

**ISSN 2974-7503**

**3/2024 Settembre - Dicembre**

# **NULLUM CRIMEN**

**Rivista quadrimestrale di scienze penali**

**Direttore Scientifico: Ali Abukar Hayo**

**Direttore Responsabile: Antonio Ricca**

**DIRETTORE SCIENTIFICO E EDITORE:** Ali Abukar Hayo

**DIRETTORE RESPONSABILE:** Antonio Ricca

**COMITATO SCIENTIFICO EDITORIALE:** 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, Ylenia Parziale, Giandomenico Salcuni, Gaetano Stea

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

**Nullum Crimen** ([www.nullumcrimen.it](http://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](mailto:redazione@nullumcrimen.it)



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

## INDICE DEI CONTRIBUTI

### ARTICOLI

- A. ABUKAR HAYO, Abrogata la norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, ma non abolito il reato. Riflessioni a margine della sentenza della corte suprema n. 16659/24 ..... 5
- S. DI PINTO, Il controverso rapporto tra colpevolezza e imputabilità e l'applicazione della regola "*in dubio pro reo*" anche nel giudizio sulla capacità di intendere e di volere. Imputabilità e neuroscienze..... 28
- Y. PARZIALE, La responsabilità penale degli stati per i crimini internazionali e il ruolo dei singoli individui ..... 113
- D. ZINGALES, Legalità penale e prevedibilità della decisione giudiziale nell'AI-era: il modello della Cina..... 129
- A. CECCARELLI, Esercizio arbitrario delle proprie ragioni e concorso del terzo ingannato..... 143
- L. GROSSI, Art. 3 CEDU, omosessualità in carcere e rischi di c.d. "doppia detenzione" ..... 165
- A. ABUKAR HAYO, La doppia tutela giuridica dei diritti fondamentali in ambito europeo e il necessario dialogo tra le Corti..... 184

**S. DI PINTO, Pene e misure amministrative di sicurezza. Il sistema del doppio binario. Il punto della situazione a dieci anni dall'entrata in vigore della l. 30 maggio 2014, n. 81 e vaglio delle problematiche applicative.....212**

**NOTE A SENTENZA**

**P. D'ANELLO, «Saluto romano» e chiamata del «presente» al vaglio delle sezioni unite! ..... 241**

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

**ABROGATA LA NORMA INCRIMINATRICE DELL'ABUSO D'UFFICIO, MA  
NON ABOLITO IL REATO. RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA  
DELLA CORTE SUPREMA N. 16659/24**

*The Italian Parliament has repealed the criminal law provision of "abuse of  
office" without however abolishing the relevant offence. Some reflections on  
Supreme Court decision no. 16659/24*

di

**Ali Abukar Hayo \***

Traendo spunto dalla sentenza della Corte di cassazione n. 16659/2024, l'Autore affronta tematiche di grande interesse, le quali mantengono la loro perdurante attualità, nonostante sia stata abrogata la norma di cui all'art. 323 c.p. In primo luogo, ridimensiona la temuta prospettiva del vuoto di tutela incombente, sia per la funzione di *extrema ratio* della sanzione penale, sia per l'introduzione (in virtù dell'art. 314 *bis* c.p.) del nuovo reato di indebita destinazione di denaro o altra cosa mobile, sia per la prevedibile "espansione" applicativa delle altre fattispecie dei delitti del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. In secondo luogo, affronta la questione della successione mediata di norma penale, per effetto di modifiche della legislazione extrapenale. Il criterio c.d. strutturale, che distingue le modifiche integratrici della fattispecie penale, da quelle non integratrici, sembra il più convincente. L'Autore ritiene che l'elemento decisivo sia l'incidenza sulla *ratio* incriminatrice, in relazione alla quale non differisce il *novum* penale, in senso stretto, da quello extrapenale. Infine si sofferma sulla questione se l'assistenza e la consulenza legale debbano essere inquadrate nell'oggetto dell'appalto di servizi, opinando preferibile l'esclusione.

\*\*\*

*The author addresses several issues of great interest relating to decision no. 16659/2024 of the Italian Supreme Court, which are still relevant despite the Italian Parliament having repealed*

---

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

*the provision of article 323 of the Criminal Code. Firstly, he plays down the feared prospect of an impending void in protection, both due to the function of the criminal sanction as an extrema ratio, and because of the introduction (under article 314 bis of the Criminal Code) of the new offence of "misappropriation of funds or other movable property", and to the foreseeable "extension" of applicability of the other offences capable of being committed by public officials or persons in charge of a public service. Secondly, he addresses the issue of the mediated succession of criminal law because of changes in extrajudicial legislation.*

*The so-called "structural criterion", which distinguishes between integrative and non-integrative changes in criminal law, seems to be the most convincing. The author, in fact, argues that the decisive element is the effect on the rationale of the criminal law provision, whereby the criminal law innovation, strictly speaking, differs not from the extrajudicial innovation. Finally, he addresses the question of whether legal assistance and advice should be included in the scope of the service contract, concluding that its exclusion would be preferable.*

Sommario: 1. Le rilevanti questioni interpretative ancora attuali 2. L'evoluzione legislativa dell'abuso d'ufficio fino alla recente abrogazione dell'art. 323 c.p. 3. La questione della successione mediata 4. Il criterio c.d. strutturale alla luce dell'equiparazione tra il novum penalistico ed extrapenalistico 5. La questione se l'assistenza e la consulenza legale siano oggetto dell'obbligo di gara pubblica di appalto

### **1. Le rilevanti questioni interpretative ancora attuali**

Nella sentenza in commento, emessa dalla sesta sezione della Corte di cassazione il 7 marzo 2024 (e depositata il 19 aprile 2024)<sup>2</sup>, convergono alcune importanti questioni giuridiche, relative all'abrogazione dell'art. 323 c.p., alla successione mediata delle norme penali e ai contratti di prestazione professionale. Dopo la conversione in legge del c.d. Decreto Nordio<sup>3</sup>, la questione della punibilità

<sup>2</sup> Cass. 19.04.2024, n. 16659, in C.E.D. Cass., m. 286303-01.

<sup>3</sup> D.l. 04.07.2024, n. 92, conv. con modif. in l. 09.08.2024, n. 114, (G.U. n. 187 del 10.08.2024), entrata in vigore il 25.08.2024, recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare.

del fatto a titolo di abuso d'ufficio (ex art. 323 c.p.) non è più attuale<sup>4</sup>, essendo stata abrogata la norma incriminatrice; tuttavia, all'*abrogatio legis* non corrisponde necessariamente, com'è noto, *l'abolitio criminis*, cosicché la questione centrale, che verte sul carattere tendenzialmente onnicomprensivo e indeterminato, ieri della nozione di abuso, oggi delle irregolarità amministrative costituenti pur sempre reato, continua a destare interesse. Non è un mistero che il fenomeno della "paura della firma", da parte degli amministratori pubblici, abbia tratto origine dalla casistica giudiziaria dei procedimenti penali concernenti l'art. 323<sup>5</sup>; che il legislatore sia intervenuto più volte sulla definizione della fattispecie per arginare la ritenuta invadenza della magistratura sulla discrezionalità della pubblica amministrazione; e che oggi la *ratio* dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio sia da ravvisare nella finalità politica di consentire il sereno esercizio della potestà amministrativa. Ma, ovviamente, l'esercizio regolare di tale potestà, entro i limiti delle prerogative del pubblico amministratore, nel perseguimento delle finalità istituzionali, in conformità ai canoni del buon andamento e dell'imparzialità della P.A., non può che segnare, oggi come ieri, i confini della liceità; mentre il superamento di tali confini (o "abuso" dei poteri, in senso atecnico), che può sfociare in illecito penale, presuppone appunto la precisa delimitazione dei confini. Cosicché la questione penalistica si intreccia inesorabilmente con quella di diritto amministrativo, giacché la norma penale, oggi come ieri, fa rinvio alle norme regolatrici dell'attività amministrativa. D'altronde, la norma penale tendenzialmente indeterminata postula l'integrazione da parte delle regole extrapenali, cosicché la questione della successione mediata è strettamente legata all'idea che l'incriminazione dell'abuso costituisca una sorta di norma penale in bianco. E infine la questione se la prestazione del professionista debba essere dedotta nel contratto di appalto d'opera, con gara ad evidenza pubblica, nel caso in cui il committente sia un soggetto pubblico e il valore della commessa ecceda un determinato limite, attiene pur sempre alla delimitazione della sfera di discrezionalità dell'autorità amministrativa.

---

<sup>4</sup> Per tutti G.L. GATTA, *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona Cesarini del "peculato per distrazione" (art. 314-bis Cp) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della Direttiva UE 2017/1371*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 10.07.2024.

<sup>5</sup> Come evidenziato da M. ROMANELLI, nel saggio dal titolo, *L'insostenibile leggerezza della paura (della firma)*, in *SI* 2023, 65. .

Tutte le questioni giuridiche cennate ruotano, dunque, intorno alla delimitazione concettuale dell'abuso, di cui oggi è abrogata la norma incriminatrice, ma non abolito il disvalore, sicché è opportuno ripercorrere le tappe dell'evoluzione legislativa, alla ricerca dell'agognata tipicità di fattispecie.

## **2. L'evoluzione legislativa dell'abuso d'ufficio fino alla recente abrogazione dell'art. 323 c.p.**

La norma incriminatrice di cui all'art. 323 c.p. è stata oggetto di ripetuti interventi del legislatore, tendenti a salvaguardare il margine necessario di discrezionalità amministrativa e limitare la rilevanza penale dell'abuso d'ufficio alle irregolarità gravi e palesi.

Nella formulazione iniziale del codice del 1930, il reato di abuso innominato d'ufficio costituiva una fattispecie sussidiaria, caratterizzata da una clausola di riserva generale, in virtù della quale l'applicazione dell'art. 323 era subordinata alla circostanza che il fatto non fosse punibile ad altro titolo<sup>6</sup>. E d'altronde bisogna tener conto che vigeva anche l'art. 324 c.p, a mente del quale era punito l'interesse privato in atti d'ufficio, sicché si può dire che la fattispecie dell'abuso rivestisse, in origine, un ruolo marginale nel quadro della tutela penale complessiva del bene giuridico di cui all'art. 97 Cost. (buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione). Con la riforma del 1990<sup>7</sup>, è mutata l'ampiezza della clausola di riserva, essendo venuto meno il carattere della generalità. La fattispecie divenne sussidiaria solo rispetto ai reati sanzionati più gravemente. Ovviamente, a fronte di una sussidiarietà più ristretta, si ampliò l'ambito della punibilità, ulteriormente esteso per effetto dell'inclusione degli incaricati di pubblico servizio nel novero dei

---

<sup>6</sup> A. CARIOLA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi: un'esercitazione su norme obbligatorie e merito costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 25.07.2024, sottolinea che la clausola «in casi non previsti specificamente dalla legge» equivale a una sorta di violazione dichiarata del principio di legalità.

Sull'originaria formulazione codicistica Cfr. *ex multis* V.F. INFANTINI, *Abuso innominato d'ufficio*, in *EG Trecc.*, I, Roma 1988 (dello stesso Autore, in precedenza, *Abuso delle qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano 1974); M. PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, in *DigDPen.*, I, Torino 1987, 41; L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano 1976; G. SCARPA, *L'abuso d'ufficio*, Milano 1970; E. CONTIERI, *Abuso innominato d'ufficio*, in *ED*, I, Milano 1958, 187; A. MARUCCI, *Abuso d'ufficio nei casi non previsti specificamente dalla legge*, in *EF*, I, Milano 1958, 38 ss.; S. RICCIO, *sub Abuso d'ufficio*, in *NssDI*, Torino 1957, 107.

<sup>7</sup> L. 26.04.1990, n. 86, (G.U. 27.4.1990 n. 97), entrata in vigore il 12 maggio 1990.

soggetti attivi, accanto ai pubblici ufficiali. Comunque il fattore che più degli altri contribuì a conferire rilevanza centrale alla fattispecie d'abuso d'ufficio va individuato nelle contestuali abrogazioni dei reati di peculato per distrazione (espunto dall'art. 314 c.p.), malversazione a danno dei privati (art. 315 c.p.) e interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.)<sup>8</sup>. Venuti meno i reati che punivano a vario titolo le condotte irregolari dell'amministratore pubblico, poste in essere con finalità diverse da quelle d'ufficio, l'abuso divenne il fulcro dello statuto penale della pubblica amministrazione<sup>9</sup>. Da residuale e sussidiario, il reato divenne basilare nella tutela del bene giuridico; con il rischio correlativo dell'eccesso di tutela, acuito dal fatto che si trattava di un reato di mera condotta, a dolo specifico, e dunque la sua punibilità prescindeva da un evento, chiaramente espressivo del "danno sociale"<sup>10</sup>.

Non stupisce perciò la *ratio* che guidò il legislatore del 1997<sup>11</sup>. La differenza con la precedente scelta di politica criminale del 1990 non può vedersi tanto nella finalità di restringimento dell'ambito di punibilità, quanto nell'oggetto del restringimento: mentre il legislatore del 1990 perseguì la finalità abrogando i reati *a latere*, finendo tuttavia col dare risalto centrale all'abuso d'ufficio, la scelta operata nel 1997 fu quella di conferire maggiore tipicità e determinatezza al fatto di reato

---

<sup>8</sup> A. CARIOLA, *op. cit.*, 2, sottolinea che anche la previsione delittuosa dell'art. 324 c.p. poteva considerarsi «poco determinata, basata com'era sulla nozione di prendere un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione». Cfr. altresì, R. CAIAZZO, *Rapporti tra la nuova figura dell'abuso d'ufficio e l'abrogato peculato per distrazione*, in *RTrimDPenEc* 1992, 73 ss.; C.F. GROSSO, *Abuso d'ufficio e distrazione punibile tra vecchia e nuova disciplina dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *PD* 1991, G. IADECOLA, *In tema di continuità tra fattispecie di peculato per distrazione ed abuso d'ufficio a fini patrimoniali*, in *GP* 1991, II, 121 ss.; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio (la nuova struttura dell'art. 323 c.p. e l'eredità delle figure criminose abrogate)*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Vassalli*, vol. I, Milano 1991, 598 ss.

<sup>9</sup> A. GARGANI, *L'"abuso innominato di autorità" nel pensiero di Francesco Carrara*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 121 ss.; secondo l'Autore: «nell'art. 323 - versione 1990 - venivano dunque a convergere scopi di tutela eterogenei, come la legalità e il prestigio della P.A., la fedeltà del funzionario, la garanzia dei diritti del cittadino».

<sup>10</sup> V. SCORDAMAGLIA, *L'abuso d'ufficio*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino 1993, 201 si soffermava sulla necessità dell'evento, in riferimento alla fattispecie (uscita dalla riforma del 1990), in cui solo il dolo specifico permetteva di distinguere l'illecito penale da quello di altra natura.

<sup>11</sup> Per una ricostruzione del percorso che ha portato all'approvazione della riforma, cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, II, *La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, Milano 1997. V. anche A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *DPP* 1997, 1396; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso di ufficio*, in *FI*, 1999, V, 14; G. MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in *La riforma dell'abuso di ufficio*, Milano 2000, 20.

previsto dall'art. 323. Si cercò di restringere l'ambito della punibilità a titolo di abuso con una più puntuale e precisa delimitazione del fatto tipico. Con tale seconda riforma, la locuzione "abuso d'ufficio" sopravvisse in rubrica, ma fu cancellata dal testo della disposizione. Alla tipicità di condotta (prima genericamente descritta in termini di "abuso"), subentrò un'indicazione più analitica degli elementi costitutivi del reato. L'abuso d'ufficio si trasformò in reato di evento a forma vincolata, a dolo intenzionale. L'evento fu individuato nel "profitto" o nel "danno ingiusto"; le due condotte causali furono descritte, l'una in termini di necessaria violazione di una norma di legge o di regolamento, l'altra in termini di mancata astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o nei rimanenti casi di astensione doverosa<sup>12</sup>.

Tuttavia, la maggiore tipicità, ricercata dal legislatore come rimedio all'eccesso di punibilità, non sortì gli effetti sperati, soprattutto perché, in base alla giurisprudenza delle Corti, fu avallata un'interpretazione estensiva della locuzione "violazione di legge", comprensiva delle condotte dell'amministratore pubblico - per dir così - meramente "distrattive"<sup>13</sup>. Il principio costituzionale del buon

---

<sup>12</sup> Per un'analisi dell'evoluzione normativa, cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, Milano 2021, 3 ss.; M. PELLISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di R. BARTOLI, M. PELLISSERO, S. SEMINARA, Torino 2021, 401 ss.; S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Torino 2020, 21 ss.; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino 2019, 1 ss.; N. Pisani, *L'abuso d'ufficio*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione, delitti di corruzione e cornice europea*, a cura di S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. De SIMONE, Bologna 2015, 257 ss.; G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. GROSSO, M. PELLISSERO, Milano 2015, 345 ss.; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, Tomo I, I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Padova 2013, 916 ss.; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di F. PALAZZO, Napoli 2011, 257 ss.; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano 2008, 275 ss.; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova 2008, 249 ss.; A. Di MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. BONDI, A. di MARTINO, G. FORNASARI, Torino 2008, 242 ss.; E. INFANTE, *L'abuso d'ufficio*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), Torino 2008, 296 ss.; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino 2004, 2 ss.; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova 1998, 3 ss.;

<sup>13</sup> Cass. 27.10.2015 n. 46096 in *C.E.D. Cass*, m. 265464; Cass. 12.06.2014 n. 38357, in *C.E.D. Cass*, m. 260472; Cass. 13.10.2009, n. 46503, in *C.E.D. Cass*, m. 245330; Cass. 14.06.2007 n. 37531; Cass.

andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione fu ritenuto violato pur in presenza di condotte formalmente regolari, conformi alle norme di dettaglio, interne all'attività amministrativa. Fu preso in considerazione il "fine" dell'atto, piuttosto che la modalità del "mezzo"; e si capisce che, per questa via, non si restringeva certamente il sindacato del Giudice penale sull'esercizio della potestà amministrativa, per il fatto stesso che la "valutazione" di principio è molto più estesa della "verifica" delle forme e dei mezzi. In sintesi, di tanto arretrava il margine di discrezionalità della politica amministrativa, di quanto si estendeva il sindacato del Giudice penale, assumendo come "violazione di legge" la valutazione di non-conformità al principio costituzionale di cui all'art. 97<sup>14</sup>.

Per questa ragione, nel 2020<sup>15</sup>, la «violazione di norme di legge o di regolamento» (introdotta nel 1997) lasciò il posto alla «violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»<sup>16</sup>; e rimase immutata la seconda tipologia di condotta, consistente nell'omessa astensione. Il tenore letterale di quest'ultima formulazione dell'abuso d'ufficio (oggi abrogato) esprime chiaramente la *ratio* legislativa di salvaguardare quel margine di discrezionalità amministrativa, atto a rendere sereno l'esercizio della corrispondente potestà. Al tirare delle somme, il filo rosso che lega tutte le riforme, susseguitesi negli anni, può ben individuarsi nell'esigenza di descrivere nel modo più preciso possibile gli elementi costitutivi della fattispecie, al fine di svincolare l'azione amministrativa da un'ingerenza

---

26.03.2003 n. 21432, in *RV* 2004, 449; Cass. 12.02.1999 n. 3704, in c.p. 2000, 35 e di recente Cass. 8.7-14.10.2021, n. 37479, in *Urbanistica e appalti* 2021, 6, 821.

<sup>14</sup> C. cost. 14.07.2016, n. 177.

<sup>15</sup> D. l. 16.07.2020, n. 76, conv. con modif. in l. 11.09.2020 n. 120 (in S.O. n. 33, relativo alla G.U. 14.09.2020, n. 228)

<sup>16</sup> Una riforma che ha suscitato, tra le tante, le riflessioni critiche di T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it), 28.07.2020. Cfr. anche A. MELCHIONDA, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 28.09.2021, 9 ss; B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa 2021; A. SATTA, *L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 Cp*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, a cura di A.R. CASTALDO, M. NADDEO, Torino 2021, 5 ss. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt simul cadent: discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2020, 7, 133. G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barabari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in [www.disCrimen.it](http://www.disCrimen.it), 31.07.2020.

(ritenuta) troppo penetrante dell'ordine giudiziario e offrire certezze al pubblico amministratore sui limiti di liceità/illiceità dei propri atti. E tuttavia, a onta della *voluntas legis*, rimasta immutata, seppure variamente declinata negli anni, pare che l'"ingerenza" abbia continuato il suo corso inesorabile, al punto che il legislatore ha deciso di abrogare del tutto la fattispecie di abuso d'ufficio con il menzionato decreto legge n. 92/2024. Oggi si pone, dunque, il problema se ciò abbia comportato un'*abolitio criminis* e ne sia sortito un vuoto di tutela penale<sup>17</sup>.

Sul tema dell'abolizione, si può osservare che, da un punto di vista meramente teorico, può formularsi l'ipotesi di una volontaria irregolarità amministrativa (è cioè consistente nella violazione di precise regole interne e dei canoni di corretta amministrazione) senza finalità di profitto o danno; ma, nella dinamica concreta della vita associata, è ben evidente che le azioni non finalizzate sono molto rare e tanto più i comportamenti irregolari. Orbene, la concretizzazione del profitto (proprio) o del danno (altrui) acquista rilevanza penale a vario titolo (peculato, malversazione, corruzione etc.), cosicché pare verosimile che l'abrogazione dell'abuso non debba comportare le non punibilità della maggior parte degli atti irregolari finalizzati all'illecito vantaggio. Potrebbe derivarne l'irrilevanza penale delle residuali forme di irregolarità amministrativa non finalizzate, le quali sarebbero comunque rilevanti ai fini della responsabilità extrapenale<sup>18</sup>.

Sul tema dell'eventuale vuoto di tutela, strettamente legato a quello dell'*abolitio criminis*, si può osservare, in primo luogo, che l'abuso d'ufficio nacque come fattispecie sussidiaria, non a caso, ma in virtù del principio di sussidiarietà

---

<sup>17</sup> Per tutti G. LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato d'abuso di ufficio. Note critiche*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 20.09.2023; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione dell'abuso di ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 26.09.2023; D. BRUNELLI, *Eliminare l'abuso di ufficio: l'uovo di Colombo o l'ennesimo passaggio a vuoto?*, in *Arch. Pen.* 2023, n. 3; G.L. GATTA, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *SP* 2023, 165 ss.; M. PELISSERO, *L'instabilità dell'abuso di ufficio e la lotta di Sumo*, in *DPP* 2023, 613 ss.; S. SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 19.07.2024.

<sup>18</sup> Cfr. sul punto, M. GAMBARDELLA, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite nel d.d.l. "Nordio" (la versione approvata dal senato nel febbraio 2024)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 11.04.2024.

(generale) della tutela penale, in relazione alla tutela extrapenale dei beni giuridici. Posto che la tutela penale non esprime la totalità della protezione giuridica del bene<sup>19</sup>, la questione si drammatizza da sé, perché risulta chiaro che la prima - e si potrebbe aggiungere: più efficace - difesa del cittadino di fronte all'abuso dell'autorità amministrativa non risiede certo nel processo penale a carico dell'amministratore, bensì nella possibilità di ottenere l'annullamento dell'atto illegittimo e il risarcimento del danno.

In secondo luogo, si può osservare che permane la punibilità ad altro titolo dell'abuso (finalizzato). Il risultato causale della condotta irregolare dell'amministratore pubblico turba in qualche modo l'ordine degli interessi in gioco; tale turbamento non sfugge alla sanzione penale prevista a titolo di peculato per distrazione, omissione di atti d'ufficio, malversazione etc.. In particolare, la reviviscenza del peculato per distrazione<sup>20</sup>, abrogato in precedenza con legge n. 86/1990, pone un freno al temuto "vuoto di tutela" determinato dall'abrogazione dell'abuso d'ufficio, giacché punisce la condotta del pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio), il quale utilizzi le risorse pubbliche al di fuori delle finalità d'istituto. È difficile ipotizzare che la consapevole violazione delle regole interne dell'amministrazione non si traduca in un eccesso di potere che vizia l'atto amministrativo (di utilizzo di risorse pubbliche), almeno per travisamento del fine; il che sarebbe appunto punito a titolo di peculato per distrazione. Ovviamente, a maggior ragione, sarebbe punito l'atto finalizzato all'arricchimento o altro vantaggio del soggetto agente (peculato ex art. 314 c.p.). Le fattispecie incriminatrici a tutela dell'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione coprono una gamma molto vasta di irregolarità amministrative, cosicché il timore del vuoto di

---

<sup>19</sup> Dello stesso avviso A. CARIOLA, *op. cit.*, 4, per il quale sono rilevanti «i rischi della iperpenalizzazione di ogni comportamento segnato da disvalore sociale», mentre sarebbe opportuno «limitare la sanzione penale alla tutela di beni giuridici fondamentali».

Più in generale sulla dimensione "panpenalistica" assunta dal diritto penale, A. ABUKAR HAYO, *Dall'extrema ratio all'onnipresenza della norma penale. La vicenda emblematica della legge "anti - rave"*, [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu) 26.06.2023.

<sup>20</sup> Il peculato per distrazione, un tempo assorbito nell'abuso d'ufficio, rivive oggi come "Indebita destinazione di denaro o cose mobili" prevista dall'art. 314 bis c.p.; M. GAMBARDELLA, *Peculato, abuso d'ufficio e nuovo delitto di "indebita destinazione di denaro o cose mobili" (art. 314-bis c.p.). I riflessi intertemporali del decreto-legge n. 92/2024*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 17.7.2024.; S. SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 19.07.2024.

tutela pare eccessivo<sup>21</sup>; anche perché all'abrogazione dell'abuso d'ufficio non può che corrispondere l'espansione delle fattispecie contigue<sup>22</sup>, destinate a sanzionare ad altro titolo fatti meritevoli di pena, in precedenza qualificati come abuso. La norma incriminatrice muore, ma sopravvivono il disvalore e la rilevanza penalistica del fatto, come in molti altri casi di *abrogatio* senza *abolitio*. Il paventato "vuoto" si potrebbe avere solo in una casistica molto ristretta di attività amministrative irregolari<sup>23</sup>, in relazione alle quali vale la pena chiedersi se la sanzione penale sia realmente indispensabile, supporre la funzione di *extrema ratio* con tutte le necessarie conseguenze<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Di opposto avviso A. MANNA, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio e gli ulteriori interventi in tema di delitti contro la P. A.: note critiche*, in *www.sistemapenale.it* 06.09.2024. L'Autore opina che «abbiamo potuto verificare con mano l'esistenza di un legislatore fortemente discutibile, che ha notevolmente indebolito, anche contro la normativa costituzionale e comunitaria, il settore dei delitti dei p.u. contro la P.A., rischiando così di far subire al nostro Paese un procedimento di infrazione a livello europeo. D'altro canto, ciò costituisce l'ennesima riprova del c.d. populismo penale, che si caratterizza, come appare ormai evidente, per essere "debole con i forti e forte con i deboli"». Il timore del vuoto di tutela crea preoccupazioni in gran parte della dottrina; cfr. D. BRUNELLI, *op. cit.*; G. L. GATTA, *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 Cp*, in *www.sistemapenale.it*, 19.06.2023; G. DE FRANCESCO, *La riforma della giustizia e gli stratagemmi della politica*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 10.07.2023. 10.7.2023.

<sup>22</sup> Di opposto avviso D. BRUNELLI, *op. cit.*. L'Autore ritiene che «trattandosi di norma residuale applicabile solo sussidiariamente, alla sua eliminazione, per definizione, non dovrebbero conseguire – almeno in linea teorica – espansioni della portata di altre norme in grado di assolvere allo stesso lavoro. È un vuoto che non si dovrebbe prestare a essere riempito altrimenti».

<sup>23</sup> Di ciò si potrebbe trarre indiretta conferma anche dalle osservazioni di G.L. GATTA, *Concorsi pubblici cit.*, posto che l'Autore offre un'esemplificazione molto limitata del paventato vuoto di tutela penale, in casi nei quali sarebbe comunque efficace la tutela giurisdizionale (amministrativa e civile) del diritto violato.

<sup>24</sup> A. CARIOLA, *op. cit.*, evidenzia per altra via il pericolo del vuoto di tutela. Nel caso di atto amministrativo viziato per conflitto di interessi, le restrizioni temporali del processo amministrativo, nonché del procedimento in autotutela, renderebbero indispensabile la rilevanza penalistica del fatto. Peraltro le sanzioni disciplinari per la violazione dell'obbligo di astensione sarebbero difficilmente applicabili ai dirigenti di più alto livello e per gli amministratori di estrazione politica. Sotto questo profilo, la prevenzione del conflitto in sede semplicemente amministrativa rischia di essere inefficace. Ne trae la conclusione che solo la sanzione penale può rendere effettivo il principio di imparzialità. Si può obiettare che il diritto penale non ha il compito di "supplire" alle manchevolezze e imperfezioni dell'ordine normativo di tutti gli altri settori; se così fosse, si determinerebbe un'ipertrofia penalistica assolutamente incontrollabile.

### 3. La questione della successione mediata.

Nella vigenza dell'art. 323, si poneva il problema se la modifica delle regole interne dell'amministrazione comportasse una successione mediata di norme<sup>25</sup>, di talché fosse applicabile il criterio della *lex mitior* sopravvenuta. Per quanto il legislatore abbia cercato di formulare in maniera più tassativa e determinata la fattispecie incriminata, indubbiamente la condotta illecita dell'abuso non poteva che consistere nella volontaria violazione di regole extrapenali, non meglio definite *a priori*, dirette a regolare l'attività amministrativa concreta e attuale. Sotto questo profilo, si può dire che la fattispecie dell'abuso d'ufficio era geneticamente assimilabile a una sorta di norma penale in bianco, per quanti sforzi facesse il legislatore per ridurre il *deficit* di tipicità. Sempre e comunque le regole di condotta concretamente violate, leggibili come "abuso", non potevano essere individuate, se non in riferimento al codice comportamentale, extrapenale, del buon amministratore, nel quale confluiscono in primo luogo, ovviamente, le leggi, ma anche le fonti normative secondarie, le discipline interne e i criteri-guida di efficienza ed economicità.

Orbene, venuta meno, per abrogazione, la fattispecie di cui all'art. 323, assimilabile per certi versi a una "norma penale in bianco", si potrebbe concludere semplicisticamente che la questione della successione mediata non sia più attuale. Tale conclusione, in verità, sarebbe affrettata; occorre continuare a chiedersi se il rinvio recettizio alle norme extrapenali, regolanti l'attività amministrativa, non sia comunque necessario per individuare e delimitare le fattispecie penali tuttora vigenti. La questione, per certi versi, è destinata a permanere, se non altro in

---

<sup>25</sup> Sulla tematica generale della successione mediata cfr. opera monografica di D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino 2006; per la manualistica cfr. *ex plurimis* T. PADOVANI, *Diritto penale* <sup>13</sup>, Milano 2023, 51 ss.; F. PALAZZO – R. BARTOLI, *Corso di diritto penale* <sup>9</sup>, Torino 2023, 152 ss.; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale* <sup>5</sup>, Milano 2016, 111; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale* <sup>5</sup>, Milano 2015, 119 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* <sup>7</sup> Bologna 2014, 106 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale* <sup>8</sup> Padova 2013, 86 ss.. Si occupano specificamente della tematica in esame, G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano 2008; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli 2008, 243 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004, 225 ss.. Sulla distinzione tra modifiche mediate e immediate, oggi diffusamente recepita nella dottrina italiana, cfr. per tutti T. PADOVANI, *Tipicità e successioni di leggi penali*, in *RIDPP* 1982, 1356 ss..

relazione ai criteri guida generali. I principi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione impongono comunque la correttezza della condotta, ma questa ovviamente si dettaglia alla luce delle regole interne. Ne deriva che rimane aperta la questione se queste regole di dettaglio siano o meno integratrici del precetto penale; il che dipende, in qualche modo, dalla tipicità e determinatezza della condotta incriminata. Per esempio, l'accertamento della condotta di distrazione dei beni dalle finalità d'ufficio presuppone l'esatta individuazione delle suddette finalità e dei doveri di condotta, connessi al loro perseguimento; allo stesso modo l'omissione di atti d'ufficio presuppone la precisa delimitazione dei doveri d'ufficio e questi si possono dettagliare solo in relazione alle regole interne dell'amministrazione.

Se ne potrebbe trarre un'indiretta conferma di validità della concezione sanzionatoria del diritto penale, secondo la quale la norma incriminatrice, nel tipizzare il fatto di reato, non ha la funzione (primaria) di configurare un autonomo "comando", bensì quella di sanzionare la violazione di regole extrapenali<sup>26</sup>. In quest'ordine di idee, la funzione precettiva del diritto penale è sussidiaria e succedanea rispetto a quella sanzionatoria, giacché la norma penale, dovendo apprestare una sanzione speciale, particolarmente grave e afflittiva, aggiuntiva rispetto alla sanzione extrapenale per la violazione di regole comportamentali alla base della convivenza sociale, deve descrivere il fatto illecito e, nel farlo, richiama necessariamente doveri giuridici presupposti, sorti ancor prima, e comunque non in dipendenza della norma penale sanzionatoria. Non è questa la sede, tuttavia, per discutere della funzione del diritto penale. Ci basta osservare che l'ordine giuridico è un complesso unitario, nel quale la componente penalistica si combina necessariamente con quella extrapenalistica<sup>27</sup>, sicché, in ogni caso, le regole comportamentali che il soggetto è obbligato a rispettare non si desumono esclusivamente dalla norma penale incriminatrice. Ciò non esclude, tuttavia, che la

---

<sup>26</sup> Sul punto sia consentito rinviare a A. ABUKAR HAYO, *Il rapporto punitivo*, Torino 2023, *passim*.

<sup>27</sup> Sotto questo profilo, si può dire che il "precetto penale" non esiste, se non come riflesso di una regola extrapenale. Nella norma penale è immedesimata la norma extrapenale; l'una e l'altra formano un'unità funzionalmente "precettiva". Non a caso A. CHIBELLI, *La successione "mediata" delle norme penali e il delitto di usura: disorientamenti giurisprudenziali*, in DPC, 2/2017, (nota 6), sostiene che «tali norme sono definite in senso lato ed improprio "extrapenali", semplicemente perché diverse da quella incriminatrice propriamente detta».

norma penale possa essere, in qualche caso, “autosufficiente”, nel senso che il fatto tipico sia individuato in modo così tassativo e determinato da non dover essere integrato dalla norma extrapenale. In questo caso di “autosufficienza”, il comando violato è già integralmente descritto dalla norma incriminatrice penale; siffatto comando sorge in ambito extrapenalistico, ma è integralmente descritto dalla norma penale.

Dunque, ai nostri fini, nella logica della concezione sanzionatoria del diritto penale, la questione della successione mediata verte sul punto: se la norma extrapenale sopravvenuta sia parte integrante del fatto tipico descritto dalla norma penale (ove questa non sia “autosufficiente”). Nel caso in cui ne sia parte integrante, lo *jus superveniens* extrapenale può determinare l'*abolitio criminis* in deroga al principio dell'irretroattività, ai sensi dell'art. 2 c.p. (fatta salva, evidentemente, l'intangibilità del giudicato). Si può fare la seguente classificazione delle modifiche “mediate”, apportate da norme integratrici della fattispecie penale<sup>28</sup>: *a)* – modifica di norme penali richiamate da *elementi normativi* (si può fare l'esempio della calunnia, qualora il fatto oggetto dell'incolpazione cessi, per legge posteriore, dal costituire reato); *b)* – modifica di norme extrapenali richiamate da *elementi normativi* (si può fare l'esempio della contraffazione di monete, qualora dopo la commissione del fatto la moneta contraffatta non abbia più corso legale; *c)* - modifica di norme extragiuridiche (o culturali) richiamate da *elementi normativi* (si può fare l'esempio degli atti osceni, qualora muti il comune sentimento del pudore)<sup>29</sup>; *d)* modifica di norme richiamate da *norme penali in bianco* (si può fare l'esempio del traffico o della detenzione di sostanze stupefacenti, qualora, dopo la commissione del fatto, un decreto ministeriale escluda dall'elenco delle sostanze stupefacenti la sostanza oggetto di produzione, traffico o detenzione)<sup>30</sup>; *e)* modifica di *norme*

---

<sup>28</sup> Cfr. G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici” nella recente giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione*, cit.

<sup>29</sup> Cfr., a proposito del delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni, Cass. 06.10.1971, Battistini, in c.p. 1972, 1925; T. Cagliari, 10.08.1987, in *Riv. giur. sarda*, 1990, 834 s. (proiezione del film *Ultimo tango a Parigi*). Sulla natura di reato di pericolo Cass. 20.09.2019, n. 43542, con nota di G. ALBERTI, *Atti osceni in luoghi abitualmente frequentati da minori: una interessante pronuncia della Cassazione*, in [www.sistema.penale.it](http://www.sistema.penale.it), 12.12.2019.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. 22.02.2006, Sepe, n. 17230, in *C.E.D. Cass*, m. 234029, citata in G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici” nella recente giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di*

*definitorie* (si può fare l'esempio della circonvenzione di persone incapaci, qualora, come è avvenuto a seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975, dopo la commissione del fatto muti la definizione legale della «maggiore età»<sup>31</sup>; si può fare l'ulteriore esempio della bancarotta, a seguito della modifica della definizione legale di «piccolo imprenditore» commerciale, escluso dalla dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 1 L. fall.<sup>32</sup>).

La rilevante congerie dei casi di successione mediata lascia facilmente intendere che il fatto di reato ben difficilmente può essere delimitato e circoscritto dalla sola verbalizzazione legislativa della norma incriminatrice, giacché l'individuazione del comportamento doveroso, la cui violazione costituisce reato, rinvia molto spesso (e sempre più spesso) alla rimanente parte (extrapenale) dell'ordinamento giuridico<sup>33</sup>. In particolare, la non-sufficienza del verbale legislativo penale risulta evidente nei casi di reato proprio, commesso nell'esercizio di una professione, arte o mestiere, ovvero di un'attività amministrativa specifica. Così come i doveri della professione sono previsti dal codice deontologico e dalle norme tecnico-professionali, i doveri dell'amministratore di una società commerciale sono desunti dal complesso della normazione riguardante l'attività commerciale (tenuta dei libri contabili, legge fallimentare, legislazione antiinfortunistica etc.); e ugualmente i doveri dell'amministratore pubblico sono desunti dalle regole interne all'apparato burocratico. Fra tutti, il campo dei reati contro la pubblica amministrazione è quello probabilmente più esposto al fenomeno della successione mediata, per via dell'incessante processo di evoluzione del diritto amministrativo e delle discipline interne di dettaglio, cosicché la rilevanza della questione *de qua* rimane intatta, ancorché le fattispecie di reato oggi vigenti, integrate

---

*cassazione*, cit., riguarda il caso del trasferimento di una sostanza dall'elenco degli stupefacenti a quello dei c.d. precursori.

<sup>31</sup> Cfr. Cass. 08.10.1975, Marino, in *c.p.* 1976, 1062.

<sup>32</sup> Cfr. Cass. 20.03.2007, Celotti, in *C.E.D. Cass*, m. 237025; Cass. 18.10.2007, Rizzo, in *C.E.D. Cass*, m. 237547. Com'è noto, la sentenza n. 3821/2017 della Corte di cassazione ha ritenuto che la dichiarazione di fallimento precedente alla modifica legislativa, riguardante la qualifica di piccolo imprenditore, escluso dal novero dei soggetti "fallibili", funge da presupposto "formale" e pertanto non si verifica l'*abolitio criminis*, nella misura in cui sussistono tutti gli elementi costitutivi ("sostanziali") del reato.

<sup>33</sup> Si veda D. MICHELETTI, *op. cit.*, 204; anche G. DE FRANCESCO, *Principi di garanzia e direttive sistematiche nello scenario della successione di leggi penali: le cd. modifiche mediate*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) 27.10.2021.

in ipotesi dallo *jus superveniens* (extrapenale), non possano essere assimilate a norme penali in bianco (come avveniva per l'abrogato abuso d'ufficio).

Sul punto, l'orientamento giurisprudenziale non è stato univoco e tuttavia pare possibile individuare una linea di tendenza in qualche modo coerente. Per linee generali, si osserva in primo luogo una certa propensione a escludere l'*abolitio criminis* (per esempio, nel caso-guida in tema di calunnia)<sup>34</sup>, ma non mancano decisioni di segno opposto (ad es., a proposito del caso dell'abolizione del delittoscopo dell'associazione per delinquere)<sup>35</sup>; e d'altro canto anche in dottrina<sup>36</sup>, come è ovvio, non si registra univocità di vedute. Il tema è stato oggetto di tre importanti pronunce delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, emesse tra il 2007 e il 2009, dalle quali è possibile evincere principi di diritto riconducibili a un comune denominatore.

Nella sentenza Magera<sup>37</sup>, si affrontava la questione se fossero punibili i cittadini rumeni, autori del reato di inosservanza dell'ordine di allontanamento dallo Stato impartito dal questore (art. 14, co. 5 ter t.u. imm.), posto che in tempi successivi, per effetto dell'adesione della Romania all'Unione Europea, costoro avevano perduto lo *status* di extracomunitari. Le Sezioni Unite si pronunciarono nel senso di escludere l'*abolitio criminis*. Con la sentenza Niccoli<sup>38</sup> si affrontò la questione se fosse punibile la bancarotta (artt. 216, 217, 223 l. fall.), essendo mutati i requisiti per l'assoggettabilità dell'impresa al fallimento, cosicché l'imprenditore, alla luce dello *jus superveniens*, non sarebbe stato dichiarato fallito. Con la riforma della legge fallimentare del 2006 (d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), furono modificati i requisiti per l'attribuzione della qualifica di piccolo imprenditore, nel segno di un ampliamento

---

<sup>34</sup> Cass. 7.4.1951, Ottazzi, in *GP* 1951, II, c. 1073 s.; Cass. 21.11.1988, Caronna, in *CP* 1990, I, 227; Cass. 8.4.2002, Bassetti, *ivi*, 2004, 3220.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. 9.3.2005, Screti, in *RP* 2005, 972 s.; App. Firenze, 21.6.1991, Conciani, in *FI* 1992, II, c. 301 s.

<sup>36</sup> Per un esame dei diversi criteri di soluzione del problema della successione di norme "integratrici", cfr. G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici". Teoria e prassi*, cit., 236 ss.. Il criterio della doppia punibilità in concreto (si esclude la punibilità ogni volta che il fatto non costituisce reato secondo la legge posteriore) è sostenuto, tra gli altri, da G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 95; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 43; L. RISICATO, *op. cit.*, 273 s.; il criterio della punibilità in astratto è sostenuto da G. L. GATTA, *op.loc. cit.*, 246.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. cit.*, 273 ss. e 280 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., ss..

<sup>37</sup> Cass. S.U. 27.09.2007, n. 2451, Magera, in *CP* 2008, 898 s., con nota di M. GAMBARDELLA.

<sup>38</sup> Cass. S.U. 15.05.2008, n. 19601, Niccoli, *ivi*, 3592 s., con nota di E.M. AMBROSETTI.

del novero dei soggetti esonerati dal fallimento. Nel caso affrontato dalle S.U., si trattò di decidere sulla perdurante rilevanza penale di fatti di bancarotta semplice documentale commessi da un imprenditore che al *tempus commissi delicti* possedeva quei requisiti che, alla luce dello *jus superveniens*, lo avrebbero qualificato “piccolo imprenditore” e dunque esonerato dal fallimento. Anche in questo caso, la risposta delle Sezioni Unite fu quella di escludere l'*abolitio criminis*. La sentenza Rizzoli<sup>39</sup> prese in considerazione la punibilità della bancarotta fraudolenta impropria commessa nella gestione di una società ammessa all'amministrazione controllata (art. 236, co. 2, n. 1 L. fall.), trattandosi di procedura concorsuale abolita dopo la commissione del fatto. Abolita l'amministrazione controllata, l'anzidetta norma incriminatrice si riferiva al solo concordato preventivo. A differenza dei due casi precedenti, la risposta delle S.U. asserì l'*abolitio criminis*.

Parrebbe dunque, a un esame superficiale, che gli orientamenti giurisprudenziali fossero in contraddizione l'un l'altro, ma in verità si può individuare un filo conduttore che spiega i differenti esiti interpretativi, negativi e assertivi dell'*abolitio criminis*. In sintesi, si può dire che le Sezioni Unite hanno adottato il metodo strutturale, in virtù del quale l'*abolitio*, proprio perché comporta la perdita di rilevanza penale del fatto, deve connettersi a una modifica della fattispecie legale astratta. A questa stregua, l'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto: non basta riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato. In sostanza, occorre distinguere tra norme integratrici della fattispecie astratta e norme non integratrici; queste ultime ricorrono quando, a seguito della modifica legislativa, si crea semplicemente una nuova e diversa situazione di fatto<sup>40</sup>.

Orbene, il criterio è stato seguito in ognuna delle tre sentenze, portando tuttavia a conclusioni differenti, a seconda del caso, in merito all'*abolitio criminis*. Nella sentenza Magera, le Sezioni Unite hanno ritenuto che l'ingresso di uno Stato nell'UE (o per ipotesi l'esclusione) «non modifica, sia pure in modo

---

<sup>39</sup> Cass. S.U. 26.02.2009, n. 24468, Rizzoli, in *RIDPP* 2010, 887 s., con nota di G.L. GATTA, *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis della bancarotta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 Legge fallimentare*, cit.

<sup>40</sup> Cass. S.U., 27.09.2007, Magera, cit., punto n. 3 della motivazione.

mediato, la fattispecie penale [di cui all'art. 14, co. 5 *ter* T.U. Imm.], ma costituisce un mero dato di fatto, anche se frutto di un'attività normativa»<sup>41</sup>. Cosa diversa sarebbe, «se dalla categoria venisse escluso il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all'Unione», giacché, in questa eventualità sarebbe la stessa fattispecie penale a risultare diversa e a vedersi sottrarre una parte della sua sfera di applicazione, secondo lo schema tipico dell'abolizione parziale, riconducibile all'art. 2, comma 2 c.p.<sup>42</sup>.

Analogamente, secondo la sentenza Niccoli, la modifica dei requisiti perché l'imprenditore sia assoggettabile al fallimento non incide sulla fattispecie di bancarotta: «*i nuovi contenuti dell'art. 1 L. fall. non incidono su un dato strutturale del paradigma della bancarotta (semplice o fraudolenta), ma sulle condizioni di fatto per la dichiarazione di fallimento, sicché non possono dirsi norme extrapenali che interferiscono sulla fattispecie penale*»<sup>43</sup>. Quanto infine alla sentenza Rizzoli, le Sezioni Unite hanno osservato che non si trattava di un'ipotesi di modifica "mediata" legge penale, bensì di un caso di modifica 'immediata' della stessa. Ciò in quanto la riforma della legge fallimentare «non si è limitata a intervenire sulla normativa "esterna" relativa [all'istituto dell'amministrazione controllata], ma ha eliminato ogni riferimento a questo presente nella disposizione incriminatrice, risultata, quindi, amputata di un suo elemento strutturale»<sup>44</sup>.

#### **4. Il criterio c.d. strutturale alla luce dell'equiparazione tra il *novum* penalistico ed extrapenalistico.**

Il criterio c.d. strutturale pare il più convincente, perché, a ben vedere, nella successione di norme ciò che rileva è sempre e comunque la *ratio* incriminatrice, la

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, punto n. 4 della motivazione.

<sup>42</sup> Cass. S.U. 26.3.2003, in CP 2003, 3310, con nota di T. PADOVANI.

<sup>43</sup> Secondo le S.U., infatti, «nella struttura dei reati di bancarotta la dichiarazione di fallimento assume rilevanza nella sua natura di provvedimento giurisdizionale, e non per i fatti con essa accertati»: ciò che rileva è l'esistenza di una sentenza dichiarativa di fallimento, a prescindere dalle condizioni di fatto normativamente richieste per la dichiarazione di fallimento. Tale orientamento può essere criticato, se si ritiene che l'art. 1 L. fall. contenga una *norma definitoria* del concetto di 'imprenditore fallito', soggetto attivo della bancarotta. Sulla base di questo assunto, la norma posteriore, che muta la qualifica di "piccolo imprenditore" dovrebbe essere ritenuta "integratrice" e incidente sulla *ratio* incriminatrice. Di contrario avviso la giurisprudenza della Suprema Corte (vedasi nota 23); sul punto cfr. G. L. GATTA, *Abolito criminis* cit., 5.

<sup>44</sup> Sul punto G.L. GATTA, *op. ult. cit.*. Questo passaggio della sentenza Rizzoli rende palese l'equivalenza delle modifiche mediate e immediate (cfr. paragrafo 4).

quale designa il nucleo offensivo del fatto descritto nei suoi estremi tipici (ossia previsto come reato in astratto, a prescindere dalle concrete circostanze storiche) e per ciò stesso costituisce il motivo della sanzione penale. Se viene a mancare il “perché” del reato, la pena non ha più senso; ma ciò vale per tutte le modifiche, sia quelle interne alla norma penale, sia quelle esterne. Il *novum* della norma penale può riguardare un *quid* che non incide sulla *ratio* incriminatrice, ma serve, per esempio, a delineare meglio la condotta illecita<sup>45</sup>; è anche il *novum* della norma extrapenale richiamata può non incidere sul disvalore del fatto, mentre incide sulla punibilità concreta, per esempio, quando gli indici numerici riportati nella norma extrapenale mutano solo per adeguamento al mercato dei prezzi, inevitabilmente oscillanti, e il nuovo valore di oggi corrisponde, in linea di massima, al vecchio di ieri. Se cambia il tasso degli interessi medi, con esso può cambiare il parametro di valutazione del tasso usurario; tuttavia, il fatto commesso ieri è del tutto equivalente a quello di oggi (ancorché sia mutato il parametro di valutazione del tasso usurario da ieri a oggi). E anche il valore di soglia, che segna l’obbligo della gara pubblica, oggetto della sentenza in commento, potrebbe risultare estraneo alla *ratio* incriminatrice; sicché non basterebbe osservare che alla luce del nuovo parametro è esclusa la punibilità, giacché il fatto commesso nel vigore del vecchio parametro manterrebbe comunque e per intero il suo disvalore etico-giuridico. Pare, in sintesi, che il *novum* penalistico (in senso stretto) e quello extrapenalistico siano da equiparare quanto alla possibilità di incidere sulla *ratio* incriminatrice.

Alla luce del criterio strutturale, ciò che veramente conta è che la modifica legislativa, ancorché riguardante la norma extrapenale, incida sulla regola di condotta e sul disvalore etico-sociale della trasgressione. Se il disvalore del fatto non dovesse mutare, non si verificherebbe il fenomeno della successione mediata. Non ci nascondiamo, tuttavia, che il criterio può dar luogo a incertezze applicative, posto che l’incidenza sul disvalore del fatto non è ovviamente un dato naturalistico. Ma è opportuno precisare che l’incertezza interpretativa, a ben vedere, non riguarda solo il *novum* extrapenalistico, bensì il *novum* in quanto tale (anche quello interno alla norma penale). Se così non fosse, all’*abrogatio normae* dovrebbe sempre

---

<sup>45</sup> Da questo punto di vista, le modifiche della norma di cui all’art. 323 c.p. intervenute nel tempo, sono paradigmatiche, in quanto hanno di volta in volta ridisegnato la condotta di abuso, ma non hanno radicalmente modificato la *ratio* incriminatrice, determinando un’*abolitio*.

corrispondere l'*abolitio criminis*, posto che il fatto di reato dovrebbe essere pensato come interamente descritto dalla norma penale, autosufficiente per definizione, e interamente concluso negli estremi tipici della fattispecie incriminatrice. Se, al contrario, *abolitio* e *abrogatio* non coincidono necessariamente, com'è pacificamente accettato, ciò significa che il perimetro della norma penale non contiene tutti gli estremi della fattispecie di reato<sup>46</sup>. Dunque, il *novum* penalistico e quello extrapenalistico possono incidere alla stessa maniera sulla cornice che delimita gli estremi della fattispecie di reato.

Ciò, in qualche modo, avvalorava il postulato di fondo: che la norma incriminatrice, posta a presidio di una regola comportamentale extrapenale, abbia carattere sanzionatorio e non sussista un "precetto" penale a sé stante. Ne discende che le modifiche legislative, extrapenali o penali che siano, devono essere equiparate, ai fini dell'incidenza sul fatto illecito, il quale ovviamente sussiste in virtù della violazione della regola di condotta. Si può solo osservare che le modifiche interne alla norma penalistica attengono, in linea di massima, all'*an* o al *quantum* della pena; quelle esterne, molto più frequentemente, potrebbero rimanere estranee alla *ratio* incriminatrice. Sotto questo profilo, può adottarsi il criterio discretivo, c.d. strutturale, dell'integrazione nella fattispecie; ma la vera questione si pone in termini negativi: individuare le modifiche non incidenti sulla *ratio* incriminatrice, che risiede nel disvalore del fatto. Se tale *ratio* fosse identificata per intero nel disvalore di condotta, ossia nella trasgressione della regola al tempo della condotta, si dovrebbe concludere che qualunque modifica successiva non può retroagire, perché la trasgressione della regola allora vigente c'è stata. Ma il reato non consiste nella mera condotta, bensì nel fatto; orbene se questo fatto, in base alle modifiche successive di norme extrapenali, non è più considerato meritevole di pena, ha luogo un'*abolitio criminis* per successione mediata<sup>47</sup>. Il fenomeno non si verifica, solo quando le modifiche non attengono al nucleo offensivo del fatto. Sotto questo profilo può dirsi che la questione interpretativa si pone solo in termini negativi e cioè per i casi

---

<sup>46</sup> Sul fenomeno dell'*abrogatio sine abolitione*, alla luce della recente casistica, cfr. M. GAMBARELLA, *L'abrogatio sine abolitione: l'improvvisa notorietà, a seguito del concorso in magistratura 2023, di un concetto penalistico poco conosciuto*, in questa rivista, 08.06.2023.

<sup>47</sup> In questi termini T. PADOVANI, *Diritto penale* <sup>13</sup>, cit., 48.

residuali di modifiche estrinseche, sia della norma penale sia delle norme extrapenali.

A questo riguardo, può tornare utile chiedersi, come ha fatto incidentalmente la Suprema Corte nella sentenza *de qua*, se il mutamento della soglia dell'obbligo di gara ad evidenza pubblica abbia inciso sulla fisionomia dell'abuso d'ufficio. Premesso che è stata ritenuta corretta «la qualificazione del contratto in oggetto come appalto di servizi» e che al *tempus commissi delicti* era necessaria la procedura ad evidenza pubblica, la cui omissione il Giudice di merito aveva ritenuto costituire abuso d'ufficio; la Corte di cassazione è giunta alla conclusione che oggi il fatto non costituirebbe reato, giacché il contratto, ieri “sopra soglia”, oggi è divenuto “sotto soglia”. Sicché, a prescindere dall'abrogazione legislativa della norma di cui all'art. 323 c.p., il Giudice di legittimità ha ritenuto che, in ogni caso, essendo stata innalzata la soglia dell'obbligo di gara pubblica da 40.000 a 140.000 euro<sup>48</sup>, l'imputato sarebbe andato assolto perché il contratto *de quo* «oggi risulterebbe sotto soglia»<sup>49</sup>.

È evidente, dunque, che il criterio adottato dalla Suprema Corte fa riferimento alla punibilità in concreto, non già alla *ratio* incriminatrice astratta dal contesto storico-fattuale. Tra i due criteri, come detto, pare preferibile il secondo e il caso in esame, per certi versi, può dirsi esemplificativo, giacché rende palese che l'adozione del primo trascura l'eventuale identità di disvalore etico-giuridico tra il fatto commesso ieri e il fatto (se fosse stato) commesso oggi. Invero, il criterio accolto dalla sentenza in commento si presta a qualche critica, in considerazione del fatto che l'indice monetario del valore economico di un bene si abbassa e innalza anche a prescindere dal valore effettivo (a causa dei fenomeni di inflazione/deflazione). Se l'indice monetario e il valore effettivo possono divergere, si può pensare che la *nuova* parità monetaria sia più o meno corrispondente al *vecchio* valore effettivo e la fissazione legislativa di un nuovo parametro monetario sia necessaria per adeguamento al diverso costo della vita. Ciò posto, sembra consequenziale ritenere

---

<sup>48</sup> Art. 50 del nuovo codice degli appalti (d.lgs. 31.3.2023, n. 36). Il contratto *de quo* aveva un valore complessivo di 112.176,00 euro (come si evince dalla sentenza di primo grado) pertanto è stato ritenuto “sotto-soglia” dalla Suprema Corte, in relazione al nuovo parametro.

<sup>49</sup> Per una dettagliata analisi degli argomenti affrontati dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento cfr. O. GALLORI, *Le Colonne d'Ercole dell'abuso d'ufficio alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici: tana libera tutti*, in *Arch. Pen*, 2024.

che la fissazione di un nuovo indice monetario non incida sul disvalore del fatto: se prima l'irregolarità consisteva nel violare la soglia 50 e oggi nel violare la soglia 100, si può pensare che l'irregolarità di allora sia più o meno corrispondente all'irregolarità di oggi e il Giudice non può annullare retroattivamente un disvalore persistente (ora per allora)<sup>50</sup>. In conclusione, pare proprio che il nuovo indice numerico non cambi la fisionomia del reato; sotto questo profilo, la nuova norma extrapenale non sia integrativa della norma penale e il venir meno della punibilità si sia verificata per altra via (*abrogatio legis*).

### **5. La questione se l'assistenza e la consulenza legale siano oggetto dell'obbligo di gara pubblica di appalto**

La Suprema Corte, confermando l'orientamento dei Giudici di merito, ha ritenuto che il rapporto di committenza, instaurato tra l'azienda Sanità Service ASL Ba s.r.l. e l'avv. Alessandro Ieva, fosse da qualificare come appalto di servizi, piuttosto che incarico professionale, in considerazione della continuità del rapporto e dell'ampio ventaglio delle prestazioni richieste. Il punto merita qualche approfondimento.

La distinzione tra incarico professionale e appalto di servizi ha perso gran parte della sua importanza, quando è venuto meno il requisito del minimo apparato organizzativo dell'imprenditore, ai fini della qualifica soggettiva di appaltatore<sup>51</sup>. L'imprenditore individuale è stato equiparato a quello dotato di organizzazione aziendale nell'ambito dei rapporti contrattuali d'appalto, cosicché le sue prestazioni sono state ricondotte nell'ambito di previsione del codice degli appalti. Al contempo è venuta meno la distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, sul presupposto che sempre e comunque il debitore è tenuto a una prestazione che apporti una qualche utilità al creditore e dunque a un "risultato" apprezzabile.

---

<sup>50</sup> Solo il Legislatore, che ha la potestà incriminatrice, in virtù del monopolio legislativo in materia penale, può annullare oggi il disvalore (penalistico) di un fatto che ieri costituiva reato, alla luce dei nuovi valori sociali condivisi. Ma il mutamento di un parametro numerico, corrispondente a un valore economico, non esprime tale *voluntas legis* di *abolitio criminis*, bensì solo l'esigenza di adeguamento monetario.

<sup>51</sup> La definizione di operatore economico adottata dal d.lgs 50/2016 non fa alcuna distinzione, in relazione alle modalità di esercizio di una determinata attività, tra il prestatore d'opera intellettuale e l'appaltatore, giacché i contratti di prestazione d'opera intellettuale sono attratti nell'orbita della disciplina degli appalti.

Infine, è necessario considerare che anche le prestazioni tecnico-professionali sono state ricondotte nell'ambito dell'opera appaltabile, giacché sono individuabili le linee guida della perizia necessaria (per la prestazione dedotta nell'obbligazione) e, in ogni caso, è commisurabile e verificabile il risultato della prestazione effettuata.

Ciò detto, non può sfuggire, tuttavia, che la professione forense ha una sua specificità, per il suo oggetto estremamente "opinabile". Il risultato del patrocinio, dell'assistenza e della consulenza legale è condizionato da una serie pressoché infinita di fattori imponderabili, di talché si potrebbe dare il caso di una prestazione professionale eseguita con scrupolo e perizia, la quale di fatto non apporta alcuna utilità al cliente-assistito; mentre non si può escludere l'esito fausto dell'attività imperita o il caso di colpevole omissione (da parte del professionista), che si risolve tuttavia in giovamento per la posizione del cliente. Orbene, quando non solo non può essere garantito il buon fine dell'opera, ma nemmeno la modalità di perseguimento del fine può essere sottoposta a un controllo di efficienza neutrale e oggettivo, tramite la fredda espressione dei numeri, del rendiconto economico o della funzionalità, pare più opportuno che il rapporto giuridico si instauri con l'affidamento *intuitu personae*, piuttosto che col contratto d'appalto. Sotto questo profilo, l'attività di patrocinio, assistenza e consulenza legale pare la più indicata per essere esclusa dalla disciplina dell'appalto. Non per nulla, la direttiva europea 2014/24 ha escluso questo settore dalla disciplina dell'appalto pubblico<sup>52</sup>; ne parrebbe derivare l'esclusione dall'obbligo della gara d'appalto ad evidenza pubblica. E poiché, nel caso *de quo*, l'abuso d'ufficio sarebbe consistito nella violazione del suddetto obbligo, sarebbe probabilmente stata opportuna una

---

<sup>52</sup> Sul punto la sentenza della C.G.U.E, emessa nella causa C-265/18 del 6 giugno 2019, così si esprime: «occorre rilevare che l'articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24 non esclude dall'ambito di applicazione di detta direttiva tutti i servizi che possono essere forniti da un avvocato a un'amministrazione aggiudicatrice, ma unicamente la rappresentanza legale del suo cliente nell'ambito di un procedimento dinanzi a un organo internazionale di arbitrato o di conciliazione, dinanzi ai giudici o alle autorità pubbliche di uno Stato membro o di un paese terzo, nonché dinanzi ai giudici o alle istituzioni internazionali, *ma anche la consulenza legale fornita nell'ambito della preparazione o dell'eventualità di un siffatto procedimento. Simili prestazioni di servizi fornite da un avvocato si configurano solo nell'ambito di un rapporto intuitu personae tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza*». Come ben si vede, l'esclusione dalla disciplina dell'appalto, secondo la Corte di Giustizia, riguarda anche la consulenza connessa alla "eventualità" di un procedimento giudiziario; dunque diretta anche ad evitare il procedimento medesimo; il che potrebbe significare la consulenza legale *tout court*.

declaratoria giudiziale, nella specie dell'*obiter dictum*, che escludesse la professione legale e forense dall'oggetto dell'obbligo della gara d'appalto ad evidenza pubblica e, per tale via, ritenesse insussistente la violazione assunta come abuso, a prescindere dall'abrogazione dell'art. 323 c.p.

IL CONTROVERSO RAPPORTO TRA COLPEVOLEZZA E IMPUTABILITÀ  
E L'APPLICAZIONE DELLA REGOLA "IN DUBIO PRO REO" ANCHE NEL  
GIUDIZIO SULLA CAPACITÀ DI INTENDERE E DI VOLERE.  
IMPUTABILITÀ E NEUROSCIENZE.

