazione costituita dalla famiglia Li Bergolis viene dichiarata di tipo mafioso e i suoi membri vengono condannati ai sensi dell'art. 416 bis c.p.

Da questo momento in poi vi è piena consapevolezza della presenza della criminalità organizzata sul territorio garganico. Gli agenti di faida, divenuti agenti di mafia, non si limitano più alla commissione di delitti motivati dal desiderio di vendetta conseguente alla lesione dell'onore ma agiscono altresì per ottenere il controllo del territorio e per gestirne le attività economiche più redditizie, siano esse lecite o illecite⁴¹.

È proprio in un contesto difficile come quello appena descritto che acquistano sempre più rilievo le istanze volte a promuovere uno sviluppo sostenibile del tessuto sociale, economico ed ambientale del Gargano⁴², laddove con il termine sostenibilità ci si riferisce ad un modello di sviluppo in grado di soddisfare i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle future generazioni di realizzare i propri⁴³.

³⁹ F. SCIONTI, *La reciprocità violenta. Proverbi giuridici e pratiche di faida sul Gargano*, in E. IMBRIANI (a cura di), *Sud e Nazione. Folklore e tradizione musicale nel Mezzogiorno d'Italia*, Editoria scientifica elettronica, Lecce, 2013, p. 237.

⁴⁰ Della lunghezza di 753 pagine.

⁴¹ D. SECCIA, *La mafia innominabile*, Edizioni la Meridiana, Bari, 2011.

⁴² Sul punto CALZATI-DE SALVO, *Le strategie per una valorizzazione sostenibile del territorio*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

⁴³ Sul punto si veda VALERA, *La sostenibilità: un concetto da chiarire*, in *Economia e diritto Agroalimentare*, Firenze University press, Firenze, 18, 2012, pp. 39 ss.

Il concetto di sostenibilità è stato introdotto dal rapporto «Brundtland» dell'ONU (1987) che, al fine di promuovere uno sviluppo sostenibile, ha indicato i 3 pilastri della sostenibilità: economico, ambientale e sociale.

Orbene, se la capacità di sviluppo di un territorio si misura dalla sostenibilità sociale, economica e ambientale dello stesso, nel Gargano questa è a dir poco limitata dalla forte presenza della criminalità organizzata in tutti i settori⁴⁴.

Nel settore economico la criminalità organizzata si inserisce non soltanto in attività illecite (spaccio di sostanze stupefacenti, estorsioni, usura, rapine ecc.), ma anche in attività d'impresa lecite, utilizzate talvolta per riciclare i proventi delle attività delittuose, talaltra per controllarne il mercato di appartenenza. E' un esempio, a tal proposito, l'inchiesta «omnia nostra»⁴⁵, che ha portato a 32 arresti nel 2021, dalla quale è emerso che la mafia garganica, infiltratasi nel settore agro-alimentare, avrebbe assunto (il condizionale è d'obbligo in quanto, nel momento in cui si scrive, è ancora in corso il giudizio d'appello) il controllo del commercio ittico di Manfredonia, grazie all'influenza esercitata su due imprese operanti nel settore ittico all'ingrosso⁴⁶.

Per quanto attiene al secondo pilastro, quello ambientale, così come altre organizzazioni criminali, anche la mafia garganica ha avviato la sua trasformazione in «eco-mafia», consapevole dei vantaggi economici derivanti dal fruttuoso mercato dello smaltimento dei rifiuti. Incuranti degli ingenti danni prodotti da tali attività, nonché delle sanzioni penali previste dagli artt. 452 bis ss. c.p.⁴⁷, gli agenti di mafia, infatti, offrono servizi illeciti di smaltimento di rifiuti pericolosi a prezzi molto competitivi⁴⁸.

Inoltre, come emerge nell'ultimo rapporto nazionale «Ecomafia 2024» di Legambiente⁴⁹, sono in forte aumento anche i casi di abusivismo edilizio, largamente diffusi in tutto il Gargano, nonché quelli contro la filiera agroalimentare.

⁴⁴ A. LARONGA, *Quarta mafia, La criminalità organizzata foggiana nel racconto di un magistrato sul fronte*, PaperFirst, Roma, 2021.

⁴⁵ Si segnala RIJTANO, *Mafia garganica, gli affari dei boss: «Il mare è nostro»*, in *lavialibera*, 2021.

⁴⁶ Sull'argomento PERONE, *I Costi della Criminalità Organizzata nel settore agroalimentare italiano (The costs of Organized Crime in the Italian Agro-Food Sector)*, in *Moneta e Credito*, vol. 71, 2018.

⁴⁷ Che andrebbero (forse) riguardate.

⁴⁸ G. BATTARINO, *La relazione finale della commissione Bicamerale d'inchiesta sulle ecomafie nella XVIII Legislatura*, in *Quest. Giust.*, 2022.

⁴⁹ Pubblicato l'11 luglio 2024, afferma che: «i reati ambientali [...] nel 2023 salgono a 35.487, registrando +15,6% rispetto al 2022, con una media di 97,2 reati al giorno, 4 ogni ora. Illeciti che si concentrano soprattutto nel Mezzogiorno e in particolare nelle quattro regioni a tradizionale presenza mafiosa – Campania, Puglia, Sicilia e Calabria – dove si concentra il 43,5% deli illeciti penali, +3,8% rispetto al 2022. Tutto il mercato illegale nella Penisola è valso agli ecomafiosi nel 2023 ben 8,8 miliardi. [...] Tra gli illeciti, nella Penisola continua a salire la pressione del ciclo illegale del cemento (13.008 reati, +6,5%), che si conferma sempre al primo posto tra i reati ambientali; ma a preoccupare è soprattutto l'impennata degli

La criminalità organizzata, inoltre, è penetrata nel tessuto sociale del territorio garganico, reclutando braccia nelle fasce più disagiate della popolazione; è risaputo, infatti, che le condizioni di povertà economica e culturale costituiscono terreno fertile per il proliferare della mentalità mafiosa.

Il sentimento di abbandono del cittadino nei confronti dello Stato si traduce nell'adesione ad un codice di comportamento riconducibile a logiche mafiose, imperniato sui valori dell'omertà e della vendetta personale⁵⁰.

Ad ulteriore conferma della pervasività del fenomeno della criminalità organizzata nel territorio garganico, vi sono gli scioglimenti per infiltrazioni mafiose dei Comuni di Monte Sant'Angelo, Mattinata e Manfredonia rispettivamente nel 2015, 2018 e 2019.

Dunque, appare indubbio che la mafia garganica sia nel pieno della sua forza espansiva, come peraltro confermato dalle relazioni semestrali della DIA al Parlamento, ma ancor più certa è la sua propagazione nel tessuto socio-economico ed ambientale del territorio.

A questo punto, preso atto dell'influenza che la mafia garganica esercita sui settori precedentemente menzionati, occorre rimarcare l'importanza dell'elaborazione di un progetto di sviluppo sostenibile, inteso come mezzo in grado di sradicare l'ideologia mafiosa.

Innanzitutto, con riferimento all'influenza mafiosa nel settore economico, particolari problemi derivano dalla disciplina della «documentazione antimafia»- per tale intendendosi quell'insieme di provvedimenti amministrativi atti a rendere edotta la pubblica amministrazione dell'esistenza, a carico di soggetti che vogliono porsi in relazione con essa, di eventuali situazioni problematiche (sostanzialmente determinate dai c.d. «indici di mafiosità») che divengono ostative a tale relazione⁵¹- di cui al D.lgs n. 159 del 2011 (c.d. codice antimafia).

Ai sensi dell'art. 84 comma 1 D.lgs n. 159 del 2011 la documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione e dall'informazione antimafia.

illeciti penali nel ciclo dei rifiuti, 9.309, + 66,1% che salgono al secondo posto. Al terzo posto con 6.581 reati la filiera degli illeciti contro gli animali (dal bracconaggio alla pesca illegale, dai traffici di specie protette a quelli di animali da affezione fino agli allevamenti); seguita dagli incendi dolosi, colposi e generici con 3.691 illeciti. Crescono anche i numeri dell'aggressione al patrimonio culturale (642 i furti alle opere d'arte, +58,9% rispetto al 2022) e degli illeciti nelle filiere agroalimentari (45.067 illeciti amministrativi, +9,1% rispetto al 2022), a cominciare dal caporalato. Sono inoltre 378 i clan mafiosi censiti.»

⁵⁰ A tal proposito D.P. MAUGERI, *Sociologia della mafia: paradigmi incerti visti da dentro*, in *Diritto.it*, 2018.

⁵¹ In tal senso già U. CIMMINO, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Quattrosoli, Palermo, 1995.

L'art. 84 comma 2 definisce la comunicazione antimafia come «l'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del Codice Antimafia e, cioè, l'applicazione, con provvedimento definitivo, di una delle misure di prevenzione personali previste dal Libro I, Titolo I, Capo II del Codice Antimafia e irrogate dall'autorità giudiziaria, ovvero condanne penali con sentenza definitiva o confermata in appello per taluno dei delitti consumati o tentati enucleati all'art. 51, comma 3 – bis c.p.p. e di competenza delle Direzioni distrettuali antimafia»; si tratta di uno strumento che ha carattere vincolato ed un contenuto accertativo, con cui si fotografa il cristallizzarsi di una situazione di permeabilità mafiosa tipizzata nel provvedimento di prevenzione emesso dal Tribunale competente.

L'informazione interdittiva antimafia, a differenza della comunicazione, è un atto di natura provvedimentale, frutto dell'esercizio del potere dell'autorità amministrativa (nel caso di specie, il Prefetto), capace di incidere negativamente sulla sfera giuridica dei destinatari⁵²; l'irrogazione dell'informazione interdittiva antimafia, peraltro, è interamente rimessa alla discrezionalità dell'autorità amministrativa⁵³.

Pertanto, l'emissione di un'informazione antimafia scaturisce dal «prudente» apprezzamento del Prefetto e il positivo vaglio probabilistico della sussistenza del rischio della permeabilità mafiosa determina, quale effetto del provvedimento, un'incapacità del soggetto, non già generale ma in ambito pubblico, cioè nel rapporto con la pubblica amministrazione: in altri termini, il destinatario dell'interdittiva antimafia non è capace di instaurare rapporti con la pubblica amministrazione. È un'incapacità in ambito pubblico, che riguarda sia l'instaurazione di un rapporto amministrativo sia l'instaurazione di un rapporto obbligatorio-contrattuale⁵⁴.

Una volta esaminate le tragiche conseguenze derivanti dal provvedimento di informazione interdittiva antimafia per l'impresa, anche alla luce del carattere discrezionale dell'accertamento– peraltro, effettuato dall'autorità amministrativa e non da quella giudiziaria– relativo alla sussistenza dei presupposti necessari ai fini della sua adozione, appare immediata l'esigenza di un bilanciamento degli interessi in gioco. Da un lato, bisogna assicurare l'impermeabilità delle imprese ai fenomeni mafiosi, dall'altro

⁵² Tanto che Cons. di Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, in *federalismi.it*, 2019 l'ha definita una forma di «ergastolo imprenditoriale».

⁵³ In merito, fra gli altri, M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in *Giustizia insieme*, 2022; F.G. COCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta «anticipata» alla criminalità organizzata*, in *Giust. amm.*, 6/2018; E. VETRONE, *Interdittive antimafia e meccanismi presuntivi: un binomio intollerabile*, in *Il dir. amm.*, 2024.

⁵⁴ Sul punto V. BILOTTO- F. BRUNO- R. ROLLI, *Interdittive antimafia e il loro difficile (e travagliato) rapporto con il controllo giudiziario volontario: un quadro di insieme in attesa dell'adunanza plenaria*, in *Ratio Iuris*, 2023.

è necessario garantire la sopravvivenza dell'impresa favorendo il ripristino della legalità attraverso l'avvio di percorsi ad hoc ed evitando la paralisi della stessa.

In particolare, piuttosto che condannare l'impresa «in odore» di infiltrazione mafiosa all'ergastolo imprenditoriale si potrebbe agire anche attraverso l'aumento dei controlli volti a prevenire tali infiltrazioni.

Ad ogni modo, per le ragioni appena esposte si auspica un intervento del legislatore volto a modificare la disciplina in esame, così da garantire lo sviluppo economico dei territori a forte presenza mafiosa, essendo quest'ultimo fondamentale nella lotta alla criminalità organizzata.

Per quanto riguarda il settore ambientale, il rapporto nazionale «Ecomafia 2024» di Legambiente ha messo in luce le criticità del sistema attuale ed ha formulato delle proposte per la lotta al fenomeno in questione: in primo luogo, occorre recepire quanto prima la direttiva europea in materia di tutela penale dell'ambiente⁵⁵, che introduce nuove fattispecie di reato rispetto a quelle già previste dal nostro codice penale e prevede l'adozione di strategie nazionali contro la criminalità ambientale; in secondo luogo, è necessario provvedere all'inserimento all'interno del codice penale dei delitti contro le agromafie e contro gli animali⁵⁶; in terzo luogo, bisogna restituire ai prefetti pieni poteri per la demolizione degli immobili che i Comuni non hanno abbattuto, a partire dall'ultimo condono edilizio; infine, si richiede la completa approvazione dei decreti attuativi del Sistema nazionale di protezione ambientale ed il potenziamento degli organici delle Agenzie regionali, per garantire controlli adeguati sul PNRR e sulle Olimpiadi Milano-Cortina del 2026.

Infine, con riferimento all'infiltrazione mafiosa nel tessuto sociale del territorio del Gargano, un ruolo fondamentale è rivestito dalle iniziative di antimafia sociale che, nel corso degli anni, hanno dato un grande contributo in ambito sia locale che nazionale nella sensibilizzazione dell'opinione pubblica, nella difesa delle vittime delle mafie e nello stimolo nei confronti delle Istituzioni per l'adozione di più rigorose misure di contrasto: un ruolo talora di vera e propria supplenza nei confronti dello Stato⁵⁷.

⁵⁵ Dir. UE n. 1203/2024.

⁵⁶ E' previsto l'esame in Parlamento della proposta di legge AC n. 1004 in tema di modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di illeciti agro-alimentari.

⁵⁷ Si consiglia A. ALLEGRIA, *La associazione di stampo mafioso dal punto di vista normativo e criminologico*, in *Diritto.it*, 2009.

Non si può non constatare il permanere di situazioni di scarsa consapevolezza ed inadeguata formazione in determinati contesti, che facilita la penetrazione dei gruppi criminali nelle istituzioni e nell'economia⁵⁸.

Un'altra piaga sociale la cui estirpazione è necessaria per vincere la guerra contro la criminalità organizzata è data dalla corruzione sistemica⁵⁹ che, secondo la relazione conclusiva della commissione antimafia del 2018, «ha regalato forza alle organizzazioni mafiose, tanto da avere incoraggiato il convincimento, un po' azzardato in realtà, che la mafia odierna non abbia più bisogno di ricorrere ad alcuna forma di violenza perché in grado di piegare ogni volontà ostile con il puro impiego della corruzione [...] La corruzione è l'autostrada sulla quale le organizzazioni mafiose recuperano continuamente il terreno perduto trovando come provvidenziale alleato un diffuso spirito pubblico, costruito sulla centralità ideologica del denaro e del successo».

In conclusione, la «quarta mafia», oltre che innominabile⁶⁰, è anche capillarmente inserita nel tessuto socio-economico del Gargano; alla luce di ciò, preme sottolineare l'importanza dell'adozione dei mezzi di contrasto sopra descritti, in modo da conferire nuovamente dignità e floridezza economica ad un territorio che da ormai troppi anni è contaminato dal germe mafioso.

⁵⁸ F. SCIONTI, *Pratiche di faida. Rappresentazioni della socialità in un contesto agropastorale contemporaneo*, Edizioni del Rosone, Foggia, 2008.

⁵⁹ Con il termine corruzione ambientale (o corruzione sistemica) s'intende un sistema criminoso radicato in maniera tale da assumere i tratti di un fenomeno politico e sociale in determinati contesti nazionali o regionali. Essa comporta alti livelli di integrazione dell'attività politica, amministrativa, ed economica, con pratiche criminose, tanto da indurre le persone alla convinzione che comportamenti illeciti, quali la prestazione dell'indebito, facciano parte di una prassi consolidata esercitata da tutti, neutralizzandone i risvolti criminosi e facendola apparire «normale».

⁶⁰ Per usare le parole di D. SECCIA, *La mafia innominabile*, Edizioni la Meridiana, Bari, 2011.

ACQUISIZIONE DI PROVE DIGITALI CRIPTATE ALL'ESTERO MEDIANTE ORDINE EUROPEO D'INDAGINE PENALE (OEI)

*Acquisition of encrypted digital evidence abroad through
the European Criminal Investigation Order (EIO)*

di

Nunzio Gallo*

L'elaborato è incentrato sul tema della corretta qualificazione degli elementi probatori digitali acquisiti all'estero mediante l'ordine europeo di indagine, nonché sulla competenza ad accogliere le doglianze della difesa in merito all'illegittima emissione dell'OEI. Dopo averne analizzato presupposti sovranazionali ed interni, sulla scorta dei principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità, la disamina si focalizza sui risvolti nel procedimento penale di destinazione.

The paper focuses on the topic of the correct qualification of digital evidence acquired abroad through the European Investigation Order, as well as on the competence to accept the defense's complaints regarding the illegitimate issuance of the EIO. After analyzing supranational and internal prerequisites, on the basis of the principles expressed by the jurisprudence of legitimacy, the examination focuses on the implications in the criminal proceedings of destination.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Cenni sull'OEI - 3. Gli arresti giurisprudenziali in merito alla qualificazione dei dati informatici acquisiti all'estero. - 4. I principi stabiliti dalle fonti sovraordinate. - 5. Competenza per l'emissione dell'OEI e rimedi difensivi. - 6. L'utilizzabilità della prova digitale acquisita tramite OEI. - 7. La direzione indicata dalle Sezioni unite: finalmente verso soluzioni univoche?.

*Dottorando di ricerca in Law and Cognitive Neuroscience Università degli Studi di Roma Niccolò Cusano

1. Introduzione.

L'evoluzione tecnologica ha coniato un quadro casistico estremamente variegato suscettibile di ulteriori distinzioni generate dalle specificità della natura tecnico-informatica dell'informazione oggetto dell'investigazione, a cui le regole del diritto dovrebbero adeguarsi cercando di trovare soluzioni univoche, in ossequio al principio di uguaglianza processuale¹. Ebbene, nell'ambito di questo intricato coacervo di esperienze investigative digitali, che talvolta originano pronunce contrastanti, risalta la *quaestio* dell'acquisizione della messaggistica criptata allocata sul server estero ed il conseguente "dilemma procedimentale" sulla tipologia di mezzo di ricerca della prova in cui ricondurre questo tipo di attività. Interrogativo che è stato parzialmente risolto da un lato, dal duplice intervento della Corte di cassazione con due sentenze "gemelle"² e, dall'altro, dall'intervento delle Sezioni unite che si sono pronunciate recentemente su alcuni aspetti della tematica³.

In primis, la Sesta sezione penale con due sentenze "gemelle" - emesse lo stesso giorno dallo stesso collegio -, pronunciandosi sulla impugnazione proposta dalle difese dei prevenuti avverso due ordinanze del Tribunale delle libertà⁴, ha espresso una serie di principi che hanno ridefinito, ancora una volta, la tematica della acquisizione di elementi probatori digitali, da un server allocato all'estero, mediante OEI⁵. In particolare, nell'ambito di un'indagine per reati in materia di traffico internazionale di stupefacenti, il Tribunale del riesame aveva

¹ F. DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi*, in *Arch. pen. web.*, 3/2024, p. 1, evidenzia che un quadro così variegato di pronunce conduce, per contro, al «diritto del caso singolo».

² Si tratta di Cass. Pen, Sez. VI, 26 ottobre 2023, Iaria e Kolgjokaj, rispettivamente n. 44154 e 44155, con nota di N. GALLO, *Un altro tassello giurisprudenziale in tema di Ordine Europeo di Indagine penale (OEI) per l'acquisizione della digital evidence dal server estero*, in *Arch. pen. web.*, 3/2023, pp. 1 ss..

³ C. CONTI, *Il principio di non sostituibilità: il sistema probatorio tra costituzione e legge ordinaria*, in *Cass. pen.*, 2/2024, p. 452, sul punto rileva che si è al cospetto di una vera e propria «opera di "sussunzione" [che] viene ormai condotta attraverso schemi logici ricorrenti, che si traggono nitidamente dall'analisi di una giurisprudenza di altissimo livello scientifico oggi pervenuta alla piena consapevolezza di aver avviato un vero e proprio percorso metodologico».

⁴ Ordinanza del Tribunale di Milano del 29 maggio 2023 e Ordinanza del Tribunale di Reggio Calabria del 16 giugno 2023.

⁵ Sulla tematica della c.d. *data retention*, intesa come consultazione dei dati conservati dal gestore di rete o dal *provider*, L. CUOMO, *La prova digitale*, in G. Canzio, L. Luparia (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Cedam, Milano, 2022, pp. 663 ss..

ravvisato i gravi indizi di colpevolezza sulla base delle comunicazioni intercorse tra gli indagati attraverso un sistema di messaggistica criptato (Sky – ECC). Materiale che era stato acquisito dal Pubblico ministero italiano mediante l'emissione di ordini europei di indagine, finalizzati ad ottenere dall'Autorità giudiziaria francese le *chat* e le altre conversazioni intercorse tramite la piattaforma di messaggistica in parola.

Si tratta di un sistema di messaggistica che consente di acquistare una licenza annuale per l'utilizzo dei dispositivi forniti dall'azienda, che tra le varie caratteristiche permettono di disabilitare i microfoni, il GPS e le videocamere, nonché la cancellazione dei messaggi criptati inviati dopo soli 30 secondi; inoltre, qualora un dispositivo destinatario non sia raggiungibile dalla rete, il messaggio non ricevuto viene cancellato dopo 48 ore dall'invio. L'utente ha anche la possibilità di fruire di una *sim-card* di proprietà del gestore che garantisce l'anonimato anche se, ovviamente, all'atto dell'utilizzo, tramite le convenzionali tecnologie di comunicazione, vengono comunque rilasciati tutta una serie di dati (i cd. dati esteriori di comunicazioni, come i codici IMSI ed IMEI) che possono essere acquisiti dagli organi inquirenti nazionali e, dopo essere stati incrociati con i messaggi già decodificati dall'Autorità giudiziaria estera, rendono possibile l'individuazione degli utilizzatori degli apparecchi telefonici criptati Sky-Ecc⁶. Un sistema che peraltro, nel 2021, era stato attinto proprio da un'operazione di polizia coordinata dall'Europol, che aveva permesso di sgominare operazioni di narcotraffico su larga scala e attacchi alle persone⁷.

⁶ Sull'obbligo della società detentrici dei dati di collaborare con l'autorità inquirente, M. TORRE, *Sull'obbligo per il privato di collaborare ad attività di digital forensics: il caso "Apple – F.B.I."* in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, V. Papa (diretto da), *Cybercrime*, Utet, Vicenza, 2019, pp. 1675 ss..

⁷ Sul punto, il *board* della piattaforma negava di aver subito alcun tipo di penetrazione da parte della polizia, rilasciando il seguente comunicato «SKY ECC si basa su principi di sicurezza "zero-trust" che presuppongono che ogni richiesta sia trattata come una violazione e operano una verifica utilizzando più livelli di sicurezza per proteggere i messaggi dei suoi utenti. Tutte le comunicazioni SKY ECC sono crittografate attraverso tunnel privati tramite reti private distribuite. Tutti i messaggi sono crittografati con il più alto livello di crittografia odierno». P. ARNTZ, *Police credit "unlocked" SKY ECC encryption for organized crime bust*, *Malwarebites Labs*, 11.03.2021 (testo tradotto).

2. Cenni sull'OEI.

L'istituto è stato coniato per favorire il «Roaming probatorio»⁸ tra gli stati membri, con l'obiettivo di contrastare le nuove forme di criminalità attraverso una sempre maggiore cooperazione giudiziaria ed ha trovato positivizzazione normativa con l'entrata in vigore del d.lgs., 21 giugno 2017, n. 108 che ne ha scandito presupposti e *steps* procedurali, che qui si ripercorreranno solamente nei tratti essenziali⁹.

Il meccanismo, finalizzato al compimento in altro Stato membro di atti d'indagine mirati all'acquisizione delle prove, comprese quelle già in possesso dell'autorità di esecuzione ed in tempistiche contenute, prevede che il P.m. nella fase delle indagini preliminari ed il giudice, in quelle successive, possono emettere l'Ordine Europeo d'Indagine, nell'ambito di un procedimento penale (al quale la legge affianca il procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale) ed in funzione delle rispettive attribuzioni¹⁰. L'ordine, che deve essere elaborato secondo il modello allegato allo stesso decreto, deve indicare una serie di dati che sono necessari per porre l'autorità di esecuzione nelle condizioni di valutare i requisiti di ammissibilità previsti dalla *lex loci* e l'eventuale sussistenza di motivi di non riconoscimento o di non esecuzione. Una volta emesso l'ordine, in linea con le caratteristiche degli strumenti fondati sul mutuo riconoscimento, questo è trasmesso (nella lingua ufficiale dello Stato di esecuzione o in quella eventualmente indicata) direttamente all'autorità di esecuzione, eventualmente individuata anche mediante i punti di contatto della Rete giudiziaria europea. Nell'ottica di semplificare la trasmissione dell'ordine e delle eventuali comunicazioni correlate, è stata prevista la possibilità di ricorrere al

⁸ L'espressione è di L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento* in T. Bene, L. Lupária, L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 24.

⁹ Sul d.lgs., 21 giugno 2017, n. 108, si vedano per tutti M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7-8/2017, pp. 208 ss. e A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2/2018, pp. 158 ss.. Più in generale sull'istituto, F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen. web.*, 1/2018, pp. 1 ss..

¹⁰ Sulla tematica dell'acquisizione extraterritoriale della prova, C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, Padova, 1998, pp. 212 ss.

Ministero della Giustizia, soltanto nei casi in cui sia necessario, ovvero in caso di difficoltà nelle comunicazioni con l'autorità di esecuzione, o quando insorgano questioni sulla provenienza e autenticità dell'atto, conformemente a quanto stabilito dalla direttiva 2014/41/UE. Mentre, nel caso di ordini relativi a procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., occorre informare il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo.

Per quanto riguarda la procedura passiva, è previsto un vaglio ai fini del riconoscimento dell'OEI effettuato dall'organo requirente entro trenta giorni dalla sua ricezione, ovvero entro il diverso termine – comunque non superiore a sessanta giorni – indicato dall'autorità emittente. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto in cui gli atti devono essere compiuti, una volta ricevuta la richiesta di acquisizione probatoria da parte dell'autorità estera, è tenuto ad effettuare una valutazione preliminare sulla possibilità di dar corso all'assistenza sollecitata, controllando la compatibilità giuridica dell'atto richiesto, che deve presentare determinati requisiti formali e sostanziali. Si tratta di un giudizio sull'ammissibilità della domanda di cooperazione, condotto alla luce dei parametri fissati agli artt. 2, comma 1, lett. a), 7, 9, commi 1, 2 e 3 e 10 del d.lgs. n. 108 del 2017 e quindi di una verifica funzionale al proficuo dialogo tra le autorità giudiziarie interessate dalla procedura di cooperazione. Parametri, tra i quali rientra quello della verifica del requisito della doppia incriminazione, in questo campo inteso in senso elastico, risultando sufficiente che il nucleo essenziale del fatto integri un illecito in entrambi i sistemi giuridici¹¹.

L'eventuale sussistenza di una delle condizioni impeditive previste dal decreto, conduce ad un'interlocuzione con l'autorità emittente, finalizzata a consentire alla stessa di emendare, correggere, integrare i difetti riscontrati, mentre il diniego del riconoscimento e dunque l'esecuzione dell'ordine, è circostanza che si verifica solamente in caso di mancato adeguamento o rettifica.

In assenza di rilievi, ovvero, in caso di risoluzione di quelli eventualmente riscontrati, il Procuratore adotta apposito decreto motivato, a mezzo del quale riconosce l'OEI e quindi l'atto di indagine richiesto. Provvedimento che deve essere notificato al difensore dell'indagato nei termini e con le modalità previsti

¹¹ Sui connotati di quest'ultimo requisito M. DANIELE, *La collaborazione internazionale tra autorità investigative e giudiziarie in materia di indagini informatiche*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, V. Papa (diretto da), *Cybercrime*, cit., p. 1625.

dalla normativa interna per lo specifico atto da compiere. Nel caso in cui la disciplina nazionale preveda solo il diritto del difensore di assistere al compimento dell'atto, senza preventivo avviso, la comunicazione deve avvenire al momento in cui l'atto è compiuto, o quantomeno immediatamente dopo, in modo tale da poter consentire all'indagato di formulare, nei termini previsti, eventuale opposizione al G.I.P.¹². L'eventuale accoglimento dell'opposizione implica l'annullamento del decreto di riconoscimento e, dunque, l'impossibilità di procedere all'esecuzione dell'ordine, ovvero – se già eseguito – di provvedere al trasferimento dei risultati degli atti posti in essere¹³.

In chiave critica, in dottrina è stato sottolineato che nel coniare questo meccanismo di cooperazione giudiziaria non è stata riprodotta la regola contenuta all'art. 6, par. 1, lett. b della direttiva 2014/41/UE, secondo cui l'OEI può essere disposto soltanto quando l'atto istruttorio avrebbe potuto essere emesso «alle

¹² Per M. R. GERACI, *Ordine europeo di indagine ricevuto dall'estero e rimedi impugnatori praticabili*, in *Cass. pen.*, 9/2019, p. 3193, si tratta di «un adempimento di fondamentale importanza, che segna un ulteriore profilo di discontinuità rispetto alla vecchia disciplina rogatoriale: mentre quest'ultima non contemplava alcun rimedio avverso la decisione (positiva o negativa che fosse) della Corte di appello sull'exequatur, la nuova normativa prevede un'apposita impugnazione nei confronti del decreto di riconoscimento dell'O.E.I., che può essere contestato dalla persona indagata e dal suo difensore con un'opposizione presentata al Giudice per le indagini preliminari. E a tal fine la comunicazione del decreto di riconoscimento svolge un ruolo essenziale, segnando il dies a quo di decorrenza del termine di cinque giorni concesso per presentare il gravame in parola». Sulle conseguenze del ritardo della comunicazione del decreto di riconoscimento dell'OEI, cfr. *Cass. Pen.*, Sez. VI, 5 novembre 2020, n. 30885, Con nota di G. MAZZA, *Ordine europeo di indagine: la forma soccombe davanti alla sostanziale assenza di pregiudizio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 10/2021, pp. 1343 ss., ove la Corte ha precisato che «In tema di ordine europeo di indagine passivo, avente ad oggetto la richiesta di atti di perquisizione e sequestro, la tardiva comunicazione al difensore del decreto di riconoscimento, oltre i termini previsti dall'art. 4, comma 4, D.Lgs. 21 giugno 2017, n. 108, non è causa di nullità dello stesso, ma comporta solo il differimento del "dies a quo" di decorrenza del termine per proporre opposizione ai sensi dell'art. 13, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 108 del 2017, trattandosi di violazione formale, priva di sanzione processuale, che non influisce sull'esito del giudizio di opposizione, limitato in via esclusiva alla valutazione della legittimità dell'ordine di indagine». Pronuncia annotata anche da A. FABBRICATORE, *Effetti della ritardata comunicazione del decreto di riconoscimento dell'OIE*, in *GI*, 6/2021, pp. 1474 ss.,

¹³ M. R. GERACI, *Ordine europeo di indagine ricevuto dall'estero e rimedi impugnatori praticabili*, cit., 3194, evidenzia che la tardiva comunicazione del decreto di riconoscimento, «di fatto "costringe" l'indagato all'accettazione delle determinazioni del suo antagonista processuale, privandolo della possibilità di una pronta reazione alle stesse, attivando un vaglio giurisdizionale su quello che è un atto di parte – il decreto ex art. 4, cit., appunto – con conseguente integrazione di una nullità ex art. 178, comma 1, lett.c), c.p.p.» per la lesione delle prerogative difensive del prevenuto, come chiarito anche da *Cass. Pen.*, Sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320 in *Cass. pen.*, 9/2019, pp. 3178 ss..

stesse condizioni in un caso interno analogo» e che, parimenti, non è stato inserito il riferimento al principio di proporzionalità che, sempre secondo l'art. 6, par. 1, lett. a, deve orientare l'autorità emittente¹⁴. Omissione, quest'ultima, che a parere della Relazione illustrativa, deriverebbe dal fatto che «il principio di proporzionalità è immanente al sistema relativo ai mezzi di prova e di ricerca della prova, calibrato anche in relazione alla gravità dei reati per cui si procede»¹⁵.

3. Gli arresti giurisprudenziali in merito alla qualificazione dei dati informativi acquisiti all'estero.

Delineato l'istituto nelle sue direttrici essenziali, ci si focalizzerà sulle argomentazioni recentemente intessute dalla giurisprudenza di legittimità sulla tematica *de quo*, con particolare riferimento alle casistiche al vaglio del Tribunale delle libertà esaminate dalle due sentenze gemelle della Sesta sezione. Impianti motivazionali che, seppur elaborati in seno a differenti scrutini, verranno trattati congiuntamente per la molteplicità dei punti di contatto tra le due vicende processuali, nonché in ragione dell'unitarietà dei principi enucleati dalla Corte di Cassazione.

Chiamata a pronunciarsi all'esito di un'indagine per reati in materia di traffico internazionale di stupefacenti, la Suprema corte ha ritenuto meritevoli di accoglimento le doglianze promosse dalle difese degli indagati nelle due vicende analizzate, ritenendo per contro gravemente deficitarie le ordinanze impugnate nella parte in cui il Tribunale del riesame ha ritenuto che gli ordini europei di indagine, emessi dal procuratore della Repubblica, abbiano avuto ad oggetto esclusivamente forme di acquisizione di documenti e dati informatici, qualificabili ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p.. In particolare, in entrambi i provvedimenti gravati non sarebbe stato chiarito se l'Autorità giudiziaria estera avesse avviato autonomamente le indagini, sulla base di una precedente iscrizione della *notitia cri-*

¹⁴ A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 170. Sul punto M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 2101 osserva anche che il mancato esplicito riferimento al principio di legalità può essere colmato sulla scorta di un'interpretazione del testo orientata al contenuto della direttiva che, sul punto risulta sufficientemente dettagliata.

¹⁵ Così la Relazione illustrativa, allegata allo Schema di D.Lgs. recante norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, p. 18.

minis, oppure se le investigazioni fossero state attivate anche su impulso dei Pubblici ministeri italiani e ciò nonostante le eccezioni sollevate dalle difese nel corso della trattazione dell'udienza di riesame.

Secondo il Giudice di legittimità si tratta di circostanze dirimenti, atteso che lo stesso Tribunale delle libertà (in questo caso, di Milano) aveva specificato che l'acquisizione dei c.d. "dati freddi" era avvenuta a seguito del compimento di una ulteriore - non meglio precisata - attività di indagine disposta dall'Autorità giudiziaria francese. Attività investigativa che, secondo la ricostruzione difensiva, era consistita, da un lato, nell'utilizzo di strumenti di intercettazione di comunicazioni in corso, nonché di captatori informatici (come *trojan* e *malware*), impiegati per ottenere le chiavi di decifrazione presenti nei *devices* utilizzati dai fruitori del sistema di messaggistica in questione e, dall'altro, nel sequestro di materiale nella disponibilità della società di messaggistica. Seppur, sottolinea la Corte, in quest'ultimo caso non è chiaro se l'acquisizione avesse ad oggetto interi sistemi informatici ovvero solo i relativi dati riversati su altri supporti a disposizione del *provider*.

Al fine di definire l'utilizzabilità degli elementi probatori raccolti all'estero mediante OEI, si deve inquadrare volta per volta il mezzo di ricerca della prova di cui si richiede l'autorizzazione di impiego e ciò in ossequio al principio di equivalenza di cui all'art. 6, par. 1, lett. b direttiva 2014/41/UE¹⁶, secondo il quale tale

¹⁶ Si tratta della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine. In letteratura, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 3/2015, pp. 1 ss. e L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 3511 ss., con specifico riferimento al *background* ed alla fase immediatamente precedente la sua adozione, G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo d'indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 6/2013, pp. 705 ss..

Sul punto v'è da segnalare che successivamente alla direttiva sull'OEI, in GUUE del 4 maggio 2016, n. 119, sono stati pubblicati due provvedimenti che assumono rilievo in materia di protezione dei dati personali: la Dir. UE 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Direttiva che abroga la decisione del Consiglio 2008/977/GAI; e il regolamento UE 2016/679, emesso a Bruxelles il 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che abroga la Dir. 95/46/CE. In particolare, sulla Dir. UE 2016/680, ma più in generale anche sul rapporto tra il "pacchetto" di norme eurounitarie in tema di *privacy* e i diritti fondamentali dell'individuo, B. GALGANI, *Giudizio penale, habeas*

strumento di cooperazione giudiziaria internazionale può essere utilizzato a condizione che l'autorità dello Stato di emissione verifichi che «l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere ammessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo»¹⁷. Proprio sulla scorta di queste considerazioni, la Corte ha effettuato una corretta qualificazione giuridica degli atti di indagine compiuti dall'autorità straniera (in entrambe le vicende al vaglio si trattava, principalmente, dell'acquisizione di conversazioni telematiche, intercorse mediante piattaforma di messaggistica criptata) osservando come nel caso di specie non sia possibile applicare l'art. 234-bis c.p.p., che come noto permette di acquisire documenti e dati informatici conservati all'estero, con il consenso del legittimo titolare. In particolare, secondo i giudici di Piazza Cavour, detta disposizione può trovare operatività solamente nell'ipotesi di acquisizione di documenti e dati informatici che preesistevano rispetto all'avvio delle indagini da parte dell'autorità estera, ovvero elementi dematerializzati formati al di fuori delle stesse investigazioni. Nella vicenda in esame invece l'organo inquirente ha acquisito, da un lato, documentazione di attività di indagine e, dall'altro, documentazione preesistente e già oggetto di ulteriori iniziative istruttorie da parte dell'autorità straniera¹⁸. Pertanto, l'art. 234-bis è senza dubbio inutilizzabile se l'attività acquisitiva si sia concretizzata nell'apprensione occulta del contenuto archiviato in un server ovvero nel sequestro dei dati ivi (o anche in altri supporti) memorizzati nella disponibilità della società che gestisce la piattaforma di messaggistica. In questo contesto a nulla rileva se l'acquisizione sia avvenuta con il consenso del legittimo titolare e quindi il mittente o il destinatario dei messaggi in argomento o la stessa società, dovendo l'Autorità giudiziaria straniera essere considerata mero detentore qualificato del dato acquisito. Questa cornice di intervento deve essere invece inquadrata nelle norme in materia di perquisizione e sequestri ed in particolare nella

data e garanzie fondamentali, in *Arch. pen. web.*, 1/2019, pp. 1 ss..

¹⁷ Art. 6., comma 1, lett. b, direttiva 2014/41/UE, rinvenibile al link <https://eur-lex.europa.eu>.

¹⁸ Il Tribunale del riesame sul punto aveva invece richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la messaggistica intercorsa su chat di gruppo, mediante sistema Sky ECC, acquisita mediante OEI dall'autorità estera che ne ha eseguito la decriptazione, costituisce dato informativo documentale utilizzabile ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p. e non flusso comunicativo, non trovando applicazione la disciplina delle intercettazioni di cui agli artt. 266 e 266-bis c.p.p.. Così, *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. IV, 5 aprile 2023, Papalia, n. 16347, Rv. 284563-01, non rileva neppure se i messaggi siano acquisiti dall'autorità giudiziaria straniera *ex post* oppure in tempo reale, poiché ciò che conta è se al momento della richiesta i flussi comunicativi siano o meno in atto.

disposizione di cui all'art. 254-bis c.p.p. in tema di sequestri di dati informatici allocati presso fornitori di servizi informatici, telematici e di comunicazioni.

Il Supremo consesso ha evidenziato inoltre che l'art. 43, comma 4, d.lgs., n. 108 del 2017¹⁹ stabilisce che la richiesta contenuta in un ordine europeo di indagine penale possa avere ad oggetto la trascrizione, la decodificazione o la decrittazione delle comunicazioni intercettate e pertanto anche questo tipo di attività, se richieste dall'autorità italiana, devono essere previamente autorizzate dal giudice.

4. I principi stabiliti dalle fonti sovraordinate.

Nell'affrontare la tematica in disamina, non si può prescindere dall'effettuare un *focus* sul *trend* eurounitario formatosi in materia, che ha di fatto mutato la nozione di intercettazione, intesa quale apprensione e acquisizione del contenuto di comunicazioni. Mutazione esegetica che prende l'abbrivio, *in primis*, dalla sentenza del 2 marzo 2021 (H.K., C-746/18), a mezzo della quale la Grande Camera ha chiarito una volta per tutte quali sono le condizioni per l'accesso, per finalità di prevenzione o accertamento di reati, ai dati relativi al traffico telefonico/informatico o ai dati relativi all'ubicazione ad esso associati. La Corte lussemburghese ha puntualizzato che questi dati "esterni" alle comunicazioni sono in grado di svelare informazioni sensibili sulla vita privata delle persone (come le abitudini della vita quotidiana, i luoghi di soggiorno permanenti o temporanei, gli spostamenti giornalieri o di altro tipo, le attività esercitate, le relazioni sociali di tali persone e gli ambienti sociali da esse frequentati) ed ha stabilito in primo luogo che l'accesso deve essere circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta

¹⁹ Si tratta della norma che regola le modalità di intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria di altro Stato membro UE. In dottrina, C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in M. Daniele – R. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, Giappichelli, Torino, 2018, 221 ss.; R. G. GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della direttiva 2014/41/UE sulla normativa nazionale*, in T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 199 ss.; C. PARODI, *Ordine di indagine europeo: la disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 3/2020, pp. 1314 ss. e C. DE LUCA, *Intercettazioni eseguite mediante ordine europeo di indagine: qualcosa di nuovo sul fronte occidentale?*, in *Cass. pen.*, 2/2023, pp. 590 ss..

contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica; e in secondo luogo che non possa essere il pubblico ministero l'autorità competente ad autorizzare l'accesso a tali dati.

Con riguardo al primo profilo, la Corte di giustizia ha ribadito come le deroghe alla protezione dei dati personali e le limitazioni di quest'ultima devono compiersi entro i limiti dello stretto necessario: quindi l'accesso deve soddisfare il requisito di proporzionalità, con la conseguenza che «tanto la categoria o le categorie di atti interessati, quanto la durata per la quale è richiesto l'accesso a questi ultimi, siano, in funzione delle circostanze del caso di specie, limitate a quanto è strettamente necessario ai fini dell'indagine in questione». Per quanto attiene invece al secondo profilo, la Corte ha rilevato come solo un giudice o comunque un'autorità indipendente terza nel processo, possano esercitare in modo imparziale ed obiettivo il controllo della sussistenza delle condizioni sostanziali e procedurali per l'accesso, così da garantire «un giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e, dall'altro, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso».

Chiaramente questa pronuncia ha avuto un effetto inevitabilmente deflagrante sulla normativa interna che ha risposto mediante l'implementazione dell'art. 132 Cod. privacy, al fine di regolare la procedura di acquisizione dei dati esterni di traffico telefonico e telematico (che richiede ora un provvedimento autorizzativo e motivato del giudice) all'interno del rito criminale, circoscrivendone l'ambito di applicazione ai procedimenti iscritti per reati connotati da una certa gravità indiziaria, configurata sulla base della pena irrogabile.

Quanto al criterio di proporzionalità, il legislatore ha ancorato l'accesso, da un lato, al presupposto indiziario e, dall'altro, alle esigenze investigative. Il primo requisito è stato individuato in un livello di accertamento inferiore (sufficienti indizi) rispetto a quello previsto per l'autorizzazione del diverso e ben più invasivo mezzo di ricerca della prova delle intercettazioni. Il secondo («ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini») viene ad attuare il *dictum* della Corte di giustizia che ha imposto la verifica in concreto dell'effettiva necessità di un'azione di acquisizione, così da escludere la sua utilizzazione per *inquisitio generalis*.

Pertanto, l'acquisizione all'estero di documenti e dati informatici inerenti la corrispondenza o ad altre forme di comunicazione dovrebbe essere sempre autorizzata da un giudice.

Sul tema, assume inoltre una rilevanza centrale la posizione assunta dalla Corte costituzionale in ordine alla estensione applicativa delle garanzie previste dall'art. 15 Cost. in materia di libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione. I Giudici delle leggi hanno recentemente chiarito che - ferma restando la distinzione tra l'attività di intercettazione, che concerne la captazione occulta da parte di un *extraneus* di comunicazioni nella loro fase c.d. dinamica, e l'attività di sequestro, che attiene all'acquisizione del supporto recante la memoria di comunicazioni già avvenute, cioè nella loro fase c.d. statica - il concetto di corrispondenza, cui va assicurata la copertura dell'art. 15 Cost., è «ampiamente comprensivo, atto ad abbracciare ogni comunicazione di pensiero umano (...) tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza; ...(di talché) la tutela accordata dall'art. 15 Cost. - che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione», consentendone la limitazione «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge» - prescinde dalle caratteristiche del mezzo tecnico utilizzato e deve essere estesa, quindi, ad ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici. Ne consegue che l'art. 15 Cost., riferibile alla «generalità dei cittadini», tutela la corrispondenza «ivi compresa quella elettronica, anche dopo la ricezione da parte del destinatario, almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in mero documento storico»²⁰.