*The controversial relationship between guilt and imputability and the  
application of the "in dubio pro reo" rule also in the judgment on the capacity  
to understand and will.*

*Imputability and neurosciences.*

di

Stefano Di Pinto \*

Il presente studio affronta alcuni profili dei problemi di fondo della colpevolezza, e più in particolare il rapporto fra imputabilità, colpevolezza e pena, nonché il rapporto sistematico fra colpevolezza ed elementi fondamentali dell'illecito penale, così riprendendo e riapprofondendo tematiche più o meno remote, che pur tuttavia meritano un ripensamento ed una profonda considerazione. L'autore si sofferma, altresì, sulla questione dell'applicazione della regola "in dubio pro reo" anche nel giudizio di imputabilità, ritenendo condivisibile, in caso di insuperabile dubbio (ragionevole) sulla capacità di intendere e di volere, la soluzione giurisprudenziale dell'assoluzione ai sensi dell'art. 530 comma 2 c.p.p.. Infine, gli ultimi tre paragrafi sono dedicati al riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio penale e di imputabilità e nella valutazione dell'elemento soggettivo del reato.

\*\*\*

*The present study addresses some profiles of the basic problems of guilt, and more particularly the relationship between imputability, guilt and punishment, as well as the systematic relationship between culpability and fundamental elements of the criminal offence, thus taking up and re-exploring more or less remote themes, which nevertheless deserve rethinking and profound consideration.*

---

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

*The author also focuses on the question of the application of the "in dubio pro reo" rule also in the judgment of imputability, deeming acceptable, in case of insurmountable reasonable doubt about the capacity to understand and will, the jurisprudential solution of full acquittal pursuant to art. 530, paragraph 2, code of criminal procedure.*

*Finally, the last three paragraphs are dedicated, respectively, to the recognition of the role of neuroscience in criminal judgment and imputability, and in the evaluation of the subjective element of the crime.*

Sommario: 1. Il principio di colpevolezza e la funzione della pena. La contrapposizione tra la Costituzione repubblicana e il Codice Penale. La costituzionalizzazione del principio di colpevolezza. – 2. Concezione psicologica e concezione normativa della colpevolezza: i riflessi delle due diverse impostazioni sull'inquadramento dogmatico della imputabilità. – 3. Nozione e contenuto sostanziale dell'imputabilità. Fatto del non imputabile e misura di sicurezza: l'art. 85 c.p. I rapporti tra la capacità di intendere e di volere ed i concetti di coscienza e volontà di cui all'art. 42 c.p. - 4. L'intossicazione cronica e l'imputabilità del tossicodipendente: l'art. 95 c.p. – 5. Rapporti tra imputabilità e reato nel Codice penale vigente. - 6. Il termine "colpevole" e l'imputabilità dell'agente. La fondamentale differenza fra il sistema del Codice 1930 e quello della Costituzione. – 7. L'art. 88 c.p. e i rapporti tra infermità e malattia. - 8. Il soggetto cosiddetto "borderline" e la sentenza "Raso" delle Sezioni Unite sui disturbi della personalità. Il dubbio sulla tesi del nesso eziologico. I recenti arresti giurisprudenziali. – 9. L'art. 43 c.p. e gli eventi mentali (rappresentazione e volizione). L'errore condizionato del soggetto incapace. – 10. La supposizione erronea della sussistenza di una scriminante. – 11. L'applicazione del principio "In dubio pro reo" anche per l'imputabilità. – 12. Imputabilità e neuroscienze. – 13. L'imputabilità tra norma penale e *neuroimaging*. - 14. Neuroscienze ed accertamento dell'elemento soggettivo del reato.

## **1. Il principio di colpevolezza e la funzione della pena. La contrapposizione tra la Costituzione repubblicana e il Codice Penale. La costituzionalizzazione del principio di colpevolezza.**

Genericamente, si può osservare come il termine colpevolezza sia utilizzato nel linguaggio giuridico italiano in una duplice accezione: da un lato quale sinonimo di *reità* (senso accolto dalla Costituzione, art. 111, comma 4, e dal Codice di Procedura Penale, art. 273, in cui l'espressione colpevolezza è utilizzata per indicare la responsabilità di un soggetto rispetto alla commissione del fatto tipico punibile) dall'altro come *complesso degli elementi soggettivi su cui si fonda la responsabilità penale* (sia nel Codice Penale del 1930, sia, ancor di più, nel diverso assetto della Costituzione del 1948, ricostruito dalla lettera delle sue norme, innanzitutto gli artt. 25, comma 2, e 27, commi 1, 3 e 4).

In questa ultima accezione, la colpevolezza ha rappresentato un momento fondamentale di evoluzione del pensiero giuridico consentendo il passaggio da ipotesi di pura responsabilità oggettiva a forme di responsabilità incentrate sulla valutazione del rapporto tra l'autore ed il fatto.

Il concetto appartiene, quindi, agli istituti di diritto penale sostanziale anche se, in nessuna norma del codice penale troveremo questo termine.

Il brocardo latino, racchiuso nella scultorea espressione *nullum crimen sine culpa*, staglia con grande efficacia una prima insopprimibile esigenza del diritto penale moderno: nell'ordine razionale del diritto penale giusto, l'elemento psichico-colpevolezza (ma nel codice penale sarebbe forse più cauto dire: il nesso soggettivo di imputazione), esprime, con la massima concisione possibile, la somma dei presupposti della responsabilità penale, dato che questa, appunto in quanto giuridica e penale, è una responsabilità che postula una offesa (ingiusta) dolosamente o colposamente commessa, ossia un autentico disvalore personale che si oggettivizza nella forma di un fatto intersoggettivo dannoso o pericoloso<sup>2</sup>.

Nel codice del 1930, perché sussista un reato, l'evento dannoso o pericoloso di cui agli artt. 40, 43 e 49 c.p. può essere previsto e voluto dall'agente ovvero può anche non essere voluto, sebbene previsto e prevedibile, laddove voluta è la condotta da cui l'evento deriva.

---

<sup>2</sup> M. SPASARI, *Diritto criminale e scienza del diritto criminale. Oggetto e metodo della dommatica criminale e della criminologia*, in *Giur. it.*, 12, IV, 505-519 e in *Studi in onore di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, 531 ss.; M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo: la Costituzione penale inascoltata*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, 516-518.

Il dolo implica sempre la previsione e la volizione dell'evento dannoso o concretamente pericoloso (delitti dolosi di danno o di pericolo, ivi compreso il tentativo) e la colpa, invece, oltre alla cognizione e alla volizione della condotta imprudente o negligente, implica o la previsione e la volizione dell'ulteriore struttura della fattispecie preventiva (corrispondente alla inosservanza di altre eventuali norme cautelari e comunque alla causazione del pericolo astratto che sempre ne deriva) o la mera previsione o prevedibilità di quest'ultima struttura ovvero anche la mera previsione o prevedibilità della fattispecie dannosa o concretamente pericolosa che talora deriva da quella preventiva<sup>3</sup>.

Ora, secondo il principio di colpevolezza, inteso come violazione cosciente e volontaria della norma penale<sup>4</sup>, non ci può essere reato se l'offesa al bene giuridico non è personalmente rimproverabile al suo autore, in quanto rientrava nella sua sfera di controllo. Questo principio, attraverso il rilievo della personalità della responsabilità penale prevista dall'art. 27, comma 1, della Costituzione, inteso come principio della responsabilità penale *solo per un fatto proprio e colpevole*<sup>5</sup>, è dotato di un rango costituzionale correlato alla funzione tendenzialmente rieducativa, ex art. 27, comma 3 Cost., della pena ontologicamente retributiva "a misura d'uomo": nessuno può essere punito se non per un fatto proprio colpevolmente commesso, perché la dignità dell'uomo e del cittadino esige che il castigo della pena trovi la propria giustificazione non già nella offesa, sia pure la più grave, del più elevato fra i beni e interessi giuridici, ma nell'atteggiamento etico-psichico che accompagna e qualifica tale offesa<sup>6</sup>.

Resta, per contro, chiaro che la colpevolezza stenta a raggiungere nel codice vigente la dignità del principio informatore di tutto il sistema, nonostante la svolta storica dell'interpretazione liberale e garantista data dalla sentenza 24 marzo 1988 n. 364 della Corte costituzionale, che ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 5 c.p. in tema di *ignorantia legis*, per contrasto con

---

<sup>3</sup> M. SPASARI, *Esegesi e dommatica della colpa*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, vol. III, 1494 ss.; id., *Diritto criminale e scienza del diritto criminale*, cit., 2.

<sup>4</sup> Per questa fondamentale affermazione, si veda M. SPASARI, *Diritto Penale e Costituzione*, Milano, 1966, 72, ed in precedenza F. CARRARA, *Programma di diritto criminale, Parte generale*, vol. I, X ed., 1907, 97 ss.; B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, II, 1951, 20 ss. e 116 ss.

<sup>5</sup> G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 42 ss.

<sup>6</sup> M. SPASARI, *Fatto e reato nella dommatica del codice e della Costituzione*, in M.C. BASSIUNI - A.R. LATAGLIATA - A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, I, Milano 1991, 49.

l'art. 27, comma 1, Cost., portando una serie di argomenti a sostegno della costituzionalizzazione del principio di colpevolezza<sup>7</sup>, sia perché sono tuttora non poche le deroghe inflitte da quel complesso di disposizioni convenzionalmente riconducibili all'istituto della responsabilità oggettiva, sia perché l'impianto generale codicistico originario era e resta pur sempre decisamente di tipo difensivo-preventivo<sup>8</sup>.

Inquadrandolo tale principio come parte integrante di un modello autenticamente *liberale* del rapporto tra Stato e cittadino, la Corte Costituzionale ha ormai chiarito che l'imputazione può essere conforme al principio di personalità, a condizione che il fatto sia attribuibile all'autore almeno a titolo di colpa; nel caso in cui un solo elemento della fattispecie criminosa sia sganciato dal dolo o dalla colpa, allora viene meno il carattere *personale* dell'addebito, e un'eventuale attribuzione di responsabilità penale si pone in insanabile conflitto con l'art. 27, comma 1, Cost.<sup>9</sup>.

In particolare, la sentenza n. 364 del 24 marzo 1988, la Corte costituzionale ha stabilito la nuova interpretazione dell'art. 5 c.p., secondo la quale vengono rideterminati i profili di responsabilità penale per mancata conoscenza del precetto (di cui è necessario essere nelle condizioni di conoscere gli effetti, di riconoscere il divieto e l'illiceità, al fine del delinarsi della *responsabilità penale personale*).

Ancor più esplicita e pregnante, al riguardo, l'affermazione contenuta nell'altra pronuncia in tema di colpevolezza del 1988 (la n. 1085). In quel caso si trattava di valutare la legittimità costituzionale della norma del codice penale che punisce il furto d'uso (art. 626 c.p.), nella parte nella quale non attribuisce

---

<sup>7</sup> Corte cost. 24 marzo 1988 n. 364, che ha dichiarato l'art. 5 c.p. costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile; conseguentemente, oggi vige la regola secondo cui "nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale dovuta a colpa", nel senso che la responsabilità non si profila quando l'agente, anche usando la dovuta diligenza, non poteva sapere che il fatto doloso o colposo da lui realizzato era previsto da una norma incriminatrice: cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2006, 244-246; D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 727-728; F. PALAZZO, *Colpevolezza ed ignorantia legis nel sistema italiano: un binomio in evoluzione*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, II, Bari, 1994, 700.

<sup>8</sup> M. SPASARI, *Fatto e reato*, cit., 103.

<sup>9</sup> Corte cost. 24 marzo 1988 n. 364.

rilievo alla impossibilità da parte del colpevole, dovuta a caso fortuito o a forza maggiore, di restituire la cosa sottratta immediatamente dopo l'uso<sup>10</sup>.

Nel ritenere fondata la questione, la Corte ha, infatti, affermato che "Perché l'art. 27, comma 1 Cost., sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli *elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente* (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati".

Ne consegue, pertanto, che rispetto ad elementi che non caratterizzano in modo alcuno il disvalore del fatto – quali, per esempio, le condizioni obiettive di punibilità – non è richiesto questo *minimum* di riferibilità psichica all'agente.

In una susseguente pronuncia la Corte ha sottolineato che la colpa è in ogni caso sufficiente "ad integrare il collegamento suriettivo fra l'autore del fatto e il dato significativo addebitato"<sup>11</sup>.

Un'ulteriore tappa circa l'affermazione in concreto del principio di colpevolezza nell'ordinamento penale vigente si è peraltro realizzata con la sentenza della Corte cost. n. 322 del 2007<sup>12</sup>, relativa al vecchio testo dell'art. 609 *sexies* c.p. che non ammetteva la rilevanza scusante dell'errore inevitabile sull'età dell'infraquattordicenne nei reati in materia sessuale. Tale sentenza (di inammissibilità) afferma infatti nella motivazione, da un lato, il contrasto di simile assetto normativo con l'art. 27, comma 1, Cost., dall'altro (dopo aver ascritto al rimettente di non aver sottoposto a verifica "la praticabilità di una interpretazione *secundum constitutionem* della disposizione denunciata") che *il principio di colpevolezza "si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici; ma anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti"*.

---

<sup>10</sup> Nella sentenza 13 dicembre 1988 n. 1085 la Corte ha affermato che il principio ispiratore della responsabilità oggettiva contrasta con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale: "perché l'art. 27, comma 1, Cost. sia pienamente rispettato (...), è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente, siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa", ribadendo il concetto nella sent. 10 gennaio 1991, n. 2.

<sup>11</sup> Corte cost. 29 aprile 1991 n. 179, <https://giurcost.org>.

<sup>12</sup> Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322, *Dir. pen e proc.*, 2007, nota di L. RISICATO; *Fam. e dir.*, 2007, 979, con nota di P. PITTARO.

Un indirizzo questo, che corrisponde a quanto ampiamente sostenuto, anche in precedenza, dalla dottrina<sup>13</sup>.

Ed in tal senso pare orientata anche la giurisprudenza di legittimità, in un'importante pronuncia delle Sezioni Unite del 2005<sup>14</sup>, secondo la quale l'imputabilità non si limita ad essere una mera 'capacità di pena' o un semplice presupposto o aspetto della capacità giuridica penale, ma il suo "ruolo autentico" deve cogliersi partendo dalla teoria generale del reato e concludendo che l'imputabilità è ben più che non una semplice condizione soggettiva di riferibilità della conseguenza del reato data dalla pena, divenendo piuttosto la condizione dell'autore che rende possibile la rimproverabilità del fatto.

Si afferma, pertanto, che non può esserci colpevolezza senza imputabilità<sup>15</sup>, inquadrando quest'ultima nella struttura del reato.

Detta concezione è stata accolta dal Progetto approvato dalla Commissione nominata dal Ministro Flick (1 ottobre 1998) e presieduta dal Prof. Carlo Federico Grosso, per la Riforma del Codice penale nella seduta del 26 maggio 2001, che, nella Relazione di accompagnamento al Progetto preliminare (12 settembre 2000), ribadisce come "non c'è colpevolezza senza imputabilità, non può esserci pena conforme allo scopo di rieducazione senza imputabilità"<sup>16</sup> e che per questo, "viene mantenuta la distinzione fra soggetti imputabili e non imputabili, cioè soggetti cui possa o non possa esser mosso un rimprovero di colpevolezza, in ragione delle loro condizioni soggettive al momento della commissione del fatto"<sup>17</sup>.

Più specificamente, il Progetto Grosso, all'art. 25, comma 1, dell'articolato, significativamente rubricato "Responsabilità colpevole", prevedeva che "La colpevolezza dell'agente per il reato commesso è presupposto indefettibile della responsabilità penale", mentre la Commissione presieduta dall'avv. Giuliano

---

<sup>13</sup> Per tutti, v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, 453: "il giudice deve interpretare le norme che prevedono la responsabilità oggettiva in conformità alla Costituzione: deve perciò leggerle e applicarle come se già contenessero il limite della colpa".

<sup>14</sup> Cass., S. U., 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), n. 9163, *Dir. pen. e proc.*, 2005, 845 ss., con commento di M. BERTOLINO; cfr. anche C. F. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI - P. PISA, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, II ed., Milano, 2017, 321.

<sup>15</sup> M. BERTOLINO, in *Trattato di diritto penale. Il Reo e la persona offesa*, Milano, 2009, rif. Cass., S.U., 8 marzo 2005, n. 9163.

<sup>16</sup> M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressiste in tema di imputabilità penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 850-883.

<sup>17</sup> M. T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 894 ss.

Pisapia (nominata dal Ministro Mastella) nel 2008, all'art. 4 (Principio di colpevolezza) della proposta di legge delega, recitava: "Prevedere che nessuno sia punito se non per un fatto commesso colpevolmente".

In entrambe le previsioni compare un riferimento esplicito, molto rilevante, al "reato" o al "fatto" commesso: la colpevolezza, infatti, non può che concretizzarsi nella rimproverabilità per il fatto commesso.

Già nella Bozza di legge-delega risalente ai lontani anni 1992-94, elaborata dalla Commissione nominata dal Ministro Vassalli e presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro, il principio di colpevolezza richiedeva che il soggetto che aveva commesso l'illecito fosse un soggetto imputabile, cioè capace di intendere e di volere<sup>18</sup>.

È necessario, a questo punto, definire meglio lo sviluppo del concetto (e del principio) di colpevolezza: l'evoluzione del diritto penale è un lungo cammino verso un sempre maggior affinamento dei criteri d'imputazione del fatto illecito al suo autore: dal criterio naturalistico in base al quale si risponde per l'evento dannoso comunque cagionato dalla propria condotta, al criterio psicologico in base al quale oltre alla realizzazione materiale del fatto è necessaria la sua riferibilità psichica all'agente, sino al criterio personalistico, in base al quale il soggetto risponde del fatto antiggiuridico se e nei limiti in cui esso gli è attribuito secondo un giudizio di rimproverabilità personale.

Il principio di colpevolezza esprime l'esigenza che l'imputazione del fatto al suo autore sia orientata in modo che il fatto debba risultare opera di chi l'ha commesso, in linea, come detto, con la previsione dell'art. 27, comma 1, Cost., che statuisce che la responsabilità penale è "personale". Occorre che l'agente possa essere rimproverato per ciò che ha fatto, e cioè che di lui si possa affermare: "poteva agire altrimenti". È la scelta negativa rivolta contro il diritto che condiziona la sua punizione: in ciò si sostanzia la teoria etico-retributiva della pena.

Ma la concezione classica retributiva della pena ha ceduto in gran parte il campo a teorie di natura preventiva nel Codice Rocco: la pena è comminata dal legislatore in funzione di prevenzione generale: per dissuadere i consociati dal

---

<sup>18</sup> A. PAGLIARO, *Per un nuovo codice penale*, *Dir. pen. proc.*, 5, 1995, 545: "Alla luce di questi elementi, il progetto, sotto il profilo del dolo, non riteneva più sufficiente che il soggetto perché sia in dolo abbia voluto il fatto naturalistico di reato. Quest'ultimo, pur continuando ad essere richiesto, non costituisce come tale un indice preciso del significato umano e sociale della condotta. Il progetto aveva così previsto che la definizione di dolo dovesse esprimere "la necessità che il soggetto sia consapevole del significato del fatto" (art. 12.1).

tenere una condotta vietata. Diversamente, nel contesto dei principi costituzionali, la pena è *applicata* dal giudice in funzione di prevenzione speciale: per tendere alla risocializzazione del reo. La *funzione costituzionale del principio di colpevolezza* appare quella di limite alle esigenze punitive espresse dalla prevenzione, in rapporto ad un valore ad essa antagonistico, ma certo inviolabile in ogni ordinamento liberaldemocratico: il rispetto della persona umana che vieta di strumentalizzarla per finalità ad esse estranee, di utilizzarla cioè come mezzo per uno scopo che trascende e le si impone.

Punire, invece, oltre il limite della colpevolezza per dissuadere i consociati rientra in una politica criminale all'interno di un sistema, quale quello del codice 1930, ancora fortemente caratterizzato dalla presenza di ipotesi di responsabilità senza colpa (si pensi, ad esempio, ad istituti ancora esistenti quali la preterintenzione, l'*aberratio delicti*, la responsabilità *ex art. 117 c.p.*, la categoria dei delitti aggravati dall'evento, etc.).

Un sistema penale uniformato al principio di colpevolezza finisce, al contrario, con il valorizzare gli aspetti positivi della prevenzione generale: affidamento nel valore dei precetti giuridici come canone del comportamento individuale. Sul piano della prevenzione speciale, l'ancoraggio della pena alla colpevolezza rappresenta la condizione per poter progettare ed attuare l'eventuale e auspicata risocializzazione del reo.

Nondimeno va detto, però, che il riconoscimento della colpevolezza quale elemento irrinunciabile del reato appare delineare un percorso tuttora sotto molti profili incompiuto, sia, per taluni aspetti sul piano interpretativo, sia sul piano legislativo.

## **2. Concezione psicologica e concezione normativa della colpevolezza: i riflessi delle due diverse impostazioni sull'inquadramento dogmatico della imputabilità.**

Nel diritto penale moderno, a partire dalla riforma illuministica, si sono sviluppate due concezioni fondamentali della colpevolezza.

L'orientamento dottrinario più risalente sostiene la c.d. *concezione psicologica della colpevolezza*, che identifica quest'ultima nel nesso psichico "qualificato" che unisce il fatto al suo autore nelle forme del dolo o della colpa:

il fatto è colpevole quando l'agente lo ha voluto o non avendolo voluto avrebbe potuto prevederne la realizzazione se avesse usato la diligenza richiesta<sup>19</sup>.

Secondo questa impostazione, la colpevolezza costituisce il *genus*, all'interno del quale trovano spazio le due *species* dell'elemento soggettivo, che ne costituiscono la declinazione concreta: il rapporto tra fatto e autore, infatti, può manifestarsi, rispettivamente, nella forma della volizione (dolo) o della mancata volizione (colpa).

La colpevolezza è quindi data dall'insieme degli *elementi soggettivi e psicologici* del reato<sup>20</sup>. Questa teoria rappresenta il primo tentativo di ricondurre ad unità concettuale le due forme soggettive del dolo e della colpa nel concetto superiore, di genere, della colpevolezza<sup>21</sup>. Il dolo e colpa sarebbero, dunque, due forme (le due principali, se non uniche) di manifestazione della

---

<sup>19</sup> Nel diritto penale illuministico il fatto socialmente dannoso, recepito dalla legge come reato in virtù della lesione ad un diritto naturale, presenta una rilevanza preponderante rispetto alla colpevolezza. Questa è necessaria per fondare la responsabilità, ma basare solo per stabilire un rapporto significativo tra fatto ed agente; essa non influisce sulla graduazione della pena, la quale dipende solo da fattori obiettivi che sono l'entità del danno. Nella prospettiva perseguita dai riformatori occorreva evitare il rischio che il giudice invadesse il foro interno ed era necessario distinguere l'imputazione morale da quella giuridica; utopia egualitaria: gli uomini essendo uguali, hanno gli stessi motivi per rispettare il patto sociale. La dottrina dell'Ottocento prospettò l'esigenza di graduare la colpevolezza in senso psicologico, tenendo conto del processo di motivazione. Il motivo esercita quindi un'influenza sulla spontaneità dell'atto volontario rilevante ai fini del dolo. Ma l'espedito era fallace. Vi era anche la difficoltà nel definire un concetto unitario di colpevolezza; poiché il dolo è costituito da coefficienti psichici reali non è possibile costruire la colpevolezza come concetto di genere; essa non può assumere gli elementi del dolo e della colpa, semplicemente perché questi elementi non esistono e di conseguenza la teoria psicologica non è propriamente una teoria della colpevolezza, ma una teoria delle forme di colpevolezza: il dolo e la colpa sono un tipo di colpevolezza.

<sup>20</sup> Essenzialmente il dolo e la colpa. Proprio come per la concezione classica la fattispecie obiettiva è considerata la sintesi degli elementi oggettivi e materiali del reato. Nella dottrina italiana, tale concezione viene recepita nella sua sostanziale sistematica da F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, 16<sup>a</sup>, edizione aggiornata e integrata da L. CONTI, Milano, 2003, 322. Per una puntuale disamina dell'evoluzione del concetto di colpevolezza, cfr. G. ACHENBACH, *Riflessioni storico-dottmatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank* (trad. it. a cura di S. MOCCIA), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 844 ss., cui si rinvia anche per i puntuali riferimenti bibliografici alla dottrina tedesca.

<sup>21</sup> In quest'ottica, la colpevolezza viene definita come il «nesso psichico» fra autore ed evento criminoso, che si manifesta nella forma dolosa o colposa. Muove considerazioni critiche nei confronti di tale concezione, tra gli altri, F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 321 ss., secondo cui si tratta di una concezione che si caratterizza per la sua funzione sistematica piuttosto che critica, poiché per la determinazione del contenuto della colpevolezza ci si appella in termini vincolanti alle norme vigenti in un dato ordinamento. Pertanto, «rispetto ai diversi presupposti giuridico-positivi della responsabilità soggettiva, il concetto di colpevolezza formale non ha alcun contenuto proprio, ulteriore; e appunto in questo senso può dirsi formale».

colpevolezza, che nel soggetto incapace si presentano come nel soggetto capace. Su questa linea, si giunge a sostenere che anche il fatto del non imputabile può essere qualificato come reato proprio perché commesso con dolo o colpa<sup>22</sup>.

Questa concezione circoscrive la colpevolezza all'atto di volontà relativo al singolo reato a prescindere da ogni valutazione della personalità complessiva dell'agente e del processo motivazionale che sorregge la condotta.

Il pregio di questa concezione è stato quello di consentire il superamento di un diritto penale fondato sull'imputazione morale in cui l'intima connessione tra delitto e peccato aveva consentito l'abuso della pena. Collegare la determinazione della pena (e quindi la gravità del reato che incide sul *quantum* della punibilità) ad un dato oggettivo quale l'entità del danno obiettivamente arrecato alla società ha rappresentato un limite alla punizione di fatti non obiettivamente lesivi di diritti, così limitando l'arbitrio nella commisurazione della pena; la pena assolve fundamentalmente la funzione di retribuire il singolo fatto commesso secondo una misura proporzionata alla sua oggettiva e specifica gravità.

Ma questa teoria presenta un notevole limite: l'impossibilità di graduare la responsabilità penale in relazione alle ragioni soggettive, il contesto familiare, sociale e di istruzione, che hanno spinto l'agente alla commissione del reato. Sul piano funzionale, poi, questa concezione non valorizza tutte le potenzialità della colpevolezza come elemento di graduazione della responsabilità penale, soprattutto perché non tiene conto delle diverse motivazioni che inducono a delinquere.

Inoltre, un elemento psichico, sia esso dolo o colpa, seppur dotato della consistenza di una mera *suitas*, perché chiamato invariabilmente a coesistere per suo tratto specifico con l'incapacità d'intendere e/o di volere<sup>23</sup>, può esistere anche nel fatto del non imputabile, al quale tuttavia l'ordinamento non ricollega la pena<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Gli autori che propendono per questo orientamento ritengono che le premesse descritte consentono di giustificare l'irrogazione della misura di sicurezza ed i parametri di commisurazione di essa: v., fra i tanti, G. MARINI, voce *Colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, 1992, Torino, 244 ss. Fra le concezioni formali, v. anche quella di R. SESSO, *Imputabilità e sistematica del reato*, Milano, 1962, 202 ss.; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 32 ss.. *Contra*, M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., 544.

<sup>23</sup> M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo: la Costituzione penale inascoltata*, cit., 517.

<sup>24</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, vol. I, artt. 1-84, Milano, 2004, 330.

In realtà, considerando la colpevolezza come un dato unicamente psicologico, non è possibile raggiungere un concetto generale valevole per tutti i reati, poiché proprio a livello psicologico tra il dolo e la colpa esiste una differenza insuperabile: il dolo è dato dalla volontà dell'evento e quindi del reato, mentre la colpa si ha quando evento e reato non sono voluti. In conclusione, dal momento che non si riscontra alcun minimo comune denominatore tra queste due entità psicologiche, si deve rinunciare a costruire una categoria unitaria.

Proprio sulle orme di quest'osservazione critica sorse, nei primi anni del Novecento, la *concezione normativa* della colpevolezza, nata in ambiente tedesco ed in parte recepita dalla dottrina italiana<sup>25</sup>.

Oltre che dall'osservazione dell'inidoneità della concezione psicologica a fornire un concetto unitario di colpevolezza, la concezione normativa muove anche da un'osservazione che si colloca non tanto sul piano della teoria generale del reato quanto su quello della commisurazione della pena: un concetto di colpevolezza di tipo psicologico, fondato su dati così netti e alternativi, come la volontà o non volontà dell'evento, non è idoneo a graduare la responsabilità a livello di commisurazione della pena.

La concezione normativa della colpevolezza intende ricavare il concetto unitario di colpevolezza proprio da un piano normativo, ponendo in evidenza l'*antidoversità* che accomuna l'atteggiamento psicologico del dolo e della colpa<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Si tratta della teoria affermata in Germania con la pubblicazione dell'*Aufbau des Schuldbegriffs* di Reinhold Frank avvenuta nel 1907. Nella dottrina italiana contemporanea, tra i tanti, cfr. M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *Sub Pre-Art. 39/79*, p. 330; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 8<sup>a</sup> ed., Bologna, 2023, 314; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, 278 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, 643; *Contra* A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9<sup>a</sup> ed., Milano, 2020, 321 ss.

<sup>26</sup> La concezione normativa che fa capo a Reinhold Frank si riferisce ad un giudizio di riprovevolezza *oggettivo*, ovvero formulato dalla società e non dall'agente. In altri termini, tale concezione (detta anche materiale o critica) si differenzia da quella formale nella scelta dei criteri di qualificazione normativa; nel cercare di individuare le linee della fattispecie di colpevolezza si tiene conto più dei postulati etici o delle istanze critiche, cercando di tenere sempre conto del dato formale: in proposito, si veda M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 542. In sintesi, con la richiamata opera di Frank, il concetto di colpevolezza inteso nella nuova accezione obiettivo-ideale prende il sopravvento sul concetto di colpevolezza che la leva sulla dimensione psico-fisico reale dell'agente: M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, 16.

Nella dottrina italiana della prima metà del Novecento questa posizione ha trovato felice espressione in una definizione della colpevolezza in senso unitario teorizzata da Giacomo Delitala, secondo cui il fatto doloso è un fatto che «non si doveva volere» mentre il fatto colposo è un fatto che «non si doveva causare»<sup>27</sup>: l'espressione verbale impiegata («... non si doveva ...») evidenzia in chiave unitaria l'antidoverosità della condotta dell'agente, dolosa o colposa che sia<sup>28</sup>.

In quest'accezione, la colpevolezza assume un carattere valutativo: è «rimprovevolezza»<sup>29</sup> (*Vorwerfbarkeit*), rimproverabilità, è la qualificazione (sottostante) dell'antidoverosità (della manchevolezza rispetto al diritto) della volontà dell'agente. In altri termini, l'antidoverosità diviene l'oggetto del rimprovero<sup>30</sup>.

Così la dottrina, sia per rimediare agli inconvenienti dogmatici della concezione psicologica, ma soprattutto per soddisfare esigenze pratiche imposte dal diritto penale anche dalla progressiva entrata in crisi dell'impostazione retributivo vetero-liberale, rigidamente legata al solo disvalore obiettivo del fatto commesso, elabora una diversa concezione della colpevolezza.

Ciò che si fa strada è l'istanza di riportare all'idea di colpevolezza il peso che assumono i motivi dell'azione e le circostanze in cui essa si realizza.

---

<sup>27</sup> G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 85, poi in *Id.*, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, 48 ss.

<sup>28</sup> In questa ottica, la colpevolezza è «valutazione normativa di un elemento psicologico» e non lo stesso elemento psicologico: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 315.

<sup>29</sup> Questo efficace termine è stato introdotto da Reinhard Frank in un importante contributo «*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*», pubblicato nel 1907 per le onoranze della Facoltà giuridica dell'Università di Giessen in occasione del trecentesimo anniversario della sua fondazione. Tale contributo è citato da G. ACHENBACH, *op. cit.*, 848 ss., il quale evidenzia che il riferimento del concetto di colpevolezza ad un rimprovero non fu una scoperta dell'autore in parola: con il neologismo «*Vorwerfbarkeit*», infatti, il Frank, non fece altro che ricollegarsi alle diffuse tendenze eticizzanti della colpevolezza e, soprattutto, al pensiero di Beling. Non può sottacersi, inoltre, che l'impostazione di Frank era già nota alla dottrina tedesca del tempo grazie ad un saggio dedicato esclusivamente al dolo: R. FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, 169-228.

<sup>30</sup> Cfr., tra i tanti, M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *Sub Pre-Art. 39/78*, 329 s.; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale, Parte generale*, IX ed., Torino, 2023, 288; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 315.

La colpevolezza viene, quindi, intesa come giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà rispetto alla norma d'obbligo: la teoria *normativa*<sup>31</sup>.

Questa lettura individua un concetto unitario della colpevolezza, riconoscendo sia nel dolo sia nella colpa una componente normativa: colpevolezza, quindi, non come semplice processo psicologico, ma come divergenza di tale processo dalla volontà espressa dalla norma giuridica.

Attraverso la concezione normativa, l'*imputabilità* fa ingresso nel reato come *presupposto della colpevolezza*; sempre in base a questa concezione, ai fini della colpevolezza occorre la conoscibilità del precetto penale e l'inesigibilità, ossia l'assenza di circostanze anomale in forza delle quali al soggetto agente non si sarebbe potuto richiedere un comportamento diverso da quello tenuto. La concezione normativa, infatti, dà ingresso anche alle circostanze *concomitanti* all'azione (*begleitende Umstände*), non in sé come dati oggettivi ma in rapporto al riflesso che esse possono avere sul processo motivazionale che porta il soggetto a commettere un reato: le circostanze concomitanti escludono la colpevolezza se sono state tali da rendere inesigibile il rispetto della norma penale; ma anche se non sono assolutamente anormali, certamente servono a graduare il giudizio di colpevolezza in sede di commisurazione della pena<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Si attribuisce sempre all'opera di Frank il pregio di aver contribuito all'evoluzione del concetto giuridico di colpevolezza. L'Autore rifiutava la concezione tradizionale della colpevolezza come puro collegamento psichico comprensivo del dolo e della colpa ponendo in rilievo come il giudizio di colpevolezza è fondato anche sulle "normali circostanze concomitanti" in cui si è formata la violazione della norma. L'esempio ormai conosciuto è quello del cassiere di una ditta commerciale e di un portavalori che "compiono, indipendentemente l'uno dall'altro, un'appropriazione indebita. L'uno ha una buona posizione, non ha famiglia, ma svaghi costosi. L'altro viene modestamente retribuito, ha una moglie malata e molti figli in tenera età. Per quanto ognuno dei due sappia di appropriarsi illecitamente di danaro altrui, e quindi, in relazione al dolo non sussista alcuna differenza, pur tuttavia ognuno dirà: il cassiere è colpevole in modo più grave rispetto al portavalori". Così R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2011, 802.

<sup>32</sup> Va messo in evidenza che, in questi termini, le circostanze concomitanti, non solo possono attenuare la colpevolezza, ma addirittura escluderla. Pochi anni dopo la pubblicazione dell'«*Aufbau des Schuldbegriffs*», Reinhard Frank riesamina la sua teoria, in un primo tempo, rinunciando alle circostanze concomitanti nella loro forma obiettiva quali elementi della colpevolezza, «per utilizzarle soltanto nel loro riflesso soggettivo nella coscienza dell'autore "nel senso di momenti motivanti" (normale *Motivierung*)»; successivamente, facendo subentrare alla normale motivazione, quale elemento positivo della colpevolezza, le scusanti o cause di esclusione della colpevolezza, la cui ipotesi principale è considerata lo stato di necessità. Infine, l'Autore sceglie di collocare accanto a dolo e colpa un elemento definito «*Freiheit*» (libertà), o anche «*Tattherrschaft*» (signoria del fatto). Di conseguenza, l'imputabilità è assorbita da

Il presupposto del giudizio di rimproverabilità è la constatazione che l'autore abbia avuto la possibilità di seguire un comportamento conforme al precetto, conservando la possibilità di agire diversamente. Senza la possibilità di scelta verrebbe meno anche il fondamento stesso del rimprovero di colpevolezza. Il rimprovero presuppone la possibilità per l'autore di aver formato liberamente la propria determinazione volitiva e di aver potuto agire senza costrizioni. Ecco perché, da questo punto di vista la teoria *de qua* si presta bene a prospettare un concetto di colpevolezza idoneo a fungere anche da criterio di commisurazione giudiziale della pena.

In tale ottica, la *concezione normativa* della colpevolezza si propone di risolvere le difficoltà applicative e sistematiche della concezione psicologica, superandola.

La colpevolezza è ravvisata nel contrasto tra la condotta concreta dell'agente e il modello di condotta imposto da regole di diligenza, prudenza o perizia (eventualmente contenute in leggi, regolamenti, ordini o discipline)<sup>33</sup>: il soggetto non ha adeguato la propria volontà all'esigenza normativa, nel dolo perché ha voluto ciò che non doveva volere, nella colpa perché non ha previsto ciò che doveva prevedere. Si fa riferimento al giudizio normativo di rimproverabilità personale. L'oggetto di tale giudizio è dato da tre elementi: a) la capacità di intendere e di volere, b) il nesso psichico fra l'agente e il fatto, c) le circostanze concomitanti influenti sul processo di motivazione dell'agente. Queste ultime incidono sul processo di motivazione in termini di esigibilità di un comportamento conforme alla norma. L'esigibilità esprime il livello della pretesa normativa in rapporto a ciascun singolo soggetto: valutazione etico-sociale. Si valuta la colpevolezza dal punto di vista del parametro del giudizio e dell'oggetto del giudizio.

In conclusione, si ribadisce che la concezione normativa della colpevolezza dà la risposta dogmatica all'esigenza di introdurre la valutazione delle circostanze dell'agire, del processo di motivazione, alla stregua di un

---

quest'ultimo elemento e la costruzione delle scriminanti viene abbandonata. Nonostante le evoluzioni della sua impostazione, si deve sottolineare che Frank ha sempre mantenuto la definizione di riprovevolezza per indicare il contenuto della colpevolezza, sebbene modificandone il significato. Per tale puntuale ricomposizione del pensiero di Frank, v. G. ACHENBACH, *op. cit.*, 851 ss.

<sup>33</sup> G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 264.

canone normativo, trasformando la colpevolezza in un giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà<sup>34</sup>.

La concezione normativa della colpevolezza trova, positivamente, la sua massima espressione nell'art. 133 c.p., il quale impone al giudice di tener conto nella commisurazione della pena, oltre che delle modalità dell'azione, anche della personalità del soggetto che esso denomina con l'espressione ambigua "*capacità a delinquere*". Per cui, tutti gli elementi che contrassegnano la personalità del soggetto devono essere presi in considerazione: carattere, precedenti penali e giudiziari del reo, condotta di vita e così via, in quanto, tali elementi rendono possibile una valutazione profonda e completa del grado di ribellione al diritto espressa dal reato e delle esigenze concrete della repressione nell'applicazione della pena.

Uno sviluppo molto importante della concezione normativa "tradizionale" della colpevolezza si è avuto in Germania, intorno al primo dopo guerra, a seguito dell'affermarsi della *teoria finalistica* dell'azione che ha realizzato una vera e propria rivoluzione copernicana nella storia della sistematica del reato<sup>35</sup>. Essa si fa portatrice della "concezione normativa *pura*" della colpevolezza, la quale ha assunto una posizione critica nei confronti della concezione normativa tradizionale al punto da ritenerla comprendente elementi assolutamente eterogenei.

Secondo questa versione della concezione normativa, dolo e colpa non sono elementi della colpevolezza, ma elementi dell'azione e quindi della tipicità "soggettiva", perché l'azione umana è intrinsecamente volontaria e rivolta ad uno scopo, il dolo è il riscontro penalistico di questa caratteristica ontologica dell'azione umana finalisticamente orientata e consapevolmente rivolta ad uno scopo<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Così, già molti anni or sono, T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 566; ora in *Diritto Penale*, cit., 228.

<sup>35</sup> Il finalismo ha lasciato tracce durature nell'evoluzione della teoria generale del reato, non tanto in ordine ai connotati ontologici di un ancor preteso concetto ontologico di azione, ma, soprattutto, sul piano della distribuzione dei requisiti essenziali dell'illecito penale all'interno delle sue fondamentali categorie strutturali. Sul punto, cfr. E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, 3 ss. e 47 ss.

<sup>36</sup> In contrasto con il concetto naturalistico di azione, la condotta umana è per la concezione finalistica caratterizzata dalla capacità di porsi dei fini e di orientarsi per il loro conseguimento. Il "confronto" (parallelismo) con la tipicità è palese: si pensi, ad esempio, alla progressiva scoperta degli elementi soggettivi psicologici all'interno del concetto di fattispecie tipica, quest'ultima, in origine, comprendeva soltanto gli elementi oggettivi e descrittivi.

Alla stregua della concezione normativa pura, la colpevolezza si risolve essenzialmente nei criteri che rendono possibile un giudizio di riprovazione nei confronti del reo per il fatto commesso, quali che siano i connotati tipici (oggettivi e soggettivi) di questo<sup>37</sup>.

Questo sviluppo della concezione normativa sposta l'oggetto del rimprovero dalla mera volizione alla integrale *realizzazione* del reato, sul presupposto che *dolo e colpa* non sono elementi autonomi del giudizio di colpevolezza ma piuttosto *elementi costitutivi del reato*. La colpevolezza è una qualificazione che incide sul reato nella sua interezza, in sé non ha un contenuto autonomo, ma è il risultato di un giudizio puramente normativo che s'identifica con quegli elementi che consentono di muovere un rimprovero nei confronti del soggetto che ha commesso un fatto di reato, questo ultimo inteso non come pura causazione dell'evento, ma come causazione con dolo o colpa<sup>38</sup>. L'oggetto del giudizio di colpevolezza viene ad essere costituito dal fatto tipico doloso o colposo (tipicità soggettiva, appunto). Dolo o colpa non rappresentano il criterio del rimprovero ma il suo oggetto, alla stessa stregua del fatto cui ineriscono. Quindi così come il fatto illecito non fa parte del giudizio di colpevolezza, neppure il dolo o la colpa debbono esservi ricondotti.

Nel giudizio di colpevolezza permangono solo i parametri in base ai quali si può affermare che un fatto illecito doloso o colposo è rimproverabile al soggetto. I parametri si distinguono perché si differenziano in rapporto alle funzioni specifiche che il giudizio di colpevolezza è chiamato ad assolvere, che sono: fondare la responsabilità, escluderla e graduarla. La colpevolezza fonda la responsabilità in rapporto alla capacità di intendere e di volere e alla possibilità di conoscere il divieto che debbono essere stimate quindi secondo criteri di riferimento soggettivizzati. La colpevolezza esclude la responsabilità in presenza di scusanti espresse. La colpevolezza che gradua la responsabilità postula per un verso un oggetto diverso da quello proprio delle altre funzioni,

---

<sup>37</sup> Secondo i sostenitori della concezione normativa della colpevolezza, che il dolo sia una componente del fatto tipico, sarebbe comprovato dall'esistenza di reati qualificabili come tali solo in virtù del relativo elemento psichico, sicché, se «taluno spara nelle vicinanze di un'altra persona, l'accadimento esterno può costituire, a seconda del dolo dell'agente, un tentato omicidio, in altre parole un tentativo di lesioni personali, oppure un'esplosione in luogo vietato»: M. T. COLLICA, *Vizio*, cit., 20. La colpevolezza sarebbe il risultato di un giudizio di riprovazione i cui criteri sono l'imputabilità, la conoscibilità del precetto penale e l'esigibilità della sua osservanza.

<sup>38</sup> *Contra*, per tutti, A. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, 60.

ed implica per un altro verso il ricorso ad un criterio strettamente basato sulla personalità del reo.

Le posizioni più recenti in tema di concezione normativa della colpevolezza sono caratterizzate dalla c.d. *doppia posizione* di dolo e colpa all'interno della tipicità e della colpevolezza<sup>39</sup>, laddove i sostenitori del finalismo puro affermano che dolo e colpa sono collocabili esclusivamente all'interno della tipicità, limitando la colpevolezza all'insieme degli elementi dell'imputabilità, della conoscibilità del precetto penale e della normalità delle circostanze concomitanti.

La posizione della colpevolezza all'interno del sistema tripartito di ricostruzione del reato sostenuta dalla dottrina attualmente maggioritaria è sostanzialmente quella della concezione *normativa* tradizionale, ma con questa "concessione" alla *teoria finalistica* per cui la condotta non è più un fatto puramente causale ed obiettivo ed il dolo e la colpa come elementi psicologici del reato fanno parte sia della fattispecie tipica che della colpevolezza.

### **3. Nozione e contenuto sostanziale dell'imputabilità. Fatto del non imputabile e misura di sicurezza: l'art. 85 c.p. I rapporti tra la capacità di intendere e di volere ed i concetti di coscienza e volontà di cui all'art. 42 c.p.**

Il concetto di responsabilità penale non può che propriamente svolgersi intorno alla nozione d'imputabilità, intesa come personalità morale dell'individuo<sup>40</sup>, ossia come libertà psico-fisica di prendere delle scelte consapevolmente di fronte ai valori del diritto penale e di determinarsi o di astenersi dalla commissione del reato in base ad una motivazione prevalentemente intrinseca<sup>41</sup>, sia che la si faccia rilevare nella struttura del reato, in quanto illecito essenzialmente personale nel surriferito quadro

---

<sup>39</sup> Su questa linea, dolo e colpa rilevano in sede di fatto tipico, come elementi costitutivi dell'antigiuridicità, in quanto portatori del disvalore oggettivo dell'azione, e nella colpevolezza, come elementi che consentono la rimproverabilità del fatto al suo autore: v., per la dottrina italiana, M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *Sub Pre-Art. 39/ 59*, 322; L. EUSEBI, *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium Iuris*, III, 2000, 1072 ss.; per la dottrina tedesca, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, (a cura di) S. MOCCIA, Napoli, 2001. In giurisprudenza, tra le altre, appare significativa la pur risalente sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Venezia del 13 maggio 2002, n. 2, pubblicata nella rivista telematica *Diritto&Giustizia* del 19 luglio 2005.

<sup>40</sup> Cfr., sul punto M. GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it.*, 431 ss.

<sup>41</sup> M. SPASARI, *Diritto Penale e Costituzione*, cit., 72.

costituzionale, sia che la si rapporti, come è per il codice vigente, al sistema normativo del reo<sup>42</sup>.

Se si viene, infatti, al rapporto tra il fatto del non imputabile e la misura di sicurezza nel codice del 1930, secondo l'art. 85 c.p., il fatto commesso dal non imputabile, socialmente pericoloso, conduce all'applicazione della misura di sicurezza: al non imputabile la regola dell'art. 85 c.p. preclude la pena, ma per il socialmente pericoloso prevede la misura di sicurezza. La misura di sicurezza può talora essere cumulata alla pena in danno di un soggetto imputabile, in caso di pericolosità sociale riconosciuta: è quel che si dice sistema del "doppio binario"<sup>43</sup>.

Sembra quasi superfluo aggiungere che, dal punto di vista processuale delle scelte strategiche difensive, costituiscono perizie di tipo diverso, rispettivamente, quelle sulla semi-infermità o sulla incapacità.

Ai sensi dell'art. 85, comma 2, c.p. perché un soggetto possa considerarsi imputabile è necessario che il soggetto: *a)* abbia la capacità di comprendere e rappresentarsi correttamente la realtà esterna, di rendersi conto del suo agire, delle conseguenze che questo comporta; *b)* sia mosso da una volontà in grado di determinarsi secondo la rappresentazione che si ha del modo esterno, indirizzando i propri comportamenti verso fini e obiettivi scelti consapevolmente.

La compresenza di questi due elementi è indispensabile perché un soggetto possa essere ritenuto imputabile.

Tradizionalmente si definisce capacità di *intendere* (che dell'imputabilità rappresenta l'elemento intellettuale) l'attitudine del soggetto non solo a conoscere la realtà esterna, ma a rendersi conto del valore sociale, positivo o negativo, di tali accadimenti e degli atti che egli compie. È l'attitudine ad orientarsi nel mondo esterno secondo una percezione non distorta della realtà, e, quindi, è da intendersi come la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento e di valutarne le possibili ripercussioni positive o negative sui terzi<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo: la Costituzione penale inascoltata*, cit., 517.

<sup>43</sup> Sulla problematica complessiva si consenta il rinvio, per i necessari riferimenti, a S. DI PINTO, *Pene e misure amministrative di sicurezza. Il sistema del doppio binario. Il punto della situazione a dieci anni dall'entrata in vigore della l. 30 maggio 2014, n. 81 e vaglio delle problematiche applicative*, in questa Rivista, 18 settembre 2024, 1-28.

<sup>44</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2023, 297.

La capacità di *volere* (che dell'imputabilità rappresenta il momento volitivo), invece, rappresenta l'attitudine del soggetto ad autodeterminarsi, a determinarsi cioè in modo autonomo tra i motivi coscienti in vista di uno scopo, volendo ciò che l'intelletto ha giudicato di doversi fare. Si traduce nel potere di controllare gli impulsi ad agire e di determinarsi secondo il motivo che appare più ragionevole o preferibile in base ad una concezione di valore: è attitudine, in altre parole, a scegliere in modo consapevole tra motivi antagonisti<sup>45</sup>.

Le condizioni dell'imputabilità devono sussistere in tutti e tre i momenti in cui si sviluppano il reato e le sue conseguenze: quello attuativo, quello del suo accertamento e quello dell'esecuzione della relativa sanzione penale.

La loro mancanza produce conseguenze diverse a seconda del momento in cui è rilevata: se nel primo momento, si ha la non punibilità dell'autore per mancanza di imputabilità, se nel secondo, la sospensione del processo, se nel terzo, il differimento o la sospensione dell'esecuzione della pena.

L'accertamento dell'incapacità di intendere e di volere, quindi, può assumere rilevanza anche in momenti diversi della specifica vicenda processuale: se, infatti, si rilevasse tale condizione nel soggetto sottoposto a procedimento penale, questo dovrebbe essere sospeso (*ex art. 71 c.p.p.*); se tale condizione fosse sopravvenuta alla condanna potrebbe dar luogo alla sospensione dell'esecuzione della pena (*art. 148 c.p.*).

In ogni caso, l'imputabilità che qui interessa è quella del soggetto nel momento esecutivo del reato ovvero quella relativa "al momento in cui lo ha commesso", perché questo costituisce il riferimento temporale rispetto al quale domandarsi se il soggetto fosse in grado di comprendere e volere i propri comportamenti (criminosi). Peraltro esistono alcune rilevanti eccezioni al principio, in virtù delle quali il rimprovero viene fatto retroagire al momento nel quale il soggetto si è (consapevolmente) posto in una situazione di incapacità, all'esito della quale compie un reato: sono i casi dello stato preordinato di incapacità, al fine di commettere un reato o di preconstituirsì una scusa (*art. 87 c.p.*), nonché dell'ubriachezza volontaria, colposa o preordinata (*artt. 92-94 c.p.*).

Inoltre, l'imputabilità deve essere accertata proprio con riferimento al reato commesso. Può, infatti, accadere che, nel medesimo istante, un soggetto

---

<sup>45</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. loc. cit.*

sia in grado di percepire il disvalore del proprio comportamento rispetto ad un fatto e non ad un altro<sup>46</sup>.

Non tutte le volte che manca la capacità di intendere o la capacità di volere è carente l'imputabilità: la capacità di intendere e di volere deve ritenersi esclusa o diminuita solo quando sia presente una delle cause tassativamente previste (vizio di mente, ubriachezza o intossicazione da sostanze stupefacenti derivante da caso fortuito o forza maggiore, cronica intossicazione da alcool o sostanze stupefacenti e, previo accertamento in concreto, sordomutismo ed età fra i 14 e i 18 anni).

Diversa è la disciplina civilistica, in forza della quale l'effettiva incapacità di intendere o di volere, qualunque ne sia la causa, anche transitoria, è rilevante (si veda, ad esempio, l'art. 428 c.c. "Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata *per qualsiasi causa*, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore").

La prova dell'incapacità deve essere accertata dal giudice con l'ausilio di uno o più esperti sulla base della verifica «dell'assenza di funzioni o attitudini psichiche»<sup>47</sup> determinate da problemi patologici o da altre cause. La perizia, pertanto, rappresenta ancora, nonostante l'insofferenza emersa nei confronti dell'istituto sia nella dottrina penalistica<sup>48</sup>, che nella psichiatria forense<sup>49</sup>, lo strumento essenziale per l'accertamento della capacità di intendere e di volere,

---

<sup>46</sup> Si pensi all'esempio fatto dalla dottrina del diciassettenne che, non invitato ad una festa di compleanno di una compagna di classe, si presenti comunque all'appuntamento e, per ripicca, sottragga uno dei regali che altri invitati hanno fatto alla ragazza, di valore modestissimo ma, contestualmente, compia un grave episodio di violenza sessuale verso la sorella della festeggiata: non imputabile rispetto al furto, imputabile per quanto concerne lo stupro: cfr. C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 421. In senso conforme, Trib. Minorenni Milano, 12 gennaio 1999, in *Foro ambrosiano*, 1999, 210.

<sup>47</sup> M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Artt. 85-149, Milano, 2012, 14.

<sup>48</sup> M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 471.

<sup>49</sup> G. PONTI - I. MERZAGORA, *Imputabilità e pratiche della perizia psichiatrica*, in AA. VV., *Psichiatria, Tossicodipendenza, Perizia*, a cura di M. G. GIANNICCHEDDA - F. ONGARO BASAGLIA, Milano, 1987, 360. Copiosa la letteratura specialistica: cfr. U. FORNARI, *Compendio di psichiatria forense*, Milano, 1984, 94 ss.; G. PONTI, *Perizia*, in AA. VV., *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. GULOTTA, Milano, 1987, 648; F. DE FAZIO, S. LUBERTO, *La prassi della perizia psichiatrica*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. CANEPA - M.I. MARUGO, Padova, 1995, 107.

purché essa si limiti ad offrire solo ed esclusivamente un quadro delle condizioni mentali del soggetto al momento della realizzazione del fatto.

Uniformandosi a quanto rilevato da autorevole dottrina<sup>50</sup>, occorre precisare che «la disposizione di cui all'art. 85 c.p. non costituisce un inutile doppione di quella contenuta nell'art. 42, comma 1, c.p.», poiché i concetti di «*coscienza e volontà*» di cui all'art. 42 c.p., descrivono anch'essi un rapporto psichico, senza, tuttavia, precisarne la conformità alle regole del consorzio sociale: «anche un infermo di mente può agire con coscienza e volontà ai sensi dell'art. 42 c.p.; anzi, solo se agisce con coscienza e volontà gli può essere applicata una misura di sicurezza»<sup>51</sup>. Ne consegue che, mentre la capacità di intendere e di volere di cui all'art. 85 c.p. si riferisce alla normalità e legittimità del rapporto psichico del soggetto agente, con i concetti di coscienza e volontà di cui all'art. 42 c.p., il legislatore ha inteso riferirsi a due importanti elementi del fatto di reato, senza dei quali non si configura l'illecito penale.

Per meglio dire, la *ratio* alla base della distinzione tra l'art. 85 c.p. e l'art. 42 c.p. risiede nella considerazione che vi sono persone astrattamente e virtualmente imputabili (cioè capaci di diritto penale), ma che nel caso concreto (cioè con riferimento ad un determinato fatto) non rispondono penalmente delle loro azioni. Infatti, le disposizioni relative all'elemento psicologico del reato (art. 42 c.p.) considerano la volontà effettiva e concreta del fatto, necessaria perché l'individuo, genericamente capace e quindi imputabile, possa essere chiamato a rispondere di un fatto determinato. L'art. 85 c.p., invece, regola la generica capacità di agire nel campo penale, senza riferimento ad un determinato fatto concreto; la capacità, cioè, dell'individuo di volere, di discernere e di selezionare coscientemente i motivi, di inibirsi, offre, in altre parole, la nozione della *soggettività* di diritto penale, definendo il soggetto a cui la legge penale può essere applicata.

Quando si tratta di descrivere l'elemento psicologico del reato (art. 42 c.p.), esso è sufficientemente indicato nella coscienza e nella volontà dell'azione o dell'omissione; quando, invece, si tratta di determinare il presupposto della responsabilità, cioè la capacità generica di essere soggetto di diritto penale, è necessario indicare oltre la capacità di volere, anche quella di intendere.

Con la formula «capacità di intendere e volere», il codice (art. 85 c.p.) considera la *volontà* come *possibilità*. Con la formula «compimento dell'azione

---

<sup>50</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2000, 630.

<sup>51</sup> A. PAGLIARO, *op. loc. cit.*

con coscienza e volontà” (art. 42 c.p.) il Codice considera la *volontà* come *fatto concreto*<sup>52</sup>.

In altri termini, nell’art. 43 c.p. l’elemento soggettivo comune a tutti i reati è bene e sufficientemente indicato nei due requisiti della coscienza e volontarietà dell’azione; ma, dovendosi, nell’art. 85 c.p. precisare gli elementi, in base ai quali l’individuo può essere ritenuto imputabile, ossia capace di dolo e di colpa, non si può prescindere dall’*intelligenza*, ossia dalla capacità di percepire e prevedere l’evento, di rappresentarlo come possibile conseguenza della propria azione od omissione.

Dall’esatto rilievo secondo il quale la capacità di intendere e di volere deve essere presente al momento del fatto e deve presiedere alla realizzazione di tutti i singoli fatti consegue, come logico corollario, che il giudizio di accertamento dell’imputabilità assume una dimensione differente, in relazione alle diverse categorie di reati cosiddetti “a struttura complessa”<sup>53</sup>.

Nel *reato continuato* la capacità di intendere e di volere non può essere considerata unitariamente in relazione a tutti i reati assorbiti all’interno del medesimo disegno criminoso, ma deve essere valutata autonomamente, rispetto ad ogni fatto illecito.

Non così, invece, per i *reati permanenti* rispetto ai quali il giudizio di accertamento della capacità di intendere e di volere dovrà avere riguardo a tutto l’arco di sviluppo del reato: la responsabilità sussisterà, pertanto, «se ad un’incapacità al momento della consumazione iniziale sia seguito uno stato di capacità senza che vi sia stata cessazione della permanenza»<sup>54</sup>.

Per i cosiddetti *reati abituali* occorrerà, invece, prendere in considerazione i singoli atti e valutare caso per caso l’accertamento dell’imputabilità.

#### **4. L’intossicazione cronica e l’imputabilità del tossicodipendente: l’art. 95 c.p.**

Un tema peculiare è costituito dalla capacità di intendere e di volere del tossicodipendente. E’ evidente l’importanza del tema alla luce del fatto che molto spesso gli autori di reati più o meno gravi risultano essere soggetti dediti sistematicamente all’uso di sostanze stupefacenti (e spesso anche all’alcool) e

---

<sup>52</sup> Cass. pen., Sez. I, 28 settembre 2007, n. 42387, *Cass. Pen.*, XI, 2008, 4183; Cass. S.U. 14 giugno 1980, in *Cass. Pen.*, 1981, 496.

<sup>53</sup> L. RUSSO, Art. 85, in *Codice Penale Padovani*, Milano, 2007, 650.

<sup>54</sup> M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario*, cit., 17.

della evenienza tratta dall'esperienza comune per la quale una dipendenza robusta come quella tipica delle droghe incida in maniera spesso determinante sulle scelte di coloro che ne sono avvinti.

Sul punto, anche il Legislatore ha previsto diverse disposizioni di legge che effettivamente tengono conto della ridotta libertà di decisione del tossicomane condizionato dalla dipendenza e del primario interesse per l'individuo e la società tutta che la dipendenza sia interrotta.

Si pensi a tutti quegli istituti – soprattutto inerenti la fase esecutiva della pena – che prevedono *trattamenti speciali* per coloro che abbisognano di un percorso di disintossicazione, come:

- L'affidamento in prova in casi speciali,
- La possibilità di essere ristretto presso una comunità finalizzata alla disintossicazione,
- La possibilità per il tossicomane di essere seguito "sul territorio" dal Se.R.T.- Se.R.D. di riferimento in regime di espiazione della pena, *et coetera*.

Anche dal punto di vista dell'attribuzione della responsabilità il Legislatore ha previsto un *regime specifico* nel caso di "*cronica intossicazione da stupefacenti*" proprio alla luce del fatto che (al di là di ogni retorica) l'uso massiccio e continuo di alcool e droga può determinare delle disfunzioni di ordine psicologico e/o psichiatrico tali da indebolire o annullare la capacità di intendere e di volere del tossicomane autore di reato (soprattutto nel caso della commissione di reati connessi all'abuso delle sostanze psicotrope).

L'art. 95 c.p. prevede, infatti che, per i fatti commessi in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool ovvero da sostanze stupefacenti, si applicano le disposizioni contenute negli articoli 88 e 89 c.p. che disciplinano, rispettivamente, il vizio totale e quello parziale di mente.

Il Legislatore, quindi, ha previsto che in casi di cronica intossicazione da alcool e droghe si applichino le disposizioni, e dunque si effettuino i relativi accertamenti, previsti per il vizio totale o parziale di mente a seconda del grado di compromissione delle capacità intellettive del cronicamente intossicato. Il richiesto collegamento con il vizio totale o parziale di mente comporta la non totale coincidenza dello stato di intossicazione cronica con lo stato di alcoolismo

o di tossicodipendenza, che possono comprendere anche casi nei quali non sia riscontrabile un vizio totale o parziale di mente<sup>55</sup>.

Occorre fare subito una precisazione: la norma dell'art. 95 c.p. non consente di riconoscere alcuna attenuante nel caso di colui che delinque sotto l'effetto di alcool e droga (anzi, il Codice penale sul punto prevede delle aggravanti specifiche anche per colui che è dedito all'uso delle droghe e dell'alcool e di colui che si pone in stato di incapacità preordinato alla commissione del crimine); poiché la disciplina del vizio di mente (totale o parziale) è applicabile solo nel caso di accertata cronica intossicazione e non già acuta intossicazione (eventualmente – ma non vi è nessun automatismo – potrà essere accertato che lo stato acuto si innesta in un quadro di cronicità dell'abuso).

Quindi, il dato presupposto dell'applicazione di una eventuale diminuzione della pena connesso all'abuso di alcool e droga è lo stato di cronica intossicazione.

La giurisprudenza ha delineato i presupposti di tale infermità fissandone i parametri e stabilendo che si può parlare di cronica intossicazione quando – anche in difetto di una assunzione della sostanza psicotropa – l'organismo dell'agente ne risulta compromesso a fronte dell'eccesso prolungato nel tempo.

Si tratta di un concetto assai restrittivo che prevede la cronica intossicazione solo nel caso in cui il tossicomane sia concretamente compromesso nelle sue capacità (di intendere e di volere) a causa delle passate molteplici, robuste e prolungate assunzioni.

La ragione di tale approccio è di immediata evidenza ed anche – sotto l'aspetto della politica della repressione del crimine – giustificata e comprensibile: non sarebbe in alcun modo accettabile (e, anzi, avrebbe una netta valenza criminogena) una diminuzione della responsabilità penale (e, quindi, della pena) ogni qual volta l'aggressore fosse in grado di dimostrare una “semplice” dipendenza dalle sostanze stupefacenti in difetto di un quadro clinico psichiatrico, psicologico ed organico effettivamente compromesso dall'abuso di droghe ed alcool (come abbiamo detto, compromissione non collegata ad una intossicazione acuta).