Si tratta di principi che, seppur affermati nell'ambito di una pronuncia emessa in un giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (in riferimento alle immunità di cui gode il parlamentare ai sensi dell'art. 68 Cost.), possiedono una valenza di carattere generale nella parte in cui è stata considerata la

²⁰ Corte cost., sent. n. 170 del 2023, per una disamina della quale si rimanda a C. FONTANI, *La svolta della Consulta: la "corrispondenza telematica" è pur sempre corrispondenza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 10/2023, pp. 1312 ss..

portata precettiva dell'art. 15 Cost., ed ha indotto la Corte di cassazione a valorizzarne le implicazioni in relazione al caso di specie. Con questa decisione la Consulta ha stravolto completamente l'orientamento giurisprudenziale che attribuisce natura documentale, ai sensi dell'art. 234 c.p.p., alle forme di comunicazione digitale (come per es. le *e-mail* e la messaggistica *whatsapp*), e tanto sulla falsariga di quanto già da tempo chiarito in ambito eurounitario, ove si riconduce nell'alveo del concetto di corrispondenza tutelata dall'art. 8 C.E.D.U., sia i messaggi informatico-telematici (anche nella loro dimensione statica), che i messaggi di posta elettronica e la messaggistica istantanea inviata e ricevuta tramite internet. Un concetto ampiamente comprensivo, idoneo a contenere ogni comunicazione di pensiero umano tra due o più persone determinate, e che si attua anche in modo diverso dalla conversazione in itinere. Ciò in considerazione del fatto che la tutela dei precetti costituzionali non può esaurirsi con la ricezione del messaggio da parte del destinatario, ma deve perdurare fin tanto che esso conservi carattere di attualità e di interesse per gli interlocutori e deve riportare sotto il cono di protezione dell'art. 8 CEDU la corrispondenza *tout court*, nonché consentire all'interessato di poter promuovere un adeguato rimedio impugnativo²¹.

Sotto questo punto di vista, infatti, la decisione del Giudice delle leggi si fonde con l'orientamento esegetico della giurisprudenza costituzionale, in base al quale si era puntualizzato che la tutela prevista da quella disposizione della carta fondamentale - che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza «della corrispondenza di ogni altra forma di comunicazione», consentendone la limitazione «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge» - proietta «il testo costituzionale alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata»²² e si estende «ad ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici, ignoti al momento del varo della Carta costituzionale», in relazione ai quali le limitazioni della libertà costituzionale sono

²¹ Corte EDU, 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*, § 72; Corte EDU, sent. 3 aprile 2007, *Co-pland c. Regno Unito*, cfr. § 41, Corte EDU, 17 dicembre 2020, *Saber c. Norvegia*, § 48 e Corte giust. UE, 11 novembre 2021, *Gavanozov*, C-852-19.

²² Corte cost., sent. n. 2 del 2023, in tema di illegittimità della norma sui divieti, stabiliti dall'autorità amministrativa, di possesso e utilizzo di apparecchi di comunicazione.

consentite solamente nel rispetto «della riserva assoluta di legge e di giurisdizione»²³.

Né vi è dubbio che la Corte costituzionale, proprio considerando le garanzie connesse alla riserva di giurisdizione, ha esteso alla libertà delle comunicazioni i criteri applicati per legittimare le limitazioni della libertà personale: spiegando che «il significato sostanziale, e non puramente formale, dell'intervento dell'autorità giudiziaria, in presenza di misure di prevenzione che comportino restrizioni rispetto a diritti fondamentali assistiti da riserva di giurisdizione», comporta che quel controllo vada inteso come «vaglio dell'autorità giurisdizionale (...) associato alla garanzia del contraddittorio, alla possibile contestazione dei presupposti applicativi della misura, della sua eccessività e sproporzione, e, in ultima analisi, consente il pieno dispiegarsi allo stesso diritto di difesa»²⁴.

5. Competenza per l'emissione dell'OEI e rimedi difensivi.

L'art. 6 della citata Direttiva sull'OEI, prevede che per compiere atti di indagine specifici in un altro Stato membro, sia emessa una decisione giudiziaria (l'OEI) da una autorità che secondo l'ordinamento vigente nello Stato di esecuzione, sia competente ad emettere i medesimi atti, in modo tale da garantire che gli atti di indagine richiesti mediante l'OEI avrebbero potuto essere parimenti emessi in un caso interno analogo. È onere dell'autorità di emissione accertare se le prove da acquisire sono necessarie e proporzionate ai fini del procedimento, se l'atto di indagine scelto è necessario e proporzionato per l'acquisizione delle prove e se l'acquisizione non rechi pregiudizio ai diritti stabiliti nell'art. 48 della Carta fondamentale dell'Unione europea, secondo quello che viene definito “controllo a monte”²⁵.

Orbene si è detto che l'art. 27 d.lgs n. 108 del 2017, prevede che le autorità competenti ad emettere l'OEI sono il Pubblico ministero ed il giudice che procede nell'ambito delle rispettive attribuzioni. Quindi il nomoteta ha designato il *dominus* delle indagini preliminari quale autorità incaricata ad emettere l'OEI anche

²³ Corte cost., sent. n. 20 del 2017, a proposito delle forme di controllo della corrispondenza epistolare del detenuto.

²⁴ Corte cost., sent. n. 2 del 2023.

²⁵ L'art. 48 della Carta fondamentale dell'Unione europea disciplina la versione europea del principio della presunzione di innocenza e del diritto di difesa dell'imputato.

nei casi in cui l'atto di indagine richiesto debba essere preventivamente autorizzato dal giudice (e ciò sulla base del fatto che il controllo del Giudice, di natura prettamente incidentale, come noto, in questa fase si sostanzia di fatto in sporadici interventi *ad acta*) escludendo la benché minima appendice di contraddittorio tra le parti, salvo nei pochi casi in cui sia il giudice a dover emettere lo stesso ordine²⁶. La norma ha creato così una distorsione tra l'autorità competente ad emettere l'OEI e quella competente ad autorizzare l'atto di indagine richiesto. Nei casi invece in cui, l'atto da eseguire all'estero sia di competenza dello stesso Pubblico ministero è lo stesso OEI a costituire l'atto interno di indagine. Ed infatti, l'art. 28 prevede che in caso di sequestro probatorio è l'OEI a dover essere oggetto di impugnazione²⁷.

Quando si tratta di acquisire prove già in possesso dell'autorità dello Stato di esecuzione, non avendo né la disciplina comunitaria né quella di cui al citato decreto legislativo previsto alcunché, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che deve ritenersi ferma anche per questo tipo di ordine, la competenza del P.m. nella fase delle indagini preliminari.

E' sempre la Suprema corte a determinare i rimedi esperibili nei confronti dell'illegittima emissione dell'OEI adottato in assenza del necessario e prodromico provvedimento giurisdizionale, rammentando, in primo luogo, come la Direttiva preveda che la difesa possa far valere i mezzi di impugnazione disponibili presso lo Stato di esecuzione, in modo tale da impedire il riconoscimento dell'ordine ovvero la trasmissione della prova richiesta ovvero ancora la sua utilizzazione nel procedimento penale di destinazione²⁸. D'altro canto, lo Stato di emissione deve consentire alla difesa di contestare la necessità e la regolarità

²⁶ Nella fase delle indagini preliminari avviene, per esempio, in caso di attività di intercettazione. L'art. 43 del d.lgs n. 108 del 2017 prevede infatti che in questo caso l'OEI debba essere preceduto dal provvedimento di autorizzazione del GIP.

²⁷ Sul tema delle prerogative difensive nell'ambito di sequestro probatorio attuato mediante OEI, si veda G. BORGIA, *Riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio e prerogative difensive*, in *GI*, 11/2019, pp. 2532 ss.. Mentre per una disamina del sistema dei controlli predisposti dal D.Lgs. n. 35 del 2016 avverso il provvedimento di blocco o di sequestro, C. VALENTINI, *I provvedimenti ablativi (dd.lgs. 7 agosto 2015, n. 137, 15 febbraio 2016, n. 35 e 29 ottobre 2016, n. 202)*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Giappichelli, Torino, 2017, 50 ss..

²⁸ In tema, Corte Giust. UE, 16 dicembre 2021, HP C-724/19 ha chiarito che è prerogativa della difesa far vagliare presso lo Stato di esecuzione la questione della competenza ad emettere l'atto di indagine richiesto. Sotto questo punto di vista assume rilevanza anche la possibilità di poter

dell'OEI²⁹. Sul punto già le Sezioni unite avevano chiarito che nel silenzio della norma, la difesa deve potersi avvalere dei rimedi previsti dall'ordinamento nazionale per sottoporre a verifica il profilo dell'illegittimità dell'OEI³⁰.

6. L'utilizzabilità della prova digitale acquisita tramite OEI.

Con riguardo alla tematica degli effetti sul procedimento penale di destinazione, la Corte di cassazione, ha chiarito che, in linea generale, laddove risulti che l'attività di indagine svolta all'estero sulla base di un ordine illegittimo, perché emesso senza il necessario provvedimento del giudice, la genesi patologica della prova acquisita all'estero comporta l'inutilizzabilità della prova stessa. Ben più complessa risulta invece la questione delle conseguenze dell'illegittimità di un OEI emesso per acquisire prove già disponibili nello Stato di esecuzione. In questi casi, a prescindere dal fatto che la prova sia stata già trasmessa all'Autorità rogante, deve essere assicurata alla difesa la possibilità di poter verificare, attraverso i rimedi disponibili nella legislazione del paese di destinazione, la sussistenza delle condizioni di ammissibilità della prova. Laddove poi detta verifica non sia stata effettuata nel procedimento *a quo*, prima dell'emissione dell'OEI, può essere effettuata, incidentalmente, anche dal giudice del riesame. La Direttiva ha infatti lasciato spazi di discrezionalità nella valutazione dell'utilizzabilità della prova acquisita, affidando tale delicato compito allo Stato di emissione, che nell'effettuare tale valutazione, deve ad ogni modo assicurare i diritti della difesa e le garanzie del giusto processo. È pertanto onere degli ordinamenti nazionali degli stati membri, in virtù del c.d. principio di autonomia procedurale, stabilire le modalità processuali dei ricorsi atti a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto eurounitario. Gli unici paletti sono rappresentati dal

sorvegliare il rispetto delle *best practices* per l'acquisizione della prova digitale all'estero. In tema, G. COLAIOCCO, *La rilevanza delle best practices nell'acquisizione della digital evidence alla luce delle novelle sulla cooperazione giudiziaria*, in *Arch. pen. web.*, 1/2019, p. 9, sottolinea che il mancato rispetto delle *best practices* nell'acquisizione della prova mediante OEI e rogatoria, deve comportare l'inutilizzabilità della prova stessa. Sul punto C. CONTI, *La prova informatica e il mancato rispetto della best practice: lineamenti sistematici sulle conseguenze processuali*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, V. Papa (diretto da) *Cybercrime*, cit., p. 1337, evidenzia che «il contraddittorio con la difesa – contestuale al momento dell'acquisizione – rappresenterebbe una formidabile garanzia di “controllabilità”».

²⁹ Corte giust. UE, 11 novembre 2021, Gavanozov, C-852-19.

³⁰ Cass. Pen., S.U., 16 aprile 2003, Monnier, n. 21420, Rv. 224184.

monito giurisprudenziale che richiede che dette modalità non siano meno garantite di quelle previste dal diritto interno per la gestione di situazioni analoghe; che non sia reso maggiormente difficoltoso l'esercizio dei diritti da parte dei singoli; ed evitando che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo rechino pregiudizio a una persona sospettata di aver commesso un reato³¹.

In questa prospettiva, il Supremo consesso ha evidenziato che per l'acquisizione dei risultati di un'intercettazione già effettuata all'estero, non è sufficiente che la prova in questione sia stata autorizzata dal giudice in ossequio alla normativa in vigore nello Stato in cui l'attività di indagine è stata eseguita, ma occorre un controllo – che non può che essere affidato al giudice dello Stato di emissione – sull'ammissibilità e sulla utilizzazione dell'intercettazione secondo la legislazione ivi vigente. Si tratta di quanto già era stato precedentemente espresso dal giudice di legittimità, allorquando veniva statuito che in materia di Ordine europeo d'indagine vige il principio di diritto (già espresso in tema di rogatoria internazionale), ai sensi del quale trovano applicazione, da un lato il principio "*locus regit actum*"; dall'altro, quello della prevalenza della "*lex loci*" sulla "*lex fori*" in conformità ai canoni di diritto internazionale³², secondo cui l'atto è eseguito secondo le norme processuali dello Stato richiesto, a patto che detta attività non si ponga in contrasto con norme inderogabili e principi fondamentali, che, però, non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito³³. In letteratura è stato però anche osservato che l'utilizzazione degli atti trasmessi da Autorità giudiziarie straniere, tanto più ove l'atto di indagine sia compiuto in precedenza, nel corso di investigazioni da quest'ultima autonomamente avviate, non possa essere condizionata, in forza del principio di reciproca fiducia, dall'accertamento da parte del giudice italiano della loro regolarità, vigendo, in *primis*, una presunzione di legittimità dell'attività svolta ed in secondo luogo, la verifica del giudice straniero circa la correttezza procedurale e l'eventuale risoluzione di ogni questione relativa alle irregolarità riscontrate³⁴.

³¹ Corte Giust. UE, Grande Sez., 6 ottobre 2020, C-511/18.

³² Cass. Pen., Sez. V, 18 maggio 2016, n. 26885, Rv. 267265.

³³ Sul punto, Cass. Pen., Sez. V, 13 luglio 2016, n. 45002, Rv. 268457. Precedentemente Cass. Pen., Sez. un., 25 febbraio 2010, Mills, n. 15208, Rv. 246583. In dottrina sul tema, R. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, pp. 1441 ss..

³⁴ Così A. RAMPIONI, *I limiti di utilizzabilità della messaggistica criptata SkyEcc acquisita tramite ordine europeo di indagine tra obblighi europei e principi costituzionali.*, in *Giuris. Pen. web*, 10/2023, p. 9. Sul

In punto di diritto dell'imputato di poter conoscere e contestare il materiale probatorio utilizzato a proprio carico, la Suprema corte ha ritenuto che deve essere garantito il diritto della difesa di accesso alla prova anche se raccolta all'estero: nel caso in cui l'attività di messa in chiaro di messaggi criptati sia stata svolta all'estero dal fornitore del servizio fuori dal contraddittorio, la difesa, a pena di nullità ai sensi dell'art. 178, lett. c., c.p.p., ha diritto di ottenere la versione originale e criptata dei messaggi e le chiavi di sicurezza necessarie alla decrittazione³⁵. Al riguardo, come chiarito dalla Corte EDU, per stabilire l'equità del processo, va verificato se e con quale modalità sia stata data all'imputato la opportunità di accedere alla prova decisiva ai fini della condanna.

In questa prospettiva, con riferimento ad un caso in cui era stata compresso il diritto della difesa in relazione a dati raccolti in un server di messaggistica crittografata, poiché non era stata consentita la verifica dei dati grezzi nel loro contenuto e nella loro integrità, la Corte EDU³⁶ ha affermato che, nonostante le prove elettroniche differiscano sotto molti aspetti dalle prove tradizionali, anche per quanto riguarda la loro natura e le tecnologie speciali richieste per la raccolta, conservazione, trattamento ed analisi, non vi è alcuna ragione per una applicazione differenziata delle garanzie previste dall'art. 6, par. 1, C.E.D.U. In quest'ottica il diritto ad un processo in contraddittorio presuppone che l'autorità inquirente riveli alla difesa tutte le prove, anche quelle elettroniche e non solo quelle che l'accusa ritiene rilevanti. Si tratta tuttavia di un diritto non assoluto, potendo rendersi necessario un suo bilanciamento con interessi concorrenti, quali la sicurezza nazionale o la necessità di mantenere segreti i metodi di indagine dei reati da parte della polizia. Ad ogni modo, la limitazione del diritto di difesa che si viene a creare deve essere controbilanciata da adeguate garanzie procedurali (tra le quali *in primis* la possibilità per l'imputato di aver potuto preparare la propria

punto L. FILIPPI, *Criptofonini e diritto di difesa*, in *Pen. Dir. Proc.*, 2/2023, p. 322, sottolinea che «si tratta di presunzione (di legittimità del mezzo istruttorio assunto all'estero) di natura soltanto relativa, dal momento che ogni elemento di prova, che dovesse essere stato acquisito in violazione di un principio fondamentale o di una norma inderogabile dell'ordinamento interno al Paese d'emissione, deve essere considerato inutilizzabile ex art. 191 c.p.p. in quanto acquisito "in violazione dei divieti stabiliti dalla legge"».

³⁵ Sempre Cass. Pen., Sez. VI, 26 ottobre 2023, Iaria. In senso conforme, Cass. Pen., Sez. IV, 15 ottobre 2019, n. 49896, Rv. 277949.

³⁶ Corte EDU, Grande Camera, 26 settembre 2023, Yuksel Yal Onkaya c. Turchia.

difesa in giudizio), da determinare alla luce dell'importanza del materiale non divulgato e del suo utilizzo nel processo.

Tornando alle casistiche giurisprudenziali al vaglio della Sesta sezione, la Corte, con riguardo all'ordinanza del Tribunale di Reggio Calabria, ha ritenuto censurabile la pronuncia gravata, sia in ordine alla qualificazione dell'atto richiesto con l'ordine europeo di indagine sia alla ritenuta sufficienza del controllo effettuato dall'autorità giudiziaria francese sull'atto eseguito in Francia. Il Tribunale delle libertà reggino, in particolare, avrebbe dovuto attribuire alle attività di indagine svolte all'estero la corretta qualificazione giuridica ed avrebbe dovuto verificare, ai fini della utilizzabilità dei dati informativi, se sussistevano le condizioni per l'autorizzazione in sede giurisdizionale delle relative attività investigative oggetto dell'ordine europeo.

Per ciò che concerne invece l'operato del Tribunale di Milano, il Supremo consesso, oltre alle medesime criticità emerse ed evidenziate nell'ambito della vicenda calabrese, ha rilevato che dal provvedimento di merito in questione non è emerso se sia stata data alla difesa - che ha l'onere, nel caso di trasmissione di prova già autonomamente acquisita da un'autorità di altro Stato membro dell'Unione europea, di rivolgersi alle autorità di tale Stato - l'opportunità di ottenere la versione originale dei messaggi nonché i dati necessari per rendere intellegibili i messaggi criptati. Resta in ogni caso, onere della difesa, al pari di quel che avviene per il diritto di accesso alle registrazioni di intercettazioni, allegare di non aver potuto beneficiare di tali opportunità per contestare il materiale indiziario utilizzato a carico del ricorrente³⁷.

Vulnus motivazionali che hanno fatto propendere per l'annullamento delle ordinanze vergate dai due Tribunali del Riesame in questione, con rinvio alla fase rescissoria ove dette lacune dovrebbero essere colmate effettuando una "prova di resistenza", finalizzata a verificare se il rispetto dell'art. 273 c.p.p. possa considerarsi ugualmente garantito, in base ad ulteriori elementi di conoscenza legittimamente acquisiti.

³⁷ Conformemente a quanto precedentemente statuito da Cass. Pen., Sez. II, 3 ottobre 2013, n. 43772, Rv. 257304.

7. La direzione indicata dalle Sezioni unite: finalmente verso soluzioni univoche?

La *ratio* sottesa ai principi di diritto enucleati dalla copiosa giurisprudenza analizzata è scopertamente quella di evitare che, sotto l'egida dell'ordine europeo di indagine, attività inquirenti presentate con le vesti di acquisizione di copia informatica di messaggistica criptata, eludano le disposizioni inderogabili in tema di sequestro e di intercettazioni. Ed infatti si è visto che, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'acquisizione all'estero della messaggistica criptata sulla piattaforma SKY-ECC, mediante OEI, non costituisce dato informatico utilizzabile ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p., *id est*, in tale ipotesi, l'attività acquisitiva, se riguardante comunicazioni avvenute nella fase "statica", deve essere inquadrata nelle disposizioni dettate in materia di perquisizione e sequestro e, in particolare, in quella prevista dall'art. 254-bis c.p.p., mentre se, avente ad oggetto comunicazioni avvenute nella fase "dinamica", deve essere inquadrata nella disciplina degli artt. 266 e ss. c.p.p., in materia di intercettazioni telematiche.

In questa contesto, in data 3 novembre 2023, la Terza Sezione penale ha rimesso alle Sezioni unite le seguenti questioni di diritto: da un lato, se, in tema di mezzi di prova, l'acquisizione mediante OEI di messaggi su chat di gruppo presso l'A.g. straniera che ne ha eseguito la decrittazione costituisca o meno acquisizione di "documenti e di dati informatici" ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p. e, dall'altro, se tale acquisizione debba essere oggetto, ai fini della utilizzabilità dei dati in tal modo versati in atti, di preventiva o successiva verifica giurisdizionale della sua legittimità da parte della A.G. nazionale.

Sul punto, in relazione al primo quesito, le Sezioni unite hanno affermato il principio di diritto secondo il quale il trasferimento di prove in questione rientra nella acquisizione di atti di un procedimento penale che, a seconda della loro natura, trova alternativamente il suo fondamento negli artt. 78 disp. att. c.p.p., 238, 270 c.p.p. e, in quanto tale, rispetta l'art. 6 della Direttiva 2014/41/UE. Mentre al secondo quesito è stata data risposta negativa, poiché rientra nei poteri del pubblico ministero quello di acquisire atti di altro procedimento penale. Infine, per quanto riguarda il terzo quesito, l'organo nomofilattico ha fornito risposta positiva esplicando che l'autorità giurisdizionale dello Stato di emissione dell'ordine europeo di indagine deve verificare il rispetto dei diritti fondamentali, comprensivi del diritto di difesa e della garanzia di un equo processo.

D'altro canto, su di un'altra sfaccettatura della tematica, parzialmente sovrapponibile alla prima, è intervenuta una seconda ordinanza, questa volta della Sesta sezione³⁸, la quale chiedeva, da una parte, se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte dall'autorità giudiziaria estera su una piattaforma informatica criptata integri, o meno, l'ipotesi disciplinata nell'ordinamento interno dall'art. 270 c.p.p. e, dall'altra, se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte dall'autorità giudiziaria estera attraverso l'inserimento di un captatore informatico sul *server* di una piattaforma criptata sia soggetta nell'ordinamento interno ad un controllo giurisdizionale, preventivo o successivo, in ordine alla utilizzabilità dei dati raccolti³⁹. Le Sezioni unite, con informazione provvisoria diffusa al termine dell'udienza, hanno fornito risposta positiva al primo ed al terzo quesito e negativa al secondo.

Sull'altro versante di interesse, la Corte di cassazione ha ritenuto invece che la questione della illegittima emissione dell'OEI da parte del Pubblico ministero italiano non può essere dedotta dinanzi al giudice italiano, nel caso in cui tale ordine sia stato emesso per acquisire una prova già disponibile nello Stato di esecuzione e la stessa sia stata definitivamente trasmessa da detto Stato. In questo caso la difesa può soltanto far valere la mancanza delle condizioni di ammissibilità della prova secondo l'ordinamento interno. Pertanto, l'utilizzabilità di prove acquisite all'estero mediante OEI è subordinata all'accertamento, da parte del giudice italiano, delle condizioni di ammissibilità dell'atto di indagine secondo le regole dell'ordinamento nazionale e del rispetto delle norme inderogabili e dei relativi principi fondamentali⁴⁰; tra i quali risaltano, il principio di legalità processuale (art. 111, comma 1, Cost.), il diritto al contraddittorio per la prova (art. 111, comma 4, c.p.p.) e sulla prova (art. 111, comma 2, Cost.), il diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.) e la libertà morale della persona nell'assunzione della prova (art. 188 c.p.p.). Epperò, per accertare che l'acquisizione delle prove digitali da parte dell'autorità giudiziaria di esecuzione sia stata rispettosa dei principi

³⁸ Sez. VI, con ord. 15.1.2024, n. 2329/2024, Giorgi e altri.

³⁹ Su questo tema, L. FILIPPI, *Le S.U. ammettono le prove francesi sui criptofonini acquisite con l'ordine europeo di indagine*, in *Pen. Dir. Proc.*, 01.03.2024, *passim*.

⁴⁰ Su questa tematica, cfr. A. MANGIARACINA, *L'esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. Daniele – R. Kostoris (a cura di) *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 128.

fondamentali e delle norme inderogabili del sistema normativo italiano è necessario conoscere le modalità di acquisizione per confrontarle con i principi fondamentali del sistema giuridico di riferimento. Infatti, il confronto tra le ragioni dell'accusa e le controdeduzioni della difesa può esplicarsi appieno, in conformità al principio del contraddittorio, nella misura in cui la dialettica procedimentale investa non solo le risultanze probatorie raccolte, ma pure il relativo procedimento di acquisizione⁴¹. Contraddittorio che, come noto, non verte solo sull'oggetto da provare, bensì anche su tutte le attività intese a farlo⁴². Sulla scorta delle considerazioni in diritto elaborate dalla giurisprudenza di legittimità, ne deriva che deve essere garantita quindi la facoltà per gli interessati di conoscere le modalità, le procedure e puntualmente ogni passaggio prodromico all'estrapolazione e all'acquisizione dei dati immagazzinati mediante OEI. Facoltà di "accesso generalizzato"⁴³ che segnatamente deve ricomprendere, tra le altre attività di "controllo", la possibilità di poter ottenere l'algoritmo impiegato per decrittare i flussi comunicativi captati o comunque sequestrati all'interno del server, unitamente alle stringhe informatiche non ancora decryptate. In assenza di questi dati, infatti, non sarebbe possibile esercitare a pieno il diritto di difesa su un tema delicato quale è quello della piena corrispondenza tra il testo originario (la stringa informatica) e il testo intellegibile introdotto come prova nel giudizio. Diversamente opinando, non avrebbe alcun senso gravare la difesa dell'onere di allegare l'inesattezza di un giudizio di identità tra due dati, il giudizio che dovrebbe descrivere il rapporto che intercorre tra il testo introdotto in giudizio, da un lato e il risultato effettivamente ricavabile dalla stringa informatica una volta decryptata dall'altro, se contestualmente gli si nega la possibilità di conoscere sia il dato grezzo da comparare, e quindi la stringa informatica, sia lo strumento necessario per rendere quel dato idoneo alla comparazione e cioè l'algoritmo⁴⁴.

⁴¹ Cass. Pen., Sez. IV, 15 luglio 2022, n. 32915, in *Guida dir.*, 2022, 38.

⁴² G. CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, p. 405.

⁴³ N. GALLO, *Un altro tassello giurisprudenziale in tema di Ordine Europeo di Indagine penale (OEI) per l'acquisizione della digital evidence dal server estero*, cit., 21.

⁴⁴ Su queste, e quelle immediatamente precedenti, efficacemente L. LUDOVICI, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti*, in *www.penedp.it*, 14 ottobre 2023. Su questo tema anche W. NOCERINO, *L'acquisizione della messaggistica su sistemi criptati: intercettazioni o prova documentale?*, in *Cass. pen.*, 2023, pp. 1435 ss..

In conclusione: in attesa di un intervento normativo organico, la Suprema corte, pronuncia dopo pronuncia, sta tracciando un percorso nitido il cui punto di arrivo è rappresentato dallo stesso obiettivo che deve essere condiviso dalle parti in gioco e cioè a dire quello di riuscire a controbilanciare la ricerca dell'efficienza della cooperazione giudiziaria nell'attività di raccolta delle prove, con l'osservanza di uno standard elevato di protezione dei diritti fondamentali. Tenendo presente che l'efficienza è un concetto di relazione che andrebbe sempre rapportato all'obiettivo che si vuole raggiungere e che quindi qualcosa può dirsi efficiente solo se si chiarisce quale è lo scopo da raggiungere⁴⁵. In questo senso, nell'ottica di favorire la creazione di uno *ius commune* per la tutela dei diritti fondamentali, appare imprescindibile intensificare un'interlocuzione mirata tra le competenti autorità dei rispettivi Stati, nella fase in cui occorre valutare i presupposti di ammissibilità dell'atto richiesto, coinvolgendo puntualmente ed effettivamente la difesa, soprattutto laddove si tratti di un atto coercitivo e quindi maggiormente capace di incidere sulla posizione giuridica soggettiva di chi è - soltanto - sospettato di aver commesso un crimine⁴⁶.

⁴⁵ O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen. web.*, 2/2022, p. 3.

⁴⁶ In questo senso A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., 180. Di questo avviso anche, V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo: fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim.*; volendo N. GALLO, *Un altro tassello giurisprudenziale in tema di Ordine Europeo di Indagine penale (OEI) per l'acquisizione della digital evidence dal server estero*, cit., p. 22.

L'EVOLUZIONE DELLA PRASSI GIURISPRUDENZIALE
IN TEMA DI INFERMITÀ

*The evolution of jurisprudential praxis on the subject of
infirmity.*

di

Corinne Morganti*

Il contributo analizza l'evoluzione della prassi giurisprudenziale in tema di infermità, evidenziando luci ed ombre del complesso rapporto tra il diritto penale e le scienze empirico-sociali. E invero, i molteplici ed ambigui cambiamenti avutisi in ambito di conoscenze psichiatriche hanno dato luce, all'interno della giurisprudenza penale, a diversi paradigmi, attraverso cui si è cercato di dare una risposta al difficile quesito relativo alla natura della malattia mentale. Sulla scia dei tumultuosi cambiamenti nell'ambito della psichiatria il diritto penale ha necessariamente dovuto trovare la propria direzione.

This paper analyzes the evolution of jurisprudential practice on the subject of infirmity, highlighting the lights and shadows of the complex relationship between criminal law and the empirical-social sciences. Furthermore, the multiple and ambiguous changes that have taken place in the field of psychiatric knowledge have given light, within criminal jurisprudence, to different paradigms, through which we have attempted to give an answer to the difficult question relating to the nature of mental illness. In the wake of very deep changes in the field of psychiatry, criminal law has necessarily had to find its own path.

Sommario: 1. Il concetto di infermità. Una premessa - 2. La crisi del concetto di infermità - 3. L'evoluzione della prassi giurisprudenziale in tema di infermità - 3.1. L'indirizzo medico - 3.2. L'indirizzo giuridico - 3.3. Il modello bio-psico sociale - 4. Crimine senza ragione: i disturbi della personalità - 4.1. Le infermità mentali al vaglio delle Sezioni Unite: la sentenza Raso.

* Cultrice della materia in diritto penale presso l'Università degli Studi "eCampus"

1. Il concetto di infermità. Una premessa.

L'imputabilità deve ritenersi esclusa al ricorrere di determinate circostanze, in cui vi rientra quella in cui il soggetto agente sia affetto da infermità.

Concetto, quello di infermità, che pone le sue radici agli albori del diritto penale, ma che ancora oggi appare essere molto controverso tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, a causa della sua incerta definizione.

Ed infatti, il principio secondo il quale chi sia "folle", "alienato", "malato di mente", "affetto da disturbo" o "sofferente psichico", in modo da vedere compromesse le sue capacità di comprensione o di libera determinazione, debba essere considerato meno o per nulla responsabile dei propri atti, è un principio di antica data e di oramai universale accettazione¹.

Il diritto romano contemplava la figura del "folle", il quale si contraddistingueva per il suo difetto di intelligenza che lo faceva agire senza alcun controllo, come fosse guidato da una forza maggiore, una forza irresistibile.

Seppur cambiarono le denominazioni terminologiche, il diritto penale non spostò mai l'attenzione dall'elemento soggettivo del reato. Si legge nei lavori preparatori del codice Napoleonico del 1810, il quale costituisce un riferimento per l'intera storia del diritto, che un'azione è imputabile solo laddove vi sia il concorso simultaneo di cognizione, volontà e libertà, e che il demente è colui che soffre di una privazione di ragione, che non conosce verità e ignora se ciò che fa sia bene o male. « Un uomo posto in questo stato è un corpo che ha soltanto figura ed ombra di uomo, il suo reato è tutto fisico, poiché moralmente non esiste nulla²».

Dall'incontro tra diritto e psichiatria compare la dizione "stato di infermità di mente", mentre scompaiono i termini follia, assoluta imbecillità e demenza. Il malato di mente ha così un aspetto diverso e risulta ormai unanime la convinzione secondo cui la sola esecuzione materiale del fatto non è sufficiente per dichiarare un soggetto colpevole di un reato.

Il codice Zanardelli, entrato in vigore nel 1889, stabiliva all'art. 46 che «Non è punibile colui che nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di deficienza o di morbosa alterazione di mente da togliergli la coscienza

¹ I. MERZAGORA BETSOS, *L'imputabilità*, in www.jus.unitn.it, 1.

² U. FURNARI, *Psicopatologia e Psichiatria Forense*, Torino, 1989.

dei propri atti o la possibilità di operare altrimenti³». Appare chiara la scelta del legislatore verso un metodo in grado di offrire una, seppur minima, definizione dei disturbi psichici ai quali si voleva riconoscere la capacità di escludere l'imputabilità penale⁴. La motivazione maggiore che spinse verso una tale decisione fu quella di voler garantire, attraverso una formula sintetica, un'applicazione delle norme più trasparente e certa, confrontandosi con una scienza, che data la sua natura mobile, può mettere in discussione ciò che oggi appare certo. L'obiettivo era quello di tracciare un perimetro preciso entro il quale tale disciplina potesse trovare applicazione. Il riferimento specifico all'alterazione di mente fa escludere ogni causa fisica dal novero delle scusanti.

Da ultimo una volta definiti i presupposti biologico-psicologici⁵, si sentì la necessità di definire gli effetti che tale stato mentale doveva causare, affinché potesse essere esclusa l'imputabilità. Furono così delineati i presupposti psicologici-normativi. L'imputabilità era da ritenersi esclusa solo laddove detti disturbi morbosi creassero uno stato psichico tale da togliere la coscienza e la possibilità di fare altrimenti.

Il codice Zanardelli, costruito su principi fortemente garantisti, ebbe vita relativamente breve. Il successivo ed ancora attuale codice Rocco, in vigore del 1930, mantiene inalterato l'aspetto sostanziale della disciplina dell'imputabilità.

Per quanto riguarda le cause che escludono l'imputabilità, tale ultimo codice pone particolare attenzione all'infermità mentale.

È doveroso premettere che il legislatore del '30 ha configurato il giudizio di imputabilità in una costruzione a doppio livello, secondo quanto imposto dal metodo biologico-normativo riconosciuto dal nostro codice penale⁶. Ad un primo livello è posto l'elemento biologico, che ai fini dell'esclusione dell'imputabilità deve concretizzarsi in una infermità. Con il termine infermità si è voluto esprimere un concetto sicuramente più ampio rispetto a quello di malattia mentale, potendo essere ricomprese al suo interno tutte quelle situazioni di alterazione psichica che seppur non inquadrabili in un determinato

³ È da notare come tale formula, contenuta nel progetto del codice penale Zanardelli, fu poi sostituita nel testo definitivo dalla Commissione preposta alla revisione definitiva del progetto, nei seguenti termini «non è punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei propri atti» (cfr. *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul progetto del codice penale*, LXIV).

⁴ M. BERTOLINO, *Imputabilità e vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1990.,365.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

inquadramento nosografico psichiatrico, siano comunque idonee a compromettere la capacità di intendere e di volere. Ciò non toglie che l'infermità debba dipendere da una causa di natura patologica. Con il termine, sicuramente più generale di infermità, si sono volute poi ricomprendere anche le malattie fisiche, escluse esplicitamente dal codice precedente.

La tesi che vede l'utilizzo del termine infermità per ampliare il concetto sarebbe poi confermata se si guarda allo scopo che implicitamente svolgono le norme sull'imputabilità⁷. Ai fini del giudizio di imputabilità non importa tanto se la condizione del soggetto sia esattamente quella che si ritrova nei trattati di medicina, quanto che il disturbo sia effettivamente idoneo a compromettere la capacità sia di percepire il disvalore del fatto commesso, sia di recepire il significato del trattamento punitivo. Si giunge in questo modo al secondo livello del sovra citato giudizio di imputabilità. L'infermità deve essere tale da alterare i processi intellettivi e volitivi escludendo la capacità di intendere e di volere.

Sono da ritenersi escluse dal novero delle infermità mentali tutte le forme di psicopatie⁸ e di nevrosi, in quanto queste sarebbero da considerarsi soltanto come anomalie del carattere e quindi generalmente non di origine patologica. Presa di posizione che può considerarsi come l'ottemperanza da parte della maggioranza della giurisprudenza nei riguardi della volontà del legislatore, il quale ha espressamente separato la sfera affettiva della psiche umana da quella intellettuale e volitiva.

Dall'art. 88 c.p. si ricava inoltre che l'infermità dev'essere presente nel momento stesso in cui è stato commesso il reato: «Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere». Seppur non specificato dal codice, la prassi e la dottrina sono ormai d'accordo nel ritenere che oltre al criterio cronologico espresso esplicitamente dal legislatore, è necessario ai fini dell'esclusione dell'imputabilità, un nesso eziologico tra il fatto e l'incapacità di intendere e di volere. Dunque l'infermità deve essere presente al momento del

⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 1989, 251.

⁸ Cass. pen., 2 aprile 1988, n. 180234, «L'infermità mentale, totale o parziale, deve dipendere sempre da una causa patologica tale da alterare i processi della volontà e dell'intelligenza, ne consegue che la personalità psicopatica (o caratteropatica ovvero ancora personalità disarmonica) normalmente non integra gli estremi per il riconoscimento del vizio di mente, costituendo una semplice alterazione del carattere e rientrando nell'ampio gruppo delle personalità abnormi che lasciano generalmente integra la capacità mentale o che, nella forma degenerativa, interessano solo la sfera affettiva».

fatto e deve aver partecipato alla genesi di quel particolare reato⁹. Emblematico, in tal senso, è l'esempio del soggetto affetto da cleptomania che realizza un omicidio. Il cleptomane presenterà sicuramente un'incapacità di intendere e di volere quando si tratterà di impossessarsi di cose altrui, ma la sua condizione non rileverà in ordine al fatto commesso¹⁰.

Tale orientamento presta al fianco alla critica di un'autorevole dottrina¹¹, che considera necessario ai fini del giudizio di imputabilità soltanto il criterio cronologico. La ragione giustificatrice di tale tesi risiederebbe in un'interpretazione letterale del codice, il quale fa cenno soltanto all'aspetto cronologico del fatto. Deve ritenersi che un tale orientamento non rispetti la logica del sovra citato sistema psicopatologico-normativo, il quale presuppone un duplice accertamento che non può esaurirsi solo nell'esistenza di una patologia al momento del fatto.

Può affermarsi che nei primi anni di vigenza del codice Rocco, risultavano essere queste le coordinate interpretative del concetto di infermità, e non sembravano esserci troppe eccezioni. Oggi, lo scenario è mutato. Il concetto di infermità continua ad evolversi, oscillando tra sapere psichiatrico e applicazione giurisprudenziale, oscilla senza un preciso orientamento. Nelle pagine che seguono sarà affrontato il tema della crisi del concetto di infermità, considerato come il centro nevralgico dell'intera categoria dell'imputabilità.

2. La crisi del concetto di infermità.

Appena si rivolge l'attenzione agli art. 85,88,89 e 90 del codice penale, aventi ad oggetto la disciplina del giudizio di imputabilità dell'infermo di mente, si è travolti da una sensazione di 'spaesamento'.

Molteplici sono, infatti, le incertezze che si riscontrano nel suindicato giudizio, che hanno a che fare tanto con il profilo di definizione normativa del concetto di infermità, quanto con il profilo pratico, relativo al momento processuale. Pertanto, una prima difficoltà riguarda il significato ermeneutico che bisogna riconoscere al concetto di infermità, per poter delimitare il più possibile tale concetto, riuscendo in questo modo a garantire maggiore certezza

⁹ F. MANTOVANI, *L'imputabilità sotto il profilo giuridico*, in *Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, a cura di F. FERRACUTI, Milano, 1990, 17.

¹⁰ M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005, 40.

¹¹ A. CRESPI, voce *Imputabilità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 1970, 763.

al diritto penale. In altre parole, preliminare alla valutazione del grado di incidenza della malattia mentale sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente è l'indicazione dei disturbi che sono idonei a provocare tale incidenza.

La crisi che sta colpendo il concetto di infermità riflette le sue conseguenze sull'intera categoria dell'imputabilità, al punto che parte della dottrina giuridica¹² ha parlato di una vera e propria crisi del concetto di imputabilità, grave al punto di far proporre persino l'abrogazione *tout court* di tale categoria giuridica dal sistema penale¹³. È necessario cambiare prospettiva per accorgersi che la fonte del problema non nasce dalla categoria dell'imputabilità: «in (relativa) crisi è semmai il concetto di malattia mentale [...]ma non il concetto di imputabilità come capacità di intendere e di volere che, quale capacità di colpevolezza, rimane del tutto fondamentale e del resto ben saldo nella cultura, nella costruzione e negli sviluppi del diritto penale moderno¹⁴». Per garantire una corretta applicazione della categoria dell'imputabilità, è necessario che siano ben definiti i limiti delle cause che la escludono, solo in questo modo potrà essere salvaguardato il binomio tra imputabilità e colpevolezza, insito in un ordinamento penale garantista.

A causa dello sviluppo tecnologico e scientifico manca un concetto unitario di infermità all'interno del sistema penale, uno «schema di riferimento che tutti i giudici possano aver presente mentre svolgono il delicato compito di stabilire l'esistenza o meno della capacità di intendere e di volere richiesta dall'art. 85 c.p. per l'esistenza dell'imputabilità e quindi per l'applicazione della pena all'autore del reato¹⁵». E di contro la stessa psichiatria si fa trovare impreparata nel compito di dettare precisi parametri psicopatologici di riferimento per guidare dapprima il legislatore e successivamente il giudice.

La psichiatria, denominata sempre più spesso come scienza ibrida¹⁶, è in continua evoluzione, ed avvalendosi degli apporti di differenti branche scientifiche ha completamente perso l'individuazione dell'oggetto stesso del suo studio¹⁷causando una frammentazione della definizione del concetto di malattia

¹² M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, Riv. it. dir. proc. pen., 1981,1.

¹³ Si prendano in considerazione le proposte di legge n. 177 del 1983, n. 151 del 1966 e la n.335 del 2006.

¹⁴ M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, Milano, 1996,1.

¹⁵ G. GULLOTTA, *La questione imputabilità*, in *Trattato di psicologia giudiziaria*, Milano, 1987, 75 ss.

¹⁶ M.T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, 43.

¹⁷ *Ibidem*.

mentale. Questo ha portato alla creazione da parte della psichiatria di diversi concetti di malattia mentale che cambiano al variare del paradigma psicopatologico utilizzato come riferimento.

Tale disorientamento e conflitto tra i vari indirizzi psichiatrici ha prodotto inevitabili riflessi in ambito della giurisprudenza penale. I problemi sono in particolare emersi quando, all'interno della scienza psichiatrica, sono maturati modelli alternativi di spiegazione e conseguentemente di definizione di malattia mentale. Il termine "infermità" che troviamo nel nostro codice penale fu infatti eletto dal legislatore sulla base dell'allora predominante paradigma medico, di stampo organicistico e nosografico¹⁸, secondo cui era ritenuto penalmente rilevante ogni disturbo psichico che fosse clinicamente accertabile e quindi catalogabile nella nosografia psichiatrica tradizionale¹⁹. Questo primo paradigma psichiatrico rappresentò un sicuro ancoraggio per il diritto penale proprio perché riusciva a garantire una definizione certa di cosa fosse da ritenere infermità riuscendo quindi ad inquadrare le patologie rilevanti ai fini dell'esclusione del giudizio di imputabilità dell'infermo di mente. Si giunse in questo modo ad un rapporto di singolare soggezione del diritto penale nei confronti della scienza psichiatrica²⁰.

Questo rapporto fiduciario è entrato in crisi con l'evoluzione della scienza psichiatrica la quale, sotto l'influenza di conoscenze psicoanalitiche, ha abbandonato alcuni principi cardine appartenenti alla psichiatria "cosiddetta classica". Al paradigma medico si affianca, così, un nuovo paradigma denominato "psicologico", il quale forniva un'interpretazione diversa del disturbo psichico.

L'evoluzione non si arresta, e intorno agli anni '70 del secolo scorso si afferma un altro modello, c.d. sociologico, secondo cui la causa della malattia mentale non può essere ridotta ad una causa organica o psicologica, bensì deve riconoscersi anche l'esistenza di una possibile causa di tipo sociale, che origina dal rapporto tra l'individuo e l'ambiente in cui vive²¹.

¹⁸ T. BANDINI, G. ROCCA, *La Psichiatria Forense e il "Vizio di mente": criticità attuali e prospettive metodologiche*, in *Riv. it. med. leg.* (dal 2012 *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*), fasc. 3, 2010, 415.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ M. MARCHETTI, *Breve storia della psichiatria forense*, *Riv. it. med. leg.*, 1986, 342.

²¹ T. BANDINI, G. ROCCA, *op.cit.*, 416.

Nel corso degli anni a questi orientamenti se ne aggiungeranno altri, ancor più radicali, i quali giungeranno anche a rifiutare l'esistenza del concetto di malattia mentale come fenomeno psicopatologico.

Come appare intuibile, l'infermità mentale diviene così un concetto ipertrofico, incapace di guidare il giudice, ampliandone la sfera di discrezionalità, in quanto qualsiasi disturbo può divenire vizio di mente, ed avere rilevanza nel campo del diritto penale. La ragione di tale *impasse* è da ravvisarsi nel complesso rapporto tra il diritto penale e le scienze empirico-sociali. Non potrebbe essere diversamente, se si considera, la diversità delle due scienze, che pur essendo tra di esse complementari, presentano notevoli differenze, sia per quanto riguarda il linguaggio che la metodologia utilizzata.

Il diritto penale ha sentito l'esigenza di creare un canale di comunicazione con le scienze empirico-sociali, nel momento in cui ha posto l'attenzione sulla personalità del soggetto agente, sulle sue capacità e talora anche sulla sua personalità. È chiaro, infatti come il mondo giuridico non disponga delle conoscenze sufficienti per valutare talune situazioni naturalistiche, come appunto quelle qui in esame dell'infermità di mente.

L'utilizzazione dei contributi della ricerca psicopatologica, in sede giuridica non può tuttavia essere meccanica²², in quanto risulta condizionata al complessivo contesto normativo che descrive l'infermo di mente. Sotto tale profilo evidenti sono le diverse finalità a cui tendono il diritto penale, da una parte, e la scienza psichiatrica, dall'altra. Nel diritto penale, infatti, l'importanza di ricostruire determinate situazioni soggettive è in funzione dell'assoggettabilità a pena e del tipo di sanzione che dovrà applicarsi. Mentre la psichiatria ha la funzione di curare.

A causa di queste diverse finalità, e al diverso metodo utilizzato per leggere il comportamento umano, tra le due scienze si è andato alimentando un profondo dissidio: «il dissidio si legava a due diversi orientamenti, quello della giurisprudenza, orientata a circoscrivere i casi di non imputabilità in una prospettiva di certezza giuridica oltre che di difesa sociale, e quello opposto della psichiatria moderna, tesa a dilatare le ipotesi di irresponsabilità sotto il segno di una visione vieppiù allargata dei fattori che possono causare comportamenti antisociali²³». La giurisprudenza, quindi, cercava una maggiore certezza che la

²² L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Torino, 1988, 10.

²³ *Ibidem*.

scienza psichiatrica non riusciva più a garantire, e tale reciproca incomprensione ha portato ad un atteggiamento di diffidenza della prassi giudiziaria verso le varie interpretazioni che la psichiatria andava perfezionando²⁴. In tal senso appaiono emblematiche le seguenti parole: «quello del giurista che si isola nella torre d'avorio delle forme pure è un atto di superbia e di ignoranza che non può far progredire la scienza giuridica, ma è pure atto di superbia e ignoranza quello dello scienziato che pretende di costruire le sue classificazioni, trascurando la realtà delle norme giuridiche e troppo indulgendo a generalizzazioni che non tengono conto del coefficiente di variabilità [...]»²⁵.

Attualmente la situazione può dirsi cambiata. La giurisprudenza penale ha infatti abbandonato le vesti della diffidenza, mostrando nuovamente fiducia nei confronti della scienza psichiatrica, facendo proprie le diverse interpretazioni di malattia mentale fornitele da quest'ultima. Ed è proprio in tale prospettiva di accoglimento, che si può parlare di crisi del concetto di infermità, un concetto che risulta oggi snaturato, svuotato di qualunque certezza: il giudice si trova disorientato dinanzi ai molteplici paradigmi che ha a sua disposizione per valutare i disturbi mentali rilevanti ai fini dell'imputabilità.

Nelle pagine che seguono saranno illustrate le diverse interpretazioni del concetto di infermità da parte della giurisprudenza.

3. L'evoluzione della prassi giurisprudenziale in tema di infermità. Premessa.

I molteplici ed ambigui cambiamenti avutosi in ambito di conoscenze psichiatriche hanno dato luce, all'interno della giurisprudenza penale, a diversi paradigmi, attraverso cui si è cercato di dare una risposta al difficile quesito relativo alla natura della malattia mentale. Sulla scia dei tumultuosi cambiamenti psichiatrici il diritto penale ha necessariamente dovuto trovare la propria direzione.

Dall'entrata in vigore del codice penale del 1930, si sono succedute numerose pronunce in tema di infermità, le quali hanno permesso l'individuazione di diversi orientamenti. L'evoluzione della prassi giurisprudenziale è comunque sempre «proceduta senza cesure radicali, ma

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ G. FIANDACA, *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienze sociali*, in *La giustizia penale e la fluidità del sapere: ragionamento sul metodo*, a cura di DE CATALDO, NEUBURGER, Padova, 1981, 30.

piuttosto in una logica di continuità²⁶», causando una sempre maggiore estensione del termine “infermità”. Saranno qui di seguito esposti i due principali indirizzi giurisprudenziali in tema di infermità mentale: il primo definibile come «medico», è formato da quelle pronunce che non si discostano dalla concezione medico-scientifica di malattia mentale.

Il secondo indirizzo analizzato sarà invece quello così detto «giuridico», nascente da quella parte della giurisprudenza che ha sempre auspicato un'indipendenza dal mondo scientifico nel dare una definizione alla infermità mentale. Saranno proprio le pronunce facenti parte dell'orientamento giuridico a costruire le premesse di una sempre maggiore evoluzione della categoria giuridica dell'infermità: evoluzione che porterà al centro del giudizio di imputabilità lo studio delle reali condizioni del soggetto agente al momento del fatto, prescindendo da qualsivoglia classificazione aprioristica dei disturbi psichici rilevanti. Sul solco di tali pronunce evolutive della giurisprudenza penale, s'inserirà la sentenza della Corte di Cassazione, pronunciata a sezioni unite nel 2005, dove avranno rilevanza per la prima volta, all'interno del giudizio di imputabilità, i disturbi della personalità.

3.1. L'indirizzo medico.

Il primo indirizzo venutosi a formare all'interno della prassi giurisprudenziale è quello «medico», il quale ancora saldamente il significato di infermità alla nozione di «malattia mentale» fornita dalla psichiatria. Vanno ricondotte in tale orientamento quelle pronunce che riconoscono rilevanza in ambito di imputabilità penale ai soli disturbi psichici inquadrabili in un preciso schema classificatorio della nosografia psichiatrica. Si pongono così le basi di un rapporto idilliaco tra diritto e scienza dove la nozione giuridica di infermità coincide con quella di malattia mentale.

L'indirizzo medico si è affermato nella giurisprudenza penale a partire dagli albori degli anni Trenta ed ha rappresentato un sicuro punto di riferimento per il giudice penale per moltissimi anni. La ragione per cui tale indirizzo si è da subito affermato è da ricercarsi negli obiettivi che si poneva l'ordinamento dell'epoca, condizionato dall'ideologia fascista, dal sistema del doppio binario e finalizzato da un intento general-preventivo. Identificare il concetto giuridico di infermità con quello psichiatrico di malattia significava dare certezza e rigosità

²⁶ L. FIORAVANTI, *op. cit.*, 19 ss.

al giudizio dell'imputabilità pena-le, e limitare quanto più possibile le assoluzioni agli autori dei reati. Inquadrare la finalità della pena in un'ottica general-preventiva, infatti, poneva al centro d'interesse non tanto il reo, le sue necessità e caratteristiche, quanto più la necessità di sicurezza e prevenzione a cui tendeva lo Stato. Era esente da pena a causa di riscontrato vizio di mente soltanto il soggetto che presentava una diagnosi che attestasse una malattia mentale originata da una causa organica.

Tale approccio all'infermità è poi confermato dalle pronunce degli anni Trenta, secondo le quali la presunzione «relativa di normalità e di sanità nel soggetto attivo del reato può essere vinta soltanto da una prova contraria sicuramente accertata»: ne discende che l'infermità mentale doveva essere accuratamente provata, in quanto in mancanza di prova certa il giudice deteneva il potere di dichiarare la piena imputabilità del reo basandosi su una presunzione di normalità. In tale ottica il giudizio di imputabilità finisce con il negare rilevanza a tutta una serie di disturbi psichici che non rientrano in alcuna classificazione nosografica, in quanto si tratta di un giudizio che muove da concetti definiti aprioristicamente. Altra conseguenza, ancor più rilevante, risiede nel fatto che in tale orientamento si riscontrano delle pronunce in cui il criterio utilizzato per escludere la presenza di un vizio di mente poggia su un giudizio morale.

Ciò significa che i comportamenti che risultavano essere «anormali», fuori dalla media comune, ma che allo stesso tempo non risultavano in alcuna classificazione scientifica, erano liquidati da meri giudizi morali, che lasciavano supporre nell'imputato una mancanza di sentimento morale, o comunque la presenza di un deficit del carattere.

L'orientamento giurisprudenziale medico non è stato molto influenzato dai continui cambiamenti della definizione di malattia mentale realizzatosi in ambito psichiatrico: al contrario, la sua evoluzione ha mantenuto sempre una certa stabilità. Perseguendo il solo obiettivo di certezza giuridica tale orientamento si è evoluto solo nel senso di una maggiore chiarezza e specificazione dei criteri utilizzati per limitare maggiormente l'estensione del concetto di infermità. Ed infatti, nelle pronunce anteriori agli anni Sessanta non venivano espressi esplicitamente gli schemi patologici che il giudice utilizzava nelle sue decisioni: al contrario si rinviava solamente al concetto di malattia generalmente intesa. Emblematiche in tal senso risultano essere quelle pronunce che escludono la natura di infermità mentale alle malattie «del sistema nervoso

che non hanno basi anatomiche e si manifestano con disturbi puramente funzionali, vale a dire privi di substrato organico e senza lesione di organi ».

Allo stesso indirizzo medico appartengono, poi, quelle pronunce ascrivibili all'orientamento nosografico le quali, seppur rimanendo fedeli al dato scientifico, ac-colgono un concetto più ampio di infermità, come è stato già analizzato nelle pagine precedenti. È chiaro come tale concezione non vada a scontrarsi con quella organicista, ma ne rappresenti al contrario un'evoluzione in quanto nell'orientamento nosografico è data per scontata l'assunzione secondo cui il disturbo psichico deve discendere da una causa organica.

L'idillio raggiunto tra scienza e diritto attraverso l'affermazione dell'indirizzo giurisprudenziale medico, venne messo in crisi dalla nascita all'interno della prassi giurisprudenziale di un altro indirizzo definito «giuridico».

Ad oggi nella prassi giurisprudenziale non si riscontra più alcuna traccia dell'orientamento medico, troppo stringente e serrato alle nuove acquisizioni scientifiche, ma soprattutto inidoneo alla realizzazione degli attuali obiettivi del diritto penale.

3.2. L'indirizzo giuridico.

L'idillio tra scienza psichiatrica e diritto penale creatosi all'interno dell'indirizzo medico entrò ben presto in crisi a causa del fiorire, all'interno della giurisprudenza di un altro filone di decisioni, che, pur non prescindendo totalmente dal dato scientifico, rivendicavano un concetto indipendente di infermità mentale. Venne in tal modo a coesistere, accanto all'indirizzo medico, l'indirizzo così detto «giuridico», il quale auspicando all'indipendenza del giudice nell'affermazione circa la sussistenza o meno dell'imputabilità, iniziò un'opera di allontanamento dalla concezione psichiatrica. Il nucleo centrale di tale indirizzo, quindi, è da ricercarsi nella volontà di rendere le decisioni del giudice autonome, rifiutando qualsiasi aiuto da discipline esterne.

Alla base della contrapposizione tra questi due indirizzi giurisprudenziali vi è un diverso ordine di priorità delle esigenze prese in considerazione dall'uno e dall'altro: il primo orientamento presentato tendeva alla certezza e al rigore del giudizio di imputabilità, mentre l'opposto indirizzo giuridico mirava ad un concetto più flessibile di infermità in quanto si riteneva che soltanto un giudizio aderente alle circostanze concrete del caso potesse conformarsi agli ideali di giustizia. Ed infatti la ratio sottesa alle decisioni formanti l'indirizzo giuridico è

quella secondo cui il concetto di malattia mentale fornito dalla scienza non può essere applicato nel campo del diritto in quanto, ai fini del giudizio di imputabilità, ad avere rilevanza non è solamente la presenza nel soggetto agente di una malattia mentale definita, bensì l'incidenza che tale malattia ha sulle capacità di intendere e di volere, potendosi quindi accogliere una vasta qualità di disturbi diversi da quelli nosograficamente individuati. Dunque, il concetto di infermità giuridica, è qualcosa di diverso rispetto alla malattia mentale: hanno rilevanza ai fini giuridici anche quei disturbi mentali considerati atipici, ma che in concreto abbiano alterato la capacità di intendere e di volere.

Per il diritto penale apparirebbe sufficiente ai fini dell'esclusione dell'imputabilità, l'impossibilità di autodeterminarsi per motivi coscienti. In tale ottica è totalmente svalutato l'inquadramento nosografico della malattia mentale: ad avere maggiore rilevanza sarebbe il momento dell'accertamento clinico, il quale permetterebbe un esame personalizzato del soggetto agente; elemento questo che conferma l'ideale di giustizia in un ordinamento garantista. Come spesso accade, la teoria rimane distinta dalla pratica. Infatti, l'intento della prassi giurisprudenziale a voler gestire autonomamente una situazione naturalistica ha portato a diverse conseguenze. Una prima conseguenza attiene alla mancanza, all'interno dell'orientamento giuridico, di indicazioni univoche sui requisiti «intrinseci» della nozione giuridica di infermità. In tale ottica la definizione di infermità permane ancora oscura e rimessa alla decisione del giudice, il quale detiene un ampio potere discrezionale. La seconda conseguenza attiene proprio al momento processuale: l'accertamento circa la sussistenza dell'infermità nel soggetto agente prescinde in un primo momento dall'accertamento peritale, ma al contrario si poggia sull'esame della personalità, sul comportamento dell'imputato, prima durante e dopo il reato. Una tale impostazione registra un eccessivo rilievo alla moralità dell'agente. La giurisprudenza qui non mira ad un concetto unico di infermità ma preferisce desumerlo volta per volta dall'esame congiunto della personalità e dal comportamento tenuto dal soggetto agente al momento del fatto.

Come prevedibile tale tentativo di semplificazione della categoria della non imputabilità ha causato un esorbitante aumento delle situazioni in cui veniva riconosciuto il vizio di mente.

Bisogna però riconoscere che tale indirizzo, seppur basando il giudizio di imputabilità su parametri meramente morali, in modo del tutto innovativo per quel tempo donava rilevanza alle semplici anomalie psichiche. Ed infatti se parte

delle decisioni facenti capo a tale orientamento continuavano a valutare le anomalie psichiche come deviazioni della personalità morale non aventi un carattere patologico rilevante, altra parte della giurisprudenza iniziava a dare rilevanza alle modalità del delitto: « di regola le modalità del giudizio non possono assurgere ad indizi di infermità mentale del soggetto, ma sono il più delle volte, indice della brutalità dello stesso, della completa assenza in lui del sentimento di pietà ».

Pur muovendo da premesse moralistiche, nell'indirizzo giuridico inizia a farsi strada l'idea secondo cui meritano di avere rilevanza ai fini del riscontro della malattia mentale, anche le modalità della condotta, le quali apparendo sproporzionate rispetto al movente, fanno presumere un meccanismo motivazionale frantumato ed incomprensibile. Si inizia a porre l'attenzione, quindi, al concetto di comprensibilità dell'azione, dubitando della presenza della capacità di intendere e di volere tutte quelle volte in cui l'azione appare incomprensibile, sia rispetto alla personalità del soggetto agente, sia in riferimento all'azione posta in essere. In questa prospettiva possono spiegarsi tutte quelle sentenze secondo le quali quando «sia accertato che l'agente fu determinato a commettere l'azione delittuosa da una alterazione mentale [...] senza la quale non si sappia come spiegare l'azione stessa, si impone l'assoluzione per totale infermità di mente ». La portata innovativa di un simile criterio valutativo non è comunque apparsa sufficiente ad evitare lacune di tipo concettualistico: l'accertamento che ne deriva risultava infatti viziato da elementi moralistici che prescindevano da qualsiasi dato di certezza.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte sembra che il tentativo dell'indirizzo giuridico di dare una nozione autonoma di infermità mentale, ha portato il più delle volte ad accertamenti basati su criteri fattuali e morali non sempre verificabili.

È nella sua evoluzione che l'indirizzo giuridico acquista maggiore credibilità ed efficienza. Con il progredire della scienza psichiatrica verso un'impostazione soggettiva dell'accertamento della malattia mentale, nell'ambito dell'indirizzo giuridico le decisioni iniziano a dare sempre maggiore rilevanza alle tesi psichiatriche. La validità ritenuta inizialmente assoluta degli schemi di classificazione della malattia mentale è messa in dubbio dalle nuove teorie psichiatriche, e si afferma anche in tale ambito la necessità di approfondire lo studio dei disturbi psichici. In tale ottica appare essere condivisa, sia dal diritto che dalla scienza psichiatrica, l'idea secondo cui la definizione di malattia

mentale sia un qualcosa di più ampio rispetto alle prime definizioni organicisteno-sografiche. Si abbandona l'idea che sia necessario trovare una definizione di infermità giuridica autonoma rispetto alle definizioni scientifiche, ed il diritto riacquista fiducia nei confronti della scienza psichiatrica. L'ausilio da parte della psichiatria alla chiarificazione di concetti di tipo naturalistico è la scelta che appare essere più razionale e sensata, in quanto essendo una scienza tecnica dona luce a concetti che il diritto risolverebbe con mere considerazioni fattuali e aprioristiche.

Dunque, all'interno dell'indirizzo giuridico, la dimensione clinica venne ad assumere con il tempo una progressiva rilevanza, attenuando quell'esigenza proveniente dal mondo giurisprudenziale di gestire l'accertamento dell'imputabilità autonomamente.

3.3. Il modello bio-psico sociale.

Sicuramente le problematiche in tema di infermità non possono ritenersi risolte attraverso la sola riacquisizione di fiducia da parte della giurisprudenza penale nei confronti delle scienze psichiatriche. Il giudice penale, infatti, nel giudizio di imputabilità si trova sommerso da una moltitudine di modelli e paradigmi diversi di malattia mentale forniti dalla psichiatria. Permane una forte incertezza di definizione, e nessuno dei paradigmi forniti dalla psichiatria riesce a prevalere sugli altri²⁷.

A questo proposito è necessario rilevare come negli ultimi anni si sia venuto a definire in ambito psichiatrico un nuovo paradigma definito «misto», il quale presenta un'impostazione multifattoriale in grado di mostrare le diverse cause da cui può originare la malattia mentale. Si è consolidata l'idea secondo cui vi fosse l'esigenza di un metodo integrato, che andasse a raggruppare gli aspetti più convincenti di tutti i criteri esaminati inserendoli in un unico modello.

Da tali premesse prende vita il modello bio-psico-sociale: «modello che comporta una visione complessa ed articolata della realtà psichica senza trascurare però gli aspetti psico-biologici della malattia e valorizzando lo spessore sociale di ciascun individuo²⁸». Cambia la concezione della malattia mentale, la quale può essere causata tanto da fattori biologici quanto da fattori extra-biologici, che spaziano da fattori intrinseci all'uomo a fattori estrinseci,

²⁷ M.T. COLLICA, *op. cit.*, 66.

²⁸ O. GRECO, R. CATENESI, *Malattia mentale e giustizia penale: la percezione sociale della malattia mentale e della pericolosità del malato di mente*, cit., 8.

appartenenti alla società o alle diverse istituzioni che si trovano a regolare la vita degli uomini. Questa impostazione, così detta multi-fattoriale della malattia mentale, ha provocato effetti contrastanti nella prassi giurisprudenziale che il più delle volte si è trascinata in direzioni diametralmente opposte tra di loro. Nella prassi penale, infatti, si trovano tracce dei diversi paradigmi psichiatrici, ad esclusione di quello sociale, il quale non è stato mai utilizzato dal giudice come parametro per individuare l'infermità mentale²⁹.

Il forte disorientamento del giudice riguarda soprattutto le decisioni che hanno ad oggetto i disturbi atipici: è in tale ambito che si registrano la maggioranza di pronunce contrastanti. I disturbi atipici sono quei disturbi che pur non rientrando in alcuna classificazione nosografica, oggi alla luce dell'evoluzione tanto giuridica quanto scientifica appaiono rilevanti ai fini del giudizio riguardante l'esclusione di imputabilità per vizio di mente.

Emblematico delle diverse interpretazioni della giurisprudenza sul vizio di mente appare il caso Chiatti. Luigi Chiatti venne condannato in via definitiva per l'uccisione nei pressi di Foligno, di due bambini: il piccolo Simone Allegretti assassinato nel 1992 e il tredicenne Lorenzo Paolucci ucciso nel 1993. In tale terribile caso, furono diversi i tentativi di giungere ad un univoco giudizio, che accordasse quanti ritenevano rilevanti i gravi disturbi di personalità del Chiatti e quanti invece consideravano detti disturbi irrilevanti, ai fini del giudizio di imputabilità.

Nella sentenza di primo grado fu esclusa la non imputabilità dell'imputato, «poiché pur riconoscendo il Chiatti affetto da numerosi disturbi di personalità, la Corte non li ha ritenuti tali da raggiungere il rango di vere e proprie psicosi, con una chiara adesione al paradigma medico³⁰».

In particolare, il Chiatti, dai primi esami psichiatrici risultava essere affetto da un grave «disturbo narcisistico» di personalità, a cui si erano affiancati altri disturbi di diversa natura, e sul piano affettivo sessuale le fu riscontrata una pedofilia con sadismo sessuale³¹. Quanto, però, al piano della valutazione della capacità di controllo il Chiatti fu riconosciuto come perfettamente consapevole

²⁹ È chiaro come l'utilizzo da parte della prassi del paradigma sociale finirebbe per allargare smisuratamente l'ambito di applicazione della categoria dell'imputabilità. Ad ogni modo i fattori sociali sono utilizzati dalla giurisprudenza in sede di commisurazione della pena (cfr. M.T. COLLICA, *op.cit.*, 67).

³⁰ M.T. COLLICA, *op.cit.*, 67.

³¹ *Ibidem*.

delle sue azioni e della gravità della sua posizione carceraria. Sulla base di tali considerazioni, la Corte di Assise di Perugia ritenne che i disturbi di personalità riconosciuti al Chiatti non avessero interferito con la capacità di intendere e di volere, in quanto ritenuti come «anomalie psichiche» non rientranti in alcuna classificazione medico legale.

La valutazione legale dello stato psichico del Chiatti, cambiò radicalmente nella pronuncia di secondo grado, in quanto la Corte di Assise di Appello di Perugia aderendo all'indirizzo psicologico riconobbe rilevanti ai fini del giudizio di imputabilità i gravi disturbi psichici riconosciuti all'imputato. La suddetta Corte, discostandosi dalla pronuncia precedente, riconobbe al Chiatti la seminfermità mentale sancendo quanto di seguito riportato: «[...]il Luigi Chiatti, cioè, nel momento in cui commetteva i due orrendi omicidi per cui è processo, contrariamente a quanto dalla prima corte si è, in sostanziale sintonia con il primo collegio peritale, ritenuto, non era nella pienezza delle sue facoltà mentali.

Di ciò ci si persuade, ove si tenga presente da un lato che il suddetto era ed è affetto da una complessa sindrome psicopatologica, caratterizzata da un conclamato disturbo narcisistico di personalità [...]; dall'altro che tale imponente insieme di disturbi va ad innestarsi su una condizione di profonda e pervasiva immaturità affettiva ed etica, strettamente connessa con una tendenza sessuale omopedofila.

Questo complesso quadro patologico, invero, configura e non può non configurare ad avviso di questa corte, una vera e propria infermità psichica, idonea a pregiudicare in maniera rilevante, anche se non del tutto, il comportamento dell'imputato non solo sul piano cognitivo ed affettivo, ma anche e soprattutto sul piano del funzionamento interpersonale e del controllo degli impulsi. Esso, d'altra parte, risulta in indissolubile quanto stretto rapporto causale con i due omicidi [...]»³².

I periti confermarono la complessità del quadro psicopatologico, rilevando gravi disfunzionalità a livello cognitivo e nel controllo impulsivo del Chiatti³³. La suddetta Corte riconobbe, di conseguenza, il vizio parziale di mente e della pericolosità sociale del Chiatti, sul rilievo che «qualunque condizione

³² Ass. App. Perugia, 11 aprile 1996.

³³ Lo stesso imputato Luigi Chiatti, durante il primo processo ammise nella descrizione del primo omicidio, nei confronti del piccolo Simone Allegretti, che fu travolto da una voglia irrefrenabile di uccidere il piccolo il quale «non smetteva di piangere», così senza controllo pose le sue mani sul collo del piccolo Simone, e lo uccise.

morbosa, anche se difficilmente caratterizzabile sul piano clinico, può integrare il vizio di mente, sempre che presenti connotazioni tali da escludere o diminuire le normali capacità intellettive e volitive, di talché è possibile attribuire significato patologico alle alterazioni mentali atipiche e alle psicopatie³⁴».

A tale conclusione è pervenuta successivamente anche la Suprema Corte di Cassazione, la quale ha sancito che «nella categoria di malati di mente potrebbero rientrare anche dei soggetti affetti da nevrosi e psicopatie, nel caso in cui queste si manifestino con elevato grado di intensità con forme più complesse tanto da integrare gli estremi di una vera e propria psicosi³⁵» anticipando quanto sarà poi sancito nella sentenza Raso nel 2005. Dal percorso giudiziario qui sommariamente riportato, si evince la difficoltà e la confusione che caratterizza le decisioni in tema di non imputabilità per vizio di mente. Il giudice oscilla in direzioni diametralmente opposte, basando le proprie decisioni prima su un paradigma e poi su un altro. Tale incoerenza decisionale si registra in particolar modo nelle pronunce che hanno ad oggetto la decisione della non imputabilità nei casi di soggetti affetti da disturbi psichici, che non sono da ritenersi vere e proprie malattie mentali.

Del resto, l'insicurezza dell'organo giudicante appare spiegata nel momento in cui ci si trova dinanzi alle dichiarazioni agghiaccianti provenienti da imputati affetti dai più disparati disturbi psichici. L'efferatezza di alcuni crimini intacca fortemente l'etica, il senso morale, appartenente ad ogni uomo, con o senza toga, al punto di arrivare a giustificare certe resistenze delle corti a riconoscere la non imputabilità. Tali soggetti appaiono come mostri, scevri da ogni senso di moralità, in grado di attaccare senza alcun movente, in modo sconnesso e sproporzionato.

La difficoltà maggiore sembra essere quella di abbandonare l'idea secondo cui il malato di mente sia soltanto il soggetto totalmente incapace, debole, alienato, le cui difficoltà sono visibili attraverso un esame *prima facie*. Dall'altro lato, non si può più continuare ad ignorare il moderno sapere psichiatrico, il quale ci informa che la malattia mentale può risiedere anche nelle più nascoste sezioni della psiche, risiede nei comportamenti apparentemente normali di soggetti che sono considerati come mine vaganti. Bisogna allora chiedersi, oltre

³⁴ Ass. App., Perugia, 11 aprile 1996.

³⁵ Cass., pen., 4 marzo 1997, n. 3536.

alla voglia di vendetta, con cui il diritto penale si trova a lottare fin dalla sua nascita, cosa giustifica la pena nei confronti di tali soggetti «disturbati»?

4. Crimine senza ragione: i disturbi della personalità.

Verso le ore 4 del 27 dicembre 2001, Giuseppe Raso, infastidito dalla rumorosa autoclave nell'appartamento del vicino, scese per l'ennesima volta in cantina e disattivò l'impianto di energia elettrica della casa appartenente a Vittorio Alemanno.

Una volta risalito sul pianerottolo condominiale, incontrò sulla scala l'Alemanno: i due iniziarono a discutere e si generò l'ennesima lite sull'autoclave. Fu in quel momento che Raso decise di estrarre una pistola, per poi colpire Alemanno due volte, all'altezza del collo e della testa, provocandone la morte. All'arrivo degli agenti di polizia sul posto, Raso ancora con la pistola in pugno, continuava ad esclamare: «sono stato io, così ha finito di rompere»³⁶.

Accadono spesso vicende come quella appena descritta, in cui il male sembra impadronirsi di taluni soggetti «senza una ragione apparente o quantomeno immediatamente intellegibile», senza alcun movente di natura razionale, un male senza argine, impossibile da prevedere. In tal senso echeggiano le parole dello scrittore britannico Ian McEwan: «il male è un qualcosa che ciascuno di noi si porta dentro. Si impadronisce del singolo individuo, nel privato, nella famiglia stessa [...] e poi quando vengono a crearsi le condizioni adatte, anche in tempi diversi, si scatena una crudeltà irrefrenabile che va contro la vita, e l'uomo si sorprende della propria immensa capacità di odiare. È qualcosa che torna a nascondersi e aspetta. Ma ce l'abbiamo nel cuore»³⁷.

Di fronte ad un crimine senza ragione, il diritto penale si trova in un'estrema difficoltà: senza l'individuazione della ragione che ha portato al compimento del fatto, non può essere esercitato il potere di punire³⁸.

Ad intervenire per dirimere al caos che detti delitti provocano, è la scienza psichiatrica: gli esperti dichiarano che in questi casi gli imputati sono affetti da

³⁶ Cass. Pen., Sez. I, 8 marzo 2005, n. 9163.

³⁷ I. MCEWAN, *Cani neri*, Torino, 1993, 164.

³⁸ F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv.it. dir. e proc. pen.*, 2005, fasc.1, 248.

disturbi di personalità³⁹. Il disturbo della personalità, a differenza della psicosi o di altri disturbi psicopatologici clinicamente riconosciuti, coglie e deforma le modalità caratteristiche di risposta e di comportamento di fronte alle situazioni ambientali ed ai bisogni interni, andando a determinare nelle persone colpite dal disturbo un modo di sentire, percepire e agire peculiare e abnorme⁴⁰. Comportamenti tipici di tali soggetti disturbati appaiono essere; l'impulsiva aggressività, la natura sospettosa, la rabbia, il risentimento, la litigiosità e talvolta un estremo distacco dai comuni sentimenti. Insomma, comportamenti che, agli inizi degli anni Trenta, erano valutati semplicemente come mancanza di moralità, di sentimento, meri tratti caratteriali che non meritavano alcuna rilevanza al momento del giudizio di imputabilità⁴¹.

Ad oggi alla luce dell'evoluzione avutasi in ambito giurisprudenziale, tali aspetti non sono più considerati come meri caratteri di una personalità abnorme. Riportando quanto affermato dalle Sezioni Unite⁴², i disturbi della personalità possono rientrare nel concetto di "infermità" purché «siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che esista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale».

La sentenza delle Sezioni Unite del 2005 sembra finalmente fare luce su una delle questioni più controverse del diritto penale sostanziale, ossia sul corretto significato da attribuire al concetto di infermità, ma soprattutto se siano da ricomprendervi i gravi disturbi della personalità. Nelle pagine che seguono

³⁹ Secondo quanto riportato nel *Manuale diagnostico e Statistico dei disturbi mentali* (DSM-IV-TR) il disturbo della personalità è «è un modello costante di esperienza interiore e di comportamento che devia marcatamente rispetto alle aspettative della cultura dell'individuo e si manifesta in almeno due delle seguenti aree: cognitività, affettività, funzionamento interpersonale o controllo degli impulsi. Questo modello costante risulta inflessibile e pervasivo in un ampio spettro di contesti personali e sociali, e determina disagio clinicamente significativo o compromissione del funzionamento sociale, lavorativo e di altre aree importanti. Il quadro è stabile e di lunga durata, e l'esordio si può far risalire almeno all'adolescenza o alla prima età adulta». (DSM-IV-TR), 730.

⁴⁰ F. GIBERTI, F. MOSCATO, E. RASORE, *Le sindromi nevrotiche e caratteriali*, in *Manuale di psichiatria*, Padova, 1996, 305.

⁴¹ Ass. Pen., Trento, 18 dicembre 1948: «l'efferatezza del delitto commesso e la sproporzione con il movente non devono costituire punto di partenza nell'indagine sull'imputabilità dell'autore, ma possono servire soltanto quale elemento di riprova di altrimenti accertate anomalie psichiche; giacché la mancanza di senso morale può riscontrarsi fuori del terreno psicopatologico».

⁴² Cass. Pen., Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163.

sarà ricostruita la vicenda giurisprudenziale⁴³ del caso di Giuseppe Raso – il cui fatto storico è stato illustrato ad inizio paragrafo – con il fine di approfondire la pronuncia delle Sezioni Unite.

4.1. Le infermità mentali al vaglio delle Sezioni Unite: la sentenza Raso.

Già dai primi atti di indagine, e dalla stessa confessione di Giuseppe Raso, si stabilì che l'omicidio era maturato in un clima di ripetuti diverbi condominiali, originati da presunti rumori dell'autoclave proveniente dall'appartamento della vittima, i quali avevano spinto il Raso a recarsi più volte in cantina per disattivare l'impianto di energia elettrica. Anche il giorno dell'omicidio Giuseppe Raso si recò in cantina, ma risalendo nella sua abitazione incontrò l'odiato vicino Alemanno, e dall'ennesima lite ne scaturì la tragica uccisione di quest'ultimo.

Procedutosi con rito abbreviato, condizionato da un preliminare accertamento peritale sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato e della sua pericolosità, il giudice del tribunale di Roma ritenne l'imputato colpevole dei reati ascrittogli, riconoscendogli la diminuzione del vizio parziale di mente. Ed infatti dai risultati di una prima consulenza psichiatrica disposta dal p.m. si riconobbe all'imputato «un disturbo della personalità di tipo paranoideo in un soggetto portatore di una patologia di tipo organico, consistente in una malformazione artero-venosa cerebrale», affermando «nel soggetto la piena capacità di intendere ed escludendo invece nel medesimo la capacità di volere ritenuta grandemente scemata»⁴⁴.

Ad un risultato parzialmente diverso, giunse una seconda consulenza, sempre disposta dal p.m., la quale rilevò nei confronti dell'imputato una totale incapacità sia di intendere che di volere al momento del fatto, causata da una «crisi psicotica paranoidea». Lo stesso consulente poi, in una seconda stesura del medesimo elaborato tecnico, rivalutò le sue precedenti dichiarazioni e arrivò anche lui alla conclusione che l'imputato al momento del fatto doveva ritenersi pienamente capace di intendere ma incapace di volere⁴⁵.

La terza consulenza fu eseguita dal perito nominato dal giudice, il quale «concludeva nel senso di una parziale capacità di intendere e di volere nel

⁴³ La ricostruzione del caso giurisprudenziale è direttamente tratta da M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Riv. it., dir. e proc. pen.*, 2005, 837 ss.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Nella seconda stesura del medesimo elaborato tecnico fu diagnosticata a Giuseppe Raso una personalità di tipo *borderline* di tipo paranoideo.

detenuto e di una sua attuale pericolosità sociale [...]»; egli inoltre escludeva un disturbo *borderline*, ritenendo esistente nell'imputato un «disturbo paranoideo frammisto ad elementi appartenenti al disturbo narcisistico di personalità». Il perito, attraverso un'analisi concernente il vissuto dell'imputato ricostruì il percorso psicopatologico della personalità del soggetto sviluppatosi intorno ad «un nucleo depressivo profondo, legato ad avvenimenti personali ed in grado di determinare radicati sentimenti di inabilità, insufficienza e inadeguatezza» i quali avrebbero portato Giuseppe Raso ad alimentare per anni, «vissuti fortemente e tematiche di natura aggressiva, come risposta all'incapacità di assumersi la responsabilità dei propri fallimenti». L'imputato, sempre in riferimento a quanto dichiarato dal perito, ha costruito la sua vita intorno a contenuti non realmente esistenti, che seppur non deliranti, possono essere ricompresi nella definizione psichiatrica di «idee dominanti».

Da tale ricostruzione si evince quindi che, nell'ambito della capacità di autodeterminazione di volere, il Raso «abbia sperimentato, mediante, la totale invasività del pensiero persecutorio con le caratteristiche delle idee dominanti, uno scardinamento delle proprie labili capacità di controllo delle scariche impulsive e della propria aggressività [...]». Si tratta di un passaggio in cui il libero dispiegarsi della volontà viene bloccato ed impedito dal massiccio vissuto persecutorio. Per quanto attiene invece al momento immediatamente prima del delitto, deve rilevarsi «una compromissione della capacità di intendere [...] che si caratterizza per una profonda anomalia del pensiero». Alla luce di tali chiarimenti il perito ha escluso un disturbo psicotico-delirante, ritenendo che «il periziato soffre di un disturbo paranoideo per effetto del quale la capacità di intendere e di volere è compromessa, ma non del tutto esclusa». Il giudice, prendendo in considerazione l'univocità dei risultati degli esami peritali svolti, ritenne l'imputato seminfermo di mente.

Lo scenario cambia radicalmente nella pronuncia emessa dalla Corte di Appello di Roma, in data 3 febbraio 2004. In tali circostanze, infatti, si riconobbe in capo all'imputato una piena capacità sia di intendere che di volere, e fu esclusa la diminuzione di cui all'art. 89 c.p. La decisione dei giudici del gravame poggiava sulle considerazioni secondo cui, dagli esami psichiatrici svolti in primo grado, furono riscontrati nella persona dell'imputato solamente disturbi di personalità, giungendo alla comune conclusione che «le anomalie comportamentali dell'imputato non hanno causa in una alterazione patologica clinicamente accertabile, corrispondente al quadro clinico di una determinata malattia [...] né

in una infermità o malattia mentale o alterazione anatomico funzionale della sfera psichica [...] bensì in anomalie del carattere, in una personalità psicopatica o psicotica, in disturbi della personalità che non integrano quella infermità di mente presa in considerazione dall'art. 89 del c.p.».

A fronte di tale ricostruzione, riguardante i primi due gradi di giudizio del processo svoltosi nei riguardi dell'imputato Giuseppe Raso, appare manifesta la perdurante crisi del concetto di infermità all'interno della prassi giurisprudenziale. Crisi che si evince dall'emissione, in un anno o poco più di distanza, di due pronunce in cui l'infermità è concepita in due sensi diametralmente opposti. È, dunque, questo lo scenario in cui si inserisce la storica sentenza delle Sezioni Unite, pronunciata nel 2005.

Nessuna perplessità vi è circa la doverosità della Sezioni Unite di fornire una corretta interpretazione degli articoli 88 e 89 del codice penale ai fini di una maggiore certezza del diritto e di garanzia del principio di uguaglianza, secondo cui situazioni uguali vanno trattate in modo uguale. Detta doverosità discende dall'art. 618 c.p.p., il quale al primo comma stabilisce che sono da sottoporre alle Sezioni Unite tutte quelle questioni di diritto che possono dar luogo ad un contrasto giurisprudenziale. Dunque, ciò che si richiede alla Corte è un compito arduo, in quanto si tratta della risoluzione di questioni attinenti ad una materia nella quale «l'affermazione del principio di diritto affonda le sue radici nel mondo empirico-fattuale della scienza medico-legale e psichiatrico-forense⁴⁶».

Entrando nel merito della pronuncia delle Sezioni Unite, va preliminarmente evidenziato come la Corte si sia preoccupata di chiarire l'importanza della categoria dell'imputabilità all'interno del sistema penale. L'imputabilità – ha premesso la Corte – nonostante la sua collocazione sistematica nel codice non si limita ad essere una «mera capacità di pena» o un «semplice presupposto o aspetto della capacità giuridica penale»; al contrario, il suo ruolo autentico è quello di presupposto di colpevolezza. Senza imputabilità non può infatti parlarsi di concetti, quali responsabilità, rimproverabilità e riprovevolezza⁴⁷.

⁴⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 853, con nota di M. BERTOLINO.

⁴⁷ La Corte invero spiega il ruolo dell'imputabilità all'interno del sistema penale partendo dalla teoria generale del reato: «il suo ruolo autentico deve cogliersi partendo, appunto, dalla teoria generale del reato; ed icasticamente si chiarisce al riguardo che se il reato è un fatto tipico, antigiuridico e colpevole e la colpevolezza non è soltanto dolo o colpa ma anche, valutativamente, riprovevolezza, rimproverabilità, l'imputabilità è ben di più che non una semplice condizione

Chiarito tale aspetto, la Corte è poi passata alla parte essenziale della questione propostagli, riguardante il contenuto e l'ampiezza da riconoscere al concetto di infermità, ai sensi degli art. 88 e 89 c.p.

Attraverso un'analisi dettagliata dell'evoluzione sia in ambito psichiatrico che in quello giuridico del concetto di infermità, la Corte è giunta ad affermare in accoglimento delle più recenti acquisizioni psichiatriche, il principio giuridico secondo cui «ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i “disturbi della personalità” , che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di infermità, purché siano di consistenza, intensità, e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere, escludendola o scemandola grandemente e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale.

Ne consegue che nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, deve essere dato ad altre anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di imputabilità».

In armonia con quanto affermato dagli orientamenti più moderni della scienza penalista, la Corte valorizza il modello a due piani del giudizio di imputabilità, il quale prevede che alla diagnosi clinica debba succedere un esame circa l'incidenza che il disturbo diagnosticato ha avuto sulla capacità di intendere e di volere al momento del fatto.

Per quanto concerne il momento diagnostico, è pacificamente accolta un'interpretazione ampliativa e adeguatrice del termine “infermità”, la quale rappresenterebbe un concetto più ampio di quello di malattia mentale, in grado di ricomprendere al suo interno anche psicopatologie di origine non organica⁴⁸.

soggettiva di riferibilità della conseguenza del reato data dalla pena, divenendo piuttosto la condizione dell'autore che rende possibile la rimproverabilità del fatto: essa dunque non è mera capacità di pena, ma capacità di reato o meglio capacità di colpevolezza, quindi nella sua “propedeuticità soggettiva rispetto al reato, presupposto della colpevolezza”, non essendovi colpevolezza senza imputabilità» (Cass. Pen., Sez.Un., 8 marzo 2005, n. 9163, cit., 840).

⁴⁸ «[...] nella prospettazione codicistica, il termine infermità deve ritenersi, in effetti, assunto secondo un'accezione più ampia di quello di malattia, e già tanto appare mettere in crisi, contrastandolo *funditus*, il criterio della totale sovrapposibilità dei due termini e con esso, fra l'altro ed innanzi tutto, quello della esclusiva riconducibilità della “infermità” alle sole manifestazioni morbose aventi basi anatomiche e substrato organico, o, come altra volta è stato

La Suprema Corte respinge i criteri della «alterazione patologica clinicamente accertabile» e della «alterazione anatomico-funzionale» appartenenti al “vecchio” paradigma medico ed ancora parzialmente utilizzato in giurisprudenza. Del resto, tale pronuncia e la conseguente apertura dei disturbi della personalità nel novero delle infermità, è in totale armonia con gli orientamenti classificatori dei moderni manuali diagnostici⁴⁹, ampiamente diffusi e condivisi nelle scienze psichiatriche. In tali manuali, soprattutto nel DSM, la classificazione dei disturbi avviene per sindromi e non per cause, apparendo in tal modo del tutto superata la distinzione tra malattie mentali aventi una causa organica e gli altri disturbi psichici.

Il ragionamento svolto dalla Corte muove proprio dalle classificazioni operate nei manuali scientifici, in cui si riconoscono anche i disturbi della personalità e si ammette che anche essi siano in grado di compromettere fortemente l'individuo sia nell'ambito sociale, che in quello soggettivo⁵⁰. Altro argomento utilizzato dalla Corte per riconoscere una certa rilevanza ai disturbi della personalità poggia sulla constatazione, che nel nostro Paese, si registrano nelle ammissioni ai servizi psichiatrici degli istituti di cura: molti più casi di individui affetti da tali disturbi che individui con malattie mentali in senso stretto, come «neurosi e turbe psichiche non psicotiche». Assume quindi rilievo l'apprezzamento medico-diagnostico di queste patologie, a cui il diritto penale deve, a parer della Corte, necessariamente allinearsi.

Meritano attenzione, per la loro rilevanza all'interno del giudizio penale sull'imputabilità, le critiche mosse dalla dottrina nei confronti della natura dei moderni manuali diagnostici, i quali apparirebbero come inaffidabili sul piano

più restrittivamente detto, come “malattia fisica del sistema nervoso centrale”» (Cass. Pen., Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163, cit.).

⁴⁹ La stessa sentenza delle Sezioni Unite richiama i moderni manuali diagnostici, specialmente il DSM-IV: «[...] utilizzato da quasi tutti gli esperti psichiatri, enuclea- con una nomenclatura nosografica che richiama sindromi e non malattie- i principali disturbi mentali in diciassette classi diagnostiche, e tra queste include l'autonoma categoria nosografica dei disturbi della personalità [...]».

⁵⁰ Le Sezioni Unite poi ricordano come la stessa dottrina psichiatrico-forense «appare concordare, ormai, sulla circostanza che essendo questo (DSM) il sistema diagnostico più diffuso, ad esso occorra fare riferimento per la riconducibilità classificatoria del disturbo; e per altro verso, nessun dubbio – come pure si riconosce in dottrina- dovrebbe oggi permanere sulla circostanza che anche ai disturbi della personalità possa essere riconosciuta la natura “infermità” , e quindi una loro potenziale attitudine ad incidere sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente, alla stregua delle ultime e generalmente condivise acquisizioni del sapere psichiatrico, anche sussunte nella ricognizione nosografica contenuta nel citato DSM».

scientifico. Ed infatti ciò che in tali manuali si ritrova specificatamente nel DSM, è una catalogazione delle sindromi dei disturbi psichici: «il concetto di “disturbo” si colloca al di fuori di un’ottica eziopatogenica», cioè «non si parte dall’idea che a ogni disturbo corrisponde una entità fondata su una specifica eziopatologia», ma «si parla di disturbo solo in senso sindromico»⁵¹. Ciò comporta che, tralasciando il dato nominalistico di chiamare un disturbo in un modo o nell’altro, non vi è traccia in tali manuali, informati al riduzionalismo più estremo, di un approvato metodo scientifico per riconoscere e valutare anche l’intensità di ciascun disturbo. Secondo tale prospettiva il criterio della affidabilità scientifica si riduce alla possibilità che due o più clinici indipendenti si trovino d’accordo nella definizione diagnostica del disturbo. Con il DSM la diagnosi abbandona il classico principio «dell’organizzazione gerarchica del materiale clinico psichiatrico introdotto da Jaspers, e dunque di una nosografia nella quale è implicita una gerarchia che giustificava la c.d. “diagnosi differenziale”⁵²». Non prevedere una spiegazione dell’eziopatogenesi di ogni disturbo psichico significa impedire alla psichiatria di assurgere la sua prassi, a questo punto definibile come priva di comprovata scientificità alla prassi medica.