---

<sup>55</sup> F. INTRONA, *L'imputabilità del tossicodipendente*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, 1074. Cfr. altresì, G. BATTAGLINI, *Intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti*, in *Nuov. Dig. It.*, VIII, Torino, 1957, 979.

Parte della dottrina ritiene che sebbene la *sindrome di astinenza* non possa ricondursi all'art. 95 c.p., essa possa comunque comportare una infermità rilevante direttamente ex artt. 88 e 89 c. p.<sup>56</sup>.

Ci si è, poi, chiesti che cosa avvenga nell'ipotesi nella quale il soggetto «non si trova sotto crisi acuta, neanche sotto crisi di astinenza, ma agisce delittuosamente, per procurarsi la sostanza, in previsione di quella che ne sarà la prossima necessità»<sup>57</sup>. La conclusione è che, pur di fronte alla possibile effettiva incidenza sulla capacità di intendere e di volere<sup>58</sup>, deve affermarsi la impossibilità giuridica di tenerne conto, visto il rigido impianto codicistico in materia<sup>59</sup>.

Di fronte all'immediata rigidità del dettato normativo, l'orientamento decisamente prevalente in giurisprudenza tende a negare rilievo allo stato di astinenza, interpretando rigidamente l'art. 95 c.p., e non applicando neppure l'art. 94 c.p.

Proprio alla luce dell'approccio della Giurisprudenza (e, come detto, a fronte di insopprimibili esigenze di politica criminale). L'applicazione dell'art. 95 c.p. è, oltre che problematica, anche assai rara e si verifica solo in casi ben rappresentati (solitamente dalla difesa) e, comunque, a fronte di accertamenti tecnici volti ad appurare l'effettiva compromissione.

Nell'ipotesi di cronica intossicazione da sostanze stupefacenti occorrerà verificare se la capacità di intendere e di volere sia esclusa o grandemente scemata. Ora, nel primo caso, l'art. 222 c.p. prevede che il proscioglimento per intossicazione cronica da sostanze stupefacenti comporti il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario (ora in una delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, note con l'acronimo di R.E.M.S., le strutture regionali affidate alla gestione del sistema sanitario nazionale che hanno sostituito gli O.P.G., dopo la l. 30 maggio 2014, n. 81). Nell'ipotesi di condanna (per delitto

---

<sup>56</sup> Per tale orientamento, si vedano in dottrina, G. DE VINCENZIIS, *Imputabilità, tossicomania, vizio di mente*, in Z, 1969, 71; G. DE VINCENZIIS - T. BAZZI, *La valutazione medico-legale e l'inquadramento clinico della tossicomania*, Milano, 1960, 125; F. BRUNO, *Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 435: soluzione possibile «ogni qual volta la sindrome carenziale involga disturbi psicosomatici tali da costituire infermità nel tossicomane non cronicizzato, o da aggravare la preesistente infermità nell'intossicato cronico». Riserve, invece, in M. ROMANO, *Art. 93*, in *Comm. Romano, Grasso*, cit., vol. II, IV ed., Milano, 2012, n. 6. Sul punto, cfr. anche G. LEGGERI, *Tossicodipendenza e imputabilità*, in *Rass. penit. e crim.*, 1983, 771.

<sup>57</sup> G. VASSALLI, *op. cit.*, 554.

<sup>58</sup> G. DE VINCENZIIS - T. BAZZI, *op. cit.*, 131.

<sup>59</sup> G. VASSALLI, *op. loc. cit.*

non colposo) a pena diminuita per cagione di cronica intossicazione, l'art. 219 c.p. prevede invece il ricovero in una casa di cura e di custodia<sup>60</sup>.

## 5. Rapporti tra imputabilità e reato nel Codice penale vigente.

L'idea che la colpevolezza, ma prima ancora l'imputabilità, su cui s'incentra sostanzialmente la concezione normativa della colpevolezza, sia un elemento costitutivo del reato mal si concilia con il sistema codicistico del doppio binario che caratterizza il nostro sistema giuridico penale, poiché, di fronte ad un fatto tipico commesso con dolo o colpa da un soggetto non imputabile e socialmente pericoloso, si dovrebbe negare l'esistenza di un reato in senso stretto<sup>61</sup>.

In conseguenza del suddetto punto di vista del filone che considera l'imputabilità come presupposto della colpevolezza, dovremmo concludere che il fatto tipico commesso da un soggetto non imputabile e socialmente pericoloso, al quale l'ordinamento consente di applicare la misura di sicurezza, non è un reato.

Al contrario, quanto ai rapporti fra l'imputabilità dell'agente ed il reato, nel Codice del 1930, conformemente alla collocazione della prima nel Titolo IV del Libro I, che riguarda appunto il reo e non il reato<sup>62</sup>, non sembra arbitrario affermare che, nel Codice Penale vigente, il termine "reato" non implica di necessità un riferimento al soggetto imputabile, esistendo casi in cui indubbiamente ne prescinde.

Ad esempio, l'art. 86 c. p. stabilisce che: "Se taluno mette altri nello stato di incapacità d'intendere o di volere, al fine di fargli commettere un reato, del reato commesso dalla persona resa incapace risponde chi ha cagionato lo stato di incapacità" (un fenomeno che ha ripetutamente richiamato l'attenzione sull'art. 86 c.p. è quello dell'ipnosi).

Quali che siano le critiche da muovere al linguaggio usato dal legislatore, una cosa appare indiscutibile: in questa disposizione la legge usa l'espressione

---

<sup>60</sup> Sul punto, G. MARINI, *Intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti*, in NN. D.I., App., IV, Torino, 1983, 400.

<sup>61</sup> «Anche un soggetto non imputabile, come l'*amens*, può ben agire con malizia, pravità, ferocia, o malafede alla stessa stregua di un soggetto imputabile»: E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore*, cit., 63.

<sup>62</sup> I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005, 557; A. CRESPI, voce *Imputabilità*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 766; G. MARINI, *Imputabilità*, cit., 253; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., 2020, Milano, 174.

“reato” in un significato che esclude qualunque riferimento all'imputabilità, dettando: *“reato commesso dalla persona resa incapace”*.

Il caso, però, non è unico. Detta, infatti, l'art. 111 c.p.: “Chi È ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile (...) risponde del reato da questa commesso (...)”: anche qui si parla di *“reato commesso da una persona non imputabile”*.

L'osservazione può essere ripetuta a proposito dell'art. 613 c.p. che punisce con la reclusione fino a un anno “chiunque, mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti o con qualsiasi altro mezzo, pone una persona, senza il consenso di lei, in stato d'incapacità d'intendere o di volere (...). La pena è della reclusione fino a cinque anni: 1) se il colpevole ha agito col fine di far commettere un reato (...)”.

Norma questa che fa dipendere l'aggravante dal fine di *“far commettere un reato da parte della persona resa incapace d'intendere o di volere”* (parla di “delitto” commesso dal non imputabile anche l'art. 379 c.p., col suo richiamo all'ultimo capoverso dell'articolo precedente. Ed anche l'art. 648 c.p.).

Questi dati chiariscono a sufficienza che non accidentalmente, ma consapevolmente, l'art. 70 c.p. qualifica l'imputabilità come *circostanza del reato inerente alla persona del colpevole*: il che suppone l'individuazione del reato come anteriore ed indipendente dalla imputabilità o non imputabilità del colpevole.

Chiaro è dunque che il fatto preveduto dalla legge come reato può esser commesso così dal soggetto imputabile, come dal soggetto non imputabile. E se il fatto preveduto dalla legge come reato non può che essere un fatto doloso o colposo, un fatto, vale a dire, conforme al modello legale nei suoi requisiti oggettivi e soggettivi, la ferrea conclusione è che anche il non imputabile è capace di dolo.

Nel sistema del Codice Penale vigente, dunque, la *maturità psichica* (che il Codice Rocco denomina *imputabilità*) non è più, come nel sistema del Codice Zanardelli del 1889, elemento che condiziona la configurabilità del dolo.

L'imputabilità stessa condiziona, invece, l'applicazione della pena, in quanto solo il soggetto imputabile è punibile *ex art. 85, comma 1, c.p.*: più precisamente, essa costituirebbe una *condizione personale del reo per l'applicazione della pena* (così come la pericolosità è una condizione personale per

l'applicazione delle misure di sicurezza)<sup>63</sup>. Da questo punto di vista, l'imputabilità presupporrebbe il reato (e non concorrerebbe invece a costituirlo).

La differenza tra il sistema del Codice Rocco ed il sistema del Codice Zanardelli sta in ciò, che per il secondo la maturità psichica condizionava la configurabilità del dolo; e questo, a sua volta, condizionava l'applicazione della pena; ma, in definitiva, si potrebbe dire che, per la proprietà transitiva, era pur sempre la maturità psichica, che condizionava la punibilità. Per il Codice del 1930, l'imputabilità condiziona la applicazione della pena, ma non è presupposto per la configurabilità del dolo. Come abbiamo visto, sia il soggetto imputabile, sia il soggetto non imputabile sono per il codice capaci di dolo. E l'uno e l'altro possono commettere un fatto previsto dalla legge come reato. Al soggetto imputabile sarà applicabile la pena e, in caso di accertata sua pericolosità sociale, la misura di sicurezza; al soggetto non imputabile sarà applicabile solo, in ipotesi, la misura di sicurezza.

## **6. Il termine “colpevole” e l'imputabilità dell'agente. La fondamentale differenza fra il sistema del Codice 1930 e quello della Costituzione.**

Le conclusioni, tuttavia, potrebbero essere diverse se l'imputabilità dell'agente, non implicata dal termine “reato”, lo fosse però dal termine “colpevole” che si incontra nel testo dell'art. 185 c.p.

Secondo l'impostazione tradizionale, formatasi sul codice, il giudizio sulla colpevolezza *ex art. 42 c.p.* rimane completamente autonomo e distinto da quello sulla capacità di intendere e di volere (anzi, lo precederebbe), in quanto gli stati psichici del dolo e della colpa sono riscontrabili anche negli immaturi e negli infermi di mente. Il dolo e la colpa, cioè, possono esistere anche senza la capacità di intendere e di volere<sup>64</sup>.

La conferma di ciò si rinviene sul piano normativo negli artt. 222, commi 1 e 4, e 224, comma 2, c.p., i quali, al fine dell'applicazione delle misure di sicurezza (si veda l'art. 199 c.p.) impongono al giudice di accertare la gravità del reato ed in particolare se il fatto compiuto dall'infermo o dal minore sia doloso o colposo.

---

<sup>63</sup> T. PADOVANI, *Diritto Penale*, XII ed., Milano, 2019, 233.

<sup>64</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, 16.a edizione aggiornata e integrata da L. CONTI, Milano, 2003, 328-9.

Ne consegue che se anche i non imputabili possono agire con dolo o colpa, il concetto legislativo di imputabilità è fuori della colpevolezza (intesa in senso psicologico, come elemento soggettivo del reato: dolo e colpa) e riguarda non il reato ma il reo: l'imputabilità (*rectius*: capacità di intendere e di volere) non concerne quindi l'atteggiamento della volontà, ma è uno *status* della persona, una qualificazione soggettiva<sup>65</sup>.

Lo stesso art. 85 c.p., al comma 1, dispone che nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. Questo significa che c'è una cesura netta tra il reato e l'imputabilità. Il reato è integrato in tutti i suoi elementi; l'imputabilità incide sulla possibilità di essere puniti.

La dottrina osserva, al proposito, che la ricostruzione formale del reato non può prescindere dal dato formale che è la legge stessa a prevedere che un reato possa essere commesso dal non imputabile (si vedano, ad esempio, gli artt. 86, 111 e 648, comma 3, c.p.) e che è necessario un reato formalmente perfetto affinché sia penalmente significativo l'accertamento dell'imputabilità<sup>66</sup>.

Ed anche la Suprema Corte statuisce che il giudice può addivenire al proscioglimento dell'imputato per incapacità di intendere e di volere solo dopo aver accertato la configurabilità, in termini materiali e di colpevolezza, del reato attribuito all'imputato stesso<sup>67</sup>. Ancor più esplicita è l'affermazione

---

<sup>65</sup> F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 329.

<sup>66</sup> F. RAMACCI, *Corso di Diritto Penale*, Torino, VIII ed., 2023, 275.

<sup>67</sup> Cass. pen., Sez. VI, 4 maggio 2000, n. 5275, in *www.avvocato.it*: "Il giudice può addivenire al proscioglimento dell'imputato per incapacità di intendere e di volere solo dopo aver accertato la configurabilità, in termini materiali e di colpevolezza, del reato attribuito all'imputato stesso" (Nella specie la Corte ha annullato la sentenza di merito la quale, pur ricordando che numerosi procedimenti originati dalle innumerevoli accuse calunniose dell'imputato erano stati archiviati, aveva mancato di riferire e di esaminare quali fatti storici l'imputato avesse rappresentato nelle denunce e in che senso essi fossero contrari al vero), confermata, di recente, dalla Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2020, n. 14795, in *www.brocardi.it*: "In tema di elemento soggettivo del reato, l'accertamento del dolo va tenuto distinto da quello dell'imputabilità e deve avvenire con gli stessi criteri valevoli per il soggetto pienamente capace anche nei confronti del soggetto non imputabile". *Contra*, apparentemente, in un'ottica argomentativa tuttavia diversa, la recentissima Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 2023, n. 16260, in *www.avvocato.it*: "L'imputabilità, quale capacità di intendere e di volere, e la colpevolezza, quale coscienza e volontà del fatto illecito, esprimono concetti diversi ed operano anche su piani diversi, sebbene la prima, quale *componente naturalistica* della responsabilità, debba essere accertata con priorità rispetto alla seconda (in applicazione di tale principio la Corte ha annullato con rinvio la sentenza con la quale i giudici di merito avevano escluso la sussistenza dell'elemento psicologico del reato di calunnia, facendo riferimento a elementi che riguardavano l'imputabilità ed il vizio totale e parziale di mente).

giurisprudenziale che la configurabilità del reato prescinde dalla capacità di intendere e di volere del suo autore: da ciò consegue la piena autonomia tra le nozioni di imputabilità e di colpevolezza<sup>68</sup>. La colpevolezza riguarda il dolo e la colpa, cioè elementi essenziali del reato, accertato il quale dovrà pronunciarsi giudizio di imputabilità.

La tesi surriferita è contestata dai sostenitori della concezione normativa, i quali, considerando superata la sistematica del codice, rilevano la mancata attuazione del rapporto sostanziale tra imputabilità e reato, inteso quale fatto tipico antiggiuridico e colpevole, ossia rimproverabile al suo autore, nel senso che il reato è l'illecito commesso da un soggetto potenzialmente libero, signore dei suoi comportamenti, in grado di rappresentarsene il significato e le conseguenze e proprio per questo reso responsabile di essi e assoggettabile alla reazione dell'ordinamento, la pena, che esprime la più autentica disapprovazione etico-sociale del fatto<sup>69</sup>. Secondo questa più recente posizione – molto più seguita dalle attuali impostazioni scientifiche<sup>70</sup> – figlia della teoria tripartita del reato, che muove da un'idea, giova ribadire, non psicologica ma normativa della colpevolezza, l'imputabilità è un presupposto della colpevolezza intesa in senso normativo, cioè come volontà ribelle, come atteggiamento antidoveroso della volontà<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Cass. pen., Sez. I, 27 febbraio 2014 – 23 aprile 2014, n. 17645; Cass. pen., Sez. VI, 9 aprile 2010, n. 34333, in *www.avvocatopenalista.org*.

<sup>69</sup> M. ROMANO, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, II, cit., 3.

<sup>70</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo e non esaustivo, P. RIVELLO, *L'imputabilità e l'infermità mentale nel contesto del diritto vivente*, Cass. pen., 2018, 422-434; A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012 e, nella manualistica, S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, II ed., Bologna, 2016.

<sup>71</sup> Per la verità, nel solco di questa impostazione, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 91 ss., ritiene, invece, che l'imputabilità abbia un carattere fondamentalmente empirico-psicologico, nel senso che la capacità/incapacità di intendere e di volere del fatto non si determina attraverso un giudizio normo-valutativo, bensì per mezzo di un vero e proprio accertamento fattuale. L'opinione prevalente, secondo la quale il "giudizio" di imputabilità si articolerebbe in due livelli distinti, il primo, a carattere psicologico (definito anche organico, organico-psicologico, psicopatologico, etc.), avente come protagonista assoluto il perito e diretto ad accertare la causa psichica che incide sulla capacità di intendere e di volere del soggetto; il secondo, invece, consistente in un vero e proprio giudizio valutativo, compiuto dal giudice e diretto a stabilire se il soggetto era capace o meno di comprendere la qualifica di illiceità del fatto, non trova pienamente d'accordo l'Autore, per il quale anche l'oggetto di questo secondo livello non può che essere dato dalle capacità psicologiche ed empiricamente accertabili del soggetto agente. E verificare se la psiche di un soggetto era capace di comprendere l'illiceità, o comunque il grado di incidenza del disturbo sulla comprensione, è questione assolutamente empirico-fattuale. Con la conseguenza che «il quesito sulla capacità o

La responsabilità di un soggetto postula la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento ed il potere di controllare i propri impulsi ad agire. Di conseguenza, gli artt. 222 e 224 c.p. non si riferirebbero ad un autentico concetto di dolo e di colpa, ma ad un mero atteggiamento psichico qualificabile in termine di pseudo - dolo e di pseudo - colpa<sup>72</sup>, trattandosi di atteggiamenti psicologici abnormi, totalmente influenzati e pregiudicati dalla mancanza della capacità di intendere e/o di volere<sup>73</sup>.

Si è detto<sup>74</sup> che il fatto del non imputabile è tipico, antiggiuridico ma non colpevole: la non imputabilità impedirebbe di muovere qualsiasi rimprovero. Di qui, ancora, la conclusione che nel non imputabile la colpa sarebbe da intendersi come *mera violazione della regola oggettiva di diligenza*; il dolo come *mera intenzionalità della condotta*<sup>75</sup>.

Posto, dunque, che la colpevolezza è inconcepibile senza l'imputabilità, si pone il problema ulteriore di valutare se sia o meno configurabile il reato. Sul punto la dottrina in esame giunge a conclusioni diverse: secondo alcuni autori l'assenza di imputabilità, collocata all'interno della struttura del reato, esclude l'esistenza del reato in quanto lo priva dell'elemento della colpevolezza, sicché il fatto posto in essere dal non imputabile costituisce un mero torto oggettivo, in quanto il fatto verrebbe in considerazione solo nel suo aspetto esteriore, come semplice avvenimento antisociale<sup>76</sup>. In tal senso, l'imputabilità, prima ancora di essere "capacità della pena", è "*capacità di colpevolezza*": senza imputabilità non vi è colpevolezza e senza colpevolezza non vi è pena<sup>77</sup>.

---

sulla incapacità (d'intendere l'illiceità del fatto) è parte integrante della perizia psichiatrica» (95).

<sup>72</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, 289; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, cit., 291.

<sup>73</sup> In realtà, la Cass. pen., Sez. VI, 22 maggio 2008, n. 38513, ha sostenuto che "La colpevolezza di una persona in stato di ubriachezza deve essere valutata secondo i normali criteri d'individuazione dell'elemento psicologico del reato e, poiché l'art. 92 c.p. nel disciplinarne l'imputabilità nulla dice in ordine alla di lui colpevolezza, questa deve essere apprezzata alla stregua delle regole dettate dagli artt. 42 e 53 c.p.", in C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Diritto penale*, cit., 419.

<sup>74</sup> M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., 572 ss.

<sup>75</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 342; M. ROMANO, in M. ROMANO e G. GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., II, 5; M. BERTOLINO, in E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Codice Penale commentato*, Milano, 2021, 1615, 1616.

<sup>76</sup> M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., 565; M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario*, cit., 2.

<sup>77</sup> M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, II, cit., 2; BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., 565; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 346 ss.; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e*

Questo diverso orientamento, che in sostanza postula che non vi sia colpevolezza senza imputabilità, è stato avallato, come visto nel § 1, dalla giurisprudenza di legittimità con la già citata pronuncia delle Sezioni Unite del 2005.

Secondo altri ancora, invece, elemento soggettivo essenziale del reato non è la colpevolezza ma l'appartenenza psichica del fatto all'agente (almeno nei casi in cui costui sia imputabile), sicché l'inimputabilità, pur escludendo la colpevolezza, non esclude il reato e costituisce semplicemente una causa personale di esenzione da pena<sup>78</sup>, ritornando così ad un'accezione prossima a quella più risalente e psicologica.

Riguardo alle teorie normative si formula l'obiezione, in termini positivi, che esse devono escludere che il non imputabile possa agire con dolo o colpa, il che è contraddetto non tanto dalla realtà, quanto dal Codice penale, che afferma espressamente che il reato commesso dal non imputabile può essere sia doloso che colposo (artt. 222, commi 1 e 4, e 224, comma 2, c.p.). L'autorevole dottrina chiosa a commento critico che innalzarsi sopra il dato normativo può essere pericoloso<sup>79</sup>.

Anche qui, in verità, la Suprema Corte ha già da tempo stabilito che: quante volte il requisito della colpevolezza (concetto generale inteso come "elemento soggettivo del reato": dolo e colpa) richiesto dalle singole norme incriminatrici, si presenti scompagnato dall'imputabilità, l'ordinamento giuridico reagisce con misure preventive, prescelte in rapporto ai diversi aspetti del dato psicologico propri delle singole fattispecie in concreto realizzate e che avrebbero reso possibile la pienezza dell'illecito *a parte subiecti*, ove fosse concorso anche il fattore della imputabilità<sup>80</sup>. Ciò rappresenta una chiara affermazione della colpevolezza pur quando manchi l'imputabilità (a tal riguardo, si può anche osservare come spesso nel Codice Penale si riscontri un

---

*pericolosità*, cit., 60, 15; A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2015, 525; F.C. PALAZZO - R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., 525.

<sup>78</sup> Si veda F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 289.

<sup>79</sup> M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005, 121, 122: "Ciò che conta è la soluzione concreta. Il che non significa trascurare il dato normativo o, comunque, il sistema. Tutto il contrario. Significa operare la sussunzione del caso concreto alle norme generali e astratte nel modo più coerente ai principi di ordinamento, tenendo presente quanto queste norme ricevano dal caso concreto"; *id.*, F. RAMACCI, *Corso di Diritto Penale*, cit., 282; H. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2000, 101.

<sup>80</sup> Si tratta della meno recente, ma nota, sentenza della Cass. pen., Sez. III, 9 novembre 1967, Marongiu, *Foro It.*, 1968, n. 5, 233; *Cass. Pen. Mass.* e in *www.giuristaconsapevole.it*.

uso promiscuo, indifferenziato, delle espressioni "colpevole" ed "agente": si veda, ad esempio: art. 60 c.p.; art. 83 c.p.).

È impossibile nascondere il peso della osservazione secondo cui il dolo dell'omicida paranoico non possa "essere posto sullo stesso piano del dolo dell'omicida pienamente imputabile"<sup>81</sup>; ma, come è stato osservato, "un omicidio volontario "appartiene" (o "non appartiene") alla volontà ed alla personalità (abnorme) del paranoico, esattamente come a quelle di un soggetto sano di mente. Solo che la mancanza di imputabilità dell'autore rende quel coefficiente psicologico rilevante non già per la pena, ma solo, eventualmente, per la misura di sicurezza"<sup>82</sup>.

Del resto, anche quando si sostenga che tra il dolo dell'imputabile e quello del non imputabile vi è una differenza, per così dire, naturalistica, e che nei confronti del non imputabile non sia possibile affermare l'appartenenza del fatto al suo autore secondo il principio di colpevolezza<sup>83</sup>, non si potrà non riconoscere che nel codice presupposto per l'applicazione della misura di sicurezza non è la inimputabilità, ma la pericolosità sociale, che può sussistere sia nel soggetto imputabile, sia nel soggetto non imputabile, e può essere accertata unicamente in presenza di un fatto preveduto dalla legge come reato, in presenza, vale a dire, di un fatto commesso nei termini dell'art. 43 c.p.. E solo dopo aver accertato l'esistenza di un fatto tipico, si potrà passare ad accertare la imputabilità o la inimputabilità del soggetto agente per escludere, in ipotesi di

---

<sup>81</sup> T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 176.

<sup>82</sup> C. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, 2008, che opportunamente così precisa: "Certo, si devono distinguere i casi in cui esistono capacità intellettive - anche se non sufficienti a svolgere alcun effetto motivante sul soggetto - da quelli in cui, per l'estrema immaturità dello sviluppo psichico o per il livello di gravità dell'alienazione mentale, manchi ogni capacità di discernimento, cosicché non sia possibile neppure parlare di una volontà di realizzazione del fatto sia pure abnorme. [...] Ma è anche chiaro che in casi del genere si dovrà escludere la stessa "coscienza e volontà" dell'azione od omissione nel senso richiesto dall'art. 42 e, quindi, l'esistenza di una condotta capace di inserirsi nella dimensione del "fatto" preveduto dalla legge come reato, non diversamente da quanto avviene nelle ipotesi del fatto "commesso" per caso fortuito o per forza maggiore. Ne risulterà inibita, conseguentemente, anche l'applicazione di una misura di sicurezza - in mancanza del presupposto, richiesto dall'art. 202, della commissione di un "fatto preveduto dalla legge come reato" - per difetto della componente soggettiva della tipicità. Naturalmente, ove ne ricorra la necessità, alla tutela dei beni minacciati dalla eventuale pericolosità del soggetto, non qualificata ex art. 202 c.p., si potrà provvedere con i mezzi di intervento e i rimedi giuridici, di carattere non penale, presenti nell'ordinamento giuridico".

<sup>83</sup> T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 175.

non imputabilità, il rimprovero di colpevolezza, ed applicare, eventualmente, una misura di sicurezza.

Si pensi al ragazzo minore degli anni quattordici (il quale, anche se in concreto dotato di sufficiente maturità psichica, non può essere assoggettato a pena), che, per difendersi da un aggressore, ne cagioni volontariamente la morte. Il minore ha agito nei termini degli artt. 43 e 575 c.p.; ha agito, vale a dire, con dolo; ha posto in essere un fatto tipico (doloso) previsto dalla legge come reato. Solo che, in presenza di una causa di giustificazione (ad esempio, art. 52 c.p., "Difesa legittima"), la quale esclude l'antigiuridicità penale del comportamento ed opera oggettivamente, per il solo fatto di esserci<sup>84</sup>, l'ordinamento rinuncia, ovviamente, a rinvenire ed indagare il nesso psichico di imputazione e muovere rimprovero di colpevolezza. Così escludendosi ogni problema di imputabilità (o meglio: di non imputabilità) e di misura di sicurezza, mancando nel fatto ogni sintomo di pericolosità.

Ma ciò significa, in termini processuali, di formule di assoluzione, che al minore non sarà irrogata alcuna pena non perché non imputabile, ma perché non colpevole, così predicandosi, nella specie, un soggetto al quale l'ordinamento rinuncia a muovere rimprovero di colpevolezza.

L'assenza dell'imputabilità non può comportare, a detrimento del soggetto che si trovi in tale condizione, la rinuncia ad accertare il dolo o la colpa. La formula assolutoria *perché il reato è stato commesso da persona non imputabile* (sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, a norma dell'art. 425 c.p.p.), implicante la possibilità dell'applicazione di una misura di sicurezza, non può fondarsi, in altre parole, sulla mera efficacia causale, rispetto a un evento, della condotta posta in essere da un soggetto non imputabile. Il giudice, pertanto, dovrà sempre anteporre all'accertamento della condizione di non imputabilità quella relativa al sussistere o meno del dolo o della colpa<sup>85</sup>, in mancanza dei quali dovrà assolvere *perché il fatto non costituisce*

---

<sup>84</sup> G. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 95 ss.; sia consentito il rinvio, anche, per l'ampia bibliografia, a S. DI PINTO, *Cause oggettive di esclusione del reato*, Collana *Enciclopedia*, Padova, 2004, *passim*.

<sup>85</sup> Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2020-3 maggio 2020, n. 14795, [www.ordineavvocatinapoli.it](http://www.ordineavvocatinapoli.it); Cass. pen., 22 maggio 2012, *Cass. Pen.*, 2013, 6, 2337; Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2008, n. 38579, [www.avvocato.it](http://www.avvocato.it); Cass. pen., 4 aprile 2000, *Cass. Pen.*, 2001, 1483.

reato. Ove dolo o colpa sussistano, questi assumono rilievo ai fini dell'eventuale applicazione di una misura di sicurezza *ex artt.* 220 ss. c.p.<sup>86</sup>.

Consideriamo ora l'art. 41 c.p., rubricato "concorso di cause", l'espressione "colpevole" è usata certamente, nella disposizione esaminata, prescindendo dalla imputabilità del soggetto, dato che: a) attiene al rapporto di causalità, richiesto anche per l'applicazione delle sole misure di sicurezza al non imputabile; b) è usata anche per l'ipotesi in cui il nesso di causalità manchi tra l'azione e l'evento (nel comma 2 dell'articolo è senza dubbio sottinteso l'inciso "anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole" usata nel comma precedente).

Né si può togliere rilevanza a questo elemento testuale, dato che non è isolato.

Come si è visto, infatti, l'art. 70 c.p. qualifica l'imputabilità come "circostanza inerente alla persona del colpevole": qualificazione che dà rilevanza anteriore alla "persona del colpevole" rispetto alla "imputabilità del colpevole".

L'uso del termine con tale valore è ripetuto all'art. 113, comma 2, c.p., il quale detta: "Le circostanze soggettive, non inerenti alla persona del colpevole, che aggravano la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, stanno a carico anche degli altri, sebbene non conosciute, quando hanno servito ad agevolare l'esecuzione del reato".

Il richiamo alle "circostanze soggettive" include, ovviamente, anche quelle che attengono ai "rapporti tra colpevole ed offeso"; e anche se sono proprie di un partecipe non imputabile, ai sensi dell'art. 112 c.p.

Indubbiamente, la disciplina del codice del 1930, è costruita intorno ad una visione strumentale della persona umana nonché oggettivistica e utilitaristica del diritto penale, tanto che la pena vi è chiamata ad una pluralità di funzioni (ma è prevalente quella della difesa sociale a mezzo della prevenzione generale, secondo la logica del *versari in re illicita* e del capro espiatorio da immolare all'allarme sociale e alla deterrenza)<sup>87</sup>, e contraddice apertamente la normativa penale dettata dalla Costituzione negli artt. 25 e 27, nella quale il reato in senso proprio postula la libertà morale del suo autore, la quale, poi, altro non è se non la capacità etico-psichica di questo di

---

<sup>86</sup> Cass. pen., Sez. VI, 13 maggio 2014, n. 4292, Rv. 262151; Cass. pen., Sez. I, 7 dicembre 1993, n. 507, Rv. 196112, *Cass. Pen.* 1995, 282; Cass. 7 febbraio 1988, *ivi*, 90, 1922; Cass. 24 gennaio 1986, *ivi*, 1987, 1730.

<sup>87</sup> M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo*, cit., 512.

comprendere anche il disvalore giuridico del fatto illecito e di autodeterminarsi a commetterlo<sup>88</sup>.

Coerenza vorrebbe che ne seguissero, in quest'ordine sistematico, due corollari:

a) il primo è che la cosiddetta imputabilità, stando alla sostanza delle cose e ad essa facendo strettamente aderire i termini verbali, costituisce il presupposto etico-giuridico del reato proprio perché *capacità di colpevolezza* che in esso si attualizza;

b) il secondo è che in un sistema siffatto, ruotante sui cardini della imputabilità come capacità etico-psichica di colpevolezza e della pena criminale retributiva come castigo etico-giuridico per un fatto ingiusto colpevolmente commesso, il *reato del non imputabile* rimane una entità sostanzialmente estranea e perfino totalmente contraddittoria<sup>89</sup>.

Nel dato positivo del codice del 1930, invece, il reato rimane essenzialmente un illecito di (modalità di) "lesione", in verità non infrequentemente anticipata alla linea del pericolo astratto già nelle figure delittuose (a parte il tentativo e i delitti di attentato) e comunque sempre integrata da un "danno o pericolo sociale", mentre la colpevolezza (quand'anche non sia ridotta in tale sede, come la imputabilità, a mera *factio iuris*) vi svolge il ruolo, piuttosto molesto e appena tollerato, di limite strutturale<sup>90</sup>.

Al riguardo, nel "Progetto Grosso", si afferma esplicitamente, nella Relazione preliminare di accompagnamento, tra le priorità, quella della totale cancellazione di ogni profilo di quella '*finzione di imputabilità*' che tanto caratterizza il Codice penale del 1930, anche su questo terreno poco attento a commisurare la responsabilità penale alla colpevolezza ed ai suoi presupposti.

Come è stato autorevolmente rilevato, il problema è che, al di là del mancato intervento del Legislatore sul punto e del fallito approdo all'approvazione parlamentare di uno dei vari Progetti di riforma della parte generale del Codice penale elaborati dalle diverse Commissioni che si sono succedute nel tempo (ad esempio, la "Commissione Pagliaro" negli anni 1992-1994, il "Progetto Riz" del 1995, la "Commissione Grosso" del 1998-2001, la "Commissione Nordio" nel 2004, la "Commissione Pisapia" nel 2008, le cui

---

<sup>88</sup> M. SPASARI, *Diritto criminale e scienza del diritto criminale*, cit., 505.

<sup>89</sup> M. SPASARI, *Diritto criminale e scienza del diritto criminale*, cit., 506.

<sup>90</sup> M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo*, cit. 513.

scelte di fondo in materia di disciplina dell'imputabilità potevano sintetizzarsi addirittura nell'abolizione del sistema del doppio binario, delle finzioni di imputabilità e nell'abbandono del criterio della pericolosità), anche la Corte costituzionale, dopo il 1988, non ha avuto occasione di pronunciarsi sulla capacità di intendere e di volere dell'agente quale presupposto indefettibile della responsabilità penale e sull'incompatibilità di alcuni aspetti della attuale disciplina dell'imputabilità con il principio di colpevolezza<sup>91</sup>, lasciando la questione irrisolta. Al riguardo, anche la spinta verso una riforma organica sembra essersi esaurita.

### **7. L'art. 88 c.p. e i rapporti tra infermità e malattia.**

L'art. 88 c.p. è rubricato «vizio totale di mente», pur non contenendo il testo della disposizione alcuna definizione di tale stato patologico, essendosi limitato il legislatore ad inserire un referto, quale quello di *infermità*, suscettibile di integrazione sulla base dei risultati delle scienze psichiatriche e della medicina legale. Ed è proprio in forza di tale scelta di politica legislativa e dell'imponente sviluppo che ha investito tali scienze, che, oggi, non è possibile operare una ricostruzione ed una classificazione unitaria dei casi di vizio totale di mente.

Con riferimento al concetto di infermità (mentale), dal punto di vista meramente terminologico, è evidente che il vocabolo "infermità" (dal latino *infirmitas*, a sua volta derivato da *infirmus* – in privativo e *firmus*, fermo, saldo, forte; in altri termini, che non presenta un decorso) è più ampio rispetto a quello, specifico, di "malattia (mentale)".

L'infermità rilevante ai fini e per gli effetti del vizio totale o parziale di mente (artt. 88 e 89 c.p.) può essere anche non "mentale" in senso stretto: ciò che conta è che essa produca conseguenze che annichiliscono (o diminuiscono) la capacità di intendere, o la capacità di volere, o entrambe (per il medico, infatti, l'infermità di mente è un concetto univoco, quale che ne sia l'eziologia. I medici, dunque, guardano al risultato, anche se la causa patogena è una infermità biologica, non mentale).

L'orientamento pressoché concorde della dottrina specialistica è, infatti, nel senso di ritenere la malattia mentale il risultato di una "condizione

---

<sup>91</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 246; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 293 ss.

sistemica" nella quale confluiranno, accanto a fattori genetici anche vicende di carattere sociale, quindi le condizioni di vita, stress, i meccanismi psicodinamici, ecc.

E, come è facile intuire e come vedremo meglio in sèguito, tali conclusioni hanno fortemente influenzato la dottrina penalistica e la stessa giurisprudenza che ne ha recepito i contenuti essenziali.

Occorre, infine, ricordare che, secondo una parte della dottrina penalistica<sup>92</sup>, anche un'*infermità temporanea* di carattere fisico può essere causa di vizio di mente. Opinione, quest'ultima, sorretta dalla puntuale osservazione relativa alla differente formulazione dell'art. 88, rispetto all'art. 46 del Codice Zanardelli, ove il vizio di mente era classificato come uno «stato di infermità di mente da togliere la coscienza e la libertà dei propri atti»<sup>93</sup>.

Il numero delle ipotesi di infermità è, dunque, particolarmente ampio e composito ed ingloba anche malattie a base psicopatologica, quali le psicopatie, le nevrosi ed i disturbi degli impulsi. Fuori della portata del concetto di infermità di cui all'art. 88 c.p. restano, invece, i c.d. disturbi della coscienza (ebbrezza da sonno, sfinimento, ecc.) che possono, tuttavia, refluire tra le cause atipiche di esclusione dell'imputabilità, rilevando, però, ex art. 85 c.p.

Se la capacità di intendere e la capacità di volere, almeno secondo l'opinione corrente, si possono in concreto valutare isolatamente, cioè una per una, non occorre che sia menomata tanto la facoltà di intendere che quella di volere: la patologia può riguardare una soltanto di esse.

Il dato normativo trova pieno riscontro sul piano naturalistico; esistono monomanie (o psiconevrosi ossessive) che interessano soltanto l'attitudine a percepire l'esatto valore di ciò che si compie: partendo da una *rappresentazione viziata*, la motivazione è pienamente logica e consequenziale. Si pensi ad un soggetto affetto da mania di persecuzione che aggredisce il supposto persecutore: tipico sembrerebbe il caso di Aileen Wuornos, divenuta celebre come una delle poche donne serial killer conosciute. La Wuornos, prostituta, aggrediva ed uccideva i suoi clienti poiché, a causa di un trauma infantile cagionatole dall'abuso sessuale violento del padre, aveva la convinzione che ogni uomo intendesse picchiarla ed abusare di lei e quindi credeva di agire per legittima difesa ogniqualevolta uccideva un uomo che voleva avere con lei rapporti sessuali. Per la normativa americana, la Wuornos è stata dichiarata

---

<sup>92</sup> A. CRESPI, *Imputabilità*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 773.

<sup>93</sup> G. MARINI, *op. cit.*, 255.

imputabile, condannata a morte e giustiziata tramite iniezione letale il 9 ottobre 2002. In Italia, un noto caso di “assassina per difesa” è stato quello di Milena Quaglini.

Per contro, può darsi che l'agente abbia una rappresentazione della realtà perfettamente aderente al mondo esterno e ciononostante è impossibilitato a sottrarsi all'impulso che lo porta a fare o ad omettere qualcosa. È il caso del cleptomane o di quei soggetti che, ad un certo punto del loro iter criminoso, lasciano tracce del loro operato per essere individuati o addirittura arrivano al gesto estremo della confessione (si pensi a Edmund Kemper, persona apparentemente ben integrata nel tessuto sociale che, negli anni '70, uccise otto ragazze autostoppiste. Kemper si rendeva conto di ciò che stava facendo, ma non poteva controllare l'impulso irresistibile che lo coglieva).

Si discute, al riguardo, se l'infermità debba consistere in una patologia rispondente alla nosografia corrente, o più accreditata, nella scienza psichiatrica. Come sopra detto, non c'è un collegamento diretto ed indispensabile con la malattia mentale.

Si ha infermità penalmente rilevante anche al di fuori del quadro della nosografia ufficiale, intendendosi con tale termine, generalmente, le definizioni e la terminologia del testo di riferimento per le classificazioni psichiatriche: il Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali, così detto DSM. Ce ne sono diverse versioni perché sono mutate nel tempo le classificazioni; ad esempio, un tempo era annoverata fra le patologie l'omosessualità, che oggi non compare. L'ultima versione è il DSM V TR (*Text Revisited*). Non è pertanto possibile ricondurre le differenti ipotesi all'interno di un catalogo chiuso, atteso il costante sviluppo delle scienze psicanalitiche e psicologiche, i cui risultati vincolano sia i percorsi della dottrina penalistica sia le soluzioni selezionate dalla giurisprudenza.

## **8. Il soggetto cosiddetto “borderline” e la sentenza “Raso” delle Sezioni Unite sui disturbi della personalità. Il dubbio sulla tesi del nesso eziologico. I recenti arresti giurisprudenziali.**

Premesso che in tema di riconoscimento del vizio di mente, le anomalie caratteriali e le disarmonie della personalità non rilevano se non si inseriscono in un quadro più ampio di infermità<sup>94</sup>, discorso a parte merita il soggetto c.d.

---

<sup>94</sup> Cass. pen., Sez. VI, 27 aprile 2018 (dep. 6 luglio 2018), n. 30733, <https://renatodisa.com>.

“borderline”. A dispetto della terminologia che ai non addetti ai lavori potrebbe far pensare a soggetto che sia in uno stato mentale che è al confine tra normalità e patologia), il border-line è un vero e proprio disturbo della personalità (deriva il suo nome dall’antica classificazione e distinzione dei disturbi mentali come *nevrosi* o *psicosi*, situandosi questi pazienti al limite della *psicosi*, pur non giungendo agli estremi delle *psicosi* gravi come la schizofrenia). Si tratta di una alterazione acuta, transitoria o persistente, delle funzioni dell’Io ove la condotta non è che un epifenomeno dello stato morboso.

Molto spesso i soggetti borderline presentano disturbi delle relazioni e reazioni abnormi caratterizzate da rilevante sproporzione tra evento causale e intensità della risposta, presenza di allucinazioni, idee prevalenti o deliranti, intensa partecipazione emotiva.

Si tratta, quindi, di una vera e propria malattia che, pur non rientrando nelle categorie delle patologie psichiatriche (le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, le oligofrenie, nonché la paranoia e le *psicosi* acute o croniche, contraddistinte, queste ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità), compromette la capacità di intendere o volere e può rilevare, quindi, *ex art. 88 c.p.*

L’intervento giurisprudenziale forse di maggiore importanza nel settore è quello reso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione con la sentenza 25 gennaio 2005, n. 9163 (dep. 8 marzo 2005, imputato Raso), la quale ha affermato che, al fine del riconoscimento del vizio di mente, *possono rilevare anche i “disturbi della personalità”*, pur quando privi di un substrato organico patologico (le cosiddette “*abnormalità psichiche*”, quali *le nevrosi* o *le psicopatie* - mere “*caratteropatie*”, ovvero anomalie del carattere, non incidenti sulla sfera intellettuale e non indicative di uno stato morboso, a differenza delle *psicosi* acute o croniche - nonché i disturbi dell’affettività), laddove in grado di incidere sulla capacità di intendere e di volere, escludendola o limitandola grandemente<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Cass. pen., S.U., 25 gennaio 2005 n. 9163, Rv. 230317, la quale ha affermato che, in tema di imputabilità, 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 o di volere, escludendola o

Si tratta di un punto di vista abbastanza convincente ed in linea con le più moderne istanze della scienza psichiatrica, secondo cui non conta tanto l'infermità quanto l'infermo: con il che si restituisce centralità al soggetto a scapito della categoria.

Al riguardo, è necessario, tuttavia, formulare due importanti precisazioni.

a) Tali disturbi devono essere di particolare gravità (come si deduce dall'espressione "tale da"...): pertanto, le nevrosi del carattere (immaturità affettiva, impulsività, scarsa tolleranza alle frustrazioni, difficoltà ad esprimere verbalmente i sentimenti, disturbo di mancanza di controllo degli impulsi, disturbi misti delle capacità scolastiche, ecc.), le cosiddette "personalità psicopatiche", non determinano una infermità di mente, salvo i casi in cui, per la loro consistenza, intensità e gravità, cagionino un vero e proprio stato patologico: nella pratica, tuttavia, è assai difficile distinguere il vero e proprio stato patologico da una nevrosi del carattere, soprattutto nei soggetti c.d. *borderline*.

La Suprema Corte ritiene che: "In tema di imputabilità, le c.d. *reazioni a corto circuito*, anche se normalmente riferibili a stati emotivi e passionali non integranti una condizione patologica, possono tuttavia costituire, in determinate situazioni, manifestazioni di una vera e propria malattia che compromette la capacità di intendere e di volere, incidendo soprattutto sull'attitudine della persona a determinarsi in modo autonomo, con possibilità

---

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 «infermità». (Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, che aveva erroneamente escluso il vizio parziale di mente sul rilievo che il disturbo paranoideo, dal quale, secondo le indicazioni della perizia psichiatrica, risultava affetto l'autore dell'omicidio, non rientrava tra le alterazioni patologiche clinicamente accertabili, corrispondenti al quadro di una determinata malattia psichica, per cui, in quanto semplice «disturbo della personalità», non integrava quella nozione di «infermità» presa in considerazione dal codice penale), in *Cass. pen.*, 2005, 1851, con nota di G. FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.*, 2005, 1878; nota di U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, 2006, 275 ss; in *Dir. pen. proc.* 2005, 4, 409, 7, 837 ss., con nota di M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, ivi, 853; in *Riv. Pen.*, 2005, 693; *CED Cassazione*, 2005; *Riv. Pen.*, 2006, 7-8, 827.

di optare per la condotta adatta al motivo più ragionevole e di resistere, quindi, agli stimoli degli avvenimento esterni”<sup>96</sup>.

In linea con tale orientamento, peraltro, sono anche alcuni passati tentativi di riforma del Codice Penale. Nel 1992, ad esempio, la “Commissione Pagliaro” propose l’introduzione di una classificazione delle cause psicopatologiche in grado di incidere sull’imputabilità; alla infermità si propose di affiancare la locuzione «altra anomalia» idonea ad incidere sulla capacità di intendere e di volere. Nel 1995, invece, il “Progetto Riz” optò per l’inserimento delle formule «gravissima anomalia», quale causa del vizio totale di mente, e «grave anomalia», riferita al vizio parziale. Infine, la “Commissione Grosso”, nel 1998, propose, accanto al concetto di “infermità”, anche quello di «un’altra grave anomalia psichica», tanto che nel testo modificato del 2001 utilizzava le parole di “altro grave disturbo della personalità”.

b) Il loro rilievo è condizionato dall’accertata sussistenza di un nesso eziologico con il fatto-reato *sub iudice*, nel senso che questo risulti essere stato causalmente determinato dal disturbo mentale (con parte, seppur autorevole, della dottrina<sup>97</sup>, si ritiene che l’incapacità di intendere o volere rilevi soltanto a condizione che il reato posto in essere sia eziologicamente collegato come effetto a causa, o, più blandamente, come sintomo indotto, al deficit mentale)<sup>98</sup>. Tuttavia, la tesi è prospettabile e ha buon gioco se l’infermità sia, per sua natura non violenta (si pensi ad un cleptomane che si trovi ad uccidere per motivi passionali). Resta a vedere, però, che cosa capita se invertiamo i termini della situazione; l’infermità comporta di per sé reazioni violente, ma il reato perpetrato è di tipo diverso: un maniaco omicida che operi una frode fiscale. In questo caso la tesi del nesso eziologico comporta la detenzione per il reato fiscale. Ma c’è da chiedersi che cosa potrebbe accadere ai compagni di detenzione di un soggetto che, malgrado il crimine commesso non ne sia segno, è disturbato mentalmente<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> In tal senso, cfr. anche Cass. pen., Sez. II, 10 aprile – 7 maggio 2020, n. 13959, <http://dirittifondamentali.it>; Cass. pen., Sez. II, 21 novembre 2019 – 7 gennaio 2020, n. 188, [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it); Cass. pen., 16 aprile 2019, n. 35842; Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2018, n. 33463, Cass. pen., Sez. I, 23 marzo 1995, n. 3170.

<sup>97</sup> A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 633.

<sup>98</sup> In tal senso anche Cass. pen., Sez. I, 19 aprile 2021, n. 14525; conformi Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2018, n. 33463 e, in precedenza, Cass. pen., 13 ottobre 2016, n. 44659 su accusa di ludopatia, Cass. pen. 28 giugno 2016, n. 26779 e Cass. pen., 11 luglio 2012, n. 29135 in tema, invece, di parafilia.

<sup>99</sup> M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005, 41.

Gli artt. 85 e 88 c.p., sembrano considerare sufficiente il mero nesso cronologico (l'unico requisito richiesto, infatti, è che l'incapacità sussista al momento della realizzazione del reato), rimanendo quindi irrilevanti eventuali stati di incapacità precedenti o susseguenti al fatto; già lo stesso Manzini, concludeva che non fosse necessario, perché rilevasse l'incapacità, che il reato commesso fosse collegato eziologicamente alla malattia mentale (sarebbe "incivile e assurdo" processare e poi punire un pazzo. L'infermità di mente, in qualsiasi momento sopraggiunta, esclude, infatti, la capacità penale<sup>100</sup>; tale opinione conferma l'idea che le misure di sicurezza hanno natura amministrativa).

L'unica deroga espressa a tale principio si rinviene nella disciplina dell'*actio libera in causa* di cui all'art. 87 c.p., ispirata da un chiaro intento punitivo nei confronti di colui che intenzionalmente si pone in stato di incapacità al fine di compiere il reato o prepararsi un alibi<sup>101</sup>.

In qualsiasi caso, nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, può essere attribuito ad anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di "infermità". Nel solco di questo autorevole orientamento, si è escluso che possano incidere sull'imputabilità il vizio del gioco di azzardo (in relazione al reato di rapina commesso da persona continuamente compulsata dall'esigenza di trovare denaro per poter far fronte ai debiti derivanti dalle frequenti giocate)<sup>102</sup>; il mero dato anagrafico dell'età avanzata (nella specie ottanta anni) e la presenza di momentanei deficit mnemonici<sup>103</sup>; la pedofilia<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, Utet, Torino, 1961, 126; G. MARINI, *Imputabilità*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, 1992, 25, parla espressamente di esclusivo, mero "nesso cronologico"; cfr. anche G. MARINI - M. PORTIGLIATTI BARBOS, *La capacità di intendere e volere nel sistema penale italiano*, Milano, 1964, 59.

<sup>101</sup> Per maggiore chiarezza espositiva sembra utile fornire una sintetica definizione dei due disturbi mentali più noti: 1) la *schizofrenia* è un disturbo della durata di almeno 6 mesi e implica almeno un mese di sintomi della fase attiva, ovverosia deliri, allucinazioni, eloquio disorganizzato, comportamento catatonico, ecc. la schizofrenia può essere differenziata in sottotipi: paranoide, disorganizzata, catatonica, indifferenziata, residua; 2) la *psicosi* non gode di una definizione universalmente accettata. La definizione più restrittiva si riferisce ai deliri o alle allucinazioni che si manifestano in assenza di consapevolezza della loro natura patologica.

<sup>102</sup> Cass. pen., Sez. II, 22 maggio 2012, n. 24535; *id.*, 13 ottobre 2016, n. 44659, in C.F. GROSSO - M. PELISSERO - D. Petrini - P. PISA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 430. In altra pronuncia, la Cassazione ha annullato con rinvio la condanna di un soggetto affetto da ludopatia, condannato per rapina, ma nel caso di specie egli, affetto da una grave sindrome Alzheimer, assumeva

Tra gli importanti recenti arresti giurisprudenziali in tema di vizio del gioco d'azzardo (che può risolversi in una ludopatia<sup>105</sup> e costituire un disturbo della personalità<sup>106</sup>), si segnala, da ultimo, la sentenza della Cass. pen., Sez. VI, 12 marzo 2024, n. 21065<sup>107</sup>.

### **9. L'art. 43 c.p. e gli eventi mentali (rappresentazione e volizione). L'errore condizionato del soggetto incapace.**

Il problema che si pone è il seguente: anche il non imputabile può commettere un fatto obiettivamente costitutivo di reato. Ma che ne è se l'infermità che lo affligge ha riflessi sull'elemento soggettivo?

Il Codice penale non dà una definizione di dolo. L'art. 43 c.p. definisce il delitto doloso e questo induce a pensare che vi siano altre regole che contribuiscono a segnare oggetto e contenuto del dolo<sup>108</sup> (si vedano l'art. 47 c.p., che disciplina l'errore di fatto, l'art. 59, comma 4, c.p. sulla supposizione

---

farmaci in grado di far scatenare la c.d. "sindrome di disregolazione della dopamina", che si manifesta con comportamenti compulsivi incontrollabili quale, appunto, il gioco d'azzardo patologico: Cass. pen., Sez. I, 16 dicembre 2015, n. 18162.

<sup>103</sup> Cass. pen., Sez. III, 22 giugno 2011, n. 34785.

<sup>104</sup> Cass. pen., Sez. III, 27 novembre 2014, n. 6818; *id.*, 16 dicembre 2010, n. 15157.

<sup>105</sup> Riconosciuta come patologia nel DSM V (Manuale diagnostico e statistico delle malattie mentali), è inserita dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, nella classificazione internazionale delle malattie (ICD-11), fra i disturbi del controllo degli impulsi che possono incidere sulla capacità di intendere e di volere del soggetto.

<sup>106</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2018, n. 33463, Rv. 273793; Cass. pen., Sez. I, 26 giugno 2014, n. 52951, Rv. 261339, Cass. pen., Sez. II, 22 maggio 2012, n. 24535, Rv. 253079.

<sup>107</sup> Cass. pen., Sez. VI, 12 marzo 2024 (dep. 29 maggio 2024), n. 21065, la quale, in tema di ludopatia da gratta e vinci, ha ribadito che l'esistenza di un impulso a commettere una certa azione non basta a dimostrare che la capacità di volere sia venuta meno o comunque sia «grandemente» ridotta (art. 89 c. p.) e costituisce onere dell'interessato fornire specifici elementi di valutazione che possano dimostrare l'effetto cogente dell'impulso che lo mosse. L'assenza della capacità di volere può assumere rilevanza autonoma e decisiva - anche in presenza di una accertata capacità di intendere (e di comprendere il disvalore sociale della azione delittuosa) - se sussistono due essenziali e concorrenti condizioni: a) gli impulsi all'azione che l'agente percepì e riconobbe come giuridicamente riprovevole (in quanto dotato di capacità di intendere) furono di tale ampiezza e consistenza da vanificare la capacità di apprezzarne le conseguenze; b) ricorre un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato da uno specifico disturbo mentale che alteri non l'intendere, ma il solo volere dell'autore della condotta illecita (Sez. V, 8 marzo 2023, n. 22659, Rv. 284750; Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 18458, Rv. 252686; Sez. V, 9 febbraio 2006, n. 8282, Rv. 233228).

<sup>108</sup> M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Volume II, *Il reato*, Parte II, *Elemento psicologico*, Torino, 2001, 15 ss.

erronea di scriminante, e, dopo la sentenza della Corte cost. n. 364/1988, l'art. 5 c.p.).

Con il primo alinea del comma 1 dell'art. 43 c.p. "(...) il delitto è doloso o secondo l'intenzione (...)": dalla formula legislativa, che ha come modello di riferimento il delitto doloso, l'interprete ricava l'equazione che fa *il dolo eguale all'intenzione*. Individuare il significato che il vocabolo "intenzione" riceve nell'art. 43 c.p., significa, approfondendo la ricerca, accertare qual sia la latitudine concettuale della "intenzione" con la quale si identifica il dolo, cioè "quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente *preveduto e voluto* come conseguenza della propria azione od omissione".

Gli eventi mentali "*volontà*" e "*previsione*" devono essere accadimenti reali nella psiche del soggetto, non possono essere solo virtuali, potenziali. Questo significa anche che la previsione coincide con una vera e propria rappresentazione. La volizione deve essere effettiva. Non si può volere ciò di cui non si è consapevoli, che non ci si è, quindi, rappresentati<sup>109</sup>. È sugli eventi mentali *rappresentazione* e *volizione* che può riflettersi la condizione di chi è incapace di intendere e di volere per infermità<sup>110</sup>.

Esistono malattie che incidono sulla rappresentazione di ciò che è oggetto del dolo: il fatto materiale di reato nei suoi elementi costitutivi, positivi e negativi, e il disvalore che lo caratterizza (si pensi, ad esempio, al soggetto che, per sua patologia, crede che la pistola che impugna, se azionata, funzioni come in un videogame, senza conseguenza nella realtà).

Con riferimento, in particolare, alla mania di persecuzione, si tratta di patologie che non toccano la rappresentazione, ma influiscono sulla volizione, di per sé pienamente conforme al paradigma della fattispecie soggettiva: taluno, a causa di una malattia di mente (ad esempio, delirio persecutorio), è convinto di essere vittima di attenzioni gravemente ostili (torti, maldicenze, molestie) e uccide il (o comunque ha una reazione violenta nei confronti del) presunto persecutore.

---

<sup>109</sup> M. AMISANO, *Incapacità*, cit., 136.

<sup>110</sup> Nell'ambito di un lavoro che ha l'intento di verificare se il finalismo possa porsi come modello per riforme desiderabili, è stato lucidamente sostenuto che, quanto alla struttura del dolo, il finalismo presenta il pregio di accentuare il duplice contenuto psicologico del dolo: la cosciente e volontaria realizzazione del fatto. Cfr. G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1-2, 2003, 363 ss.

In questo caso, il dolo è sintomo della malattia (tizio si rappresenta e vuole la morte di un uomo proprio a causa della sua patologia: sia pure a cagione di una malata, distorta valutazione del reale, voleva uccidere ed ha volutamente cagionato la morte di un uomo: l'infermità ha determinato l'evento mentale "volizione", che, comunque, si è realizzato nella pienezza dei suoi elementi costitutivi.

Se la volontà colpevole è determinata da un impulso irresistibile originato o, comunque, sintomo della malattia, il dolo è realizzato (la rappresentazione viziata non concerne il fatto posto in essere – voglio uccidere e so, pertanto, di uccidere – bensì le ragioni, generate dallo stato mentale, che hanno condotto ad una tale volizione) (il reato ha tutti gli elementi essenziali e, quindi, è posto in essere).

Altri esempi citabili sono quelli della cleptomania o della piromania (psiconevrosi ossessive). Si pensi al cleptomane. Ciò che caratterizza questa patologia è che l'agente aborrisce l'atto che è oggetto della sua rappresentazione ossessiva; ricorre alle maggiori e più varie precauzioni per evitare di commetterlo ed è preso dal timore ossessivo di non riuscire a resistere alla pulsione stessa. Insomma: il cleptomane ruba contro ciò che pensa e a cui desidererebbe attenersi ma, alla fine, la sua volontà è piegata dalla malattia. Ma la malattia non incide su un elemento essenziale, strutturale del dolo. Rappresentazione e volizione, in atto, sono compiutamente realizzate<sup>111</sup>.

Nel caso di malattia mentale è, quindi, importante distinguere tra: a) rappresentazione viziata che cade sugli elementi positivi dell'oggetto del dolo e b) rappresentazione viziata di c.d. "*elementi negativi*" (cioè di elementi negativi la cui presenza esclude il fatto di reato), tipici della teoria bipartita del reato.

È evidente che l'ipotesi in cui l'infermità espliciti i suoi effetti sulla rappresentazione si delinea con nitidezza in riferimento all'art. 47, comma 1, c.p., che contribuisce alla definizione di dolo. Infatti, la mancata rappresentazione rilevante *ex art. 47, comma 1, c.p.*, deve concernere un elemento essenziale del fatto (confermando che requisito essenziale del dolo è la rappresentazione del fatto tipico)<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Cass. pen., Sez. IV, 11 gennaio 2023 - 23 gennaio 2023, n. 2657 e, ancor più esplicitamente, Cass. pen, Sez. II, 11 aprile 1983, n. 2945: "Il furto compiuto dal cleptomane non può considerarsi commesso per provvedere a un grave e urgente bisogno, ai sensi dell'art. 626, n. 2, c.p."

<sup>112</sup> M. AMISANO, *Incapacità*, cit., 139.

Nessuna disposizione prevede e regola l'errore del soggetto incapace di intendere o di volere. Che la disciplina comune debba trovare applicazione se l'errore non sia condizionato dalla causa dell'incapacità, quando si tratti cioè di un errore nel quale sarebbe potuto incorrere nella situazione concreta anche un soggetto capace, non è messo in discussione, anche per evitare un'ingiustificabile disparità di trattamento.

La questione si pone in termini problematici quando l'errore sia condizionato dalla causa dell'incapacità. È lecito, cioè, domandarsi se risponda a logica escludere l'intenzionalità del fatto e, quindi, il dolo, allorché il soggetto abbia tenuto un certo comportamento, oggettivamente rispondente ad una figura criminosa, ma in stato di errore sul fatto, quando l'errore dipenda o sia comunque dovuto al suo stato mentale patologico (si verterebbe in un'ipotesi di mancanza di dolo dovuta ad errore sul fatto, cagionato dallo stato mentale).

A rigore la risposta, in termini positivi, dovrebbe essere affermativa: ciò che dovrebbe contare, normativamente, è che l'errore sia di fatto o, comunque, si traduca in errore sul fatto. Non dovrebbero importare, al riguardo, le cause patologiche per cui l'agente percepisce con i propri sensi, alterati dalla malattia, una realtà errata (l'agente non si rende conto del processo causale che la sua azione mette in moto; se c'è l'errore non c'è dolo e quindi nemmeno reato). La rilevanza dell'art. 47, comma 1, c.p., sarebbe pregiudiziale ad ogni altro accertamento relativo ad un reato doloso. Si pensi all'esempio dell'*asimbolia*, patologia dell'alterazione della identificazione secondaria: soggetto che, a cagione della sua patologia, creda che il fucile che imbraccia sprigionerà, se azionato, un innocuo getto d'acqua.

È un'evenienza possibile. Qualunque oggetto che cada sotto i nostri sensi innesca il c.d. processo di identificazione, primario (nell'ambito di un solo centro sensoriale: se l'oggetto colpisce la vista, questa ne rileverà forma, grandezza, colore) e poi secondario (che, attraverso gli altri sensi, rievoca immagini corrispondenti al patrimonio mnemonico accumulato: ad es., le immagini acustiche dei suoni alla vista di uno strumento). Questo processo può venire alterato tanto nella fase primaria che in quella secondaria. La conseguenza è la perdita della capacità di riconoscere gli oggetti per quello che sono. Il disturbo della percezione causa il mancato riconoscimento.

Si parla di *agnosia* quando è alterata l'identificazione primaria e di *asimbolia* quando è alterata l'identificazione secondaria (il caso del fucile che si crede spruzzi acqua ben potrebbe essere originato da asimbolia).

Un altro esempio importante è quello del querulomane (la querulomania è una delle manifestazioni della paranoia): il soggetto in genere prende spunto da un avvenimento reale in cui si crede, con più o meno ragione, ingiustamente danneggiato. La sua attenzione e la sua attività si polarizzano su questo tema che, a poco a poco, diventa il chiodo fisso della sua vita (se cerca tutela nella legge, il dolo di calunnia per gli esposti, denunce, querele nei confronti dei presunti persecutori, non potrà ravvisarsi nel suo comportamento (il querulomane è, nella maggior parte dei casi, convinto di additare un colpevole).

In conclusione, una puntuale analisi degli elementi del reato porterebbe a negarne la configurazione in capo all'incapace nei casi richiamati quando lo stato mentale incida in maniera così forte da escludere l'elemento psicologico e, quindi, il reato.

Lo stesso dovrebbe dirsi quando, a cagione della malattia, vi sia errore sul fatto dovuto ad errore o ignoranza di una legge, diversa da quella incriminatrice, ex art. 47, comma 3, c.p., cui sia necessario far riferimento, per comprendere in che consista un elemento del fatto stesso: si pensi al caso del Pubblico Ufficiale che, per sua ossessione paranoica, legga una norma di diritto privato nel senso che gli attribuisca la proprietà di una certa cosa mobile, che invece è altrui.