È chiaro come un tale metodo di accertabilità del disturbo mal si concili con le preoccupazioni penalistiche in tema di accertamento della capacità di intendere e di volere. In conclusione, può affermarsi che superata la problematica nominalistica si rilevi, in coerenza con quanto affermato dalla psicopatologia forense, che «l’estensione superficiale della diagnosi unita alla perdita del criterio verticale e quindi della profondità del disturbo» porti ad una diagnosi inidonea all’indicazione del maggiore o minore coinvolgimento di detta patologia sulla diminuzione della capacità di autodeterminarsi. Alla luce di queste considerazioni non è mancato chi ha richiesto un ritorno ai valori clinici della psicopatologia classica, un ritorno soprattutto al modello metodologico di tipo medico, in quanto sarebbe l’unico che indicando la gravità e la profondità del disturbo, potrebbe fornire una risposta pressoché certa sulla compromissione della capacità di intendere e di volere.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² Cass. Pen., Sez. Un, 8 marzo 2005, M. BERTOLINO, cit., 855.

**IL SOPRALLUOGO SULLA SCENA DEL CRIMINE E BIAS COGNITIVI:
L'IMPORTANZA DI UN APPROCCIO CRIMINOLOGICO**

*The crime scene inspection and cognitive bias: the importance
of a criminological approach*

di

Gianmarco Cifaldi* - Roberto Colucciello**

Nell'ambito dell'investigazione giudiziaria assumono notevole importanza le indagini tecniche, evincibili da diverse disposizioni del codice di rito, indispensabili per garantire l'assicurazione delle fonti di prova, per effettuare l'identificazione delle persone e per eseguire gli accertamenti urgenti e i rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose, e che prevedono due fasi distinte, quella del rilevamento e quella dell'accertamento. Tale attività acquisisce il suo maggior rilievo allorché viene svolta nell'ambito della scena del crimine, luogo in cui il criminale ha agito nel momento stesso dell'esecuzione del reato. La complessità della scena del crimine spesso si accompagna alle ovvie difficoltà in cui può incorrere il gruppo di lavoro nella propria attività di coordinamento nel sopralluogo, con la conseguenza che in tutto ciò si generino situazioni problematiche e complesse che vengono influenzate da fattori cognitivi, onde la necessità della figura del criminologo. Sulla della scena del crimine, in questi ultimi anni, il progresso tecnologico permette l'ingresso degli algoritmi dell'Intelligenza Artificiale, a cui però dovrà essere data la giusta regolamentazione.

In the context of judicial investigations, technical investigations assume considerable importance, as can be deduced from various provisions of the code of procedure, which are indispensable for guaranteeing the insurance of sources of evidence, for carrying out

* Professore Associato di Sociologia della violenza presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali dell'Università degli Studi "G. D'Annunzio" di Chieti-Pescara.

**Cultore di Sociologia della violenza presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali dell'Università degli Studi "G. D'Annunzio" di Chieti-Pescara.

the identification of persons and for carrying out urgent investigations and investigations on the state of places and things, and which involve two distinct phases, that of detection and that of assessment. This activity acquires its greatest importance when it is carried out within the crime scene, the place where the criminal acted at the very moment of the execution of the crime. The complexity of the crime scene is often accompanied by the obvious difficulties that the working group may encounter in its coordination activity during the inspection, with the consequence that all of this generates problematic and complex situations that are influenced by cognitive factors, so that necessity of the figure of the criminologist. In recent years, technological progress has allowed the entry of Artificial Intelligence algorithms into the crime scene, which however must be given the right regulation.

Sommario: 1. Introduzione - 2. Struttura della scena del crimine - 3. Bias cognitivi, euristica e possibili rimedi - 4. La figura del criminologo sulla scena del crimine; 5. Il sopralluogo cd. criminologico e la scena geografica del crimine - 6. Scena del crimine e Intelligenza Artificiale: può essere davvero un connubio? - 7. Conclusioni.*

1. Introduzione

La concezione moderna dell'investigazione scientifica, attività tanto importante quanto decisiva per le sorti delle indagini, trova nella scienza, nella tecnologia, nella ragione le fondamenta attraverso le quali ogni cosa può trovare spiegazioni e risoluzioni. Verso il finire dell'800 la tecnologia ha fatto enormi passi da gigante, e la prospettiva di una scienza che combattesse le condotte criminali ha avvalorato, non si sa con quali risultati, l'aspettativa di un giudizio certo, più che quello della conseguenza, ossia la pena, ottenendo come risultato ciò che di più vivo e sentito possa essere espresso dalle comunità civili: la prova scientifica quale massima espressione della certezza della prova².

L'attività investigativa, pur essendo il momento maggiormente significativo del processo cognitivo umano, dovrebbe ridurre il più possibile l'incertezza e scongiurare problematiche dovute ad errori. Nell'investigazione l'errore dovrebbe essere scongiurato dal metodo, e quest'ultimo dovrebbe condurre alla scoperta della verità, investigativa come processuale.

¹Par. 1 R. Colucciello – par. 2 G. Cifaldi – par. 3 R. Colucciello – par. 4 G. Cifaldi – par. 5 R. Colucciello – par. 6 G. Cifaldi – par. 7 R. Colucciello e G. Cifaldi.

²Cfr. S. BOZZI - A. GRASSI, *Il sopralluogo tecnico sulla scena del delitto*, in M. Picozzi – A. Intini, *Scienze forensi. Teoria e prassi dell'investigazione scientifica*, Torino, UTET Giuridica, 2009, pp. 27-44.

Il vigente sistema processuale penale viene ispirato da questi concetti, pur sembrando tra loro contrastanti. Nell'ambito del previgente sistema inquisitorio il processo veniva invaso a mezzo di presunte prove già accertate, mentre nell'attuale sistema accusatorio, in evidente contrapposizione, assumono importanza solo le prove formatesi nel contraddittorio tra le parti al cospetto di un giudice terzo, e proprio in conseguenza di tutto ciò l'attività investigativa, effettuata a mezzo di regole ben precise, rappresenta la novità portante del nuovo processo penale.

L'attività investigativa, intesa nell'accezione più significativa, è correttamente inserita in un sistema equilibrato di pesi e contrappesi, e quindi di controlli. Allorquando si verifichi un evento delittuoso dando avvio alla comunicazione notizia di reato, la prima importante ripartizione per quanto riguarda l'attività di investigazione giudiziaria è quella tra indagini dirette e indagini indirette. Le prime, di natura tecnica, sono dette volte all'acquisizione probatoria oggettiva, in quanto si esplicano in maniera diretta su luoghi, cose o situazioni afferenti al reato e si concretano in una accurata analisi su quanto viene rinvenuto sulla cosiddetta scena del crimine, come possono essere i rilievi fotografici e planimetrici, le analisi di laboratorio, ed altro ancora. Le indagini indirette sono invece quelle dirette all'acquisizione probatoria soggettiva, effettuate nello stesso momento e successivamente rispetto a quelle dirette, e riguardano fatti o circostanze che non hanno direttamente a che fare con la scena del crimine, basti pensare all'attività volta ad acquisire sommarie informazioni, tanto per fare un esempio.

Dopo la riforma del 1988, con l'introduzione del nuovo Codice di procedura penale, con il passaggio quindi dal processo inquisitorio ad accusatorio, e con un nuovo sistema processuale in cui la prova si forma nell'ambito del dibattimento a seguito di un contraddittorio tra accusa e difesa, acquisiscono un rilievo sempre maggiore le risultanze probatorie originate da indagini tecniche ed esami di laboratorio.

Le norme di cui agli artt. 348, 349 e 354 del Codice di rito diventano l'architrave delle indagini tecniche nel nuovo processo penale, prevedendo l'attività atta a garantire l'assicurazione delle fonti di prova, per identificare le persone e per eseguire gli accertamenti urgenti e i rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose.

L'attività investigativa tecnica consta di una duplice fase, quella del rilevamento e quella dell'accertamento. La prima concerne la ricerca degli indizi, dove la polizia scientifica provvede ad acquisire i dati e gli elementi materiali, in assenza di qualsivoglia elaborazione o valutazione critica degli stessi; diversamente, la fase dell'accertamento, successiva ed eventuale, prevede procedimenti analitici e metodiche di laboratorio dove gli elementi rinvenuti si potrebbero trasformare in elementi probanti. Da ciò discende che la quasi totalità

dell'attività dell'operatore di polizia scientifica trovi la sua ragion d'essere sulla cosiddetta scena del crimine e come quest'ultima ruoti attorno al quadro indiziario.

In Italia per lungo tempo la scena del crimine ha rappresentato un luogo fisico quasi sconosciuto, lasciato al libero agire di chi sopraggiungeva, definita non a caso "terra di nessuno"³, quasi fosse da collocare al di fuori delle indagini in quanto di scarso valore investigativo. Eppure, già anticamente la scena del crimine veniva citata e individuata, tanto che Quintiliano individuava il metodo per una giusta lettura dei fatti dall'osservazione degli elementi ritrovati effettuata sulla scena di una morte⁴.

Scopo del presente lavoro, lungi dal voler rappresentare esaustivamente il concetto di scena del crimine, già lungamente affrontato dalla letteratura in materia, di cui si fornirà un breve accenno, è quello di offrire uno spunto sull'importanza del criminologo nella fase investigativa, a partire dalla scena del crimine, descrivendone il sopralluogo sulla stessa, fino ad accennare agli sviluppi di ciò che l'Intelligenza Artificiale può comportare sugli sviluppi dell'attività investigativa sulla scena del crimine.

2. Struttura della scena del crimine

Nella letteratura⁵ la descrizione della scena del crimine segue ormai un percorso metodologico di approccio ben delineato e strutturato.

Il percorso metodologico di approccio alla scena del crimine, che dovrebbe essere adottato fin dai primi operatori, deriva dalle esperienze maturate dentro e fuori dei confini italiani, e si sviluppa in varie fasi: l'esame della scena del crimine e la successiva analisi dei dati acquisiti, l'analisi delle informazioni complessivamente rese disponibili, l'analisi del comportamento criminale, e affinché si possa realizzare una giusta analisi degli elementi nella scena del crimine bisogna che non venga inquinato tale teatro.

Le investigazioni scientifiche si sforzano di rispondere ad un mandato della nostra Carta costituzionale contemplando anche la modifica dell'articolo 111 che pone la pubblica accusa e la difesa sullo stesso piano denominato "giusto processo"⁶.

³ Cfr. L. SARAVO, *Il paradigma investigativo sulla scena del crimine*, in D. Curtotti – L. Saravo (a cura di), *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, Torino, Giappichelli editore, 2019, pag. 347

⁴ Cfr. C. LUCARELLI – M. PICOZZI, *Scena del crimine. Storie di delitti efferati e di investigazioni scientifiche*, Milano, Mondadori, 2006.

⁵ Cfr. G. CIFALDI, *Scena del crimine*, in C. Cipolla (a cura di), *La devianza come sociologia, Laboratorio sociologico di Diritto, sicurezza e processi di vittimizzazione*, Milano, 2012, pagg. 372 ss.; ancora, dello stesso autore, *La gestione della scena del crimine*, Modena, Athena, 2008.

⁶ Cfr. G. CIFALDI, op. cit., pag. 372.

La definizione di scena del crimine rappresenta il contesto fisico e territoriale in cui si è verificato il reato; all'interno di questo spazio, sono presenti, nascoste e offerte tracce e informazioni che richiedono di essere percepite, acquisite, interpretate e organizzate, costituendo un elemento di grande valore in quanto essenziale per giungere alla verità.

La ricostruzione di una scena criminosa, volta a stabilire cosa sia accaduto e chi sia l'autore, si svolge attraverso un'attività diretta sul luogo, che include la documentazione tramite foto e video durante il sopralluogo, e un'attività indiretta basata su un processo di analisi critica, mirante quest'ultimo a individuare le tracce tipiche della scena del crimine.

La scena del crimine è, quindi, lo spazio in cui il criminale ha agito nel momento stesso dell'esecuzione del reato, e si possono dividere in "scene aperte" e "scene chiuse". Per "scene aperte" si intendono luoghi all'aperto, esposti alle intemperie, come una strada, un parco o un bosco, mentre per "scene chiuse" si fa riferimento a luoghi chiusi, come una casa, un appartamento o un ufficio. In entrambi i contesti, è essenziale che il personale intervenuto per primo adotti tutte le precauzioni necessarie per garantire l'integrità della scena. Una volta sul luogo, il personale della squadra omicidi e gli esperti della polizia scientifica vengono informati di tutti i dettagli, modifiche e alterazioni verificatesi. Ciò potrebbe includere, ad esempio, interventi sanitari per confermare il decesso delle vittime o precauzioni adottate per preservare le tracce.

È imperativo che nulla venga spostato, toccato, cancellato o modificato prima che siano eseguiti tutti gli accertamenti tecnico-scientifici, a meno che ciò non sia necessario per soccorrere feriti o garantire la sicurezza del personale. La scena in un luogo aperto presenta diverse complicazioni rispetto a una scena coperta, con problematiche principali che includono la presenza di spettatori, la delimitazione della scena e gli agenti atmosferici. Sia i soccorritori che le forze dell'ordine sono abituati e addestrati a operare in luoghi aperti.

Un problema rilevante, tuttavia, potrebbe essere la presenza di persone terze, semplici curiosi, ossia persone che si fermano a guardare un incidente stradale, potenzialmente mettendo a rischio ulteriori incidenti. Questo è un aspetto endemico nelle situazioni di soccorso in strada e sembra non esistano protocolli o procedure per garantire la sgombra della scena.

In particolare, in presenza di un evento delittuoso, è fondamentale preservare le tracce presenti, ma ciò può risultare impossibile, a meno che non si tratti di un luogo poco trafficato. È altresì importante determinare l'estensione completa della scena del crimine, che ovviamente non comprende solo l'area circostante ove insista un cadavere o dove il reo ha posto in essere la sua attività delittuosa. Può concernere un veicolo di qualsiasi genere, vie di accesso o di fuga, e vanno identificati tutti i potenziali percorsi di cui il criminale si possa essere avvalso, evitando di utilizzarli e cercando percorsi alternativi. In aggiunta,

un'altra problematica significativa riguarda gli agenti atmosferici: pioggia, vento e neve. La pioggia può rischiare di lavare via le tracce, soprattutto quelle di sangue; il vento può portare via prove lontano dalla scena, come fogli di carta o altri oggetti che potrebbero essere utili agli investigatori; la neve, d'altra parte, può evidenziare tracce di pneumatici o scarpe ma anche cancellarsi facilmente se si scioglie o ricomincia a nevicare.

Il fattore tempo è, pertanto, fondamentale; quando si è all'aperto, non è realistico pensare che la scena possa rimanere "congelata" in eterno. È cruciale attuare misure concrete per proteggere il luogo e raccogliere le prove il più velocemente possibile. Questo compito spetta al personale di pronto intervento, il quale giunge per primo sul luogo del delitto.

L'esegesi della scena del crimine presuppone la ricerca e l'acquisizione della traccia principalmente, ma anche la comprensione della logica che concerne tutta la dorsale dell'indagine tecnico-scientifica, che ha come punto di partenza il principio fisico di divisibilità della materia e presuppone il trasferimento della stessa sulla scena del crimine e sui suoi attori⁷. Gli attori intervenuti è d'uopo che adottino una procedura di *intelligence*⁸, intesa nel senso etimologico del termine, al fine di scandagliare ogni indizio, ogni elemento riscontrabile per poi successivamente ricomporlo e abbinarlo ad un eventuale profilo dell'autore della condotta criminosa.

Per evitare o ridurre sensibilmente la possibilità che si possa incorrere in errori materiali, mentre di quelli cognitivi si parlerà in seguito, vengono sperimentati appositi modelli di gestione della qualità e applicati sulla scena del crimine con la finalità di guidare tutti gli attori che, ognuno per la propria competenza, intervengono sulla scena del crimine e realizzare, o almeno tentare di realizzare, una gestione integrata ed efficace del proprio operato. Tra i più importanti bisogna citare il modello sperimentale tracciato adottando i requisiti del Sistema di Gestione per la Qualità in base alla norma UNI EN ISO 9001:2008⁹, oggi novellata dalla UNI EN ISO 9001: 2015, che nell'ambito della scena del crimine tende a garantire la qualità della prova scientifica e l'analisi dei contesti delittuosi ai fini dibattimentali e la produzione di relazioni e perizie criminalistiche e criminologiche, analisi, nonché ad attivare un approccio sistemico tale da consentire un'integrazione di tutte le attività degli attori che intervengono sulla scena del crimine, che costituisce il *Crime Scene Team*¹⁰.

In tale scenario generato dal modello di gestione testè menzionato, vi sarà chi (Autorità giudiziaria e difensore su tutti) ha la necessità di un'accurata

⁷ Cfr. C. BABER, *Distributed cognition at the crime scene*, in *Cognition beyond the brain*, Springer, 2017, pagg. 43 ss.

⁸ Cfr. F. SIDOTI, *Morale e metodo nell'intelligence*, Bari, Cacucci, 2000.

⁹ Cfr. G. CIFALDI, op. cit., pag 372 ss.

¹⁰ Cfr. G. CIFALDI, op. cit., pag. 373.

gestione della scena del crimine nel momento in cui si verifica il fatto, e l'elemento in ingresso o input (crimine) che genera una sequenza di attività che coinvolgono diversi attori (operatori di polizia, personale sanitario, medico legale) nella realizzazione di un prodotto (la prova scientifica) e di un servizio (consulenze e perizie), andando poi a confluire il tutto nel fascicolo dibattimentale¹¹.

Il prodotto in uscita o output (documentazione probatoria, ossia relazioni, foto, verbali, acquisizione informazioni testimoniali) rappresenta la base che consentirà al giudice e al difensore di determinare eventuali responsabilità così come di impostare al meglio la propria difesa.

3. Bias cognitivi, euristica e possibili rimedi

Nel corso di questi ultimi anni, le diverse serie televisive, di natura poliziesca, sovente mostrano delitti efferati e scene del crimine analizzate da personale di polizia e sanitario. Questa situazione, se da un lato non fa altro che sensibilizzare l'opinione pubblica sull'importanza di quanto poc'anzi rappresentato, dall'altro ha fatto maturare nella stessa la convinzione di essere diventata "esperta" in materia, quasi che le difficoltà che diuturnamente incontrano sul campo gli operatori siano facilmente risolvibili, o che le indagini risolutive siano dovute a meri colpi di fortuna e, soprattutto, che il caso si risolve in maniera repentina. Dette considerazioni, trascurano la circostanza che dietro ad un lavoro investigativo completo, esiste un lavoro di squadra, composto da professionisti di vari settori e che, soprattutto, abbisogna del tempo necessario.

Abbiamo visto come il sopralluogo sulla scena del crimine rappresenti il primo, e fondamentale direi per il prosieguo, atto che si svolge sulla stessa, la cui importanza è fondamentale in quanto dallo stesso potrebbero emergere elementi utili per far luce sulla vicenda delittuosa ed essere utilizzati nel quadro probatorio, così come, al contrario, per far venir meno sospetti su un determinato soggetto.

La scena del crimine presenta delle caratteristiche peculiari e non ripetibili, comportando difficoltà e problematiche di natura operativa sempre diverse, per la qual cosa l'osservanza di protocolli operativi standard deve necessariamente essere accompagnata da una certa flessibilità ed abilità, nonché da competenze specifiche degli operatori che intervengono¹².

Gli operatori di polizia in particolare, allorquando sono intenti ad effettuare il sopralluogo, dovrebbero non limitarsi all'apparenza, ma al contrario, possedere doti quali intuito, curiosità ed equilibrio, e soprattutto non avere

¹¹ Cfr. G. CIFALDI, op. cit., pag. 374

¹² Cfr. M. MONZANI, *Il sopralluogo psico-criminologico*, in *Collana di psicologia giuridica e criminale diretta da G. GULOTTA*, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 33.

preconcetti e basarsi soltanto su elementi certi e verificare in maniera approfondita quelli supposti, nonché da ultimo, ma non per ordine di importanza, essere dotati di un'elevata preparazione e formazione, evitando ciò che in un'attività così importante non si dovrebbe avere, cioè l'approssimazione¹³.

Nell'ambito della scena del crimine, gli indizi, numerosi o scarni che siano, si palesano tra loro collegati e intrecciati in una fitta rete di relazioni funzionali e significati, sovente anche non perfettamente omogenei tra loro, e la loro natura o il senso da essi promanante non sempre risultano perfettamente intelligibili, e la loro presenza o assenza acquisisce significato solo se inserita e interpretata nel giusto contesto¹⁴.

Altresì, la complessità della scena del crimine spesso si accompagna alle ovvie difficoltà in cui può incorrere il gruppo di lavoro nella propria attività di coordinamento nel sopralluogo, con la conseguenza che in tutto ciò si generino situazioni problematiche e complesse che vengono influenzate da fattori cognitivi¹⁵; basti pensare all'effetto di normalizzazione in cui le risposte di gruppo in una prova di giudizio tendono a concentrarsi intorno alla media dei giudizi individuali, tanto che le decisioni intraprese sono il risultato di condizionamenti reciproci¹⁶.

L'intervento di natura tecnica effettuato dagli operatori di polizia sulla scena del crimine, lungi dalla presenza di rigidi e standardizzati protocolli tesi ad assicurare efficienza e funzionalità, non può ridursi ad un mero esercizio meccanico, in quanto esseri umani e come tali con i loro limiti cognitivi e sfere di errore. L'utilizzo del protocollo operativo, se da un lato tende ad attenuare le conseguenze di procedure distratte e arbitrarie, offrendo standard omogenei e qualitativi, dall'altro non appare risolutivo in merito alla corretta osservazione e descrizione della scena del crimine, poiché si può facilmente incorrere in errori o *bias*, dovuti ad aspetti cognitivi più che tecnici.

La stessa natura umana comprende in se dei meccanismi automatici che potrebbero condurre ad errori inconsapevoli sin dalla fase dell'osservazione e della descrizione, per poi continuare di conseguenza in quella della reportazione, creando un unico errore concatenato nelle sue fasi.

La fase di ricerca delle tracce, poi, consta di un comportamento attivo da parte dell'operatore sulla scena, il quale, osservando l'ambiente circostante seppur in maniera inconsapevole e, pur rispettando la sequenza metodologica prevista, elaborerà tutta una serie di ipotesi che legittimeranno il suo agire. Ovviamente, e non potrebbe essere altrimenti, durante il sopralluogo, in

¹³ Cfr. M. MONZANI, op. cit. pag. 34.

¹⁴ Cfr. G. GULOTTA, *Breviario di psicologia investigativa*, Giuffrè, Milano, 2008.

¹⁵ Cfr. M. MONZANI, op. cit., pag. 34.

¹⁶ Cfr. M. SHERIF, *A study of some social factors in perception*, in *Archives of Psychology*, 1935, pag. 53.

correlazione alla tipologia di reato, al contesto e alle modalità con cui è stato comunicato, si formerà nell'operatore il *quid* e il *quomodo* in relazione a cosa cercare¹⁷. Pervenire in maniera frettolosa a conclusioni circa il *modus operandi* criminale, o considerare una sola, tra diverse ipotesi, oggetto di inconsapevoli pregiudizi e stereotipi culturali, i cd. *bias cognitivi*, potrebbe avere come conseguenza una pericolosa selezione nella documentazione delle tracce, con la conseguenza di farle ritenere insignificanti e trascurare, quindi, indizi essenziali. I *bias* riguardano aspetti intrinseci che hanno come risultato l'insorgere di una razionalità limitata; per la mente umana risulta impossibile pervenire a una interezza del flusso delle informazioni e a una abilità di esatta previsione: le scelte vengono effettuate non in ragione di decisioni migliori, ma di criteri di particolare razionalità atta a spingere l'operatore a scegliere la migliore alternativa che in quel momento e in quel contesto gli apparirà maggiormente adeguata¹⁸.

Il processo decisionale limitato ha come diretta conseguenza la possibilità di avere una incongruenza relativa ai limiti del raziocinio e del giudizio¹⁹. Le scorciatoie cognitive che hanno come conseguenza la caduta nei *bias* consentono la riduzione della difficoltà delle valutazioni e delle previsioni rendendo più agevoli le operazioni di giudizio, ma c'è la concreta possibilità di insorgenza di errori preoccupanti, usuali e impliciti²⁰. Poiché durante le fasi di investigazione vi è sempre un essere umano, con tutti i rischi che possono ricadere su quest'ultimo dall'attività degli operatori di polizia, e da tutti i limiti cognitivi, appare fondamentale la centralità del fattore umano, con la conseguenza che bisogna saper conoscere e affrontare i *bias* che intervengono in dette attività. A ciò si aggiunga la circostanza secondo la quale gli investigatori sovente effettuano la propria attività sotto un enorme carico di lavoro, che può esercitare una notevole influenza sull'elaborazione delle informazioni e portare a giudizi affrettati e distorti²¹.

I *bias cognitivi* rappresentano dunque una parte della condizione umana e, in quanto uomini, gli investigatori sono suscettibili di subdole influenze al pari di qualsiasi essere umano. La razionalità non del tutto completa rappresenta vieppiù un vincolo per la razionalità assoluta e al tempo stesso è la conseguenza di "un'eredità biologica le cui caratteristiche principali sono la velocità e

¹⁷ Cfr. B. A. J. FISHER, *Techniques of crime scene investigation*, CRC Press, Boca Raton, FL, 2004.

¹⁸ Cfr. E. MOHN, *Bounded Rationality*. Salem Press Encyclopedia, 2020.

¹⁹ Cfr. G. GULOTTA, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati. Commento alle Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, Milano, Giuffrè, 2018.

²⁰ Cfr. A. TVERSKY – D. KAHNEMAN, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, Science, 185(4157), 1974, pagg. 1124-1131.

²¹ Cfr. A. W. KRUGLANSKY – D.M. WEBSTER, *Motivated closing of the mind: "Seizing" and "freezing"*, in *Psychological Review*, 103, 2, 1996, pagg. 263-283.

l'automaticità"²². Per affrontare i confini della razionalità e ponderare i giudizi sulla fattispecie in concreto vi sono massime di esperienza, aspetto che si riferisce a "una generalizzazione ottenuta attraverso l'individuazione di caratteri comunemente ravvisabili, supposti come presenti in eventi passati e assunti come dati di partenza nel ragionamento decisorio, essa non consente però di giungere ad una conclusione inferenziale priva di incertezze"²³.

Un'ulteriore origine di distorsione dei processi cognitivi consiste nelle cosiddette euristiche, che altro non sono che strategie indispensabili per stimare la probabilità di un evento o situazione. Nell'ambito delle euristiche, si ha quella della rappresentatività "quando la stima delle probabilità poggia sulle caratteristiche e gli attributi del caso specifico (esempio: la personalità dell'imputato o del giudice) e dunque le informazioni considerate si avvicinano ad una categoria o schema concettuale di cui già disponiamo"²⁴.

Per emettere un giudizio ci si basa sul grado di rappresentatività dell'elemento presentato rispetto alle categorie di appartenenza, dimenticando altre informazioni rilevanti, tra cui le probabilità di base. Una delle possibili conseguenze di un inadeguato utilizzo dell'euristica della rappresentatività potrebbe essere connessa all'identificazione del *modus operandi* e all'attribuzione di una determinata condotta concretantesi in un fatto-reato ad un certo soggetto²⁵. Infatti, giungendo sulla scena del crimine, si potrebbe essere immediatamente portati a collegare quel fatto a un altro precedente, magari perché a prima vista il *modus operandi* sembra lo stesso e lo si ritiene così rappresentativo dei reati commessi da un determinato autore. Posto ciò, scostarsi dall'idea iniziale potrebbe poi risultare molto difficile.

Invece l'euristica della disponibilità rappresenta la circostanza che si ottiene "quando il campione di dati utilizzato è facilmente accessibile e dunque la stima delle probabilità che un fatto si verifichi (esempio: sia condannato un innocente) si basa sulla facilità con cui chiamiamo alla mente casi analoghi"²⁶. I giudizi e le decisioni basate su questo tipo di euristica risultano generalmente efficaci in quanto, a parità di condizioni, è più facile rievocare o immaginare eventi frequenti rispetto a eventi meno frequenti; dunque, l'immediata disponibilità di fatto o eventi costituisce un buon indizio per stimarne la frequenza.

²² Cfr. G. GULOTTA, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati. Commento alle Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, op. cit., pag. 37.

²³ Cfr. G. GULOTTA, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati. Commento alle Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, cit., pag. 6.

²⁴ Cfr. G. GULOTTA, *Il giurista in quanto solutore di problemi*, In L. De Cataldo Neuburger, "La giustizia penale e la fluidità del sapere: ragionamento sul metodo", Padova, Cedam, 1988, pag. 209.

²⁵ Cfr. M. MONZANI, op. cit., pag. 41.

²⁶ Cfr. G. GULOTTA, *Il giurista in quanto solutore di problemi*, op. cit., pag. 209.

Il giudizio, però, è corretto solo se la disponibilità in memoria corrisponde alla frequenza reale; dette tendenze usuali trovano la loro ragion d'essere nella teoria del doppio processo, in cui è previsto un duplice sistema cognitivo, di cui uno più celere, intuitivo e automatico, e uno più flemmatico, deliberato, particolareggiato e riflessivo. Le propensioni usuali del giudizio sono connesse alla funzionalità della cognizione umana, anche se non rappresentano i soli elementi che invadono i processi di pensiero, portando a operare con superficialità e inadeguatezza.

Quello dei *bias* rappresenta un'argomentazione in continua evoluzione: dalle tendenze di natura generale si arriva fino alla individuazione di quelle che sono le caratteristiche individuali potenzialmente problematiche e che possono al contempo essere un ostacolo o una difesa da dette trappole mentali²⁷.

L'insieme delle informazioni che arrivano dall'ambiente circostante vengono elaborate con efficacia da ciascun individuo a mezzo dei *bias* cognitivi. Durante gli anni si sono incrementate le attività di ricerca con l'obiettivo di addivenire a delle opportune raccomandazioni per calmierare queste trappole cognitive, e tutte concordano nel considerare che solo a mezzo di una condotta di critica integrale ci sarebbe la possibilità di pervenire a un qualcosa di certo. Per fare ciò, il dubbio deve costituire una metodologia per mettere alla prova le conoscenze in possesso, e lo scetticismo di metodo si potrebbe occupare in maniera esclusiva di una verità approssimativa.

Il dubbio, quindi, non fa che aumentare la conoscenza e lo scettico razionale assume una posizione critica in talune circostanze, sovente basate sui dogmi del metodo scientifico e del pensiero. Il dubbio metodico costituisce una ulteriore modalità tendente ad escludere dal sapere qualsivoglia opinione dal carattere incerto, con la finalità di conferire un saldo fondamento razionale. In tal modo non ci sarà più la necessità e il rischio di sperimentare la falsità di un'opinione, ma si dovranno assumere come false tutte le opinioni su cui si possa sollevare anche il minimo dubbio. Dette strategie ovviamente portano delle difficoltà esecutive in quanto richiedono di allenarsi a darsi torto valutando in maniera approfondita quelli che sono i punti di vista diversi dal proprio. Viene utilizzata la cosiddetta tecnica del considerare l'opposto per illustrare meglio il processo con il quale si può pervenire ad un giudizio erroneo. Infatti la letteratura fa riferimento ai risultati migliori che si ottengono pensando a tutte le ipotesi alternative e non solo a quella diversa²⁸.

L'umiltà intellettuale è molto importante nell'ambito dei processi decisionali, in quanto implica la convinzione dei limiti del proprio sapere e

²⁷ Cfr. G. GULOTTA – P. EGNOLETTI – B. NICCOLAI – L. PAGANI, *Tendenze generali e personali ai bias cognitivi e la loro ricaduta in campo forense: fondamenti e rimedi*, in *Sist. Pen.*, 2021.

²⁸ Cfr. E. HIRT – K. D. MARKMAN, *Multiple Explanation: a Consider-an- Alternative Strategy for Debiasing Judgements*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 69, 1995, pagg. 1069-1086.

l'incertezza del proprio giudizio, che rappresenta un imprescindibile strumento per mitigare i *bias*²⁹. L'apertura mentale costituisce un ulteriore aspetto di fondamentale importanza onde sviluppare un pensiero critico. Basti pensare che l'apertura mentale costringe a confinare i preconcetti e adottare nuove metodologie di pensiero, oltre a conferire stimoli al pensatore spingendolo a considerare punti di vista diversi. In aggiunta a queste strategie per mitigare i *bias*, l'individuo si trova a dover fare i conti con il proprio stato emotivo, che può interferire con il ragionamento dando origine a fonti di pregiudizio, tali da divenire un ostacolo alla formazione di corrette credenze, ma potenzialmente rappresentando anche un valido supporto dal punto di vista epistemologico³⁰.

Le emozioni rappresentano strumenti congeniali per richiamare l'attenzione sulle proprie sensazioni che vengono vissute e spingere sulla ricerca di prove tendenti a giustificare l'aspetto psicologico del soggetto. E' di fondamentale importanza che ogni decisore fondi la propria bussola emozionale su basi solide, in quanto le emozioni possono inficiare i processi cognitivi e portare a commettere errori. Si tratta di combinare l'enterocezione, la differenziazione delle emozioni e la regolazione emozionale al fine di prevenire la caduta nell'errore³¹.

L'enterocezione viene considerata quale un processo che conduce a una sintonizzazione con quelli che sono i propri segnali interiori: più un individuo risulta sensibile alle proprie sensazioni, prima comprende come prendere decisioni significative. Essa consta di un duplice aspetto: l'autoriflessione e il marcatore somatico. Il primo garantisce la corretta comprensione dei segnali e riconoscimento degli indizi che possono essere svianti; il secondo funge da sentinella ed è il prodotto di un celere processo di natura inconscia, che porta a mutamenti fisici prima ancora che il ragionamento consapevole abbia avuto il tempo di mettersi al passo.

4. La figura del criminologo sulla scena del crimine

Stante quanto rappresentato poc' anzi, all'interno delle indagini, un ruolo chiave lo svolge, o lo dovrebbe svolgere qualora opportunamente compulsato, il criminologo. Questa figura è di notevole importanza poiché aiuta a individuare aspetti differenti di un'indagine, permettendo così di effettuare un esame più completo e accurato della scena del crimine.

²⁹ Cfr. D. ROBSON, *Le trappole dell'intelligenza. Perché le persone intelligenti fanno errori stupidi*, Milano, Ponte alle Grazie., 2020.

³⁰ Cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIANI, *I paraocchi della mente, in Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione.*, Bologna, Il Mulino, 2017, pagg. 141-173.

³¹ Cfr. D. ROBSON, op. cit.

Ormai è consolidata la circostanza, in ambito internazionale, circa la sussistenza di una stretta cooperazione tra tutte le figure più importanti nell'attività investigativa accanto agli operatori di polizia, tra cui il criminologo, mentre nel nostro paese sussiste ancora una grave carenza in merito alla mancata collaborazione tra i soggetti poc'anzi citati.

Risulta fondamentale che la figura del criminologo o investigatore criminologico che dir si voglia, sia una figura aperta, capace di fronteggiare le situazioni di pericolo e sia aperto a collaborare con il mondo esterno. Affinché raggiunga una certa professionalità, è importante che il criminologo conosca le leggi, il contesto professionale, le teorie psicologiche relative all'individuo, al gruppo e alle altre strutture sociali, come per esempio quella familiare.

Le prime indagini devono inglobare tutte le trascrizioni delle dichiarazioni di coloro che sono coinvolti nell'indagine. In questa prima fase, è necessario trovare più informazioni possibili prima che la scena del crimine venga compromessa da terzi. Inoltre, nelle fasi successive è fondamentale tenere sotto controllo l'aspetto emotivo senza lasciarsi travolgere da ciò che si vede al fine di non pregiudicare le indagini.

Infatti, l'atteggiamento investigativo deve risultare oggettivo, concreto e accurato, al fine di non alterare le prove. Con il susseguirsi delle indagini, è opportuno non fermarsi alle prime ipotesi e indizi ma ricercare continuamente altre piste poiché un'indagine non deve basarsi solo su competenze tecnico-scientifici ma deve andare oltre e considerare altri aspetti che non si possono individuare con mezzi prettamente scientifici.

Condurre indagini nel nostro paese è difficile, poiché viene a mancare un'autonoma dottrina che disciplina le tecniche e i metodi investigativi. Però, oggi, il rischio dell'errore è diminuito rispetto al passato poiché ogni singola traccia viene ricercata, interpretata, repertata attraverso il metodo scientifico e i nuovi mezzi tecnologici disposti dagli investigatori³². Particolarmente rilevante è la capacità di ragionamento dell'investigatore. Quest'ultimo deve saper lavorare con tutte le informazioni a lui pervenute, facendo uso di metodi adeguati. Infatti, l'intelligenza investigativa deve inglobare attraverso un giusto bilanciamento:

- un'intelligenza creativa;
- un'intelligenza logica.

Pertanto, si può definire l'investigazione come quell'attività in cui si ricercano conoscenze per definire la validità di un reato e l'investigare come quel processo in cui si individuano gli indizi utili alla scoperta degli autori di un crimine³³.

³² Cfr. D. CURTOTTI – L. SARAVO, *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, Giappichelli, 2019.

³³ Cfr. F. CARILLO, *Investigatore criminologo*, Centro scientifico editore, 2009.

Figure importanti all'interno di una scena del crimine sono l'investigatore e il criminologo, laddove primo ha il compito di arrivare all'individuazione dell'autore di un dato crimine o delle prove che lo individuano con certezza, mentre il criminologo ha il ruolo di comprendere nella sua totalità il fenomeno delittuoso per poter meglio procedere nell'indagine. Per attuare questi obiettivi è necessario adottare regole chiare e valide per tutti ma queste non sono sempre presenti.

Criminologia e criminalistica affondano le loro radici in Italia, anche se oggi il primato di questi due ambiti è del tutto americano. La criminologia si occupa di studiare i crimini, i loro autori e le loro vittime, quindi la relazione sociale e la possibilità di prevenzione dei crimini stessi.

Non esiste una data di nascita certa per nessuna di queste, ma una data rilevante per la criminologia è il 1876, anno in cui venne pubblicato "L'uomo delinquente" di Cesare Lombroso, criminologo italiano, mentre per la criminalistica il 1902, ovvero la data di Fondazione della Scuola di Polizia Scientifica ad opera di Salvatore Ottolenghi. Inoltre, Sherlock Holmes viene annoverato tra i fondatori della criminalistica in quanto ha proposto un metodo rivoluzionario che si basa sull'individuazione dei colpevoli attraverso indizi e responsabilità³⁴.

Dopo la morte di Lombroso, nel 1909, la criminologia nel nostro paese non rivestirà più alcun ruolo accademico, fino agli anni Sessanta, in cui vengono istituite nuovamente le cattedre di criminologia a Roma, Genova e Torino, nell'ambito delle facoltà mediche. Nel 1910 si deve ad un allievo di Lombroso, Salvatore Ottolenghi, la fondazione della Scuola di Polizia scientifica in quel di Roma³⁵.

Fino agli anni Cinquanta la criminologia italiana si inserisce nell'ambito dell'antropologia criminale, per poi, fino agli anni settanta arrivare verso posizioni di integrazione interdisciplinare pur mantenendo una dimensione di carattere clinico, tanto da assurgere a quella che venne definito criminologia clinica.

A differenza della criminologia, la criminalistica è l'insieme delle tecniche di investigazione, che comprendono la grafologia, l'analisi delle tracce ematiche, del DNA, l'analisi balistica, l'indagine tossicologica, la dattiloscopia e le nozioni fondanti della medicina legale. Mentre, l'investigazione si occupa di mettere insieme gli elementi provenienti dalla criminologia e dalla criminalistica, analizzare questi dati al fine di ricercare la verità.

In particolare, criminologia e criminalistica sono due scienze criminali che hanno diverse finalità nell'analisi del delitto e del reato. La criminalistica ricerca

³⁴ Cfr. S. CURTI, *Criminologia e sociologia della devianza*, Cedam, Padova, 2017, pagg.12-13.

³⁵ Cfr. G. CECCAROLI, *Sulle tracce del delitto. Le Indagini tecnico-scientifiche nell'attività di polizia giudiziaria*, Imprimitur, Collana Tracce, 2003.

le prove, gli indizi, ed è la scienza che si occupa di repertare e di condurre vari tipi di rilievi sulla scena del crimine; la criminologia studia le cause e cerca di individuare i metodi di prevenzione del crimine e della criminalità. Al contrario, l'investigazione criminale si inserisce nell'ambito dell'attività investigativa da parte delle forze dell'ordine, ed è divisibile in: investigazione preventiva, che fa riferimento ad una fase antecedente alla commissione di un reato con finalità preventiva, e investigazione di polizia giudiziaria che invece prende avvio a seguito dell'acquisizione di una *notitia criminis*.

Le discipline sopra citate è vero che sono autonome in quanto utilizzano metodi e tecniche differenti, ma sono legate dall'ambito dell'investigazione, poiché quest'ultima condivide con esse il percorso di ricerca scientifico che conduce all'analisi dei dati e all'accertamento della verità.

Nelle investigazioni moderne è necessario utilizzare un metodo di studio e di ricerca di tipo interdisciplinare che prevede una collaborazione con esperti e specialisti delle scienze del settore. Al centro dell'indagine va posta la figura dell'investigatore, la quale utilizza gli strumenti offerti dalla criminalistica investigativa, dalla psicologia giudiziaria e dalla criminologia clinica.

La criminologia investigativa pone come obiettivo, all'inizio e alla fine di ogni attività, l'essere umano. Si ritiene fondamentale partire da uno spazio che estenda il dialogo tra l'investigatore, vari esperti e attori coinvolti al fine di ridurre un giudizio soggettivo, favorendo così una comunicazione che segue un approccio sistematico. Nell'analisi del campo investigativo, un punto centrale è rappresentato dal controllo delle emozioni, le quali hanno la capacità di condizionare gli esperti. Le indagini devono essere svolte con criteri oggettivi, muovendosi con tempestività e razionalità sulla scena del crimine. Solo la consapevolezza investigativa può consentire di affrontare validamente ogni caso.

Allo scopo di condurre indagini valide è importante sapere cosa e come cercare gli indizi. Infatti, il metodo investigativo deve sempre partire dal particolare, dai dettagli del caso al fine di arrivare, attraverso un processo di induzione alla formazione, all'ipotesi teorica specifica del caso. Quindi, l'investigatore criminologo deve raccogliere gli elementi, interpretarli secondo regole di logica comune ed arrivare a comprendere il singolo fenomeno criminoso.

Nella gestione della questione criminale è indispensabile una sintesi tra l'investigatore e le discipline forensi, quali la psichiatria forense, la psicologia giuridica e investigativa, la criminologia, le scienze empirico-sociali. Infatti, l'investigazione criminologica deve attuare una collaborazione con le scienze empirico-sociali al fine di ricercare non solo il colpevole ma anche le caratteristiche individuali di un soggetto. Infatti, sulla scena del delitto intervengono anche psichiatri e psicologi clinici, poiché queste figure sono chiamate a comprendere il fenomeno delittuoso, la scoperta e analisi delle cause

che ha portato il soggetto a compiere un reato e all'individuazione del trattamento utile per la rieducazione del criminale.

L'investigatore criminologo, dunque, deve basare la sua indagine sull'aspetto psicologico dell'uomo che ha compiuto il reato ma deve concentrare la sua attenzione anche sugli altri attori coinvolti nella scena del crimine. Per questo, è importante che l'investigatore si formi in una scuola specializzata poiché intraprendere un percorso di formazione significa prepararsi a lavorare in gruppo sul campo, all'introspezione, ai rapporti con l'altro, all'apertura sociale e all'ascolto. Infatti, è fondamentale, per lavorare e compiere indagini, avere una formazione globale e permanente.

L'attività investigativa è influenzata dal cambiamento delle norme processuali e dalla maggiore variabilità delle tipologie di reato. Ad oggi, i crimini che presentano lacune investigative sono sempre più numerosi e ciò propone l'attivazione di una collaborazione tra le strutture competenti favorendo così la composizione di *team* investigativi adatti a indagare su quel particolare tipo di reato. Questo aspetto non deve essere estremizzato poiché non si può immaginare una condivisione completa di punti di vista e di approcci metodologici, ma proprio nella differenza si deve rimanere in possesso di una propria specificità.

Il modello criminologico tiene presente il rinnovarsi dell'uomo nella sua interazione con la società, in particolare nella comprensione degli stimoli che lo conducono verso il reato. È importante acquisire cognizioni e mentalità dinamiche per poter utilizzare la conoscenza dei meccanismi della criminogenesi e della criminodinamica in funzione delle investigazioni da svolgere. È essenziale che ci sia uno scambio dialettico e intellettuale tra gli operatori dell'indagine, e che gli esperti vengano considerati figure professionali importanti per le investigazioni; per far ciò è necessario accrescere l'esperienza comune operando fianco a fianco.

5. Il sopralluogo cd. criminologico e la scena geografica del crimine

La sola sicurezza in una qualsiasi condotta delittuosa è che il soggetto responsabile del crimine e la vittima/obiettivo siano entrati in contatto tra loro in un determinato contesto temporale e spaziale. L'osservazione *de visu* di questo determinato luogo di contatto e la condotta assunta dal criminale in relazione al contesto spaziale del delitto costituisce l'avvio di qualsivoglia valutazione di un evento criminoso³⁶.

La scena del crimine, come abbiamo visto, è la rappresentazione dell'insieme dei luoghi dove il reato ha trovato la sua consumazione, costituisce

³⁶ Cfr. D. MAGLIOCCA, *Il sopralluogo criminologico sulla "scena geografica del crimine"*, in *Rivista Sicurezza e Giustizia*, IV/MMXX.

la risultanza della connessione tra vittima, aggressore e l'ambiente in cui ciò è avvenuto; rappresenta l'insieme delle prove materiali e dei comportamenti del reo e di tracce che non abbisognano di sola osservazione per ciò che sono ma per quello che potrebbero significare e lasciar trasparire.

Il sopralluogo criminologico si discosta da quello tecnico-giudiziario per l'oggetto di ricerca. Quest'ultimo mette in risalto tutto quanto possa servire alla ricostruzione della dinamica oggettiva del crimine attraverso l'individuazione delle tracce di reato; il sopralluogo criminologico, invece, rappresenta un'acuta attività di osservazione incrociata che si compie a mezzo sia dell'esame approfondito del dato criminalistico e del suo valore intrinseco e sia con la ricerca del valore estrinseco delle tracce circostanziali e forensi che si trovano sulla scena del crimine, da cui si possono trovare le condotte del reo al momento del fatto nonché quelle che sono le sue caratteristiche.

Il sopralluogo criminologico segue la ricostruzione tecnica della scena ponendosi in una fase successiva e, pur avvalendosi di quanto di concreto emerso dall'esame del luogo del delitto, va al di là del perimetro contraddistinto dal nastro colorato che delimita la scena del crimine fisica per cercare di comprendere le motivazioni profonde che stanno alla base della sua condotta, nonché chi possa aver commesso quel crimine. Allorquando vi sia un sopralluogo criminologico della scena del crimine, la traccia rinvenuta può assumere una valenza maggiore poichè non si fa riferimento esclusivamente alla traccia di tipo criminalistico, ma anche a quella di tipo cognitivo, cioè a delle tracce che esprimano un significato, a tutti quegli elementi della scena del crimine che potenzialmente potrebbero portare alla identificazione dello stile dell'autore, al probabile movente; quegli elementi identificativi che, rapportandosi alle azioni compiute e alle modalità di attuazione, posseggono elementi riguardanti la soggettività in azione³⁷.

Il criminale potrebbe portare sulla scena del crimine (secondo il principio dell'interscambio di Locard) alcuni patterns di comportamento atti a ricomporre la sequenza logica e la modalità di ciò che viene commesso e lasciato sulla scena del crimine, la tipologia e il livello di rischio del criminale, la coazione psicologica sulla vittima, il movente, la strategia dell'atto criminale, l'espressività dell'offender in cui si possono scorgere le emozioni che hanno portato il reo nella direzione dell'*acting out* in quel modo e non diversamente, il dinamismo tra le scene e la scelta di un determinato luogo anziché un altro.

Il sopralluogo criminologico, interagendo con le tradizionali tecniche investigative, ha la finalità di far emergere il significato celato degli aspetti maggiormente difficoltosi di un crimine confinati nel *modus operandi*, nella firma criminale, nella storia della vittima e nelle possibili relazioni esistenti all'interno

³⁷ Cfr. G. DE LEO – P. PATRIZI, *Psicologia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2002.

e tra gli attori sociali del crimine, ossia vittima/reo e, da ultimo, anche nelle interrelazioni geografiche dei luoghi coinvolti in un evento delittuoso di natura seriale.

Ricostruire la fase mentale del reo significa far venire alla luce i passaggi attraverso i quali viene ideata e organizzata l'azione delittuosa, ossia quello che è accaduto nella mente del criminale, nella sua fantasia e immaginazione³⁸. Soprattutto nei crimini di natura seriale, lo studio delle modalità operative e della condotta del criminale consente un collegamento dei crimini tra loro, e di consentire una distinzione tra un'azione manifesta da una strumentale, aspetti potenzialmente volti a provocare una variazione distanziale sull'attività geospaziale del reo. E' indispensabile, quindi, ben conoscere il substrato ambientale dei crimini per effettuare una più che plausibile previsione di localizzazione del criminale.

Il *geographic profiling* si basa sulla componente geografica delle condotte criminali e rappresenta un'appendice dell'analisi investigativa-cognitiva della scena del crimine ma, rispetto a quest'ultima, indirizza l'attività di sopralluogo verso la cosiddetta «scena geografica del crimine». Confrontando il punto di primo incontro con la vittima e il luogo di abbandono del cadavere, la scena del crimine sarà ovviamente rappresentata da quest'ultimo, poichè rappresenta il luogo più adatto per le analisi criminalistiche. Entrambi questi luoghi (così come anche altre *locations* eventualmente coinvolte nel reato) si rapportano tra loro spazialmente, costituendo all'uopo la «scena geografica del crimine»³⁹.

Per quanto concerne il *geographic profiling*, lo scopo principale del sopralluogo criminologico è quello di individuare con precisione lo schema comportamentale spaziale del criminale all'interno di ogni *location* della scena del crimine, la loro relazione spaziale, e tra la probabile zona della *home base* del reo e dove sono avvenuti i crimini, insistendo sulla rilevanza del dove la vittima o un *target* sono entrati in contatto con l'offender e dove si consumano i crimini.

Il sopralluogo criminologico sulla scena geografica del crimine concerne sicuramente la tipologia di crimine consumato e il *modus operandi* del criminale. Tuttavia, lo stesso osserva, in particolare, le caratteristiche di attrattività dell'obiettivo, la familiarità del criminale in rapporto alle potenziali vie di fuga e la maggiore o minore facilità di percorrenza delle arterie stradali, la presenza di ostacoli fisici nonchè psicologici, la conoscenza dell'area in tutte le sue componenti essenziali, la velocità, la direzione, e nel complesso tutti quei fattori del crimine che possono influenzare la scelta e la selezione dei luoghi di un delitto. Il *geographic profiling* rappresenta infatti una interazione di relazioni

³⁸ Cfr. B. F. CARILLO – U. FORNARI – G. L. GIOVANNINI, *La scena del crimine vista con gli occhi della criminologia*, in *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine* (a cura di D. CURTOTTI – L. SARAVO, Torino, Giappichelli, 2019, pag. 905.

³⁹ Cfr. D. MAGLIOCCA, op. cit.

retrospettiche spaziali in ragione del luogo dove il crimine è stato commesso, di informazioni anticipatorie circa le strategie dell'*offender*, sugli elementi spaziali e sociodemografici che potrebbero avere ripercussioni sui suoi spostamenti, e di tutto ciò che possa essere indispensabile per addivenire alla sua cattura.

6. Scena del crimine e Intelligenza Artificiale: può essere davvero un connubio?

L'innovazione tecnologica, negli anni che stiamo vivendo, a cavallo di due millenni, ha determinato un'accelerazione unica nella storia dell'umanità. La rivoluzione digitale offre opportunità straordinarie tanto alle indagini che alle minacce criminali, che richiedono studio e un'attenzione costante per intercettare i nuovi pericoli e predisporre per tempo le contromisure⁴⁰. L'utilizzo dei software fondati sull'intelligenza artificiale (IA) in ambito processuale costituisce l'ultima evoluzione della non facile relazione esistente tra le nuove tecnologie e la giurisdizione penale. L'IA, tuttavia, non si limita ad agevolare lo svolgimento di alcune attività processuali, bensì promette – come esprime il termine stesso – di imitare o di riprodurre le capacità cognitive degli esseri umani e, per quanto interessa in questa sede, dei soggetti del processo⁴¹.

In pochi decenni, l'IA si è trasformata da materia fantascientifica in uno dei pilastri delle società contemporanee⁴². Catalogare e riconoscere immagini, tradurre testi, compiere diagnosi o prognosi mediche, pilotare droni o automobili, scrivere canzoni, sono, d'altra parte, solo alcune delle attività che vengono oggi compiute dagli «agenti artificiali»⁴³, resi operanti nell'ambiente oggetto di interesse e con una buona base di conoscenza, di diversi meccanismi di elaborazione, di ragionamento e di conservazione dei dati, la cui finalità è quella di interagire con l'ambiente e con gli attori colà operanti ultimando i *task* indispensabili al perseguimento dell'obiettivo primario⁴⁴.

L'agente possiede sensori attraverso cui è in grado di comprendere ciò che accade circa il contesto circostante e il modo con cui lo stesso si caratterizza; di

⁴⁰ Cfr. V. RIZZI – A. M. GIANNINI, *Investigare 5.0. Criminologia e Criminalistica. Viaggio nel mondo delle indagini*, Piccin Nuova Libreria S.p.A., Padova, 2023.

⁴¹ Cfr. G. DI PAOLO – L. PRESACCO, *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, in Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, n. 63/2022, pag. 10.

⁴² Cfr. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, p. 40

⁴³ Cfr. L. FLORIDI – J.M. SANDERS, *On the Morality of Artificial Agents*, in *Minds and Machines*, 2004, p. 349.

⁴⁴ Cfr. G. BALBI – F. DE SIMONE – A. ESPOSITO – S. MANACORDA, *Diritto Penale e Intelligenza artificiale. "Nuovi scenari"*, in *Materiali e Studi di Diritto Pubblico*, Collana diretta da Giuliano Balbi – Lorenzo Chieffi, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Torino, Giappichelli, 2022, pag. 154.

attuatori che permettono azioni di diverse tipologie (motorie e non); di una componente “intelligente” idonea alla elaborazione e produzione di dati acquisiti e di porre in essere azioni avvalendosi di decisioni adottate. L’agente può altresì mutare la comprensione dell’ambiente prima ricavata e le susseguenti azioni da adottare, e quindi di aggiornare le proprie conoscenze sulla scorta degli elementi successivamente venuti alla luce dall’esame del contesto oggetto di valutazione. Sostanzialmente, come un essere dotato di intelligenza, lo stesso ha la possibilità di “ritornare sui propri passi” (ossia, andare in *backtracking*), percorrendo quindi una strada diversa rispetto a quella intrapresa, per preferirne un altro valutato alla stregua di una maggiore utilità onde conseguire l’obiettivo primario.

Accanto al discusso settore degli algoritmi «predittivi»⁴⁵, uno dei terreni d’elezione principali che l’IA ha attualmente in campo penale è quello degli applicativi biometrici digitali⁴⁶. Con tale locuzione, ci si riferisce a un gruppo eterogeneo di particolari tipologie di software detti *tools*, tesi ad automatizzare l’analisi di caratteristiche fisiologiche della persona (quali le impronte facciali o digitali, la forma della mano, dell’iride, e così via), oppure comportamentali (come la voce, la firma o l’andatura), acquisite da sensori elettronici, elaborate da specifici programmi e, infine, trasformate in modelli matematici⁴⁷.

La scienza biometrica ci mostra, insomma, come, a seguito del progresso tecnologico, i nostri corpi si siano trasformati «in una “miniera a cielo aperto” dalla quale attingere dati ininterrottamente»⁴⁸; essi sono, infatti, “oggetto di un processo di decomposizione ove ogni aspetto viene raccolto, conservato e consegnato ad una macchina”⁴⁹. I *tools* prendono in considerazione una nutrita serie di criteri fisionomici e metrici, dotati di portata individualizzante, essendo

⁴⁵ All’interno di tale eterogeneo *genus* rientrano, tanto quei mezzi preventivi, come i software di *predictive policing*, che hanno il fine di identificare ex ante il tempo e il luogo di commissione di attività illecite, quanto quelli operanti in sede procedimentale, volti a compiere predizioni razionali su comportamenti futuri individuali (tipico esempio sono i *risk assessment tools*, tesi a calcolare il rischio di recidiva o di fuga di un prevenuto). V., sul punto, tra i molti, S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in Riv. dir. process., 2020, pag. 605.

⁴⁶ Per ampie ricerche in argomento, v. Greens/EFA, *Biometric & Behavioural Mass Surveillance in EU Member States*, in www.greens-efa.eu, 25 ottobre 2021, oppure C. Wendehorst, Y. Duller, *Biometric Recognition and Behavioural Detection. Study Requested by the JURI and PETI committees*, Bruxelles, 2021.

⁴⁷ Cfr. E. SACCHETTO, *Spunti per una riflessione sul rapporto tra biometria e processo penale*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2019, n. 2, pag. 476.

⁴⁸ Cfr. S. RODOTA’, *Trasformazioni del corpo*, in *Politica dir.*, 2006, pag. 6.

⁴⁹ Cfr. F. PAOLUCCI, *Riconoscimento facciale e diritti fondamentali: è la sorveglianza un giusto prezzo da pagare?*, in *Media Laws – Rivista di diritto dei Media*, 2021, n. 1, pag. 208.

persino in grado di estrarre caratteristiche fisionomiche non percepibili dall'occhio umano⁵⁰.

Siamo, pertanto, di fronte ad applicativi capaci di dar vita a un'indagine assai più avanzata rispetto alle operazioni di raffronto tra fotografie e/o frame di video, svolte, fino a oggi, in modo per lo più intuitivo, finanche dagli stessi giudici e, nondimeno, consentite dalla giurisprudenza⁵¹.

I sistemi di riconoscimento facciale hanno pure il vantaggio di prestarsi a una pluralità di impieghi procedurali assai eterogenei. Simili tecnologie possono essere applicate, tanto per finalità di stretta identificazione (cioè per verificare la corrispondenza tra identità fisica e identità anagrafica di una persona), quanto per ricostruire l'attività criminosa. Il fatto che un software riconosca il volto di una persona su una scena del crimine può, evidentemente, rappresentare un'informazione preziosa, sia per orientare le indagini, sia in chiave probatoria.

Quanto appena affermato non deve, tuttavia, far pensare che tali device siano utili solo per finalità repressive o per la ricerca di persone scomparse/rapite. Se è pur vero, infatti, che gli applicativi di *face detection* sono stati finora impiegati soprattutto dalle autorità di *law enforcement*, è indubbio che potrebbero idealmente giovare anche alle difese, laddove potessero avvalersene⁵². Un'esigenza di questo tipo potrebbe, ad esempio, verificarsi nei casi in cui l'algoritmo servisse per avvalorare una prova d'alibi (si pensi all'ipotesi in cui il sospettato fosse ripreso aliunde nell'ora di commissione di un reato), oppure comunque per argomentare la tesi dell'estraneità dell'indagato/imputato dall'illecito (ciò potrebbe accadere laddove la macchina non riconoscesse il volto della persona tra quelli presenti sulla scena del crimine). Sulla scorta di queste considerazioni, ben si comprenderà come, onde evitare il determinarsi di uno scottante problema di parità delle armi, risulti importante che, allorquando un ordinamento penale decida di dotarsi di siffatti meccanismi, ne consenta poi l'accesso anche ai prevenuti, che lo richiedano per finalità difensive.

Purtuttavia, non vanno sottaciuti, al contrario, i rischi derivanti da tali strumenti: sebbene i *software* più moderni garantiscano, in condizioni ideali, un livello di performance assai elevato, va posto in rilievo che, nell'applicazione pratica, essi possono essere indotti in errore da molteplici fattori, tanto esogeni (quali, ad esempio, la scarsa qualità delle immagini, oppure la tipologia di luce),

⁵⁰ Cfr. N. BALOSSINO – S. SIRACUSA, *L'identificazione basata sul volto: metodi fisionomici e metrici*, in Security Forum, Bergamo, 2004, pag. 3.

⁵¹ *Ex multis* Cass. pen., sez. II, 2 ottobre 2009, n. 40731, in *DeJure*.

⁵² Cfr. G. LASAGNI – G. CONTISSA, *Making Criminal Procedure Rights Computable*, in G. Contissa, G. Lasagni, M. Caianiello, G. Sartor (a cura di), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives. A Computable Approach to Criminal Procedure Law*, Leiden-Boston, 2022, pag. 43.

quanto endogeni (come, ad esempio, un non adeguato “allenamento” dell’algoritmo da parte degli sviluppatori).

A tali considerazioni di fondo, deve aggiungersi che i *facial recognition systems* sono affetti, tanto da molteplici problematiche “trasversali”, che caratterizzano le eterogenee forme di IA impiegate in campo giuridico, quanto da una serie di criticità peculiari, legate al loro funzionamento specifico⁵³.

7. Conclusioni

Va sottolineato che neanche la più recente fiducia nella scienza, nella tecnologia e nella ragione, che ha portato a considerare come prova certa solo quella scientifica, è riuscita ad eliminare completamente il rischio di incorrere in errori di vario genere, in quanto va ricordato che al centro dell’indagine rimane sempre l’essere umano, che, pur avvalendosi di strumenti tecnologici, soggiace sempre e comunque ai limiti intrinseci alla sua natura. Gli errori commessi durante le indagini, così come quelli processuali, questi ultimi dovuti anche ai primi, durante gli ultimi decenni hanno portato alla nascita di realtà, soprattutto di natura associativa, con lo scopo di attenzionare gli errori giudiziari e trovarne le motivazioni e, eventualmente, proponendo soluzioni.

A mero titolo di esempio, due studiosi americani, Barry Scheck e Peter Neufeld, nel 1992 fondarono l’ente associativo no-profit *Innocence Proje*, con lo scopo di scoprire le ragioni degli errori nei metodi e nelle prassi sia investigative sia giudiziarie⁵⁴ e arrivare a coloro che sono stati erroneamente condannati e scarcerarli grazie alla prova del DNA, oltre che proporre una riforma ordinamento giudiziario americano al fine di non incorrere più in palesi errori che hanno come conseguenza condanne ingiuste⁵⁵.

Sulla scorta di quanto detto poc’anzi a proposito di Scheck e Neufeld, nel 2012 il *Newkirk Center for Science & Society* dell’Università della California, l’Università del Michigan e il *Michigan State University College of Law* insieme al *Center of Wrongful Convictions* della Northwestern University concertarono un progetto denominato Registro Nazionale delle Assoluzioni (*National Registry of Exoneration*), che aveva lo scopo di fornire e aggiornare un elenco dettagliato di tutte le persone assolte in seguito alla revisione del processo a partire dal 1989 negli Stati Uniti, identificando le cause dell’errore anche indipendentemente dalla prova del DNA.

⁵³ Cfr. G. DI PAOLO – L. PRESACCO, op. cit., pag. 19.

⁵⁴ Cfr. A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *I paraocchi della mente, In Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, Il Mulino, 2017, pagg. 141-173.

⁵⁵ Cfr. G. GULOTTA – P. EGNOLETTI – B. NICCOLAI – L. PAGANI, *Tendenze generali e personali ai bias cognitivi e la loro ricaduta in campo forense: fondamenti e rimedi*, in *Sistema Penale*, 2021.

Nel nostro paese, per citare una statistica del 2018, sono stati versati 33 milioni di euro per 895 casi di ingiusta detenzione⁵⁶, per poi essere assolti al termine dell'iter processuale; nello stesso anno, gli errori giudiziari hanno avuto una esosa conseguenza, costringendo lo Stato italiano a versare circa 48 milioni di euro a fronte di 913 innocenti condannati in maniera ingiusta⁵⁷. Per errore giudiziario è da intendersi il caso in cui la persona venga condannata in via definitiva e successivamente assolta dopo un processo di revisione. Dal 1992 al 2017, a causa di errori processuali che hanno portato a condanne ingiuste sono stati erogati quasi 700 milioni di euro; se si considerano anche gli errori giudiziari la somma ammonta a 768 milioni per un totale di 26 mila persone ingiustamente condannate⁵⁸. Nonostante i numeri allarmanti, in Italia poco si è fatto e si fa tutt'ora in nome del giusto processo, a differenza degli Stati Uniti dove c'è da sempre una forte spinta di provenienza dallo Stato stesso, per comprendere a fondo e risolvere le ragioni e le cause di tanti errori a partire dall' *Innocence Project*.

Nel lontano 1993, già c'era chi⁵⁹ poneva l'attenzione sull'ineluttabile e universale incertezza che caratterizzava la società contemporanea sottolineando l'impossibilità di detenere le competenze cognitive giuste per risolvere le problematiche o il totale controllo sulle implicazioni delle scelte, in quanto la presenza degli errori di valutazione e di previsione si consideravano causa del funzionamento stesso del sistema cognitivo e dai suoi intrinseci limiti.

È palese la consapevolezza che il considerarsi esperti – e tali sono gli operatori forensi – in un determinato ambito e riconoscendo ormai la presenza dei *bias*, non conferisca quella sicurezza per proteggersi da queste trappole della mente. Gli studi ed approfondimenti che vertono sulle tendenze sistematiche delle trappole cognitive risultano alquanto avanzati, a differenza di quelli che caratterizzano l'esposizione degli individui più vulnerabili a queste tendenze sistematiche.

Bisogna vedere la evoluzione di tutti questi studi e soprattutto occorre effettuare approfondite valutazioni di ciò che già è noto al servizio di una formazione, per un verso volta a rendere palese la consapevolezza dei propri limiti razionali e, dall'altro, tesa a studiare modalità che portino ad un risultato concreto, il tutto per neutralizzare, quanto meno per ridurre le caratteristiche personali che possono condurre all'errore, le cui conseguenze, come abbiamo avuto modo di vedere, possono essere nefaste. Se la valenza dei *bias* cognitivi non

⁵⁶ Fonte <https://forogiurisprudenzacptp.blogspot.com>.

⁵⁷ Fonte <https://www.errorigiudiziari.com>.

⁵⁸ Cfr. G. GULOTTA, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati. Commento alle Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, Giuffrè, Milano, 2018.

⁵⁹ Cfr. R. RUMIATI – N. BONINI, *Le decisioni degli esperti*, Bologna, Il Mulino, 1996.

è ancora compresa, e men che meno è compresa l'azione volta a mitigarli, non si potrà mai essere dei pensatori critici⁶⁰.

Si rileva inoltre come l'auspicata introduzione di insegnamenti psicologici nel piano di studi in Giurisprudenza non sia stato accolto, anche se sono sorti diversi corsi di laurea, con taglio sia giuridico che socio-psicologico, che potranno aiutare nella comprensione di questi fenomeni.

La giustizia, intesa nel suo significato omnicomprensivo, dalle indagini fino alla fase processuale, non può operare prescindendo dagli uomini, pur con l'ausilio, come detto poc'anzi, delle tecnologie e della nuova era dell'IA, e quindi dalla consapevolezza dell'esistenza dei loro processi emotivi, affettivi, cognitivi, comportamentali, motivazionali, solo per citarne alcuni. Non può prescindere, perchè gli elementi cd. umani risultano essere preponderanti, vedasi le denunce, le cause, le dinamiche degli eventi indagati, così come le ripercussioni e le procedure e metodi mediante i quali si effettuano investigazioni, accertamenti e ricostruzioni dei fatti; umani sono i codici di legge e la loro interpretazione; umani sono i giudizi e le decisioni della magistratura; umani sono i significati delle sentenze come le loro applicazioni e implicazioni. Una giustizia autoreferenziale risulta dunque di per sé un paradosso. Un sistema giudiziario che si mostri sordo ai processi psicologici relegandoli sullo sfondo, quasi come non lo riguardassero, risulta essere un palese controsenso e si configura come un sistema pervaso da un pauroso deficit di credibilità interno. Un sistema giudiziario che risulta sprovvisto di un'adeguata consapevolezza metacognitiva corre il rischio di essere più vulnerabile rispetto all'errore"⁶¹.

Per concludere, l'auspicio del presente lavoro, è quello di attenzionare agli operatori del mondo del diritto le insidie e le trappole cognitive in cui possono incorrere, ciò per consentirgli, rifuggendo la visione a tunnel, di operare con maggiore consapevolezza, scevri da indebiti condizionamenti. L'auspicio è che lo sforzo compiuto per focalizzare le nuove risultanze di individuazione e mitigazione dei *bias*, possa servire a discernere i dubbi ragionevoli da quelli che non lo sono.

⁶⁰ Cfr. J. B. SOLL - K. L. MILKMAN - J. W. PAYNE, *A user's guide to debiasing. The Wiley Blackwell handbook of judgment and decision making*, 2, 2015, pagg. 924-951.

⁶¹ Cfr. L. PUDDU, *Introduzione in AA.VV., Processi penali Processi psicologici, studi sull'attività forense di Guglielmo Gulotta*, Giuffrè, Milano, 2009, pagg. 1-15.

QUESTIONI SUL FINE VITA: IL DISEGNO DI LEGGE N. 570/2024

The end-of-life debate: draft law n. 570/2024

di
Alessandro Galli*

Particolarmente intenso negli ultimi anni è stato il dibattito giuridico relativo alla necessità di una legge volta a regolare pratiche attraverso le quali gli individui scelgono volontariamente di porre fine alla propria esistenza. Atteso che è sicuramente inammissibile il riconoscimento di un vero e proprio diritto al suicidio, anche se inteso come declinazione negativa del diritto alla vita da quella teoria secondo cui un diritto ricomprende in sé tanto il diritto ad esercitarlo quanto quello a non esercitarlo, il ricorso al suicidio assistito e alle pratiche eutanasiche deve essere ancorato alla presenza di determinate condizioni. Ed è proprio su questo punto, cioè sull'individuazione dei requisiti necessari al fine di accedere a tali pratiche, che si sono avuti gli scontri di opinioni più accesi. La Giurisprudenza, talvolta con buoni talaltra con pessimi risultati, ha tentato a più riprese di intervenire in modo da bilanciare gli interessi in gioco; tuttavia, l'incertezza derivante dalla mancanza di una disciplina legislativa in materia permane.

In the last few years, the legal debate on the need for a law regulating practices through which individuals voluntarily choose to put an end to their existence was particularly intense. Given that the recognition of a real right to suicide is definitely inadmissible, even if meant as a negative declination of the right to life by that theory according to which a right includes in itself both the right to exercise it and the right to not exercise it, the recourse to assisted suicide must be anchored to certain conditions. It is precisely to this point, namely on the identification of the necessary requirements in order to access to such practices, that the clashes of opinions have been more heated. The Jurisprudence, sometimes with good and other times with bad results, repeatedly tried to intervene in order to balance the interests at stake; however, the uncertainty arising from the lack of a legislation on this matter persists.

* Dottore in Giurisprudenza Università di Foggia

Sommario: 1. Brevi cenni sul tema del fine vita – 2. La disciplina attualmente vigente: la legge n. 219 del 2017 – 2.1. Il naufragio del disegno di legge n. 2553 – 3. Il «nuovo» disegno di legge n. 570 – 4. Considerazioni conclusive

1. Brevi cenni sul tema del fine vita

La tematica del fine vita è quanto mai complessa a causa della necessità di bilanciare le esigenze di tutela dell'autodeterminazione del singolo¹ con quelle relative alla tutela di un bene fondamentale: la vita dell'individuo². In effetti, se si conferisce una tutela smisurata alla prima, inevitabilmente si finisce col ledere la seconda, e viceversa.

La questione ha fatto emergere la netta contrapposizione intercorrente fra la tesi paternalistica e quella anti-paternalistica. I sostenitori della prima tesi³ ritengono infatti che sia assolutamente necessario, nonché giustificato dall'esigenza di tutelare il bene della vita umana e della salute quell'intervento del legislatore (penale) teso a limitare l'autodeterminazione dell'individuo laddove il suo esercizio si traduca in un danno nei confronti dello stesso soggetto agente.

Dall'altro lato, gli anti-paternalisti⁴ accettano l'intervento punitivo dello Stato nei soli casi in cui questo sia diretto ad evitare che vengano arrecati danni a soggetti diversi da quello che compie la scelta, negando fermamente che il diritto penale possa impedire agli individui di arrecare un danno a sé stessi⁵.

La situazione, già particolarmente delicata, si complica ulteriormente quando la scelta dell'individuo abbia come effetto l'interruzione di trattamenti sanitari di sostegno vitale, per tali intendendosi quei trattamenti necessari a

¹ A. CARMINATI, *L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019;

C. CASONATO, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *Il Mulino*, 2017, pp. 597 ss.

² Sul punto S. SASSO, *Libertà di autodeterminazione e tutela della vita umana*, in *Diritto.it*, 2019

³ Fra gli altri D. PULITANÒ, *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 489 ss.;

M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 984 ss.

⁴ Fra cui A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, pp. 223 ss.;

J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law*, Oxford University Press, Londra, 1987, pp. 1 ss.;

J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Oxford University Press, Londra, 1859, pp. 1 ss.

⁵ Sul punto D. MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, in *Criminalia*, 2011, pp. 275 ss.

mantenere in vita il paziente affetto da una malattia⁶. Più precisamente, alla luce della sentenza della Corte d'assise di Massa del 27 luglio del 2020 relativa al caso Trentini⁷, all'interno di tale nozione vi rientra qualsiasi trattamento sanitario, non necessariamente consistente nella dipendenza del malato da una macchina dalla cui interruzione derivi la morte del paziente, anche in maniera non rapida.

Sicuramente, a fronte della totale inerzia del legislatore⁸, all'evoluzione della disciplina in materia ha contribuito la giurisprudenza dapprima con la nota sentenza del G.U.P di Roma⁹ sul caso Welby¹⁰ e, in seguito, con la sentenza della Corte di cassazione n. 21748 del 2007 sul caso Englaro¹¹, nonché con la pronuncia n. 242 del 2019 della Corte costituzionale relativa al caso Dj Fabo¹².

Con riferimento al primo dei tre casi sopracitati, occorre ricordare che Piergiorgio Welby era affetto da distrofia fascio-scapolo-omerale, malattia degenerativa incurabile che comporta la progressiva ed inesorabile atrofizzazione dei muscoli, lasciando però intatte le facoltà intellettive del malato. Quando nel 1997 la sua situazione clinica si aggravò venne tracheotomizzato e visse gli ultimi anni della sua vita grazie al sostegno della respirazione e dell'alimentazione artificiale.

A questo punto Welby fu costretto a rivolgersi alla magistratura non tanto al fine di ottenere il riconoscimento formale dell'esistenza di un diritto a sospendere le terapie, quanto per ottenere la piena e concreta attuazione di questa volontà, resasi necessaria a seguito del rifiuto proveniente dalla struttura ospedaliera cui si era rivolto. Quest'ultima infatti, in base di una teoria a dir poco

⁶ D. MAZZON, *Sul fine vita va chiarito il concetto di trattamenti di sostegno vitali*, in *quotidianosanità.it*, 2023.

⁷ Si segnala F. LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre Dj Fabo: la nozione di «trattamenti di sostegno vitale» nella sentenza sul caso Trentini*, in *sistemapenale.it*, 2020.

⁸ A tal proposito O. DI GIOVINE, *Spunti di riflessione sull'auspicata incipiente proceduralizzazione del fine vita (e sul ruolo di giudici ordinari e costituzionali nella definizione dell'area di rilevanza penale)*, in G. D'ALESSANDRO-O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 187 ss.

⁹ Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, n.m.

¹⁰ Fra gli altri M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno «spazio libero dal diritto»*, in *Cass. Pen.*, 2007, pp. 912.

¹¹ In merito G. BUFFONE, *Caso Englaro: patologia irreversibile e interruzione della terapia di sostegno vitale*, in *Altalex*, 2009, pp. 1 ss.;

V. CARBONE, *La Cassazione precisa sul caso Englaro*, in *associazioneicostituzionalisti.it*, 2008.

¹² C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, in *sistemapenale.it*, 2019, pp. 33 ss.

bizzarra, sosteneva che all'atto del distacco del respiratore artificiale sorgesse in capo al sanitario l'obbligo di «procedere immediatamente al reimpianto del ventilatore, constatato il pericolo di vita connesso al suo mancato funzionamento ed allo stato di sedazione del malato, che si trovava quindi non più in grado di decidere»¹³. Il Tribunale Civile¹⁴, nonostante il riconoscimento della fondatezza della pretesa, dichiarò il ricorso inammissibile sulla base di una non meglio definita «non azionabilità del diritto».

Fu proprio in questo periodo che Welby espresse con maggior vigore la volontà di porre fine alle sue sofferenze mediante la sospensione dei trattamenti di sostegno vitale cui era sottoposto; per questo motivo, si mise in contatto con il Dott. Riccio, che accettò di operare il distacco del respiratore artificiale che lo teneva in vita previa sedazione, necessaria al fine di evitargli le atroci sofferenze derivanti dalla morte per soffocamento¹⁵. Dopo la morte di Welby, il giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Roma disponeva l'imputazione coatta¹⁶ nei confronti dell'anestesista per omicidio del consenziente (art. 579 del Codice Penale)¹⁷. Tuttavia, il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Roma emanò sentenza di non luogo a procedere nei confronti del Dott. Riccio, in quanto non punibile per il reato di omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p. per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere di cui all'articolo 51 del Codice penale. Il G.U.P., all'interno della motivazione della sentenza, riconosce espressamente «l'esistenza di un diritto della persona a rifiutare o interrompere le terapie mediche, discendente dal principio enunciato dal secondo comma dell'art. 32, Cost., secondo il quale “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”»¹⁸.

¹³ M. DONINI, *op. cit.*, pp. 902 ss.

¹⁴ Trib. di Roma, Sez. I, 15 dicembre 2006.

¹⁵ A. MASSARO, *La storia delle questioni di fine vita raccontata dalle vicende umane e giudiziarie di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro e Fabiano Antoniani*, in M. SINISI- N. POSTERARO (a cura di), *Questioni di fine vita*, Roma Tre-Press, Roma, 2020, pp. 41 ss.

¹⁶ La Procura infatti aveva presentato richiesta di archiviazione il 5 marzo 2007.

¹⁷ Trib. di Roma, ord. 7 giugno 2007.

¹⁸ Trib. di Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, n.m.

Secondo il ragionamento seguito dal giudice di Roma, il consenso del malato¹⁹ è elemento necessario ed imprescindibile ai fini della sottoposizione dello stesso ad un determinato trattamento sanitario, che diviene illegittimo ove questo consenso manchi ovvero venga revocato. Il legislatore può infatti obbligare il cittadino a sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario solo laddove questo abbia lo scopo di tutelare la salute collettiva (si pensi alle vaccinazioni obbligatorie)²⁰. Il G.U.P. prosegue affermando che «alla luce del dettato chiarissimo dell'art. 32 comma 2, della Costituzione, nonché alla luce dell'interpretazione che di esso è stata data dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, non possono, in nessuna sede, essere disattesi il riconoscimento e la tutela del diritto all'autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario, diritto che contempla ovviamente anche il caso di rifiuto di nuova terapia e lo speculare caso di interruzione della terapia già iniziata»²¹. In altri termini, il diritto previsto dall'art. 32 comma 2 della Costituzione è perfetto, nel senso che non necessita di attuazione mediante normazione secondaria, e si sostanzia in una pretesa di astensione dall'imporre trattamenti sanitari ove manchi il consenso del paziente, ma anche di intervento se il consenso, originariamente prestato, venga revocato²². Il G.U.P., invertendo il ragionamento effettuato dal G.I.P. nella pronuncia precedentemente menzionata, chiarisce che non è più il diritto alla vita a porsi quale limite al diritto all'autodeterminazione, quanto piuttosto il contrario; tanto è vero che «la difesa approntata dall'ordinamento all'inviolabilità della vita deve cedere di fronte alla condotta del medico che possa metterla a rischio o addirittura pregiudicarla, se tale condotta sia stata posta in essere in ossequio alla volontà liberamente e consapevolmente espressa, sulle terapie cui sottoporsi o non sottoporsi, dallo stesso titolare del bene protetto»²³.

¹⁹ Si consiglia la lettura di C. BRIGNONE, *Autodeterminazione e informazione, salute e consenso informato: tra strumenti normativi e prassi giurisprudenziali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2010; M. BRUCALE, *Il consenso dell'avente diritto. Quando la vita è un bene disponibile*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, pp. 1 ss.

²⁰ Per un approfondimento sul tema F. GANDOLFI, *L'intervento sanitario obbligatorio: il punto su TSO e ASO*, in *Diritto.it*, 2023

²¹ Trib. di Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, n.m.

²² Sul punto F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Rivista italiana di dir. e proc. pen.* 2001, pp. 377 ss.

²³ Trib. di Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, n.m.

Il caso Englaro, culminato nel decreto della Corte d'appello di Milano n. 88 del 2008, ha posto rilevanti problematiche inerenti alla manifestazione della volontà di interrompere i trattamenti di sostegno vitale da parte di quel paziente che si trovi in uno stato vegetativo permanente²⁴ e la conseguente possibilità che questa volontà venga espressa dal tutore del malato²⁵. Prima di procedere all'esame della pronuncia in questione appare doveroso descrivere la situazione in cui Eluana Englaro versava: il 18 gennaio 1992 si verifica un incidente stradale a seguito del quale alla ventunenne viene diagnosticato un gravissimo trauma cranio-encefalico con lesione di alcuni tessuti cerebrali corticali e subcorticali, da cui deriva prima una condizione di coma profondo, e poi, in progresso di tempo, un persistente stato vegetativo con tetraparesi spastica e perdita di ogni facoltà psichica superiore, quindi di ogni funzione percettiva e cognitiva e della capacità di avere contatti con l'ambiente esterno. Preso atto dell'irreversibilità della sua condizione, il Tribunale di Lecco, con sentenza del 19 dicembre 1996, dichiara l'interdizione di Eluana Englaro per assoluta incapacità, nominando tutore il padre Beppino Englaro. Il tutore di Eluana Englaro, che nel frattempo era stata sottoposta ai trattamenti di idratazione ed alimentazione artificiale permanente, avviò, nel 1999, l'iter necessario ad ottenere l'interruzione delle cure predette, asserendo che la condizione in cui sua figlia versava fosse incompatibile con il concetto di dignità che aveva caratterizzato la vita della stessa, nonché con la sua volontà. Il Tribunale di Lecco rigetta il ricorso presentato da Beppino Englaro per due ordini di ragioni: la paziente non poteva²⁶, proprio a causa della condizione di salute nella quale si trovava, esprimere la propria volontà, dovendo la stessa

²⁴ Per tale intendendosi una condizione di totale inconsapevolezza di sé e dell'ambiente circostante, ove, però, le funzioni respiratorie e cardiocircolatorie, con alternanza di fasi di sonno e di veglia, permangono pressoché intatte: in buona sostanza vi è una dissociazione tra vita vegetativa e vita cosciente

²⁵ Sul punto fra gli altri T. GROPPÌ, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Politica del diritto*, 2009, pp. 483 ss.;

A. MASSARO, *La storia delle questioni di fine vita raccontata dalle vicende umane e giudiziarie di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro e Fabiano Antoniani*, cit., pp. 41 ss.;

R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro italiano*, I, 2009, p. 49;

S. ROSSI, *Il Parlamento, la Cassazione e il diritto di Eluana*, in *forumcostituzionale.it*, 2008

S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Rivista italiana di dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1561

²⁶ A differenza di quanto accaduto a Piergiorgio Welby, la cui condizione patologica gli consentiva comunque di esprimere la propria volontà; sul punto G. BUFFONE, *Caso Englaro: patologia irreversibile e interruzione della terapia di sostegno vitale*, in *Altalex*, 2009, pp. 1 ss.

necessariamente promanare dal diretto interessato data la delicatezza dei diritti in gioco; inoltre, secondo il Tribunale di Lecco la nutrizione e l'idratazione artificiali non rientravano nel concetto di trattamenti sanitari, impedendo l'applicazione del comma 2 dell'articolo 32 della Costituzione. Nel 2002 Beppino Englaro formulò nuovamente richiesta al Tribunale di Lecco per ottenere l'interruzione delle cure cui Eluana era sottoposta; il Tribunale rigettò nuovamente il ricorso che, perciò, venne impugnato dinnanzi alla Corte d'appello di Milano che, nel conformarsi alla pronuncia del Tribunale, invitò il legislatore a colmare il vuoto normativo in materia di fine vita. Corretto il vizio procedurale che aveva determinato il respingimento del primo ricorso in Cassazione contro la pronuncia della Corte d'appello di Milano, Beppino Englaro presenta nuovamente ricorso alla Corte di cassazione che, con una rivoluzionaria pronuncia²⁷, ascolta le sue ragioni e rinvia la decisione ad altra sezione della Corte d'appello meneghina.

La sentenza n. 88 del 2008 della Corte d'appello di Milano ha recepito quanto previsto dalla Corte di cassazione²⁸ in materia: se il malato giace da molti anni in stato vegetativo permanente ed è tenuto in vita da un sondino nosogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario²⁹. Ovviamente, affinché il giudice possa disporre in tal senso, è necessaria la sussistenza di determinati requisiti: innanzitutto, la condizione del malato deve essere irreversibile, non residuando alcuna possibilità di recupero della coscienza o di ritorno alla percezione del mondo esterno; inoltre, la richiesta del tutore deve essere «realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi

²⁷ Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Diritto.it*, 2008

²⁸ Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Diritto.it*, 2008

²⁹ Da qui emerge chiaramente la qualificazione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali come trattamenti sanitari, in quanto caratterizzati da una serie di tecniche e procedure che necessitano dell'intervento iniziale di personale sanitario specializzato; ad oggi la questione non si pone, dato che l'art. 1 comma 5 della legge n. 219 del 2017 prevede che: «[...] ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici [...]»

convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona»³⁰.

Infine, l'ultimo dei procedimenti citati è quello scaturito, a seguito della morte di Dj Fabo³¹, nei confronti di Marco Cappato, accusato del reato di istigazione e aiuto al suicidio di cui all'articolo 580 del Codice Penale per aver accompagnato Antoniani, affetto da tetraplegia e cecità a seguito di un incidente stradale, presso la clinica «Dignitas» in Svizzera dove si sottopose al suicidio assistito, per tale intendendosi l'atto del porre fine alla propria esistenza in modo consapevole mediante l'autosomministrazione di dosi letali di farmaci da parte di un soggetto che viene appunto «assistito» da un medico. Il 13 giugno 2014 infatti, al termine di una serata in un locale, Dj Fabo, per chinarsi a raccogliere il cellulare che gli era sfuggito di mano, sbandò in maniera vigorosa e la sua vettura si scontrò contro un'altra che procedeva sulla corsia d'emergenza; a causa dell'urto fu sbalzato fuori dall'abitacolo ed iniziò il suo calvario. Dopo anni di terapie che non portarono ad alcun miglioramento, Fabiano Antoniani maturò la propria volontà di porre fine alle sofferenze che lo affliggevano mediante il ricorso a forme di aiuto a morire; perciò, si mise in contatto con l'associazione «Luca Coscioni», di cui Cappato era membro.

A questo punto, la Corte d'assise di Milano sollevò questione di legittimità costituzionale dell'articolo 580 del Codice Penale nella parte in cui incriminava la condotta di partecipazione fisica o materiale al suicidio altrui senza escludere la rilevanza penale della condotta di chi aiuta il malato terminale o irreversibile a porre fine alla propria vita, quando il malato stesso ritenga le sue condizioni di vita fonte di una lesione del suo diritto alla dignità.

Tralasciando la discutibile scelta della Corte costituzionale di invitare il Parlamento a legiferare sulla materia³², salvo poi, preso atto dell'inerzia dello stesso³³, dichiarare l'incostituzionalità dell'articolo 580 del Codice Penale «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato

³⁰ Corte d'appello di Milano, 25 giugno 2008, n. 88, in *Ansa.it*, 2008.

³¹ Sull'argomento P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla «non punibilità» dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in *sistemapenale.it*, 2020; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2018, pp. 153 ss.

³² Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, in *biodiritto.org*, 2019

³³ C. CUPELLI, *op. cit.*, pp. 33 ss.

e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi»³⁴, particolarmente interessanti sono i requisiti richiesti a tale scopo dalla Corte. Già nell'ordinanza n. 207 del 2018, poi richiamata nella sentenza del 2019, la Corte costituzionale aveva previsto la legittimità di forme di aiuto al suicidio al ricorrere di 4 requisiti: a) il paziente deve essere affetto da patologia irreversibile; b) la malattia deve essere fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che il paziente trova assolutamente intollerabili; c) i trattamenti di sostegno vitale debbono essere necessari al mantenimento in vita del paziente; d) questi deve essere comunque capace di prendere decisioni libere e consapevoli. La sussistenza di tali condizioni deve essere verificata da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Dunque, a fronte dell'immobilismo legislativo che ha caratterizzato la delicata materia del fine vita, la giurisprudenza è intervenuta a più riprese cercando di adeguare la risposta pubblica al mutato sentire sociale³⁵; nonostante, talvolta, ciò sia avvenuto con mezzi discutibili³⁶, non si può negare l'importanza del lavoro da essa svolto nella disciplina del fine vita.

2. La disciplina attualmente vigente: la legge n. 219 del 2017

La (auspicata) proceduralizzazione del fine vita³⁷ è avvenuta in parte con la legge n. 219 del 22 dicembre 2017, intitolata «Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento». La legge in esame, all'articolo 1, dichiara espressamente di ispirarsi agli articoli 2,13 e 32 della Costituzione, nonché agli articoli 1,2, e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; il diritto alla vita, il diritto alla salute e quello alla dignità umana costituiscono i tre beni fondamentali in materia di fine vita, della cui tutela la legge in questione intende occuparsi.

³⁴ Corte Cost., 24 settembre 2019, n. 242, in *Corte costituzionale.it*, 2019

³⁵ Sulla tematica A. NAPPI, *Vite strappate alla morte e rifiuto di dogmi: il proficuo dialogo tra scienza penalistica e Giurisprudenza*, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 984

³⁶ A tal proposito A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207/2018)*, in *Consulta Online*, 2019, 1, p. 92

³⁷ Prendendo in prestito il titolo di O. DI GIOVINE, *op. cit.*, pp. 187 ss.

Il comma 3 dell'articolo 1³⁸ prevede il c.d. consenso informato, cioè il diritto dell'individuo di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere adeguatamente informato in merito ai trattamenti sanitari ai quali sottoporsi³⁹; il diritto in questione è comprensivo altresì del rifiuto o della rinuncia alle suddette informazioni. Inoltre, l'articolo 1 della legge n. 219 del 2017, al comma 5⁴⁰, riconosce al paziente anche il diritto al «rifiuto informato», ossia alla consapevole rinuncia a trattamenti sanitari⁴¹, compresi quelli necessari al mantenimento in vita del paziente⁴². Come afferma Canestrari: «il legislatore del 2017 è pienamente consapevole che il rifiuto informato e la rinuncia consapevole di trattamenti sanitari si pongono non all'esterno della relazione medico-paziente, né in contrapposizione ad essa, ma anzi rappresentano l'esito di una scelta maturata all'interno del rapporto di alleanza terapeutica, con il compito del medico di accertare i requisiti di validità del rifiuto (personale, reale, informato, chiaramente espresso e attuale)»⁴³. Naturalmente, l'irreversibilità della scelta di rifiutare trattamenti sanitari, soprattutto laddove si tratti di trattamenti di sostegno vitale, comporta che questa si configuri come *extrema ratio*.