Un'opinione dottrinale diffusa, ma non esente da obiezioni, ritiene invece che l'errore condizionato non rilevarebbe circa gli autori in imputabili (venendo assorbito nello stato di non imputabilità e lasciando sussistere il dolo), posto che diversamente l'accertamento dell'errore condurrebbe a escludere, in tali autori, l'elemento soggettivo e, dunque, la commissione di un reato, così da rendere impraticabile l'applicazione delle misure di sicurezza pur ove si ritenga sussistere la pericolosità<sup>113</sup>.

Viene peraltro introdotta in questo modo, un'eccezione non codificata (in aggiunta a quella prevista, per esempio, dall'art. 609 *sexies* c.p.) alla disciplina dell'art. 47 c.p.

Secondo una parte della dottrina si tratta di una (tutt'altro che indiscutibile) interpretazione sistematica *in malam partem*, che introduce una deroga non testualmente prevista al fine di salvare la ritenuta coerenza sostanziale del sistema<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Cfr., *ex multis*, M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., 557 ss.; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, 203 ss.

<sup>114</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2023, 314.

Si invoca la pericolosità sociale (penale) per esigere/applicare una diversa disciplina di elemento soggettivo per il non imputabile: il non imputabile, pertanto, sarebbe capace di un “dolo naturale”, disegnato in modo diverso da quanto fanno le regole sull’elemento psicologico del reato, imposto dalla “logica del sistema”<sup>115</sup>.

Pensare ad un dolo naturale significa mantenere ferma la normativa, che resta unica e concerne il dolo così come delineato dalle regole del codice, e duplicare la disciplina: una che segue la normativa, l’altra imposta dalla natura delle cose: su tal via, l’osservazione secondo cui il codice non distingue tra elemento soggettivo dell’imputabile ed elemento soggettivo del non imputabile rientrerebbe in una logica superiore.

Secondo altri ancora, si causa una grave frattura nell’ordinamento penale vigente, chiaramente influenzata da preoccupazioni di prevenzione speciale nei confronti dei soggetti pericolosi<sup>116</sup>.

Anche la giurisprudenza di legittimità propende per la soluzione negativa riguardo alla rilevanza dell’errore condizionato: “In caso di accertata non imputabilità per infermità psichica, ai fini della applicazione delle misure di sicurezza di cui all’art. 222 c.p. il fatto commesso deve essere esaminato nella sua materialità come rapportabile immediatamente e direttamente al comportamento del soggetto, senza che rispetto a questi possa essere espletato altro tipo di indagine, come quella riferita alla rappresentazione della concreta violazione e alla sua attuazione”<sup>117</sup>.

Ogni analisi relativa all’elemento psicologico andrebbe esclusa: “Non è pertanto prospettabile l’errore sul fatto costituente reato perché il giudizio sulla volontà, che si dovrebbe ritenere viziata dall’erronea rappresentazione della realtà, presupporrebbe quella capacità di intendere e di volere, nella specie esclusa, mentre la falsa rappresentazione non sarebbe espressione di una errata valutazione, ma di uno stato delirante dovuto a malattia mentale” (Ciò che conta sono queste condizioni mentali e null’altro).

---

<sup>115</sup> M. AMISANO, *Incapacità*, cit., 158.

<sup>116</sup> G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2020, 473 ss.; sarebbe necessario, secondo tale Autore, introdurre un’ipotesi di c.d. quasi-reato concernente il caso in esame.

<sup>117</sup> Cass. pen, Sez. VI, 14 dicembre 1985 (ud. 9 ottobre 1985), n. 979, *Giust. Pen.*, 1986, II, 427: *Mass. Cass. Pen.*, 1986.

Tuttavia, non ci sarebbero tracce normative che ci portino a dire, come fanno la Suprema Corte e altra parte della dottrina<sup>118</sup>, che l'errore non rileva se è il riflesso di un'infermità, come nei seguenti esempi, comunque altrimenti giustificabili:

- nel caso dello schizofrenico che uccide taluno perché non ha risposto ad una sua lettera, non ci sarebbe nessuna falsa rappresentazione della realtà, in senso rilevante per il diritto (si può essere d'accordo, non c'entra l'art. 47 c.p.);

- nel caso del paranoico<sup>119</sup> che uccide la moglie perché crede che lo tradisca, l'errore, al massimo, potrà cadere sulla causa d'onore, elemento specializzante ora non più presente nel nostro ordinamento a seguito della abrogazione ex art. 1, l. 5 agosto 1981, n. 442), ma sarebbe del tutto irrilevante.

- nel caso del melanconico che uccide per farsi arrestare, l'errore è irrilevante (il movente non è, di regola, elemento del reato, né, quindi, elemento su cui possa ricadere l'errore rilevante per il diritto);

Al riguardo, la differenza fra "moverite" ed atteggiamento psicologico è stigmatizzata dalla Suprema Corte: "il movente è la causa psichica della condotta umana e costituisce lo stimolo che ha indotto l'individuo ad agire; esso va distinto dal dolo, che è elemento costitutivo del reato e riguarda la sfera della rappresentazione e volizione dell'evento"<sup>120</sup>. Per "moverite" si intende, quindi, la motivazione che ha indotto una persona a commettere un reato, la ragione

---

<sup>118</sup> R. SESSO, *Imputabilità e sistematica del reato*, Milano, 1962, 229 ss.

<sup>119</sup> Occorre, a tal riguardo, accennare brevemente alla sintomatologia dell'infermità nota come "paranoia", costituita essenzialmente da quei disturbi noti come idee deliranti. Si tratta di idee errate ma non suscettibili di correzione finché perdura la particolare condizione morbosa che le ha prodotte.

Sono idee dal contenuto erroneo ma tanto incorreggibili da sfidare qualunque dimostrazione critica. Possono essere non sistematizzate se si tratta di idee variabili e senza coesione, ma possono essere sistematizzate cioè coordinate, unite da una certa logica, fisse intorno ad un punto, e sono certamente le più pericolose.

Nella paranoia il delirio è sempre contenuto nei limiti del possibile e del verosimile: non sconfinava mai nell'assurdo, nel fantastico, nel paradossale, come accade, invece, per esempio, per la schizofrenia.

Inoltre, nella paranoia mancano disturbi psicosensoriali quali illusioni e allucinazioni; resiste una certa lucidità mentale, seppure sia delirante, ed è quindi errato, il punto di partenza. Forme di paranoia sono, appunto, il delirio di grandezza, il delirio di gelosia, il delirio di rapporto, il delirio erotico, il delirio persecutorio, la querulomania).

<sup>120</sup> La Suprema Corte ha precisato che "il movente non è necessariamente razionale, poiché le cause psichiche dell'agire umano sono aperte alle ispirazioni e agli impulsi più vari e misteriosi, insondabili come la complessità dell'animo umano": Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2012, n. 31449; Cass. pen., Sez. I, 19 gennaio 1994, n. 466.

concreta che ha spinto il reo a macchiarsi del delitto. Il movente non costituisce un elemento essenziale del reato: ciò significa che si può essere puniti anche quando il crimine è stato commesso senza una particolare ragione.

Pur essendo irrilevante ai fini dell'integrazione del dolo, il movente può comunque rilevare, come circostanza attenuante o aggravante. L'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale (per esempio, uccidere un proprio congiunto per porre fine alle sue insostenibili sofferenze di malato terminale) o, al contrario, per motivi abietti o futili (accoltellare mortalmente un automobilista dopo un banale diverbio per un parcheggio) possono, rispettivamente, diminuire (art. 62, comma 1, n. 1, c.p.) o aggravare (art. 61, comma 1, n. 1, c.p.) la pena.

Affermare, come fa la giurisprudenza, che dolo e colpa si riscontrano nel comportamento del non imputabile e negare la rilevanza dell'errore ogniqualvolta la causa di incapacità si riverberi sull'errore stesso significa svuotare, nei fatti, la portata del principio espresso, secondo cui il Codice Penale non distingue tra elemento soggettivo dell'imputabile ed elemento soggettivo del non imputabile.

L'errore di fatto riguarda i contenuti di senso-percezioni e rappresentazioni: occorre che l'agente "senso-percepisca" alcune note della situazione concreta e le leghi a note oggetto di rappresentazione, proiettate nel futuro. Ebbene, non dovrebbe esserci differenza tra la situazione di errore dell'imputabile e la situazione di errore del non imputabile: non c'è differenza di disciplina, tutto discende dalle normali regole sull'errore di fatto (non dovrebbero rilevare le ragioni che hanno portato all'errore di fatto; dovrebbe rilevare soltanto l'errore, nei termini di legge).

Secondo alcuni autori, se la pericolosità sociale si incentra sul reato e il reato, per venire ad esistenza, deve presentare le caratteristiche psicologiche imposte dalle regole di ordinamento, non si potrà utilizzare la pericolosità proprio per superare queste stesse regole. Non si potrà, quindi, invocare la pericolosità in senso penale per esigere una diversa disciplina di elemento soggettivo per il non imputabile<sup>121</sup>.

Ma c'è chi ha affrontato la questione del c.d. paradosso dell'incapace prosciolti da un altro punto di vista: sarebbe utile, in tal senso, riflettere sulla più recente collocazione, di matrice tedesca, di una parte (oggettiva) del dolo e

---

<sup>121</sup> V., *ex multis*, M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente*, cit., 161.

della colpa nella tipicità, esaminata in precedenza nel § 2, così da valutare se l'accertamento del fatto utile all'applicazione della misura di sicurezza al non-imputabile possa essere al netto degli aspetti soggettivi del dolo e della colpa<sup>122</sup>.

Si conferma che il riconoscimento del ruolo svolto dal dolo e dalla colpa sul piano della *tipicità soggettiva* ed anche sul piano della colpevolezza (*doppia posizione*), non risponderebbe a una mera opzione dogmatica, ma rifletterebbe una ben precisa realtà sostanziale: se dolo e colpa, da un lato, sono caratteristiche coesenziali alle condotte dominabili dall'uomo che producano eventi offensivi di beni giuridici, costituendone forme di manifestazione non scindibili, se non concettualmente, dal profilo materiale, essi costituiscono, dall'altro lato, condizioni necessarie perché un giudizio di colpevolezza *possa esistere*. Un accadimento naturalisticamente prodotto dall'uomo non è di per sé rimproverabile e lo diviene soltanto *se sussistono* dolo o colpa, come bene si evince dalla stessa motivazione della sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale<sup>123</sup>. Dolo e colpa, quindi, assumono un significato del tutto peculiare fra gli elementi del fatto tipico: seppur la loro esistenza non ci dica molto circa l'entità della colpevolezza, essi non sono mero *oggetto* del giudizio di colpevolezza ma sue (pre)condizioni, posto che mancando l'uno o l'altro di tali requisiti non è possibile *alcun rimprovero* (non a caso, invece, può prospettarsi dal punto di vista logico, anche se non rileva ai fini penali, una

---

<sup>122</sup> Sulla concezione della tipicità soggettiva, cfr. anche K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, Torino, 2024, la quale Autrice, alla luce dei propri precedenti studi dedicati alla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento (in particolare, al rapporto tra causalità ed evitabilità) ed alla c.d. teoria del rischio, per quanto improntate alle migliori intenzioni, volge lo sguardo verso il lato soggettivo dell'illecito, assumendo un diverso, e per certi versi opposto, punto di osservazione: non più la prospettiva *ex post* della imputazione (ovvero quella della oggettività misurata sul nesso tra condotta ed evento e in termini di offensività del fatto), bensì la prospettiva *ex ante* della illiceità (ovvero quella della soggettività riferita alla rilevanza penale della condotta segnata da dolo e colpa).

<sup>123</sup> M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, I, in G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI (a cura di), Milano, 2000, 221: la rilevanza, ai fini della responsabilità penale, della possibilità, per il soggetto agente, di conoscere la «legge penale», requisito soggettivo di imputazione ineliminabile per ragioni costituzionali, può essere apprezzata solo in presenza di un fatto oggettivamente e soggettivamente tipico; in assenza del quale ignoranza ed errore inevitabili, che di quel requisito rappresentano il "rovescio" in negativo, così come l'errore sul fatto è il "rovescio", in negativo del dolo, sarebbero stati intellettivi privi di significato per il diritto penale.

rimproverabilità della mera intenzione o del mero *habitus* negligente, cioè disgiunta dal fatto tipico oggettivo)<sup>124</sup>.

Si tratta di considerazioni ed osservazioni valide scientificamente e senz'altro utili dal punto di vista della buona politica legislativa criminale, ma che, allo stato attuale, non sembrano facili da far valere per giustificare positivamente la vigenza di una rigida normativa codicistica, improntata a diversi principi, che ha come presupposto di applicabilità delle misure di sicurezza l'esistenza di un reato (o quasi reato).

#### **10. La supposizione erronea della sussistenza di una scriminante.**

La *putatività* è irrilevante quando l'agente reputi erroneamente esistenti circostanze aggravanti o attenuanti (e, per queste ultime, salva l'ipotesi di cui all'art. 60 c.p.), sicché esse non sono valutate contro o a favore di lui.

La putatività è invece *rilevante* in ordine alle circostanze di esclusione della pena: l'art. 59, comma 4, c. p. stabilisce infatti che solo tali circostanze ritenute esistenti da parte dell'agente, mentre in realtà non esistono, sono sempre valutate a favore di lui.

Il principio *vale* senza eccezione per le circostanze di esclusione del reato (cause di giustificazione, scusanti<sup>125</sup>), anche nei casi in cui la causa di esclusione non sia espressamente prevista. Precisamente, il codice prevede che le scriminanti e le esimenti effettive siano valutate a favore del reo, ancorché non conosciute (cioè nell'ipotesi di ignoranza, intesa come assenza di qualsiasi persuasione) o per errore ritenute inesistenti (cioè nell'ipotesi di persuasione contrastante con la realtà).

Per quanto concerne le circostanze erroneamente supposte, la prima parte del comma 4 dell'art. 59 c. p. stabilisce l'equazione fra reale e putativo e perciò la valutazione a favore dell'autore di situazioni che il soggetto si sia rappresentato per errore, ovviamente non determinato da colpa.

---

<sup>124</sup> L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 25; *Contra*, G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 829 ss., il quale definisce l'assunto della compatibilità di un *illicito doloso con una colpevolezza colposa* uno *stravagante corollario* della tesi che sostiene la doppia posizione.

<sup>125</sup> Per un'adeguata configurazione delle cause di esclusione del fatto tipico, dell'antigiuridicità e della colpevolezza, cfr. G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, *Enc. Dir.*, 619 ss.

Sulla volizione, quindi, può incidere anche la supposizione erronea di scriminante ex art. 59, comma 4, c. p. : supposizione erronea di un complesso di elementi di fatto e di diritto che se fossero realmente presenti realizzerebbero un'esimente. Circostanza in cui l'agente, a cagione della sua patologia, erra sugli elementi costitutivi della scriminante (supposizione erronea di scriminante, che si basa su elementi in realtà inesistenti e che dipendono dalle condizioni mentali dell'agente).

Ciò che conta è che tanto l'elemento soggettivo richiesto dalla struttura della causa di non punibilità quanto l'errore sugli elementi materiali costitutivi di quest'ultima, tutto basato su cause che dipendono dalla condizione mentale dell'agente, si realizzino contestualmente alla rappresentazione del fatto) (anche il tal caso sulla volizione del fatto interviene la patologia). Si immagini il caso di chi uccide una persona che, nel delirio, ritiene stia per aggredirlo (Tizio è vittima di un delirio allucinatorio per effetto del quale si vede perseguitato da un killer che impugna una pistola: Tizio crede di aver agito in una situazione corrispondente allo stato di legittima difesa putativa), oppure al caso limite dello schizofrenico che, immaginando che un extraterrestre stia per incenerirlo con la propria pistola laser, tira fuori un fucile e spara, colpendo a morte un ignaro passante identificato per l'extraterrestre. Si ricordi che la schizofrenia è caratterizzata dalla dissociazione mentale: nel campo della percezione, sono frequenti le allucinazioni acustiche e dell'olfatto e, nel caso di schizofrenia paranoide, esistono fenomeni allucinatori visivi: il soggetto perde contatto con la realtà esterna e vive in un mondo irrealistico che gli si è creato nella mente. Si distingue dalla paranoia proprio perché di solito le idee deliranti sono assurde).

Se si accede alla tesi secondo cui anche al non imputabile si applica l'art. 59, comma 4, c.p. (che parla di "agente", senza fare differenza alcuna fra chi è capace di intendere e volere e, quindi, imputabile, e chi non lo è), con le relative conseguenze, in un caso del genere la supposizione, seppur erronea, di presenza di una causa di giustificazione, ovvero di un elemento negativo, impedirà la verifica del reato: se c'è supposizione erronea di scriminante, seppur originata da una distorta e malata rappresentazione della realtà, non può dirsi integrato il dolo.

Lo stesso dicasi nel caso in cui la malattia impedisca la rappresentazione del fatto positivo di reato (art. 47 c.p.) (in entrambi i casi, il reato non si realizza e la patologia incide prima ancora che sulla sottoposizione a pena, addirittura sull'esistenza stessa dell'illecito penale).

Invece, in genere, viene ordinariamente ritenuta la semi-infermità per il fatto provocatorio meramente putativo, riferito al solo stato d'animo dell'agente, non sostenuto da dati di fatto concreti che siano tali da giustificare l'erroneo convincimento in capo all'imputato di trovarsi in tale situazione<sup>126</sup>.

Ai fini della causa di giustificazione della reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale di cui all'art. 393-bis c.p. (ad esempio, pubblico ufficiale operante una perquisizione personale o domiciliare in assenza di elementi obiettivi idonei a giustificare l'atto, o che conduca illegittimamente il privato in Questura o in caserma per l'identificazione, ecc.) in forma putativa, la Suprema Corte ha ribadito che l'esimente deve basarsi non su un mero criterio soggettivo, ma su dati fattuali concreti, che l'imputato ha l'onere di allegare, tali da giustificare, in base a una valutazione *ex ante* l'erroneo convincimento, in capo all'agente, di trovarsi in tale stato<sup>127</sup>.

Viceversa, come detto, sarebbe errore irrilevante quello del paranoide che uccide, senza rappresentarsi gli estremi della legittima difesa, chi crede che lo stia perseguitando. Invece, tale non è il parere della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, seppur al di fuori dei confini propri della circostanza, "se il fatto provocatorio è meramente putativo, trovando la sua radice soltanto nelle alterate condizioni mentali del reo, queste, se costituenti malattia comportante il riconoscimento della seminfermità mentale, conducono di già ad una diminuzione di pena per specifiche ragioni e, pertanto, non possono giocare ulteriormente in favore dell'imputato, equiparando il fatto putativo a quello reale, per la concessione della attenuante della provocazione"<sup>128</sup>. Quindi, semi-infermità per la provocazione putativa ed in più diniego di riconoscimento della circostanza attenuante della provocazione.

## **11. L'applicazione del principio "In dubio pro reo" anche per l'imputabilità.**

Un ulteriore, ma non meno importante, profilo (più aderente al diritto penale processuale che a quello sostanziale), riguarda il dubbio sull'imputabilità.

L'"oltre ogni ragionevole dubbio" è un principio che permea l'intero ordinamento processuale e che trova espressione nelle garanzie fondamentali

---

<sup>126</sup> Cass. pen., 13 gennaio 2005 (dep. 16 dicembre 2005) n. 436, *Dir. pen e proc.*, 2006, 449.

<sup>127</sup> Cass. pen., 1 febbraio 2023, n. 22903, in *www.brocardi.it*.

<sup>128</sup> Cass. pen, Sez. I, 28 dicembre 1971, n. 574.

riguardo al processo penale: la presunzione di innocenza dell'imputato, l'onere della prova a carico dell'accusa, l'enunciazione del principio "*in dubio pro reo*" e l'obbligo di motivazione e giustificazione razionale della decisione a norma degli artt. 111, comma 6, Cost. e 192, comma 1, c.p.p.<sup>129</sup>, e costituisce oggi la traduzione normativa, espressa del principio costituzionale, della presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.).

Per conseguire un risultato caratterizzato da elevata credibilità razionale, il giudice non solo non può affidarsi a congetture o supposizioni, ma deve tenere conto di tutte le emergenze processuali che concorrono ad assicurare l'alto grado di credibilità logico-razionale che deve contraddistinguere la sua decisione, secondo il modello introdotto dalla nota sentenza "Franzese" del 2002 delle Sezioni Unite in tema di causalità omissiva<sup>130</sup>. A partire da tale sentenza, la probabilità logico-razionale assurge a generale canone ermeneutico-epistemologico del processo penale.

---

<sup>129</sup> G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: reasoning by probabilities*, in G. CANZIO - L. LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Padova, 2022.

<sup>130</sup> Cass. S. U., 10 luglio 2002 (dep. 11 settembre 2002), n. 30328, imp. Franzese, Rv. 222138-222139: "*Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. In tema di reato colposo omissivo improprio, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell'omissione dell'agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo comportano l'esito assolutorio del giudizio*". Detta pronuncia riordina la materia della causalità omissiva e della responsabilità penale per *medical malpractice*, attraverso una lettura dell'art. 40 c.p., la quale: a) fa leva sulla teoria condizionalistica, temperata dalla teoria della causalità umana, incoativamente contenuta nell'articolo successivo; b) ritiene inadeguato l'impiego di cristallizzati coefficienti numerici rispetto ad un discorso formulato in termini qualitativi, ritenuto più consono alle scienze sociali; c) ricolloca l'esigenza di riscontri sufficienti e non contraddittori sul piano probatorio dei criteri di accertamento degli elementi costitutivi del fatto (e non sul piano contenutistico del computo dei coefficienti statistici), superando la confusione, operata dalle più recenti pronunce della IV Sezione, fra prova del fatto e qualificazione del fatto; d) ammette l'impiego di frequenze probabilistiche (anche medio-basse) purché siano effettivamente pertinenti all'accertamento concreto del fatto. Cfr, *ex multis*, G. CANZIO, *A dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dire il diritto nel XXI secolo*, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2022; C. CONTI, *La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia*, *Sist. pen.*, 9 febbraio 2021; P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1229.

La pronunzia è notissima ed è stata commentata molte volte. Si deve proprio alle Sezioni unite penali della Suprema Corte, tra le varie elaborazioni, un potente richiamo al principio del ragionevole dubbio. Infatti, la sentenza appena ricordata, pronunciandosi sul tema del rapporto di causalità, ha affermato il paradigma della “*probabilità logica*”, in linea con l’assunto della necessità di raggiungere la prova della colpevolezza al di là di ogni “ragionevole dubbio”.

Non è, cioè, consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell’ipotesi accusatoria sull’esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel *caso concreto*, sulla base delle circostanze del fatto e dell’evidenza disponibile. *L’insufficienza, la contraddittorietà e l’incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio*, in base all’evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva (del medico) rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell’evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell’ipotesi prospettata dall’accusa e l’esito assolutorio del giudizio. E la ‘probabilità’ non fa riferimento al grado di convincimento personale del giudice, ma al “grado di conferma che l’ipotesi fattuale può trovare nelle prove acquisite”<sup>131</sup>.

Tornando più direttamente all’oggetto della trattazione, è opinione condivisa che sussista una *presunzione iuris tantum* di imputabilità dei soggetti maggiorenni in forza della quale l’imputato adulto è presunto capace di intendere e di volere a meno che non provi il proprio vizio di mente o un’altra causa di esclusione della propria imputabilità<sup>132</sup>.

Questa impostazione tradizionale, che sembra risentire dell’influenza della *presunzione di imputabilità* disposta dal § 4 del canone 1321 del Codice di Diritto Canonico<sup>133</sup>, afferma, dunque, una presunzione semplice di imputabilità

---

<sup>131</sup> O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012.

<sup>132</sup> M. BERTOLINO, in E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Codice Penale commentato*, cit., 1618; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 348; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 239; in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. III, 15 dicembre 2015, n. 7222, Cass. 15218/2007, in *Guida dir.*, 2007, 20, 94.

<sup>133</sup> Il canone 1321, § 4, del Codice di Diritto Canonico, inserito nel Titolo III concernente il soggetto passivo delle sanzioni penali, dispone che “*Posita externa violatione, imputabilitas praesumitur, nisi aliud appareat*”, cioè che “*Posta la violazione esterna l’imputabilità si presume, salvo che non appaia altrimenti*”. Detta norma stabilisce quindi non una presunzione di dolo (intenzione deliberata di violare la legge), bensì d’imputabilità (libertà nell’azione o nell’omissione che viola l’interesse protetto dalla legge). Di conseguenza, il venir meno della

del maggiorenne sulla base del dato indiziante della maggiore età e della massima di esperienza secondo cui a sanità psichica risponde all'*id quod plerumque accidit*. È consentito così affermare, per via logica, che l'adulto è imputabile senza necessità di un apposito vaglio.

Alcuni autori, tuttavia, ritengono tale presunzione "non del tutto soddisfacente"<sup>134</sup>, in quanto essa autorizzerebbe il giudice a ritenere sussistente l'imputabilità *pur in caso di dubbio sulla stessa* (secondo le regole generali che governano le presunzioni) pervenendo alla condanna dell'imputato; tale conclusione sarebbe incompatibile soprattutto con la versione del principio di colpevolezza di cui l'imputabilità costituisce un presupposto.

Il diverso orientamento da ultimo richiamato ritiene, al contrario, che una volta accertata la capacità di intendere e di volere, residuerebbe sempre la possibilità per l'imputato di contestare l'applicabilità della predetta massima d'esperienza al caso concreto. Tale facoltà non sarebbe un vero e proprio onere legale, ma una mera esigenza di fatto, consistente nel contrastare un accertamento che volge a proprio sfavore; con la conseguenza che la regola di giudizio torna ad essere quella sancita all'art. 530 cpv. c.p.p. e valida per qualsiasi elemento rilevante ai fini della punibilità: *in dubio pro reo*<sup>135</sup>.

Aderendo a questa seconda impostazione, si può affermare che, qualora intervenga un serio dubbio sulla sussistenza della capacità di intendere e di volere, il giudice ha due alternative: accertare l'insussistenza dell'incapacità o prosciogliere l'imputato<sup>136</sup>.

Ritornando al punto di vista processuale, in premessa, si ricorda che l'accertamento della capacità di intendere e di volere dell'imputato non necessita della richiesta di parte, ma può essere compiuto anche *d'ufficio* dal giudice del merito, allorché vi siano elementi per dubitare dell'imputabilità<sup>137</sup>.

Il giudice può pronunciare sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, a norma dell'art. 425 c.p.p. solo dopo aver accertato la

---

presunzione non dipende solo dalla prova contraria, ma anche da altre circostanze concorrenti: tale è il senso dell'espressione *nisi aliud appareat*.

<sup>134</sup> M. ROMANO, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, II, cit., 7.

<sup>135</sup> G. PECORARO, *Sull'insussistenza di una presunzione relativa di imputabilità del maggiorenne*, Cass. Pen. 2008, 2431 ss.; sul punto anche A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e «affirmative defenses»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 238 ss.

<sup>136</sup> M. ROMANO, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico*, II, cit., 8.

<sup>137</sup> Cass. pen., 19 maggio 2015, n. 37850, in *Dir. giust.* 2015.

configurabilità, in termini materiali di colpevolezza, del reato attribuito all'imputato stesso<sup>138</sup>.

Costituisce principio fondante dell'ordinamento processuale penale fissato dall'art. 533, comma 1, c.p.p. (oltre che acquisizione culturale del comune sentire giuridico attuale che trova essenziale espressione nelle ricordate garanzie fondamentali riguardo al processo penale: la presunzione di innocenza dell'imputato, l'onere della prova a carico dell'accusa e l'obbligo di motivazione e giustificazione razionale della decisione a norma degli artt. 27, comma 2 e 111, comma 6 Cost. e 192, comma 1, c.p.p.)<sup>139</sup> - a seguito della codificazione del canone *in dubio pro reo*, dopo l'entrata in vigore della l. 20 febbraio 2006, n. 46, c.d. "Legge Pecorella" (sull'inappellabilità delle sentenze di non luogo a procedere, la quale ormai vive solo in parte per l'art. 428 c.p.p.) - che il giudice pronuncia sentenza di condanna quando la colpevolezza dell'imputato è provata al di là di "ogni ragionevole dubbio".

È la ragionevolezza del dubbio a rappresentare il *discrimen*, la linea di confine tra condanna e assoluzione, tra certezza e incertezza processuali, nel giudizio sulla responsabilità dell'imputato<sup>140</sup>.

In altri termini, la statuizione di condanna può essere pronunciata nel momento in cui il Giudicante abbia ricostruito un quadro cristallino dei fatti in causa, e dell'imputabilità di questi, prospettando un elevatissimo grado di credibilità razionale, confinante con la certezza processuale della responsabilità dell'imputato. Il minimo dubbio sul punto inficia la decisione di manifesta illogicità facendo vacillare vieppiù l'ipotesi ricostruttiva circa la certezza processuale pervenuta<sup>141</sup>, considerato il ricorso al parametro/canone valutativo di matrice nordamericana dell'oltre il ragionevole dubbio ("*beyond a reasonable doubt*"), che è insieme regola probatoria e di giudizio.

Sussiste il ragionevole dubbio e si impone, viceversa, la sentenza assolutoria, ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p. quando manca ovvero è insufficiente ovvero è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che

---

<sup>138</sup> Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2008 n. 38579, cit. ((Nella specie, la Corte ha annullato la sentenza di merito che si era limitata a dare atto della mancanza di «evidenti cause di proscioglimento nel merito»).

<sup>139</sup> A. B. FIORETTI, *Oltre ogni ragionevole dubbio. La crisi dei concetti di imputabilità, infermità e pericolosità sociale*, Amazon Kindle Direct Publishing, 2021, 61-62.

<sup>140</sup> G. CARLIZZI, *La regola del ragionevole dubbio nel processo penale, con particolare riguardo al giudizio di cassazione*, in *Foro it.*, 2021, II, 209.

<sup>141</sup> Cass. pen., Sez. II, 16 Giugno 2020, n. 18313, *www.diritto.it*.

l'imputato lo abbia commesso, che il fatto costituisca reato ovvero, infine, che il reato sia stato commesso da persona imputabile.

È noto l'avvenuto superamento dell'orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi in passato in contrasto con la dottrina anche allora dominante, che riteneva inapplicabile l'antica formula dubitativa sull'esistenza delle cause di giustificazione, delle cause personali di non punibilità e della condizione di non imputabilità, sul presupposto che si trattasse di "fatti impeditivi", e, quindi, necessitanti di prova piena per essere operanti (*in dubio contra reum* quanto ai fatti impeditivi).

La condizione di non imputabilità veniva equiparata – quanto all'onere probatorio - all'elemento negativo del fatto, il c.d. "fatto impeditivo".

Al contrario, alla stregua della vigente disciplina (e visione) processuale, sarebbe da escludere che ci si trovi di fronte ad elementi negativi del fatto ed il giudice dovrebbe attenersi alla regola di giudizio specifica, alla stregua della quale da un lato, al P.M., diversamente per quanto accade per gli elementi essenziali del reato o per le condizioni obiettive di punibilità, può non competere l'onere (invero diabolico) di provare l'inesistenza di ogni possibile causa di giustificazione o di non punibilità o di non imputabilità, ma, dall'altro andrebbe disposta l'assoluzione dell'imputato, come nei casi di insufficienza o di contraddittorietà della prova a carico *ex art. 530, comma 2, c.p.p.*, laddove sorga anche solo il ragionevole dubbio (ovvero un principio di prova o una prova incompleta) sulla ricorrenza di una di esse.

Anche se, ad onor del vero, l'art. 530 c.p.p., al successivo comma 3, (*in dubio pro reo* quanto ai fatti estintivi) cita esplicitamente solo le cause di giustificazione e le cause personali di non punibilità, ma non la condizione di inimputabilità, il giudice, in applicazione dell'art. 530, comma 2, c.p.p., può escludere, ritenere o porre in dubbio la sussistenza della capacità di intendere e di volere al momento del fatto e che deve emettere, correlativamente, la propria decisione in forma dubitativa se non accertata al di là di ogni ragionevole dubbio l'imputabilità dell'imputato<sup>142</sup>, ed il relativo onere probatorio non è attribuito all'imputato, quale prova di una eccezione, bensì alla pubblica accusa<sup>143</sup>.

In definitiva, all'insuperabile dubbio (ragionevole) sull'imputabilità, alla pari di prova insufficiente o contraddittoria, dovrebbe corrispondere la formula

<sup>142</sup> Cass. pen., Sez. I, 25 maggio 2016 (dep. 27 febbraio 2017), n. 9638, in *www.canestrinilex.com*.

<sup>143</sup> Cass. pen., Sez. I, 5 maggio 2011, n. 33750; Rv. 185807 del 1990; Rv. 120431 del 1971.

terminativa dell'assoluzione dell'imputato ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p.<sup>144</sup>.

In tema di patteggiamento, infine, la manifestazione di volontà espressa dall'imputato (sia che assuma l'iniziativa del concordato sulla pena sia che aderisca alla proposta del P.M.) è un atto negoziale personalissimo che presuppone necessariamente la capacità di intendere e di volere<sup>145</sup>. La capacità di intendere e di volere dell'imputato, insieme alla sua capacità di stare in giudizio, integrano dei presupposti fondamentali per un giudizio che si concluda con l'affermazione di responsabilità dell'imputato. Ne consegue che i dubbi sull'imputabilità, anche qualora emersi dopo l'emissione della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, incidono sulla validità del consenso prestato nell'ambito della procedura di cui agli artt. 444 ss. c.p.p.<sup>146</sup>.

## **12. Imputabilità e neuroscienze.**

Fin dall'Ottocento il giudice, durante il processo si avvale di "esperti", che collaborano per valutare le capacità psichiche dell'imputato, al fine di pervenire a decisioni di responsabilità penale al di là di ogni ragionevole dubbio.

Oggi, in materia di imputabilità, e, in particolare di infermità di mente, accanto agli strumenti tradizionali (ad esempio, la perizia ex artt. 220 ss. c.p.p., etc.), hanno assunto nel tempo rilievo crescente le *neuroscienze*, rientranti a pieno titolo tra gli strumenti appartenenti alla "nuova prova scientifica"<sup>147</sup> all'interno del processo penale (riguardo all'imputabilità, pericolosità sociale, capacità di stare in giudizio, idoneità a testimoniare), le quali si fondano su metodiche oggettive in grado di migliorare l'indagine sulle basi biologiche del

---

<sup>144</sup> Corte d'Assise di Trento 27 aprile 2010, n. 1/10.

<sup>145</sup> Cass. pen., Sez. VI, 2-5 aprile 2012, n. 13183: "La manifestazione di volontà espressa dalla parte privata-imputato è atto negoziale di assoluta rilevanza incidente sul suo diritto di libertà che richiede piena consapevolezza rappresentativa e deliberativa degli effetti giuridici che l'espressione del consenso al patteggiamento della pena produce", <https://dirittopenaleprocedura.blogspot.com>.

<sup>146</sup> Cass. pen., Sez. VI, 21 gennaio 2016, n. 7530, *Dir. giust.*, 2016.

<sup>147</sup> Sulla quale sia consentito rinviare, anche per i puntuali riferimenti bibliografici, a S. DI PINTO, *La prova scientifica nel processo penale*, in *Riv. Pol.*, 2018, n. IX-X, 909-946, bibliografia; volendo, per un particolare profilo, S. DI PINTO, *L'esecuzione della pena e l'istituto dell'affidamento in prova a fini terapeutici nei casi di tossicodipendenza*, in *Riv. Pol.*, 2023, n. III-IV, 191-244.

disturbo mentale e del comportamento criminale, con il limite, rispetto a quest'ultimo, di non poter fornire certe e affidabili informazioni predittive<sup>148</sup>.

Tra le metodologie utilizzate, tecniche di *imagining* strutturale o morfologico, di *imaging funzionale* (il "Control Question Test" e gli infrarossi, la Risonanza Magnetica funzionale-fMRI e la Tomografia a Emissione di Positroni-PET, il poligrafo con "Gulty Knowledge Test"-GKT, i "Potenziali Evocati Cognitivi-ERP")<sup>149</sup>, e tecniche di *genetica comportamentale*.

In quest'ultimo caso gli esami verificano l'esistenza di varianti polimorfiche nei geni, significativamente associate in letteratura ad un aumento di rischio di comportamenti aggressivi.

Generalmente conosciute come "neuroimaging" o "brain imagining"<sup>150</sup> e volte alla misurazione morfologica e del metabolismo cerebrale attraverso ricostruzioni tridimensionali del cervello, queste "neuro immagini" mostrano il ruolo determinante della porzione di corteccia corrispondente ai lobi frontali del cervello nell'attività di regolazione e inibizione degli impulsi aggressivi e la correlazione tra "deficit" strutturali e funzionali dell'area prefrontale e l'insorgere di comportamenti violenti.

In particolare, è proprio la neuroscienza comportamentale ad avere come oggetto di indagine i meccanismi cerebrali considerati nella specifica prospettiva del comportamento, nelle sue manifestazioni sensorie, motorie,

---

<sup>148</sup> M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in G. FORTI - G. VARRASO - M. CAPUTO (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, 129.

<sup>149</sup> I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia e determinismo, neuroscienze*, Raffaello Cortina Editore, 2012.

<sup>150</sup> Nella letteratura straniera, in favore della tecnologia del *brain imaging*, oltre al fondamentale M. S. GAZZANIGA - R.B. IVRY - G.R. MANGUN, *Neuroscienze cognitive*, International student edition, Bologna, 2015. Cfr. M.J. BLITZ, *Searching Minds by Scanning Brains*, Neuroscience Technology and Constitutional Privacy Protection, Oxford, 2017; L. MERCHAN-ROJAS, *Neurosciences and forensic psychopathology: Contributions to law and the administration of justice*, in *Acta Colombiana de Psicología*, 2017, 20, 1, 286-287; G. MEYNEN, *Neurolaw: recognizing opportunities and challenges for psychiatry*, in *Journal Psychiatry Neurosci.*, 2016, 41, 1, 1; K. SCHILTZ - M. SCHÖNE - B. BOGERTS, *Contribution of neurosciences to forensic psychiatry*, *Article@Beitrag der Neurowissenschaften zur forensischen Psychiatrie*, in *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, 2016, 10, 4, 274-283; E.N. MOWLE - J.F. EDENS - J.W. CLARK - K. SOERMAN, *Effects of Mental Health and Neuroscience Evidence on Juror Perceptions of a Criminal Defendant: the Moderating Role of Political Orientation*, in *Behavioral Sciences and the Law*, 2016, 34, 6, 726-741; O.D. JONES - A. D. WAGNER - D.L. FAIGMAN - M.E. RAICHEL, *Neuroscientists in Court*, in *Nature Reviews Neuroscience*, 2013, 14, 730; A. LAMPARELLO, *Neuroscience, Brain Damage, and the Criminal Defendant: Who does it help and where in the criminal proceeding is it most relevant?*, in *Rutgers L. Rec.*, 2012, 39, 161; N. A. VINCENT, *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford, 2013.

cognitive ed emotive (quali l'intelligenza, l'introversione, l'estroversione, il comportamento aggressivo ed antisociale, l'orientamento sessuale, le dipendenze varie), "nel tentativo di individuare i geni che possono giocare un ruolo nel determinare l'espressione di tali tratti"<sup>151</sup>.

Alla neuroscienza comportamentale si sovrappone, in parte, quella cognitiva che riguarda le basi neurali dei meccanismi biologici sottesi ai processi cognitivi, ai processi cosiddetti "mentali" (percezione, decisione, memoria, azione, linguaggio, ragionamento, apprendimento), i quali sono alla base dell'agire umano.

Per esemplificare, tra i test troviamo l'*Implicit Association Test* (I.A.T.), un esame del ricordo autobiografico volto a misurare la forza dei legami associativi tra i concetti rappresentati in tale procedura, che tende a verificare l'esistenza di una traccia di memoria, di un'informazione, all'interno della mente di un soggetto, sulla base dei suoi tempi di reazione. Secondo i creatori di questo test (R. Greenwald e colleghi nel 1998) il ricordo naturale o compatibile, avrebbe un tempo di reazione molto rapido, mentre un aumento anche infinitesimale di quest'ultimo, segnalerebbe il superamento di un conflitto cognitivo, nel rispondere in modo non vero al ricordo presente nella sua memoria.

Quindi, minori sono i tempi di reazione, maggiore è l'attendibilità<sup>152</sup>.

Il *Time Antagonistic Response Alethiomete* (T.A.R.A.) è diretto a verificare la presenza, in un determinato soggetto, di una traccia mnesica di un evento autobiografico significativo.

Sempre attraverso l'utilizzo di un computer, la suddetta tecnica si fonda sulla cronometria cognitiva (procedimento molto simile a quello dello I.A.T.), in cui viene formulata una successione alternata di affermazioni come "vere" o "false", nel modo più veloce e preciso possibile, per produrre le quali l'individuo sottoposto ad esame deve premere uno dei due tasti indicati.

Tale tecnica, ha la sua peculiarità nel fatto che crea una situazione artificiale in cui mentire è più impegnativo del rispondere in modo veritiero, aumentando così i tempi di risposta nel primo caso.

---

<sup>151</sup> C. CONTI, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, a cura di P. FERRUA, Torino, 2013.

<sup>152</sup> G. SARTORI – A. AGOSTA, *Menzogna, cervello e Lie Detection*, in A. Bianchi – G. GULLOTTA – G. SARTORI (a cura di), *Manuale di Neuroscienze Forensi*, Milano, 2009, 172-190; C. BONA – R. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto. Ricordare, pensare, decidere dell'esperienza forense*, Bologna, 2013, 69.

Ampiamente utilizzato nella ricerca sulla cognizione e sulle emozioni, è inoltre lo “*Iowa gambling test*”, un test psicologico basato sul gioco d’azzardo, utilizzato (specie in neuro-economia) per osservare i meccanismi decisionali della mente umana nella vita reale.

Ideato da A. Bechara, A. Damasio, D. Tranel e S. Anderson (all’epoca ricercatori nell’Università dell’Iowa), è stato usato in diversi esperimenti mirati ad analizzare la capacità di scelta carente in pazienti con lesioni della corteccia prefrontale ventromediale o della corteccia orbitofrontale.

Poiché è stato dimostrato che lesioni in queste aree comportano l’incapacità di rievocare le emozioni relative ad eventi passati, ci si aspetta che i pazienti affetti da tali menomazioni siano incapaci di trarre profitto dalle esperienze precedenti, effettuando le proprie scelte in modo del tutto casuale.

Quanto ai parametri sulla base dei quali valutare la scientificità e quindi l’affidabilità processuale di una teoria scientifica si fa normalmente riferimento all’esperienza della Corte Suprema nordamericana ed in particolare alla celebre sentenza c.d. “*Daubert*” (seguita dalle successive “*Joiner*” e “*Kumho*”), la quale individua come criteri per l’apprezzamento della scienza valida (ossia rilevante e affidabile) la possibilità di verificare e falsificare il principio scientifico da impiegare<sup>153</sup>;

- che esso sia stato oggetto di una revisione paritaria da parte dei componenti della comunità scientifica;

- che i risultati delle ricerche siano stati pubblicati in riviste specialistiche;

- che sia considerata la percentuale di errore, nota o potenziale, della teoria scientifica;

- che siano rispettati gli standard di corretta esecuzione delle operazioni applicative inerenti quel determinato principio scientifico;

- che vi sia stata accettazione della teoria nella comunità scientifica”.

In pratica:

---

<sup>153</sup> Per la validità del principio scientifico su cui si fonda la prova, non si dovrà più far riferimento al criterio dell’accettazione della comunità di riferimento per vagliare l’attendibilità di una prova scientifica, ma la stessa dovrà essere verificata dal giudice all’interno del processo. I requisiti per l’ammissibilità di una prova scientifica sono: la sua rilevanza (*rule* 401) e l’affidabilità. Quest’ultima va valutata tenendo conto di quanto previsto dalla *rule* 702, ove è previsto che oggetto dell’*expert witness* deve essere una «conoscenza scientifica», ossia, come si legge nella decisione *Daubert*, «radicata nei metodi e procedimenti della scienza». Per il tenore troppo vago con cui la decisione *Daubert* definisce la “conoscenza scientifica”, cfr. J.A. MORENO, *Beyond the polemic against junk science: navigating the oceans that divide Science and Law with Justice Breyer at the Helm*, in 81 *Boston Un. L. Rev.*, 2001, nt. 37.

- sottoposizione della teoria a test empirici, e in particolare a tentativi sperimentali di smentita;
- sottoposizione della teoria a *peer review* e quindi pubblicazione della stessa su riviste specializzate;
- conoscibilità del relativo tasso di errore, accertato o potenziale; infine,
- riscossione di un consenso generale da parte della comunità scientifica di riferimento<sup>154</sup>.

Il principio scientifico e la tecnologia, inoltre, devono essere non solo teoricamente validi, ma anche applicati correttamente nel caso concreto; tale correttezza dell'utilizzo deve essere oggetto di un controllo specifico da parte del giudice.

Secondo quanto previsto dalla *rule* 702, l'apporto dell'esperto deve essere d'ausilio al giudice nella ricostruzione del fatto oggetto di giudizio. Da tale previsione discende un ulteriore requisito, oltre a quello della rilevanza (*rule* 402), che in tal caso però si riferisce non all'oggetto di prova, bensì al principio scientifico e al metodo utilizzati, che devono necessariamente fornire conoscenze per la ricostruzione del fatto nel singolo caso concreto (requisito definito con il termine *fit*)<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> La decisione *Daubert v. Merrel dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509, US, 579, 589, 1993, avviene nel 1993 e segna il definitivo abbandono del *General acceptance test* (in cui il giudice, nel vagliare l'affidabilità della prova, si rimette all'*ipse dixit* della comunità scientifica), lasciando alle sue spalle il metodo della preventiva individuazione dell'adeguatezza della conoscenza specializzata. Il giudice, infatti, acquista adesso a tutti gli effetti il ruolo di *gatekeeper*, con il compito di verificare sia la rilevanza nel caso concreto, sia l'affidabilità in astratto della prova scientifica; egli infatti non dovrà più rimettersi all'*ipse dixit* della comunità scientifica, ma dovrà vagliare direttamente l'affidabilità dello strumento tecnico-scientifico utilizzato nell'assunzione della prova. Cfr. K.R. FOSTER - P.W. HUBER, *Judging science: scientific knowledge and the Federal Courts*, MIT Press, 1997, 12 ss.; P. W. HUBER, *Galileo's Revenge: junk science in the Courtroom*, 2 ss.; C. STERLOCCHI, *Gli standards di ammissibilità della prova penale scientifica nel processo statunitense*, in *Scienza e processo penale*, a cura di C. CONTI, Milano, 2011, 401. M.A. BERGER, *The Supreme Court's trilogy on the admissibility of expert testimony*, in *Federal Judicial Center - Reference manual on scientific evidence*, 2nd edition, Washington.

<sup>155</sup> Si veda A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle "conoscenze esperte" come "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1143. Nella stessa decisione *Daubert* si riporta, a titolo esemplificativo, l'esempio di una prova scientifica finalizzata a dimostrare come la luna piena, in una determinata notte, abbia potuto influenzare il comportamento del soggetto: in tal caso, la prova non è ammissibile, perché non vengono fornite informazioni utili alla ricostruzione del fatto. Per fare un esempio più realistico, si consideri il caso *United States v. Downing*, in cui veniva richiesta l'ammissione di un *expert witness* sul tema della fallibilità delle identificazioni eseguite da testimoni oculari qualora

Almeno in relazione al caso oggetto di tale giudizio, pertanto, la consulenza neuro-scientifica di parte sembra non aver superato il c.d. "Test Daubert" e, di conseguenza, non è stata ritenuta frutto dell'utilizzo di una "scienza valida"<sup>156</sup>.

Negli Stati Uniti, la necessità di una più corretta definizione dell'ambito di operatività del Daubert test, specie con riferimento alla discrezionalità esercitata dal giudice nell'elaborare i criteri di controllo, ha fatto sì che in più occasioni la giurisprudenza della Suprema Corte Federale intervenisse: si è così formato un filone giurisprudenziale meglio noto con il nome di "trilogia *Daubert-Joiner-Kumho*"<sup>157</sup>.

---

avessero avuto ad oggetto una persona di razza diversa o fossero state effettuate in condizioni di stress. La corte esclude la prova, rilevando che, non essendo state svolte nel caso concreto identificazioni su persone di razza diversa o sotto condizioni di stress, questa non fosse *fit* (rilevante). Pertanto, dalla *rule 702* si evince che deve necessariamente sussistere un nesso scientifico tra la prova richiesta e la ricostruzione del fatto oggetto di giudizio.

<sup>156</sup> Cass. pen., Sez. I, 21 luglio 2016, n. 27129, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 2016, n. 54429, in *Pluris*; Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2018, n. 26895, in *Giur it.*, 1, 2019, con commento di C. GRANDI, *Le persistenti cautele sull'uso della prova neuro scientifica nel giudizio di imputabilità*.

<sup>157</sup> Si allude alle sentenze *General Electric Co. v. Joiner* del 1997 e *Kumho Tire Company, Ltd. v. Carmichael* del 1999. Il primo incisivo intervento della Suprema Corte Federale sull'interpretazione dei criteri del Daubert test si è avuto con il caso *Joiner* nel 1997. Con tale decisione, la Corte ha affrontato in particolare due questioni. In primo luogo, ribadita la funzione di *gatekeeper* del giudice, sono stati chiariti i parametri che le corti d'appello devono utilizzare nel riesaminare le decisioni delle corti distrettuali in tema di ammissibilità di prove scientifiche. Tra tali parametri, figura l'*abuse of discretion*, l'abuso della discrezionalità del giudice nell'elaborare i criteri di controllo. Ciò si verifica quando il giudice, in contrasto con le *Federal Rules of Evidence* e con il Daubert test, ammetta un *expert witness* basandosi soltanto su elementi fattuali asseriti dall'esperto (*only by the ipse dixit of the expert*) o su convinzioni soggettive e speculazioni senza fondamento (*subjective belief or unsupported speculation*). Credenze soggettive, speculazioni e asserzioni senza fondamento non rientrano, pertanto, nel concetto di sapere scientifico.

In secondo luogo, la Corte ha affermato che le metodologie utilizzate dall'esperto e le sue conclusioni non devono essere considerate "entità" separate: il giudice è infatti chiamato a controllare non solo la validità delle teorie, ma anche la loro corretta applicazione pratica da parte dell'esperto.

I giudici, pertanto, sono ora chiamati a valutare anche l'"*analytical gap*" tra le premesse e le conclusioni rassegnate dall'esperto, che devono presentare una correlazione molto stretta perché la prova sia ritenuta affidabile. Vi deve essere, quindi, coerenza logica tra l'argomentazione dell'esperto e le sue conclusioni: non basta la validità teorica del metodo, ma occorre anche che tale metodo sia applicato correttamente nel caso concreto. La mancata valutazione, da parte del giudice, della correttezza dei procedimenti inferenziali che dalle teorie portano alle conclusioni, determina un vizio del provvedimento di ammissione.

Nel 1999, con il caso *Kumho*, la Suprema Corte Federale interviene una seconda volta per puntualizzare alcuni aspetti concernenti il Daubert test. Il tema principale riguarda

Tale metodo è stato avallato successivamente anche dalla Suprema Corte italiana<sup>158</sup>.

La dottrina più attenta<sup>159</sup> ha rilevato che i criteri enunciati nella sentenza Daubert (quali ad esempio la verificabilità del metodo, la generale accettazione della comunità scientifica, la conoscenza del tasso di errore) hanno diversi punti di somiglianza con la disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p. per le prove atipiche. In particolare, l'idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti, che il giudice deve valutare in sede di ammissione, ben può riguardare proprio i nuovi strumenti tecnico-scientifici e il loro grado di affidabilità sia in astratto (derivante dall'accettazione della comunità scientifica e dalla verificabilità del

---

l'individuazione dei criteri da adottare nel vagliare l'affidabilità di una prova scientifica. Si ribadisce, innanzitutto, quanto stabilito nella decisione Daubert, con riferimento all'ampia discrezionalità di cui gode il giudice non solo nel valutare l'affidabilità di una prova scientifica, ma anche nell'individuare i criteri di ammissibilità. Il limite a tale discrezionalità è costituito dall'*abuse of discretion*, che, come visto, impedisce al giudice di ammettere un expert witness basandosi soltanto su asserzioni fattuali dell'esperto prive di fondamento scientifico. Tale limite era già stato riconosciuto dalla decisione Joiner, ma soltanto relativamente al riesame delle Corti d'appello sulle decisioni delle Corti distrettuali in tema di ammissibilità di prove scientifiche. Ora, invece, si afferma che tale parametro deve ispirare già il giudice di primo grado nell'elaborazione di tali criteri, privandosi altrimenti il giudice di un potere discrezionale indispensabile per scongiurare inutili dispendi di risorse processuali e ritardi ingiustificati, che non si verificherebbero qualora la prova fosse ab origine giudicata inammissibile.

Tuttavia, l'aspetto più importante di tale pronuncia consiste nel riconoscimento della possibilità di esercitare tale potere discrezionale non solo nel caso di esperti con competenze scientifiche o tecniche, ma anche relativamente a conoscenze "altrimenti specializzate", poiché la *rule 702* le accomuna ai saperi scientifici. Tale affermazione della Corte è di fondamentale importanza, se solo si considera che fino a quel momento la validità degli enunciati non scientifici basati sull'esperienza era ritenuta insindacabile. Ne consegue che ogni *expert witness* è soggetta al vaglio di affidabilità da parte del giudice di primo grado, sia essa «di un medico, di un patologo legale, un epidemiologo, un economista, un sociologo, un pompiere, un astronomo, un programmatore o un esperto di pneumatici (come nel caso Kumho)».

Per quel che concerne i criteri di controllo, la Corte afferma che non è possibile predeterminarli rigidamente, dovendosi modellare su ogni singolo caso concreto; la verifica sull'affidabilità va, pertanto, effettuata tenendo conto della specifica questione a cui si riferisce l'*expert witness*.

La decisione Daubert aveva infatti elaborato un "*two-steps test*" per vagliare l'ammissibilità di una prova scientifica: nel primo step il giudice doveva verificare la validità della teoria proposta dall'esperto e l'affidabilità della metodologia; nel secondo, invece, doveva controllare che la prova fosse "*fit*", ossia rilevante rispetto ai fatti oggetto della controversia. Con la decisione Kumho si amplifica il secondo *step*, poiché si pone in primo piano la valutazione delle competenze dell'esperto riferite al caso concreto, così da fornire al giudice un criterio di pertinenza più facilmente applicabile ad ogni tipologia di *expert witness*.

<sup>158</sup> Ci si riferisce alla sentenza c.d. "Cozzini", Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341 ss., con commento di P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri di Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*.

<sup>159</sup> O. DOMINIONI, *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 1063.

metodo) sia in concreto (inteso come utilità che ne discenderebbe dall'applicazione al caso oggetto di giudizio).

E' quindi il giudice stesso, con un giudizio *ex post*, ad affermare la scientificità della prova, a scapito di qualunque classificazione *ex ante* sulla base soltanto della generale accettazione della comunità scientifica: e la disciplina di riferimento non può che essere pertanto quella dell'art. 189 c.p.p.<sup>160</sup>.

Nella giurisprudenza italiana la sentenza Daubert è stata invocata, ad esempio, in due note sentenze di merito, ovvero la celebre decisione del 2009 dalla Corte d'Assise d'Appello di Trieste, seguita a breve distanza, nel 2011, dall'altro *leading case* definito dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Como<sup>161</sup>, a sostegno della forza probatoria della spiegazione neuroscientifica, e, in particolare, degli esiti di test genetici e neuro-immagini ritenuti idonei a giustificare, unitamente a quelli di perizie psichiatriche tradizionali, la diminuzione di pena per semi-infermità<sup>162</sup>.

Si tratta dei primi (e finora unici) casi in cui il ricorso al sapere neuroscientifico ha contribuito – sia pur non in via esclusiva, bensì in funzione di completamento di indagini peritali condotte con le tecniche classiche – al

---

<sup>160</sup> P. TONINI, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2007, 69 ss.

<sup>161</sup> Si tratta, rispettivamente, della sentenza della Corte d'Assise di Appello di Trieste (Presidente estensore Reinotti), 18 settembre/1 ottobre 2009, n. 5, Bayout, in *Riv. pen.*, 2010, 70 ss. con nota di A. FORZA, *Le Neuroscienze entrano nel processo penale*. e della sentenza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Como, 20 maggio 2011, n. 536, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 246 ss. e in *Guida al diritto (online)* – 30-08-2011, con commento di P. MACIOCCHI, *Gip di Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale*.

<sup>162</sup> In tema di rapporto tra processo penale e neuroscienze, v. S. DI PINTO, *Neuroscienze e processo penale italiano*, in *Riv. Pol.*, 2022, n. III-IV, 187-240, con ampia bibliografia; Id., *Prassi e teoria del neurodiritto penale*, in *Grafologia Medica*, CIGME, Centro Internazionale di Grafologia Medica, Roma, 2021, n. 3-4, 12-22; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016, Introduzione, pag. XI. Per una puntuale definizione di neuroscienze, si veda anche L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in *Riv. it. Med. leg.*, 33(3), 2012, 904: "le neuroscienze hanno ad oggetto lo studio del cervello e del sistema nervoso degli organismi viventi a livello molecolare, biochimico e genetico. Lo scopo delle neuroscienze è quello di analizzare la base biologica delle espressioni mentali e comportamentali dell'animale e dell'uomo a partire dallo studio delle singole cellule nervose, i neuroni"; M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1 ss.; C. INTRIERI, *Le neuroscienze ed il paradigma della nuova prova scientifica*, in A. BIANCHI – G. GULLOTTA – G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, 195; G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali*, Torino, 2012; M.L. DI BITONTO, *Neuroscienze e processo penale*, in G. CANZIO – L. LUPÀRIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Padova, 2018, 753; F. CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1, 110-117;

riconoscimento di una ridotta capacità di intendere e di volere ai sensi dell'art. 89 c.p.. In particolare, tali sentenze di merito hanno affrontato in concreto l'introduzione della strumentazione neuro-scientifica come contenuto/contenitore delle indagini peritali in tema di imputabilità.

Va da sé che gli scenari aperti da questo tipo di analisi mostrano un certo fascino per il giurista che deve indagare la capacità di intendere e di volere degli autori di reato<sup>163</sup>, e ciò non soltanto in riferimento al primo piano del giudizio di imputabilità, relativo alla diagnosi del disturbo, bensì anche rispetto al più problematico secondo piano del giudizio medesimo, riguardante il grado

---

<sup>163</sup> Sul punto, si veda l'interessante studio di M. B. MAGRO, *La mente sana e la mente alterata Uno studio neuroscientifico sulla capacità di intendere e di volere e sul vizio di mente*, Arch. Pen., 2019, 1-33, nel quale si rileva come l'idea che l'uomo disponga della capacità di controllare consapevolmente il proprio agire e di dominare impulsi e emozioni appartiene al più profondo e diffuso senso comune ed è alla base del concetto di responsabilità morale e giuridica. Tuttavia, il nostro sistema penale non fornisce elementi per definire cosa davvero si debba intendere, in positivo, per mente sana, ossia per capacità di intendere e capacità di volere, né ciò che ne rappresenta l'anomalia (la mente alterata) a causa di un vizio di mente (la mente alterata). L'interpretazione dei concetti non è agevolata dalla complessiva disciplina contenuta nel codice che, nel recepire l'humus culturale del tempo, sembra essersi ispirata ad una obsoleta concezione che distingueva i disturbi neurologici, di matrice organica, dai disturbi dell'umore, inerenti al carattere morale dell'individuo, quindi irrilevanti ex art. 90 c.p.

Tuttavia, il confluire di saperi di diversa matrice nell'ambito della moderna scienza medica e nella moderna psichiatria, oltre a imporre una ridefinizione evolutiva del concetto di vizio di mente e della sua metodologia di accertamento, ripropone in termini inediti il rapporto tra art. 88 e art. 90 c.p., ove centrale è il riferimento allo stato mentale alterato e il suo grado di incidenza sui meccanismi cognitivi e volitivi. In tal senso, i recenti studi di biologia della mente hanno individuato in modo più preciso quali sono le alterazioni di cui sono caratterizzati disturbi come la depressione, lo spettro autistico, il disturbo bipolare, la schizofrenia e il fenomeno delle dipendenze. Nella prospettiva di una reciproca integrazione tra saperi incommensurabili e di ricerca di un linguaggio comune, è proficuo attingere a recenti test di psicologia cognitiva e di *brain imaging* che individuano precisi domini e processi mentali che sovrintendono l'autocontrollo e che possono supportare una ricostruzione della categoria della imputabilità e dei deficit dell'autocontrollo in termini più aderenti al dato empirico (sono i domini della azione impulsiva, della scelta impulsiva e della rigidità comportamentale). Questi studi possono fornire un valido strumento al perito e al giudice per la selezione di quegli stati mentali alterati, emotivi e passionali, che sono tali, per intensità e gravità, da escludere o menomare le capacità di autocontrollo, fornendo così una chiave interpretativa più salda all'interpretazione degli artt. 88-90 c.p., non trascurando però che la ricerca delle ragioni del reato (e mai delle sue cause naturali), cioè la sua intima connessione con le alterazioni della mente, in quanto spiegazione razionale-teleologica del comportamento umano, è giudizio logico-normativo, spettante unicamente al giudice.

di incidenza del disturbo sulla capacità di intendere e di volere del soggetto, come pure in relazione al grado di predittività della pericolosità sociale<sup>164</sup>.

Giova precisare che, in ogni caso, lo stretto rapporto tra imputabilità e funzione della pena e il concetto di “motivabilità” da parte della norma penale (c.d. *motivabilità normativa*) non sono messi in discussione dall'avvento delle neuroscienze, in quanto gli spunti offerti dai recenti studi sui correlati neuronali del comportamento umano non vanno valorizzati nel senso di escludere il libero arbitrio. Detti studi, dunque, non consentono di superare le categorie della colpevolezza e dell'imputabilità, bensì si limitano a fornire un *contributo scientifico all'accertamento processuale* della capacità di intendere e di volere<sup>165</sup>.

Il contributo più rilevante delle neuroscienze sotto il profilo penale, è stato senza dubbio quello di “rinvigorire” il primo piano del giudizio di inimputabilità: quello medico-psicologico-psichiatrico. Quello cioè della diagnosi di malattia mentale<sup>166</sup>.