Il successivo comma 6 dell'articolo 1 prevede che: «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile

³⁸ Che recita: «Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.»

³⁹ L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, pp. 420 ss.

⁴⁰ «Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento [...]»

⁴¹ Fra i quali, peraltro, vi fa rientrare anche la nutrizione e l'idratazione artificiale

⁴² Tra i primi a commentare la norma P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Rivista resp. medica*, 2018, pp. 1 ss.

⁴³ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato*, in *La legislaz. pen.*, 2018, p. 9

o penale [...]»⁴⁴, operando in tal modo un'equiparazione tra la condotta passiva del medico che si limita a prendere atto del rifiuto di un paziente autonomo di sottoporsi a trattamenti sanitari salvavita e quella necessariamente attiva del medico che debba dare attuazione ad una volontà in tal senso espressa da un soggetto non autonomo (si pensi alla condotta di disattivazione di un sostegno artificiale)⁴⁵. Quest'ultima ipotesi è la più complessa, in quanto il medico è tenuto ad agire al fine di interrompere il trattamento sanitario di sostegno vitale; tuttavia, la legge n. 219 del 2017 effettua un bilanciamento di beni di rango costituzionale che, a discapito di una tutela incondizionata del bene della vita, predilige la tutela del diritto di autodeterminazione del singolo⁴⁶. Un intervento in tal senso del legislatore era assolutamente necessario al fine di sancire inequivocabilmente la legittimità della condotta attiva del medico, diretta a dare attuazione al diritto del paziente di rinunciare al proseguimento di un trattamento sanitario ove questi non sia nelle condizioni di interromperlo autonomamente⁴⁷.

Pienamente condivisibile appare la scelta del legislatore di non regolamentare l'obiezione di coscienza⁴⁸ del medico, poiché tale previsione si sarebbe posta in contrasto con una disciplina che ha lo scopo di promuovere la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico basata sul consenso informato, nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e l'autonomia professionale del sanitario, senza richiedere contemperamenti tra valori confliggenti⁴⁹. Ad ogni modo, ciascun medico ha la facoltà di astenersi dal compiere atti diretti a provocare la morte del paziente (anche se intesa come

⁴⁴ art. 1 comma 6, l. n. 219 del 22 dicembre 2017

⁴⁵ Si consiglia in proposito M. DI MASI, *Effetti redistributivi della Legge n. 219/2017 nel rapporto fra medico e paziente*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, pp. 1 ss.

⁴⁶ In senso critico C. LEOTTA, *Perché la vita è un diritto indisponibile*, in *alleanzacattolica.org*, 2019

⁴⁷ S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 9

⁴⁸ Sul tema si consiglia C. B. CEFFA, *Obiezione di coscienza e scelte costituzionalmente vincolate nella disciplina sul «fine vita»: indicazioni e suggestioni da una recente giurisprudenza costituzionale*, in *Nomos*, 2021, pp. 1 ss.

⁴⁹ P. BORSELLINO, *Biotestamento: i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Fin. e Sviluppo*, 2018, pp. 8 ss.

liberazione dalle sofferenze)⁵⁰, spettando alla struttura sanitaria il compito di assicurare la realizzazione delle richieste del paziente⁵¹.

Preso atto del riconoscimento in capo al paziente del diritto di rifiutare o di interrompere trattamenti sanitari, anche di sostegno vitale, l'articolo 2 della più volte citata legge n. 219 del 2017⁵² si preoccupa di specificare che tale rifiuto non si traduce necessariamente nella rinuncia ad ogni tipo di trattamento, ivi compreso il ricorso a forme di terapia del dolore.

In base alle considerazioni svolte fino ad ora è chiaro che la legge n. 219 non ha il fine di riconoscere a ciascun individuo un vero e proprio «diritto a morire»⁵³ ma semplicemente quello di garantire il diritto al consenso/rifiuto informato di trattamenti sanitari, anche necessari alla sopravvivenza; non sono in alcun modo ammesse e liceizzate ed anzi sono assistite da precisi divieti penali pratiche eutanasiche e forme di aiuto al suicidio⁵⁴.

⁵⁰ G. BASSETTI, *Testamento biologico. I vescovi italiani chiedono obiezione di coscienza per interruzione alimentazione e idratazione*, in *quotidianosanità.it*, 2019

⁵¹ In tal senso il comma 9 dell'art. 1 l. n. 219/2017, in base al quale: «Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale».

⁵² «Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38. Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente. Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

⁵³ Sul punto A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *disCrimen*, 2020, pp. 1 ss.;

A. MANNA, *Ancora sul diritto a morire*, in *disCrimen*, 2023, pp. 1 ss.

⁵⁴ Per chiarire il concetto è utile ricorrere ulteriormente alle parole di S. CANESTRARI, *op. cit.*, 15: «La differenza tra le due situazioni è chiara: nel primo caso, l'esito letale è causato dalla malattia che fa il suo corso non contrastata dai trattamenti sanitari rifiutati o impedita da presidi terapeutici cui il paziente ha il diritto di rinunciare; nella seconda ipotesi il decesso non è determinato dalla patologia e la somministrazione di farmaci (come una dose letale di pentobarbital di sodio) ha come scopo quello di provocare con il consenso del paziente la sua morte immediata».

L'articolo 3 si occupa dei minori e degli incapaci⁵⁵ prevedendo che il consenso/rifiuto informato venga manifestato rispettivamente dal titolare della responsabilità genitoriale, ovvero dal tutore, dall'amministratore di sostegno e dal rappresentante legale della persona inabilitata o interdetta.

La vera novità introdotta dalla legge n. 219 del 2017 è costituita dall'articolo 4, intitolato «disposizioni anticipate di trattamento»⁵⁶. L'articolo in questione

⁵⁵ «La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà. Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità. Il consenso informato della persona interdetta ai sensi dell'articolo 414 del codice civile è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità. Il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata. Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere. Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria».

⁵⁶ «1. Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata "fiduciario", che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.

2. Il fiduciario deve essere una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo, che è allegato alle DAT. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT. Il fiduciario può rinunciare alla nomina con atto scritto, che è comunicato al disponente.

3. L'incarico del fiduciario può essere revocato dal disponente in qualsiasi momento, con le stesse modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione.

4. Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. In caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile.

5. Fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1, il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente

infatti introduce nel nostro ordinamento il «testamento biologico», ossia un documento scritto con il quale una persona, in grado di intendere e di volere, esprime la propria volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposta, qualora non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso a causa di malattie o lesioni traumatiche cerebrali irreversibili o invalidanti, che costringono il soggetto a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali e che impediscono una normale vita di relazione⁵⁷.

Il comma 1 dell'articolo 4 prevede che le D.A.T. (disposizioni anticipate di trattamento) possono essere espresse da soggetti maggiorenni capaci di intendere e di volere in previsione di un'eventuale futura incapacità, dopo aver acquisito le informazioni necessarie sulle conseguenze delle scelte in questione. Con le stesse viene individuato il fiduciario in altra persona maggiorenne capace di intendere e di volere (comma 2 art. 4), a patto che questi accetti la nomina sottoscrivendo le disposizioni anticipate di trattamento. Ai sensi del comma 5 il medico è tenuto al rispetto delle volontà espresse dal paziente all'interno delle D.A.T.; tuttavia, laddove queste appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla situazione clinica del paziente nel momento in cui devono

ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5, dell'articolo 3.

6. Le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7. Sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa. Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni.

7. Le regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili.

8. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministero della salute, le regioni e le aziende sanitarie provvedono a informare della possibilità di redigere le DAT in base alla presente legge, anche attraverso i rispettivi siti internet».

⁵⁷ G. BALDINI, *la legge 219/17 tra molte luci e qualche ombra*, in *Diritti Fond.*, 2019, pp. 25 ss.

essere eseguite, ovvero sia possibile fare ricorso a terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, il medico, d'accordo col fiduciario, può disattenderle in tutto o in parte⁵⁸.

I commi 6 e 7 prevedono che le D.A.T. devono essere redatte con atto notarile, atto pubblico o scrittura privata autenticata, ovvero con scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza di quest'ultimo e annotata in apposito registro o presso le strutture sanitarie se le Regioni di appartenenza abbiano adottato modalità telematiche di gestione della cartella clinica o del fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione di dati del singolo iscritto al SSN e che abbiano con proprio atto regolamentato la raccolta di copia delle D.A.T. Le disposizioni sono sempre revocabili; nei casi in cui non sia possibile farlo con le forme con cui sono state redatte, la revoca può avvenire con dichiarazione verbale o videoregistrata dal medico, con l'assistenza di due testimoni⁵⁹.

L'articolo 5 è invece dedicato alla «pianificazione condivisa delle cure»⁶⁰ tra paziente e medico, alla quale il medico deve attenersi anche qualora il malato venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o rifiuto. Inoltre, il comma 4 prevede che il paziente possa manifestare il proprio consenso a determinati trattamenti sanitari ovvero possa procedere alla nomina

⁵⁸ P. ZATTI, *op. cit.*, pp. 1 ss.

⁵⁹ Sulle criticità di tale complessa procedura S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Rivista italiana di dir. e proc. pen.*, 2018, pp. 55 ss.;

⁶⁰ «1. Nella relazione tra paziente e medico di cui all'articolo 1, comma 2, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'equipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità.

2. Il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia sono adeguatamente informati, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, in particolare sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative.

3. Il paziente esprime il proprio consenso rispetto a quanto proposto dal medico ai sensi del comma 2 e i propri intendimenti per il futuro, compresa l'eventuale indicazione di un fiduciario.

4. Il consenso del paziente e l'eventuale indicazione di un fiduciario, di cui al comma 3, sono espressi in forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare, e sono inseriti nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. La pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico.

5. Per quanto riguarda gli aspetti non espressamente disciplinati dal presente articolo si applicano le disposizioni dell'articolo 4».

di un fiduciario anche attraverso video-registrazione o dispositivi che gli consentano di comunicare.

Nonostante l'indiscutibile passo in avanti fatto in materia, anche grazie alla legge appena esaminata, come afferma Cuccuru «dopo tanto fulgore, dopo lampate accecanti che hanno caratterizzato lo scontro dialettico tra le varie posizioni che si fronteggiavano, una volta promulgata la legge si è passati ad una luce fioca, quasi caravaggesca»⁶¹. Questo perché, purtroppo, come spesso avviene, numerose sono state le difficoltà applicative che hanno interessato la legge n. 219 del 2017. Tra i numerosi problemi interpretativi, il primo ha riguardato la banca dati presso il Ministero della Salute: ci si chiedeva infatti se questa dovesse limitarsi ad attestare l'espressione delle D.A.T., con indicazione del luogo ove sarebbe stato possibile reperirle, ovvero dovesse contenere essa stessa una copia delle disposizioni. Ancora, permanevano dei dubbi in merito alla possibilità di imporre una standardizzazione delle D.A.T. ai fini del loro inserimento nei registri elettronici, poiché dall'articolo 4 emerge che, nonostante debbano rivestire una forma determinata, le stesse rientrano negli atti a contenuto libero. Infine, dalla disciplina dettata dalla legge n. 219 non risultava chiaro se la legittimazione ad accedere alla banca dati fosse limitata al solo personale medico in procinto di iniziare o proseguire un trattamento sanitario nei confronti di un paziente incapace di autodeterminarsi o, viceversa, l'accesso fosse consentito a chiunque (a patto che si tratti di appartenenti al personale sanitario)⁶².

Tralasciando le pur rilevanti problematiche che investono gli aspetti procedurali e attuativi della normativa, appare evidente che il legislatore non ha risolto tutte le questioni poste da una materia così delicata come quella del fine vita⁶³. La legge n. 219 del 2017, di fatti, non tratta in alcun modo i temi dell'eutanasia e del suicidio assistito⁶⁴, che, ad oggi, necessitano senza dubbio di una disciplina legislativa dato l'ampio utilizzo che si fa di questi strumenti in

⁶¹ P. CUCCURU, *Riflessioni in ambito di testamento biologico*, in *Altalex*, 2021, pp. 1 ss.

⁶² Si consiglia R. POTENZANO, *La morte medicalmente assistita tra regolamentazioni nazionali europee e prospettive legislative italiane*, in *biodiritto.org*, 2021, 3, pp. 247 ss.

⁶³ Ancora una volta, in tal senso, si è espressa O. DI GIOVINE, *op. cit.*, pp. 187 ss.

⁶⁴ C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2017, pp. 123 ss.

Europa, e non solo⁶⁵. A ciò si aggiunga che, a prescindere dalle opinioni personali di ciascun individuo, è innegabile che vi sia stato un mutamento del sentire sociale in relazione a questi argomenti, tale da rendere necessario un intervento del legislatore.

2.1. Il naufragio del disegno di legge n. 2553

Animata dall'esigenza di disciplinare il suicidio assistito, che (giòva ricordarlo) si differenzia dall'eutanasia (in cui il medico compie la famigerata «iniezione letale») da un punto di vista meramente naturalistico, in quanto è il paziente ad autosomministrarsi il farmaco letale seppur con l'ausilio del personale sanitario⁶⁶, la Camera dei Deputati approvò, in data 10 marzo 2022, il disegno di legge n. 2553, intitolato «disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita».

L'articolo 1⁶⁷ inquadra la finalità del d.d.l. nella volontà di regolare la facoltà di una persona affetta da patologia irreversibile di richiedere assistenza medica

⁶⁵ S. GROSSO, *Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale italiana a confronto: il peso specifico della dignità personale nelle scelte di fine vita*, in *federalismi.it*, 2020;

M. GUERRERO PICÒ, *Corte costituzionale Colombia, sentenza n. C-164/2022, dell'11 maggio, che depenalizza il suicidio medicalmente assistito*, in *Cortecostituzionale.it*, 2022;

F. LAZZERI, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma «commerciale»*, in *sistemapenale.it*, 2020;

A. MANNA, *op. cit.*, pp. 1 ss.;

A. MANNA, *Ancora sulla differenza tra Corte costituzionale italiana e tedesca in tema di aiuto al suicidio: congetture e confutazioni*, in *Resp. medica*, 2022, pp. 97 ss.;

D. ORENTLICHER, *The implementation of Oregon's Death with Dignity Act: reassuring, but more data are needed*, in *Psychology, Public Policy and Law*, 2000, pp. 489 ss.;

O. POLIPO, *La legalizzazione del suicidio assistito in Canada: quando i poteri costituzionali sono complementari*, in *Diritto Pen. Contemporaneo*, 2016, pp. 1 ss.

⁶⁶ Una definizione viene fornita all'articolo 2 del d.l. n. 2553, secondo cui: «1. Si intende per morte volontaria medicalmente assistita il decesso cagionato da un atto autonomo con il quale, in esito al percorso disciplinato dalle norme della presente legge, si pone fine alla propria vita in modo volontario, dignitoso e consapevole, con il supporto e sotto il controllo del Servizio sanitario nazionale, secondo le modalità previste dagli articoli 4 e 5.

2. Tale atto deve essere il risultato di una volontà attuale, libera e consapevole di un soggetto pienamente capace di intendere e di volere.

3. Le strutture del Servizio sanitario nazionale operano nel rispetto dei seguenti principi fondamentali:

a) tutela della dignità e dell'autonomia della persona;

b) tutela della qualità della vita fino al suo termine;

c) adeguato sostegno sanitario, psicologico e socio-assistenziale alla persona malata e alla famiglia».

⁶⁷ «La presente legge disciplina la facoltà della persona affetta da una patologia irreversibile e con prognosi infausta o da una condizione clinica irreversibile di richiedere assistenza medica, al fine di porre fine

per porre fine volontariamente e autonomamente alla propria vita. Già dalla lettura dell'articolo in questione emerge la chiara intenzione del legislatore di non spingersi sino a disciplinare, e di conseguenza liceizzare, l'eutanasia, ossia la condotta omicidiaria del medico, nonostante questa si renda necessaria nell'ipotesi in cui il paziente non sia in grado, a causa della patologia da cui è affetto, di realizzare autonomamente l'atto teso a porre fine alle proprie sofferenze⁶⁸.

Quanto ai presupposti e alle condizioni per poter accedere alla morte volontaria medicalmente assistita, l'articolo 3⁶⁹, in controtendenza con la giurisprudenza costituzionale cristallizzatasi nella sentenza n. 242 del 2019, richiede espressamente la capacità d'intendere e di volere a fronte della (mera) capacità di prendere decisioni libere e consapevoli richiesta dai giudici costituzionali. Inoltre, il medesimo articolo, elenca i requisiti dei quali il richiedente deve essere in possesso: a) patologia irreversibile con prognosi infausta, fonte di sofferenze fisiche e psichiche repute intollerabili; b) sottoposizione a trattamenti di sostegno vitale. Ebbene, ancora una volta emergono frizioni tra il testo di legge in esame e quanto sancito dalla sentenza n. 242 del 2019, derivanti dall'utilizzo di una congiunzione coordinante in luogo di una disgiuntiva: il d.l. n. 2553 richiede espressamente l'intollerabilità delle sofferenze sia sotto l'aspetto fisico che psichico, laddove la Corte costituzionale riteneva sufficiente la riferibilità delle sofferenze in questione ad uno soltanto dei due aspetti⁷⁰.

volontariamente e autonomamente alla propria vita, alle condizioni, nei limiti e con i presupposti previsti dalla presente legge e nel rispetto dei principi della Costituzione, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

⁶⁸ M. ROMANO, *Fine vita e suicidio assistito. Dalla Corte costituzionale a una disciplina legislativa. Il disegno di legge n. 2553*, in *Rivista italiana di dir. e proc. pen.*, 2022, p. 949

⁶⁹ «1. Può fare richiesta di morte volontaria medicalmente assistita la persona che, al momento della richiesta, abbia raggiunto la maggiore età, sia capace di intendere e di volere e di prendere decisioni libere, attuali e consapevoli, adeguatamente informata, e che sia stata previamente coinvolta in un percorso di cure palliative al fine di alleviare il suo stato di sofferenza e le abbia esplicitamente rifiutate o le abbia volontariamente interrotte.

2. Tale persona deve altresì trovarsi nelle seguenti concomitanti condizioni:

a) essere affetta da una patologia attestata dal medico curante o dal medico specialista che la ha in cura come irreversibile e con prognosi infausta, oppure essere portatrice di una condizione clinica irreversibile, che cagionino sofferenze fisiche e psicologiche che la persona stessa trova assolutamente intollerabili;
 b) essere tenuta in vita da trattamenti sanitari di sostegno vitale, la cui interruzione provocherebbe il decesso del paziente».

⁷⁰ M. PICCINI, *Una legge «gentile» sull'aiuto medico a morire*, in *Biolato journal*, 2023, pp. 167 ss.

Dal combinato disposto degli articoli 2-3-4 del d.l. n. 2553 emerge che la procedura di richiesta di aiuto al suicidio si divide in tre fasi: a) la prima fase (art. 2) prende avvio dalla richiesta del paziente e si compie nell'ambito del rapporto tra paziente e medico; b) la seconda (art. 3) fase viene avviata dal medico che, preso atto della volontà del paziente di essere aiutato a morire, attribuisce alla Direzione Sanitaria competente, che si avvale di un Collegio, il compito di verificare la sussistenza delle condizioni imposte dallo stesso disegno di legge; c) infine, l'ultima fase (art. 4)⁷¹ è quella di attuazione della volontà del paziente mediante la prestazione dell'aiuto medico a morire, per cui, se si conclude positivamente la verifica del Collegio in ordine alla presenza dei presupposti necessari, questi lo comunica alla Direzione sanitaria che provvede ad individuare il medico che darà attuazione alla procedura.

Occorre a questo punto analizzare più nello specifico le caratteristiche di ciascuna delle fasi sovraespresse. Per quanto concerne la prima, al fine di formalizzare la richiesta, il paziente deve rivolgersi al medico di fiducia o, in mancanza, a quello individuato dall'azienda sanitaria locale. Il medico è tenuto a valutare meticolosamente che sussistano le condizioni di cui all'articolo 3 «in dialogo con il paziente»; è cioè tenuto a verificare che la scelta del paziente sia libera e consapevole, anche alla luce della condizione in cui il paziente versa. Inoltre, qualora la richiesta derivi dalla mancata informazione al paziente circa la possibilità di accedere a cure palliative, il medico è tenuto a proporle al malato e, se questi vi acconsente, ai suoi familiari⁷².

⁷¹ «1. La richiesta di morte volontaria medicalmente assistita deve essere attuale, informata, consapevole, libera ed esplicita. La richiesta deve essere manifestata per iscritto e nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. La richiesta può essere revocata in qualsiasi momento senza requisiti di forma e con ogni mezzo idoneo a palesare la volontà.

2. Nel caso in cui le condizioni della persona non lo consentano, la richiesta può essere espressa e documentata con videoregistrazione o qualunque altro dispositivo idoneo che le consenta di comunicare e manifestare inequivocabilmente la propria volontà, alla presenza di due testimoni e di un pubblico ufficiale che attesti l'autenticità, la data e il luogo di espressione della volontà dell'interessato.

3. La richiesta di morte volontaria medicalmente assistita deve essere indirizzata al medico di medicina generale o al medico che ha in cura il paziente, nel rispetto della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico.

4. Ricevuta la richiesta, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, anche ai suoi familiari le conseguenze di quanto richiesto e le possibili alternative, e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica».

⁷² Per approfondire l'argomento B. LIBERALI, *Il ddl sulla morte medicalmente assistita: un ulteriore problematico tassello del complesso rapporto fra legislatore, Corte costituzionale e corpo elettorale*, in *Diritti Comparati*, 2022

In relazione alla seconda fase, la Direzione Sanitaria, ricevuta dal medico la richiesta del paziente, costituisce un Collegio composto da un medico responsabile della procedura, (almeno) un altro medico specializzato nella patologia da cui il malato è affetto, un medico legale ed uno psicologo clinico; peraltro, il responsabile della procedura, di concerto col medico di fiducia, può individuare altri esperti il cui inserimento nel Collegio sia valutato come utile ai fini della decisione in ordine alla richiesta. Il Collegio deve coinvolgere il paziente quanto più possibile nella procedura e, inoltre, laddove non accolga la richiesta, è tenuto a fornire un'adeguata motivazione⁷³.

Per quanto riguarda la terza ed ultima fase, nel procedere all'individuazione del medico e del personale che attuerà la procedura (così come definita dal medico responsabile della procedura assieme al paziente), la Direzione Sanitaria deve tenere conto delle richieste del paziente.

A questo punto, appare doveroso menzionare l'articolo 6⁷⁴ del disegno di legge in esame in quanto, a differenza della legge n. 219/2017 che volutamente non menzionava l'obiezione di coscienza del medico, prevede tale facoltà. In particolare, nei lavori preparatori è emersa la volontà di evitare il conflitto tra paziente e medico, portatori di interessi contrastanti, facendo ricadere sugli enti ospedalieri l'onere di assicurare l'espletamento delle procedure previste dal disegno di legge.

⁷³ Per spunti comparatistici sul punto si consiglia G. GIAIMO, *Considerazioni sparse, in chiave comparatistica, sulle proposte di legge in tema di eutanasia e suicidio medicalmente assistito*, in *biodiritto.org*, 2019, 3, 27 ss.

⁷⁴ «1. L'esercente la professione sanitaria non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'assistenza alla morte volontaria medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata entro tre mesi dalla data di adozione del regolamento di cui all'articolo 7 al direttore dell'azienda sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera, nel caso di personale dipendente.

2. L'obiezione di coscienza può sempre essere revocata o essere proposta anche fuori del termine di cui al comma 1, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione ai soggetti di cui al comma 1.

3. L'obiezione di coscienza esonera l'esercente la professione sanitaria dal compimento delle procedure e delle attività specificamente dirette al suicidio e non dall'assistenza antecedente l'intervento.

4. Gli enti ospedalieri pubblici autorizzati sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure previste dalla presente legge adottando tutte le misure, anche di natura organizzativa, che si rendano necessarie. La regione ne controlla e garantisce l'attuazione».

L'articolo 7⁷⁵, inoltre, prevede l'istituzione di Comitati per la valutazione clinica presso le aziende sanitarie locali, entro 180 giorni dall'eventuale entrata in vigore del d.l., allo scopo di tutelare tanto il paziente quanto il personale sanitario.

Infine, l'articolo 8⁷⁶ sancisce la non punibilità del medico e del personale sanitario, nonché di tutti coloro «che abbiano agevolato in qualsiasi modo la persona malata ad attivare, istruire e portare a termine la predetta procedura»⁷⁷, a patto che siano state rispettate le disposizioni previste nel d.l..

Dunque, esaminato nel dettaglio il disegno di legge n. 2553, si può certamente affermare che, nonostante si fosse limitato a disciplinare il c.d. suicidio assistito (forse perché non erano ancora maturi i tempi per occuparsi di eutanasia), si trattasse di un progetto chiaro e completo, in grado di venire incontro alle esigenze delle parti chiamate in causa: il paziente affetto da patologia irreversibile e desideroso di porre fine alle proprie sofferenze da un lato e il personale sanitario bisognoso di indicazioni deontologiche dall'altro⁷⁸. Tuttavia, complice la fine anticipata della XVIII legislatura, il disegno di legge n.

⁷⁵ «1. Al fine di garantire la dignità delle persone malate e di sostenere gli esercenti le professioni sanitarie nelle scelte etiche a cui sono chiamati, con regolamento adottato con decreto del Ministro della salute, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, previo parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono istituiti e disciplinati i Comitati per la valutazione clinica presso le aziende sanitarie locali.

2. I Comitati di cui al comma 1 devono essere multidisciplinari, autonomi e indipendenti, costituiti da medici specialisti, ivi compresi palliativisti, e da professionisti con competenze cliniche, psicologiche, giuridiche, sociali e bioetiche idonee a garantire il corretto ed efficace assolvimento dei compiti ad essi demandati.

3. Ai componenti dei Comitati di cui al comma 1 non spettano compensi, gettoni di presenza, rimborsi di spese o altri emolumenti comunque denominati».

⁷⁶ «1. Le disposizioni contenute negli articoli 580 e 593 del codice penale non si applicano al medico e al personale sanitario e amministrativo che abbiano dato corso alla procedura di morte volontaria medicalmente assistita nonché a tutti coloro che abbiano agevolato in qualsiasi modo la persona malata ad attivare, istruire e portare a termine la predetta procedura, qualora essa sia eseguita nel rispetto delle disposizioni della presente legge.

2. Non è punibile chiunque sia stato condannato, anche con sentenza passata in giudicato, per aver agevolato in qualsiasi modo la morte volontaria medicalmente assistita di una persona prima della data di entrata in vigore della presente legge, qualora al momento del fatto ricorressero i presupposti e le condizioni di cui all'articolo 3 della medesima legge e la volontà attuale, libera, informata e consapevole della persona richiedente fosse stata inequivocabilmente accertata».

⁷⁷ art. 8, d.l. n. 2553

⁷⁸ Per un commento sul disegno di legge n. 2553 dal punto di vista di un «addetto ai lavori» G. R. GRISTINA, *La morte volontaria medicalmente assistita in Italia: un disegno di legge o solo un compromesso politico?*, in *recentiprogressiinmedicina.it*, 2022

2553, approvato dalla Camera dei Deputati e prossimo all'esame in Senato, non è stato approvato.

3. Il «nuovo» disegno di legge n. 570

Il 13 luglio del 2023 nella seduta n. 87 del Senato è stato assegnato, in sede redigente, l'esame del disegno di legge n. 570 alla seconda (Giustizia) e alla decima commissione (Affari sociali, sanità, lavoro pubblico e privato, previdenza sociale). Il d.d.l. in questione, intitolato «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita» e composto da 7 articoli, ha lo scopo di garantire una disciplina unitaria della materia del fine vita, non limitandosi unicamente a ribadire quanto già sancito dalla giurisprudenza, come accaduto in sede di redazione della legge n. 219 del 2017. La relazione esordisce affermando che: «il presente disegno di legge è finalizzato a introdurre norme che consentano e disciplinino la morte volontaria medicalmente assistita»⁷⁹.

L'esigenza dalla quale muove il legislatore è quella di trovare il punto d'equilibrio necessario a tutelare l'autodeterminazione del singolo da un lato e il diritto alla vita dall'altro. La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, come noto, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 580 del Codice Penale nella parte in cui rendeva punibile chi, nel rispetto delle modalità stabilite dagli articoli 1 e 2 della legge n. 219 del 2017, «agevola(va) l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del Servizio Sanitario Nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»⁸⁰. Seppure è indiscutibile il passo in avanti operato dalla giurisprudenza con la sentenza citata, l'articolo 580 c.p.⁸¹ continuava ad incriminare la condotta di aiuto al suicidio nei confronti del malato non sottoposto ad un trattamento di sostegno vitale, anche se affetto da una patologia irreversibile fonte di intollerabili sofferenze; inoltre, era fermamente esclusa la

⁷⁹ d.l. S. 570, in *Senato.it*, 2023.

⁸⁰ Corte Cost., 24 settembre 2019, n. 242, in *Corte costituzionale.it*, 2019.

⁸¹ Sul punto P. BRESCIANI, *Il lungo anno dell'art. 580 cod. pen.: l'art. 17 Codice Deontologia Medica può precludere la partecipazione del medico ai suicidi assistiti?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, pp. 1 ss.

liceità di una condotta attiva del medico volta a liberare il paziente dalle sofferenze patite. In altri termini, a fronte della parziale legittimazione dell'aiuto al suicidio (soggetta al concorrere delle già menzionate condizioni), permaneva la punibilità delle condotte eutanasiche⁸². Nella relazione al disegno di legge n. 570 si rileva come «in sostanza quindi, le situazioni sottratte dalla Corte all'operatività dell'articolo 580 del codice penale coprono solo una parte del più vasto scenario di malattie irreversibili, fonti di intollerabili dolori e profondamente offensive della dignità del malato e, in siffatti contesti, l'aiuto al suicidio non presenta una sostanziale differenza rispetto all'omicidio del consenziente e non coinvolge comunque la citata sentenza n. 242. Questo in ragione del fatto che la Corte costituzionale, attraverso l'appropriato utilizzo dei propri poteri, ha definito la vicenda oggetto del giudizio di merito, affidando il prosieguo al Parlamento»⁸³.

Allo stesso modo della sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, anche il disegno di legge n. 2553, approvato dalla Camera dei Deputati ma mai in Senato a causa dello scioglimento anticipato delle camere, si limitava a disciplinare i casi di aiuto al suicidio senza considerare le ipotesi in cui il paziente non fosse in grado di compiere tale ultimo atto autonomo. Il problema non è di poco conto: accade frequentemente che proprio la gravità della patologia da cui il paziente è affetto rende quest'ultimo non autonomo e, perciò, inutile il suicidio assistito.

In casi come quello appena descritto, appare necessario il ricorso a forme di eutanasia, per tale intendendosi la condotta del medico diretta a cagionare la morte del paziente. Tuttavia, con riguardo alla condotta di soggetti terzi indirizzata in tal senso, la Corte costituzionale si è recentemente espressa⁸⁴ in senso negativo, dichiarando l'inammissibilità del referendum abrogativo dell'articolo 579 del Codice Penale, avente lo scopo di liceizzare l'omicidio del consenziente, fatta eccezione per le ipotesi di cui ai numeri 1-2-3 del terzo comma

⁸² S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2003, 5, p. 765

⁸³ d.l. S. 570, in *Senato.it*, 2023.

⁸⁴ Corte cost., 15 febbraio 2022, n. 50, in *biodiritto.org*, 2022.

del medesimo articolo⁸⁵. In realtà, la decisione della Consulta appare dettata dall'esigenza di evitare un'eccessiva esposizione al pericolo del bene vita, quale sarebbe certamente scaturita dalla mera abrogazione dell'articolo 579 del Codice Penale.

La relazione prosegue affermando che: «il presente disegno di legge intende quindi colmare una lacuna normativa non più giustificabile né dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, né dalla Corte costituzionale. Dà inoltre una risposta alle tante persone che reclamano il rispetto della propria dignità nella morte e che, per vedere garantito questo loro diritto, sono spesso costretti a un viaggio verso i Paesi dove l'eutanasia o il suicidio assistito sono legali»⁸⁶. Dunque, preso atto del fatto che sono numerosi i cittadini che per far ricorso a pratiche di questo tipo hanno dovuto recarsi all'estero (si pensi al celeberrimo e già citato caso di Fabiano Antoniani), il disegno di legge intende disciplinare la materia colmando ogni tipo di lacuna normativa e aprendosi non solo al suicidio assistito ma anche all'eutanasia, nell'ottica di quel fondamentale bilanciamento tra diritto alla vita ex articolo 2 della Costituzione e diritto all'autodeterminazione di cui all'articolo 32 della stessa.

⁸⁵ Per approfondimenti sulla questione si consiglia R. D'ANDREA, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *sistemapenale.it*, 2022;

O. DI GIOVINE, *Brevi note sul referendum in tema di c.d. eutanasia legale*, in *sistemapenale.it*, 2022;

M. DONINI, *L'inammissibilità del referendum sul fine vita: una politica di diritti per persone vulnerabili ma non per quelle vulnerate*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 2022, 2, p. 1189;

F. LAZZERI, *Il pendio verso l'ammissibilità del referendum sull'eutanasia: alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta*, in *sistemapenale.it*, 2022;

R. LOMBARDI, *Vivere e morire in Italia – Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 50/2022*, in *primogrado.com*, 2022;

T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *amicuscuriae.it*, 2021;

S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50/2022 della Corte costituzionale*, in *diritticomparati.it*, 2022;

F. RE, *Sugli effetti penali e politici del referendum parzialmente abrogativo dell'art. 579 c.p. in tema di eutanasia legale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, p. 2;

E. ROSSI, *La Corte e l'omicidio del consenziente: una decisione opportuna che induce a ripensare al controllo sull'ammissibilità del referendum come controllo sulla costituzionalità della normativa di risulta*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2022, p. 1785

⁸⁶ d.l. S. 570, in *Senato.it*, 2023.

L'articolo 1⁸⁷ è dedicato alle finalità del disegno di legge: lo scopo è quello di tutelare la dignità e l'autodeterminazione⁸⁸ della persona nel rispetto della Costituzione e delle norme comunitarie ed internazionali.

L'articolo 2⁸⁹ si occupa di fornire una definizione dei concetti di «morte volontaria medicalmente assistita» e di «trattamento eutanascico». In realtà, dalla lettura della norma parrebbe che i due termini siano stati utilizzati come sinonimi e che abbiano lo stesso significato; si tratta, a ben vedere, di una svista da parte dei redattori, essendo pacifica nella comunità scientifica e non la distinzione concettuale tra suicidio assistito ed eutanasia. Sicuramente lo scopo era tutt'altro che ignobile, consistendo nella volontà di conferire una disciplina legislativa alle due diverse pratiche, ma in ogni caso sarebbe stato opportuno distinguerle, se non da un punto di vista normativo, perlomeno da un punto di vista ontologico. Ad ogni modo, la morte volontaria medicalmente assistita è sostanzialmente equiparata al suicidio assistito, traducendosi nella pratica di autosomministrazione di farmaci aventi lo scopo di provocare la morte immediata e indolore al paziente; il trattamento eutanascico invece si distingue in quanto alla somministrazione del «farmaco letale» procede direttamente il personale medico. Non può non ritenersi epocale la svolta segnata dall'articolo in esame, poiché per la prima volta viene legittimata e disciplinata l'eutanasia, garantendo una tutela integrale del diritto all'autodeterminazione del singolo. La previsione di trattamenti eutanascici amplia notevolmente l'ambito applicativo della norma in esame, non essendo rivolta unicamente al paziente in grado di autosomministrarsi il farmaco letale, ma anche a quello che, magari proprio a

⁸⁷ «1. La presente legge tutela il diritto alla dignità e all'autodeterminazione della persona, garantendo una buona qualità della vita, libera da sofferenze non necessarie, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 3, 4, 6 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, adottata a Oviedo il 4 aprile 1997, e ratificata ai sensi della legge 28 marzo 2001, n. 145».

⁸⁸ P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita*, in *Federalismi*, 2019, 5, pp. 1 ss.;

C. BRIGNONE, *op. cit.*, pp. 1 ss.

⁸⁹ «1. Ai fini della presente legge, per "morte volontaria medicalmente assistita", o "trattamento eutanascico", si intendono la pratica di autosomministrazione, sotto supervisione medica, di farmaci aventi lo scopo di provocare la morte immediata e indolore al paziente che presta il suo consenso, e la diretta somministrazione, da parte del personale medico al consenziente, di farmaci aventi lo scopo di provocare la morte immediata e indolore».

causa della malattia da cui è affetto, non è in grado di procurarsi la morte autonomamente.

L'articolo 3⁹⁰ prevede le condizioni e i presupposti necessari alla fruizione delle prestazioni di cui al precedente articolo 2. In linea con quanto richiesto dalla sentenza n. 242 del 2019, il disegno di legge n. 570 stabilisce che il paziente, naturalmente maggiorenne, sia in grado di prendere decisioni «libere, attuali e consapevoli», con ciò intendendo la capacità di esprimere la propria volontà. La soluzione è innovativa poiché non è espressamente richiesta la capacità di intendere e di volere, come invece faceva il disegno di legge n. 2553, intesa come un *quid pluris* rispetto alla «mera» capacità di prendere decisioni libere, attuali e consapevoli di cui all'articolo 3 del presente disegno di legge. È inoltre richiesto che il paziente patisca «sofferenze fisiche o psichiche insostenibili o irreversibili»; l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva è tutt'altro che privo di significato in quanto, a differenza di quanto previsto nel disegno di legge n. 2553, ammette l'alternatività delle stesse. Alla luce di quanto appena detto, anche il paziente la cui esistenza sia tediata da sofferenze meramente psichiche può ricorrere alla morte volontaria medicalmente assistita ed al trattamento eutanasi⁹¹. La norma, peraltro, prosegue richiedendo, in alternativa, che il malato «sia affetto da una patologia caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta». Stando ad un'interpretazione letterale della norma in questione, alle pratiche volte a provocare la morte dell'individuo potrebbe accedere anche chi, pur non patendo alcun tipo di sofferenza, sia affetto da una patologia il cui peggioramento sia certo ed inarrestabile. Ebbene, l'utilizzo della disgiuntiva «o» risulta molto più infelice in questo caso in quanto, se è indubbia la giustizia, anche nell'ottica del principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione, di una norma che consenta al medico di porre fine ad un'esistenza caratterizzata da atroci e indegne sofferenze nei confronti di chi non sia altrimenti in grado di provocarsi la morte, non altrettanto lo è quella che consente l'accesso a tali pratiche anche a chi, affetto da una patologia irreversibile con prognosi infausta, tali sofferenze non patisca. Potrebbe infatti accadere che l'irreversibilità della patologia getti il malato in una situazione di sconforto tale da indurlo a

⁹⁰ «1. Il paziente, maggiore di età e capace di prendere decisioni libere, attuali e consapevoli, le cui sofferenze fisiche o psichiche sono insostenibili e irreversibili, o che sia affetto da una patologia caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, ha diritto di richiedere il trattamento eutanasi».

⁹¹ T. FACCIOLINI, *ammissibilità del diritto alla morte nell'ordinamento italiano e conseguenziali criticità*, in *diritto.it*, 2021

calibrare e valutare in maniera errata le proprie scelte future. Tanto la sentenza n. 242 del 2019, quanto il d.d.l. n. 2553, giustificavano la lesione del diritto alla vita derivante dal ricorso a tali pratiche con la necessità di garantire al malato la cessazione delle terribili sofferenze, fisiche o psichiche, cui era sottoposto. Come già più volte ribadito, infatti, la lesione di un bene fondamentale come quello della vita deve derivare dal bilanciamento dello stesso con un bene di altrettanta importanza come quello dell'autodeterminazione. Ad ogni modo, tale bilanciamento va effettuato in concreto, di talché nel caso in cui il paziente sia sottoposto ad atroci sofferenze derivanti dalla patologia da cui è affetto, senza dubbio il diritto di autodeterminazione deve prevalere sul diritto alla vita; al contrario, laddove il paziente, pur affetto da patologia irreversibile con prognosi infausta, non patisca alcun tipo di sofferenza fisica o psichica, il bene vita deve prevalere su qualsiasi altro.

A ben vedere, come già si accennava in precedenza, l'articolo 3 pone un ulteriore e rilevante problematica: dal tenore letterale della norma sembra ammissibile la richiesta di trattamento eutanasi anche da parte di un individuo non affetto da alcun tipo di patologia. In effetti, l'articolo 3, accanto alla maggiore età ed alla capacità di prendere decisioni libere, attuali e consapevoli, richiede alternativamente la presenza di due condizioni: sofferenze fisiche o psichiche, delle quali non è specificata in alcun modo la fonte; patologia caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta. Di conseguenza, essendo sufficiente una sofferenza psichica ai fini della richiesta di trattamento eutanasi, vi potrebbe accedere anche il paziente che, soffrendo di leggera depressione⁹², abbia maturato un sentimento di sconforto e di sfiducia verso la vita provocato proprio dalla situazione in cui si trova. Inoltre, non ha alcun senso abbinare gli aggettivi «insostenibile e irreversibile» ad una sofferenza psichica che può non tradursi in una situazione patologica. È opportuno scongiurare in tutti i modi il rischio che situazioni di sconforto temporanee possano indurre un individuo a compiere scelte irreversibili, quale quella di porre fine alla propria esistenza.

⁹² «La depressione è una sensazione di tristezza e/o una riduzione dell'interesse o del piacere per le attività; diviene un disturbo quando è sufficientemente intensa da interferire col funzionamento di una persona»; W. CORYELL, *Depressione*, in *msdmanuals.it*, 2021; da ciò si desume come non necessariamente la depressione è considerata una situazione patologica, ben potendosi configurare come temporanea sensazione di tristezza.

Il successivo articolo 4⁹³ è intitolato «Requisiti e forma della richiesta» e sancisce che la richiesta di trattamento eutanasi «deve essere attuale, informata, consapevole, libera ed esplicita». Il requisito dell'attualità implica che la richiesta sia frutto di una volontà dell'individuo, anche maturata in passato, che perduri nel presente. La richiesta è informata quando il paziente ha ottenuto da parte del personale sanitario tutte le informazioni riguardanti il trattamento eutanasi; è consapevole quando il malato ha ben chiare le conseguenze irreversibili derivanti dal trattamento stesso. Infine, la richiesta è libera se proveniente da un paziente privo di condizionamenti esterni ed esplicita se manifestata attraverso forme idonee ad esternare la volontà dello stesso. La richiesta di accesso al trattamento eutanasi può inoltre essere manifestata sia per iscritto, nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, sia verbalmente, con dichiarazione effettuata al medico di medicina generale o a quello che ha in cura il paziente, a patto che questi redigano apposito verbale. La previsione della possibilità di richiedere verbalmente il trattamento in questione va senza dubbio intesa come un tentativo di snellimento e sburocrazia della procedura. Ad ogni modo, è espressamente previsto che la facoltà di revoca della richiesta possa essere esercitata in qualsiasi momento, senza requisiti di forma e con ogni mezzo idoneo a palesare la volontà del paziente.

Il comma 2 dell'articolo 4, in deroga a quanto previsto dal comma 1, prevede che, nel caso in cui le condizioni della persona non lo consentano, la richiesta di accesso al trattamento eutanasi possa avvenire per

⁹³ «1. La richiesta di trattamento eutanasi deve essere attuale, informata, consapevole, libera ed esplicita. La richiesta deve essere manifestata per iscritto e nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, o verbalmente al medico di medicina generale o a quello che ha in cura il paziente, il quale è obbligato a redigere apposito verbale, rivestendo a tal fine la qualità di pubblico ufficiale. La richiesta può essere revocata in qualsiasi momento senza requisiti di forma e con ogni mezzo idoneo a palesare la volontà.
2. Nel caso in cui le condizioni della persona non lo consentano, la richiesta di cui al comma 1 può essere espressa e documentata con videoregistrazione o con qualunque altro dispositivo idoneo a comunicare e manifestare inequivocabilmente la propria volontà, alla presenza di due testimoni e di un pubblico ufficiale che attesti l'autenticità, la data e il luogo di espressione della volontà dell'interessato.
3. La richiesta di cui al comma 1, manifestata in una delle forme di cui ai commi 1 e 2, deve essere indirizzata al medico di medicina generale o al medico che ha in cura il paziente, nel rispetto della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico.
4. Ricevuta la richiesta, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, anche ai suoi familiari le conseguenze di quanto richiesto e le possibili alternative, e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica.
5. Il decesso a seguito di morte volontaria medicalmente assistita è equiparato al decesso per cause naturali a tutti gli effetti di legge».

videoregistrazione o con qualunque altro dispositivo idoneo a comunicare e manifestare inequivocabilmente la propria volontà. In definitiva, nei non meglio specificati casi in cui un individuo non sia né in grado di esprimere per iscritto la propria volontà né in grado di manifestarla verbalmente ai soggetti sopraindicati, questa può rivestire qualsiasi forma idonea a renderla inequivocabile, a condizione che venga espressa dinanzi a due testimoni e ad un pubblico ufficiale. La norma in esame pecca sicuramente di precisione nel momento in cui non si preoccupa di indicare in quali casi le condizioni della persona siano tali da non consentire di effettuare la richiesta con le modalità di cui al primo comma; sulla base di un argomento sistematico, si può dedurre che vi rientrino circostanze in cui il richiedente non sia in grado di manifestare la propria volontà né per iscritto né verbalmente a causa della patologia da cui è affetto. Dunque, la disposizione in esame, seppur migliorabile, cela il nobile scopo di garantire l'accesso a tali pratiche anche a chi versi in condizioni tali da non consentirgli neppure di esprimere a parole (siano esse scritte o pronunciate) la propria volontà.

In seguito, i commi 3 e 4 si limitano a prevedere rispettivamente che la richiesta deve essere indirizzata al medico di medicina generale o al medico che ha in cura il paziente e che questo, ricevuta la richiesta, prospetta al paziente le conseguenze del trattamento eutanasico, nonché le possibili alternative, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Infine, il comma 5 equipara a tutti gli effetti di legge il decesso conseguente ad eutanasia a quello per cause naturali.