A tal fine, è stato chiarito dagli stessi scienziati che le neuroscienze sono importanti perché offrono maggiore oggettività della valutazione peritale; cosa

---

<sup>164</sup> Cfr. F. CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1, 110 ss.; M. CASELLATO - D. LA MUSCATELLA - S. LIONETTI, *Le valutazioni di responsabilità del soggetto autore del reato. L'evoluzione delle neuroscienze e l'impatto sul sistema penale delle nuove metodologie scientifiche*, in *Riv. pen.*, 2014, 3, 248; S. PELLEGRINI, *Il ruolo dei fattori genetici nella modulazione del comportamento: le nuove acquisizioni della biologia molecolare genetica*, in A. BIANCHI - G. GULLOTTA - G. SARTORI (a cura di), *Manuale di Neuroscienze Forensi*, Milano, 2009, 69 ss.; P. PIETRINI, V. BAMBINI, *Homo ferox: il contributo delle neuroscienze alla comprensione dei comportamenti aggressivi e criminali*, in *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., pag. 41 ss.; S. LIONETTI - M. CASELLATO - D. LA MUSCATELLA, *La responsabilità colpevole tra libero arbitrio e neodeterminismo biologico. Profili psicologici e forensi dei nuovi strumenti delle neuroscienze*, in *Brainfactor - Cervello e Neuroscienze*, 2013; G. SARTORI, L. SAMMICHELI, *Neuroscienze e imputabilità*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2007, 333; A. STRACCIARI - A. BIANCHI, G. SARTORI, *Neuropsicologia forense*, Bologna 2010, 49 ss.; G. SARTORI - D. RIGONI, A. MECHELLI, P. PIETRINI, *Neuroscienze, libero arbitrio, imputabilità*, in AA.VV., *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, (a cura di) V. VOLTERRA, Milano, 2010, 36 ss.; P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, 2012, 2; T. BANDINI, M. LAGAZZI, *Le basi normative e le prospettive della perizia psichiatrica nella realtà europea contemporanea: l'imputabilità del sofferente psichico autore di reato*, in *Questioni sull'imputabilità*, a cura di A. CERETTI - I. MERZAGORA, Padova, 1994, 54.

<sup>165</sup> M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, *Riv. it. Med. leg.* 2012, 922-939; *Id.*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, 2013, 83 ss.; In senso analogo, *Id.*, *Imputabilità: scienze, neuroscienze e diritto penale*, in L. PALAZZANI - R. ZANNOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, 2013, 162; L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, in L. PALAZZANI - R. ZANNOTTI, *Il diritto delle neuroscienze*, cit., 121 ss.

<sup>166</sup> M. BERTOLINO, *op. cit.*, 924-926.

che non va certo intesa in termini di dare certezza delle risposte, ma nel senso di fornire ipotesi dotate di un certo grado di probabilità scientifica, che consentano cioè di evidenziare le condizioni di vulnerabilità o i fattori di rischio, in presenza dei quali è statisticamente più probabile il comportamento criminale e che, insieme alle altre evidenze psicopatologiche e processuali forniscono la spiegazione più convincente del fatto illecito.

Le neuroscienze devono quindi essere accolte nel processo penale – secondo le indicazioni degli stessi neuro scienziati – come un utile complemento alla valutazione peritale.

Poi, perché il giudice possa pervenire al secondo piano del giudizio, quello cioè relativo all'incidenza dell'infermità di mente sulla capacità di intendere o di volere, o perché possa formulare un giudizio di pericolosità sociale, il solo indizio neuroscientifico non basta<sup>167</sup>.

Da ultimo, si osservi che l'evoluzione degli studi scientifici e neuroscientifici in materia di imputabilità può assumere rilievo anche in relazione all'affidabilità scientifica del sapere esperto ai fini di un possibile giudizio di revisione della sentenza di condanna ex artt. 630 e 631 c.p.p.<sup>168</sup>.

### **13. L'imputabilità tra norma penale e neuroimaging.**

Premesso che ogni individuo è diverso e che, come visto, l'obiettivo delle neuroscienze è cercare di mettere insieme fattori diversi – genetici, di morfologia cerebrale, di funzionamento cerebrale, di abuso di sostanze, di deprivazione di sonno, etc. – che concorrono a determinare la capacità di controllare il comportamento, un atteggiamento prudente si riscontra anche nella giurisprudenza chiamata a valutare l'affidabilità delle neuroscienze forensi e la proposta di un ripensamento di alcuni istituti tradizionali del nostro ordinamento giuridico, tra i quali spicca l'imputabilità.

Come noto, in base alle nuove acquisizioni si pretende di trovare una stretta correlazione non solo tra le connessioni neuronali e i comportamenti umani, ma anche tra le prime e i fenomeni mentali più complessi, quali le emozioni e la formazione dei giudizi morali. In particolare, attraverso la *neuroanatomia* è ormai possibile misurare la struttura del cervello e la sua

---

<sup>167</sup> M. BERTOLINO, *op. loc. cit.*

<sup>168</sup> Cass. pen., Sez. I, 8 marzo 2011 (dep. 13 aprile 2011), n. 15139. Cfr. A. FAMIGLIETTI, *Nuova prova scientifica e giudizio di revisione*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, 127-134.

funzionalità, facendo emergere le alterazioni cerebrali e i problemi strutturali delle aree temporale e limbica, come talamo, ipotalamo, amigdala, ippocampo, setto pellucido e nucleo caudato. Una simile informazione cosa rileva o non rileva ai fini del giudizio di imputabilità? In base alla giurisprudenza precedentemente considerata, non è sostenibile che una persona non sia imputabile semplicemente perché presenta una ridotta densità neuronale nella corteccia. Piuttosto si evidenzia che, a riprova di quello che clinicamente è stato riscontrato, nell'individuo vi è anche un correlato cerebrale o un rischio genetico che offre un quadro completo delle sue capacità. Nei casi di patologia conclamata, come ad esempio un tumore in una certa area del cervello o una demenza frontale è certamente più facile stabilire l'esistenza di una relazione causale tra la patologia e il comportamento tenuto dal soggetto. Tuttavia, non sempre il giudice penale ritiene che la presenza della patologia abbia esercitato un ruolo causale rilevante sulla condotta criminosa. Non vi è nulla di deterministico, dipende dal tipo di lesione e dalla sua reversibilità e dalla possibilità di controllare, qualora fossero rimovibili, gli effetti della lesione.

La lettura in chiave neuro-scientifica dell'imputabilità secondo l'impostazione c.d. "neuro-riduzionista", peraltro, spinge la dottrina a porre un ineludibile interrogativo, che la giurisprudenza di legittimità *a contrariis* respinge e nega: si sta procedendo "verso un diritto penale senza imputabilità?"<sup>169</sup>. In altre parole si porrebbe, ancora una volta, un serio problema di compatibilità tra le neuroscienze e il diritto penale, in particolare con la colpevolezza, fondata sul tradizionale rapporto psichico tra fatto e autore, nelle classiche forme del dolo e della colpa - le uniche conformi alla personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27 comma 1, Cost. -, anche per poter muovere al soggetto agente un giudizio di rimprovero, di tipo giuridico, fondato sul potere agire diversamente<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, *Riv. it. Med. leg.* 2012, 922-939; *Id.*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, 2013, 83 ss.

<sup>170</sup> Si veda, sul punto, l'interessante lavoro di O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro)scienze?*, Torino, 2019, che si articola in tre parti: la prima è dedicata alla confutazione della tesi secondo cui le neuroscienze avrebbero ridotto il libero arbitrio a un'illusione, minando il fondamento stesso del diritto penale; la seconda affronta le specificità di questa prova scientifica sul piano dell'ammissione e valutazione nel processo; la terza, più ampia, indaga le mutazioni che i nuovi saperi potrebbero in prospettiva produrre sulla fisionomia di importanti categorie penalistiche. Pur evidenziando gli innegabili benefici che ne deriverebbero in chiave di personalizzazione della responsabilità penale e cercando di confutare alcuni diffusi

Secondo alcuni studiosi, addirittura, le neuroscienze – quindi, il complesso di discipline sopra richiamate – sarebbero ormai prossime a fornire la definitiva dimostrazione empirica che ogni comportamento umano è solo l'esito meccanicistico di un processo cerebrale: non esisterebbe, insomma, una volontà libera, consapevole, ma solo una serie di connessioni neuronali governate dalle leggi causali della fisica<sup>171</sup>.

Da qui il passo è breve alla formulazione del seguente, per certi versi inquietante interrogativo: se ogni comportamento umano è causalmente predeterminato, è forse giunta l'ora di congedarsi da alcune categorie basilari del diritto penale come i concetti di "libero arbitrio"<sup>172</sup>, (quello che nella moderna filosofia viene definito "libertà metafisica"<sup>173</sup>), di "coscienza e volontà", di "responsabilità personale intesa come capacità di agire altrimenti"? In inglese si dice "bad or mad", cattivi per scelta o perché malati, incapaci di fare altrimenti.

Se la neuroscienza fornisce la prova della malattia mentale, allora che senso ha la responsabilità penale? Il giudizio relativo ad una valutazione sul poter agire altrimenti rispetto ad un comportamento, qualificabile come fattispecie penale, verrebbe negato a priori. Ci sono criminali psicopatici che non provano quelle emozioni e sentimenti che sono alla base della vita sociale e del rispetto degli altri. C'è chi già propone una radicale rifondazione del diritto penale su nuove basi deterministiche, cui segue coerentemente una completa

---

pregiudizi, la monografia rende ragione della diffidenza che le nuove forme di conoscenza ancora suscitano presso larga parte del mondo giuridico.

<sup>171</sup> Si allude ai controversi esperimenti realizzati da Benjamin LIBET, uno dei padri degli studi sulla neuropsicologia dei fenomeni di coscienza (B. LIBET et al., *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act*, in *Brain*, 106, 1983, 623 ss.) e in seguito ripetuti e perfezionati da JOHN D. HAYNES (J.D. HAYNES et al., *Reading Hidden Intentions in the Human Brain*, in *Current Biology*, 17, 2007, 323 ss.) che avrebbero descritto come nell'uomo ogni "decisione comportamentale" sia preceduta (e non invece seguita, come si è portati a ritenere) da un'attivazione cerebrale inconscia e indipendente da qualsivoglia impulso volontaristico. Per una sintetica descrizione di tali esperimenti v., *ex multis*, M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *La frontiera mobile della libertà*, in *id.* (a cura di), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice, 2010, XI ss..

<sup>172</sup> M. B. MAGRO, *Relazione: Biorobotica, robotica e diritto penale*, 30 settembre 2013: "La scoperta di una fase biochimica alla base del processo decisionale, insieme a studi di filosofia della mente, mettono in discussione importanti caposaldi della cultura occidentale ed incidono su importanti categorie del diritto e del processo penale. Viene in rilievo la categoria della imputabilità e, a monte, il concetto di libero arbitrio", <https://www.dirpubblico.unipd.it>.

<sup>173</sup> G.C. LICHTENBERG, fisico, scrittore e anglofilo tedesco del '700, così ammoniva: "L'uomo è un capolavoro straordinario della creazione, non foss'altro perché nonostante tutto il determinismo giuridico, crede di agire come un essere libero".

rimodulazione delle sanzioni, sganciate da qualsiasi nucleo retribuzionistico e proiettate esclusivamente in funzione di cura e di controllo (se del caso, anche *ante delictum*) del soggetto predisposto – stando ai suoi neuroni – al crimine<sup>174</sup>.

Quindi, una radicale rifondazione del diritto penale su nuove basi deterministiche, seguita da una revisione completa delle sanzioni, allontanate dall'ideale retribuzionistico e proiettate esclusivamente in funzione di cura e di controllo (se, del caso, anche *ante delictum*) del soggetto predisposto – stando ai suoi neuroni – al crimine<sup>175</sup>.

Si tratta, tuttavia, di conclusioni che suscitano forti perplessità, sintetizzabili nei tre ordini di considerazioni critiche, condivisibilmente formulate<sup>176</sup> e di seguito sinteticamente esposte.

In primo luogo, si ha l'impressione di trovarsi di fronte solo all'ultimo tentativo, in ordine cronologico, di fornire una spiegazione unicausale della criminalità. Le teorie unicausali della criminalità – teoria neuro scientifica compresa – oscurano altri possibili fattori, di natura personale (che spaziano dall'indole all'educazione) e/o ambientale (che a loro volta variano dalla cultura alla società, alla famiglia, alla scuola, etc.), i quali esercitano indubbiamente un ruolo importante, per lo meno in funzione di creazione dell'occasione o di innesco del comportamento criminale: ammesso, quindi, che le neuroscienze riescano davvero a mappare una predisposizione neuronale al crimine, non disponiamo ancora di alcun elemento per affermare se e quando tale predisposizione si trasformerà effettivamente in realizzazione concreta.

Quindi non si nasce già predisposti a compiere dei crimini, c'è sempre l'influenza del fattore ambientale. Questa considerazione sulla dicotomia tra natura e cultura, che gli studi moderni stanno dimostrando essere totalmente priva di senso, è importante.

---

<sup>174</sup> Il punto più estremo, e provocatorio, della prospettata rifondazione del diritto penale sulla base delle (presunte) evidenze deterministiche fornite dalle neuroscienze, è forse toccato dagli scritti di G. MERKEL - G. ROTH, *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, in K.J. GRÜN - M. FRIEDMAN - G. ROTH (a cura di), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2008, 54-95; W. SINGER, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, Frankfurt am Main, 2003, 51 ss.; F.J. RUBIA, *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, Barcellona, Crítica, 2009, 148 ss.; infine, H. J. MARKOWITSCH - W. SIEFER, *Tatort Gehirn. Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechens*, Frankfurt-New York, 2007, 227 ss.

<sup>175</sup> F. BASILE - G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, *Dir. pen. contemp.*, 2017, 4, 6.

<sup>176</sup> F. BASILE - G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, *Dir. pen. contemp.*, cit., 4, 6-9.

Dal punto di vista genetico, tutti hanno lo stesso genoma, ma il motivo per cui siamo tutti diversi è perché sui 22 mila geni insistono oltre 30 milioni di variazioni. Alcuni dei geni che controllano i neurotrasmettitori cerebrali hanno anch'essi varianti alleniche che rendono un individuo più o meno plastico, permeabile all'ambiente. In altre parole, gli effetti dell'ambiente possono avere conseguenze minori o maggiori su certi individui rispetto ad altri. Se il concetto è quello di "geni di plasticità", ossia di favorire o meno una permeabilità alle condizioni ambientali, questo ci porta a concludere che genetica e ambiente non sono inscindibili.

Come ricorda il prof. Pietrini in una recente intervista<sup>177</sup>, l'unico caso di determinismo è stata la famosa famiglia descritta da Brunner nel 1993: nei maschi di una famiglia olandese con una pesantissima storia di comportamento antisociale vi era un allele nullo per il gene MAOA. Poiché questo gene si trova sul cromosoma X che, come noto, è presente in singola copia nel maschio, coloro che avevano questa mutazione non producevano alcun enzima MAOA, ed erano estremamente aggressivi e violenti. Questa mutazione così grave è fortunatamente estremamente rara.

Sembra quasi che "da diverse angolazioni le teorie neuro scientifiche che più radicalmente arrivano a dubitare della libertà del volere, sono sembrate una riesumazione della spiegazione lombrosiana del crimine secondo il principio del determinismo biologico, che proprio nelle tecniche di indagine del cervello e in quelle di genetica avrebbe alla fine trovato conferma"<sup>178</sup>.

In secondo luogo, la pretesa di una rifondazione del Diritto penale sulla base delle (presunte) evidenze deterministiche fornite dalle neuroscienze incorre in una sorta di errore categoriale, vale a dire nella violazione del principio epistemologico secondo cui "ciascuna scienza è in grado di comprendere solamente l'oggetto di studio al quale i propri strumenti le consentono di accedere". Tale errore categoriale conduce ad un ulteriore grave fraintendimento: la (erronea) convinzione che la disciplina penalistica della imputabilità, della colpevolezza, della pena retributiva ricalchi pedissequamente le acquisizioni fornite dalle scienze c.d. dure in tema di libero arbitrio. Ma ciò non corrisponde affatto alla realtà normativa: la disciplina

---

<sup>177</sup> V. STELLA, *Pazzi o criminali? La neuroscienza sfida il diritto penale*, *Il Dubbio*, 19 agosto 2021.

<sup>178</sup> M. BERTOLINO, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *Criminalia, Annuario di scienze penalistiche in disCrimen*, 27 novembre 2018.

positiva di tali istituti, infatti, a ben vedere costituisce l'esito di una autonoma rielaborazione, da parte della scienza penalistica, del concetto di libero arbitrio.

La scienza penale procede, del resto, spesso a rielaborare in via autonoma – con i propri strumenti e in vista delle proprie finalità – concetti provenienti dalle scienze “dure”: si pensi solo alle concezioni “penalmente rilevanti” di “causa”, “causalità”, “pericolo”, “malattia”, con specifico riferimento all’infermità mentale, “patrimonio”, le quali non coincidono specularmente con quelle predisposte dalla fisica, dalla chimica, dalla biologia, dall’economia, *et coetera*.

La scienza penalistica persegue fini completamente diversi dalla dimostrazione empirico-scientifica dell’esistenza, o meno, del libero arbitrio, mirando, invece, a costruire categorie – quali, appunto, l’imputabilità, la colpevolezza, la pena retributiva (“tendenzialmente rieducativa” della colpevolezza del reo obiettivata nel fatto *ex art. 27, comma 1, Cost.*<sup>179</sup>) – che possano fungere, nel pieno rispetto della dignità umana, da efficaci regolatori del vivere sociale<sup>180</sup>.

In terzo luogo, e infine, a rinforzo delle critiche appena formulate, occorre considerare che, almeno al momento attuale, le acquisizioni dei neuroscienziati non giustificano alcun cambiamento nella legge penale, obbiettivo che, peraltro, non solo ad avviso di chi scrive, la comunità neuro-scientifica nemmeno si pone, puntando invece essa solo a mettere a disposizione del diritto penale metodi e tecniche atti a meglio valutare aspetti come l’imputabilità, la pericolosità sociale, la eventuale falsità delle dichiarazioni processuali.

Le tecniche innovative di *neuroimaging* sullo studio cerebrale, che permettono di rilevare e di riprodurre graficamente l’attività cerebrale in termini anatomici e funzionali, volte ad analizzare e studiare la relazione tra

---

<sup>179</sup>M. SPASARI, *Cinquant’anni dopo: la Costituzione penale inascoltata*, cit., 520.

<sup>180</sup>F. BASILE – G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 9. Sul punto, K. LÜDERSSEN, *Wer determiniert die Hirnforscher?*, cit. In una prospettiva più generale, v. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 14: “il diritto organizza il sociale, mette ordine nella rissa incomposta che ribolle in seno alla società, è innanzi tutto ordinamento”. Risulta interessante, sul punto, anche una riflessione sviluppata di recente dalla Corte di Cassazione, impegnata a tratteggiare la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente: “Noi non sappiamo esattamente cosa sia la volontà: la psicologia e le neuroscienze hanno fino ad ora fornito informazioni e valutazioni incerte, discusse, allusive. Tuttavia, la comune esperienza interiore ci indica in modo sicuro che nella nostra vita quotidiana sviluppiamo continuamente processi decisionali, spesso essenziali per la soluzione di cruciali contingenze esistenziali: il pensiero elaborante, motivato da un obiettivo, che si risolve in intenzione, volontà”, Cass., S. U. pen., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, par. 50 della “motivazione in diritto” (si tratta della sentenza relativa al tragico incendio nello stabilimento di Torino della Thyssen Krupp).

l'attività di determinate aree cerebrali e specifiche funzioni cerebrali, fornirebbero al giudice una prospettiva più attendibile – rispetto al risultato cognitivo del perito – delle prove – definite scientifiche – rappresentate nel giudizio penale, conferendo quel senso interpretativo che la Corte di Cassazione in sentenza non ha ritenuto di assegnare alle neuroscienze.

Resta, quindi, da verificare se le neuroscienze possano fornire un qualche contributo in fase di accertamento di alcuni elementi del reato o, comunque, di alcuni presupposti processuali.

Come sopra evidenziato, con l'avvento delle moderne neuroscienze forensi esistono i presupposti per una innovazione vera del processo, non attraverso una sostituzione, ma mediante un arricchimento della tradizionale valutazione psichiatrico-forense, allo scopo di aumentarne oggettività e accuratezza. Il dato neuro-scientifico, infatti, consente di aggiungere informazioni essenziali per la comprensione del caso, non disponibili con l'approccio tradizionale.

L'applicazione delle neuroscienze nelle perizie, deve essere sempre inserita nell'ambito di una preesistente e imprescindibile valutazione clinica, che prenda in considerazione la complessità e globalità della persona la quale, in quanto tale, non è riproducibile in laboratorio<sup>181</sup>.

S. J. Morse, principale sostenitore della tesi moderato-compatibilista, la quale postula una "normale" capacità di autodeterminazione e dove il contributo delle neuroscienze, sul piano penalistico, dovrebbe solo riguardare l'accertamento di determinati stati mentali, che vanno ad incidere sull'applicazione degli istituti vigenti del diritto penale, conia addirittura un'espressione, "*Brain Overclaims Syndrome*" (BOS), per indicare l'atteggiamento di chi sopravvaluta il ruolo del cervello nella commissione dei reati.

Secondo Morse, il diritto penale presuppone una visione della persona e del comportamento mano che proviene dalla cosiddetta "*folk psychology*" (psicologia del senso comune), ritenendo che le categorie giuridiche e scientifiche devono rimanere distinte e che, nonostante gli sviluppi recenti delle neuroscienze, quest'ultime non diranno mai alla società e al diritto chi è o può essere considerato responsabile.

---

<sup>181</sup> I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, *Riv. it. Med. leg.*, 2011, 180; U. FORNARI, *Il metodo scientifico in psichiatria e psicologia forense* (parte 1), 2011, in [www.brainfactor.it](http://www.brainfactor.it).

“Le neuroscienze hanno il potenziale per dare contributi interni alla dottrina e alla pratica legale se la relazione è compresa correttamente. Per ora, tuttavia, tali contributi sono nella migliore delle ipotesi modesti e la neuroscienza non pone sfide autentiche e radicali ai concetti di personalità, responsabilità e competenza”<sup>182</sup>.

Una precisazione al riguardo. Quando in dottrina si parla di “tradizionale valutazione psichiatrico-forense”, ci si riferisce, in realtà, alla valutazione basata sul colloquio clinico, che è caratterizzato da un elevato tasso di soggettività, e su test proiettivi come il Rorschach. Ma questo è un approccio che la neuropsicologia, che indaga gli effetti comportamentali di lesioni o disfunzioni cerebrali e li correla con esse, ha messo da parte ormai da decenni. Vale la pena di ricordare qui che lo stesso Ennio De Renzi, il fondatore della neuropsicologia in Italia, iniziò le sue ricerche proprio con il test di Rorschach, subito abbandonandolo in quanto ritenuto fonte di dati poco attendibili e scarsamente riproducibili.

Non si tratta, quindi, di creare con le neuro-immagini una “neuro-giurisprudenza” o una “neuro-criminologia”<sup>183</sup>, aggiungendole al catalogo delle “neuro-manie”, ma di utilizzare al meglio, anche nell’ambito del diritto e del processo penale, le nuove conoscenze offerte dalle neuroscienze cliniche. Dati scientifici comprovati a livello teorico e a livello applicativo consentono di aprire ampi spiragli all’utilizzo di strumentazione (neuro) tecnica, più che in luogo di, in aggiunta a valutazioni psichiatriche. Le neuroscienze, pertanto, hanno un senso coadiuvante il Diritto penale nel processo di parti e danno un senso semantico differente alla concettualizzazione delle malattie mentali.

Il rapporto tra genus/infermità e species/malattia è argomentato dalla giurisprudenza in senso sistematico come staticità e dinamicità del processo morboso/disfunzionale in corso del quale è stato commesso il fatto di reato; come rapporto eziologico tra capacità di intendere e di volere ex 85 c.p. e vizi di

---

<sup>182</sup> S.J. MORSE, *Lost in Translation? An Essay in Law and Neuroscience*, in *Neuroscience: Current Legal Issues*, 562 (Michael Freeman ed., 2011).

<sup>183</sup> La neuro-criminologia si occupa di studiare l’applicazione della ricerca neuro scientifica, biologica, genetica e psicologica all’ambito criminologico, sì da comprendere origini, cause e concause dei reati, ma anche le motivazioni del comportamento violento e antisociale. Cfr. V.S. RAMACHANDRAN, *The emerging mind*, Profile Books, 2003 (traduzione italiana: “*Che cosa sappiamo della mente*”, Mondadori, 2006); Introduzione: “*Chissà, forse un giorno riusciremo a stabilire con le neuro-immagini se un imputato è colpevole di omicidio premeditato o solo di omicidio preterintenzionale, e questo condurrà a nuove discipline come la “neuro-giurisprudenza” e la “neuro-criminologia” (...)*».

mente ex artt. 88, 89 c.p.; come condizione determinante la compromissione dello status cognitivo e volitivo del soggetto.

Ebbene, le neuroscienze potrebbero fornire prima di tutto un contributo al diritto e al processo penale in sede di elaborazione di perizie e consulenze in tema di inimputabilità o ridotta imputabilità per infermità di mente (artt. 88 e 89 c.p.): le neuroscienze, e le neuroscienze cliniche in particolare, infatti – grazie alla loro capacità di evidenziare comportamenti o prestazioni classificati come “patologici”, associati a lesioni o disfunzioni cerebrali<sup>184</sup> – potrebbero senz’altro consentire al giudice un più preciso apprezzamento della capacità di intendere e di volere dell’imputato.

Quanto sopra detto vale in larga parte anche a proposito di perizie e consulenze rivolte ad accertare la maturità del minore di età compresa fra i 14 e i 18 anni (art. 98 c.p.): le neuroscienze cliniche potrebbero, infatti, evidenziare immaturità o alterazioni dello sviluppo cerebrale del minore, e condurre quindi – previa “interpretazione”, da parte del giudice, del dato neurologico nei termini innanzi illustrati – ad escludere la imputabilità del minore ultraquattordicenne, per l’appunto per insufficiente maturità.

Negli USA A. Baird e J. Fugelsang individuano nella tecnologia di brain imaging una importante occasione di dimostrare in modo definitivo il grado di maturità cerebrale di un adolescente, con il conseguente effetto giuridico di determinare l’impossibilità di considerare pienamente responsabile, un imputato minorenn<sup>185</sup>.

Si immagini l’importanza di tali affermazioni per questi studiosi, in un contesto, come quello degli Stati Uniti, dove in passato anche i minorenni erano condannabili alla pena di morte e dove solo in tempi recenti la Corte suprema federale ha escluso la pena di morte, facendo esplicito riferimento allo sviluppo cerebrale.

---

<sup>184</sup> Le alterazioni comportamentali o prestazionali sono classificate come “patologiche” – con un rischio di errore statisticamente definito con procedure appropriate, sulle quali non entriamo qui nel dettaglio – con riferimento ai comportamenti e alle prestazioni, misurati quantitativamente mediante test, scale e colloqui strutturati di un numero adeguato di soggetti sani, paragonabili per le variabili socio-demografiche (ad esempio, età, sesso, scolarità) al soggetto in esame; sul punto, v. E. CAPITANI - M. LAIACONA, *The evaluation of experimental data in neuropsychology*, in G. DENES, L. PIZZAMIGLIO (a cura di), *Handbook of clinical and experimental neuropsychology*, Hove, Sussex, Psychology Press, 1999, 57-68.

<sup>185</sup> A. SANTOSUOSSO, *Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze*, in *Le scienze e il diritto*, a cura di A. SANTOSUOSSO, Como, 2009.

L'utilizzo di tecniche neuro scientifiche potrebbe servire anche a dimostrare, in relazione a singoli casi di specie, che il cervello di quel minore, paragonato con quello di soggetti simili per età e variabili socioculturali – mediante adeguate procedure di analisi statistica - presenta una particolare alterazione o ritardo nella sua evoluzione, e che, quindi, quel soggetto, che ha avuto uno sviluppo ridotto o comunque divergente da quello normale, è “immaturato”, e lo era, altresì, al momento della commissione del fatto di reato<sup>186</sup>.

A livello giurisprudenziale italiano, tuttavia, non sono noti, perlomeno allo scrivente, casi di sentenze in cui perizie o consulenze, fondate (anche) su analisi neuro scientifiche, abbiano finora effettivamente contribuito ad una valutazione dell'immaturità del minore imputato.

Un ulteriore ambito di possibile proficua collaborazione tra diritto penale e neuroscienze potrebbe essere costituito dall'accertamento della pericolosità sociale (vale a dire, ai sensi dell'art. 203 c. p., la probabilità che l'autore di un fatto di reato commetta in futuro nuovi reati) ai fini dell'applicazione di misure amministrative di sicurezza, se è vero che, grazie alle tecniche offerte dalle neuroscienze, si riuscirebbe probabilmente a fornire al magistrato un'analisi del rischio di recidiva basato su strumenti specifici in grado di ampliare e integrare il giudizio clinico, fondati scientificamente. Se si ammette, infatti, che le tecniche neuro-scientifiche sono davvero in grado di misurare la capacità di autocontrollo o di dar vita a reazioni aggressive, allora esse dovrebbero avere una certa utilità anche in relazione alla valutazione della pericolosità sociale del soggetto. Come inizialmente premesso, sarebbe infatti addirittura possibile valutare i correlati neuronali della coscienza, che determinano la pianificazione dell'atto o il controllo degli impulsi, e cioè le cosiddette “funzioni esecutive” del cervello, influenzanti l'iniziativa, la personalità e la coscienza sociale dell'individuo. I lobi frontali sono anche la sede della consapevolezza e costituiscono le aree cerebrali con maggiori connessioni con le altre regioni neocorticali. Al loro interno alcune zone risultano particolarmente importanti per il comportamento aggressivo e antisociale. Specie la parte dorsale della corteccia prefrontale è impegnata nelle funzioni di *problem-solving*, di controllo cognitivo e, insieme all'area ventromediale, è coinvolta nella soppressione di forti reazioni emozionali. La porzione dorso laterale, invece, è interessata nella fase della menzogna e nel ragionamento morale utilitaristico, oltre che durante

---

<sup>186</sup> M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in G. FORTI - G. VARRASO - P.M. CAPUTO, «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Napoli 2014, 111- 154.

le attività disoneste. In definitiva, si tratta di aree del cervello fondamentali per la decodificazione del valore emozionale degli stimoli sensoriali. Da diverse ricerche è poi emerso che pazienti con lesioni traumatiche o con patologie degenerative di queste aree del cervello, presentano una limitata capacità critica, di giudizio e, in generale, di controllo del proprio comportamento. Si tratta dunque di soggetti con la capacità di intendere non compromessa, i quali tuttavia non riescono a controllare i propri impulsi, a seguito di un'anomalia o di una lesione che li rende insensibili e incapaci di comprendere le emozioni altrui, oltre che propensi al comportamento violento.

Le neuroscienze oggi offrono la possibilità di una verifica oggettiva di queste osservazioni e se esiste qualcosa che spinge a compiere gesti criminali, non avendo la capacità di apprezzare i valori morali, questa non può essere considerata una mera variante di normalità.

È evidente la difficoltà, se non l'impossibilità, di "rieducare" uno psicopatico. Si cerca di educarlo, di inserirlo in un contesto. Negli Stati Uniti stanno sperimentando per i giovani psicopatici, insensibili alla punizione, sistemi di gratificazione. Il tentativo è quello di dar loro miglioare il comportamento dando loro dei premi. Questo procedimento sembra agire su meccanismi primordiali di gratificazione, gli stessi che già si ritrovano nei bambini piccoli, che prescindono dalla presenza o meno di un sistema di valori morali.

#### **14. Neuroscienze ed accertamento dell'elemento soggettivo del reato.**

Secondo taluni altri recenti studi, gli strumenti sopra descritti o altri ancora (ad esempio, risonanza magnetica funzionale abbinata a software esperti) potrebbero essere utilizzati anche in funzione di *mind detection*, vale a dire al fine di ricostruire la tipologia di intenzione espressa con l'atto dal suo autore. Se davvero strumenti siffatti fossero disponibili, potremmo constatare che finalmente il giudice disporrebbe di tecniche di "*doloscopia*", vale a dire di tecniche per accertare il dolo dall'interno della mente dell'imputato, in una dimensione inaccessibile all'osservazione esterna, anziché solo – come finora avviene – dall'esterno (inferendo il dolo dalle circostanze esterne, le quali divengono "segni dell'intenzione")<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> L'icastica espressione "*doloscopia*" è stata proposta da F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 464 e ripresa da F. BASILE, G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, cit., 22.

Tali strumenti potrebbero risultare particolarmente idonei a provare (o contestare) il dolo tipico di determinati reati ascritti<sup>188</sup>, come ad esempio il dolo del reato di falsa testimonianza (rispetto al quale le neuroscienze potrebbero aiutare il giudice a capire se l'imputato, che pur dice una cosa oggettivamente falsa, è soggettivamente – e genuinamente – convinto di dire il vero), o del reato di calunnia (qui l'ausilio al giudice potrebbe consistere nell'aiutare a capire se l'imputato, nel momento in cui ha sporto denuncia, era consapevole dell'innocenza del soggetto incolpato). In quest'ultimo caso, le tecniche di esplorazione cerebrale potrebbero essere impiegate nell'identificazione del substrato neurale (non più di un'infermità mentale rilevante ai fini dell'imputabilità, bensì) di uno status psichico incompatibile con l'elemento soggettivo del reato per cui si procede. Oppure, al contrario, di uno status psichico perfettamente compatibile con l'elemento soggettivo, là dove (in prospettiva oggi giorno solamente teorica) l'uso delle tecniche in questione dovesse essere promosso dall'accusa<sup>189</sup>.

Anche in ordine alla figura della cosiddetta "premeditazione condizionata", vale a dire l'ipotesi in cui l'aggravante de qua sia concretamente configurabile nel caso in cui la attuazione del proponimento delittuoso venga subordinata al verificarsi di un avvenimento futuro e incerto, la migliore dottrina sottolinea come la possibilità di monitorare l'attività cerebrale antecedente alla realizzazione della decisione del soggetto agente e mappare la struttura dei processi del controllo cognitivo mediante TAC o risonanza

---

<sup>188</sup> V. Trib. Torino, 19 aprile 2011, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2012; nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2016, n. 18460, in *Pluris* (caso nel quale la difesa aveva tentato, senza successo, di utilizzare le prove neuro-scientifiche per escludere l'aggravante della premeditazione, che, come noto, integra la forma più intensa di dolo, dando luogo all'applicazione dell'aggravante dell'omicidio volontario di cui all'art. 577, comma 1, n. 3 c.p.; l'eventuale accoglimento delle argomentazioni difensive non avrebbe condotto dunque alla esclusione dell'elemento soggettivo, ma solamente alla mancata applicazione di un'aggravante incentrata sull'intensità del dolo); su tali pronunce, C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., rispettivamente, 264 ss. e 248 ss. V. altresì Cass. pen., Sez. I, 13 luglio 2015, n. 30096, in *De Jure*, sulla quale v. F. BASILE - G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, cit., 1-31; Cass. pen., sez. I, 2 marzo 2017, n. 1043 in *CED Cass. In argomento v.*, in generale, L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 273 ss.

<sup>189</sup> C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, cit., 239.

magnetica funzionale fMRI consentirebbe di risolvere i dubbi sulla verifica di tale figura<sup>190</sup>.

Se, infatti, la condizione riguarda la decisione di uccidere o ledere, nel senso che il soggetto si ripropone di farla dipendere dal verificarsi di un evento futuro ed incerto, l'aggravante non può sussistere. Se, invece, è soltanto il momento o le modalità dell'esecuzione che l'agente si riserva di decidere quando si sarà avverato un dato accadimento, allora, con la realizzazione del delitto programmato, potrà configurarsi la circostanza in esame<sup>191</sup>.

A livello di applicazione giurisprudenziale, si segnala che:

1) nel c.d. processo Cogne-bis<sup>192</sup> relativo al delitto di calunnia commesso da Annamaria Franzoni a carico del proprio vicino di casa (falsamente incolpato di essere l'autore dell'uccisione del piccolo Samuele), la difesa aveva introdotto nell'istruttoria una consulenza, espletata, tra l'altro, sottoponendo l'imputata al test a-IAT, al fine di dimostrare che la stessa fosse genuinamente convinta di non essere stata lei ad uccidere il figlio.

Il giudice, tuttavia, ha ritenuto gli esiti di tale test "ininfluenti" ai fini della valutazione dei fatti in causa, e ciò per due motivi: a) perché il test, somministrato nel 2009, non poteva fotografare lo stato mentale della Franzoni nel 2004, allorché la medesima presentò denuncia; e b) perché, anche qualora la Franzoni fosse stata convinta della propria innocenza (rispetto all'uccisione del figlio), ciò non sarebbe bastato ad escludere, in capo alla stessa, la consapevolezza dell'innocenza del vicino di casa e, quindi, il dolo di calunnia: elemento soggettivo che, invece, nel caso di specie risultò provato.

2) In un successivo procedimento del 2015<sup>193</sup>, su un caso di omicidio, la difesa aveva cercato di ottenere la derubricazione dell'imputazione – da omicidio volontario con dolo eventuale a omicidio colposo – facendo leva su una consulenza la quale si era, tra l'altro, avvalsa del test a-IAT. Nella specie, si trattava di un giovane, all'epoca dei fatti minorenni (17 anni e 8 mesi), il quale, alla guida di un grosso SUV, dopo aver provocato un primo sinistro stradale all'interno del parcheggio di un centro commerciale, per sfuggire ad un agente

---

<sup>190</sup> Sul punto, *amplius*, si veda l'approfondito e pregevole lavoro di F. MAZZA, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neurotecnoscienze*, Padova, 2016, 183 ss.

<sup>191</sup> F. MAZZA, *ibidem*.

<sup>192</sup> Trib. Torino, 19 aprile 2011 (dep. 26 settembre 2011), Franzoni, est. Arata, in *Dir. pen. cont.*, 2011.

<sup>193</sup> Cass. pen., sez. I, 10 aprile 2015 (dep. 13 luglio 2015), n. 30096, in *De Jure* e riportata da F. BASILE - G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, cit., 27.

di Polizia locale che gli aveva intimato l'ALT, cercava di guadagnare velocemente l'uscita del parcheggio, ma così facendo investiva mortalmente il predetto agente. La difesa mirava a provare che il giovane, al momento dell'impatto, non avesse visto l'agente, in quanto questi si sarebbe parato dinnanzi a lui in modo improvviso all'altezza dell'uscita del parcheggio. Per confortare tale ricostruzione dei fatti, l'imputato si era sottoposto al test a-IAT, il cui esito avrebbe confermato che, nella mente dell'imputato, non c'era il ricordo della presenza della vittima all'altezza dell'uscita del parcheggio.

I giudici di primo e secondo grado, tuttavia, non hanno conferito valore a tale consulenza e il giovane è stato condannato per omicidio volontario.

La Suprema Corte, a sua volta, ha ritenuto adeguata la motivazione, fornita in sentenza, circa l'inattendibilità del test a-IAT "nel caso di specie e anche in generale", giacché la Corte d'Appello ha "valutato il test con criteri scientifici, sottolineando che si tratta di metodo assai recente (...), contestato da alcune parti e che non aveva trovato diretta applicazione nei procedimenti davanti all'Autorità Giudiziaria italiana (il ricorrente sosteneva che, al contrario, nel sopra citato procedimento davanti al G.i.p. di Como, ciò sarebbe avvenuto: dato certamente non decisivo); ma, soprattutto, la Corte territoriale ha evidenziato alcune criticità nell'applicazione del test al caso concreto, sottolineando che le dichiarazioni rese dall'imputato al consulente tecnico erano differenti da quelle rese nel procedimento; che - attesa la scarsa capacità di lettura dell'imputato - la complessità delle domande potevano influenzare i tempi di risposta; che, infine, poiché il test era stato somministrato oltre un anno dopo il fatto, il ricordo dell'imputato poteva essere differente da quello iniziale, in quanto influenzato da meccanismi inconsci di rimozione". La condanna per omicidio volontario è stata quindi confermata.

## LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI STATI PER I CRIMINI INTERNAZIONALI E IL RUOLO DEI SINGOLI INDIVIDUI \*

*International crimes: responsibility of states and role of individuals*

di

Ylenia Parziale \*\*

Il presente contributo affronta un tema che nell'attuale momento storico è al centro del dibattito internazionale, ossia la responsabilità penale derivante dalla commissione di crimini di portata internazionale, e in particolare il rapporto tra la responsabilità penale dello Stato e quella del singolo individuo. Si individueranno i vari meccanismi di repressione di tali reati, dando spazio al ruolo della Corte penale internazionale, ritenuto il soggetto sovranazionale più idoneo a perseguire siffatte violazioni.

\*\*\*

*This paper will focus on the relationship between the criminal responsibility of States and individuals for international crimes, a topic of great relevance in this historical moment, where international politics and jurisdiction are at the center of economic, social, and legal debate. In particular, the paper will analyze the unique characteristics of the two types of responsibility for the various categories of international crimes, providing at the same time an illustration of the nature, jurisdiction, functioning, and operational limits of the International Criminal Court, which acts as a supranational entity tasked with prosecuting such violations.*

Sommario: 1. Il panorama giuridico penale-internazionale: cenni introduttivi - 2. La genesi dei crimini internazionali - 3. Crimini statali vs crimini individuali - 4. Meccanismi di accertamento della responsabilità: il ruolo della Corte Penale Internazionale

---

\*Il contributo è destinato alla raccolta degli atti del convegno *From National Sovereignty to Negotiation Sovereignty – “Days of Law Rolando Quadri”*, organizzato dall'Istituto di Diritto Comparato di Belgrado e l'Università degli Studi di Roma “Unicusano” e svoltosi da remoto, il 14 giugno 2024.

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

## 1. Il panorama giuridico penale-internazionale: cenni introduttivi

Fin dagli anni Cinquanta del secolo scorso, la comunità scientifica internazionale si è interrogata sulla possibilità di introdurre strumenti di diritto internazionale penale per rafforzare la tutela dei diritti umani e contrastare la commissione di crimini internazionali.

Questa riflessione nasceva dalla consapevolezza che l'azione repressiva di tali forme di criminalità, offensive dei valori fondamentali della comunità internazionale, non poteva più essere affidata soltanto alla potestà punitiva dei singoli Stati, ma occorrevo nuovi modelli di ascrizione della responsabilità penale valevoli per tutti gli Stati<sup>3</sup>.

Nato come reazione della comunità degli Stati alle atrocità commesse nel corso dei due conflitti mondiali, il diritto internazionale penale si è consolidato nel corso del XX secolo assumendo via via una propria autonomia dal diritto internazionale pubblico, dal quale si è distinto per la forma di responsabilità interessata (penale, anziché civile), per i soggetti destinatari (gli individui, e non gli Stati) e per le sanzioni a cui ricorre (tipicamente penali).

Con l'affermarsi di questa nuova branca del diritto internazionale, il principio di sovranità territoriale ha subito, per ovvie ragioni, limitazioni sempre crescenti, che hanno comportato una riduzione degli spazi di applicazione della potestà punitiva dei singoli Stati, in funzione della repressione delle forme più gravi di criminalità internazionale<sup>4</sup>.

Il potere di sovranità territoriale, come è noto, essendo esclusivo per ogni Stato, può essere limitato soltanto attraverso specifiche convenzioni internazionali. Questo è quello che è accaduto nel secondo dopoguerra, quando, cioè, il rafforzamento delle istituzioni sovranazionali e la crescente regolamentazione di vasti ambiti del diritto internazionale penale tramite accordi convenzionali, hanno via via affievolito l'inviolabilità della sovranità

---

<sup>3</sup> E. MACULAN, *La responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani tra diritto penale interno e diritto penale internazionale: considerazioni a partire dal caso Fujimori*, in *Arch. Pen.*, 3/2011, p. 1025.

<sup>4</sup> Sul punto cfr. M.C. BASSIUNI, *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Ardsley - New York, 1997; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2015<sup>9</sup>, 927; M. PISANI, *La penetrazione del diritto penale internazionale nel diritto penale italiano*, in *Indice penale*, 1979, 5, G. VASSALLI, *La giustizia internazionale penale*, Milano, 1995; M. VIRGILIO, *Verso i principi generali del diritto criminale internazionale*, in G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio ( a cura di) *Crimini internazionali tra Diritto e Giustizia*, Torino, 2000, 45 ss.

nazionale. In questo contesto, la repressione dei crimini internazionali ha acquisito un'importanza fondamentale nell'ordinamento giuridico.<sup>5</sup>

Nell'attuale panorama giuridico penale-internazionale, come vedremo meglio in seguito, si è soliti distinguere tra due tipi di crimini internazionali. Il primo è quello che discende dalla matrice storica dei *crimina iuris gentium* e ricomprende quelle attività individuali di rilevanza internazionale, nel senso che costituiscono un attentato a valori che la generalità degli Stati tutela con apposite norme interne o convenzioni internazionali<sup>6</sup>. Il loro rilievo internazionale sta nel fatto che gli Stati: a) possono esercitare la loro giurisdizione penale in deroga ai limiti tradizionali della territorialità o nazionalità; b) devono procedere alla loro repressione, e, infine, c) devono, anche in deroga all'eccezione di delitto politico, accordare l'estradizione del responsabile verso lo Stato che ne faccia richiesta in base ad una fondata pretesa punitiva. Il secondo tipo di crimine internazionale, viceversa, è dato da quelle violazioni particolarmente gravi del diritto internazionale da parte dello Stato, sì da evocare l'idea di responsabilità penale e sanzione penale. A queste daremo il nome di crimini statali di diritto internazionale.

Il diritto penale, dunque, nato storicamente per legittimare, disciplinare e delimitare il potere punitivo dello Stato nei confronti di individui macchiatisi di singoli episodi criminosi, si è trovato a fronteggiare anche manifestazioni di criminalità di Stato, caratterizzate dalla commissione massiva e sistematica di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, pianificata e perpetrata dalle alte sfere e dalle istituzioni statali<sup>7</sup>.

## 2. La genesi dei crimini internazionali

Prima di affrontare il tema della responsabilità penale derivante dalla commissione dei crimini internazionali, occorre interrogarsi sulla nozione e natura di tali figure criminose.

---

<sup>5</sup> Su questi temi si rinvia a A. CENTONZE, *Crimini di guerra e contro l'umanità (tutela delle persone offese da)*, in *Dig. Disc. Pen.*, 10/2016, 211 ss. e bibliografia ivi citata.

<sup>6</sup> F. FRANCONI, *Voce Crimini internazionali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1989, vol. IV, p. 467. Cfr. inoltre N. RONZITTI, *Crimini internazionali, tribunali interni e giustizia penale internazionale*, in *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Napoli 1999, U. PIOLETTI, *Diritto penale internazionale e diritto interno. Crimini di guerra, crimini contro l'umanità e responsabilità apicale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi* – n. 9/2020.

<sup>7</sup> E. MACULAN, *op. cit.*, 1026.

Si tratta, come noto, di fattispecie di massiccia e sistematica violazione dei diritti umani che la comunità internazionale ha progressivamente riconosciuto come comportanti, oltre alla responsabilità statale per illecito internazionale, anche la responsabilità penale individuale di coloro che li commettono o comunque favoriscono<sup>8</sup>.

È bene ricordare che fu solo al termine della Seconda guerra mondiale che la comunità degli Stati sentì l'esigenza di punire i responsabili di gravi crimini commessi durante il conflitto e, per la prima volta, si parlò concretamente di crimini internazionali e di responsabilità degli individui<sup>9</sup>. L'occasione fu offerta, *in primis*, con il noto processo di Norimberga, istituito con la finalità di giudicare e condannare i criminali nazisti. Tre erano le figure di crimini internazionali previste dagli Statuti del Tribunale Militare Internazionale (TMI) di Norimberga<sup>10</sup> e di Tokyo<sup>11</sup>: i crimini di guerra, i crimini contro la pace e i crimini contro l'umanità (c.d. *elements of crimes*). Negli stessi anni l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, nella *Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio*, codificava il crimine di genocidio, inteso come «sistematica distruzione di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso»<sup>12</sup>. A cinquant'anni da quei processi, si è insistentemente tornati a parlare di crimini internazionali in relazione ai gravi avvenimenti verificatisi nella ex Jugoslavia e nel Ruanda. Anche in questo caso la comunità internazionale avvertiva la necessità di non lasciare impuniti i responsabili dei gravi crimini

<sup>8</sup> C. ZANGHÌ - L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*<sup>4</sup>, Torino, 2019, 35 ss.

<sup>9</sup> A. CONTINIELLO, *Gli istituti del crimine di aggressione e del crimine di guerra nel diritto internazionale*, in *Giur. Pen.*, 3/2022, p. 2.

<sup>10</sup> L'8 agosto 1945 gli Stati Uniti, la Gran Bretagna, la Francia e l'Unione Sovietica stipularono a Londra un accordo che prevedeva l'istituzione a Norimberga di un Tribunale militare internazionale, allo scopo di giudicare i presunti criminali nazisti. Per la prima volta, nella storia moderna, vide la luce un organo giurisdizionale internazionale, connotato in questo caso dall'aggettivo "militare", competente a svolgere processi per "crimini contro la pace", "crimini di guerra" e "crimini contro l'umanità". Sul punto cfr. M. BALBONI, *Da Norimberga alla Corte penale Internazionale*, in G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio (a cura di) *Crimini internazionali tra Diritto e Giustizia*, Torino, 2000, 3 ss.

<sup>11</sup> Il Tribunale militare internazionale per l'estremo Oriente, o più comunemente noto come il Tribunale di Tokyo, fu il corrispettivo del Tribunale di Norimberga nel continente asiatico. Venne istituito nel 1946 nella capitale nipponica allo scopo di perseguire coloro i quali vennero accusati di aver commesso atrocità durante la cosiddetta Guerra dei Quindici anni, un periodo di tempo che ebbe inizio con l'incidente di Mukden del settembre 1931 e si concluse con la fine della Seconda Guerra Mondiale.

<sup>12</sup> Articolo 2 della Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Delitto di Genocidio, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 260 (III) A del 9 dicembre 1948 ed entrata in vigore il 12 gennaio 1951.

commessi: a questo fine, il Consiglio di Sicurezza dell'ONU istituiva due Tribunali penali internazionali *ad hoc*.

Il punto di arrivo di questo percorso, nella sua prospettiva multilaterale, è costituito dallo Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI) che, approvato a Roma il 17 luglio 1998 ed entrato in vigore il 1° luglio 2002, rappresenta ancora oggi la base giuridica più compiuta che definisce i *crimini di genocidio* (art.6), i *crimini contro l'umanità* (art.7), i *crimini guerra* (art. 8), e, dopo la Conferenza di Kampala del 2010, anche l'*aggressione* (art.8-bis), ovvero l'attacco illegittimo contro la sovranità degli Stati, in violazione dei principi della Carta delle Nazioni Unite<sup>13</sup>.

In particolare, sono considerati crimini di genocidio gli atti il cui scopo è la distruzione totale o parziale di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso. Tra questi figurano: l'uccisione; i danni gravi all'integrità fisica o psichica; le misure per impedire le nascite o distruggere fisicamente un gruppo etnico; il trasferimento forzato di bambini da un gruppo a un altro<sup>14</sup>.

I crimini contro l'umanità comprendono, invece, quelle operazioni che, nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico sulla popolazione civile, provocano intenzionalmente grandi sofferenze o un grave danno all'integrità fisica o psichica. Tra essi si annoverano, in particolare: l'omicidio intenzionale, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione della popolazione, la privazione della libertà in violazione delle regole fondamentali del diritto internazionale; la tortura, lo stupro, la schiavitù sessuale, la prostituzione, la gravidanza e/o la sterilizzazione forzata e qualsiasi altra forma di gravi atti di violenza sessuale; la persecuzione per motivi politici, razziali, nazionali, etnici, culturali, religiosi o sessuali; l'*apartheid* e le "sparizioni forzate"<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> M. DELLI SANTI, 17 luglio 1998: una data da non dimenticare per l'Italia e la giustizia penale internazionale. Il 24° Anniversario dello Statuto della Corte penale internazionale, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 7-8.

<sup>14</sup> Sul crimine di genocidio, cfr. fra i molti, S. CANESTRARI, «Genocidio», in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 1-4; M. CATENACCI, «Legalità» e «Tipicità» del reato nello Statuto della Corte penale internazionale, Milano, 2003; A. CASSESE, G. ACQUAVIVA, M. FAN, A. WHITING, *International Criminal Law: Cases & Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011; P. GAETA, *The UN Genocide Convention: a commentary*, Oxford University Press, New-York, 2009; E. MEZZETTI, *I crimini di genocidio*, in *La Corte penale internazionale. Organi - Competenza - Reati - Processo*, coordinato da G. Lattanzi - V. Monetti, Milano, 2006, 559-597;

<sup>15</sup> Per l'inquadramento delle nozioni di crimini di guerra e contro l'umanità, si rinvia agli studi monografici di E. AMATI, *I crimini contro l'umanità*, in E. Amati et al., *Introduzione al diritto penale internazionale*<sup>2</sup>, Milano, 2010, pp. 410-436; M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini*

Per crimini di guerra s'intendono le violazioni gravi del diritto umanitario bellico inteso come quel complesso di regole consuetudinarie e convenzionali che, specialmente a partire dal secolo scorso, si sono sviluppate al fine di rendere il meno crudele e disumano possibile l'esercizio della violenza bellica<sup>16</sup>. Essi sono costituiti da azioni od omissioni comportanti l'uso della violenza bellica nei confronti di soggetti indifesi - civili, malati, feriti o naufraghi -, l'uso di armi proibite, quali i gas asfissianti, le armi chimiche o le armi comportanti sofferenze superflue, il ricorso a pratiche disumane quali la tortura o la cattura di ostaggi.<sup>17</sup>

Per quel che concerne, infine, il crimine di aggressione, si fa riferimento, in particolare, a condotte come l'invasione, l'occupazione militare o l'annessione con l'uso della forza, ma anche il blocco dei porti e delle coste.

La caratteristica comune di questi crimini è da ricondurre al fatto che ciascuno di essi non si limita a sanzionare una singola condotta criminosa, ma ricomprende una moltitudine di possibili condotte, accomunate da un elemento di contesto. Tali incriminazioni sono quindi costruite secondo una tecnica di normazione differente rispetto ai reati comuni: accanto alle singole condotte criminose – che sono di varia natura, poiché ricomprendono tanto offese contro la persona, quanto offese contro il patrimonio – viene previsto un elemento comune (il c.d. elemento di contesto, *contextual element*, *chapeau* o *Gesamttat*). Per i crimini contro l'umanità, ad esempio, è necessario provare che i singoli comportamenti criminali (deportazione, tortura, ecc.) siano stati commessi nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile<sup>18</sup>. Ancora, i crimini di guerra devono essere stati posti in essere in connessione con un conflitto armato. L'elemento di contesto svolge dunque una funzione selettiva in un duplice senso. Da un lato permette di distinguere i crimini internazionali dai delitti comuni: l'omicidio quale crimine contro l'umanità si distingue dall'omicidio comune in quanto commesso nell'ambito di un esteso o

---

internazionali, Torino, 2007; G. GIOFFREDI, *Globalizzazione, nuove guerre e diritto internazionale*, Padova, 2012; E. GREPPI, *Crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale: lineamenti generali*, Torino, 2001.

<sup>16</sup> F. FRANCONI, *Voce Crimini internazionali*, cit., p. 469.

<sup>17</sup> P. LOBBA, *I crimini di guerra*, in E. Amati et al., *Introduzione al diritto penale internazionale*<sup>3</sup>, cit., p. 385.

<sup>18</sup> In questo senso, G. METTRAUX, *International Crimes: Law and Practice*, in *Oxford Scholarly Authorities on International Law*, 13 June 2019; O. GRECH, *The contextual elements in Crimes Against Humanity: key developments from the Nuremberg Tribunal to the Rome Statute*, in [www.um.edu.mt](http://www.um.edu.mt), 2021.

sistematico attacco contro la popolazione civile. In secondo luogo, l'elemento di contesto consente di distinguere le varie ipotesi di crimine internazionale<sup>19</sup>. Una condotta di stupro, ad esempio, può costituire, a seconda del contesto in cui viene commessa, un crimine di guerra (se realizzata in connessione a un conflitto armato) ovvero un crimine contro l'umanità (se è, invece, parte di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile). In altri casi, invece, l'elemento di contesto rende penalmente perseguibili fatti che negli ordinamenti nazionali non sono necessariamente previsti come reati. Ne è dimostrazione la *policy* di dichiarare aboliti, sospesi o improcedibili in giudizio diritti e azioni dei cittadini della nazione nemica che, se commesso durante un conflitto armato, può costituire un crimine di guerra, ma non un delitto comune.

Per ciò che concerne l'elemento soggettivo di tali delitti si evidenziano tre passaggi essenziali relativi alla *mens rea*. Il soggetto attivo del reato deve agire con l'intenzione di causare un determinato evento (dolo intenzionale o diretto); deve avere «cognizione del nesso esistente tra la sua condotta e la politica o prassi sistematica di atrocità»<sup>20</sup>, prevedendo le specifiche conseguenze della sua condotta illecita, relativamente ai singoli reati sottostanti - omicidio volontario, stupro, deportazione, tortura, etc. - (dolo eventuale); infine, le offese devono essere realizzate con lo specifico scopo di provocare sofferenza (dolo specifico). È, pertanto, implicita la consapevolezza che l'azione criminale individuale sia parte di attacco sistematico e su larga scala. Il giudice dovrà necessariamente prendere in considerazione «il movente dell'atto per determinare se le azioni compiute siano state dettate da fini privati o siano frutto dell'applicazione di una politica»<sup>21</sup>. Nel contesto retroattivo della qualificazione, la fattispecie penale include, pertanto, nei suoi elementi costitutivi il progetto politico che ha guidato le azioni criminose commesse<sup>22</sup>.

Ergo, se un Capo di Stato ordina, con azioni belliche, la commissione di condotte *ut supra* previste, con intenzione e consapevolezza delle conseguenze, nei confronti di altri cittadini di uno Stato e in violazione della sovranità e

---

<sup>19</sup> M. COSTI – E. FRONZA, Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione, in E. Amati et al., *Introduzione al diritto penale internazionale*<sup>3</sup>, cit., p. 1-56.

<sup>20</sup>A. CASSESE, *Lineamenti di diritto penale internazionale*, Bologna, 2006, 102.

<sup>21</sup> E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, in *Commentario allo Statuto della Corte Penale Internazionale*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2006, 313-353.

<sup>22</sup> E. AMATI - E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 364-5; M. A. PASCULLI, *Giustizia penale internazionale*, in *Digesto Discipline Penalistiche*, Torino, 2018, 306-332.

integrità di quest'ultimo, ne dovrà necessariamente rispondere allorché le condotte perpetrate avranno come conseguenza uno dei crimini previsti a livello internazionale.<sup>23</sup>

La gravità di queste condotte, il loro carattere macro-offensivo e plurisoggettivo, nonché il dato che spesso gli autori dei crimini rivestono posizioni apicali, hanno evidenti ripercussioni sul regime giuridico. Tali caratteristiche alterano il quadro di intervento del diritto penale, giustificando deroghe ai principi generali. Si pensi, ad esempio, all'imprescrittibilità di tali reati (art. 29 ICC St), alla irrilevanza di qualsivoglia immunità<sup>24</sup> (art. 27 ICC St) o alla previsione, in taluni testi, del criterio di giurisdizione universale.

### 3. Crimini statali vs crimini individuali

In un ordinamento come quello internazionale, nel quale il ruolo di soggetto primario è sempre stato mantenuto dallo Stato, il concetto di responsabilità penale dell'individuo non si presta ad un facile inquadramento giuridico.

Come accennato nell'introduzione, di crimini individuali si incomincia a parlare per la prima volta solo all'inizio del XX secolo, grazie principalmente alla vasta produzione convenzionale di diritto bellico che caratterizza tale periodo. La dottrina giuridica si trova, infatti, obbligata ad affrontare il principale problema del diritto internazionale penale, ovvero quello della sua diretta applicabilità agli individui<sup>25</sup>. La successiva creazione di una Corte penale internazionale ha sancito definitivamente il principio della responsabilità dell'individuo di fronte all'ordinamento internazionale, di talché, attualmente, si ritiene pacificamente che si possano distinguere due categorie di crimini internazionali: quelli dell'individuo e quelli dello Stato.

I primi sono atroci delitti commessi dagli individui, la cui riprovevolezza è sancita a livello internazionale e la cui repressione è affidata agli Stati o, come

---

<sup>23</sup>A. CONTINIELLO, *op. cit.*, 5 ss.

<sup>24</sup>Sul concetto di immunità nel diritto internazionale e nel diritto interno cfr. A. ABUKAR HAYO, *L'immunità penale come species dell'inesigibilità*, Giappichelli, Torino, 2006.

<sup>25</sup>Sulla posizione giuridica dell'individuo nel diritto internazionale cfr. P. BARGIACCHI, A. SINAGRA, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, p. 91 ss.; A. GIOIA, *Diritto internazionale*, Milano, 2010, 4; S. MARCHISIO, *Corso di diritto internazionale*, Torino, 2014, 281; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, IV; R. SAPIENZA, *Diritto internazionale*, Torino, 2013, 51; R. SAMPERI, *La posizione dell'individuo nel diritto internazionale*, in *Cammino Diritto*, n. 4/2020, 4 ss.

recentemente avviene, ai Tribunali internazionali; i secondi, invece, sono azioni compiute dallo Stato, riflesso della sua volontà politica e istituzionale, che lo espongono a sanzioni volte a colpire la sua posizione all'interno della comunità internazionale<sup>26</sup>.

Il concetto di crimine di Stato introduce l'idea di sanzione (penale) che si aggiunge all'obbligo tradizionale di riparazione dell'illecito commesso<sup>27</sup>. Lo Stato responsabile, infatti, non solo ha l'obbligo di riparare, ma può essere anche assoggettato a sanzioni, anche non implicanti l'uso della forza, da parte del Consiglio di Sicurezza.<sup>28</sup>

La distinzione fra crimini individuali e statali, già presente nella Convenzione contro il genocidio<sup>29</sup>, è stata mantenuta anche nello Statuto della Corte penale internazionale, il cui art. 25, 4° comma, prevede che «nessuna disposizione relativa alla responsabilità penale degli individui pregiudica la responsabilità degli Stati nel diritto internazionale».

A tale distinzione concettuale, tuttavia, non corrisponde una netta separazione dei due regimi di responsabilità. La nozione di crimine internazionale dello Stato, infatti, non è totalmente estranea a quella di crimine internazionale dell'individuo. Questa parziale sovrapposizione si verifica quando detti crimini sono commessi da individui che agiscono in qualità di organi di uno Stato. In questi casi, i reati perpetrati sono sì imputabili allo Stato di appartenenza, ma restano in qualche modo propri degli individui che li hanno commessi e il diritto internazionale autorizza la loro repressione senza tener conto della qualità di organi statali.

---

<sup>26</sup> N. RONZITTI, op. cit., 3.

<sup>27</sup> K. CREUTZ, *State Responsibility in the International Legal Order*, Cambridge, 2020; H.M. Ten Napel, *The Concept Of International Crimes of States: Walking the Thin Line Between Progressive Development and Disintegration of the International Legal Order*, Cambridge, 2009.

<sup>28</sup> Tale principio è espressamente previsto dallo Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945, che all'art. 41 prevede: «Il Consiglio di Sicurezza può decidere quali misure, non implicanti l'impiego della forza armata, debbano essere adottate per dare effetto alle sue decisioni, e può invitare i membri delle Nazioni Unite ad applicare tali misure. Queste possono comprendere un'interruzione totale o parziale delle relazioni economiche e delle comunicazioni ferroviarie, marittime, aeree, postali, telegrafiche, radio ed altre, e la rottura delle relazioni diplomatiche».

<sup>29</sup> La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, adottata nel 1948, all'art. IX prevede, oltre alla competenza di una Corte internazionale in materia di responsabilità individuale, anche quella della Corte internazionale di Giustizia per risolvere le controversie tra le Parti contraenti relative alla responsabilità di uno Stato per atti di genocidio o per uno degli altri atti elencati nell'art. III.