L'articolo 5⁹⁴ disciplina le modalità attraverso le quali si svolge la procedura di esame e di eventuale accettazione o rigetto della richiesta. Il comma 1 stabilisce

⁹⁴ «1. Il trattamento eutanasico deve avvenire nel rispetto della dignità del richiedente e in modo da non provocare ulteriori sofferenze ed evitare abusi. Il richiedente ha la facoltà di indicare chi deve essere informato del trattamento medesimo nell'ambito della sua rete familiare o amicale, e chi può essere presente all'atto del decesso.

2. Il medico che ha ricevuto dal paziente la richiesta di trattamento eutanasico, espressa nelle forme di cui all'articolo 4, redige un rapporto dettagliato e documentato sulle condizioni cliniche e psicologiche del richiedente e sulle motivazioni che l'hanno determinata, e lo trasmette senza ritardo al Comitato per la valutazione clinica di cui all'articolo 7 territorialmente competente e all'interessato. Il rapporto è corredato di copia della richiesta e della documentazione medica e clinica a essa pertinente.

3. Il rapporto di cui al comma 2 deve precisare se la persona è stata adeguatamente informata della propria condizione clinica e della prognosi, se è stata adeguatamente informata dei trattamenti sanitari ancora attuabili e di tutte le possibili alternative terapeutiche. Il rapporto deve indicare altresì se la persona è a

che del trattamento eutanasi, che non deve ledere la dignità del richiedente e provocargli ulteriori differenze, possono essere informati parenti o amici, che hanno altresì la possibilità di assisterlo all'atto del decesso, su indicazione del richiedente. E' infatti fondamentale conciliare l'esigenza del paziente a ricevere supporto all'interno di una procedura così delicata, con quella di rispettare la volontà dello stesso informando le sole persone da lui indicate. Il secondo comma prevede che il medico che ha ricevuto la richiesta è tenuto alla redazione di un rapporto dettagliato e documentato sulle «condizioni cliniche e psicologiche» del

conoscenza del diritto di accedere alle cure palliative nonché specificare se è già in carico a tale rete di assistenza, o se ha esplicitamente rifiutato tale percorso assistenziale. Nel rapporto il medico è tenuto a indicare qualsiasi informazione da cui possa emergere che la richiesta di trattamento eutanasi non sia libera, consapevole e informata.

4. Per la redazione del rapporto di cui al comma 2 e la valutazione clinica il medico può avvalersi della collaborazione di medici specialisti. Qualora ritenga che manchino palesemente i presupposti e le condizioni di cui all'articolo 3, il medico non trasmette la richiesta al Comitato per la valutazione clinica, motivando per iscritto la sua decisione al richiedente. Qualora il medico non ritenga di trasmettere la richiesta al Comitato per la valutazione clinica o in caso di parere contrario dello stesso Comitato, resta ferma comunque per la persona che abbia richiesto trattamento eutanasi la possibilità di ricorrere al giudice cautelare territorialmente competente, entro il termine di sessanta giorni dalla data di ricezione della decisione motivata del medico o del parere contrario del Comitato.

5. Il Comitato per la valutazione clinica, entro trenta giorni dalla data della ricezione del rapporto di cui al comma 2, esprime un parere motivato sull'esistenza dei presupposti e dei requisiti stabiliti dalla presente legge a supporto della richiesta di trattamento eutanasi e lo trasmette al medico richiedente e alla persona interessata. Ai fini dell'espressione del parere, il Comitato per la valutazione clinica può convocare il medico di riferimento o l'équipe sanitaria per un'audizione, ed è tenuto a sentire il paziente, anche telematicamente o a mezzo di un proprio delegato, per accertare che la richiesta di trattamento eutanasi sia stata informata, consapevole e libera.

6. Nel corso del periodo che intercorre tra l'invio della richiesta al Comitato per la valutazione clinica e la ricezione del parere di quest'ultimo da parte del medico richiedente, al paziente è assicurato un supporto medico e psicologico adeguato.

7. Ove il parere sia favorevole, il medico richiedente lo trasmette tempestivamente, insieme a tutta la documentazione in suo possesso, alla direzione sanitaria dell'azienda sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera di riferimento, che deve attivare le verifiche necessarie a garantire che il decesso avvenga, nel rispetto delle modalità di cui al comma 1, presso il domicilio del paziente o, laddove ciò non sia possibile, presso una struttura ospedaliera, e che esso sia consentito alle persone prive di autonomia fisica mediante l'adozione, nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, di strumenti, anche tecnologici, che consentano il compimento dell'atto autonomo, secondo le disposizioni della presente legge.

8. La richiesta, la documentazione e il parere di cui al presente articolo fanno parte integrante della cartella clinica o del fascicolo sanitario elettronico, ove già attivato.

9. Il medico presente all'atto del decesso è in ogni caso tenuto previamente ad accertare, eventualmente avvalendosi della collaborazione di uno psicologo, che persista la volontà del trattamento eutanasi e che permangano tutte le condizioni di cui all'articolo 3.

10. Il decesso a seguito di trattamento eutanasi è equiparato al decesso per cause naturali a tutti gli effetti di legge».

paziente, con indicazione delle motivazioni che lo hanno indotto a formulare la richiesta stessa; il rapporto così redatto deve essere immediatamente trasmesso al Comitato per la valutazione clinica territorialmente competente, oltreché all'interessato. Lo scopo della disposizione è quello di fornire quante più informazioni possibili al Comitato per la valutazione clinica competente, in modo da metterlo in condizione di decidere circa la sussistenza dei presupposti e requisiti richiesti dal disegno di legge in esame ai fini dell'accesso alla procedura. Il comma 3 prosegue affermando che il rapporto deve precisare se la persona è stata adeguatamente informata della propria condizione clinica e della prognosi, nonché di tutti i trattamenti sanitari ancora attuabili e di tutte le alternative terapeutiche. Il rapporto deve inoltre specificare se il richiedente è stato informato della possibilità di accedere alle cure palliative, se sia già in carico a tale rete di assistenza, ovvero vi abbia rifiutato. Il medico è altresì tenuto ad indicare qualsiasi informazione da cui possa fondatamente ritenersi che la richiesta di trattamento eutanasi non sia libera, consapevole e informata. Si tratta dell'esplicito riconoscimento del diritto del paziente a fornire il proprio consenso informato, per tale intendendosi quel consenso basato su un'adeguata informazione circa la propria situazione clinica, necessaria al fine di una corretta valutazione del proprio *agere*.

Il comma quarto conferisce al medico la facoltà di avvalersi di specialisti nella redazione del rapporto di cui al comma 2 e nella valutazione della condizione clinica. Peraltro, laddove il medico ritenga che sia palese la mancanza dei presupposti di cui all'articolo 3, non trasmette la richiesta al Comitato per la valutazione clinica. Nell'ipotesi appena descritta ovvero in caso di parere contrario del Comitato di cui all'articolo 7, il richiedente può ricorrere al giudice cautelare competente entro 60 giorni dalla data di ricezione della decisione motivata del medico o del parere contrario del Comitato per la valutazione clinica. Il comma 4 chiarisce l'importanza rivestita dal medico che riceve la richiesta e dal Comitato per la valutazione clinica: gli organi in questione sono infatti deputati alla valutazione relativa alla sussistenza dei requisiti necessari per l'accesso alla procedura. In ultima analisi, si configurano come veri e propri «organismi di controllo e sorveglianza» della regolarità della richiesta.

Il comma 5 sancisce che il Comitato per la valutazione clinica è tenuto ad esprimere un parere motivato sulla presenza o meno dei presupposti e dei requisiti precedentemente citati e lo trasmette al medico richiedente e alla

persona interessata, entro trenta giorni dalla data della ricezione del rapporto di cui al comma 2. A ben vedere, già ad una prima lettura della disposizione in esame emerge che il predetto termine di trenta giorni si configura come ordinatorio; i redattori, di fatti, non prevedono alcuna conseguenza in caso di violazione e superamento del termine in questione. Conseguentemente, ci si chiede cosa accada e, soprattutto, quali rimedi (a parte i «poco celeri» rimedi giudiziari) possa azionare il privato nel caso in cui il Comitato superi il termine di trenta giorni per formulare il proprio parere. Senza dubbio la portata innovativa del disegno di legge è messa a dura prova dalla mancata previsione di un meccanismo in grado di assicurare il rispetto dei termini da un lato e strumenti in capo al richiedente volti a sollecitare il Comitato ad agire in caso di violazione del termine stesso dall'altro. Inoltre, al fine di accertare che la richiesta di trattamento sia informata, consapevole e libera, il Comitato può convocare il medico di riferimento e deve sentire il paziente, anche telematicamente o a mezzo di delegato, per verificare che la richiesta disponga delle caratteristiche dell'informazione, consapevolezza e libertà. Questa seconda parte del comma 5 non consente di individuare con certezza i casi in cui il Comitato per la valutazione clinica ha l'obbligo di sentire il paziente: non è chiaro se tale dovere sorga nel momento in cui volontariamente scelga di convocare il medico di riferimento o sussista a prescindere.

Il comma 6, inoltre, si preoccupa della necessità di garantire al paziente, nel corso del periodo (stimato in più o meno 30 giorni) intercorrente tra l'invio della richiesta al Comitato e la ricezione del parere di quest'ultimo da parte del medico richiedente, un adeguato supporto medico e psicologico.

Il settimo comma stabilisce che il medico trasmette tempestivamente il parere favorevole del Comitato per la valutazione clinica alla direzione sanitaria dell'azienda sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera. Quest'ultima ha il compito di assicurare che il decesso del paziente avvenga presso il suo domicilio; tuttavia, ove ciò non sia possibile, il decesso deve avvenire presso una struttura ospedaliera. Dal comma 7 emerge il carattere vincolante del parere fornito dal Comitato per la valutazione clinica: se favorevole obbliga il medico a dar seguito immediatamente alla richiesta del paziente; se negativo, in base ad un ragionamento *a contrario*, impone al medico di rigettare la richiesta.

Il comma 8 si limita a prevedere che la richiesta, la documentazione e il parere appena citati entrano a far parte della cartella clinica o del fascicolo sanitario elettronico.

Al comma 9, i redattori della norma si preoccupano di imporre al medico presente all'atto del decesso di verificare, anche avvalendosi di uno psicologo, la persistenza della volontà del trattamento eutanasico e delle condizioni di cui all'articolo 3. In altri termini, il diritto ad accedere a pratiche eutanasiche presuppone un consenso che è revocabile in qualsiasi momento dall'interessato. Infine, il comma 10 costituisce una semplice ripetizione, probabilmente frutto di una disattenzione, di quanto già previsto al comma 5 dell'articolo 4 del presente disegno di legge.

L'articolo 6⁹⁵ sancisce l'esclusione della punibilità del medico e del personale sanitario che hanno praticato trattamenti eutanasic; a questi, nonché a chiunque agevoli o aiuti il paziente nell'accesso al trattamento, non si applicano le fattispecie di omicidio, omicidio del consenziente, istigazione o aiuto al suicidio, omissione di soccorso, a patto che ricorrano determinate condizioni. A questo punto, l'articolo 6, con l'intento di sintetizzare e mettere in chiaro i requisiti già previsti negli articoli precedenti, prosegue con un inutile quanto incoerente elenco delle condizioni necessarie al fine di accedere al trattamento eutanasico. In particolare, alle lettere a) e b), si ribadisce ulteriormente che il paziente deve essere maggiorenne e che la richiesta, da lui effettuata, sia attuale ed inequivocabilmente accertata (termine che appare peraltro poco tecnico se, come s'intende dal testo dell'articolo, riferito alla procedura di valutazione svolta

⁹⁵ «1. Le disposizioni degli articoli 575, 579, 580 e 593 del codice penale non si applicano al medico e al personale sanitario che abbiano praticato trattamenti eutanasic, provocando la morte del paziente, e a tutti coloro che agevolino o aiutino il paziente nell'accesso al trattamento eutanasico, qualora ricorrano contemporaneamente le seguenti condizioni:

- a) la richiesta provenga dal paziente, sia attuale e sia inequivocabilmente accertata;
 - b) il paziente sia maggiorenne;
 - c) il paziente non si trovi in stato, neppure temporaneo, di incapacità di intendere e di volere;
 - d) la richiesta sia motivata dal fatto che il paziente è affetto da sofferenze fisiche o psichiche insostenibili e irreversibili, o da una patologia caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta; zioni e su tutte le possibili alternative terapeutiche e prevedibili sviluppi clinici, e abbia discusso di ciò con il medico nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 5;
 - f) il trattamento eutanasico rispetti la dignità del paziente e non provochi allo stesso sofferenze fisiche.
2. Le strutture sanitarie pubbliche sono tenute a garantire il rispetto della volontà manifestata ai sensi dell'articolo 4. In caso contrario, la struttura sanitaria pubblica è tenuta, in aggiunta a ogni altra conseguenza penale o civile ravvisabile nei fatti, al risarcimento del danno, morale e materiale, provocato».

dal Comitato per la valutazione clinica circa la presenza dei requisiti richiesti per l'accesso alla procedura). La lettera c) prevede che il paziente non si trovi in stato di incapacità di intendere e di volere, implicitamente richiedendo la sussistenza di tale capacità ai fini dell'accesso al trattamento eutanasico e, dunque, ponendosi in contrasto con l'articolo 3 che richiedeva la mera capacità «di prendere decisioni libere, attuali e consapevoli». Si era infatti precedentemente riscontrata l'innovatività di quest'ultima disposizione che, in luogo della capacità di intendere e di volere prevista dal disegno di legge n. 2553, richiedeva una capacità molto più snella e consistente nella idoneità dell'individuo a manifestare la propria volontà. Nonostante ciò, non è ben chiaro se a causa di un errore nella scelta della terminologia da utilizzare o per effetto di un improvviso mutamento di idee, la lettera c) dell'articolo 6 impone che il richiedente sia dotato della capacità d'intendere e di volere.

La lettera d) dell'articolo 6 costituisce una ripetizione di quanto già previsto dall'articolo 3 con tutte le problematiche interpretative precedentemente menzionate. Alle lettere e) e f) si ribadisce quello che già è oggetto dei commi 1 e 3 dell'articolo 5.

Infine, il comma 2 dell'articolo 6 sancisce che la struttura sanitaria pubblica, oltre che responsabile civilmente e penalmente, è tenuta a risarcire il paziente del danno derivante dal mancato rispetto della volontà da questi manifestata ai sensi dell'articolo 4.

L'articolo 7 non rileva ai fini dell'esame contenutistico del disegno di legge, in quanto contenente disposizioni attuative relative alla costituzione dei Comitati per la valutazione clinica.

4. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto appena detto e, soprattutto, della delicatezza dell'argomento in esame, appare, ora più che mai, necessario un intervento del legislatore volto a colmare una (oramai acclarata) lacuna normativa. L'esigenza riguarda in particolare le pratiche eutanasiche, cui sempre più individui fanno ricorso vedendosi costretti, a causa dell'immobilismo del legislatore nazionale, a recarsi all'estero⁶.

⁶ Si consiglia A. M. ALTOMONTE, *Il diritto a lasciarsi morire: note a margine del caso Cappato*, in *altalex.com*, 2019

Ad ogni modo, seppur un intervento normativo in tal senso sia necessario, non possono ammettersi proposte frettolose e incoerenti rispetto allo stato attuale della disciplina, così come risultante dai plurimi interventi giurisprudenziali in materia, poiché sortirebbero unicamente l'effetto di peggiorare una situazione già tragica di per sé. Intervenire con criterio, facendo tesoro del lavoro fino ad ora svolto dai giudici chiamati a risolvere le numerose controversie in tema di fine vita, è cosa sicuramente auspicabile; intervenire con il solo scopo di accaparrarsi i favori di un elettorato pseudo-progressista è quanto di più deprecabile. Il disegno di legge n. 570, a scapito dei dichiarati benevoli intenti, sembra in realtà frutto di un ragionamento più politico che altro. Le problematiche poste dal disegno di legge in esame sono state già ampiamente scandagliate nei paragrafi precedenti, tuttavia il rischio concreto che l'accesso ai trattamenti eutanasi sia consentito anche a chi patisca sofferenze «meramente» psichiche, non necessariamente correlate ad una patologia, impone una riflessione più approfondita. Il diritto alla liberazione dalle sofferenze deve certamente essere riconosciuto a ciascun individuo come massima espressione del diritto di autodeterminazione di cui all'articolo 3 della Carta di Nizza⁹⁷ e 32 della Costituzione, anche laddove per realizzarlo dovesse rendersi necessario porre fine alla vita dello stesso; nondimeno appare senza dubbio obbligata la scelta di ancorare l'esercizio di un diritto produttivo di conseguenze irreversibili come quello in esame al ricorrere di particolari condizioni, fra le quali la presenza di una patologia caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta.

In conclusione, fermo il favore verso un intervento normativo in materia di fine vita, si invita il legislatore a tenere debitamente in conto l'importanza e la sensibilità degli interessi in gioco, effettuando un equo bilanciamento del fondamentale bene della vita con quello dell'autodeterminazione.

⁹⁷ «Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica.

Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati:

il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge;

il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone;

il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani».

CORTE COST. – SENTENZA – (UD. 10.01.2024) 11.03.2024 – 41/2024 – PRES. BARBERA – RED. VIGANÒ – (G.U. 1[^] SERIE SPECIALE, N. 11 DEL 13.03.2024)

RINUNCIA ALLA PRESCRIZIONE – ARCHIVIAZIONE – PRESCRIZIONE DEL REATO – DIRITTO ALL'INFORMAZIONE – RAPPORTO PUNITIVO – PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA
NORME IMPUGNATE: ART. 411, C. 1° BIS CODICE DI PROCEDURA PENALE.

Ritenuto in fatto

Omissis

Considerato in diritto

1.– *Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il Tribunale ordinario di Lecce, sezione seconda penale, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, secondo comma, e 111, commi secondo e terzo, Cost., questioni di legittimità costituzionale dell'art. 411, comma 1-bis, cod. proc. pen., «nella parte in cui non prevede che, anche in caso di richiesta di archiviazione per estinzione del reato per intervenuta prescrizione, il pubblico ministero debba darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, estendendo a tale ipotesi la medesima disciplina prevista per il caso di archiviazione disposta per particolare tenuità del fatto, anche sotto il profilo della nullità del decreto di archiviazione emesso in mancanza del predetto avviso e della sua reclamabilità dinanzi al Tribunale in composizione monocratica».*

Dal tenore complessivo dell'ordinanza di rimessione si evince che il giudice a quo aspira a una pronuncia additiva, con la quale questa Corte estenda l'obbligo – già ora previsto dalla disposizione censurata – di avvisare la persona sottoposta alle indagini della richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, anche alla diversa ipotesi in cui tale archiviazione sia fondata sull'intervenuta prescrizione del reato. L'avviso sarebbe, nell'ottica del rimettente, essenziale per assicurare all'indagato la possibilità di rinunciare alla prescrizione prima che il procedimento sia concluso, e di ottenere così una pronuncia sul merito degli addebiti oggetto del procedimento stesso.

La mancata previsione di tale obbligo informativo determinerebbe, secondo il giudice a quo, un vulnus al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., creando una irragionevole disparità di trattamento tra l'imputato – che ha sempre la possibilità di esercitare il proprio diritto di rinunciare alla prescrizione – e la persona sottoposta alle indagini, la quale potrebbe essere rimasta del tutto ignara sia delle indagini stesse, sia della determinazione del pubblico ministero di chiedere l'archiviazione del procedimento per intervenuta prescrizione; e creerebbe una ulteriore disparità di trattamento rispetto

alla situazione dell'indagato nei cui confronti venga richiesta l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto, la quale deve essere avvisata della richiesta di archiviazione.

La disciplina vigente risulterebbe altresì incompatibile con l'art. 24, secondo comma, Cost., non assicurando che la persona sottoposta alle indagini sia posta in condizione di rinunciare alla prescrizione, e dunque di esercitare una facoltà che questa Corte, nella sentenza n. 275 del 1990, ha considerato come parte integrante del diritto di difesa.

Infine, sarebbe vulnerato il principio del contraddittorio di cui all'art. 111, commi secondo e terzo, Cost., dal momento che la persona sottoposta alle indagini non sarebbe posta in grado di esercitare il proprio diritto a provare la falsità degli addebiti oggetto del procedimento penale.

2.– L'Avvocatura generale dello Stato non solleva alcuna eccezione di inammissibilità.

In effetti le questioni, ampiamente argomentate sotto il profilo della non manifesta infondatezza, sono altresì rilevanti per la definizione del giudizio a quo.

Il rimettente è investito di un reclamo presentato, ai sensi dell'art. 410-bis cod. proc. pen., da una persona destinataria di un decreto di archiviazione per prescrizione pronunciato dal GIP, senza che le fosse mai stato dato avviso della relativa richiesta da parte del pubblico ministero.

Il giudice a quo rileva che l'art. 410-bis cod. proc. pen. prevede, al comma 1, un elenco tassativo di cause di nullità del decreto di archiviazione, che comprende l'omissione degli avvisi della richiesta di archiviazione prescritti dalla legge, tra cui in particolare l'avviso alla persona sottoposta alle indagini, previsto dal censurato art. 411, comma 1-bis, cod. proc. pen., nell'ipotesi in cui il pubblico ministero ritenga che il reato sia di particolare tenuità. Nessun avviso è però previsto nel caso in cui l'archiviazione sia richiesta per intervenuta prescrizione del reato. Conseguentemente, il reclamo dovrebbe essere rigettato, non ricorrendo alcuna causa di nullità del decreto di archiviazione.

Laddove, invece, questa Corte ritenesse costituzionalmente illegittima la mancata previsione – da parte dello stesso art. 411, comma 1-bis, cod. proc. pen. – di un obbligo di avviso anche in questa ipotesi, l'omissione di tale avviso determinerebbe una violazione dello stesso art. 411, comma 1-bis, cod. proc. pen., sicché – nel caso concreto – il decreto di archiviazione pronunciato dal GIP dovrebbe essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 410-bis, comma 1, cod. proc. pen. Ciò comporterebbe – in base al successivo comma 4 del medesimo articolo – l'accoglimento del reclamo e la restituzione degli atti al GIP. Esito, questo, che consentirebbe all'interessato – nella prospettiva del rimettente – di esercitare in tempo utile il proprio diritto di rinunciare alla prescrizione.

3.– Nel merito, le questioni non sono fondate, nei sensi di seguito precisati.

3.1.– Perno della prospettazione del giudice a quo, rispetto a tutti e tre i parametri costituzionali evocati, è l'assunto secondo il quale non solo l'imputato, ma anche la persona sottoposta alle indagini sarebbe titolare di un diritto, di rango costituzionale, a rinunciare alla prescrizione, e a ottenere un giudizio sul merito dei fatti che hanno formato oggetto delle indagini. Tale diritto discenderebbe dal diritto di difesa (art. 24, secondo comma, Cost.), nella sua declinazione più specifica del diritto al contraddittorio (art. 111, commi secondo e terzo, Cost.), che garantirebbe alla persona sottoposta a indagini di poter sempre ottenere una «verifica di merito» sulla notitia criminis che ha dato luogo alle indagini preliminari.

Questo assunto, solo apparentemente ovvio, merita un attento esame.

3.2.– La sentenza n. 275 del 1990 – superando il proprio precedente rappresentato dalla sentenza n. 202 del 1971 – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 157, cod. pen., nella parte in cui non prevedeva che la prescrizione del reato potesse essere rinunciata dall'imputato. A tale conclusione questa Corte è pervenuta valorizzando il diritto di difesa dell'imputato, «inteso come diritto al giudizio e con esso a quello alla prova» (punto 3 del Considerato in diritto), sulla base in sostanza delle argomentazioni già svolte dalla sentenza n. 175 del 1971, con la quale si era affermata la rinunciabilità dell'amnistia.

In quest'ultima sentenza si era in particolare sottolineato che «la rinuncia all'amnistia costituisce esplicazione del diritto di difesa, sembrando chiaro discendere da tale affermazione come in quest'ultimo sia da considerare inclusa non solo la pretesa al regolare svolgimento di un giudizio che consenta libertà di dedurre ogni prova a discolta e garantisca piena esplicazione del contraddittorio, ma anche quella di ottenere il riconoscimento della completa innocenza, da considerare il bene della vita costituente l'ultimo e vero oggetto della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale» (punto 8 del Considerato in diritto).

Va peraltro sottolineato come tanto la sentenza n. 175 del 1971 in materia di amnistia, quanto la sentenza n. 275 del 1990 relativa alla prescrizione, siano state pronunciate in riferimento a processi penali già instaurati; e come la ratio decidendi di entrambe queste sentenze sia ritagliata proprio su questa ipotesi.

Particolarmente eloquente, in proposito, la motivazione della sentenza n. 175 del 1971, in cui si sottolinea che, con l'obbligo per il giudice di dichiarare l'estinzione del reato «in tutti i giudizi in corso al momento del sopravvenire di un procedimento di amnistia», viene «compromessa irrimediabilmente la soddisfazione dell'interesse ad ottenere una sentenza di merito, vincolando invece l'imputato a soggiacere ad una pronuncia di

proscioglimento, la quale, appunto perché non scende ad accertare e neppure solo a delibare la fondatezza dell'accusa [...] non conferisce alcuna certezza circa l'effettiva estraneità dell'imputato all'accusa contro di lui promossa, e quindi lascia senza protezione il diritto alla piena integrità dell'onore e della reputazione». E ancora, alla riga seguente, il riferimento è alla «rilevanza costituzionalmente protetta dell'interesse di chi sia perseguito penalmente ad ottenere non già solo una qualsiasi sentenza che lo sottragga alla irrogazione di una pena, ma precisamente quella sentenza che nella sua formulazione documenti la non colpevolezza».

«[G]iudizi in corso», «accusa contro di lui promossa», «perseguito penalmente»: tutte le espressioni utilizzate in questa densa motivazione richiamano la situazione di un «imputato» che sia già stato formalmente accusato di un reato in un giudizio. Non già quella di chi sia meramente sottoposto a indagini in seguito a una notizia criminis che lo riguardi.

La stessa sentenza n. 275 del 1990, pur se motivata in termini assai più sintetici, allude chiaramente alla medesima situazione processuale, allorché afferma, nel capoverso conclusivo della motivazione, che «in presenza della rinuncia alla estinzione, il giudice non potrà dare ad essa immediata applicazione perché il reato non è estinto, e dovrà, perciò, dare ingresso alle prove richieste e pronunciarsi sulla imputazione». Il riferimento è, anche qui, ad un giudizio già incardinato: l'unico contesto, d'altronde, in cui un «giudice» sia tenuto a «dare ingresso alle prove richieste» dall'imputato a proprio scarico.

3.3.– Recependo il dispositivo della sentenza n. 275 del 1990, il legislatore del 2005, nel riscrivere l'art. 157 del codice penale, ha espressamente precisato al settimo comma che «[l]a prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato».

Ancora una volta, il riferimento testuale è qui soltanto all'imputato, e dunque a colui nei cui confronti è stata esercitata l'azione penale ai sensi dell'art. 60, comma 1, cod. proc. pen.

Ciò non escluderebbe, in verità, la possibilità di estendere in via ermeneutica alla persona sottoposta alle indagini il diritto di rinunciare alla prescrizione. In effetti, l'art. 61 cod. proc. pen. dispone in via generale che «[i] diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari» (comma 1), e che «[a]lla stessa persona si estende ogni altra disposizione relativa all'imputato, salvo che sia diversamente stabilito» (comma 2). Tuttavia, l'applicabilità di questa regola generale – dettata con riferimento allo specifico contesto del codice di procedura penale – non può essere considerata automaticamente e necessariamente trasferibile a una regola dettata dal codice penale con riferimento alla prescrizione: istituto di cui è pacifica, nella stessa

giurisprudenza di questa Corte, la natura sostanziale anziché processuale (*ex multis*, sentenze n. 140 del 2021, punto 12 del Considerato in diritto; n. 278 del 2020, punto 9 del Considerato in diritto; n. 115 del 2018, punto 10 del Considerato in diritto).

Né può essere considerato decisivo, contrariamente a quanto sostenuto nelle proprie memorie e poi in udienza dalla difesa della parte, l'uso dell'avverbio «sempre» da parte dell'art. 157, settimo comma, cod. pen. L'espressione è qui riferita a chi sia già «imputato» ai sensi dell'art. 60 cod. proc. pen.: il quale potrà pertanto – nell'intero arco di tempo che va dall'esercizio dell'azione penale sino al momento in cui il provvedimento che lo riguarda divenga irrevocabile – rinunciare alla prescrizione. Purché, però, abbia già assunto la qualifica di imputato.

Il dato normativo non è, dunque, conclusivo in un senso o nell'altro.

3.4.– Quanto alla giurisprudenza penale, il quadro è – se possibile – ancora più sfocato.

Una ormai remota sentenza, intervenuta all'indomani dell'entrata in vigore del vigente codice di procedura penale, ha negato che la persona sottoposta a indagini abbia il diritto di rinunciare all'amnistia (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 12 dicembre 1991-4 febbraio 1992, n. 2314), in tal modo confinando il principio espresso dalla sentenza n. 175 del 1971 di questa Corte alla posizione del solo imputato.

Sulla stessa scia si è mossa, in materia di rinuncia alla prescrizione, una pronuncia che ha giudicato non fondato un ricorso avverso un decreto di archiviazione per prescrizione, in cui l'interessato si doleva – esattamente come nel caso oggetto del giudizio a quo – di non essere stato posto in grado di rinunciarvi durante le indagini preliminari (Corte di cassazione, sezione sesta penale, ordinanza 26 ottobre-7 dicembre 2005, n. 45001).

Una più recente decisione ha invece ritenuto ammissibile e fondato un ricorso contro un decreto di archiviazione per prescrizione relativo a un imputato che vi aveva già espressamente rinunciato durante le indagini (Cass., n. 26289 del 2018): il che logicamente presuppone l'implicito riconoscimento della possibilità, anche per la persona sottoposta alle indagini, di rinunciarvi – nel caso allora in esame, allo scopo di conservare il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione conseguente alla custodia cautelare subita. Diritto che una costante giurisprudenza nega in larga misura, in caso di estinzione del reato per prescrizione, a chi abbia subito un periodo di custodia (sul punto, Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza 9 ottobre 2014-20 gennaio 2015, n. 2451; sezione quarta penale, sentenza 15 ottobre-4 novembre 2013, n. 44492).

Una pronuncia di poco successiva, infine, ha negato che una persona già sottoposta a indagini avesse un «interesse concreto all'instaurazione del contraddittorio» relativamente a un decreto di archiviazione per prescrizione emesso de plano dal GIP, senza che la persona medesima – che peraltro in quel caso non aveva subito alcuna

custodia cautelare, né aveva allegato alcun altro pregiudizio discendente dalle indagini – avesse avuto la possibilità di rinunciare alla prescrizione. Infatti, osserva la sentenza, il decreto di archiviazione è «atto concepito dal legislatore come anteriore all'esercizio dell'azione penale, correlato alla insussistenza degli estremi per esercitarla, che in nessun modo può pregiudicare gli interessi della persona indicata come responsabile nella notizia di reato, o l'interesse della pubblica accusa a riaprire le indagini» (Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 23 ottobre-15 novembre 2019, n. 46491; in precedenza, nello stesso senso, sezione terza penale, sentenza 17 novembre 2015-12 gennaio 2016, n. 818, e sezione prima penale, sentenza 23 febbraio-18 marzo 1999, n. 1560).

La giurisprudenza penale di legittimità non pare, dunque, avere ancora affrontato – quanto meno ex professo – la questione, centrale ai fini dell'odierno giudizio di legittimità costituzionale, se alla persona sottoposta alle indagini debba essere riconosciuto in via generale – e dunque, a prescindere dal caso specifico in cui sia stata destinataria di una misura cautelare – quel medesimo diritto di rinunciare alla prescrizione che è pacificamente riconosciuto all'imputato, a valle dell'esercizio dell'azione penale.

3.5.– Questa Corte è pertanto chiamata, per la prima volta, a valutare se i parametri costituzionali evocati dal rimettente – e cioè il diritto alla difesa in giudizio e al contraddittorio, oltre che l'eguaglianza di trattamento tra imputato e indagato – impongano di estendere anche a quest'ultimo il diritto già riconosciuto all'imputato dalla sentenza n. 275 del 1990.

3.6.– In proposito, va anzitutto ribadito come la ratio essenziale delle pronunce di questa Corte con le quali si è riconosciuto all'imputato il diritto costituzionale di rinunciare all'amnistia e alla prescrizione riposi sulla necessità di consentire all'imputato medesimo di tutelare il proprio onore e la propria reputazione contro il pregiudizio rappresentato da un'accusa formalizzata nei suoi confronti. L'imputato deve, in tal caso, essere posto in condizione di difendersi in giudizio contro l'accusa, e in particolare di esercitare il proprio diritto di «difendersi provando» (sentenza n. 318 del 1992, punto 5 del Considerato in diritto, nonché, ex multis, sentenza n. 260 del 2020, punto 7.6. del Considerato in diritto), ossia di addurre prove in giudizio a proprio discarico, oltre che di contestare le prove poste a fondamento dell'accusa.

Non pare, tuttavia, a questa Corte che tale diritto debba in ogni caso estendersi anche alla fase precedente all'esercizio dell'azione penale.

3.7.– In effetti, la mera iscrizione nel registro delle notizie di reato che consegue all'acquisizione di una notizia criminis non implica ancora che il pubblico ministero abbia effettuato alcun vaglio, per quanto provvisorio, sulla sua fondatezza: tant'è vero che l'art. 335-bis cod. proc. pen. esclude oggi espressamente qualsiasi effetto pregiudizievole di

natura civile o amministrativa per l'interessato in ragione di tale iscrizione, la quale è un atto dovuto una volta che il pubblico ministero abbia ricevuto una notizia di reato attribuita a una persona specifica. Più in generale, l'iscrizione nel registro è – e deve essere considerata – atto “neutro”, dal quale sarebbe affatto indebito far discendere effetti lesivi della reputazione dell'interessato, e che comunque non può in alcun modo essere equiparato ad una “accusa” nei suoi confronti.

Parallelamente, il provvedimento di archiviazione, con cui il GIP si limita a disporre la chiusura delle indagini preliminari conformemente alla richiesta del pubblico ministero, costituisce nella sostanza null'altro che un contrarius actus rispetto a quello – l'iscrizione nel registro delle notizie di reato – che determina l'apertura delle indagini preliminari. Se “neutro” è il provvedimento iniziale, altrettanto “neutro” non può che essere il provvedimento conclusivo. Ad ogni effetto giuridico.

3.8.– Naturalmente, questa Corte è ben conscia della gravità dei danni che possono essere provocati alla reputazione delle persone – e, a cascata, alla loro vita familiare, sociale, professionale – a seguito della indebita propalazione, in particolare tramite la stampa, internet e i social media, della mera notizia dell'apertura di procedimenti penali nei loro confronti, così come di eventuali provvedimenti di archiviazione che diano comunque conto degli elementi a carico raccolti durante le indagini, pur concludendo poi nel senso della impossibilità di esercitare l'azione penale, per intervenuta prescrizione o per altra delle ragioni indicate dagli artt. 408 e 411 cod. proc. pen.

Tuttavia, fermo restando quanto si dirà in ordine al carattere del tutto indebito dei provvedimenti di archiviazione per prescrizione che esprimano valutazioni sulla colpevolezza della persona già sottoposta alle indagini (infra, punto 4.1.), il tema qui in discussione è se i rimedi per la tutela della reputazione dell'interessato debbano, per necessità costituzionale, comprendere anche la rinuncia alla prescrizione, allo scopo di ottenere una pronuncia liberatoria sul merito della notitia criminis.

Al riguardo, va sottolineato come l'interessato disponga anzitutto dei mezzi ordinari a difesa della propria reputazione – a cominciare dalla denuncia e/o querela per calunnia e diffamazione aggravata, sino all'azione aquiliana – contro qualsiasi privato che lo abbia ingiustamente accusato di avere commesso un reato, nonché contro ogni indebita utilizzazione, da parte dei media, degli elementi di indagine e dello stesso provvedimento di archiviazione, così da presentare di fatto la persona come colpevole.

Inoltre, un elementare principio di civiltà giuridica impone che tutti gli elementi raccolti dal pubblico ministero in un'indagine sfociata in un provvedimento di archiviazione debbano sempre essere oggetto di attenta rivalutazione nell'ambito di eventuali diversi procedimenti (civili, penali, amministrativi, disciplinari, contabili, di prevenzione) in cui

dovessero essere in seguito utilizzati, dovendosi in particolare assicurare all'interessato le più ampie possibilità di contraddittorio, secondo le regole procedurali o processuali vigenti nel settore ordinamentale coinvolto. E ciò tenendo sempre conto che durante le indagini preliminari la persona sottoposta alle indagini ha possibilità assai limitate per esercitare un reale contraddittorio rispetto all'attività di ricerca della prova del pubblico ministero e ai suoi risultati (riassunti o meno che siano in un provvedimento di archiviazione), i quali dunque non potranno sic et simpliciter essere utilizzati in diversi procedimenti senza che l'interessato possa efficacemente contestarli, anche mediante la presentazione di prove contrarie.

3.9.– Tutto ciò posto, questa Corte non ritiene debba riconoscersi in via generale alla persona sottoposta a indagini la titolarità di un diritto costituzionale ad un accertamento negativo su qualsiasi notizia criminis che la riguardi, da realizzare già nello specifico contesto del giudizio penale. Un diritto, insomma, che implichi la possibilità di “difendersi provando” contro accuse mai formalizzate dal pubblico ministero.

Ove si intendesse ravvisare un tale diritto, occorrerebbe infatti chiarire in quale sede processuale, e innanzi a quale autorità giudiziaria, esso sarebbe destinato ad essere esercitato.

Le indagini preliminari, all'evidenza, non sono strutturate dal legislatore come luogo idoneo per esercitare un tale diritto alla prova. La persona sottoposta alle indagini può, certo, compiere indagini difensive attraverso il proprio avvocato; ma non ha alcun mezzo per obbligare il pubblico ministero ad assumere prove a proprio discarico.

Il diritto alla prova può, invece, fisiologicamente esercitarsi nell'ambito del processo, in cui si dispiegano tutti i diritti e le garanzie difensive riconosciute all'imputato dal codice di procedura penale, e prima ancora dalla Costituzione. Ma l'imputato, ancora una volta, non ha alcun mezzo per obbligare il pubblico ministero, e poi lo stesso GIP, a provocare l'instaurazione di un processo, al solo fine di poter dimostrare l'infondatezza della notizia criminis.

Ed invero – pur nell'ambito di un sistema processuale in cui, per vincolo costituzionale, il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale – la sussistenza dei presupposti di legge per il suo esercizio, nel singolo caso concreto, resta affidata dalla legge vigente alla prudente valutazione dello stesso pubblico ministero, sotto il controllo del GIP, ed eventualmente del giudice dell'udienza preliminare. In particolare, l'art. 408, comma 1, cod. proc. pen., impone al pubblico ministero di valutare se gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari consentano di «formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca»; e di

richiedere al GIP l'archiviazione del procedimento nell'ipotesi in cui egli ritenga di escludere tale ragionevole previsione.

La ratio della disposizione – che enuncia oggi uno standard più selettivo rispetto a quello, in vigore sino al 2022, imperniato sulla mera sussistenza di «elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio» – sottende la consapevolezza, da parte del legislatore, che il processo penale è una risorsa scarsa, che implica costi ingenti a carico di tutte le persone coinvolte, in termini materiali ed “esistenziali” (sentenza n. 149 del 2022, punto 5.1.1. del Considerato in diritto), oltre che oneri economici importanti per l'intera collettività. Una risorsa, dunque, da utilizzare con parsimonia, e che il legislatore ha inteso, non certo irragionevolmente, sottrarre alla disponibilità tanto della persona sottoposta alle indagini, quanto della stessa persona offesa – la quale può soltanto opporsi innanzi al GIP alla richiesta di archiviazione del pubblico ministero (art. 410 cod. proc. pen.), ma non determinare essa stessa l'esercizio dell'azione penale.

3.10.– Le considerazioni che precedono conducono a escludere che dai parametri costituzionali evocati dal giudice rimettente discenda, in via generale, il diritto della persona sottoposta alle indagini a rinunciare alla prescrizione.

Se, infatti, il diritto a rinunciare alla prescrizione deriva dal diritto di “difendersi provando”, secondo quanto affermato in sostanza dalla giurisprudenza di questa Corte poc'anzi richiamata, il suo riconoscimento già durante le indagini preliminari dovrebbe idealmente accompagnarsi al riconoscimento di un potere dispositivo della persona sottoposta alle indagini di provocare l'instaurazione di un processo, in cui quel diritto possa essere utilmente esercitato. Potere – però – che il sistema processuale vigente non le riconosce, e che non le sarebbe riconosciuto nemmeno laddove le odierne questioni di legittimità costituzionale fossero accolte, posto che al pubblico ministero e poi al GIP residuerebbe sempre la possibilità, rispettivamente, di chiedere l'archiviazione e di archiviare il procedimento, ritenendo non ragionevolmente prevedibile una sentenza di condanna sulla base degli elementi acquisiti nel corso delle indagini.

Né può ritenersi sussistente alcun vulnus all'art. 3 Cost. in conseguenza del differente trattamento della persona sottoposta alle indagini rispetto all'imputato, quanto al diritto di rinunciare alla prescrizione. La differenza di trattamento si giustifica proprio considerando la loro differente situazione: la prima attinta da una mera notitia criminis, atto “neutro” dal quale non deve – per esplicita indicazione normativa – derivare alcuna conseguenza pregiudizievole; il secondo accusato invece formalmente della commissione di un reato da parte del pubblico ministero, attraverso un atto di esercizio dell'azione penale che è funzionale all'instaurazione di un giudizio, nel quale i suoi diritti difensivi garantiti dalla Costituzione e dal codice di rito potranno pienamente dispiegarsi.

Né, infine, sussiste una irragionevole disparità di trattamento tra l'ipotesi in cui l'archiviazione è richiesta per prescrizione ovvero per particolare tenuità del fatto. In quest'ultimo caso, infatti, l'interessato potrebbe essere soggetto a un provvedimento di archiviazione a valenza «soltanto parzialmente liberatoria, con la quale si dà pur sempre atto dell'avvenuta commissione di un fatto di reato, ancorché in concreto non punibile per la particolare esiguità del danno o del pericolo cagionato» (sentenza n. 116 del 2023); provvedimento che, peraltro, sarà iscrivibile nel casellario giudiziale. E ciò a differenza di quanto accade nel caso di archiviazione per prescrizione: provvedimento "neutro", che – come meglio si dirà (infra, punto 4.1.). – deve limitarsi a dare atto dell'avvenuto decorso del tempo necessario a prescrivere, senza esprimere alcuna valutazione sulla effettiva commissione del fatto di reato.

3.11.– In definitiva, il diritto a rinunciare alla prescrizione, che questa Corte ha riconosciuto nella sentenza n. 275 del 1990, deve essere rettammente inteso come diritto a difendersi "nel giudizio" contro un'accusa già formulata dal pubblico ministero, al fine di vedere riconosciuta nel merito l'infondatezza di tale accusa; ma non implica anche che si debba derivare dai principi costituzionali un generale diritto "al giudizio", ossia un diritto a che sia instaurato un processo nel quale l'interessato sia posto in condizioni di dimostrare l'infondatezza di qualsiasi notizia criminis che lo riguarda.

Da ciò deriva, altresì, l'insussistenza di un vincolo costituzionale, al cui riconoscimento mirano le questioni di legittimità costituzionale ora all'esame, nel senso della necessaria previsione di un obbligo, a carico del pubblico ministero, di avvisare la persona sottoposta alle indagini della richiesta di archiviazione per prescrizione formulata nei suoi confronti: obbligo che il rimettente fa discendere, per l'appunto, dall'assunto di un diritto dell'indagato a rinunciare alla prescrizione medesima.

3.12.– La conclusione ora raggiunta appare in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che – in particolare – ha in un'occasione negato che fosse stato violato il diritto di accesso a un tribunale stabilito dall'art. 6, paragrafo 1, CEDU in conseguenza dell'impossibilità, per un deputato turco, di rinunciare all'immunità di cui godeva in quanto parlamentare e di ottenere un giudizio sul merito delle accuse formulate nei suoi confronti (Corte EDU, grande camera, sentenza 3 dicembre 2009, Kart contro Turchia); e in un'altra occasione ha escluso, richiamando quel precedente, la violazione del diritto alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, paragrafo 2, CEDU, in un caso in cui il ricorrente, tra l'altro, si doleva dell'impossibilità di ottenere un giudizio sul merito della propria responsabilità penale, a fronte di un provvedimento di archiviazione

delle indagini per amnistia (Corte EDU, sentenza 17 gennaio 2017, Béres e altri contro Ungheria).

In entrambe le occasioni, la Corte ha sottolineato che «il diritto di ottenere un giudizio in merito a un'accusa penale non è assoluto, in particolare quando non si è verificato alcun effetto dannoso fondamentale e irreversibile in capo alle parti» (Kart contro Turchia, paragrafo 113; Béres e altri contro Ungheria, paragrafo 33).

3.13.– L'inesistenza di un generale diritto costituzionale dell'interessato a un accertamento negativo sulla (mera) notitia criminis non esclude, infine, che un diritto a rinunciare alla prescrizione possa invece essere riconosciuto a chi sia stato in concreto attinto, durante le indagini preliminari, da misure limitative dei propri diritti fondamentali, subendo così – con le parole della Corte EDU – un pregiudizio rilevante per effetto dell'uso di poteri coercitivi da parte dell'autorità giudiziaria; e ciò sulla base di una (pur provvisoria) valutazione di fondatezza della notitia criminis medesima, da parte del pubblico ministero e dello stesso GIP, secondo i diversi standard richiesti per l'adozione di tali misure. In effetti, come poc'anzi rammentato (supra, 3.4.), la giurisprudenza penale ha riconosciuto tale diritto a chi abbia subito un periodo di custodia cautelare, e abbia pertanto un concreto interesse a rinunciare alla prescrizione.