Tale considerazione vale particolarmente per i crimini di guerra, che sono la più vecchia categoria di crimini internazionali. Di regola il crimine di guerra è commesso dall'individuo organo belligerante; ma può essere commesso anche da civili (come, ad esempio, l'uccisione di un prigioniero di guerra o il linciaggio di un pilota sceso con il paracadute).

Tuttavia, l'ampliamento della nozione di crimine internazionale e l'istituzione di nuove categorie, ha in parte segnato il superamento della concezione secondo cui il crimine internazionale è per definizione un illecito commesso da un individuo organo. Ne sono un esempio, i crimini contro l'umanità, i quali possono essere compiuti sia da individui organi sia da cittadini privati. A conferma di ciò, l'art. 4 della Convenzione sulla prevenzione e repressione del delitto di genocidio obbliga a punire le persone che commettono genocidio «sia che rivestano il ruolo di governanti o che siano funzionari pubblici o persone private»<sup>30</sup>. Quello che viene in evidenza, per la commissione del crimine contro l'umanità, non è tanto la qualifica dell'individuo che lo commette, quanto il fatto che il crimine sia parte di un disegno sistematico o sia commesso su larga scala ad istigazione o sotto la direzione del governo o di altra organizzazione o gruppo.

Secondo la dottrina internazionalistica, la categoria di crimini di Stato è più ristretta, nel senso che non tutte le azioni individuali qualificabili come crimini internazionali, e di cui lo Stato sia tenuto internazionalmente responsabile, sono *ipso facto* classificabili come crimini statali<sup>31</sup>. Ad esempio, la guerra di aggressione è un fatto illecito che si concreta in un crimine dello Stato e costituisce altresì un crimine internazionale individuale per coloro che ne sono responsabili. Invece, la pirateria non è da classificare tra i crimini dello Stato, ma solo tra i crimini internazionali di individui.

In altri termini, l'imputabilità allo Stato dell'atto costituente un crimine internazionale non è una condizione *sine qua non* per la sussistenza di un crimine di Stato.

Ma il problema fondamentale non è tanto quello di stabilire se l'atto compiuto dall'autore del crimine sia imputabile o meno allo Stato, bensì quello di poter procedere alla repressione nonostante che, in taluni casi, l'atto sia imputabile allo Stato.

---

<sup>30</sup> Il testo della Convenzione è reperibile su <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx>.

<sup>31</sup> N. Ronzitti, *op. cit.*, *passim*.

Secondo le regole del diritto internazionale, uno Stato è obbligato a rispettare l'organizzazione degli altri Stati e le regole di imputazione che attribuiscono l'atto non all'individuo organo che lo ha materialmente commesso, ma all'ente cui l'atto è imputabile. Tuttavia, quando viene commesso un crimine internazionale tale regola non è più valida. Anche se l'atto è imputabile allo Stato secondo i normali criteri, sarà l'individuo a essere punito e non potrà reclamare la qualità di organo per sfuggire alla responsabilità. Il principio, affermato dal Tribunale di Norimberga, è ribadito negli statuti dei Tribunali per la ex-Jugoslavia e il Ruanda e nell'art. 2 del progetto di codice dei crimini contro la pace e l'umanità<sup>32</sup>.

Talvolta la commissione di un crimine internazionale dello Stato costituisce il presupposto necessario per la qualificazione di un atto come crimine internazionale dell'individuo. Questo perché lo Stato, essendo un'entità astratta, può commettere un crimine soltanto tramite una condotta illecita di individui. Per tale motivo l'art. 16 del progetto, nel definire il crimine di aggressione dell'individuo, fa riferimento all'aggressione commessa dallo Stato<sup>33</sup>.

Dunque, da quando l'individuo è stato riconosciuto come soggetto di diritto internazionale risponde penalmente dei crimini commessi, a prescindere dalla qualifica rivestita. La responsabilità dello Stato sarà configurabile, invece, sotto forma di illecito omissivo: gli viene imputato, cioè, di non aver adottato misure idonee a prevenire e reprimere il fatto.

---

<sup>32</sup> La Commissione del diritto internazionale, quale organo sussidiario permanente delle Nazioni Unite, fu istituita dall'Assemblea Generale con la risoluzione n. 174-II del 21 novembre 1947 per promuovere "lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione". In particolare, le fu attribuito il compito di formulare i principi del diritto internazionale così come previsti dalla Carta del Tribunale di Norimberga e nelle sentenze dello stesso e di preparare un codice per i crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità.

Recentemente, il 23 marzo del 2022, è stata istituita dal Ministero della Giustizia la c.d. "Commissione Crimini internazionali", presieduta dai Prof.ri Francesco Palazzo e Fausto Pocar., con la finalità di redigere un Codice dei crimini internazionali per assicurare il compiuto adattamento della normativa italiana allo Statuto di Roma. Il testo della Relazione finale è consultabile su <https://www.giustizia.it/>. Sul punto cfr. anche F. PALAZZO, *Crimini internazionali e giurisdizione interna*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2/2024, 145 ss.

<sup>33</sup> «The words 'aggression committed by a State' clearly indicate that such a violation of the law by a State is a sine qua non condition for the possible attribution to an individual of responsibility for a crime of aggression» (Report of the ILC, 1996, p. 86).

#### 4. Meccanismi di accertamento della responsabilità: il ruolo della Corte Penale Internazionale

Come è noto, l'accertamento del crimine e la punizione dei colpevoli sono compiti che spettano in primo luogo agli Stati; tuttavia, come più volte sottolineato, i crimini internazionali sono quei reati la cui repressione è regolamentata in un contesto che va oltre la sfera esclusivamente statale.<sup>34</sup>La ragione più spesso invocata a sostegno di tale trattamento speciale è che essi sono sentiti come lesivi di valori universali, trascendenti il sistema di una singola comunità statale, e che è interesse di ogni Stato prevenirne e reprimerne la commissione indipendentemente dal luogo in cui questa abbia luogo.

A questa motivazione di tipo ideale se ne aggiungono altre di natura pratica. I responsabili dei crimini internazionali, infatti, spesso godono di impunità a causa del coinvolgimento di apparati statali che dispongono dei mezzi per evitare la punizione, rendendo inefficace il sistema interno di repressione<sup>35</sup>.

Di fronte a crimini che ledono valori universali e che difficilmente saranno puniti a livello statale, esistono diverse risposte internazionali.

La prima consiste nella creazione norme pattizie o consuetudinarie che autorizzano e talvolta impongono agli Stati di esercitare una giurisdizione penale più ampia<sup>36</sup>. Questo sistema, regolato da disposizioni che disciplinano aspetti cruciali della giustizia penale, come l'immunità, l'esclusione dell'illiceità, la prescrizione, e altri, permette a Stati diversi da quello territoriale (come il

---

<sup>34</sup>A. MARCHESI, *La Corte Penale Internazionale: ruolo della Corte e ruolo degli Stati*, in G. illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio (a cura di), *Crimini internazionali tra Diritto e Giustizia*, Torino, 2000, 28 ss.

<sup>35</sup> Cfr. A. ABUKAR HAYO, *op. cit.*, 29 ss; N. RONZITTI, *op. cit.*, 7 ss.

<sup>36</sup> Tale principio, detto di "giurisdizione universale", comporta la facoltà per ogni stato di indagare e perseguire alcune categorie di reati, così gravi da essere considerati lesivi della comunità internazionale nel suo complesso, a prescindere dal luogo in cui siano stati commessi o dalla nazionalità della vittima o del carnefice, criteri, questi ultimi, che generalmente sono alla base della giurisdizione nazionale. In questi termini si è espresso il Report degli Esperti dell'Unione Africana e dell'Unione Europea sul Principio della Giurisdizione Universale (AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction), Consiglio dell'Unione Europea, Bruxelles, 16 aprile 2009: «Universal criminal jurisdiction is the assertion by one state of its jurisdiction over crimes allegedly committed in the territory of another state by nationals of another state against nationals of another state where the crime alleged poses no direct threat to the vital interests of the state asserting jurisdiction. In other words, universal jurisdiction amounts to the claim by a state to prosecute crimes in circumstances where none of the traditional links of territoriality, nationality, passive personality or the protective principle exists at the time of the commission of the alleged offence».

paese dell'autore del reato, della vittima, o il *locus commissi delicti*) di perseguire i responsabili di violazioni sistematiche dei diritti umani, facilitando in questo modo la punizione degli autori<sup>37</sup>.

L'altro strumento di repressione dei crimini internazionali consiste nella creazione di organi penali internazionali che integrano lacune della giustizia interna, subentrando ad essa quando non funziona. Questo secondo modo di operare è cresciuto di importanza con la creazione da parte del Consiglio di Sicurezza della Nazioni Unite, rispettivamente nel 1993 e nel 1994, dei due Tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia e per il Ruanda e, in seguito, con l'approvazione, nel luglio 1998, dello Statuto della Corte penale internazionale.

A queste esperienze si affiancano, i più recenti modelli di tribunali regionali, definiti "misti" o "internazionalizzati" in virtù degli elementi di internazionalizzazione che ne caratterizzano il funzionamento.<sup>38</sup>

Non esiste, dunque, un'unica modalità per accertare la responsabilità penale internazionale, ma una serie di strumenti che possono essere utilizzati singolarmente o in combinazione, a seconda della situazione. La scelta del metodo dipende da vari fattori come gli obiettivi delle parti, la loro volontà di riconciliazione, l'entità dei crimini, la durata del conflitto e altre variabili interne ed esterne.<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup>A. CASSESE, *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, 2012; Id. *L'incidence du Droit International sur le Droit Interne*, France, 2002; F. LAFONTAINE, *Universal Jurisdiction – the Realistic Utopia*, in *Journal of International Criminal Justice* 10(2012), 1277-1302; G. P. FLETCHER, *Against Universal Jurisdiction*, in *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), 580-584; R.O'KEEFE, *Universal Jurisdiction - Clarifying the Basic Concept*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2/2004), 735-760; M. A. PASCULLI, *op. cit.*, 270.

<sup>38</sup>Rientrano in tale tipologia la Corte Speciale per la Sierra Leone (*Special Court for Sierra Leone – SCSL 16*), la Corte Speciale di Timor Est (*Special Panel for Serious Crimes – SPSC 17*), le Camere straordinarie delle Corti in Cambogia per la persecuzione dei crimini commessi durante il periodo della Kampuchea Democratica (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia – ECCC 18*), e le Camere straordinarie africane in Senegal (*The Extraordinary African Chambers*). Cfr. S. CANNATA - M. COSTI, *Da consumarsi preferibilmente entro... Brevi considerazioni sulla dimensione temporale del tribunale penale internazionale*, in G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il Tribunale per la ex-Jugoslavia: attività svolta e prospettive in vista del suo scioglimento*, Giuffrè, Milano, 2007, 282-295. Si veda altresì, F. DONLON, *The Transition of Responsibilities from the Special Court to the Residual Special Court for Sierra Leone. Challenges and Lessons Learned for Other International Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, 857-874; L.A. BARRIA, S.D. ROPER, *Judicial Capacity Building in Bosnia and Herzegovina: Understanding Legal Reform Beyond the Completion Strategy of the ICTY*, in *Human Rights Review*, 9/2008, 317-330.

<sup>39</sup>M. C. BASSIOUNI, *La valutazione delle conseguenze dei conflitti: L'accertamento delle responsabilità e l'impunità*, in *Criminalia*, 2010, 44 e ss.

Sicuramente la Corte penale internazionale (di qui in avanti CPI), per le sue stesse modalità di funzionamento può, a nostro avviso, essere ritenuta l'Autorità giudiziaria più idonea a perseguire siffatte violazioni.

Istituita con un Trattato multilaterale, la CPI, a differenza degli altri meccanismi fin qui descritti - operanti per un lasso di tempo limitato - ha infatti carattere permanente<sup>40</sup> e giudica i crimini internazionali commessi nei territori o da cittadini degli Stati parte successivamente all'entrata in vigore dello Statuto<sup>41</sup>.

Inoltre, una delle caratteristiche peculiari che la differenzia dai Tribunali *ad hoc*, è la sua natura complementare: mentre questi si pongono in posizione di primazia rispetto ai Tribunali nazionali, la Corte può intervenire solo nel caso in cui lo Stato "non voglia o non possa" perseguire i crimini per cui essa stessa è competente (cd. "principio di complementarità") per *unwillingness* (difetto di volontà), o *perinability* (incapacità) o "collasso istituzionale" dello Stato (cd. "principio di sussidiarietà")<sup>42</sup>. La previsione di un intervento solo sussidiario da parte della Corte Penale Internazionale risponde alla duplice esigenza di garantire il rispetto delle sovranità nazionali, realizzando contestualmente un sistema di giustizia penale internazionale primariamente esercitato dalle giurisdizioni locali<sup>43</sup>.

In tal modo, infatti, gli ordinamenti domestici agiscono da protagonisti della giustizia penale internazionale e sono incoraggiati a dotarsi delle strutture idonee alla conduzione di indagini e procedimenti, il che presuppone *in primis* l'adozione di una legislazione nazionale adeguata<sup>44</sup>.

L'innovativo ruolo attribuito agli Stati parte è riconosciuto già nel Preambolo dello Statuto della CPI, nel quale si afferma che «i delitti più gravi

---

<sup>40</sup> Art. 1 Statuto della CPI.

<sup>41</sup> Artt. 4, comma 2, e 12 Statuto della CPI.

<sup>42</sup> Sul punto, tra molti, cfr. M.C. BASSIOUNI, *The Universal Model: the International Criminal Court*, in *Post-Conflict Justice*, New York, 2002, 820; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, Studi in onore di Mario Romano, Jovene Editore, Napoli, 2011, p. 2654-2704.

<sup>43</sup> M. CRIPPA, *Sulla (perdurante?) Necessità di un adeguamento della legislazione interna in materia di crimini internazionali ai sensi dello statuto della corte penale internazionale*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2016.

<sup>44</sup> M. BERGSMO, O. BEKOU, A. JONES, *Complementarity and the Construction of National Ability*, in C. Stahn, M. El Zeidy, *The International Criminal Court and Complementarity, From Theory to Practice*, Cambridge, 2011, 1052-1070. Cfr. anche K. L. DOHERTY, T.L.H. MCCORMACK, *Complementarity as a "Catalyst" for Comprehensive Domestic Penal Legislation*, in *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 5/1999, 147.

che riguardano l'insieme della comunità internazionale non possono rimanere impuniti e che la loro repressione deve essere efficacemente garantita mediante provvedimenti adottati in ambito nazionale ed attraverso il rafforzamento della cooperazione internazionale».

Se da un lato, per questi motivi, la CPI rappresenta lo strumento di giustizia penale più adatto alla repressione dei crimini internazionali, non bisogna tralasciare gli evidenti limiti operativi strutturali che ne condizionano l'azione. Primo fra tutti la competenza *ratione loci e ratione materiae*.

Ai sensi dell'art. 12 dello Statuto di Roma, infatti la CPI può esercitare la propria giurisdizione sui crimini commessi nel territorio di uno Stato parte o sui crimini commessi da un cittadino di uno Stato parte. La competenza *ratione materiae*, invece, è delineata dall'art. 5 dello Statuto. Esso prevede che la Corte possa attivarsi solo in presenza dei più gravi crimini di rilevanza internazionale (c.d. *core crimes*): genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e, soggetto ad alcune condizioni, il crimine di aggressione.

A ciò si aggiunga che la Corte esercita la propria giurisdizione solamente su persone fisiche sospettate di aver commesso fattispecie criminali previste dallo Statuto. E' esclusa la possibilità che la sua competenza possa affermarsi nei confronti di Stati, di persone giuridiche (art. 25) e di individui minori di 18 anni.

Nonostante i vari limiti che pesano e incidono sull'efficacia del suo lavoro, come dimostrato anche nei recenti conflitti che si contendono l'attuale scenario internazionale, si ritiene che la CPI sia e resti sicuramente l'organo più competente a giudicare i crimini internazionali; da un lato perché garantisce standard giudiziari uniformi e dall'altro perché esercita la propria giurisdizione nel rispetto della sovranità nazionale.

Essa rappresenta infatti la forma più emblematica di una cooperazione giudiziaria internazionale, indispensabile per contrastare fenomeni di criminalità particolarmente invasiva<sup>45</sup>.

Inoltre, le recenti decisioni prese dalla CPI nei confronti di alcuni Stati non firmatari dello Statuto di Roma<sup>46</sup> sono certamente un chiaro ammonimento al

---

<sup>45</sup>Su questi temi, si veda M.C. BASSIUNI, *Le modalità di cooperazione internazionale in materia penale: il "sistema di esecuzione indiretta" e i regimi di "cooperazione inter-statale in materia penale"*, in AA.VV., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Milano, 2005, 33.

<sup>46</sup> Ci si riferisce, in particolare, al mandato di arresto emesso il 17 marzo 2023 dalla Camera Preliminare II della CPI nei confronti del Presidente della Federazione Russa Vladimir Putin e

rispetto delle norme del diritto internazionale umanitario, i cui sviluppi saranno da valutare sia nel breve che nel lungo termine<sup>47</sup>.

Si tratta comunque di un forte segnale da parte della Corte, che, nonostante i propri limiti statutari, vuole e deve fare la sua parte nel garantire la giustizia e il rispetto del diritto internazionale.

---

di Maria Alekseevna L'vova-Belova, commissaria presidenziale per i diritti dei bambini in Russia., e alla richiesta del Procuratore capo della CPI, nel maggio 2024, di emettere un mandato di arresto contro il Primo Ministro israeliano Netanyahu e il suo ministro della Difesa Yoav Gallant per "crimini di guerra e crimini contro l'umanità" nella Striscia di Gaza dall'8 ottobre 2023.

Ne hanno scritto, tra gli altri, M. DONINI, *Sottoporre gli Stati ai diritti per non tornare al diritto di Guerra*, in *Sist. Pen.*, 17 marzo 2022; C. MELONI, *Come affrontare l'aggressione russa dell'ucraina con gli strumenti del diritto (penale) internazionale*, in *Sist. Pen.*, 19.03.2022;

<sup>47</sup> G. CHIARINI, *Le (im)possibilità della Corte Penale Internazionale nella crisi ucraina*, in *www.ispionline.it/*, 3 Mar 2022.

## LEGALITÀ PENALE E PREVEDIBILITÀ DELLA DECISIONE GIUDIZIALE NELL'AI-ERA: IL MODELLO DELLA CINA

*Principle of legality and predictability of sentences in the AI era: the model of  
China*

di  
Diana Zingales \*

Fondato sulla tradizione giuridica propria degli ordinamenti di *civil law*, il sistema penale cinese contemporaneo prevede l'utilizzo di sofisticati *AI tools* atti ad "orientare" la discrezionalità del giudice penale verso un rigoroso rispetto del principio di legalità, sancito dal Codice penale: i *tools* ad oggi utilizzati garantiscono l'uniformità delle pronunce e la prevedibilità delle sentenze, con la promessa di contenere, o persino di annullare, i rischi di disparità di trattamento tra gli individui. Nell'illustrare i tre modelli di intelligenza artificiale a disposizione del giudice penale cinese nella fase del *sentencing*, il contributo mette in luce i punti di forza e le criticità sottese a tali sistemi utilizzati a supporto del *judicial decision-making*.

\*\*\*

*Based on the legal tradition of civil law systems, the contemporary Chinese criminal justice system allows the use of sophisticated AI tools to lead judicial discretion toward strict compliance with the principle of legality, as established by the Penal Code. The tools currently in use ensure consistency in rulings and predictability in sentencing, promising to minimize or eliminate the risk of inequality in criminal justice. By outlining the three models of artificial intelligence used by Chinese judges during the sentencing phase, this contribution highlights the strengths and weaknesses of these systems in supporting judicial decision-making.*

Sommario: 1. Introduzione - 2. Il sistema penale cinese: cenni preliminari - 3. L'AI nel *sentencing* nella giustizia penale cinese: i tre modelli attualmente in uso - 4. Dalle potenzialità dei sistemi di AI nel *sentencing* ai loro *gaps*: qualche riflessione - 5. Considerazioni conclusive.

---

\* Dottoressa di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Enna KORE. Cultore di diritto penale nell'Università di Bergamo e di Enna KORE

## 1. Introduzione

Prevedere l'entità della pena che sarà in concreto applicata dal giudice penale e il "grado" di pericolosità criminale dell'imputato, sono tra le *challenges* affidate all'AI già sperimentata nell'ambito della giustizia penale in alcune parti del mondo. Mentre negli USA già da qualche decennio si ricorre a sistemi di giustizia attuariale per "predire" la pericolosità<sup>2</sup>, nel 2017 la Cina ha adottato l'*Artificial Intelligence Development Plan (AIDP)*, contenente una serie di misure da attuare entro il 2030, che prevedono un ampio utilizzo dell'AI come nuova forma di 'e-governance' e puntano a rendere la Cina un polo internazionale per l'AI *Innovation*<sup>3</sup>. Con specifico riferimento alla giustizia penale, tra le innovazioni introdotte nel processo penale cinese, spiccano i *tools* di supporto all'attività di commisurazione della pena e che allertano il giudice della difformità della sentenza da lui proposta rispetto agli orientamenti consolidati.

I sistemi algoritmici utilizzati in tali Paesi pongono una serie di riflessioni da sviluppare necessariamente alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali in materia penale, soprattutto in seguito al recente Regolamento 2024/1689 del 13 giugno 2024 approvato dal Parlamento e dal Consiglio europeo, ovvero l'*Artificial Intelligence Act - AI Act*<sup>4</sup>, che ha definito come sistemi "ad alto rischio" quelli che incidono sui diritti dell'accusato nel processo penale, sanciti anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Segnatamente, all'interno della *Section 3.5* l'*AI Act* prevede una serie di principi cui dovranno conformarsi i programmatori e gli utilizzatori di *tools* che incidano sul diritto al giusto processo, sul diritto di difesa, di presunzione d'innocenza e d'impugnazione della sentenza<sup>5</sup>. Mentre i sistemi utilizzati negli USA per il *recidivism risk assessment* e per il *flight risk* sono di c.d. regressione logistica, e a oggi pongono problemi di trasparenza nonché di *fairness* e accuratezza nelle loro

---

<sup>2</sup> In tema, sia consentito il rinvio a D. ZINGALES, *Risk assesment: una nuova sfida per la giustizia penale? La pericolosità criminale al vaglio algoritmico delle probabilità nell'esperienza statunitense*, in [www.dirittopenaleuomo.it](http://www.dirittopenaleuomo.it), 9 dicembre 2021, pp. 1-6.

<sup>3</sup> N. WANG, M.Y. TIAN, "Intelligent Justice": *human-centered considerations in China's legal AI transformation*, in *AI and Ethics*, vol. III, 2022, pp. 1 ss.

<sup>4</sup> Nella sua versione definitiva l'*Artificial Intelligence Act* è stato approvato dal Consiglio dell'UE il 21 maggio 2024 ed è entrato in vigore il 1° agosto 2024. Il regolamento è disponibile al sito <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

<sup>5</sup> *AI Act*, § 3.5, in [www.artificialintelligenceact.eu](http://www.artificialintelligenceact.eu) : «The proposal will enhance and promote the protection of the rights protected by the Charter [...]. It aims to ensure protection of the right to an effective remedy and to a fair trial, the rights of defence and the presumption of innocence (Articles 47 and 48)».

previsioni, l’ingresso dei sistemi di AI di “quinta generazione”, che rientrano nel c.d. *real machine learning*, daranno luogo in futuro a dibattiti ancora più accesi in ordine al potenziale impatto che avranno sulle garanzie sopra menzionate<sup>6</sup>. Quella che può definirsi come “giustizia attuariale”<sup>7</sup>, con specifico riferimento al “calcolo” del rischio-ricidiva mediante sistemi algoritmici non è nemmeno sconosciuta a qualche Paese europeo. Se, infatti, oltreoceano il Congresso statunitense ha recentemente introdotto Pattern, un innovativo sistema algoritmico ‘istituzionale’ da utilizzare negli istituti penitenziari federali per calcolare il *recidivism* dei detenuti con l’obiettivo di ridurre il fenomeno della *mass incarceration*<sup>8</sup>, ancora prima, nel 2007, in Spagna, un sistema simile, RisCanvi è stato deliberato dal Dipartimento di Giustizia della Catalogna<sup>9</sup>, e *risk assessment tools* vengono correntemente utilizzati anche in altri Stati europei, come i Paesi Bassi<sup>10</sup>. Tali sistemi possono presentare ovvi vantaggi relativi a un significativo risparmio dei costi, ma soprattutto in termini di tempi necessari a operare le valutazioni. Pattern, negli Stati Uniti, ha rappresentato un emblematico esempio di come simili *tools* possano persino favorire la salvaguardia della salute e della vita di migliaia di detenuti, quando un’improvvisa pandemia richiede valutazioni rapide per permettere l’adozione di misure alternative alla detenzione nei confronti di soggetti reputati a basso rischio di recidiva.

Dall’altro lato, esaminati dalla prospettiva del principio di legalità sia nella sua dimensione costituzionale (art. 25 Cost.) che europea (art. 7 CEDU), *tools* come quelli utilizzati in Cina per il calcolo della pena, sembrerebbero presentare

---

<sup>6</sup> Sulle differenze tra *simple* e *real machine learning* e sugli scenari prospettabili circa l’impatto dei sistemi di quinta generazione sulle garanzie del giusto processo, di impugnazione e di difesa dell’accusato, J. VILLASENOR, V. FOGGO, *Artificial Intelligence, Due Process and Criminal Sentencing*, in *Michigan State Law Review*, vol. 2020, No. 2, 2020, pp. 301-302 e 339 ss.

<sup>7</sup> Termine coniato da Jonathan Simon alla fine degli anni ’80 nell’ambito di quella che definisce “*New Penology*”: v. J. SIMON, *The ideological effect of actuarial practices*, in *Law and Society Review*, 1988, pp. 771 ss

<sup>8</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a D. ZINGALES, *Risk assesment: una nuova sfida per la giustizia penale?*, cit., pp. 9-13

<sup>9</sup> A.A. PUEYO, K. ARBACH-LUCIONI, S. REDONDO, *The RisCanvi: A New Tool for Assessing Risk for Violence in Prison and Recidivism*, in J.P. SINGH, D.G. KRONER, J.S. WORMITH, S.L. DESMARAIS, Z. HAMILTON (a cura di), *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, West Sussex, 2018, pp. 255 ss.

<sup>10</sup> S. FAZEL, A. SARIASLAN, T.FANSHAW, *Towards a More Evidence-Based Risk Assessment for People in the Criminal Justice System: the Case of OxRec in the Netherlands*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, pp. 397 ss., disponibile all’indirizzo: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10610-022-09520-y>, 1 luglio 2022.

aspetti d'interesse, promettendo di garantire la prevedibilità della decisione giudiziale e l'uniformità delle pronunce.

## 2. Il sistema penale cinese: cenni preliminari

Una disamina delle potenzialità e dei rischi legati ai sistemi di AI utilizzati nella giustizia penale cinese, richiede una breve premessa volta a fornire un quadro dei principi essenziali su cui si fonda il diritto penale in quell'ordinamento. Il sistema giuridico cinese è di *civil law*<sup>11</sup>, come tale basato su norme scritte e sulla non vincolatività del precedente giudiziale<sup>12</sup>. Il potere legislativo è esercitato dal legislatore sul piano nazionale, ed è precluso a livello locale, al fine di garantire l'uniforme vigore della legge penale<sup>13</sup>, in maniera quindi non dissimile a quanto avviene in Italia, dove proprio l'ossequio al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. è tra le ragioni alla base dell'inidoneità della legge regionale a fungere da fonte del diritto penale. Già sotto la vigenza del previgente codice penale del 1979, il diritto penale cinese veniva ufficialmente inteso come strumento a tutela delle persone e dei loro diritti fondamentali basati sulla Costituzione<sup>14</sup>, mediante la punizione dei reati,

---

<sup>11</sup> I. BELKIN, *China's Criminal Justice System: a Work in Progress*, in *Washington Journal of Modern China*, 2005, p. 4; Z. KOPANIA, I. SZPOTAKOWSKI, *Chinese Law Research Guide*, 2020, p. 24, disponibile all'indirizzo: <https://archaeograph.pl/publikacje>, cui si rinvia altresì per gli opportuni riferimenti alle fonti del diritto nel sistema giuridico cinese, che viene definito come un sistema che «follows the (European) continental legal tradition which means that the sources of law are mainly statutes and written legal documents», salvo che per caratteristiche proprie dei sistemi di *common law* per specifiche aree del diritto, come quelle del diritto commerciale: p. 25 ss.

<sup>12</sup> I. BELKIN, *China's Criminal Justice System*, cit., p. 4. Il giudice penale cinese emette sentenza citando norme di legge e non precedenti giurisprudenziali basati sul caso specifico, come avviene invece negli Stati Uniti, salvo il caso in cui il caso presenti questioni di diritto di particolare importanza anche per la risoluzione del caso concreto: H.M. WANG, *Chinese and American Criminal Law: Some Comparisons*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. XLVI, 6, 1956, p. 800.

<sup>13</sup> H.M. WANG, *Chinese and American Criminal Law*, cit., p. 800. Proprio l'esigenza di garantire uniformità della legge in tutto il territorio cinese ha determinato l'adozione di un unico codice penale e di procedura penale, come rileva I. BELKIN, *China's Criminal Justice System*, cit., p. 2.

<sup>14</sup> Occorre tuttavia puntualizzare che il riferimento ai 'diritti fondamentali' garantiti dalla Costituzione cinese rispecchia i caratteri della forma di governo socialista, quali la tutela della proprietà pubblica socialista (*socialist public property*), lo sviluppo economico socialista (*socialist economic development*) e la dittatura del proletariato (*proletary dictatorship*): Z. QIWU, *General Aspects of the Chinese Criminal Code and Code of Criminal Procedure*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 1983, p. 66.

con la differenza, rispetto al sistema penale attuale, che gli illeciti penali potevano essere ricavati per analogia già nella fase della formulazione dell'imputazione<sup>15</sup>.

Il principio di legalità, riconosciuto formalmente come il più importante tra quelli della materia penale perché espressione del principio democratico<sup>16</sup>, è oggi previsto dall'art. 3 del Codice penale del 1997, il quale stabilisce che è reato solo quel fatto descritto 'chiaramente' come tale dalla legge, di talché in assenza di formulazioni precise, la condotta non potrebbe assumere rilevanza penale<sup>17</sup>. Il nuovo codice penale, invero, sembra discostarsi in misura significativa dalla tradizione giuridica penale cinese maturata sotto il precedente codice del 1979, caratterizzata da leggi vaghe e ambigue che favorivano l'applicazione analogica delle fattispecie, nonché dalla possibilità di applicare la norma penale più sfavorevole in via retroattiva<sup>18</sup>.

Tra le ragioni a sostegno del cambio di rotta espresso dall'introduzione del principio di legalità all'interno del nuovo codice, c'è l'esigenza di delimitare i confini dell'esercizio del potere giudiziario e rinsaldare il ruolo della legge penale in quanto tale, inducendo il legislatore a colmare eventuali *gaps*<sup>19</sup> senza far affidamento su indebiti "poteri suppletivi" del giudice nel creare norme penali.

Anche la giustizia penale cinese è articolata in tre gradi di giudizio e prevede corti locali, corti superiori e una Corte suprema. Non vi è la distinzione tra questioni di fatto e di diritto che negli USA determina la diversa competenza tra giuria e giudice, e infatti la giuria è estranea alla giustizia penale cinese: il giudice si pronuncia su questioni di fatto e di diritto, mentre la Corte suprema

---

<sup>15</sup> I. BELKIN, *China's Criminal Justice System*, cit., p. 62.

<sup>16</sup> P. DONGMEI, G. MINGXUAN, *Formation of the Basic Principles in the Modern Chinese Criminal Law*, in *Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences*, 2016, p. 2466.

<sup>17</sup> Art. 3 del *Criminal Code of the People's Republic of China* (PRC): «If the law clearly defines the act as criminal, it is defined as a crime and shall be punished in accordance with the law; if the law has not a clear definition of the act as a crime, it is not classified as a crime and shall not be punished» (Se la legge definisce chiaramente l'atto come (di rilevanza) penale, esso è stabilito come reato e dovrà essere punito secondo la legge; se la legge non dà una chiara definizione dell'atto come (di rilevanza) penale, esso non sarà classificato come reato e non sarà punito).

<sup>18</sup> P. DONGMEI, G. MINGXUAN, *Formation of the Basic Principles*, cit., p. 2466, che anzi precisano come sotto la vigenza del precedente codice, quella del «lack of desire for absolute precision» fosse una vera e propria ideologia politica. La necessità che il principio di legalità venisse esplicitato all'interno del Codice penale cinese era stata già sostenuta da parte della dottrina penalistica sotto la vigenza del codice del 1979: sul punto, K.C. MA, *On the implementation of the principle of legality in legislation*, in G.M.X. (a cura di), *Collection of proposals for the development of amendments to the PRC Criminal Code*, Kunming, Yunnan, 1997.

<sup>19</sup> P. DONGMEI, G. MINGXUAN, *Formation of the Basic Principles*, cit., p. 2467.

decide solo su questioni di diritto<sup>20</sup>. Per colmare la lacunosità delle norme penali scritte sovente vaghe e, segnatamente, per definire i contenuti di locuzioni dall’ampio significato, nel sistema penale cinese assumono un’importanza centrale le interpretazioni della *Supreme People’s Court* (SPC), che vengono pubblicate proprio al fine di fornire alle giurisdizioni inferiori “istruzioni” interpretative “di dettaglio” così da implementare le scelte di politica criminale e favorire l’uniformità delle pronunce.

In particolare, il carattere vincolante delle interpretazioni fornite dalla *Supreme People’s Court* è tale da far assumere a tale organo giurisdizionale funzioni di «quasi-lawmaking»<sup>21</sup>. Le interpretazioni non vincolanti sono invece di competenza del *Supreme People’s Procuratorate* (SPP) e vengono indirizzate agli uffici del Pubblico ministero cinese; infine, si segnala che anche il *Public Security Bureau* (PSB), che fa parte dell’esecutivo e ha la competenza in materia di indagini preliminari per molti reati<sup>22</sup>, esercita poteri interpretativi non vincolanti.

Il tema che in questa sede interessa, relativo alle potenzialità dell’AI nella giustizia penale, si sviluppa da una premessa che riguarda più in generale l’esigenza, fortemente avvertita dalla dottrina e dalla giurisprudenza di quel Paese, di specificare, per via interpretativa, i contenuti di una soventemente vaga terminologia della norma scritta, che sarebbe altrimenti soggetta ad interpretazioni “fuorvianti”, o persino destinata a rimanere lettera morta<sup>23</sup>.

In questo scenario, diventano allora determinanti le interpretazioni fornite da fonti normative locali nonché dai citati SPC e SPP («judicial interpretations»), che definiscono le locuzioni utilizzate dal legislatore sul piano nazionale e vengono espressamente contemplate tra le fonti dell’ordinamento giuridico cinese. Sotto questo profilo, le interpretazioni date dal SPC fanno parte del sottosistema denominato *guiding case system*<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> H.M. WANG, *Chinese and American Criminal Law*, cit., pp. 798 ss.

<sup>21</sup> J.V. ROBERTS, W. PEI, *Structuring Judicial Discretion in China: Exploring the 2014 Sentencing Guidelines*, in *Criminal Law Forum*, 2016, p. 8.

<sup>22</sup> I. BELKIN, *China’s Criminal Justice System*, cit., p. 4.

<sup>23</sup> Z. KOPANIA, I. SZPOTAKOWSKI, *Chinese Law Research Guide*, cit., pp. 27: «As Chinese legal acts are mostly enacted in general and vague terms, their interpretation by various authorities effectively forms an important source of law. Without them Chinese law could be unusable and sometimes even misleading»; Cfr. Z. KOPANIA, I. SZPOTAKOWSKI, *Chinese Law Research Guide*, cit., p. 24: «Chinese law is a civil law tradition system with Chinese characteristics. Its national legislation is often quite vague and aims to focus on main policies and goals, while filling in the detail of specific rules frequently is left to additional regulations».

<sup>24</sup> Z. KOPANIA, I. SZPOTAKOWSKI, *Chinese Law Research Guide*, cit., p. 28 e 39 ss..

Diversamente da quanto avviene nei tradizionali sistemi di *common law*, il *guiding case system* consiste in un insieme di norme di natura casistica – pur sempre basate su fattispecie di natura scritta (*statutory law*), a differenza quindi di quanto avviene nei tradizionali sistemi di *common law* – pubblicate periodicamente sin dal 2010 per orientare i giudici nell'interpretazione di quelle leggi da applicare a casi simili, al fine di delimitare la discrezionalità giudiziale e garantire così l'uniformità nell'interpretazione della legge<sup>25</sup>. Tra le fonti scritte strumentali a “contenere” la *judicial discretion* rivestono poi particolare rilevanza, soprattutto per ciò che interessa in questa sede, le *Sentencing Guidelines for Common Crimes* elaborate dalla SPC già nel 2014, con valore vincolante<sup>26</sup>, contenenti criteri per la determinazione della pena in concreto per quindici reati comuni, ovvero per categorie di reati<sup>27</sup>. Tra gli obiettivi delle *guidelines* vi sono quello di orientamento della discrezionalità giudiziale nell'irrogazione della pena detentiva, quello di contemperamento tra gravità del reato ed entità della risposta sanzionatoria, l'implementazione del principio di trasparenza del giudizio e dei criteri utilizzati dal giudice per determinare la pena, il principio di parità, che il giudice deve rispettare nella commisurazione della pena, ed infine quello di assicurare una sentenza “giusta”<sup>28</sup>.

Il modello adottato dalla Cina per l'implementazione delle *guidelines* è chiamato *Starting Point*, e consiste in tre fasi: la prima riguarda l'individuazione dello *starting point* della pena, ovvero della pena da irrogare alla luce degli elementi fattuali del caso di specie; la seconda implica l'aggravamento o l'attenuazione della pena risultante dalla prima fase; infine, l'ultima fase è quella di determinazione della pena finale, ricavata mediante un aumento o una riduzione della pena in base ad elementi non ricollegati alla condotta, ma che risultano rilevanti per “soppesare” la colpevolezza dell'imputato<sup>29</sup>.

Un cenno va fatto, infine, alla *rehabilitation* del reo e alla funzione repressiva della pena secondo il *Chinese Criminal Law*, entrambe considerate espressioni

---

<sup>25</sup> *White Paper on Judicial Reform in China, Part II. Maintaining Social Fairness and Justice, Section 2: Standardizing Judicial Acts, 2020*, in [www.englishcourt.gov.cn](http://www.englishcourt.gov.cn). La funzione di queste linee-guida è quindi quella di ‘definire’ le locuzioni utilizzate in alcune fattispecie, come quella di *public transportation*, o *large amount of money* nel delitto di rapina.

<sup>26</sup> J.V. ROBERTS, W. PEI, *Structuring Judicial Discretion in China*, cit., pp. 3 ss. Ove voglia discostarsi da quanto indicato nelle *guidelines*, il giudice deve motivare tale scelta: si veda *ivi*, p. 24.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 9.

<sup>28</sup> *Ibidem*, e p. 13.

<sup>29</sup> J. V. ROBERTS, W. PEI, *Structuring Judicial Discretion in China*, cit., pp. 15 ss.

dell'ideologia socialista<sup>30</sup>. Proprio in relazione alla necessità di assicurare le finalità della pena, infatti, sono state sollevate alcune tra le maggiori critiche ai sistemi di AI attualmente in uso nella giustizia penale cinese, in quanto tali *tools* risultano inadeguati a garantire che la pena assolva alle funzioni previste dal diritto penale cinese.

### 3. L'AI nel *sentencing* nella giustizia penale cinese: i tre modelli attualmente in uso

Alla base dell'introduzione di sistemi di AI nel *sentencing* nella giustizia penale cinese vi è l'esigenza di contenere la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, sfruttando le potenzialità dell'AI e massimizzando così gli obiettivi raggiunti mediante la pubblicazione delle predette *guidelines*. Nel 2017 l'organo esecutivo cinese (*State Council*) ha emesso il c.d. *Plan for a New Generation of Artificial Intelligence*, e il Ministro cinese dell'*Industry and Information Technology* ha elaborato il c.d. *Three-Year Plan to Promote the Development of the Next Generation of Artificial Intelligence (2018-2020)*, che sollecita i dipartimenti a indagare i possibili utilizzi dell'AI nell'ambito delle mansioni di propria competenza. Un anno dopo, nel 2018, La *Supreme Court* ha introdotto un sistema algoritmico chiamato *similar case*, che compara sentenze simili e ricava un insieme di elementi considerati dai giudici (come, ad esempio, la confessione dell'imputato)<sup>31</sup>. Anche a livello locale, inoltre, risultano sistemi di AI implementati da alcune corti, impiegati come *tools* di supporto al giudice sia durante il processo che nella fase di commisurazione della pena. Tra tali sistemi locali più utilizzati, vi è *Rui Judge* (il giudice saggio), implementato dalle corti di Pechino, nonché il *206 system* utilizzato dalle corti penali di Shanghai, con multiple funzioni, tra cui quella di verificare il rispetto delle garanzie dell'arrestato e la sussistenza di prove a carico, valutare la pericolosità sociale dell'imputato e supportare il giudice nella fase di commisurazione della pena<sup>32</sup>. Più in generale, ad oggi nel sistema penale cinese risultano tre tipologie di AI *systems* con funzioni di supporto al giudice nella fase di commisurazione della pena. Alcuni sistemi algoritmici sono basati sul modello "*similar case*" e offrono al giudice informazioni circa le pene in concreto irrogate in casi simili. Un

---

<sup>30</sup> Z. QIWU, *General Aspects of the Chinese Criminal Code*, cit., p. 68.

<sup>31</sup> J. SHI, *Artificial Intelligence*, cit., p. 125.

<sup>32</sup> Ivi, p. 126.

secondo modello è rappresentato, per tutti, da *Little Judge Bao*, un *software* che elabora gli elementi contenuti nelle menzionate *Guidelines* a disposizione dei giudici penali cinesi e suggerisce la pena da applicare al caso concreto. *Little Judge Bao* è quindi un sistema algoritmico utile proprio nell'ottica della prevedibilità della sentenza, segnatamente della pena che verrà comminata<sup>33</sup>. Il sistema algoritmico consente di determinare la pena edittale minima e quella massima previste dal *Chinese Criminal Law* per una specifica fattispecie, e in seconda battuta di selezionare uno o più elementi fattuali presenti nel caso concreto (come, ad esempio, il numero di persone offese, l'entità del danno arrecato dall'imputato, l'eventuale efferatezza del reato). Infine, l'*user* può selezionare una o più circostanze aggravanti e attenuanti inserite nel sistema, inclusa l'età dell'accusato se rileva ai fini del giudizio, l'eventuale confessione o riparazione del danno arrecato, la recidiva, ecc. Un esempio dell'operatività di *Little Judge Bao* è quello che segue:

- 1) informazioni di base relative al caso di specie (nome e cognome dell'imputato, parole chiave relative alla fattispecie a lui ascritta);
- 2) forbice edittale prevista dal *Chinese Criminal Law* (ad esempio, da tre a massimo dieci anni di reclusione);
- 3) pena-base da applicare (ad esempio, da 66 fino a 69 mesi di reclusione);
- 4) pena-base aumentata in base alla sussistenza di circostanze aggravanti (ad esempio, un mese in più rispetto a quanto previsto al punto n. 3);
- 5) riduzione della pena (espressa in termini percentuali) per la sussistenza di circostanze attenuanti (ad esempio, in misura fino al 60% secondo le *Guidelines*);
- 6) pena raccomandata dal sistema in base agli elementi elaborati (ad esempio, da 27 a 28 mesi di reclusione).

*Little Judge Bao* è pure in grado di offrire una panoramica di tipo statistico relativa a dati empirici, come ad esempio in quanti casi di furto le corti penali di Pechino hanno disposto la pena della reclusione ovvero della libertà vigilata. La facile accessibilità del sistema è, infine, una caratteristica degna di nota: il *software* è infatti utilizzabile non solo dal giudice o dal difensore, ma anche dalla persona offesa e dallo stesso accusato, secondo logiche di pubblicità che favoriscono la prevedibilità della decisione giudiziale.

---

<sup>33</sup> Più precisamente, gli *items* di *Little Judge Bao* sono costituiti dagli elementi contenuti nelle più recenti *Guidelines* del 2021 e da alcune *guidelines* implementate da corti territoriali: si veda *ibidem*.

Il terzo tipo di *software* impiegato dai giudici penali cinesi è ancora più evoluto e allerta il giudice sulle disparità di trattamento che deriverebbero dalla sentenza da quest’ultimo proposta rispetto a quelle relative a casi simili, inserite nel sistema. Tutti e tre i sistemi illustrati usano modelli matematici che analizzano casi e sentenze precedenti, mettono a confronto le loro somiglianze testuali, estrapolano dati ed elementi rilevanti per la determinazione della pena, bilanciano tutti questi fattori e li quantificano, proponendo la pena da applicare nel caso concreto. Sono sistemi progettati in modo tale che lo stesso *input* produca lo stesso *output* al fine di implementare il principio “*same case, same sentence*”<sup>34</sup>.

In generale, l’utilizzo dell’AI in supporto – e non in sostituzione – del giudice in Cina è guardato con particolare favore non solo dalla giurisprudenza, ma anche dal legislatore, come valido ausilio che fornisce indicazioni comunque non vincolanti per la determinazione della sanzione penale<sup>35</sup>.

#### 4. Dalle potenzialità dei sistemi di AI nel *sentencing* ai loro *gaps*: qualche riflessione

Se alla base dell’uso dell’AI nella giustizia penale cinese vi è l’esigenza di contenere la discrezionalità giudiziale e quella di assicurare l’uniformità delle pronunce per casi similari nel rispetto del principio di legalità voluto dalla riforma non possono sottacersi i limiti e i pericoli legati a tali *tools*, evidenziati dalla dottrina più sensibile al rispetto dei principi del diritto penale, anche cinese.

Tra le obiezioni più frequentemente sollevate riguardo ai sistemi di AI menzionati prima descritti, le principali investono invero già i criteri delle *guidelines* utilizzate dai giudici e preesistenti all’ingresso dell’intelligenza artificiale nella giustizia penale in Cina. In particolare, il principio “*same case, same sentence*” non è scevro da critiche, se considerato alla luce degli effetti prodotti in concreto. È stato opportunamente osservato che, al di là delle similitudini che possono sussistere tra un caso e l’altro “analizzato” dal *software*, l’agognata uguaglianza alla base del principio sembra frutto di un’ingenua utopia, posto che ogni caso concreto presenta peculiarità che difficilmente possono condurre a un giudizio di equivalenza rispetto a un altro caso, anche prendendo in

---

<sup>34</sup> J. SHI, *Artificial Intelligence*, cit., p. 128.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

considerazione quello più simile<sup>36</sup>. Si è rilevato, inoltre, che il principio “*same case, same sentence*” risulta in concreto non più di un mero *slogan*, e ancora, con una definizione icastica, un *fictional myth of the rule of law*, data l’assenza di *standards* chiari che guidino il giudice al perseguimento dell’obiettivo<sup>37</sup>. È stato opportunamente rilevato, soprattutto, che siffatto principio disattende quelle che sono le particolarità del caso concreto e nello specifico le funzioni della pena, poiché oltre a valutare eventualmente le similitudini esistenti tra un caso e l’altro, il giudice non può trascurare le finalità che la pena di volta in volta deve assolvere<sup>38</sup>, che non possono essere sbrigativamente definite in base a meri calcoli matematici che tengono in considerazione solo le circostanze fattuali del caso di specie.

Il *Chinese Criminal Law*, invero, prevede che la pena debba assolvere a diverse funzioni, tra cui quella retributiva (art. 61 CCL)<sup>39</sup> e quella educativa (art. 72 CCL), e che guardare solo al danno causato (*harm*) dal reato e alla condotta posta in essere in concreto, significa ignorare tali finalità.

Tra i *deficit* di tali sistemi, ancora, si annovera la possibile mancanza di accuratezza nella selezione degli *items* rilevanti per la commisurazione della pena, dal momento che il *software* prende in esame solo quegli elementi già inseriti al suo interno, ma non considera che il caso concreto può presentare elementi ‘nuovi’<sup>40</sup>, con l’effetto di indurre il giudice in errore e trattare casi non simili alla stessa stregua. Sempre con riferimento agli *items* elaborati da tali sistemi, il *software* non è in grado di “soppesare” la loro rilevanza nel caso concreto, limitandosi a considerare quanti di essi sono presenti nel caso sottoposto all’esame del giudice, e solo in base a tale dato conclude che un caso è ‘uguale’ all’altro e quindi andrebbe sanzionato in egual misura<sup>41</sup>, conducendo quindi a esiti perfino opposti a quello alla base del “*same case, same sentence*”.

---

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Ivi, p. 129.

<sup>38</sup> Ivi, pp. 129-130.

<sup>39</sup> Art. 61 CCL: «the sentence shall be imposed on the basis of the facts of the crime, the nature and circumstances of the crime, and the degree of harm to society, in accordance with the relevant stipulations of this law». Pure nel diritto penale cinese, infine, la pena deve assolvere anche alla funzione preventiva: J. SHI, *Artificial Intelligence*, cit., p. 130.

<sup>40</sup> H. SUN, *Reflection on the Possibility and Limitation of Intelligent Judging*, in *Review of the National College of Prosecutors*, p. 89.

<sup>41</sup> Ivi, p. 90. È stato inoltre osservato che il ‘peso’ di ciascun elemento preso in considerazione dall’algoritmo non è suscettibile di aprioristica individuazione perché ogni caso è a sé, e che la selezione dei fattori determinanti per la commisurazione della pena non può prescindere dal caso

Un ulteriore profilo di criticità riguarda la ‘comprensione’ del linguaggio giuridico da parte di tali sistemi, posto che possono crearsi dei *misunderstanding* o dei veri e propri *gaps* poiché uno stesso istituto può essere diversamente definito dai giudici penali. Ad esempio, quando nella sentenza il giudice voglia fare riferimento alla confessione quale circostanza attenuante, può definirla, meno tecnicamente, come un “autoaccusarsi volontariamente” (*making incriminating statements voluntarily*), con la conseguenza che il *software* non sarà in grado di cogliere che in entrambi i casi si fa riferimento alla ‘confessione’ che determina un’attenuazione della pena<sup>42</sup>. Tale ultimo problema sembra, peraltro, difficilmente risolvibile, poiché il programmatore non può ‘prevedere’ quali espressioni usate dai giudici nelle sentenze avranno lo stesso significato<sup>43</sup>.

La dottrina cinese mette inoltre in luce il *deficit* di trasparenza di questi *tools*, in quanto progettati da società private sebbene su incarico delle stesse corti cinesi: essendo il loro funzionamento coperto da segreto industriale, questi sistemi sono delle *black boxes* che rendono impossibile al giudice, così come all’imputato, comprendere come il sistema ha elaborato un dato *output* e quale peso il sistema ha attribuito a ciascun *item* utilizzato<sup>44</sup>.

Infine, tra le principali obiezioni riguardo all’uso dell’AI nel *sentencing* vi è quella che concerne l’intrinseca inadeguatezza di tali sistemi, che determinano l’entità della pena in forza di una mera operazione matematica: una sentenza “giusta” non può, infatti, essere quella che risulta solo dalla combinazione di alcuni fattori<sup>45</sup>, anche alla luce delle problematiche sopra menzionate.

---

nella sua complessità, ma i sistemi di AI non possiedono tale ‘capacità’: v. A. MANDAL, K. GHOSH, S. GHOSH, S. MANDAL, *Unsupervised Approaches for Measuring Textual Similarity between legal Court Case Reports*, in *Artificial Intelligence Law*, 2021, pp. 417-418; J. FENG, *Challenges of Artificial Intelligence to Theories on Trial: Response and Limitation*, in *Journal of Eastern China University of Political Science and Law*, 2018, p. 21 ss.

<sup>42</sup> J. SHI, *Artificial Intelligence*, cit., pp. 130-131.

<sup>43</sup> Ivi, p. 131.

<sup>44</sup> C. HUANG, *Sentencing Discretion of Judges and Realization of Sentencing Justice*, in *Journal of Shandong Normal University (Social Sciences)*, 2021, p. 143.

<sup>45</sup> Sulla natura di ‘giudizio di valore’ della sentenza penale, e sull’inadeguatezza dell’AI sotto questo profilo si veda, in generale, A. ROTH, *Trial by Machine*, in *Georgetown Law Journal*, 2016, pp. 1245 ss.; v. anche J. SHI, *Artificial Intelligence*, cit., p. 131-132.

## 5. Considerazioni conclusive

La disamina dei sistemi di AI, quali *tools* di supporto all'autorità giurisdizionale consente di svolgere alcune brevi considerazioni finali alla luce dei principi costituzionali che anche in Italia dovrebbero guidare il legislatore e il giudice nella materia penale, nonché alla luce delle garanzie similari sancite anche a livello sovranazionale e oggi nuovamente richiamate dall'*AI Act*.

I modelli algoritmici implementati nell'ordinamento giuridico cinese e utilizzati soprattutto per garantire la prevedibilità della pena e al contempo l'uniformità delle pronunce – con il fine ultimo di evitare disparità di trattamento per reati che, per le modalità con cui sono stati commessi, presentano caratteristiche omogenee – si presentano come *tools* di notevole interesse per il giurista. Proprio il principio di legalità, specialmente nel suo corollario della prevedibilità della sentenza, secondo il disposto dell'art. 7 CEDU, potrebbe risultare rafforzato da sistemi di questo tipo, nella misura in cui il giudice sarebbe tenuto non solo ad assicurare la giustizia nel caso concreto, ma anche a non frustrare la prevedibilità delle decisioni di casi simili da parte di altri giudici. Sistemi del genere, volti a limitare la discrezionalità del giudice e ad evitare che condotte similari possano essere soggette a condanne di specie e entità profondamente diverse, potrebbero essere utilizzati per fissare dei limiti alla discrezionalità del giudice penale, che nella prassi ormai è una figura assai lontana da quell'ideale illuminista del giudice *bouche de la loi*. Tuttavia, come si è visto, anche in un sistema come quello cinese – che nella prassi notoriamente non brilla per garantismo – si sono evidenziate le frizioni che tali sistemi, improntati al principio *same case, same sentence*, pongono rispetto alle garanzie legate alla pena e anche con riferimento alla colpevolezza.

Quanto al sistema penale italiano, siffatti sistemi, per lo meno secondo gli *standards* di applicazione utilizzati in Cina, difficilmente potrebbero trovare applicazione: il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost., nonché i criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p. – strettamente connessi a tale principio nella misura in cui devono garantirne il rispetto – non agevolerebbero l'ingresso di simili *tools* che 'appiattiscono' la responsabilità e, soprattutto, indeboliscono quella certa discrezionalità giudiziale che caratterizza il giudizio di colpevolezza dell'accusato.

Per di più, alla luce dei problemi "tecnici" prima illustrati che tali *tools* pongono anche in termini di *understanding* del significato di talune espressioni –

aspetto che inficia la capacità di estrapolare quei dati testuali e che quindi invalida lo stesso principio del *same case* – allo stato attuale sembra che le aspettative riposte nei sistemi di AI siano ancora ben lontane dal produrre risultati incoraggianti. Ed ancora: se è vero che in Cina questi sistemi analizzano ed estrapolano solo circostanze fattuali per elaborare il calcolo della pena, considerando che “fatto” e “diritto” non sono aspetti propriamente scindibili del giudizio<sup>46</sup>, il rispetto delle garanzie costituzionali e sovranazionali, in specie della presunzione di non colpevolezza, dovrebbe guidare il programmatore anche nella progettazione di sistemi “di sicurezza” all’interno del *tool* che annullino o comunque riducano il rischio di *misunderstanding* che possa determinare un aumento della pena in base ad un’erronea estrapolazione di dati dal sistema.

---

<sup>46</sup> In tema, sia consentito il rinvio a M. CATERINI, D. ZINGALES, *L’interpretazione favorevole all’incolpato: spunti storici e comparati per la codificazione di una clausola generale*, in *Arch. pen.*, 2, 2023, p. 1 ss. Sull’inscindibilità di *quaestio facti* e *quaestio iuris* si rinvia altresì a G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 25 ss.; T. MAZZARESE, *Dubbi epistemologici sulle nozioni di «quaestio facti» e «quaestio iuris»*, in *Riv. int. fil. dir.*, 69, 1992, p. 294 ss.; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, p. 54 ss.; R. ORLANDI, *L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA et al., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 501 ss.; S. QUATTROCOLO, *Riqualficazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011, p. 61 ss.; F. CASSIBBA, *L’imputazione e le sue vicende*, Milano, 2016, pp. 66-67. In senso diverso, M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*, Torino, 2005, p. 233; P. COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in G. UBERTIS (a cura di) *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, pp. 223-225; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1966, p. 620.

**ESERCIZIO ARBITRARIO DELLE PROPRIE RAGIONI E CONCORSO DEL TERZO  
INGANNATO***Arbitrary exercise of one's own reasons and concurrence of the deceived third party*

di

**Andrea Ceccarelli \***

La sentenza in commento ha affrontato un caso di concorso dell'extraneus nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, precisando alcuni punti rimasti insoluti dopo la pronuncia delle Sezioni Unite, in particolar modo soffermandosi sulla possibile applicazione dell'art. 48 c.p.. Dopo aver esaminato il contenuto della sentenza, il contributo si sofferma anche sui profili distintivi tra art. 48 c.p. e art. 116 c.p., nonché sulla questione dell'ammissibilità del concorso di persone per titoli di reato differenziati.

\*\*\*

*The judgment under review addressed a case of extraneus' concurrence in the crime of arbitrary exercise of one's own reasons, clarifying some points that remained unresolved after the ruling of the United Sections, especially dwelling on the possible application of Article 48 of the Criminal Code. After examining the content of the ruling, the contribution also focuses on the distinctive profiles between Article 48 of the Criminal Code and Article 116 of the Criminal Code, as well as on the question of the admissibility of concurrence of persons for differential titles of crime.*

Sommario: 1. Il reato di ragion fattasi e il suo labile confine con il delitto di estorsione sino alle Sezioni Unite Filardo – 2. Nuovi chiarimenti sui rapporti tra art. 393 c.p. e art. 629 c.p. in caso di concorso di persone in una recente sentenza della cassazione – 2.1. L'“interesse proprio del terzo” deve riverberarsi sulle modalità concrete dell'azione – 2.2 I rapporti tra estorsione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni in caso di induzione in errore dell'extraneus da parte del titolare del preteso diritto: una critica all'applicazione degli artt. 47 e 48, comma 2, c.p. – 2.3 Una corretta disamina dei profili distintivi tra i delitti di ragion fattasi ed estorsione – 3. Profili distintivi tra art. 48 c.p. e art. 116 c.p. in tema di concorso di persone – 4. Estorsione e ragion fattasi: spunti per una generale ammissibilità di un concorso di persone per titoli di reato differenziati?

---

\* Cultore della materia di diritto penale presso l'Università degli Studi di Pisa

## 1. Il reato di ragion fattasi e il suo labile confine con il delitto di estorsione sino alle Sezioni Unite Filardo

Può accadere sovente che un privato cittadino, a fronte di un credito o comunque di una pretesa legittima insoddisfatta, decida di non adire l'Autorità giudiziaria, bensì di ricorrere a forme di giustizia privata, talvolta avvalendosi anche dell'aiuto di terzi. Si immagini, ad esempio, il caso di un creditore che voglia ottenere la riscossione del proprio credito senza rivolgersi ad un giudice; egli potrebbe avvalersi di un terzo, magari promettendogli anche una ricompensa per il suo operato, per soddisfare celermente le proprie ragioni.

Tale *modus operandi* è ovviamente ostacolato dal nostro ordinamento, che impone al privato cittadino che vanti una qualsivoglia pretesa nei confronti di un terzo di agire innanzi alle competenti Autorità giudiziarie al fine di ottenere giustizia. Per impedire il verificarsi di siffatte condotte sono state predisposte le fattispecie penali di cui agli artt. 392<sup>2</sup>-393<sup>3</sup> c.p., rubricate rispettivamente «*esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose*» ed «*esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone*». Tali reati puniscono le condotte di chi «*al fine di esercitare un preteso diritto*» si faccia «*arbitrariamente ragione da sé medesimo*» utilizzando *violenza sulle cose* (art. 392 c.p.) oppure usando *violenza o minaccia alle persone* (art. 393 c.p.), in quanto offensive dell'interesse pubblico a garantire il regolare corso della giustizia, nonché dell'interesse del patrimonio e dell'incolumità personali del privato vittima della violenza.

La fattispecie che ha destato maggiori problematiche nella giurisprudenza di legittimità è stata indubbiamente quella di cui all'art. 393 c.p., posto il suo labile confine con il delitto di estorsione di cui all'art. 629 c.p.<sup>4</sup>. L'estorsione, invero,

---

<sup>2</sup> «Chiunque, al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo, mediante violenza sulle cose, è punito, a querela della persona offesa, con la multa fino a euro 516.

Agli effetti della legge penale, si ha violenza sulle cose allorché la cosa viene danneggiata o trasformata, o ne è mutata la destinazione.

Si ha altresì, violenza sulle cose allorché un programma informatico viene alterato, modificato o cancellato in tutto o in parte ovvero viene impedito o turbato il funzionamento di un sistema informatico o telematico»

<sup>3</sup> «Chiunque, al fine indicato nell'articolo precedente, e potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo usando violenza o minaccia alle persone, è punito, a querela dell'offeso, con la reclusione fino a un anno.

Se il fatto è commesso anche con violenza sulle cose, alla pena della reclusione è aggiunta la multa fino a euro 206.

La pena è aumentata se la violenza o la minaccia alle persone è commessa con armi»

<sup>4</sup> Per una disamina sui rapporti tra i due delitti si vedano, *ex multis*, M. C. UBIALI, *Sui rapporti tra estorsione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone: un revirement giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 febbraio 2014; A. LAURINO, *Estorsione, ragion fattasi ed intensità*

sanziona le condotte di chi «mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno». Appare evidente come le condotte materiali dei due reati ben possano interferire, richiedendosi in entrambe le fattispecie l'utilizzo della violenza o minaccia.

Nel panorama dottrinale e giurisprudenziale si sono affacciate diverse teorie sugli elementi distintivi delle due fattispecie. Originariamente si era ritenuto che i due reati si diversificassero soltanto sotto il profilo soggettivo, poiché nel delitto di cui all'art. 393 c.p. il soggetto agisce con violenza per esercitare un diritto nella convinzione della sua sussistenza, mentre nell'estorsione il privato esercita una pretesa sapendo che questa non è astrattamente tutelabile dinanzi all'Autorità giudiziaria. Esemplificativa di tale orientamento è la massima secondo la quale i delitti in questione si distinguono «non per la materialità del fatto, che può essere identica, ma per l'elemento intenzionale che, qualunque sia stata l'intensità e la gravità della violenza o della minaccia, integra la fattispecie estorsiva soltanto quando abbia di mira l'attuazione di una pretesa non tutelabile davanti all'autorità giudiziaria»<sup>5</sup>.