Anche rispetto alle specifiche ipotesi in parola, peraltro, l'introduzione di un obbligo di avviso relativo alle richieste di archiviazione per prescrizione formulate dal pubblico ministero non risulterebbe indispensabile rispetto alla finalità di permettere all'interessato di rinunciarvi, avendo egli necessariamente avuto conoscenza delle indagini nel momento stesso in cui è stato attinto dalla misura coercitiva.

4.– La sostenibilità costituzionale della conclusione che nega, in linea di principio, l'esistenza di un diritto costituzionale a rinunciare alla prescrizione in capo alla persona sottoposta alle indagini riposa sull'assunto secondo cui né dalla mera iscrizione nel registro delle notizie di reato, né dal provvedimento di archiviazione, debba essere fatta discendere alcuna conseguenza giuridica pregiudizievole per l'interessato (supra, punto 3.7.).

Il caso concreto oggetto del giudizio a quo è, però, emblematico di una specifica patologia, rappresentata da una richiesta di archiviazione per prescrizione, le cui argomentazioni sono integralmente fatte proprie dal GIP, nella quale si indugia – prima della constatazione del decorso del termine prescrizionale dal momento di commissione del fatto descritto dalla notitia criminis – in apprezzamenti sulla fondatezza della notitia criminis stessa.

Simili provvedimenti sono gravemente lesivi dei diritti fondamentali della persona interessata; e devono pertanto essere rimossi attraverso appropriati rimedi processuali.

4.1.– Richieste o decreti di archiviazione che, anziché limitarsi a ricostruire il fatto nei termini strettamente necessari a verificare l'avvenuto decorso del termine di prescrizione, esprimano giudizi sulla colpevolezza dell'interessato, violano in maniera eclatante – oltre che la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, secondo comma, Cost. – il suo diritto di difesa, inteso anche quale diritto di “difendersi provando”: diritto che è in radice negato dall'affermazione, da parte del pubblico ministero o del GIP, del carattere veritiero, o comunque affidabile, degli elementi acquisiti nel corso di un'indagine, senza che sia assicurata all'indagato – che potrebbe anzi essere rimasto del tutto ignaro dell'indagine – alcuna effettiva possibilità di contraddirli, ed eventualmente di provare il contrario.

Provvedimenti siffatti risultano, d'altra parte, indebiti anche a fronte della considerazione che, una volta riscontrato l'avvenuto decorso del termine di prescrizione, gli stessi poteri di indagine e di valutazione del pubblico ministero sui fatti oggetto della notitia criminis vengono meno, non operando nella fase delle indagini preliminari né per il pubblico ministero, né per il GIP, l'obbligo di apprezzare – con priorità logica rispetto alla verifica delle cause estintive del reato – l'evidenza dell'innocenza della persona sottoposta alle indagini, come accade invece nell'ambito del giudizio, ai sensi dell'art. 129, comma 2, cod. proc. pen. (Corte di cassazione, ordinanza n. 45001 del 2005; sezione sesta penale, sentenza 19 ottobre-16 novembre 1990, n. 2702).

Infine, richieste o decreti di archiviazione così motivati perdono, per ciò solo, il carattere di “neutralità” che li dovrebbe caratterizzare, e sono in concreto suscettibili di produrre – ove per qualsiasi ragione arrivino a conoscenza dei terzi, come spesso accade – gravi pregiudizi alla reputazione, nonché alla vita privata, familiare, sociale e professionale, delle persone interessate. Ciò che, in ipotesi, potrebbe dare altresì luogo a responsabilità civile e disciplinare dello stesso magistrato, laddove ricorrano i presupposti rispettivamente previsti dalla legge 13 aprile 1988, n. 117 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati) e dal decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 (Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150).

4.2.– Del possibile rimedio contro simili provvedimenti si è ampiamente discusso tra le parti in sede di udienza, anche sulla scorta dei quesiti loro preventivamente posti ai sensi

dell'art. 10, comma 3, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

Al riguardo, occorre anzitutto sottolineare il rilievo oggi assunto sul tema dalla direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. L'art. 4, paragrafo 1, di tale direttiva prevede che «[g]li Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata, [...] le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole». Al paragrafo 2 dello stesso art. 4, la direttiva dispone inoltre che «[g]li Stati membri provvedono affinché siano predisposte le misure appropriate in caso di violazione dell'obbligo stabilito al paragrafo 1 del presente articolo di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli, in conformità con la presente direttiva, in particolare con l'articolo 10». Tale ultima disposizione prevede, a sua volta, il dovere a carico degli Stati membri di assicurare che «gli indagati e imputati dispongano di un ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti conferiti dalla presente direttiva».

Nel trasporre la direttiva nell'ordinamento italiano, il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188, recante «Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali», ha introdotto nel codice di procedura penale un nuovo art. 115-bis. Tale disposizione prevede un rimedio ad hoc per il caso in cui la persona sottoposta a indagini o l'imputato sia indicata quale colpevole in «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato», come, per l'appunto, la richiesta o il decreto di archiviazione per prescrizione, in cui l'autorità giudiziaria (salve talune specialissime ipotesi in cui debba contestualmente applicare un provvedimento di confisca obbligatoria: sul punto, sentenza n. 172 del 2023) è semplicemente tenuta a prendere atto dell'avvenuto decorso del tempo e disporre, conseguentemente, l'archiviazione del procedimento penale.

4.3.– Peraltro, anche prima dell'introduzione di tale rimedio – verosimilmente inapplicabile, *ratione temporis*, nel giudizio a quo – il combinato disposto degli artt. 4 e 10 della direttiva 2016/343/UE, il cui termine di recepimento era fissato al 1° aprile 2018, già conferiva alla persona sottoposta alle indagini un diritto, immediatamente azionabile, a un rimedio effettivo.

Una risalente sentenza di legittimità aveva, del resto, già ritenuto affetto da abnormità un decreto di prescrizione per amnistia in cui il GIP si era diffuso sulla qualificazione giuridica del fatto e sulla sussistenza del delitto oggetto della notitia criminis (Cass., n. 1560 del 1999).

Tale qualificazione potrebbe in ipotesi attagliarsi anche al caso, strutturalmente identico, in cui un decreto di archiviazione per prescrizione contenga nella sostanza una valutazione di colpevolezza della persona sottoposta a indagini, che il vigente sistema processuale considera invece come contenuto tipico di una sentenza di condanna.

Provvedimenti siffatti evidenziano, a ben guardare, una vera e propria deviazione del provvedimento rispetto allo scopo tipico dell'atto, nel senso – più in particolare – di «esercizio di un potere previsto dall'ordinamento, ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge», e perciò di «carenza di potere in concreto» (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 26 marzo-22 giugno 2009, n. 25957, nonché, più di recente, ex multis, sezione terza penale, sentenza 23 novembre 2020-8 gennaio 2021, n. 418), con un effetto di grave vulnus ai diritti costituzionali dell'interessato (per recenti ipotesi in cui la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto affetto da abnormità il decreto di archiviazione, anche in ragione della lesione del diritto di difesa dell'interessato, si vedano Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 28 settembre-3 dicembre 2021, n. 44926; sezione seconda penale, sentenza 20 aprile-3 maggio 2021, n. 16779; sezioni unite penali, sentenze 22 marzo-24 settembre 2018, n. 40984 e 28 novembre 2013-30 gennaio 2014, n. 4319).

4.4.– Se, comunque, l'individuazione del rimedio appropriato in queste ipotesi resta riservata alla valutazione della giurisprudenza di legittimità, questa Corte non può non sottolineare che un adeguato soddisfacimento delle esigenze costituzionali di tutela del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio relativamente a decreti di archiviazione per prescrizione, i quali indebitamente abbiano espresso valutazioni sulla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini, è componente essenziale della sostenibilità costituzionale del delicato bilanciamento tra opposti interessi cristallizzato nel vigente ordinamento processuale.

In altre parole, il mancato riconoscimento alla persona sottoposta alle indagini di un diritto a provocare un accertamento negativo della notitia criminis nell'ambito di un giudizio penale non è costituzionalmente illegittimo soltanto in quanto l'ordinamento sia in grado – per altra via – di assicurare un rimedio effettivo contro ogni eventuale violazione, da parte dall'autorità giudiziaria, del diritto fondamentale della persona medesima a non essere presentata come colpevole senza avere potuto difendersi e presentare prove a proprio discarico.

E tale rimedio non potrebbe comunque essere subordinato alla rinuncia alla prescrizione da parte dell'interessato, nei limiti in cui tale diritto sia in concreto esercitabile. In effetti, la persona sottoposta alle indagini, se non ha in via generale il diritto di rinunciarvi, ha invece il pieno diritto di avvalersi della prescrizione, che è posta a tutela anche del suo soggettivo interesse a essere lasciata in pace dalla pretesa punitiva statale, rimasta inattiva per un rilevante lasso di tempo dalla commissione del fatto a lei attribuito, senza che tale legittima scelta di avvalersi della prescrizione comporti, per l'interessato, la perdita del suo diritto fondamentale a non essere pubblicamente additato come colpevole in assenza di un accertamento giudiziale.

5.– A queste essenziali condizioni, le questioni sollevate debbono essere dichiarate non fondate.

Per questi motivi

La Corte costituzionale

dichiara non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 411, comma 1-bis, del codice di procedura penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24, secondo comma, e 111, commi secondo e terzo, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Lecce, sezione seconda penale, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 gennaio 2024.

Con nota di

Ali Abukar Hayo *

LE RAGIONI DI FONDO DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE 41/2024 NEL QUADRO DOGMATICO DEL RAPPORTO PUNITIVO

La richiesta di archiviazione del pubblico ministero deve essere vista come la modalità negativa di esercizio del potere di impulso al processo, ossia come rinuncia all'esercizio dell'azione penale. In questa logica è facile intendere che

* Ordinario di Diritto Penale nell'Università degli studi di Roma Niccolò Cusano

non è riconosciuto all'indagato analogo diritto di rinuncia alla prescrizione, che paralizzerebbe la rinuncia del pubblico ministero all'azione penale; e non perché non abbia interesse ad opporsi, ma per il dominio esclusivo del pubblico ministero sull'esercizio dell'azione penale. Il paradigma del rapporto punitivo, che si instaura solo nel momento in cui l'azione penale viene esercitata, si rivela idoneo a differenziare la posizione dell'indagato da quella dell'imputato, sebbene entrambi abbiano il medesimo (eventuale) interesse a opporsi alla richiesta di archiviazione. La questione del diritto all'informazione è diversa; tale diritto compete all'indagato, quando la richiesta di archiviazione sia motivata dalla particolare tenuità del fatto; o quando abbia subito, nella fase delle indagini, la custodia cautelare. Entrambi i casi sottendono un pregiudizio ai diritti personali, sul quale l'indagato ha diritto di interloquire, mentre la decorrenza del termine di prescrizione non porta alcun pregiudizio e l'interloquazione sul punto non ha alcuna giustificazione.

The prosecutor's request for dismissal must be seen as a negative exercise of the power to initiate proceedings, i.e. as a waiver of prosecution. In this logic, therefore, it is easy to understand why a suspect is not recognised as having a similar right to waive the statute of limitations, which would paralyse the prosecutor's waiver of prosecution; not because he has no interest in opposing it but because of the prosecutor's exclusive power to initiate prosecution. The paradigm of the punitive relationship, which is established only when the criminal action is initiated, is sufficient to distinguish the position of the suspect from that of the accused, although both have the same (possible) interest in opposing the request for dismissal. The question of the right to information is different; this right belongs to the suspect when the request for dismissal is grounded on the particularly slight nature of the circumstances of the case or when they have been remanded in custody during the investigation phase. In both cases, there is an

SOMMARIO 1. La questione giuridica sulla quale si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 41/2024 - 2. L'inesistenza del diritto di rinuncia dell'indagato alla prescrizione nel quadro dogmatico del rapporto punitivo - 3. Il diritto dell'indagato all'informazione, come premessa del suo diritto di interloquazione, in presenza di un *vulnus* alla sua sfera personale - 4. Breve conclusion

1. La questione giuridica sulla quale si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 41/2024

La sentenza n. 41/2024 della Corte costituzionale, dichiarando infondata la questione sollevata dal Giudice rimettente e, per l'effetto, la legittimità costituzionale dell'art. 411, co. 1 *bis*, c.p.p. nell'attuale formulazione, ha enunciato il principio di diritto, secondo il quale il pubblico ministero non ha alcun onere informativo, relativo alla sua richiesta di archiviazione per intervenuta prescrizione del reato, nei confronti della persona sottoposta a indagini preliminari. La questione era stata sollevata², dal momento che nella richiesta di archiviazione *de qua* si asseriva che erano stati acquisiti consistenti elementi di prova a carico dell'indagato³, per corruzione in atti giudiziari, la quale sarebbe stata commessa negli anni 2010 e 2011, e tuttavia era sopraggiunta una causa estintiva del reato, per decorso del termine di prescrizione; sicché l'indagato, magistrato in servizio, avendo già subito conseguenze pregiudizievoli nella fase delle indagini, in virtù delle provalazioni accusatorie, aveva interesse a rinunciare alla prescrizione, affinché il Giudice di merito potesse pronunciare una sentenza assolutoria. Ovviamente, solo se fosse stato tempestivamente informato, l'indagato avrebbe potuto rinunciare alla prescrizione per instaurare il contraddittorio sui fatti dei quali era accusato, dunque invocava una sentenza additiva, con la quale la Corte dichiarasse il contrasto tra l'art. 411 co. 1 *bis* c.p.p. e gli artt. 3, 24 c. 2. e 111 co. 2 e 3 della Costituzione, nella parte in cui non si prevede di estendere all'archiviazione per prescrizione l'onere informativo previsto nel caso di archiviazione per tenuità del fatto⁴.

² Con ordinanza del 21 novembre 2022, il Tribunale ordinario di Lecce, seconda sezione penale, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 411, co. 1 *bis* c.p.p., in riferimento agli artt. 2, 24 co. 2, 111 co. 2 e 3, della Costituzione «nella parte in cui non prevede che, anche in caso di richiesta di archiviazione per estinzione del reato per intervenuta prescrizione, il pubblico ministero debba darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, estendendo a tale ipotesi la medesima disciplina prevista per il caso di archiviazione disposta per particolare tenuità del fatto, anche sotto il profilo della nullità del decreto di archiviazione emesso in mancanza del predetto avviso e della sua reclamabilità dinanzi al Tribunale in composizione monocratica».

³ Sul punto la Corte osserva: «il caso concreto oggetto del giudizio *a quo* è emblematico di una specifica patologia, rappresentata da una richiesta di archiviazione per prescrizione, le cui argomentazioni sono integralmente fatte proprie dal GIP, nella quale si indugia [...] in apprezzamenti sulla fondatezza della *notitia criminis*» (punto 4).

⁴ Osservava il giudice rimettente che un onere informativo, a carico del pubblico ministero, a favore della persona sottoposta alle indagini, è previsto dall'art. 411 co. 1 *bis* c.p.p., nell'ipotesi in

A ben considerare, la questione *de qua* si può scomporre in due: a) se il soggetto indagato abbia il diritto di rinuncia alla prescrizione; b) se il pubblico ministero abbia un onere informativo, pur in assenza del diritto dell'indagato. È chiaro che il diritto dell'indagato alla rinuncia postula necessariamente l'onere informativo a carico del pubblico ministero, giacché tale diritto potrebbe essere esercitato solo da colui che fosse informato della richiesta di archiviazione, cosicché la risposta affermativa alla prima questione implica necessariamente anche la risposta affermativa alla seconda; ma non vale l'inverso, giacché l'onere informativo potrebbe preludere a una mera facoltà di opposizione all'archiviazione, da parte dell'indagato, senza facoltà di veto alla richiesta del pubblico ministero.

Le due questioni sottendono, a loro volta, un interrogativo di fondo, che verte sulla natura degli atti del pubblico ministero, in particolare di quelli attinenti all'esercizio dell'azione penale. A nostro avviso, il paradigma della pretesa punitiva, la quale costituisce uno dei poli del rapporto punitivo, può rivelarsi utile per affrontare le questioni di cui sopra.

2. L'inesistenza del diritto di rinuncia dell'indagato alla prescrizione nel quadro dogmatico del rapporto punitivo

Fin quando il diritto penale è visto come un insieme di norme precettive che descrivono fattispecie astratte, il suo dinamismo interno è pressoché nullo, poiché non viene esercitato, ma solo dichiarato nel verbale legislativo, e dunque non instaura alcun rapporto giuridico tra soggetti; se il diritto sostantivo coincide con la norma astratta, il dinamismo appartiene solo alla sfera procedimentale (endoprocessuale e processuale), nella quale fanno ingresso il pubblico ministero e l'indagato-imputato⁵. In questa logica, la questione se, nella fase preliminare, il soggetto sottoposto a indagini abbia gli stessi diritti di cui gode l'imputato nella fase dibattimentale-processuale riguarda solamente l'architettura del processo penale, ma non attiene all'ambito del diritto sostanziale e non tira in ballo i suoi paradigmi. Quando, invece, il diritto penale è visto nella sua dimensione

cui l'archiviazione sia richiesta per particolare tenuità del fatto, assunta come «preciso punto di riferimento, già presente nel sistema legislativo, in grado di orientare l'intervento della Corte costituzionale verso una soluzione non arbitraria».

⁵ In questo senso cfr. A. MARANDOLA, *Prescrizione non rinunciabile in sede d'archiviazione: una discutibile argomentazione conduce ad una dubbia conclusione*, in www.penaledp.it, 28.03.2024.

sanzionatoria, come diritto di un soggetto (pubblico ministero) ad ottenere, per via giudiziaria, la punizione del reo, la questione *de qua* investe non solo il versante processualpenalistico, ma anche quello (sostanziale) della pretesa punitiva⁶.

In questa logica, il rapporto punitivo avvince due soggetti, uno dei quali esercita la pretesa, l'altro la subisce; il diritto al contraddittorio nasce dopo l'esercizio della pretesa, non prima. Il momento di esercizio dell'azione penale è parimenti il momento di esercizio del diritto del pubblico ministero che si sostanzia nella pretesa punitiva. Prima di questo momento non si instaura il rapporto punitivo, sicché non sorge il diritto della parte pubblica a pretendere, per via giudiziaria, la punizione dell'altra parte, nei modi previsti dalla legge; né il corrispondente diritto (dell'imputato) di resistere alla pretesa del pubblico ministero, con le prerogative difensive e nei modi previsti dalla legge. Il riflesso della pretesa è il diritto di difesa, ma se non c'è pretesa, non c'è nemmeno diritto di difesa. Ebbene, entro le coordinate del diritto penale, inteso come diritto punitivo esercitato dal pubblico ministero nei confronti del reo, nell'ambito di un rapporto sottoposto alla pronuncia del Giudice terzo e *super partes*, le argomentazioni e la *ratio* della sentenza in commento, a nostro avviso, si possono apprezzare meglio.

Come detto, la prima questione attiene alla possibilità dell'indagato di rinunciare alla causa estintiva del reato. La Consulta ha escluso che la persona sottoposta alle indagini preliminari abbia il diritto di rinuncia, che appartiene invece all'imputato. Solo quest'ultimo può rinunciare alla prescrizione e chiedere la pronuncia del Giudice che accerti la sua innocenza, mentre l'indagato non può in alcun modo opporsi alla richiesta di archiviazione, quand'anche, come nel caso di specie, sia stato attinto da accuse infamanti, non smentite e perfino avvalorate nell'atto del pubblico ministero e nel decreto di archiviazione del GIP. Insomma, in un caso la tutela dell'onorabilità si esplica in tutta la sua latitudine, nell'altro è minusvalente.

Le argomentazioni della Corte sembrano ineccepibili. Le doglianze dell'indagato in fondo vertevano su una richiesta di archiviazione "anomala", contenente espressioni pregiudizievoli della sua onorabilità. Non si può pensare

⁶ Il legame tra la funzionalità sanzionatoria della norma penale e la dogmatica del rapporto punitivo è evidenziato da A. ABUKAR HAYO, *Il rapporto punitivo*, Torino, 2023, pp. 55 ss.

che sia questa la “regola”⁷. Il pubblico ministero che chiede l’archiviazione per decorrenza del termine di prescrizione deve astenersi dall’esprimere giudizi opinabili sulla colpevolezza dell’indagato, proprio perché costui non ha avuto alcuna possibilità di aprire il contraddittorio e difendersi dalle accuse⁸. Inoltre, il decorso del tempo è un fatto neutro, che sfugge alla volontà dell’uomo e nulla aggiunge o toglie al quadro indiziario venuto fuori dalle indagini, sicché il pubblico ministero non deve motivare la richiesta di archiviazione con riferimento alla responsabilità dell’indagato, ma solo legarla alla circostanza fattuale, non opinabile, della decorrenza del termine⁹. Ne deriva che il fatto meramente accidentale del pregiudizio sofferto dall’indagato, nelle concrete circostanze del caso, non può giustificare un principio generale, che consenta di porre rimedio a una sorta di *iniuria*, la quale giammai si dovrebbe verificare in altri casi. Ciò posto ed escluso che la richiesta avalutativa e neutra del pubblico ministero, giustificata dalla sola scadenza temporale, possa arrecare pregiudizio all’indagato, non si può escludere tuttavia che costui subisca un *vulnus* alla sfera dell’onore e della reputazione sociale già in fase pre-processuale, per altre vie. Anzi può dirsi, sulla base dell’*id quod plerumque accidit*, che, proprio in quella fase, l’indagato subisce il massimo approfondimento del danno d’immagine,

⁷ La regola è ben diversa, come si desume dal testo dell’art. 115 *bis* c.p.p., comma 2: «Nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell’imputato, che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza, l’autorità giudiziaria limita i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell’imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l’adozione del provvedimento», e comma 3 « In caso di violazione delle disposizioni di cui al comma 1, l’interessato può, a pena di decadenza, nei dieci giorni successivi alla conoscenza del provvedimento, richiederne la correzione, quando è necessario per salvaguardare la presunzione di innocenza nel processo».

La Corte costituzionale chiosa che la disposizione richiamata «prevede un rimedio *ad hoc* per il caso in cui la persona sottoposta a indagini o l’imputato sia indicata quale colpevole in provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell’imputato, come, per l’appunto, la richiesta o il decreto di archiviazione per prescrizione, in cui l’autorità giudiziaria è semplicemente tenuta a prendere atto dell’avvenuto decorso del tempo» (punto 4.2)».

⁹ La Consulta sottolinea il carattere neutro degli atti, compiuti nella fase delle indagini, che prefigurano l’accusa: «la mera iscrizione nel registro delle notizie di reato che consegue all’acquisizione di una *notitia criminis* non implica ancora che il pubblico ministero abbia effettuato alcun vaglio ... l’iscrizione nel registro è un atto neutro ... se neutro è il provvedimento iniziale, altrettanto neutro non può che essere il provvedimento conclusivo» (punto 3.7).

derivante dalla diffusione di notizie di cronaca¹⁰; mentre nella successiva fase processuale si stempera l'attenzione dei *mass media* sulle vicende trascorse. E poiché l'indagato è perfino più esposto dell'imputato al danno di immagine, l'interesse del primo al giudizio di merito dovrebbe ricevere tutela non meno che quello del secondo. Guardando solo all'interesse della persona, attinta dalle accuse, è difficile dunque giustificare la differenza di tutela nelle due fasi (endoprocessuale e processuale)¹¹.

Bisogna guardare oltre; non già alla condizione, isolatamente considerata, dell'indagato-imputato, bensì al rapporto che lo lega con il titolare della pretesa punitiva. Questo rapporto incide sulla dinamica processuale e ne spiega la logica: la formulazione del capo d'imputazione segna il momento nel quale si instaura il rapporto punitivo, poiché in quel momento prende vita la pretesa punitiva del pubblico ministero¹². Se non c'è la pretesa del pubblico ministero, non sussiste nemmeno il corrispondente diritto di difesa (ossia il diritto di resistere alla pretesa)¹³, cosicché l'interesse dell'indagato alla tutela del proprio onore non si

¹⁰ Il che non sfugge alla Corte costituzionale, "ben conscia della gravità dei danni che possono essere provocati alla reputazione delle persone – e, a cascata, alla loro vita familiare, sociale, professionale – a seguito della indebita propalazione, in particolare tramite la stampa, internet e i *social media*, della mera notizia dell'apertura di procedimenti penali nei loro confronti, così come di eventuali provvedimenti di archiviazione che diano comunque conto degli elementi a carico raccolti durante le indagini" (punto 3.8).

¹¹ Infatti, A. MARANDOLA, *Prescrizione non rinunciabile in sede d'archiviazione: una discutibile argomentazione conduce ad una dubbia conclusione*, cit., giunge alla conclusione che anche all'indagato, come all'imputato, si debba riconoscere il diritto di rinuncia alla prescrizione, prendendo in considerazione il solo interesse alla tutela dell'onore e della reputazione sociale, identico per entrambi.

¹² Sull'argomento, di recente, C. CONTI, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 142 ss.; D. CURTOTTI, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, pp. 35 ss.; A. MARANDOLA, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 1570 ss. Inoltre, sull'argomento, R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010; A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri, effetti*, Torino, 2012.

¹³ Anche la Corte costituzionale adotta la terminologia corrispondente alle coordinate concettuali del "rapporto punitivo", giacché non a caso qualifica come "pretesa" punitiva - e non come "potestà" - il compendio dei poteri di iniziativa del pubblico ministero, antecedente alla condanna giudiziale. Si legge infatti nella sentenza in commento: «in effetti, la persona sottoposta alle indagini, se non ha in via generale il diritto di rinunciarvi, ha invece il pieno diritto di avvalersi della prescrizione, che è posta a tutela anche del suo soggettivo interesse a essere lasciata in pace dalla *pretesa punitiva* statale, rimasta inattiva per un rilevante lasso di tempo [...]» (punto 4.4).

esprime come diritto di difesa nel processo e dunque non può esplicitarsi nella resistenza alla richiesta di archiviazione del pubblico ministero.

In sintesi, il paradigma del rapporto punitivo si rivela utile per spiegare la differenza di tutela di un interesse, più o meno intenso nel tempo, ma strutturalmente identico in tutte le fasi del procedimento. Beninteso la differenza può essere spiegata comunque, in riferimento alle sole coordinate procedurali. Tuttavia, è ben evidente che il diritto sostanziale trova corrispondenza nel diritto processuale e viceversa. Il diritto del soggetto è vero diritto (e non già mero interesse) in quanto trova protezione processuale, cosicché i paradigmi di diritto sostanziale non sono indipendenti dalla dinamica processuale, anzi concettualmente costituiscono il *prius*. Non avrebbe senso una giurisdizione che non pronunciasse il diritto, omettesse cioè di *jus dicere*; un iter procedurale, che non avesse la finalità di verificare la sussistenza di un diritto, sarebbe del tutto vano e inutile. Ne deriva, a nostro avviso, che, da un punto di vista puramente logico, il paradigma sostanziale è un *prius* rispetto al paradigma processuale. In questo quadro, il riferimento al rapporto punitivo, che si compone dei due poli, è indispensabile per spiegare la dinamica dell'interesse, che trova protezione piena solo in una determinata fase del procedimento. L'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero non incide sull'interesse in sé (alla tutela dell'onore), bensì sulla protezione dell'interesse, in quanto fa sorgere il rapporto punitivo con pretesa, da una parte, e diritto di difesa, dall'altra. Il pubblico ministero entra come soggetto nel diritto penale sostanziale, in quanto rappresenta uno dei poli del rapporto punitivo. Senza riferimento all'attività del pubblico ministero non si spiega la differente tutela dell'interesse, sicché, se si vuole mantenere la corrispondenza tra il diritto sostanziale e quello processuale, si rivela utile il paradigma del diritto penale che si sostanzia nel rapporto punitivo tra due soggetti.

Al contrario il diritto penale, inteso semplicemente come norma astratta, fa riferimento a un solo soggetto e implica una prospettiva statica, che non può differenziare la tutela dell'interesse. Le considerazioni di opportunità politica, formulate su un versante processuale, del tutto staccato dal diritto sostanziale, rimangono prive di una *ratio* di fondo; solo il riferimento all'esercizio dell'azione penale (del pubblico ministero) consente di ravvisare la logica della scelta politica; ma questo riferimento trova corrispondenza, nel diritto sostanziale, nella dinamica del rapporto punitivo.

Alla luce di quanto sopra, la pronuncia della Consulta che risponde negativamente alla prima questione - se l'indagato abbia diritto di rinunciare alla prescrizione - si inquadra perfettamente all'interno della dogmatica del rapporto punitivo. L'esercizio dell'azione penale appartiene all'organo pubblico titolare del diritto di punire; allo stesso modo gli appartiene la rinuncia all'esercizio¹⁴, ma se gli appartiene, non può appartenere contemporaneamente all'indagato. Infatti, se costui avesse il diritto di paralizzare la richiesta di archiviazione, annullerebbe il diritto del pubblico ministero di rinunciare all'azione penale. E poiché la rinuncia all'esercizio è un modo d'essere dell'esercizio stesso, paralizzare la rinuncia equivarrebbe a inibire l'esercizio dell'azione penale, che è espressione del diritto punitivo del pubblico ministero. La fase pre-processuale è ordinata all'esercizio dell'azione penale, sicché l'indagato subisce l'iniziativa del pubblico ministero, alla cui esclusiva prerogativa appartiene tale esercizio¹⁵. Al contempo, nel quadro di questa dogmatica, risulta chiaro che la posizione dell'imputato è ben diversa, proprio perché l'azione penale è già stata esercitata. Essendosi instaurato il contraddittorio delle parti, l'imputato non subisce l'iniziativa del pubblico ministero e ha il pieno diritto di difendersi innanzi al Giudice, nel quale rientra evidentemente la facoltà di far proseguire il processo¹⁶, al fine di una sentenza assolutoria.

¹⁴ La richiesta di archiviazione è l'altra faccia della medaglia dell'esercizio dell'azione penale; l'una e l'altro esprimono il dominio del pubblico ministero sull'azione penale, che si può leggere, a nostro avviso, come titolarità esclusiva della pretesa punitiva. L'archiviazione può essere pronunciata nei seguenti casi: qualora la notizia di reato risulti infondata (art. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.); qualora sia rimasto ignoto l'autore del reato (art. 415 c.p.p.); qualora risulti mancante una condizione di procedibilità, il reato sia estinto ovvero il fatto non sia previsto dalla legge come reato (art. 411 comma 1 c.p.p.); qualora il fatto sia particolarmente tenue (art. 131 bis c.p. e 411 comma 1 bis c.p.p.). Sul punto, S. DE FLAMMINEIS, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero*, in *Sist. Pen. (online)*, 23.05.2023; A. LARUSSA, *Archiviazione del procedimento penale*, in *AltalexPedia*, voce agg. al 26.07.2018.

¹⁵ Il principio è solennemente sancito dall'art. 112 Cost.; *ex multis* G. D'ELIA, *Commento all'art. 112*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, UTET Giuridica, Milano, 2006, 2126 ss.. Per gli sviluppi più recenti del dibattito politico e dottrinale sull'esercizio dell'azione penale cfr. S. PANIZZA, *Se l'esercizio dell'azione penale diventa obbligatorio... nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge*, in *Quest. Giust. (online)*, 05.01.2022; F. PALAZZO, *Sul pubblico ministero: riformare sì, ma con giudizio*, in *Quest. Giust. (online)*, 08.06.2021, pp. 59 ss..

¹⁶ Si parla in questo caso di diritto di "difendersi provando". Sul punto la Corte costituzionale osserva che "il diritto alla prova può fisiologicamente esercitarsi nell'ambito del processo" (...) "la sussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'azione penale, nel singolo caso

3. Il diritto dell'indagato all'informazione, come premessa del suo diritto di interlocuzione, in presenza di un *vulnus* alla sua sfera personale

Questione diversa è se l'indagato abbia diritto di essere informato della richiesta di archiviazione del pubblico ministero. Ovviamente l'unico parallelismo possibile riguarderebbe analogo diritto di informazione dell'indagato, poiché non ha senso prendere in considerazione la posizione della persona offesa (avente il diritto all'informazione *ex art. 408 co. 2 c.p.p.*), ben diversa e portatrice di un interesse contrapposto a quello dell'indagato. È opportuno ribadire ancora una volta che il diritto d'informazione è ben diverso dal "diritto al processo", espresso in forma di rinuncia all'archiviazione, in ragione della titolarità monopolistica dell'azione penale in capo al pubblico ministero, sotto il controllo del GIP e del GUP. Se ne trova conferma nella disposizione del codice di rito, secondo la quale il pubblico ministero esercita l'azione solo quando ritenga ragionevolmente probabile una sentenza di condanna. Il vaglio di questa probabilità compete al pubblico ministero sotto il controllo del Giudice, cosicché quand'anche la parte offesa o l'indagato si opponga alla richiesta di archiviazione, non viene meno in ogni caso il dominio esclusivo del pubblico ministero sul potere di impulso processuale¹⁷.

Dunque, il diritto di informazione dell'indagato (o della persona offesa) giammai potrebbe preludere all'esercizio di un ipotetico diritto al processo, che entrerebbe in contrasto con il "monopolio" del pubblico ministero. Il suddetto diritto è previsto, in taluni casi, solo come premessa strumentale per esercitare un semplice diritto di interloquire, ossia di esporre le proprie ragioni in opposizione alla richiesta. Si comprende perciò che il diritto di interlocuzione è legato a due presupposti: l'interesse a interloquire e la ragionevolezza dell'interlocuzione. L'interesse sussiste solo quando l'indagato abbia subito o subisca un reale pregiudizio, in conseguenza dell'archiviazione; l'interlocuzione

concreto, resta affidata dalla legge vigente alla prudente valutazione dello stesso pubblico ministero, sotto il controllo del GIP, ed eventualmente del giudice dell'udienza preliminare" (punto 3.9). In dottrina cfr. *ex multis* V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale, in Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, p. 13; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Torino, 2004, p. 175. Più recentemente, A. GAITO – C. VALENTINI, *Stato senza diritto e difesa smaterializzata: la sostanziale inutilità del diritto alla prova*, in *Arch. Pen.*, 3/2020, con richiami di dottrina e giurisprudenza a cui si rinvia.

¹⁷ Cfr. Corte costituzionale, Servizio Studi, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto processuale penale)*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid 13 - 15 ottobre 2011, a cura di P. Gaeta, p. 66 ss..

poi ha senso solo in quanto sussista una “materia del contendere”, ossia un oggetto opinabile sul quale interloquire. Non sussiste né l’interesse, né la ragionevolezza, quando l’archiviazione è richiesta dal pubblico ministero per il decorso del termine di prescrizione, poiché lo scorrere del tempo è una circostanza di fatto non opinabile, sulla quale non è ragionevole discettare, e assolutamente neutra, non sintomatica di colpevolezza¹⁸. Occorre precisare in proposito che neppure ad altri fini - di diritto civile, amministrativo, disciplinare - la richiesta di archiviazione per intervenuta prescrizione può risultare pregiudizievole per l’indagato. Sul punto l’interpretazione della Corte costituzionale non ammette alcun dubbio e risulta vincolante non solo per il giudice penale, ma anche per le altre giurisdizioni e le autorità amministrative¹⁹. Le fonti di prova, raccolte nella fase delle indagini preliminari, non sono state sottoposte al contraddittorio e l’indagato non ha potuto far valere le sue ragioni difensive, se non in minima parte; pertanto, non possono essere utilizzate in alcun modo come presupposto per provvedimenti che incidono sulla sfera personale del medesimo²⁰. Ne consegue l’assenza dell’interesse della persona sottoposta a indagini a opporsi a siffatta archiviazione per prescrizione, che costituisce un fatto neutro e non valutativo, dal quale non può ricevere alcun pregiudizio.

I due presupposti, di interesse e ragionevolezza, sussistono, invece in due casi. Il primo è previsto, nel nostro codice di rito, nel caso in cui il pubblico ministero richieda l’archiviazione per particolare tenuità del fatto²¹.

Risulta evidente fin da subito la differenza tra le due archiviazioni: nel caso di prescrizione, il fatto di reato non risulta in alcun modo accertato nella

¹⁸ Sul tema cfr. A. NATALE, *Ragionevole previsione di condanna e ragionevole prognosi di prescrizione: un’ordinanza del GIP di Siena*, in *Quest. giust.*, 30 novembre 2023.

¹⁹ In proposito la Corte osserva che “durante le indagini preliminari la persona sottoposta alle indagini ha possibilità assai limitate per esercitare un reale contraddittorio rispetto all’attività di ricerca della prova del pubblico ministero e ai suoi risultati (riassunti o meno che siano in un provvedimento di archiviazione), i quali dunque *non potranno sic et simpliciter essere utilizzati in diversi procedimenti senza che l’interessato possa efficacemente contestarli*, anche mediante la presentazione di prove contrarie” (punto 3.8)

²⁰ E. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell’azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. Pen. (online)*, 14.05.2020.

²¹ In generale sulla natura della causa di non punibilità in parola cfr. Y. PARZIALE, *La mancata concessione della speciale causa di non punibilità di cui all’art. 131-bis c.p. all’autore del delitto di resistenza a un pubblico ufficiale è costituzionalmente legittima*, in *Cass. pen.*, 6/2021, pag. 2032 ss. e bibliografia ivi citata.

richiesta del pubblico ministero; nel caso di particolare tenuità, il fatto di reato sussiste, secondo le indicazioni della richiesta. Insomma, in un caso il pubblico ministero non asserisce alcuna reità, nell'altro asserisce la reità, seppure di tenue gravità. In un caso, l'archiviazione non costituisce in alcun modo un precedente penalmente rilevante; nell'altro, ha una qualche rilevanza, sia pure attenuata, di "precedente" sintomatico di "abitudine" (che preclude una successiva archiviazione per tenuità del fatto)²².

Quando l'archiviazione viene disposta per tenuità del fatto, se ne fa annotazione nel casellario giudiziale, poiché, in caso di reiterazione, non può essere concessa una nuova archiviazione, ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.²³. Si vede bene, dunque, che l'indagato risente di un certo pregiudizio, per questa tipologia di archiviazione, e il suo diritto di essere informato della richiesta del pubblico ministero costituisce il necessario presupposto per far valere le sue ragioni.

Il secondo caso, nel quale si può riconoscere all'indagato il diritto ad essere informato della richiesta di archiviazione, per poter esercitare il diritto di argomentare sul punto, si deve all'elaborazione giurisprudenziale. La CEDU ha riconosciuto tale diritto nel caso in cui l'indagato sia stato attinto, nel corso delle indagini preliminari, da misure coercitive cautelari²⁴. È evidente, in questo caso,

²² Le Sezioni Unite penali, con sentenza 24 settembre 2019, n. 38954, hanno stabilito che l'archiviazione per particolare tenuità del fatto deve essere annotata nel casellario giudiziale, affinché il giudice possa vagliare la "non abitudine" della condotta criminosa, ma non deve essere indicata nei certificati.

²³ Con la riforma Cartabia è stata ampliata la sfera della non punibilità. Al comma 21 dell'art. 1 della l. 27 settembre 2021, n. 134, si dettano le regole per le «*modifiche al codice penale in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*» e segnatamente si prevede in via generale «*come limite all'applicabilità della disciplina dell'art. 131-bis c.p., in luogo della pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, sola o congiunta a pena pecuniaria*». Sulla possibile abolizione dei minimi edittali D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma Cartabia: scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in *Sist. Pen. (online)*, 13. 01. 2022; cfr. anche A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: una figura sotto assedio*, in M. Catenacci – V.N. D'Ascola – R. Rampioni (a cura di) *Scritti in onore di A. Fiorella*, vol. I, Roma, 2021, 590. Rimane fermo il requisito di non "abitudine", per il quale ha rilevanza il "precedente" (iscritto nel casellario giudiziale). Testo vigente: «*Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, anche in considerazione della condotta susseguente al reato, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale*».

²⁴ La CEDU ha sottolineato che "il diritto di ottenere un giudizio in merito a un'accusa penale non è assoluto, in particolare quando non si è verificato alcun effetto dannoso fondamentale e irreversibile in capo alle parti" (Kart contro Turchia, par. 113; Béres e altri contro Ungheria, par.

il pregiudizio subìto, che non riguarda solo la sfera dell'onore personale e della reputazione sociale, ma anche quella della libertà personale. Ne deriva un interesse attuale alla tutela dell'onorabilità e al risarcimento del danno, in relazione al quale non si può negare la possibilità che l'interessato possa far valere le sue ragioni, in opposizione alla richiesta di archiviazione.

4. Breve conclusione

Sulla base di quanto sopra, risulta evidente che il diritto dell'indagato a essere informato della richiesta di archiviazione del pubblico ministero, nei due soli casi in cui sussiste, si atteggia come mero diritto di interlocuzione, in opposizione alla richiesta, ed è ben diverso dal diritto a difendersi nel processo ("difendersi provando"). In altri termini, il diritto all'informazione non va confuso con il diritto di rinunciare all'archiviazione e aprire il contraddittorio innanzi al Giudice. Se così fosse, il diritto dell'indagato interferirebbe con l'esercizio dell'azione penale, che introduce il giudizio, spettante al pubblico ministero. In sintesi, il monopolio esclusivo della facoltà di introdurre il processo innanzi al Giudice terzo spetta alla sola parte processuale, costituita dall'organo pubblico titolare del diritto punitivo (pubblico ministero). Questo monopolio non ammette eccezioni; perfino quando il GIP delibera l'imputazione coatta²⁵, ai sensi dell'art. 409, co. 5, c.p.p., è il pubblico ministero che promuove l'azione penale; il GIP demanda comunque al pubblico ministero la formulazione dei capi d'imputazione, nel rispetto della titolarità monopolistica dell'azione penale, la quale compete alla parte pubblica del rapporto punitivo. Orbene, quali conclusioni si possono trarre, osservando codesto "monopolio" del pubblico ministero, non scalfito dall'imputazione coatta del GIP, né dal diritto

13). La Consulta osserva che non sussiste un generale diritto costituzionale dell'interessato a un accertamento negativo sulla mera *notitia criminis* e tuttavia un diritto di rinuncia alla prescrizione può essere riconosciuto a chi sia stato in concreto attinto, durante le indagini preliminari, da misure limitative dei propri diritti fondamentali (punto 3.13).

²⁵ Art. 409 co. 5 c.p.p.: «Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419». Sulla questione dell'imputazione coatta abnorme, si sono pronunciate le Sezioni Unite con **sentenza** 22 marzo 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40984, Pres. Carcano, Rel. Bonito, Ric. Gianforte, commentata da D. ALBANESE, *Imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione: per le Sezioni Unite l'atto è abnorme e anche l'indagato può proporre ricorso per cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 3. 10. 2018.

d'informazione dell'indagato che vuole far valere le sue ragioni in opposizione alla richiesta di archiviazione per tenuità del fatto, né meno che mai dall'interesse dell'indagato di tutelare la propria onorabilità di fronte alla richiesta di archiviazione per decorrenza del termine di prescrizione?

Il paradigma del rapporto punitivo, che lega pretesa e obbligo e dunque si instaura tra il titolare della pretesa, pubblico ministero, e il titolare dell'obbligo, ipostatizzato come reo, nella dogmatica penalistica, come imputato, nella dogmatica processualpenalistica, è idoneo a spiegare l'"arcano" di una tutela diversificata del medesimo interesse alla propria onorabilità, in ragione di un discrimine ben preciso: l'esercizio dell'azione penale, prima del quale non sussiste il rapporto punitivo, né il corrispondente processo penale, dopo il quale sussiste il rapporto e pertanto la pretesa di una parte incontra il diritto di difesa dell'altra parte, che si esprime anche come diritto al proseguimento del contraddittorio giudiziale in vista di una sentenza assolutoria. Prima dell'esercizio dell'azione penale, proprio perché non si è instaurato alcun rapporto punitivo, sussiste solo il diritto di chi subisce un pregiudizio dall'archiviazione (per tenuità del fatto) a enunciare le ragioni della sua opposizione; il che ovviamente presuppone il diritto a essere informato della richiesta di archiviazione del pubblico ministero; mentre non sussiste analogo diritto di chi non subisce alcun pregiudizio dall'archiviazione per decorrenza del termine di prescrizione, neutra e avalutativa. L'indagato ha, in un caso (archiviazione per tenuità del fatto), un diritto di informazione, che prelude a un diritto di interlocuzione, mentre nell'altro caso (archiviazione per prescrizione), non ha un equivalente diritto, perché la circostanza fattuale del decorso del tempo è inconfutabile. E poiché tale circostanza non è opinabile, non ha senso interloquire su di essa. L'interlocuzione riguarderebbe dunque il solo interesse dell'indagato ad essere processato, ma questo interesse non assurge a diritto, perché solo al pubblico ministero compete l'esercizio dell'azione penale²⁶.

Inoltre, analogamente a quanto previsto in caso di archiviazione per particolare tenuità del fatto, si può riconoscere il diritto della persona sottoposta

²⁶ La Corte costituzionale sottolinea opportunamente che «il processo penale è una risorsa scarsa, che implica costi ingenti a carico di tutte le persone coinvolte [...] oltre che oneri economici importanti per l'intera collettività». Si tratta dunque di «una risorsa da utilizzare con parsimonia, e che il legislatore ha inteso, non certo irragionevolmente, sottrarre alla disponibilità tanto della persona sottoposta alle indagini, quanto della stessa persona offesa» (punto 3.9).

a indagini, la quale sia stata attinta da una misura cautelare, a essere informata della richiesta di archiviazione del pubblico ministero, per poter far valere le sue ragioni, in opposizione alla richiesta, a tutela del suo diritto all'onore personale e alla reputazione sociale, nonché al risarcimento del danno.