Successivamente, l'orientamento maggioritario<sup>6</sup> ha sposato una visione oggettiva del *discrimen* tra i due delitti, ritenendo che già dal punto di vista materiale vi siano delle differenze. In particolare, si è rilevato che sia l'entità della violenza o minaccia a determinare la sussunzione della condotta nell'uno o nell'altro delitto: in presenza di una violenza manifestamente sproporzionata e gratuita, dunque fine a sé stessa e senza alcun collegamento con la pretesa da far valere, sarebbe integrato il delitto di estorsione. Come suggerito in giurisprudenza<sup>7</sup>,

---

della violenza nella giurisprudenza della Suprema Corte, in Cass. Pen., vol. 52, n. 9, 2012, pp. 3174 ss.; P. GRILLO, *Verso la diagnosi differenziale tra delitti di 'ragion fattasi' ed estorsione*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 229, 2019, pp. 6 ss.; F. AGNINO, *Estorsione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni: il giudice nomofilattico traccia il sentiero (ma il passo dell'interprete continua a essere incerto)*, in *Ius Penale*, 18 novembre 2020; F. AGNINO, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni ed estorsione: alla ricerca degli elementi differenziali*, in *Ius Penale*, 20 luglio 2020; S. QUERCIA, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle persone: natura, qualificazione giuridica e rapporti con il delitto di estorsione*, in *Ius in Itinere*, 9 giugno 2021; P. ZARRA, *Considerazioni sul discrimen tra la ragion fattasi e l'estorsione. L'equilibrio raggiunto dalle Sezioni unite*, in *Archivio Penale* 2020, n. 3; E. RECCIA, *La riscossione di un credito con violenza o minaccia tra estorsione e esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Archivio Penale* 2020, n. 3; G. STAMPANONI, *Estorsione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni: tra elemento soggettivo e intensità della condotta*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 1034 ss.

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez. II, 04 dicembre 2013, n. 51433; in senso conforme vedasi anche Cass. pen., Sez. II, 01 ottobre 2013, n. 51433; Cass. pen., Sez. II, 25 giugno 2014, n. 31224; Cass. pen., Sez. II, 25 settembre 2014, n. 42940.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. I, 20 luglio 2017, n. 6968; Cass. pen., Sez. II, 08 giugno 2017, n. 33712; Cass. pen., Sez. VI, 07 febbraio 2017, n. 11823; Cass. pen., Sez. II, 21 ottobre 2016, n. 51013; Cass. pen., Sez. II, 19 luglio 2016, n. 41452.

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. II, 22 novembre 2018, n. 56400.

invero, la violenza e la minaccia, qualora rivestano caratteristiche di particolare gravità, tramutano in "ingiusta" la pretesa, anche se correlata ad un diritto tutelabile per via giudiziaria, ed impongono l'inquadramento della condotta nel delitto di estorsione

A dirimere il contrasto interpretativo sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di cassazione nel 2020 con la sentenza Filardo (n. 29541/2020 del 16/07/2020, dep. 23/10/2020), che hanno offerto una approfondita ricostruzione del delitto di cui all'art. 393 c.p., soffermandosi poi sui profili distintivi rispetto all'estorsione<sup>8</sup>. Ad avviso delle Sezioni Unite il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni è un reato proprio e rappresenta una forma particolare di violenza privata, punita meno severamente rispetto a codesto reato per la «considerazione che il fatto di agire col convincimento di esercitare un diritto è sentito dalla coscienza sociale come un motivo di attenuazione della pena»<sup>9</sup>. Circa il profilo distintivo rispetto al delitto di estorsione, la Suprema Corte ha aderito all'interpretazione più risalente di tipo "soggettivo", ritenendo che i delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alla persona e di estorsione, seppur caratterizzati da una materialità non esattamente sovrapponibile, «si distinguono essenzialmente in relazione all'elemento psicologico: nel primo, l'agente persegue il conseguimento di un profitto nella convinzione non meramente astratta ed arbitraria, ma ragionevole, anche se in concreto infondata, di esercitare un suo diritto, ovvero di soddisfare personalmente una pretesa che potrebbe formare oggetto di azione giudiziaria; nel secondo, invece, l'agente persegue il conseguimento di un profitto nella piena consapevolezza della sua ingiustizia».

Aggiunge poi la Corte che l'elemento psicologico del reato di cui all'art. 393 c.p. e quello del reato di estorsione vanno accertati secondo le ordinarie regole probatorie, per cui «alla speciale veemenza del comportamento violento o minaccioso potrà, pertanto, riconoscersi valenza di elemento sintomatico del dolo di estorsione»<sup>10</sup>.

La pronuncia delle Sezioni Unite, tuttavia, non ha soltanto esaminato i profili di confine tra l'estorsione e l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, ma ha anche

---

<sup>8</sup> Per un commento alla pronuncia delle S. U. si vedano S. BERNARDI, *Le sezioni unite sui contorni applicativi del delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni mediante violenza alle persone in tema di rapporti con l'estorsione e concorso dell'extraneus: una pronuncia risolutiva?*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 11 novembre 2020; M. PICCARDI, *Le sezioni unite individuano il discrimen tra l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni e l'estorsione*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2021, pp. 62 ss.; S. BRASCHI, *La natura dei reati di ragion fattasi e il loro rapporto con la fattispecie di estorsione: alcuni chiarimenti dalle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. Proc.*, 3/2021, pp. 314 ss.; F. HELFERICH, *L'incompatibilità tra esercizio arbitrario ed estorsione secondo le Sezioni unite*, in *Giur. It.*, aprile 2021, pp. 944 ss.

<sup>9</sup> Pag. 12 della sentenza.

<sup>10</sup> Pag. 23 della sentenza.

affrontato la tematica del possibile concorso dell'*extraneus* nel delitto di cui all'art. 393 c.p..

Invero, accade di frequente che chi voglia farsi giustizia da sé non agisca direttamente in prima persona, ma spesso si avvalga dell'ausilio di terzi, magari prospettando loro eventuali guadagni per il loro operato. Ci si è interrogati, pertanto, se il terzo che agisce su "mandato" del creditore e pone in essere atti di violenza o minaccia debba rispondere di estorsione oppure del meno grave delitto di cui all'art. 393 c.p.. Il tema ruota attorno alla qualificazione giuridica del reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Ove si ritenesse, invero, che questo fosse un reato di mano propria; dunque, integrabile esclusivamente mediante la condotta posta in essere dal titolare della specifica qualifica soggettiva, bisognerebbe escludere l'ammissibilità del concorso dell'*extraneus*.

Nella sentenza Filardo la Cassazione ha escluso che il reato di ragioni fattasi sia un reato di mano propria, non valorizzando il dato normativo della necessità che la condotta sia realizzata «*da sé medesimo*»<sup>11</sup>. L'utilizzo dell'espressione «*da sé medesimo*» nel reato di cui all'art. 393 c.p. sarebbe, infatti, pleonastico, nient'altro rappresentando se non la materialità dei reati in oggetto, evocando o l'arbitraria realizzazione di una situazione di fatto corrispondente al preteso diritto, oppure l'impiego della forza privata, in alternativa al ricorso all'autorità giudiziaria, per realizzare la pretesa.

Tanto premesso, le Sezioni Unite hanno dunque ammesso che un terzo possa concorrere nel delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, ma soltanto a determinate condizioni. Il concorso dell'*extraneus*, infatti, potrà operare fintanto che egli agisca con l'esclusivo scopo di voler soddisfare il preteso diritto del titolare, attesa la distinzione di carattere "soggettivo" che è stata riconosciuta dalla Corte tra l'esercizio arbitrario e l'estorsione. Ciò ha portato all'affermazione del principio di diritto secondo cui «*il concorso del terzo nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone è configurabile nei soli casi in cui questi si limiti ad offrire un contributo alla pretesa del creditore, senza perseguire alcuna diversa ed ulteriore finalità*».

---

<sup>11</sup> Si veda in tal senso L. MACRÌ, *Il concorso del terzo nella fattispecie di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in [www.salvisjuribus.it](http://www.salvisjuribus.it), 30 settembre 2022.

## **2. Nuovi chiarimenti sui rapporti tra art. 393 c.p. e art. 629 c.p. in caso di concorso di persone in una recente sentenza della cassazione**

A distanza di tre anni dalla pronuncia delle Sezioni Unite, la Cassazione<sup>12</sup> è tornata ad affrontare il tema del rapporto tra estorsione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni in presenza di un concorso di persone, chiarendo meglio i presupposti applicativi dei principi di diritto enunciati nella sentenza Filardo.

La sentenza in questione ha ad oggetto una vicenda piuttosto particolare. Due soggetti venivano incaricati dalla proprietaria di un appartamento locato a Palermo di sfrattare i conduttori, poiché questi risiedevano senza titolo nell'immobile. I due uomini agivano con violenza e minacce e riuscivano a far uscire dall'abitazione i conduttori, che tuttavia facevano rientro nell'abitazione il giorno successivo in forza di un regolare contratto di locazione. Si scopriva, quindi, che la proprietaria dell'immobile aveva falsamente prospettato ai due soggetti l'assenza del titolo in capo agli inquilini.

In primo grado i due soggetti venivano condannati dal Tribunale di Palermo per il reato di concorso in estorsione aggravata<sup>13</sup>. La Corte d'appello di Palermo confermava la condanna, limitandosi a ridurre la pena inflitta ad anni 4 e mesi 8 di reclusione ed euro 3.334,00 di multa per ciascuno. In particolare, i giudici di secondo grado, a fronte delle richieste pervenute con gli atti di appello dei difensori dei due imputati di derubricare i fatti nel delitto di cui all'art. 393 c.p., negavano che fosse configurabile un'ipotesi di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, attribuendo decisivo rilievo al fatto che la proprietaria dell'immobile avesse promesso 5.000,00 euro ai due imputati per ricompensare il loro operato.

Nel ricorso per Cassazione i due imputati insistevano con la richiesta di riqualificare le condotte nel delitto di cui all'art. 393 c.p., sottolineando di aver agito nell'erronea convinzione di star soddisfacendo una legittima pretesa e, soprattutto, di aver inteso perseguire l'esclusivo interesse della proprietaria dell'immobile, dato che la promessa dei 5.000,00 euro era assolutamente generica e rivolta verso il futuro.

---

<sup>12</sup> Cass. pen., Sez. II, 25 ottobre 2023, n. 46097.

<sup>13</sup> Nella sentenza non viene specificata la sorte della proprietaria dell'immobile, che potrebbe verosimilmente aver scelto un rito alternativo, così separando la propria posizione processuale rispetto agli altri imputati.

La Cassazione, con la sentenza in commento<sup>14</sup>, ha accolto l'appello dei due imputati, annullando la sentenza della Corte d'appello di Palermo e rinviando ad altra sezione della medesima Corte per nuovo giudizio.

La sentenza risulta apprezzabile per la premura con cui chiarisce i principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite Filardo, specificando che cosa debba effettivamente intendersi per interesse proprio del terzo, elemento questo idoneo a determinare la qualificazione della condotta ai sensi dell'art. 629 c.p. piuttosto che dell'art. 393 c.p..

Va detto, invero, che non erano mancate critiche da parte della dottrina<sup>15</sup> alla pronuncia delle Sezioni Unite. Dalla lettura delle motivazioni non risultava facilmente comprensibile come si sarebbe dovuto accertare l'eventuale perseguimento di un interesse personale da parte dell'*extraneus*. Non essendovi alcun riferimento alla necessità di accertare dati di tipo materiale, la soluzione non poteva che essere quella di indagare la sfera volitiva dell'*extraneus*, verificando che questi non avesse agito con l'intenzione di realizzare un proprio interesse. Criterio questo che, tuttavia, prestava il fianco a strumentalizzazioni difensive, poiché poteva bastare per gli imputati asserire semplicemente di aver voluto soddisfare l'interesse del creditore, rendendo piuttosto difficile dimostrare il contrario.

Inoltre, poteva porsi il problema di un'eventuale realizzazione plurisoggettiva dell'azione delittuosa da parte dei terzi, in cui taluni avessero agito per realizzare l'interesse del creditore, mentre altri per soddisfare un proprio interesse.

Teoricamente si rientrerebbe nel campo dell'art. 116 c.p. (come si specificherà più avanti), con conseguente applicazione a tutti i concorrenti del delitto di estorsione, ma ciò a patto che la realizzazione del suddetto delitto fosse prevedibile per coloro che abbiano agito esclusivamente per l'interesse del creditore. Vale a dirsi che doveva essere prevedibile la volontà altrui di realizzare un interesse personale, senza che questa fosse mai stata esternata in alcun modo. Cosa difficile, se non impossibile, da dimostrare in concreto.

Adottare una visione meramente "soggettiva" della nozione di interesse proprio del terzo, pertanto, rischiava di condurre ancor più ad incertezze circa il confine tra i delitti di estorsione e di ragion fattasi.

---

<sup>14</sup> Per un commento della sentenza si possono leggere A. PROVENZANO, *Rassegna Cass. Pen.*, in *deiusitia.it*, 28 dicembre 2023; C. LEOTTA, *Responsabilità del terzo esecutore nell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *www.altalex.it*, 1 dicembre 2023; C. ANDREINI, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni ed estorsione, differenze e concorso di persone alla luce della cass. sez. ii, 15 novembre 2023 (ud. 25 ottobre 2023)*, 46097/2023, in *deiusitia.it*, 7 agosto 2024.

<sup>15</sup> S. BERNARDI, *Le sezioni unite*, cit.

## 2.1. L'“interesse proprio del terzo” deve riverberarsi sulle modalità concrete dell'azione

La pronuncia in commento correttamente, quindi, ritiene doveroso precisare come debba essere valutato l'interesse proprio dell'*extraneus*.

Ai fini dell'identificazione della nozione di “interesse proprio del terzo”, la Corte guarda agli elementi costitutivi del delitto di estorsione, dato che la presenza del suddetto interesse è proprio ciò che consente la diversa qualificazione giuridica della condotta del terzo. Ciò detto, la Corte, con riferimento al delitto dell'art. 629 c.p., sostiene che «*necessariamente l'interesse proprio del terzo consiste sempre in un ingiusto profitto con altrui danno con la precisazione che tale danno deve essere procurato mediante l'azione alla persona offesa o ad altri soggetti alla stessa legati*»<sup>16</sup>.

Quello che intende dire la Cassazione è che l'interesse proprio del terzo deve manifestarsi concretamente attraverso la realizzazione di un ingiusto profitto, che potrà dirsi integrato ogni qual volta l'*extraneus* esiga dalla persona offesa un *quid pluris* rispetto al credito per cui sta agendo. Non più, quindi, un'indagine da condursi sul piano intellettuale, bensì un riscontro empirico sulle modalità della condotta tenuta dal terzo concorrente.

Si immagini il caso di un creditore che dia mandato a un terzo di riscuotere con violenza un credito del valore di 1.000,00 euro; il terzo potrà dirsi che abbia perseguito un proprio interesse solo nell'ipotesi in cui abbia richiesto al debitore una cifra superiore ai 1.000,00 euro, poiché è in quella maggiorazione che consiste il suo ingiusto profitto.

Qualora, invece, il terzo abbia preteso dal debitore esattamente quanto questo doveva al creditore, non potrà dirsi integrato il delitto di estorsione, ma piuttosto la realizzazione di un fatto di concorso in esercizio arbitrario delle proprie ragioni, quand'anche il terzo avesse agito a fronte di una promessa di ricompensa fatta dal creditore. Nel caso suddetto, infatti, il terzo non realizza alcun ingiusto profitto con altrui danno mediante la propria condotta, poiché pretende dal debitore esattamente quanto da questi dovuto al creditore; a niente vale, se non ai fini dell'identificazione di un movente, come tale irrilevante per la sussistenza del reato, il fatto che il terzo abbia agito per ottenere un *quantum* dal creditore.

Sottolinea, infatti, la Corte che «*può avvenire che il creditore abbia promesso una ricompensa al terzo o altro profitto, ovvero che il terzo abbia agito nella prospettiva della realizzazione di un proprio futuro guadagno indiretto, che, in quanto estraneo all'azione delittuosa commessa nei confronti della vittima, non vale a determinare la più grave*

---

<sup>16</sup> Pag. 4 della sentenza.

*qualificazione e ciò perché il dolo del terzo, rimane sempre quello di agire esattamente e precisamente per la realizzazione del solo diritto sotteso all'azione e non anche per arrecare danni altrui, con corrispondente ingiusto profitto; così che l'eventuale guadagno sotteso può costituire il prezzo del reato di cui all'art. 393 cod. pen. o il movente del reato, ma non costituisce un interesse proprio diretto, tale da determinare la più grave qualificazione giuridica non arrecando alcun danno altrui»<sup>17</sup>.*

Dunque, l'interesse del terzo concorrente nel delitto di cui all'art. 393 c.p., idoneo a trasformare il fatto nel più grave delitto di estorsione, deve tradursi in una concreta pretesa ingiusta nei confronti del debitore, non potendo rimanere confinato alla stregua di un movente dell'azione.

Applicando quanto appena esposto ai fatti di causa, la Corte correttamente censura le risultanze della sentenza della Corte d'appello di Palermo. La circostanza che la proprietaria dell'immobile avesse promesso ai due imputati, come ricompensa per il loro eventuale successo nell'azione di sfratto, la somma di 5.000,00 euro non può consentire di identificare la nozione di "interesse proprio del terzo" richiesto ai fini dell'integrazione del più grave delitto di estorsione. I due imputati, infatti, non hanno richiesto ai conduttori dell'immobile il pagamento della suddetta somma, in ciò non essendosi realizzato un ingiusto profitto né un altrui danno. Peraltro, la promessa della dazione di denaro era assolutamente generica e proiettata nel futuro, dato che la proprietaria dell'immobile aveva semplicemente detto ai due imputati che, qualora fosse riuscita a vendere l'immobile, avrebbe versato loro quella somma.

## **2.2. I rapporti tra estorsione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni in caso di induzione in errore dell'*extraneus* da parte del titolare del preteso diritto: una critica all'applicazione degli artt. 47 e 48, comma 2, c.p.**

La Corte si concentra anche su un altro profilo interessante della vicenda e lo fa in vista del futuro giudizio di rinvio che dovrà svolgersi presso la Corte d'appello di Palermo.

Le Sezioni Unite Filardo, infatti, si sono occupate esclusivamente del caso in cui il terzo agisce a fronte di una reale ed esistente pretesa del creditore, soffermandosi poi sul tema del perseguimento o meno di un interesse proprio.

Può accadere tuttavia, come nel caso di specie, che il creditore inganni il terzo circa l'esistenza di un proprio diritto e che questi agisca nella convinzione di tutelare detta posizione giuridica, in realtà non esistente. Nella vicenda in

---

<sup>17</sup> Pag. 5 della sentenza.

commento, infatti, la proprietaria dell'immobile aveva riferito agli imputati che i conduttori non avessero alcun titolo per risiedere all'interno dell'abitazione, circostanza poi dimostratasi falsa, poiché le persone offese erano titolari di un regolare contratto di locazione.

Ecco, allora, che occorre interrogarsi, e ciò dovrà fare la Corte d'appello del rinvio, sull'effettiva possibilità di riconoscere il delitto di cui all'art. 393 c.p. anche a fronte di un preteso diritto inesistente.

Secondo la Cassazione, non vi sono ostacoli di sorta al riconoscimento del delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni in capo al terzo che abbia agito nell'erronea convinzione di soddisfare una pretesa esistente. Questi, invero, agisce con il dolo tipico dell'art. 393 c.p., poiché convinto di esercitare un diritto facente capo al titolare-mandante.

Queste sono invero le conclusioni a cui giunge la Corte, che sottolinea come quando al terzo esecutore materiale dell'azione violenta o minacciosa sia stato rappresentato un diritto tutelabile in capo al creditore-istigatore dell'azione, lo stesso può rispondere del più lieve delitto di cui all'art. 393 c.p. ed il creditore, invece, risponderà di estorsione. Invero, *«l'esecutore materiale in detti casi agisce con il dolo tipico dell'art. 393 cod. pen. in quanto ritiene di agire per l'esecuzione del diritto del creditore mentre questi, sapendo che l'azione non è esercitabile, che alcuna tutela giudiziale gli compete, ha il dolo dell'estortore; si verifica cioè che la partecipazione al fatto di reato di due soggetti, determina, per effetto dell'inganno di uno nei confronti dell'altro, la differente qualificazione giuridica del fatto, come previsto dalla disciplina del codice penale in tema di errore»*<sup>18</sup>.

La parte motiva della sentenza chiama evidentemente in causa il tema dell'errore in materia penale.

Può accadere, invero, che un soggetto ponga in essere una condotta penalmente rilevante a seguito di una mancata o inesatta percezione di un dato materiale (c.d. *error facti*)<sup>19</sup>.

In presenza di un errore sul fatto è evidente che l'errore in cui cade il soggetto si riverbera sull'elemento soggettivo del fatto tipico, poiché l'agente non ha

---

<sup>18</sup> Pp. 9-10 della sentenza.

<sup>19</sup> Per una disamina sull'errore in materia penale si possono consultare R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale, XVII edizione, 2021-2022*, Varese, 2022, pp. 995 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale: principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2017, pp. 495 ss.; T. PADOVANI, *Diritto Penale, XII edizione*, Varese, 2019, pp. 278 ss.; F. MANTOVANI, G. FLORIA, *Diritto Penale, XII edizione*, 2023, pp. 373 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale, IX edizione*, 2024, pp. 338 ss.; art. 47 c.p., pp. 244 ss., in G. LATTANZI, *Codice penale, annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2024; L. EUSEBI, art. 47 c.p., pp. 201 ss., in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, VI edizione, Torino, 2019.

concretamente la coscienza e volontà di porre in essere un fatto materiale conforme a una data fattispecie criminosa. Invero, «*agendo sul presupposto di una situazione, di fatto o di diritto, diversa e dunque non corrispondente a quella reale, il soggetto non acquisisce quella “consapevolezza” del disvalore penale del fatto e quella volontà colpevole, che solo possono fondare un’imputazione a titolo di dolo*»<sup>20</sup>.

L’art. 47 c.p. si occupa dell’errore sul fatto, che interviene ogni qual volta l’agente, durante la “programmazione” del reato si rappresenti e voglia un diverso fatto rispetto a quello descritto dalla fattispecie incriminatrice. Da tale ipotesi, denominata errore “motivo” va distinto il c.d. errore “inabilità”, disciplinato dagli artt. 82 e 83 c.p., che investe esclusivamente il momento esecutivo del reato.

Nella specie, il primo comma dell’art. 47 c.p.<sup>21</sup> dispone che l’errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell’agente, mantenendo tuttavia ferma la punibilità a titolo di delitto colposo, ove previsto dalla legge come tale, quando l’errore sia stato determinato da colpa.

Il secondo comma, poi, precisa che l’errore sul fatto che costituisce un reato, sebbene escluda il dolo di questo, può nondimeno lasciar sussistere la punibilità a titolo di dolo per un altro e diverso reato di cui ricorrono gli estremi materiali in concreto. Tale situazione si verifica quando l’errore cade su un elemento “specializzante” del reato, come ad esempio nel caso in cui un soggetto agisca nella convinzione di realizzare un’appropriazione indebita ignorando per errore di rivestire la qualifica di pubblico ufficiale.

La Cassazione ritiene implicitamente applicabile al caso di specie l’art. 47, comma 2, c.p., evidentemente riconoscendo un rapporto di specialità tra i delitti di estorsione e di ragion fattasi. Tuttavia, tale conclusione appare criticabile. I delitti in questione non paiono porsi in rapporto di specialità e risulta nondimeno complesso stabilire quale tra le due sia la norma generale e quale quella speciale. Infatti, l’art. 393 c.p. richiede esplicitamente che vi sia una pretesa tutelabile innanzi all’autorità giudiziaria, mentre l’art. 629 c.p. altrettanto chiaramente richiama l’ingiustizia del profitto. I due concetti non paiono porsi in un rapporto di *genus a species*, ma di alternatività.

---

<sup>20</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 995.

<sup>21</sup> «L’errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell’agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo. L’errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso. L’errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato».

I reati di ragion fattasi e di estorsione, quindi, possono semmai essere annoverati in un rapporto di alternatività<sup>22</sup>. Sebbene, infatti, le due fattispecie si intersechino per quanto riguarda la condotta materiale, richiedendosi per entrambe l'esercizio di una pretesa violenta, è l'elemento soggettivo che concorre a differenziarle. Di talché o il soggetto agisce nella convinzione di esercitare una pretesa legittima, integrando il meno grave delitto di cui all'art. 393 c.p., oppure, qualora vi sia la consapevolezza della mancanza di una base giuridica, si realizzerà un ingiusto profitto con altrui danno, ricadendosi pertanto nelle ipotesi applicative di cui all'art. 629 c.p..

La legittimità della pretesa si pone, pertanto, quale elemento "degradante" del reato di cui all'art. 393 c.p. rispetto a quello di estorsione. Quando taluno cada in errore circa la legittimità della pretesa esercitata viene in gioco il tema dell'errore sugli elementi "degradanti" del titolo di reato<sup>23</sup>. Si è ritenuto<sup>24</sup> che in siffatti casi non possa operare il comma 2 dell'art. 47 c.p., non trattandosi di un errore che verte su un elemento specializzante del reato, ma possa essere esteso analogicamente il disposto del comma 4 dell'art. 59 c.p.<sup>25</sup>, che si occupa dell'errore sulle cause di

---

<sup>22</sup>Nel senso di un'alternatività fondata sull'elemento soggettivo tra i due reati si vedano art. 393 c.p., pp. 1438 ss., in E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Codice penale commentato*, Tomo II, IV edizione, Vicenza, 2018,; art. 629 c.p., pp. 864 ss., in E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Codice penale commentato*, op. cit.; R. CANTONE, art. 393 c.p., pp. 375 ss., in *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Volume V, A. BALSAMO, G. BORRELLI, C. CANTAGALLI, R. CANTONE, P. CIPOLLA, M. DEL GUADIO, R. NITTI, E. PERUSIA (a cura di), Milano, 2016; M. Cerase, art. 629 c.p., pp. 147 ss., in *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Volume VIII, E. APRILE, S. BELTRANI, R. CANTONE, M. CERASE, P. CIPOLLA, G. DIOTALLEVI, G. DONADIO, V. FALCONE, A. FANELLI, M. GAMBARDELLA, R. GARGIULO, M. GIARRUSSO, G. MULLIRI, V. NAPOLEONI, L. SACCHETTO, P. SILVESTRI (a cura di), Milano, 2016; G. PIFFER, art. 393 c.p., pp. 1246 ss.; in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, op.cit.; art. 393 c.p., pp. 2747 ss., in T. PADOVANI, *Codice penale*, Tomo II, VII edizione, Milano, 2019; art. 629 c.p., pp. 2212 ss., in G. LATTANZI, *Codice penale*, op. cit.

<sup>23</sup> Il caso più frequentemente analizzato è quello del soggetto che cagiona la morte di un uomo nell'erronea convinzione della sussistenza del consenso della vittima. In tali casi, invero, ci si chiede se il soggetto debba essere punito a titolo di omicidio doloso (art. 575 c.p.) o a titolo di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), il consenso della vittima rappresentando l'elemento "degradante" del titolo di reato.

<sup>24</sup> Per il riconoscimento dell'estensione analogica dell'art. 59, comma 4, c.p. all'errore sugli elementi degradanti si sono espressi G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, IX edizione, Torino, 2024, p. 396; M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto penale*, edizione 2023-2024, Milano, 2023, pp. 554 ss.; P. NOBILI, *Contributo allo studio dell'errore sugli elementi specializzanti del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, vol. 55, n. 1, 2012, pp. 147 ss.; A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979.

<sup>25</sup> Ai sensi del quale «Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».

giustificazione, sì da valutare a favore del reo l'elemento "degradante" da lui erroneamente supposto, così da chiamarlo a rispondere del delitto meno grave.

Il successivo art. 48 c.p., rubricato "errore determinato dall'altrui inganno", prevede che «*le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche se l'errore sul fatto che costituisce il reato è determinato dall'altrui inganno; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo*».

Può, invero, accadere che l'erronea rappresentazione della realtà in cui cade l'agente non sia frutto di una sua fallace percezione personale, bensì derivi da un'attività ingannatoria posta in essere da un terzo. In questi casi l'ordinamento stabilisce che del reato realizzato dalla persona ingannata risponderà il *decepiens*, mentre al *deceptus* sarà applicato l'art. 47 c.p.. Ciò significa che il soggetto ingannato potrà rispondere a titolo di dolo per il diverso reato che abbia realizzato, sempre che sussista quel particolare rapporto di "specialità" tra il reato commesso e quello che si era rappresentato il *deceptus* (art. 47, co. 2, c.p.).

La Cassazione ha applicato al caso di specie proprio l'art. 48 c.p., in combinato con l'art. 47, comma 2, c.p., valorizzando l'induzione in errore operata dalla proprietaria dell'immobile nei confronti degli esecutori materiali, che hanno creduto di agire a tutela di una pretesa legittima. Di talché è stato ritenuto che gli esecutori materiali debbano rispondere del delitto di ragion fattasi, mentre la proprietaria dell'immobile del più grave reato di estorsione.

Tuttavia, per quanto osservato sopra, non pare corretto ritenere operante nella vicenda in commento l'art. 48 c.p.. La suddetta disposizione, invero, richiama i casi di cui all'art. 47 c.p. e, dunque, per le ipotesi di cui al comma 2, presuppone pur sempre un rapporto di specialità tra i reati, assente tra l'estorsione e l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Sebbene, quindi, l'errore sugli elementi "degradanti" del titolo di reato possa trovare compiuta disciplina grazie all'applicazione analogica dell'art. 59, comma 4, non vi è una norma applicabile per le ipotesi in cui detto errore sia dipeso dall'altrui inganno.

Una soluzione potrebbe essere quella di ritenere che, a fronte di un errore su un elemento "degradante" del titolo di reato dipeso dall'altrui inganno, si abbia un fenomeno concorsuale con una diversificazione dei titoli di responsabilità. Perciò, il mandante risponderà per il delitto di estorsione, poiché consapevole dell'ingiustizia della pretesa esercitata, mentre gli esecutori, grazie all'applicazione del comma 4 dell'art. 59 c.p., del meno grave delitto di cui all'art. 393 c.p..

Un suggerimento nel senso di ritenere operante un concorso per titoli di reato differenziati potrebbe derivare dall'osservazione che tra le norme di parte generale

del concorso di persone (artt. 110 ss. c.p.), volte a garantire l'unicità del titolo di reato concorsuale, non sia stata disciplinata una particolare modalità di realizzazione plurisoggettiva del fatto come quella in commento.

L'art. 117 c.p.<sup>26</sup>, invero, si occupa del diverso caso in cui tutti i concorrenti vogliono realizzare uno stesso reato, ma per le qualità personali di uno di costoro muta il titolo di reato, con il conseguente addebito a carico di tutti i compartecipi del diverso fatto realizzato. Nella vicenda trattata dalla Cassazione vi è sin *ab origine* una diversificazione materiale e soggettiva dei delitti realizzati dai compartecipi: la proprietaria dell'immobile realizza e vuole un fatto di estorsione, gli esecutori agiscono nella convinzione di star compiendo un fatto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Evidentemente il legislatore ha ritenuto che in tali ipotesi non possa operare un concorso di persone in un unico reato, ma sia necessario diversificare i titoli di responsabilità.

Sebbene, quindi, la Cassazione abbia applicato al caso di specie gli artt. 47, comma 2, e 48 c.p., giungendo comunque ad una differenziazione dei titoli di responsabilità, più corretto sarebbe stato il richiamo al tema dell'errore sugli elementi differenziali del titolo reato, con la conseguente applicazione del comma 4 dell'art. 59 c.p., che avrebbe successivamente condotto a ipotizzare un concorso di persone per titoli di reato differenziati.

### 2.3 Una corretta disamina dei profili distintivi tra i delitti di ragion fattasi ed estorsione

La sentenza della Cassazione ha, ad avviso di chi scrive, fornito opportuni chiarimenti in ordine alla distinzione tra i delitti di estorsione ed esercizio arbitrario delle ragioni in caso di concorso dell'*extraneus*.

In molti, invero, avevano sottolineato come i principi di diritto forniti dalla sentenza Filardo fossero vacui e contraddittori<sup>27</sup>. Richiedere, ai fini dell'integrazione del più grave delitto di estorsione, il mero perseguimento di un interesse proprio, da valutarsi in senso soggettivo, da parte del terzo rischiava, invero, di far

---

<sup>26</sup> «Se, per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e l'offeso, muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi, anche gli altri rispondono dello stesso reato(1). Nondimeno, se questo è più grave, il giudice può, rispetto a coloro per i quali non sussistono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti, diminuire la pena».

<sup>27</sup> Per un commento critico alla sentenza Filardo si vedano M. PICCARDI, *Le sezioni unite individuano il discrimen*, cit.; F. HELFERICH, *L'incompatibilità*, cit.; P. ZARRA, *Considerazioni sul discrimen tra la ragion fattasi e l'estorsione*, cit.

confondere il piano di necessaria materialità e offensività del reato con quello del movente delittuoso del concorrente.

Il movente rappresenta nient'altro che la «*causa psichica della condotta umana e costituisce lo stimolo che ha indotto l'individuo ad agire*»<sup>28</sup> ed è irrilevante per il diritto penale. Se il terzo agisce per perseguire un proprio interesse, senza che ciò si traduca nella pretesa di un *quid pluris* dal debitore, non potrà attribuirsi rilievo a detta circostanza, poiché il movente dell'azione non ha avuto ripercussione sul profilo della materialità della condotta, rimanendo confinato meramente nella psiche del soggetto.

Appare, dunque, corretto il ragionamento operato dalla Cassazione di ricondurre la nozione di "interesse proprio del terzo" agli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 629 c.p., atteso che è proprio la sussistenza di detto interesse a modificare la qualificazione giuridica della condotta.

Così ragionando, la Suprema Corte ha preso la distanza da quegli orientamenti<sup>29</sup> che tendono ad attribuire rilevanza ai fini dell'integrazione del reato al semplice movente della condotta.

Di particolare pregio, poi, è l'esame che la Corte fa del caso, non preso in considerazione dalle Sezioni Unite Filardo, della falsa rappresentazione della sussistenza del credito. La questione viene risolta evidenziando come del delitto di estorsione realizzato risponderà il *decipiens*, mentre i terzi esecutori saranno imputati per il reato di cui all'art. 393 c.p..

### 3. Profili distintivi tra art. 48 c.p. e art. 116 c.p. in tema di concorso di persone

L'ipotesi dell'art. 48 c.p. non deve essere confusa con un'altra disciplina giuridica in cui, a fronte di una pluralità di soggetti coinvolti nella realizzazione di un reato, vi è una divergenza tra quanto voluto e quanto realizzato: quella cui si riferisce l'art. 116 c.p..

La disposizione di cui all'art. 116 c.p., collocata nelle norme di parte generale sul concorso di persone e rubricata «Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti», ma anche conosciuta come "concorso anomalo" o "*aberratio delicti concorsuale*", prevede che «*qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da*

---

<sup>28</sup> Pag. 5 della sentenza.

<sup>29</sup> Non da ultimo la pronuncia a Sezioni Unite in tema di dolo specifico del delitto di furto, sentenza 41570/2023, dove la Corte è giunta a sostenere che il dolo specifico altro non è se non "*un movente qualificato, che si colloca al di là della coscienza e volontà del fatto*". Per una nota critica della pronuncia si legga M. NICOLINI, *Le Sezioni Unite sul dolo specifico di profitto nel furto: esso può avere anche natura non patrimoniale*, in *Sistema Penale*, 1/2024, pp. 27 ss.

*taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione. Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave»<sup>30</sup>.*

Nell'episodio affrontato dalla Cassazione, la Corte ha ritenuto di essere in presenza di un caso riconducibile all'art. 48 c.p. e non all'art. 116 c.p.. Sebbene l'applicazione dell'art. 48 c.p. alla vicenda concreta sia discutibile<sup>31</sup>, appare comunque corretta la precisazione fatta in sentenza sugli elementi di differenza tra l'art. 48 c.p. e l'art. 116 c.p..

La proprietaria dell'immobile sin dall'inizio era cosciente di non avere alcuna pretesa da vantare nei confronti dei conduttori e voleva la realizzazione di un fatto di estorsione, mentre i terzi hanno agito nell'erronea convinzione che vi fosse un'occupazione abusiva dell'immobile, poiché tratti in errore dalla titolare dell'abitazione, e dunque hanno sempre voluto, e poi realizzato, un esercizio arbitrario di ragioni apparentemente fondate sul piano giuridico.

Naturalmente ciò non significa che in casi simili a quello della vicenda in commento non possa applicarsi l'art. 116 c.p.. Taluno in dottrina<sup>32</sup>, invero, ha criticato la sentenza Filardo proprio per non aver preso in considerazione la possibilità di una divergenza tra il reato voluto e quello realizzato. Si è detto, invero, che, secondo il principio fornito dalle Sezioni Unite, costituirebbe ingiusto profitto, ai sensi dell'art. 629 c.p., ogni interesse strettamente personale, realizzato anche esclusivamente da uno dei concorrenti, quandanche l'interesse fosse indirettamente rapportabile al fatto di reato programmato; ciò determinerebbe la punibilità di tutti i partecipi al reato a titolo di concorso in estorsione. Ma allora, *«non si potrebbe escludere la possibilità che uno tra i correi possa negare la propria consapevolezza circa la sussistenza di tale interesse personale ed autonomo in capo ad uno dei concorrenti, favorendo l'applicazione della disciplina del concorso anomalo, di cui all'art. 116 cod. pen., questione, invero, non affrontata dalle Sezioni unite»<sup>33</sup>*. In sostanza, il concorrente avrebbe potuto sostenere la mancata consapevolezza fin *ab origine* della volontà del correo di realizzare un interesse personale.

---

<sup>30</sup> Per un approfondimento sull'art. 116 c.p. si leggano, senza pretesa di completezza, F. BASILE, *Commento all'art. 116 – Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., IPSOA, Milano, 2011, pagg. 1619 ss.; E. BASILE, *Condotta atipica e imputazione plurisoggettiva: alla ricerca del coefficiente di colpevolezza del concorrente "anomalo"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3/2015, pp. 1337 ss.; G. M. NICOTERA, *Il reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti: il "concorso anomalo"*, in *www.altalex.it*, 03 aprile 2022.

<sup>31</sup> Vedi *supra*, par. 2.2.

<sup>32</sup> P. ZARRA, *Considerazioni sul discrimen tra la ragion fattasi e l'estorsione*, cit., pp. 24 ss.

<sup>33</sup> P. ZARRA, *Considerazioni sul discrimen tra la ragion fattasi e l'estorsione*, cit., pp. 24-25.

Tale prospettazione, tuttavia, appare ridimensionata dai chiarimenti forniti dalla sentenza della Cassazione sulla nozione di “interesse proprio del terzo”. In effetti, fintanto che questo poteva considerarsi anche solo come mero movente dell’azione, per aversi l’applicazione dell’art. 116 c.p. sarebbe bastato sostenere che uno dei concorrenti avesse agito con l’intenzione di perseguire un personale interesse patrimoniale, magari rimasto nella sua sfera psichica. Ciò avrebbe destato non poche problematiche in ordine al riconoscimento della prevedibilità per gli altri concorrenti circa la commissione del delitto di estorsione. Difatti, può difficilmente dirsi prevedibile che un terzo intenda perseguire un proprio interesse quando questo rimane confinato nella sua sfera soggettiva senza essere esternato.

Se, invece, si applica la nozione fornita dalla Cassazione, è necessario che l’interesse del terzo si riverberi in concreto sulla pretesa fatta al debitore, sicché desta meno problematiche riconoscere eventuali casi di *aberratio delicti*. Si immagini il caso di un creditore che si accorda con un terzo per far riscuotere a quest’ultimo con violenza il proprio credito, specificandogli di richiedere al debitore soltanto quanto dovuto; in questo caso vi è un accordo criminoso per la commissione del delitto di cui all’art. 393 c.p.. Se il terzo, tuttavia, viene a pretendere dal debitore una somma maggiore di quella dovuta, per quanto esplicito sopra, viene a perseguire un proprio interesse e commette il delitto di estorsione. In questa ipotesi potrà aversi un caso di *aberratio delicti* concorsuale e il creditore potrà essere chiamato a rispondere di concorso in estorsione; ciò, beninteso, a patto che fosse per lui prevedibile la realizzazione del delitto di estorsione. Se, ad esempio, il creditore si è rivolto ad un noto criminale locale per la riscossione del credito, potrà ragionevolmente dirsi che fosse per lui prevedibile attendersi da questo la pretesa di una somma maggiore dal debitore.

#### **4. Estorsione e ragion fattasi: spunti per una generale ammissibilità di un concorso di persone per titoli di reato differenziati?**

Nel caso affrontato dalla Suprema Corte si prospetta la possibilità che un concorrente risponda a titolo di estorsione, mentre l’altro a titolo di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. La soluzione offerta dalla sentenza consente di affrontare, pertanto, un tema da sempre discusso: quello dell’ammissibilità di un concorso di persone per titoli di reato differenziati.

La questione è ben nota<sup>34</sup>. L'art. 110 c.p. in tema di concorso di persone dispone che «quando più persone concorrono nel medesimo reato ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita». Da questa laconica norma sono derivate due contrapposte teorie in ordine all'imputazione del fenomeno concorsuale. Una prima, tesa a valorizzare l'unitarietà del concorso<sup>35</sup>, sostiene che l'art. 110 c.p. debba essere interpretato nel senso che tutti i concorrenti rispondono del medesimo titolo di reato. A sostegno di questa affermazione si richiamano gli artt. 116 e 117 c.p., disposizioni funzionali a garantire l'omogeneità del titolo di responsabilità anche dove sussistano elementi di differenziazione delle specifiche posizioni.

Di diverso avviso è la teoria c.d. delle fattispecie plurisoggettive differenziate<sup>36</sup>, secondo la quale l'art. 110 c.p. avrebbe meramente una funzione di disciplina e che sostiene come dalla combinazione delle norme di parte speciale con quelle sul concorso di persone nel reato discendano tante fattispecie plurisoggettive differenziate quanti sono i concorrenti. Conseguentemente, pur avendo in comune il medesimo sostrato materiale, le imputazioni di ciascuno dei concorrenti possono distinguersi per il diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo, o per aspetti esteriori, inerenti soltanto alla condotta dell'uno o dell'altro concorrente.

In giurisprudenza la questione è stata affrontata più recentemente.

Una prima soluzione in favore dell'ammissibilità del concorso per titoli di reato differenziati è stata data nel 2018 dalla Cassazione con la sentenza Tucci (Sez. II, 17 gennaio 2018, n. 17235), con cui si è affermato che il terzo che aiuti l'autore del reato presupposto a riciclarne i proventi risponderà di riciclaggio, mentre l'*intraneus* sarà responsabile del delitto di autoriciclaggio.

---

<sup>34</sup> Si confrontino *ex multis* A. MORELLI, *Diversi titoli di reato per un medesimo fatto concorsuale? Il rompicapo della disciplina del concorso eventuale di persone nel reato: osservazioni a margine di Cass., Sez. III, ord. n. 20563 del 12 maggio 2022*, in *Archivio Penale*, n. 1/2023; S. SEMINARA, *Sul dogma dell'unità del reato concorsuale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3/2021, pp. 789 ss.; F. PIERGALLINI, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni: variazioni, a più tonalità, della fattispecie plurisoggettiva*, in *www.discrimen.it*, 2 settembre 2021; A. MANCUSO, *Il concorso a diverso titolo soggettivo e lo sgretolamento del dogma dell'unitarietà del reato concorsuale: alcune riflessioni critiche*, in *www.lalegislazionepenale.it*, 28 maggio 2019.

<sup>35</sup> Si vedano a mero titolo esemplificativo, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2000, pp. 553 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2019, pp. 537 ss.. In giurisprudenza la tesi è stata recentemente sostenuta da Cass. pen., Sez. IV, 7 luglio 2021, n.30233.

<sup>36</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2000, pp. 536 ss.; A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte Generale*, vol. II, Milano, 2007, pp. 371 ss.. In giurisprudenza la tesi è stata avallata da Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2022, n. 20234; Cass. pen., Sez. III, 20 febbraio 2020, n.16598; Cass. pen., Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 2157.

Di recente poi, sono intervenute le Sezioni Unite sul tema<sup>37</sup>, riconoscendo l'ammissibilità, in tema di concorso di persone nel reato di cessione di sostanze stupefacenti, di una diversificazione dei titoli di responsabilità. La questione era quella dell'imputazione di un medesimo fatto storico ascritto a un concorrente a norma dell'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/1990 (concernente il delitto di «*produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope*») e ad un altro concorrente a norma dell'art. 73, comma 5, del medesimo d.P.R., che riconosce la fattispecie di lieve entità in considerazione *dei mezzi, delle modalità o delle circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze*.

In realtà, la soluzione fornita dalle Sezione Unite risulta soltanto apparentemente favorevole all'ammissibilità di un concorso di persone per titoli di reato differenziati.

Invero, la Corte, dopo aver dato conto degli argomenti a sostegno della tesi dell'unicità del concorso e di quelli a supporto della teoria delle fattispecie plurisoggettive differenziate, ritiene corretta la prima prospettazione. Nella motivazione della sentenza si esplicita come i lavori preparatori del codice penale (ove può leggersi che «per aversi l'istituto del concorso, è necessario che tutti rispondano dello stesso reato») e il tenore letterale dell'art. 110 ss. cod. pen., secondo cui si concorre «nel medesimo reato», costituiscono altrettanti indici indicativi dell'adesione legislativa ad una concezione monistica del reato concorsuale<sup>38</sup>. L'unica aggiunta a tale affermazione è quella di una necessità che le norme in tema di concorso di persone «*vanno lette e interpretate alla luce della giurisprudenza costituzionale che, come ricorda il più recente dibattito penalistico, propende per una responsabilità penale sempre più sviluppata in senso personalistico, al fine di ricondurre la condotta dei singoli al loro effettivo disvalore*». L'affermazione risulta sicuramente condivisibile, ma non viene poi sviluppata nell'ordito motivazionale della sentenza e non è ben comprensibile a cosa intendano riferirsi gli Ermellini. Invero, una lettura armonica del principio di colpevolezza e di responsabilità penale personale dovrebbe indurre a sostenere che ciascun concorrente debba rispondere per il reato concretamente realizzato sul piano materiale come su quello soggettivo.

La soluzione offerta dalla sentenza della Sezioni Unite è in realtà una “non soluzione” al tema della differenziazione dei titoli di responsabilità per i concorrenti.

---

<sup>37</sup> Cass. pen., S. U., 11 luglio 2024 (ud. 14 dicembre 2023), n. 27727.

<sup>38</sup> Pag. 18 delle motivazioni.

Ad avviso della Suprema Corte, i delitti di cui all'art. 73, co. 1 e 5, d.P.R. 309/1990 si pongono in rapporto di specialità unilaterale ex art. 15 c.p.. Dunque, quando un concorrente realizza un fatto di lieve entità sta in realtà ponendo in essere due reati, quello di cui al comma 1 e il fatto di lieve entità di cui al comma 5; grazie all'intervento dell'art. 15 c.p., viene però punito soltanto ai sensi della norma speciale. Invece, il concorrente che ponga in essere un fatto non di lieve entità commette esclusivamente il delitto di cui al comma 1.

Logica conclusione, quindi, è che, qualora il medesimo fatto contenga elementi tali da fare ritenere integrata solo per alcuni la fattispecie di cui al comma 5 dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 e per altri quella di cui comma 1, «*si versa al di fuori di un'ipotesi di concorso nel medesimo reato, essendosi in presenza di due reati diversi legati tra loro da un rapporto di specialità nei termini appena ricordati*»<sup>39</sup>.

Si aggiunge anche che la conclusione raggiunta non mette in discussione la persistente validità, in termini sistematici generali, della concezione unitaria del reato concorsuale, in quanto le norme di cui al primo e al quarto comma, da un lato, e quella di cui al quinto comma dell'art. 73, dall'altro, si pongono tra loro in rapporto di specialità ai sensi dell'art. 15 cod. pen., nel senso che le prime due hanno carattere di norma generale e la terza di norma speciale<sup>40</sup>. Le Sezioni Unite, invero, sostengono che, quando più soggetti commettono contestualmente uno stesso fatto, qualificato tuttavia diversamente per taluni di loro in virtù di elementi specializzanti, non vi è un concorso di persone. In tali situazioni si ha semplicemente l'addebito a carico di ciascun partecipante del reato da lui materialmente commesso. Ciò, tuttavia, conduce a svalutare l'importanza del contributo causale fornito dagli altri soggetti alla vicenda criminosa occorsa, poiché "isola" le singole condotte e nega che vi sia stata una realizzazione plurisoggettiva.

Per la Cassazione, quindi, è possibile ravvisarsi un concorso di persone solo quando il reato commesso è lo stesso da parte di tutti i compartecipi. Emerge un'adesione piena alla teoria dell'unicità del concorso, in apparente contrasto con le più recenti sentenze della giurisprudenza di legittimità (sentenze Tucci e Filardo su tutte) e finanche con la stessa posizione della Procura Generale della Corte di cassazione, che nella memoria presentata per la discussione della questione rimessa alle Sezioni Unite aveva sostenuto una generale ammissibilità della differenziazione dei titoli di reato in caso di concorso di persone.

Proprio dalla memoria depositata dal Procuratore Generale può recuperarsi un'interessante visione sulla nozione di concorso di persone e sull'esigenza di

---

<sup>39</sup> Pag. 34 delle motivazioni.

<sup>40</sup> Pag. 32 delle motivazioni.

permettere la differenziazione dei titoli di imputazione. Anzitutto, corretta è l'affermazione della Procura secondo cui il rispetto dei principi costituzionali del diritto penale stride con un meccanismo concorsuale che, a fronte di due diverse e distinguibili condotte tipizzate poste in essere dai concorrenti, comunque le riconduce ad un'unica, indistinta valutazione di disvalore. Anche le Sezioni Unite, a dire il vero, riconoscono la necessità del rispetto del principio di colpevolezza in materia di concorso di persone, salvo poi giungere, però, a conclusioni diametralmente opposte, continuando a riconoscere il dogma dell'unicità del reato concorsuale.

Ciò che sostiene la Procura è che per "unità" del reato ai sensi dell'art. 110 c.p. debba intendersi unità di concorso nel fatto, «limitata, cioè all'esigenza che i partecipi contribuiscano alla stessa offesa tipica sotto un profilo essenzialmente causale, senza che ciò comporti alcuna conseguenza in ordine alla punibilità, al titolo di reato e alla forma dell'elemento psicologico».

Tale visione appare, ad avviso di chi scrive, corretta, poiché maggiormente coerente con le disposizioni codicistiche, nonché con il principio costituzionale di colpevolezza.

Anzitutto, proprio l'art. 48 c.p. consente di conseguire una risposta penale differenziata in presenza di un'azione plurisoggettiva.

Ancora, l'art. 112 c.p., comma 4, c.p., in tema di aggravanti del concorso di persone, riconosce l'applicabilità di alcune aggravanti anche se taluni dei concorrenti nel fatto siano non imputabili o non punibili. La disposizione assume peculiare rilievo sotto due profili:

- utilizza l'espressione "concorrenti nel fatto" e non concorrenti "nel reato", potendo da ciò desumersi come ciò che conta, ai fini del concorso di persone, sia di concorrere causalmente nel medesimo fatto, come sostenuto dalla Procura Generale;
- se può aversi concorso di persone anche in ipotesi di non punibilità assoluta di taluno dei partecipi, *eo magis* non può non ritenersi ammissibile un concorso di persone in caso di "punibilità relativa" o "differenziata" di uno dei concorrenti, dunque di una punibilità per altro e diverso titolo per l'offesa realizzata in concorso.

Da ultimo, se il concorso di persone non può che in via generale aversi per il medesimo reato, come sostenuto dalle Sezioni Unite, difficilmente si spiegano le disposizioni di cui agli art. 116 e 117 c.p., che impongono l'unicità del titolo di reato in funzione "aggravatrice" della responsabilità di taluno dei concorrenti, poiché tale conclusione sarebbe dovuta già discendere dall'applicazione delle norme generali sul concorso di persone. Gli artt. 116 e 117 c.p., al contrario, hanno la funzione di estendere *eccezionalmente* la punibilità del concorrente per il reato diverso che si è

realizzato e da lui non voluto in presenza di tassativi requisiti (la prevedibilità del diverso reato per l'art. 116 c.p. e il rapporto di specialità soggettiva tra i reati per l'art. 117 c.p., oltre al coinvolgimento materiale nel fatto). In assenza di tali norme eccezionali, pertanto, dovrebbero operare le regole generali in tema di concorso di persone, evidentemente volte ad addebitare al concorrente un reato diverso da quello per cui risponderebbe il correo.

Va, dunque, salutata con favore la chiosa finale della sentenza della Cassazione qui in commento. La Corte, infatti, consapevole che l'applicazione dell'art. 48 c.p. al caso di specie ha condotto ad affermare un concorso di persone in cui taluni rispondono di estorsione e altri di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, si pone il problema dell'ammissibilità della differenziazione dei titoli di reato, risolvendola in senso positivo.

Per i giudici di legittimità, invero, il principio di colpevolezza e di responsabilità penale personale impone che ciascun concorrente sia chiamato a rispondere per il fatto concretamente realizzato, non dovendosi addebitargli altri e diversi reati in mero ossequio al dogma dell'unicità del reato concorsuale.

A sostegno di codesta affermazione la Corte richiama la sentenza Tucci in materia di riciclaggio e autoriciclaggio e la giurisprudenza di legittimità sui rapporti tra i delitti di evasione (art. 385 c.p.) e procurata evasione (art. 386 c.p.), che ha risolto la questione affermando che il terzo che aiuti un individuo in stato di legale detenzione ad evadere risponderà del delitto di cui all'art. 386 c.p. e non di concorso in evasione.

Nonostante, quindi, il pronunciamento delle Sezioni Unite, non sembrano mancare sentenze di legittimità che riconoscono la possibilità di aversi un concorso di persone per titoli di reato differenziati.

Il dogma dell'unicità del reato concorsuale sembra tutt'altro che consolidato.

ART. 3 CEDU, OMOSESSUALITÀ IN CARCERE E RISCHI DI  
C.D. “DOPPIA DETENZIONE”

*Art. 3 ECHR, homosexuality in prison and risks of so-called “double detention”*

di

Lorenza Grossi \*

Il contributo si propone di esaminare il controverso tema della detenzione carceraria delle persone omosessuali, valorizzando sia le indicazioni ricavabili dal piano internazionale sia da quello strettamente nazionale. Il rischio per questa categoria di persone detenute è, in effetti, quello di essere sottoposte ad un regime di c.d. doppia detenzione, da cui deriverebbe una esclusione di rapporti con la restante parte della popolazione carceraria e con limitazioni rispetto alle attività trattamentali.

\*\*\*

*The paper aims to analyze the controversial issue of the prison detention of homosexual persons, enhancing the indications offered both by international law and by domestic legal provisions. The risk for this category of detained persons is, in fact, that of being subjected to a regime of so-called double detention, from which it would result in an exclusion of relationships with the rest of the prison population and any limitations with respect to treatment activities.*

Sommario: 1. Diritti delle persone detenute e art. 3 Cedu: ci sarà pure un giudice a Strasburgo... – 1.1. *Segue*. La c.d. doppia detenzione: *X c. Turchia* e la tutela degli omosessuali in carcere. – 2. La detenzione delle persone omosessuali nell'ordinamento italiano. – 2.1. Giustiziabilità dei diritti delle persone detenute: per fortuna esiste un giudice a Strasburgo!

---

\* Dottoressa di ricerca in diritto penale nell'Università degli Studi Roma Tre

## 1. Diritti delle persone detenute e art. 3 Cedu: ci sarà pure un giudice a Strasburgo...

Se la narrazione del "ci sarà pure un giudice a Berlino" ha ormai trovato piena rappresentazione nella realtà, sostituendo l'indicazione geografica con Strasburgo<sup>2</sup>, con riferimento ai diritti dei detenuti sono state proprio le garanzie offerte dalla Convenzione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a conferire un volto "sempre più umano" alla esecuzione della pena. Si tratta di un processo per niente scontato, agevolato sia dalla natura "atipica" del trattato internazionale di cui si discute, che s'inserisce all'interno del nostro sistema delle fonti con rango *sub*-costituzionale, sia dalla interpretazione della Corte Edu, volta ad ampliare in una duplice prospettiva i diritti oggetto della Convenzione.

Per comprendere la collocazione "rafforzata" della Cedu all'interno del sistema delle fonti, occorre innanzitutto muovere dalle peculiarità che la Convenzione stessa presenta. Si tratta, infatti, di un trattato internazionale *sui generis* e ciò per almeno tre motivi: in primo luogo, la materia della Convenzione, cioè i diritti fondamentali; in secondo luogo, la predisposizione di un organo giurisdizionale *ad hoc*, la Corte di Strasburgo, che ha il potere di accertare e condannare le violazioni dei diritti riconosciuti nella Cedu; in terzo luogo, l'individuazione di un organo politico, il Comitato dei Ministri, il quale ha il dovere di vigilare sull'esecuzione della sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo<sup>3</sup>.

È a partire dalle sentenze c.d. prime gemelle che la Corte costituzionale definisce il ruolo della CEDU all'interno del sistema delle fonti. La Cedu, come anticipato, è da un punto di vista normativo un trattato internazionale, la cui collocazione nel sistema delle fonti verrebbe cristallizzata dalla legge di recepimento: posto che la legge di recepimento è una legge ordinaria (legge 4 agosto 1955, n. 848), allo stesso rango sarebbe stata "confinata" la Convenzione.

---

<sup>2</sup> L'espressione è ormai frequente in dottrina. Fra i tanti, A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2009, pp. 1801-1843; A. PUGIOTTO, *Caino, il diritto e i diritti di Caino*, in *DisCrimen*, 9 gennaio 2020, p. 9; O. MAZZA, *C'è un giudice a Strasburgo per chi non si sente tutelato "a casa"*, in *Il Dubbio*, 8 novembre 2021.

<sup>3</sup> Per tutti, V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 69-70, che evidenzia fra gli altri caratteri di novità della Cedu la mancata previsione del principio di reciprocità (in base al quale uno Stato è obbligato al rispetto di quanto stabilito nel Trattato, sempre che gli altri Stati contraenti non violino essi stessi le previsioni ivi contenute).

Si trattava, però, di una soluzione poco convincente, che, esautorando l'intera forza del Trattato stesso, avrebbe minimizzando l'importanza anche politica della *Magna Carta libertatum* europea: qualsiasi legge ordinaria successiva, infatti, ben avrebbe potuto derogare alla precedente, anche nell'ipotesi in cui fosse quella di recepimento della Cedu.

La possibilità di offrire una copertura blindata alla Convenzione Edu è diretta conseguenza della modifica del Titolo V della Costituzione, che, intervenendo sull'art. 117 Cost., ha stabilito al primo comma: «[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Con le prime sentenze gemelle, la Corte costituzionale, secondo alcuni introducendo per via interpretativa una gerarchia materiale<sup>4</sup>, ha "approfittato" del rinvio mobile contenuto all'art. 117 Cost., chiarendo la natura di norma interposta della Cedu. In quest'ordine di idee, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo si porrebbe ad un livello *inferiore* alla Costituzione, ma ne arricchirebbe il parametro di legittimità costituzionale, sì che l'eventuale antinomia tra legge di rango inferiore e norma Cedu porterebbe alla caducazione della prima sotto forma di declaratoria di illegittimità costituzionale. Il "sistema Cedu", quindi, non godrebbe, almeno apparentemente, della "forza" riconosciuta al diritto europeo in senso stretto: in caso di antinomia con una norma interna, solo per quest'ultimo opererebbe il meccanismo della disapplicazione (con il limite dei controlimiti), mentre per la norma Cedu la "soluzione" passerebbe sempre attraverso la Corte costituzionale (con il limite dell'intera Costituzione – non più dei "soli" controlimiti). *Almeno apparentemente:*

---

<sup>4</sup> *Amplius*, G. PINO, *Interpretazione e crisi delle fonti*, Mucchi Editore, Modena, § 3.2.2. L'Autore muove dalla nozione di gerarchia normativa, che altro non è se non il rapporto tra due o più norme per cui una risulta sovraordinata all'altra. Utilizzando una comune classificazione (R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 241-254), al *genus* "gerarchia normativa" apparterebbero tre *species*: le gerarchie strutturali, materiali e assiologiche. La gerarchia materiale è quella per cui, poste due norme, una deve essere conforme all'altra, pena la sua invalidità – si pensi, come esempio classico, al rapporto tra legge ordinaria e Costituzione. Nel caso della Cedu, l'Autore ritiene che la gerarchia materiale creata all'esito delle prime gemelle sia stata prodotta in via interpretativa: la Corte costituzionale, in breve, avrebbe dapprima ravvisato la presenza di una gerarchia assiologica, ritenendo "più importante", "più adeguata", la norma Cedu rispetto alle altre fonti pari ordinate (la legge ordinaria), per poi offrirne una tutela "rafforzata" già sul piano delle garanzie istituzionali.

è proprio nella natura peculiare del trattato internazionale in questione che si nascondono le conseguenze più particolari.

Non sfugge, infatti, alla Corte costituzionale il ruolo protagonista ritagliato dalla Cedu alla Corte di Strasburgo: la presenza di un organo giurisdizionale deputato all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione impone al giudice delle leggi di ritenere che ad "accedere" nel nostro ordinamento – sempre per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. – non sia tanto la "disposizione" Cedu, quanto la "norma" Cedu – cioè il testo *così come interpretato* dall'omonima Corte<sup>5</sup>.

Il tenore di queste pronunce, che sembrava in parte mettere a sistema il "ruolo" di una giurisprudenza (europea dei diritti dell'uomo) come fonte del diritto, è stato nel tempo sottoposto ad un progressivo ridimensionamento: prima, con le c.d. seconde sentenze gemelle, la Corte costituzionale ha introdotto il criterio del "*maximum standard*", come diretta conseguenza di un margine di apprezzamento riconosciuto in capo agli Stati firmatari rispetto allo stesso diritto convenzionale, poi, con la sent. n. 49/2015, la selezione dell'efficacia vincolante delle sentenze della Corte Edu è stata limitata alle sentenze formalmente pilota (sottoposte alla particolare procedura prevista dall'art. 61 del Regolamento della Corte EDU) e sostanzialmente pilota (quelle, cioè, in cui pur in assenza della veste formale della sentenza pilota, venga riconosciuto un *deficit* sistemico dell'ordinamento)<sup>6</sup>. Non sembra un caso che proprio lungo le linee proprie o tangenti all'esecuzione penale si siano registrate le più significative decisioni di Strasburgo.

---

<sup>5</sup> Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, § 4.6 del *Considerato in diritto*: «La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: "La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47". Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di *adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione*. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una *funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia*» (corsivi non del testo). Sul punto, A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2023, pp. 17 ss.

<sup>6</sup> Per maggiori approfondimenti, A. MASSARO, *op. cit.*, cit., pp. 25- 27.

Con l'obiettivo di comprendere maggiormente questi aspetti e il ruolo centrale in ogni caso assunto dall'interpretazione dei giudici di Strasburgo è necessario un passo indietro.

Per quanto possa sembrare pleonastico, la premessa da cui appare utile muovere è quella che valorizza la tecnica legislativa fatta propria dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: non diversamente dalle Costituzioni moderne, il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo avviene attraverso una formulazione per "principi". Scompare la struttura del giudizio ipotetico kelseniano del "se A, allora B", che scolpisce nella protasi e nella apodosi il meccanismo consequenziale del diritto, e vengono affermati, anche attraverso un linguaggio che assume un "grado" di vaghezza maggiore, i diritti riferibili all'uomo in quanto tale<sup>7</sup>. Proprio con l'obiettivo di concretizzare i principi contenuti nella Convenzione europea, che sarebbe a dire: proprio con l'obiettivo di rendere "giustiziabili" quegli stessi diritti, la Corte Edu sin dalle sue primissime pronunce ha individuato e poi valorizzato due "anime" che appartengono, da un punto di vista sostanziale, ai diritti umani.

La base legale da cui gemma questa duplice anima dei diritti umani è l'art. 1 CEDU, icasticamente rubricato "Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo", secondo cui «[l]e Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione». La traduzione italiana non sembra del tutto conforme alla originale versione inglese, in cui compare l'espressione "*shall secure*" (devono garantire/assicurare), rinviando ad una dimensione attiva e non solo "passiva" dell'azione richiesta dalla Convenzione agli Stati firmatari.

In questo solco, e facendo propria una tradizione già sufficientemente nota alla Corte costituzionale tedesca, i diritti riconosciuti all'interno della CEDU, secondo la Corte Edu, si pongono come punto di riferimento di un duplice obbligo sostanziale nei confronti degli Stati firmatari: il primo, a contenuto negativo, si risolve in un *non facere*, da intendersi come astensione dall'incriminazione e da ingerenze nel corretto esercizio del diritto riconosciuto nella Convenzione; il secondo, a contenuto positivo, attiene ad un *facere*, richiedendo agli Stati condotte positive volte a "proteggere" quel diritto, *anche attraverso la previsione di fattispecie incriminatrici* (si pensi, per restare agli esempi

---

<sup>7</sup> In tema, M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, spec. § 4.1; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, fasc. 1, 2014, pp. 41-43.

più noti, alla vicenda relativa all'assenza di un delitto di tortura, che ha comportato la condanna dell'Italia nella nota vicenda *Cestaro c. Italia*)<sup>8</sup>.

Il discorso, poi, è destinato ad ampliarsi laddove entrino in gioco quei diritti che, più di altri, attengono alla dimensione più pregnante dell'uomo: il riferimento è alla vita e alla dignità umana, che trovano espressa tutela agli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura) e 4 (Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato) CEDU. In questi casi, accanto agli obblighi sostanziali, la Corte di Strasburgo ha enucleato un'ulteriore *species* di obblighi: i c.d. obblighi procedurali. Si tratta della dimensione più innovativa della ermeneutica fatta propria dalla Corte Edu<sup>9</sup>, che offre una copertura ad ampio raggio dei diritti umani, non limitata ai soli aspetti sostanziali, ma arricchita delle vicende che seguono alla violazione del diritto: sulla base dei c.d. obblighi procedurali, è imposto agli Stati di svolgere indagini effettive, in grado di portare alla individuazione e alla punizione *in concreto* di chi ha leso il diritto tutelato dalla Convenzione<sup>10</sup>. Questa opzione, del resto, sembra essere quella metodologicamente preferibile: è solo guardando all'intera "pellicola penale", che si snoda in sequenze di parte sostanziale, processuale e relative alla esecuzione della pena, che si può ambire a conoscere un fenomeno in sé unitario e a garantire *effettivamente* i diritti umani<sup>11</sup>.

Proprio con riferimento all'art. 3 CEDU, e con specifico riguardo alla tutela delle persone detenute, la Corte di Strasburgo, utilizzando la fitta schiera di obblighi summenzionati, ha nel tempo reso più umano il volto della pena. L'art. 3 CEDU pare estremamente laconico nella sua formulazione, limitandosi ad una previsione in negativo: «[n]essuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Le indicazioni "in positivo" sono state, quindi, elaborate dalla Corte Edu ora attraverso l'utilizzo, in funzione specificativa, dei trattati internazionali firmati su determinati diritti presenti nella CEDU (così è stato, ad esempio, con riferimento all'esatto perimetro da attribuire alla nozione di tortura), ora definendo e distinguendo gli altri tipi di pene o trattamenti inumani o

---

<sup>8</sup> F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 2653.

<sup>9</sup> F. VIGANÒ, *op cit.*, pp. 252-253.

<sup>10</sup> *Ibidem*. Il quale rileva come la Corte di Strasburgo non abbia mai individuato il fondamento legale di questi obblighi, sebbene, forse, l'impressione sia quella per cui l'obbligo di cui all'art. 1 CEDU rechi con sé necessariamente anche le vicende che seguono alla violazione del diritto.

<sup>11</sup> M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, III ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 14-16.

degradanti<sup>12</sup>. In quest'ambito di idee, quindi, la tortura si caratterizza, in linea con le indicazioni provenienti dal panorama internazionale, per la crudeltà del trattamento oltre che per la particolarità finalità che muove la condotta dell'agente; seguendo un *climax* discendente di gravità, le pene e i trattamenti inumani acquisiscono spessore nel caso in cui abbiano cagionato intense sofferenze fisiche e/o mentali; le pene o i trattamenti inumani, invece, coinvolgono tutte quelle condotte che sviscerano la dignità umana<sup>13</sup>.

Questa triade in più occasioni è venuta in rilievo in tema di persone detenute. Nel caso *Cirino e Renne c. Italia*<sup>14</sup>, ad esempio, la Corte Edu ha ritenuto violato l'art. 3 CEDU da un punto di vista sostanziale. La vicenda riguardava due persone detenute sottoposte a reiterate violenze e maltrattamenti da parte degli agenti di polizia penitenziaria: i Giudici di Strasburgo, in quell'occasione, dopo aver qualificato le condotte poste in essere come tortura, hanno condannato lo Stato italiano non solo per aver violato il diritto garantito all'interno della CEDU, ma ancor di più per non aver predisposto un quadro sanzionatorio adeguato a prevenire (e sanzionare) fatti di tortura – a mancare, in effetti, era proprio il delitto di tortura. L'art. 3 CEDU, poi, ha rappresentato la base per censurare: il sovraffollamento carcerario, attraverso la nota sentenza pilota in *Torreggiani e al. c. Italia*<sup>15</sup>; il c.d. ergastolo ostativo, nel caso *Viola c. Italia*<sup>16</sup>; il trattenimento in carcere, per mancanza di posto nelle REMS, di un soggetto affetto da malattia psichiatrica, nella vicenda *Sy c. Italia*<sup>17</sup>.

### 1.1. Segue. La c.d. doppia detenzione: X c. Turchia e la tutela degli omosessuali in carcere

Se pur con riferimento allo Stato della Turchia, la Corte Edu si è pronunciata anche in merito al regime detentivo di persone omosessuali, censurando, sempre attraverso il ricorso all'art. 3 Cedu, il fenomeno della c.d. doppia detenzione.

---

<sup>12</sup> Per maggiori approfondimenti sulla interpretazione e applicazione dell'art. 3 CEDU nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, v. European Court of Human Rights, Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights. Prohibition of torture, 21 agosto 2024, disponibile al seguente link: [https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide\\_art\\_3\\_eng](https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_3_eng)

<sup>13</sup> *Amplius*, A. MASSARO, *op. cit.*, cit., p. 235.

<sup>14</sup> Corte Edu, 26 ottobre 2017, ric. nn. 2539/13 e 4705/13, *Cirino e Renne c. Italia*.

<sup>15</sup> Corte Edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

<sup>16</sup> Corte Edu, 19 giugno 2019, *Viola c. Itala*, ric. n. 77633/16.

<sup>17</sup> Corte Edu, 24 gennaio 2022, *Sy c. Italia*, ric. n. 11791/20.

In via di prima approssimazione, con l'espressione "doppia detenzione" si è soliti fare riferimento alla condizione di ulteriore isolamento, che si affianca a quella propria dell'esecuzione della pena, quale effetto del regime di sicurezza disposto nei confronti dei detenuti sulla base dell'orientamento sessuale<sup>18</sup>. In alcuni casi, cioè, al fine di "proteggere" la persona omosessuale dal rischio di sopraffazioni, se ne dispone una assegnazione in sezioni o celle separate, da cui deriva una limitazione anche delle attività trattamentali: il concetto di doppia detenzione, allora, si riferisce alla ulteriore "ghettizzazione" che questi soggetti sono costretti a subire, che si unisce a quella propria del carcere.

Il problema è, dunque, relativo al difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza e trattamento, che potrebbe dar luogo ad una violazione dei diritti fondamentali della persona detenuta.

La Corte di Strasburgo ha affrontato *ex professo* questo tema nel caso *X c. Turchia*, in cui non si è esitato a ricondurre nell'ambito dei trattamenti inumani e degradanti la condotta dello Stato turco che, a fronte della dichiarata omosessualità di una persona sottoposta a custodia cautelare in carcere, ne aveva di fatto imposto, a fini di sicurezza, un regime di isolamento, con esclusione di qualsiasi attività trattamentale, cui era seguita una grave sindrome depressiva. Più nello specifico, X aveva dichiarato sin da principio la sua omosessualità ed era stato collocato all'interno di una cella condivisa con altri detenuti eterosessuali, i quali, però, lo avevano più volte intimidito e maltrattato per ragioni legate al suo orientamento sessuale. X, allora, tramite il suo avvocato aveva chiesto di essere collocato in una cella adatta alla sua condizione<sup>19</sup>, possibilmente insieme ad altri detenuti omosessuali. Le autorità carcerarie trasferivano X in una cella singola, utilizzata per l'isolamento come misura disciplinare o per i c.d. *sex offenders*<sup>20</sup>: la cella risultava piccola, poco illuminata e priva di lavandino; contestualmente, X veniva escluso da qualsiasi attività trattamentale, incluso lo svolgimento di attività fisica all'aperto, e, per l'effetto, era reciso ogni rapporto con gli altri detenuti. In breve: la Turchia, sia pur con l'obiettivo di evitare forme di sopraffazione nei confronti di X, attuava un isolamento basato sulla dichiarata omosessualità del detenuto. Nonostante le

---

<sup>18</sup> In tema, A. LORENZETTI, *Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgeneri*, in *GenIUS*, 1/2017, 56-58; P. SCARFÒ, *La "doppia detenzione": carcere e transessualità*, in *SalvisJuribus*, 14 febbraio 2021.

<sup>19</sup> Corte Edu, 9 ottobre 2012, 24626/09, *X c. Turchia*, § 8-9.

<sup>20</sup> Corte Edu, 9 ottobre 2012, cit., *X c. Turchia*, § 10.

reiterate richieste di X di essere reinserito all'interno della popolazione carceraria, nessun giudice ha ritenuto opportuno stemperare il regime cui era sottoposto. L'isolamento durerà per tredici mesi.

La Corte Edu, ribadendo i propri principi espressi sul tema, muove dai rapporti tra diritti delle persone detenute e dignità umana: l'art. 3 Cedu impone agli Stati firmatari di garantire condizioni detentive compatibili con il rispetto della dignità umana. Lo Stato non deve, cioè, infliggere sofferenze ulteriori rispetto a quelle già insite nella privazione della libertà personale e assicurarne la salute e il benessere<sup>21</sup>. Affinché l'isolamento possa essere attratto nella nozione di trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3 Cedu* – precisano, poi, i giudici di Strasburgo – occorre verificarne la gravità attraverso parametri oggettivi (come la durata del trattamento, la severità della misura, l'obiettivo perseguito e gli effetti che ne sono derivati sulla persona<sup>22</sup>). Nel caso di specie, la Corte ritiene paradossale che la condizione di X prevedesse limitazioni maggiori rispetto a quelle disposte per le persone condannate all'ergastolo: queste ultime, infatti, potevano svolgere attività all'aria aperta ed erano concessi minimi contatti con altri detenuti della loro unità.

La Corte, infine, si concentra sugli strumenti rimediali previsti dallo Stato turco: anche su questo versante, le reiterate richieste di X non sono mai state esaminate nel merito. Le misure relative all'esecuzione della pena, in effetti, hanno natura amministrativa e sono interamente rimesse alla autorità carceraria.

Sebbene questo regime fosse stato disposto nei confronti di X per ragioni di sicurezza, la Corte evidenzia come le privazioni fossero nel complesso eccessive e, per l'effetto, irragionevoli, limitando ingiustamente i diritti del ricorrente: è perciò accertata, sul piano sostanziale, la violazione dell'art. 3 CEDU.

I giudici di Strasburgo, d'altra parte, riconoscono che la condotta dello Stato turco meriti di essere esaminata anche attraverso il filtro dell'art. 14 Cedu, in combinato disposto con l'art. 3 Cedu.

---

<sup>21</sup> Corte Edu, 9 ottobre 2012, cit., *X c. Turchia*, § 30: «[i]n that connection it reiterates that Article 3 of the compels the State to ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured (see *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, §§ 92-94, ECHR 2000-XI)».

<sup>22</sup> Corte Edu, 9 ottobre 2012, cit., *X c. Turchia*, § 40.

L'art. 14 Cedu, che stabilisce il divieto di discriminazione nell'esercizio dei diritti garantiti nella Cedu, non avrebbe infatti un ambito di applicazione "esclusivo", ma acquisirebbe significato solo in relazione al godimento degli altri diritti previsti dalla Convenzione. Posta la violazione dell'art. 3 Cedu, si tratterebbe quindi di comprendere se la condotta della Stato turco sia stata dovuta a ragioni discriminatorie basate sull'orientamento sessuale di X.

La Corte anzitutto chiarisce come la distinzione basata sull'orientamento sessuale limita il margine di apprezzamento concesso agli Stati: non basterebbe, in questi casi, che la misura si riveli adeguata e proporzionata all'obiettivo prefissato, ma dovrebbe anche essere necessaria alle circostanze del caso<sup>23</sup>. Il discorso, però, reca con sé tutte le valutazioni già espresse dai giudici con riferimento all'art. 3 Cedu: la decisione, cioè, si inserisce con coerenza in un tracciato che in sé si connota per l'inadeguatezza e sproporzione delle misure adottate dalle autorità carcerarie. L'esito è quindi prevedibile: violazione anche dell'art. 14 Cedu.

## **2. La detenzione delle persone omosessuali nell'ordinamento italiano**

Quanto alla situazione italiana, il divieto di discriminazione delle persone omosessuali (anche) all'interno della dimensione penitenziaria trova oggi una tutela multilivello: oltre alla Convenzione Edu, così come interpretata dai giudici di Strasburgo, decise sono le indicazioni derivanti da altre fonti internazionale, decisive quelle rinvenibili sul piano interno.

Sia pur con la (debole) vincolatività della normativa di *soft law*, le c.d. Mandela Rules (Regole minime standard per il trattamento dei detenuti) del 2015 e le Regole penitenziarie europee del 2006, aggiornate nel 2020 con Raccomandazione Rec(2206)2-rev, definiscono norme minime in materia di trattamento delle persone detenute. Tanto il testo delle Regole penitenziarie europee del 2006 quanto la versione "aggiornata" del 2020 ribadiscono il principio di imparzialità, cui segue logicamente il divieto di discriminazione.

Ben più convincente nei contenuti sembra, però, l'impostazione seguita dalle Mandela Rules: il divieto di discriminazione, come avviene anche per il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana, assume a proprio baricentro la dialettica fra regola ed eccezione o, se si preferisce, tra fine e mezzo.

---

<sup>23</sup> Corte Edu, 9 ottobre 2012, cit., X c. *Turchia*, § 50.

La regola 2, prevedendo l'imparzialità nell'applicazione dello statuto, al primo paragrafo oppone un netto rifiuto a qualsiasi discriminazione «per ragioni di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altro genere, origine nazionale o sociale, ricchezza, nascita o altra condizione».

Il secondo paragrafo, in maniera pressoché sovrapponibile all'impostazione seguita dai Costituenti, dispone, come necessario sviluppo dell'applicazione del principio di non discriminazione, la diversificazione basata sulle esigenze individuali, con particolare attenzione alle categorie che, per qualsiasi ragione, presentino un grado di vulnerabilità maggiore all'interno della dimensione carceraria.

Sul piano strettamente interno, le indicazioni decisive provengono dalla Carta costituzionale e, quindi, dall'ordinamento penitenziario del 1975. Rivolgendosi al legislatore, la Costituzione definisce le direttrici entro cui può dispiegarsi la discrezionalità politica. L'art. 3 Cost., che, come noto, prevede il principio di uguaglianza, al contempo limita e dirige il legislatore nella regolamentazione dei singoli diritti<sup>24</sup>: il primo comma, affermando la c.d. uguaglianza formale, dispone la pari dignità sociale dei cittadini e l'eguaglianza nell'applicazione della legge, «senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali». Il secondo comma, stabilendo l'uguaglianza sostanziale, integra e completa il primo comma, imponendo allo Stato di rimuovere gli ostacoli che impediscono «il pieno sviluppo della persona umana»<sup>25</sup>. A voler utilizzare la nomenclatura in uso presso la Corte Edu, potrebbe ritenersi che i due commi dell'art. 3 Cost., avvinti nei mezzi dallo stesso fine, stabiliscano due obblighi nei confronti del legislatore: il primo a contenuto negativo, si risolverebbe nel divieto di discriminazione; il secondo a contenuto positivo, trarrebbe invece la sua linfa nell'esigenza di livellare situazione impari.

---

<sup>24</sup> Con riferimento all'art. 3 Cost., per tutti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Cedam, Padova, 1962, p. 834. Si badi, l'illustre Autore non sembra ritenere – come sostenuto, viceversa, nel testo – che tutte le norme costituzionali abbiano per destinatario il legislatore: gli artt. 97 e 101 Cost., ad esempio, secondo Mortati, si rivolgerebbero alla Pubblica amministrazione o al giudice. Quanto al destinatario dell'art. 3 Cost., però, si tratterebbe di un vincolo imposto al solo legislatore, che apre ai dubbi sull'*an* e sul *quantum* di discrezionalità legislativa nell'apprezzamento delle situazioni da regolamentare.

<sup>25</sup> Sulla dialettica tra uguaglianza formale e sostanziale, per tutti, C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. Modugno, *Diritto pubblico*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2023, pp. 641-657.

Lungo questo tracciato, l'ordinamento penitenziario utilizza a perno dei diritti delle persone detenute la dialettica tra uguaglianza formale ed uguaglianza sostanziale. L'art. 1, primo comma, o.p., come diretta espressione dell'art. 3, primo comma, Cost., stabilisce che: «[i]l trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione». La dizione utilizzata è l'effetto della Riforma penitenziaria del 2018 (attuata con D.Lgs. 2 ottobre 2018, nn. 123 e 124)<sup>26</sup>, che ha colmato la lacuna della formulazione precedente, nella quale era omesso il riferimento al divieto di discriminazione *per ragioni di sesso*<sup>27</sup>.

In termini pressoché speculari e quale derivazione dell'art. 3, secondo comma, Cost., l'art. 14, ultimo comma, o.p., così come modificato dalla novella del 2018, dispone che «[l]'assegnazione dei detenuti e degli internati, per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione solo dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale, deve avvenire, per categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale previo consenso degli interessati i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie. È in ogni caso garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta». Questa disposizione rappresenta certamente una delle modifiche più

---

<sup>26</sup> Si tratta di una riforma che, pur offrendo una dimensione più "umana" alla esecuzione della pena, non sembra essersi spinta fin dove poteva arrivare (o consigliavano di arrivare le Commissioni di riforma). In tema, *amplius*, A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 7 novembre 2018; A.M. CAPITTA, *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2019, 1 ss.; M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. giust.*, 9 novembre 2018.

<sup>27</sup> Si riporta, per comodità del lettore, il testo dell'art. 1, secondo comma, o.p. antecedente alla riforma del 2018: «[i]l trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose». Per un commento (in termini critici) a questa formulazione, E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 157. Sull'art. 1 o.p. in una prospettiva diacronica, per tutti, V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub art. 1, in Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa e G. Giostra, VI ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, 3 ss., spec. pp. 6-7.

riuscite della Riforma del 2018, superando, sul piano normativo, le aporie che recava con sé la (sola) disciplina previgente.

La protezione delle persone detenute ritenute "vulnerabili" sulla base dell'orientamento sessuale, infatti, trovava come unica base legale le indicazioni – estremamente scarse – rinvenibili nell'art. 32, terzo comma, reg. es., che disciplina le assegnazioni e i raggruppamenti per motivi cautelari. Il primo comma, in particolare, prevede l'assegnazione del detenuto che richieda particolari cautele in apposite sezioni o istituti, «anche per la tutela *dei compagni* da possibili aggressioni o sopraffazioni». Il comma terzo, invece, dispone l'assegnazione in "sezioni protette" per la tutela del detenuto *dai compagni di detenzione*, quando ci sia il rischio di aggressioni o sopraffazioni<sup>28</sup>. Questa previsione trova(va) nella prassi applicazione nei confronti dei collaboratori di giustizia, degli appartenenti alle forze dell'ordine, delle persone *transgender* e omosessuali, oltre che nei confronti dei c.d. *sex offenders*. La *ratio*, inutile a dirsi, è da rintracciare nelle ragioni di sicurezza, a scapito di quelle trattamentali, dando luogo a vere e proprie contraddizioni nella tutela dei diritti delle persone detenute.

Tutte le volte in cui le indicazioni del legislatore sono poco determinate, del resto, l'ampliamento in funzione integrativa della discrezionalità amministrativa o giudiziaria è fisiologico, con la conseguenza per cui si assiste a soluzioni basate "sul caso concreto" e a diseguaglianze nell'applicazione. L'effetto, specie nelle realtà di piccole dimensioni, era quello per cui le sezioni separate ospitavano detenuti la cui necessità di protezione traeva origine da situazioni diverse (c.d. sezioni separate "promiscue")<sup>29</sup>, creando difficili (e forse pericolose) convivenze. L'art. 32 reg. esec., poi, legittima operazioni di questo tipo perché fondate su mere ragioni di sicurezza, verificate dall'amministrazione e senza tener conto dell'eventuale consenso o dissenso del diretto interessato.

Si tratta, come anticipato, di una situazione superata, almeno astrattamente<sup>30</sup>, dal "nuovo" art. 14, ultimo comma, o.p., quanto meno rispetto

---

<sup>28</sup> In tema, F. GIANFILIPPI, L. LUPÁRIA, *Organizzazione penitenziaria, ordine e sicurezza*, in *Manuale di diritto penitenziario*, II ed., a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 128-134.

<sup>29</sup> Su questo aspetto, F. GIANFILIPPI, L. LUPÁRIA, *op. cit.*, p. 134, in cui si evidenzia come raggruppamenti di questo tipo di fatto vanificano le esigenze di protezione che stanno alla base della assegnazione in sezione separate.

<sup>30</sup> Sul "mancato rispetto" delle indicazioni del "nuovo" art. 14, ultimo comma, o.p., Mag. sorv. di Spoleto, 18 dicembre 2018, ord. n. 2407, relativa al reclamo proposto da una persona detenuta

alla detenzione delle persone omosessuali o *transgender*. Il nuovo assetto è ora basato su tre pilastri: (i) il consenso dell'interessato; (ii) l'assegnazione in sezioni *omogenee*, distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale; (iii) la partecipazione alle attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta. L'idea, insomma, è quella di evitare ogni forma di ghettizzazione o doppia detenzione, sia di tipo *interno* – cioè derivante dall'isolamento rispetto alla restante popolazione carceraria – sia di tipo *esterno* – attraverso l'assegnazione a istituti penitenziari in cui siano presenti sezioni omogenee, ma in deroga al criterio della massima prossimità al nucleo familiare di cui all'art. 14, primo comma, o.p.

Gli obiettivi, nitidi nella loro enunciazione, scolorano però nei fatti in sede di applicazione. L'adagio è antico e resta sempre lo stesso: tra il dire e il fare c'è in mezzo il mare.

Il XVIII rapporto dell'Associazione Antigone sui diritti LGBTQ+ in carcere del 2022 offre dati impietosi: «gli omosessuali registrati dall'amministrazione penitenziaria ad oggi sono 64: essi sono assegnati a sezioni protette per la stragrande maggioranza, 57 in tutto. Dei restanti, 4 sono in isolamento individuale per ragioni protettive, 2 in sezioni comuni e 1 stazionante in accoglienza. Gli istituti che accolgono "protetti omosex" ad oggi sono 20: di questi, 15 prevedono l'allocazione di norma in sezioni promiscue, 2 nella sezione per autori di reati che provocano riprovazione sociale, solo 3 ne hanno una separata omogenea per omosessuali»<sup>31</sup>. Si specifica nel rapporto che nei tre istituti in cui sono presenti sezioni separate omogenee si contano le presenze più numerose di detenuti omosessuali: il diritto, insomma, è condizionato dall'istituto di appartenenza.

In breve: il quadro normativo c'è ed è coerente con i principi costituzionali, convincente nelle implicazioni sostanziali; il diritto soggettivo, però, pur «affiorato», resta, di fatto, «sommerso»<sup>32</sup>.

---

assegnata in una sezione protetta promiscua, la cui offerta trattamentale era talmente limitata da apparire inesistente. Il giudice di sorveglianza accoglie il ricorso, offrendo, nella dotta motivazione, una puntuale disamina delle esigenze di protezione e trattamentali che fanno da sfondo alla tutela dei diritti dei detenuti in carcere.

<sup>31</sup> A. ROSSI, XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione. I diritti LGBTQ+ in carcere, Rapporto Antigone, 26 aprile 2022.

<sup>32</sup> Per la "tripartizione" dei diritti (non solo) delle persone detenute in diritti emersi, a effettività emersa e sommersi, S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, spec. pp. 184-185. L'Autrice precisa come si tratti di categorie duttili: un diritto potrebbe infatti "affiorare", per

### 2.1. Giustiziabilità dei diritti delle persone detenute: per fortuna esiste un giudice a Strasburgo!

La questione, allora, si sposta inevitabilmente sui rimedi previsti in favore delle persone detenute, affinché possano agire in tutela dei propri diritti: è un tema tutt'altro che scontato, posto che fino a non troppo tempo fa mancavano rimedi giurisdizionali idonei a far valere molte situazioni giuridiche soggettive prontamente "riconosciute" dall'ordinamento. Fino al 2013, infatti, la violazione dei diritti delle persone detenute, da un punto di vista legislativo<sup>33</sup> e salve ipotesi specifiche (artt. 14-ter, 30-bis e ter, o.p. e 678 e 666 c.p.p.), era affidata ad un solo rimedio generico, l'art. 35 o.p., di carattere *non* giurisdizionale. Il giudice delle leggi, con sentenza 9 febbraio 1999, n. 26, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di quest'ultimo articolo, rilevando un'omissione incostituzionale<sup>34</sup>: a mancare era proprio «una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale»<sup>35</sup>.

Con questa pronuncia, che assume le vesti di una sentenza additiva di principio<sup>36</sup>, la Corte costituzionale invitava il legislatore ad intervenire sulla materia, attraverso l'introduzione di un reclamo giurisdizionale: era, infatti, precluso alla Corte un intervento additivo "secco", proprio perché le possibilità

---

l'effetto di un intervento della Corte costituzionale secondo lo schema delle c.d. rime obbligate o per via legislativa, ma rimanere di fatto "sommerso" sul piano dell'efficacia applicativa.

<sup>33</sup> Corte cost., 9 febbraio 1999, n. 26, su cui, per tutti, M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, fasc. 1, 1999, pp. 203 ss.

<sup>34</sup> Sulle omissioni incostituzionali, obbligato il riferimento a C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, fasc. 9, 1973, pp. 153 ss., il quale precisa che la omissione si differenzia dalla lacuna proprio perché apprezzabili in relazione ad un obbligo. Nel caso della sent. n. 26/1999, posta la incostituzionalità con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., si tratterebbe di un obbligo discendente da questi articoli.

<sup>35</sup> Corte cost., 9 febbraio 1999, n. 26, § PQM.

<sup>36</sup> Per la qualificazione di questa sentenza come "additiva di principio", M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, cit., pp. 203 ss., spec. 221: «[l]a soluzione offerta dalla Corte nella sentenza *de qua* è però un'altra e assume i connotati propri della "additiva di principio". Il principio, in questo caso, è quello della "giurisdizionalità" dei rimedi avverso le determinazioni dell'amministrazione penitenziaria potenzialmente lesive dei diritti dei detenuti e degli internati. Principio cui il legislatore dovrà uniformarsi e per mezzo del quale dovrebbe essere possibile l'integrazione giurisprudenziale del diritto lacunoso, in modo da realizzare, nel periodo transitorio, "una situazione prossima alla legalità costituzionale, o almeno, se si vuole, meno lontana da essa di quella imposta dalla formulazione originaria della normativa impugnata"».

di intervento erano ampie e si trattava di una scelta discrezionale rimessa al legislatore<sup>37</sup>.

A fronte dell'inerzia del Parlamento, la giurisprudenza, con l'obiettivo di colmare il vuoto normativo, ha esteso la disciplina prevista all'art. 14-ter o.p.<sup>38</sup>, così offrendo una tutela ai diritti delle persone detenute – sia pur in assenza di una solida base legale. Solo nel 2013 il legislatore si è deciso a prevedere degli istituti *ad hoc*, dimostrandosi particolarmente solerte ad ascoltare i moniti della Corte (non più Costituzionale, ma) di Strasburgo, attraverso l'introduzione degli artt. 35-bis e 35-ter o.p. Il caso è noto e l'esito tangibile: a fronte della sentenza *Torreggiani*<sup>39</sup>, adottata secondo la procedura della sentenza pilota proprio in ragione del carattere strutturale del sovraffollamento carcerario, la Corte Edu "denunciava" la carenza dei rimedi interni (in particolare dell'art. 35 o.p.) e obbligava lo Stato italiano a introdurre rimedi di carattere preventivo e compensativo a tutela dei diritti delle persone detenute<sup>40</sup>.

Ad oggi, quindi, nei casi di c.d. doppia detenzione le strade astrattamente perseguibili sono almeno due (fra loro *non* alternative). Come già avvenuto all'indomani della riforma del 2018<sup>41</sup>, è possibile, anzitutto, far valere il proprio diritto a non essere discriminato attraverso un reclamo presentato *ex art. 35-bis* o.p.: il magistrato di sorveglianza, così come disposto dall'art. 69, sesto comma, lett. b), o.p., deve infatti provvedere, secondo le forme prescritte dall'art. 35-bis o.p., sui reclami relativi alla «inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti». Potrebbe trattarsi, in ogni caso, di una tutela comunque dimezzata: nell'ipotesi in cui l'istituto penitenziario di appartenenza non contempli sezioni separate omogenee, l'unica via sarebbe quella di un trasferimento ad altro istituto, con il rischio di derogare al principio della massima prossimità al nucleo

---

<sup>37</sup> Sulla possibilità di estendere già in sede di giudizio costituzionale l'art. 14-ter o.p., M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, cit., pp. 211-213.

<sup>38</sup> *Amplius*, M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 6 agosto 2016, pp. 19-20.

<sup>39</sup> Corte Edu, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., 8 gennaio 2013.

<sup>40</sup> Corte Edu, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., 8 gennaio 2013, spec. § 96-99

<sup>41</sup> Mag. sorv. di Spoleto, 18 dicembre 2018, ord. n. 2407, *supra* nota 29.

familiare di cui all'art. 14, primo comma, o.p., che potrebbe comportare una doppia detenzione di tipo "esterno"<sup>42</sup>.

Insieme a questa possibilità, poi, la persona detenuta potrebbe presentare reclamo *ex art. 35-ter* o.p.: si tratta di un istituto a carattere compensativo, attraverso il quale è riconosciuto al detenuto uno sconto di pena o una somma di denaro per ogni giorno di detenzione trascorso in condizioni tali da violare l'art. 3 Cedu. Proprio il rinvio all'art. 3 Cedu, presente anche nella rubrica dell'articolo, dà forma ad un autentico nodo interpretativo. Il primo comma, infatti, precisa che, affinché possa essere presentato il reclamo e conseguentemente concessa la compensazione, le condizioni di detenzione devono essere «tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 8848, *come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*». L'idea di una giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo come autentica fonte del diritto riecheggia con forza, insieme ai dubbi relativi all'esatto significato da attribuire all'espressione utilizzata dal legislatore.

Occorre anzitutto chiedersi se il giudice nazionale sia vincolato alla interpretazione offerta dai giudici di Strasburgo, anche quando sia possibile addivenire, sul piano interno, ad una soluzione ermeneutica più favorevole al singolo<sup>43</sup>. Sembrerebbe questa l'impostazione seguita dalle sezioni unite della Corte di cassazione, secondo le quali, in casi di questo tipo, la lettera della legge imporrebbe di applicare l'orientamento eventualmente più sfavorevole della Corte Edu, con la conseguente necessità, sempre teorica, di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 35-ter o.p. per contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost.<sup>44</sup>. I giudici precisano, però, che si tratti di una questione comunque

---

<sup>42</sup> *Supra* § 2.

<sup>43</sup> Per una critica a questa impostazione, A. MASSARO, *op. cit.*, pp. 29-31.

<sup>44</sup> Cass. pen, S.U., 24 settembre 2020 (dep. 19 febbraio 2021), n. 6551, *Commisso*, § 10 del *Considerato in diritto*: «[b]enché tali pronunce [cioè quelle che ritengono sia possibile interpretare l'art. 35-ter o.p. in senso ulteriormente più favorevole rispetto a quanto affermato dai giudici di Strasburgo] siano ispirate dalla giusta esigenza di garantire al meglio i diritti fondamentali dei detenuti, in ossequio al dettato costituzionale, è il sistema fin qui delineato che impedisce al giudice nazionale di adottare un'interpretazione dell'art. 3 della CEDU differente da quella consolidata fornita dalla Corte EDU su uno specifico aspetto, perché ciò violerebbe sia il principio dell'obbligo per il giudice comune di uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente, sia lo stesso art. 35-ter ord. pen. che, appunto, ha reso la predetta giurisprudenza consolidata la fonte normativa mediante il rinvio per *relationem* più volte ricordato.

Resta, senza dubbio, la possibilità del ricorso alla Corte Costituzionale [*sic!*] nel caso in cui il giudice ravvisi che la norma dell'art. 35-ter *cit.*, così applicata, contrasti con il divieto posto

ultronea, posta la sostanziale equivalenza tra il contenuto dell'art. 3 Cedu e dell'art. 27, terzo comma, Cost. Questa conclusione, che meriterebbe in realtà un approfondimento maggiore, non pare del tutto convincente. In questa sede, basta porre in evidenza la diversa formulazione dei due principi: la previsione convenzionale, infatti, si caratterizza per una formulazione "in negativo"; quella costituzionale, invece, accanto ad una previsione negativa («[l]e pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»), individua un contenuto positivo («e devono tendere alla rieducazione del condannato»), che potrebbe legittimare (*rectius*: imporre) interpretazioni che vadano anche oltre l'attività ermeneutica dei giudici di Strasburgo.

Se il riferimento, poi, è alla questione di legittimità sull'art. 35-ter o.p., è forte la tentazione di ritenere che norma parametro possa o debba essere l'art. 101 Cost., nel momento in cui dispone «[i] giudici sono soggetti soltanto alla legge».

L'impressione, però, è che sia prospettabile un orizzonte diverso.

È evidente che il richiamo all'art. 3 Cedu abbia per obiettivo quello di massimizzare le tutele del singolo, creando un meccanismo risarcitorio che si attegga ad autentica sanzione da parte dello Stato nei confronti di se stesso, così censurando pratiche che violano i diritti umani, con una sanzione che assume maggiore consistenza a seconda della durata del trattamento.

Non bisogna dimenticare che prima ancora dell'art. 3 Cedu, nel nostro sistema delle fonti, domina il dettato dell'art. 27, terzo comma, Cost. Questi due articoli, sia pur da "piani" diversi, guardano allo stesso fenomeno e ampliano la tutela della dignità del singolo: l'art. 3 Cedu, come norma di rango *sub-costituzionale*, l'art. 27, terzo comma, come norma di rango *costituzionale*.

Gli articoli costituzionali, del resto, compenetrano nella legge ordinaria, agendo in funzione integrativa, tutte le volte in cui l'ordinamento riconosce delle situazioni giuridiche soggettive: è quanto accaduto, ad esempio, relativamente all'art. 27, primo comma, Cost. con riferimento ai casi di c.d. responsabilità oggettiva<sup>45</sup>; è quello che accade quando è la legge stessa a menzionare trattamenti potenzialmente lesivi della dignità personale. L'art. 3 Cedu, in breve, amplia le tutele del singolo, ma può (e deve) essere ulteriormente integrato dall'art. 27, terzo comma, Cost. quanto alle tutele di chi è sottoposto a restrizioni della libertà

---

dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione: ma si tratta di ipotesi astratta, attesa la sostanziale coincidenza di contenuto tra la norma costituzionale e quella convenzionale e l'autorevolezza della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo». [corsivi non del testo]

<sup>45</sup> *Amplius*, per tutti, M. GALLO, *op. cit.*, cit., pp. 11-14.

personale. L'idea, insomma, è che un innalzamento delle tutele oltre l'art. 3 Cedu (così come interpretato dai giudici di Strasburgo) si legittimi – e, anzi, sia *imposto* - sulla base dell'art. 27, terzo comma, Cost., senza altre necessità.

Nel caso della c.d. doppia detenzione proprio l'interpretazione offerta dai giudici di Strasburgo agevolerebbe la qualificazione del "trattamento" di questo tipo come inumano: che ciò si ricavi agevolmente già sulla base dell'art. 27, terzo comma, Cost., nessuno vorrà dubitarne; è solo semplificato l'accertamento sulla base di quanto già affermato dalla Corte di Strasburgo.

E c'è di più. La possibilità della sanzione nei confronti dello Stato, specie laddove il problema è strutturale e diffuso, potrebbe (o dovrebbe) imporre allo stesso Stato di porre fine alla violazione, in maniera definitiva ed uniforme. Lo strumento dell'art. 35-ter o.p., insomma, potrebbe avere una portata ben più significativa, permettendo di "anticipare" condanne a Strasburgo, laddove la prassi evidenzia il carattere strutturale di una violazione.

Poi, se pure non bastasse, sempre aperta è la strada di Strasburgo e di quel giudice, che, per fortuna, esiste.

LA DOPPIA TUTELA GIURIDICA DEI DIRITTI FONDAMENTALI  
IN AMBITO EUROPEO  
E IL NECESSARIO DIALOGO TRA LE CORTI

*The dual legal protection of fundamental rights in the European context  
and the necessary dialogue between Courts*

di

Alì Abukar Hayo \*

Il fenomeno della doppia tutela dei diritti fondamentali, da parte delle Corti costituzionali nazionali e della Corte di Giustizia, è dovuto alla specifica e originale architettura istituzionale dell'Unione, formatasi attraverso il passaggio dal MEC, alla CEE e infine all'UE. Oggi tutti gli Stati facenti parte dell'Unione accettano, con maggiore o minore entusiasmo, ma consensualmente, il diritto sovranazionale europeo. Anche la materia penale, da sempre riservata alla legislazione statale, conosce oggi una sua dimensione sovranazionale, sempre più pregnante. La Carta dei diritti di Nizza ha assunto la stessa forza giuridica dei Trattati, cosicché i diritti soggettivi risultano tutelati, sia dalla Costituzione (interna), sia dalla Carta (europea). Ne deriva la possibilità di un doppio sindacato di conformità ai principi (della Costituzione e della Carta), esercitato dalle due Corti (interna ed europea). Da qui la necessità del dialogo tra le Corti, di cui il rinvio pregiudiziale è lo strumento basilare. La Corte costituzionale italiana ha attivato quattro rinvii pregiudiziali, esaminati in questa sede. L'Autore non si nasconde che il rinvio, proprio perché apre un dialogo *inter pares*, postula una valutazione di "opportunità", della quale prova a indicare un possibile criterio-guida.

\*\*\*

---

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

*The phenomenon of dual protection of fundamental rights by national constitutional courts and the Court of Justice is due to the specific and original institutional architecture of the Union, formed through the transition from the MEC, to the EEC and finally to the EU. Today, all states that are members of the Union accept, with greater or lesser enthusiasm, but consensually, European supranational law. Even criminal matters, which have always been reserved for state legislation, now have their own supranational dimension, which is becoming more and more pregnant. The Charter of Fundamental Rights of the European Union has assumed the same legal force as the Treaties, so that subjective rights are protected both by the (domestic) Constitution and the (European) Charter. Hence the possibility of a double syndicate of conformity to the principles (of the Constitution and the Charter), exercised by the two Courts (internal and European). Hence the need for dialogue between the Courts, of which the preliminary reference is the basic instrument. The Italian Constitutional Court has activated four preliminary references, examined here. The author makes no secret of the fact that the reference, precisely because it opens a dialogue between peers, postulates an assessment of 'appropriateness', of which he tries to indicate a possible guiding criterion.*

Sommario: 1. Il diritto penale internazionale, transnazionale e sovranazionale - 2. La vicenda Taricco - 3. I rinvii pregiudiziali della Corte costituzionale in materia extrapenale - 4. I rinvii pregiudiziali in materia processuale penale - 5. Considerazioni finali sull'opportunità dei rinvii

### **1. Il diritto penale internazionale, transnazionale e sovranazionale**

Tra tutte le forme di tutela giuridica dei diritti della persona, quella penale occupa un posto sempre più rilevante, al punto che nell'accezione comune il diritto soggettivo non è inteso come tale se la sua violazione non è sanzionata penalmente. Questo fenomeno espansivo potrebbe avere effetti perniciosi, facendo venir meno il carattere sussidiario e residuale della sanzione penale, la quale acquisterebbe centralità e primazia nell'intero novero delle misure sanzionatorie. Si rischia che il diritto penale divenga, pur nel lodevole intendimento di tutelare i diritti, onnipotente e onnicomprensivo, il che comporterebbe un'eccessiva compressione della libertà umana. Orbene, tale ardua e complessa problematica, che

ci conduce direttamente all'eterna polarità dell'intima inclinazione dell'uomo, sospesa tra la spinta securitaria e quella libertaria, oggi non è più limitata all'ordinamento nazionale, ma si estende ben oltre i confini territoriali della sovranità statale, per l'inarrestabile progressiva caratterizzazione internazionale, transnazionale e sovranazionale del diritto penale, un tempo esclusivamente e strettamente statale.

Fra tutte le branche dell'ordinamento giuridico, il diritto penale è stato tradizionalmente quello meno aperto alle "contaminazioni" internazionali, essendo trincerato dentro i confini nazionali e avendo la sua fonte solo nella legge dello Stato. Oggi i caratteri esclusivamente "territoriali" si stemperano e l'immagine odierna è quella di un diritto permeato di influssi, connessioni e interdipendenze esterne alla sovranità nazionale, che si sviluppano lungo due direttrici: una internazionale, propriamente detta, e una sovranazionale.

Nell'ambito del diritto penale internazionale, dobbiamo distinguere quello cogente per vigore proprio e imperativo, da quello pattizio. Nel cogente si annoverano le fattispecie dei crimini, riconosciuti dall'intera comunità civile e ritenuti meritevoli di pena irrogata da corti *juris gentium* internazionali<sup>2</sup>. Si può ravvisare nell'istituzione dei Tribunali di guerra alla fine del secondo conflitto mondiale, di Norimberga e Tokyo, l'atto di nascita del diritto penale internazionale<sup>3</sup>. Lo sviluppo e il consolidamento successivi si ebbero con l'istituzione di tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e il Ruanda. Ma si dovette attendere fino al 1998 perché vedesse la luce, con lo statuto di Roma, entrato in vigore nel 2002, la Corte internazionale permanente con sede all'Aja, la quale giudica sulle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, sui crimini di guerra e contro l'umanità, nonché, dopo gli emendamenti dello Statuto di Roma apportati dalla

---

<sup>2</sup> F. FRANCONI, *Voce Crimini internazionali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1989, vol. IV, p. 467. Cfr. inoltre N. RONZITTI, *Crimini internazionali, tribunali interni e giustizia penale internazionale*, in *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Napoli 1999, U. PIOLETTI, *Diritto penale internazionale e diritto interno. Crimini di guerra, crimini contro l'umanità e responsabilità apicale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi* – n. 9/2020.

<sup>3</sup> Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *Introduction in international Criminal Law*, Leiden-Boston, 2013, 535 ss..

Conferenza di Kampala, sul crimine di aggressione<sup>4</sup>. Si è dunque superata la fase dei tribunali internazionali, transeunti ed occasionali, istituiti sulla base di contingenze storiche irripetibili, e il diritto penale *juris gentium*, imperativo e gerarchicamente superiore al diritto interno, trova oggi un assetto istituzionale compiuto. Anche sul versante procedurale, si è giunti alla compiutezza e stabilità istituzionale con la contestuale nascita della Procura internazionale, avente sede nella medesima città dell'Aja<sup>5</sup>. Ad essa compete l'esercizio dell'azione penale e la gestione della fase delle indagini preliminari; tuttavia, è fin troppo evidente che, in assenza di un apparato investigativo e coercitivo autosufficiente, la Procura internazionale si avvale della collaborazione delle amministrazioni governative dei singoli Stati. Se dunque, da un lato, le norme di siffatto diritto internazionale hanno vigore proprio e si pongono su un piano gerarchico superiore a quello delle norme di diritto interno, posto che il legislatore nazionale non può sottrarre i propri cittadini al vincolo giuridico internazionale e alle sue conseguenze sanzionatorie; dall'altro, l'effettività concreta di tali norme è, in grande misura, ancora legata alla collaborazione politica degli organi di Stato, in mancanza della quale il vincolo giuridico perde la sua forza coattiva. Semplificando al massimo, potremmo dire che tale diritto è tuttora rappresentabile come un *Giano bifronte*, per certi versi sovrastatale, quanto alla validità, e per altri substatuale, quanto all'efficacia concreta.

A questo diritto internazionale primario si affianca, come accennato, quello di origine convenzionale, dal quale discendono obblighi reciproci per gli Stati parte<sup>6</sup>. L'oggetto precipuo di questa branca del diritto, che potremmo chiamare transnazionale, è costituito dai reati commessi nel territorio di più Stati o comunque al di fuori del territorio dello Stato di appartenenza. Le convenzioni riguardano fondamentalmente obblighi di criminalizzazione, di collaborazione di polizia e giudiziaria. Sono chiamate, nel linguaggio del diritto internazionale,

---

<sup>4</sup> Sui vari meccanismi di repressione dei crimini internazionali e, in particolare, sul ruolo della Corte penale internazionale cfr. Y. PARZIALE, *La responsabilità penale degli Stati per i crimini internazionali e il ruolo dei singoli individui*, in questa rivista, 3/2024 e bibliografia ivi citata.

<sup>5</sup> Sul punto M. CHERIF BASSIOUNI, *op. cit.*, 721 ss..

<sup>6</sup> Sul punto cfr. F. VIGANO', *Dal 'diritto penale dello Stato' al 'diritto penale sovranazionale'*, in *Sistema penale*, 10 ottobre 2024, già edito in M. DONINI, L. GARLATI, M.N. MILETTI, R. ORLANDI, *I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*, Romatre Press, 2024, 97 ss..

*suppression conventions*, in quanto dirette a “sopprimere” determinati fenomeni criminosi che destano particolare allarme sociale. Il primo esempio della tipologia in considerazione si può rinvenire nella Convenzione del 1926 sulla schiavitù, adottata in senso alla Lega delle Nazioni, cui fece seguito la Convenzione complementare di Ginevra del 1956. Tra le convenzioni più recenti, particolare rilevanza assume quella delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988, la quale ha conferito completezza e sistematicità alle precedenti del 1961 (con protocollo aggiuntivo del 1972) e del 1971, imponendo fra l’altro agli Stati parte l’obbligo di criminalizzazione relativo al reimpiego dei proventi illeciti. Non meno significativa è la Convenzione di Palermo del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale, i cui protocolli prendono in considerazione anche il traffico di esseri umani e il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina. Nel 2003 ha visto la luce la Convenzione di Merida contro la corruzione; si devono citare inoltre le convenzioni delle Nazioni unite, sempre più numerose, aventi ad oggetto svariate materie, dalla regolazione della pesca, al traffico di specie animali protette, all’inquinamento dei mari. E infine è doveroso sottolineare che anche in seno all’OCSE si è sviluppata questa tipologia di diritto, con la stipula nel 1997 di apposita Convenzione contro la corruzione dei pubblici ufficiali nelle transazioni commerciali internazionali, alla quale hanno fatto seguito numerosi protocolli<sup>7</sup>.

Come si è detto, lo strumento convenzionale crea obblighi in capo agli Stati firmatari, ma non ha effetti diretti negli ordinamenti interni; è adoperato, in linea di massima, per implementare l’efficienza dell’amministrazione di polizia e di giustizia, assicurare maggiore efficacia deterrente alle norme penali di diritto interno e conferire effettività alle misure sanzionatorie ivi previste. All’uopo, le più recenti Convenzioni istituiscono meccanismi di autovalutazione, più o meno stabilmente strutturati, che hanno la funzione di controllare con periodicità il

---

<sup>7</sup> Tale convenzione ha tracciato la strada per la Convenzione di Merida delle Nazioni Unite, nonché per altre convenzioni dell’Organizzazione degli Stati Americani e del Consiglio d’Europa. In quest’ultimo quadro giuridico, sono stati stipulati numerosi protocolli, dei quali si citano, a titolo esemplificativo, quelli contro il terrorismo (2002, 2005 e 2015), in materia di possesso di armi (1978), di tutela della proprietà culturale (1985), di tutela penale dell’ambiente (1998), di incriminazione dei fatti illeciti commessi mediante internet (2001 e 2003).

rispetto degli obblighi contratti dagli Stati parte. Si possono citare il *Working Group on Bribery*, istituito dalla Convenzione OCSE del 1997, il similare GRECO, che vigila sulla lotta alla corruzione nell'ambito del Consiglio d'Europa, e il Gruppo di esperti GRETA previsto dalla Convenzione sul traffico di esseri umani (Convenzione del 2005 del Consiglio d'Europa)<sup>8</sup>.

Inoltre, la dimensione esclusivamente nazionale del diritto penale finisce con l'essere ridimensionata in relazione alla tutela dei diritti universali dell'uomo. Il paradigma tradizionale configura il diritto soggettivo come limite alla potestà punitiva dello Stato; oggi, la tutela del diritto è declinata anche sotto il diverso profilo dell'obbligo di criminalizzazione delle condotte lesive. Il diritto, preso in considerazione nella prima guisa, ossia come limite sovranazionale alla criminalizzazione, è demandato all'interpretazione della Corte EDU, la quale, com'è noto, ha posto dei precisi paletti all'esercizio della potestà punitiva statale: sul versante dell'incriminazione, in virtù del principio di legalità e suoi corollari (sotto il profilo della prevedibilità della condanna), nonché in tema di retroattività *in melius* e divieto *in peius*; sul versante sanzionatorio, per il divieto di ergastolo senza possibilità di libertà anticipata. Ai nostri fini, tuttavia, rileva soprattutto la seconda guisa della tutela, che amplia la sfera dell'illecito penale. La sentenza della Corte EDU, che si pronunciò sui fatti accaduti nel G7 di Genova del 2001 (sentenza *Cestaro*), può considerarsi la pietra miliare *in subjecta materia*<sup>9</sup>. Furono qualificate come tortura le violenze inflitte alle persone in stato di fermo di polizia e fu inoltre affermato il principio di diritto, secondo il quale la Corte riserva a sé la facoltà di dichiarare la pena inflitta dal Giudice nazionale manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del reato. In ragione della giurisprudenza della Corte europea, il legislatore italiano ritenne di dover adeguare l'ordinamento interno con l'introduzione del reato di tortura nel 2017; il che costituisce la prova più evidente della permeabilità del diritto penale interno ai

---

<sup>8</sup> N. BOSTER, *An Introduction in Transnational Criminal Law*, Oxford University Press, 2012, 60 ss..

<sup>9</sup> CEDU, sez. IV, sent. 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*. Sul tema, F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. Pen. cont.*, 9 aprile 2015.

condizionamenti e alle incidenze esercitate dal principio della tutela penale dei diritti dell'uomo in funzione incriminatrice delle condotte lesive.

Il settore di gran lunga più rilevante della fenomenologia in esame è senza dubbio quello del diritto sovranazionale europeo<sup>10</sup>, sia in chiave limitativa, sia in chiave espansiva, quest'ultima avente rilievo prioritario ai fini del presente lavoro. Innanzitutto, vengono in considerazione le norme europee che contemplano obblighi di criminalizzazione<sup>11</sup> delle condotte lesive degli interessi finanziari dell'Unione, in applicazione del *principio di equivalenza*, in virtù del quale ciascuno Stato membro è tenuto ad assicurare a tali interessi la medesima protezione assicurata ai propri interessi finanziari<sup>12</sup>.

Ancor prima del Trattato di *Maastricht*, le due convenzioni di *Schengen* del 1985 e del 1990 contemplavano obblighi conformativi dei sistemi penali interni a carico degli Stati aderenti, secondo lo schema tradizionale del diritto convenzionale che vincola orizzontalmente i soggetti-parte; ma vi era già contenuta la radice del successivo vigore sovranazionale, poiché si riconosceva alla Corte di giustizia europea il potere di pronunciarsi sull'interpretazione delle clausole. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam del 1999, lo strumento tradizionale

---

<sup>10</sup> Il carattere sovranazionale è emerso progressivamente, per tappe non del tutto preordinate. Di queste, una delle più importanti può scorgersi nella sentenza della Corte di Giustizia, *Van Gend en Loos* del 1963, che qualifica l'ordinamento europeo come *tertium genus* tra l'ordinamento nazionale e quello internazionale: "In considerazione di tutte queste circostanze si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini" (punto 23). Cfr. M.C. ACCARDO, *Il rapporto tra Corte di giustizia europea e Corti costituzionali nazionali: note a margine delle sentenze 177 e 178/2023 della Corte costituzionale*, in *Quaderni AI-DUE*, 1/2024.

<sup>11</sup> Sugli obblighi di tutela penale cfr. F. VIGANO', *L'arbitrio di punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011, 2640 ss.; L. GROSSI, *I 'nuovi' obblighi costituzionali di tutela penale: dall'an al quomodo dell'incriminazione*, LP, 9,1,2024; C. LARINNI, *Obblighi europei di incriminazione e responsabilità colposa*, in *Riv. Pen., disCrimen* del 15.4.2020; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

<sup>12</sup> Si vedano: la direttiva 2017/1371/UE, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione (direttiva PIF); il decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75 (in G.U. n. 177 del 15 luglio 2020), di attuazione della direttiva. Sul punto cfr. M. SCHIAVO, *La lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione Europea a seguito della direttiva PIF*, in *PenaleDP*, 13 settembre 2022.

della convenzione fu gradualmente sostituito da quello della *decisione quadro*, approvata all'unanimità dal Consiglio con parere del Parlamento, e ancora facente parte del terzo pilastro dell'Unione, ma produttivo di obblighi a carico degli Stati, a partire dall'adozione senza necessità di ratifica da parte dei parlamenti nazionali. Con decisione quadro 2002/584/GAI fu introdotto il mandato di arresto europeo (MAE), fondato sul mutuo riconoscimento della decisione giudiziaria e sul presupposto della fiducia reciproca tra gli Stati in ordine al rispetto dei diritti fondamentali<sup>13</sup>. Con il medesimo strumento furono introdotti, nel primo decennio del terzo millennio, importanti obblighi di criminalizzazione in materia di traffico di esseri umani, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, terrorismo, stupefacenti, falsificazione di monete, xenofobia e negazionismo.

Con il trattato di Lisbona, il diritto penale e processuale penale sono entrati a pieno titolo tra le competenze dell'Unione. L'art. 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE) fonda la competenza in materia processuale, in base alla quale sono state emanate varie direttive che sanciscono diritti dell'imputato e delle vittime<sup>14</sup>. Inoltre, sulla base dell'art. 86 TFUE è stato approvato il Regolamento 2017/1939/UE che ha dato vita all'istituzione della Procura europea, divenuta operativa nel 2021<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Sul MAE cfr. nota n. 29.

<sup>14</sup> A titolo esemplificativo: la direttiva 2014/41/UE stabilisce i criteri per adottare misure di cooperazione giudiziaria; la n. 2014/04/UE dispone in ordine al diritto all'interpretazione degli atti nei procedimenti penali; la direttiva 2013/48/UE indica i criteri vincolanti in ordine al diritto di difesa; la direttiva 2016/343/UE rafforza la presunzione di innocenza.

<sup>15</sup> G. DE AMICIS, *Competenza e funzionamento della Procura Europea nella cognizione del Giudice*, in LP, 31.1.2022; Funzioni e poteri della Procura Europea sono disciplinati dal Regolamento 2017/1939/UE, pubblicato in G.U.U.E., 31 ottobre 2017, n. L 283. Per un quadro generale sull'EPPO e sulla sua istituzione, *The Establishment of the European Public Prosecutor's Office: Steps Forward Versus National Resistances*, in T. Rafaraci - R. Belfiore (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, p. 157 ss.; L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, p. 328 ss.; M. PELISSERO, *I reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea di competenza del pubblico ministero europeo*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2019, p. 1120 ss.; E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in *Arch. pen.*, 2019/3, p. 23 ss.; D. VILAS ÁLVAREZ, *The Material Competence of the European Public Prosecutor's Office*, in L. Bachmaier (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, a cura di Winter, Springer, 2018, p. 29 ss.; R. BELFIORE, *L'adeguamento della normativa nazionale al regolamento sulla Procura Europea: il punto della situazione*, in *Sistema penale*, 7/2020; A. CASTALDO, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncia, per la*

Il diritto penale (sostanziale), emanato sulla base dell'art. 183 TFUE per il contrasto alla criminalità transnazionale, ha ripreso, in buona misura, il contenuto delle precedenti decisioni quadro, trasponendolo in direttive. Muta tuttavia il meccanismo di *enforcement*, dal momento che gli obblighi di conformazione, disposti dalle direttive, hanno vigore anche contro la volontà dello Stato, al quale rimane solo la facoltà di attivare il c.d. freno di emergenza, di cui agli artt. 82, paragrafo 3 e 83, paragrafo 3 del TFUE, quando ritenga che la norma della direttiva sia contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico interno<sup>16</sup>. Il trattato di Lisbona ha attribuito alla *Carta dei diritti fondamentali* la medesima forza giuridica dei trattati; ciò comporta che le norme della Carta, così come interpretate dalla Corte di Giustizia, sono direttamente vincolanti negli Stati membri, in virtù della natura di norme primarie di diritto europeo.

## 2. La vicenda Taricco

La coesistenza dell'ordinamento interno e sovranazionale crea non pochi problemi di coordinamento e reciproca compatibilità. La *querelle* insorta intorno al caso "Taricco" è paradigmatica in tal senso, giacché ha reso evidente quanto potrebbero essere "devastanti" gli esiti di due tutele sovrapposte, ma divergenti; e dunque quanto sia necessaria la consonanza interpretativa<sup>17</sup>. Sicché può rivelarsi illuminante chiarire, per grandi linee, gli aspetti controversi della vicenda, al fine di individuare la via per evitare i possibili attriti tra l'ordinamento interno e quello europeo.

---

*prima volta, sul regolamento istitutivo della Procura Europea, chiarendo limiti e integrazioni all'attività di indagini transfrontaliere tra Procuratori Europei delegati e Corti nazionali, in Giurisprudenza penale web, 2024/3 (Grande Sezione, 21 dicembre 2023, causa C-281/22 G.K., B.O. D. GMBH, S.L.).*

<sup>16</sup> Lo strumento non è mai stato adoperato. Cfr. F. VIGANO', *Dal diritto penale dello Stato*, cit., 27. Tuttavia, a prescindere dallo strumento di cui agli artt. 82 e 83 TFUE, la relazione "paritaria" tra le Costituzioni nazionali e i Trattati europei è stata assicurata dai c.d. controlimiti di diritto interno, i quali sono stati teorizzati, per la prima volta in Italia, dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 183/73, del 27 dicembre 1973, Frontini, in *Giur. Cost.*, n. 18, 1974, 2401 ss.. Sul punto cfr. C. AQUINO, *La Corte di Giustizia della Comunità Europea e le Corti Costituzionali italiana e tedesca: un dialogo esistente ma incompleto*, in *Civitas Europa*, n. 20, giugno 2008, 217 ss..

<sup>17</sup> Per un commento sulla vicenda Taricco, sia consentito rinviare a A. ABUKAR HAYO, *Sulla linea di confine tra politica e diritto e sul principio di legalità, penale e processuale, a margine del "caso Taricco"*, in *Archivio penale*, 2/2018, e bibliografia ivi citata.

Il GUP presso il Tribunale di Cuneo, avviando il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFUE, investiva la CGUE della questione se le disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione, ex art. 160 ultimo comma e 161 del codice penale, fossero in contrasto con gli artt. 101, 107, e 119 TFUE, nonché l'art. 158 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (GU L 347, pag. 1). Si ipotizzava la lesione del diritto europeo, in quanto il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale, in conseguenza di un atto interruttivo, non avrebbe consentito di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave a danno degli interessi finanziari dell'Unione Europea. In sintesi, il Giudice opinava che il termine di prescrizione relativo al delitto previsto dall'art. 2 della legge 74/2000, risultasse troppo breve in caso di atto interruttivo, tanto da non potersi procedere alla condanna dell'imputato Taricco, ritenuto responsabile di una frode grave (c.d. "frode carosello"), in materia di IVA all'esportazione, a somiglianza di molti altri casi; e concludeva che «la durata del procedimento rende [...] l'impunità in Italia non un caso ma la norma»<sup>18</sup>.

La grande sezione della CGUE, con la sentenza Taricco, dell'8 settembre 2015, nella causa C-105/14, ha parzialmente accolto la tesi del giudice rimettente<sup>19</sup>, mostrando tuttavia di nutrire qualche dubbio sui suoi presupposti. La declaratoria della Corte dispensava il giudice penale italiano dall'osservare il termine di prescrizione previsto dalla legge nazionale, al verificarsi di una delle

---

<sup>18</sup> GUP Cuneo, 17.1.2014, 13, ultimo rigo. *Amplius* P. DAVIGO, *Una prescrizione vi salverà*, in *Micro-mega*, fasc. 7/2014. Dell'assunta impunità generalizzata degli evasori può senz'altro dubitarsi, di questo avviso, S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1/2016, 363. L'Autore si duole che l'eccessiva durata dei processi italiani, in mancanza della quale nessun problema di "impunità" sarebbe emerso, venga data per "scontata".

<sup>19</sup> Cfr. F. GIUNCHEDI, *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, in libri di *Archivio penale*, Pisa University Press, 15 ss.; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *www.penalecontemporaneo.it* 29 ottobre 2015; O. MAZZA, *Scelte politiche "europee"*, cit.; G. CIVELLO, *Il dialogo fra le quattro corti: dalla sentenza "Varoara" (2013) della CEDU alla sentenza "taricco" (2015) della CGUE*, in *Arch. pen.*, 2015, 783 ss.; S. RECCHIONE, *Dal dialogo tra le Corti alla resa dei conti*, in *Arch. pen.* 2015, 807 ss.; G. SALCUNI, *Il dialogo fra le Corti: dalla "giurisprudenza forte" alla "giurisprudenza argomento"*, in *Arch. pen.* 2015, 818 ss.; A. MANNA (a cura di), *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, Pisa, 2016.

seguenti condizioni: a) che il rispetto del termine impedisse la condanna dell'imputato in un numero considerevole di casi, sì da far scemare grandemente la forza dissuasiva della norma penale; b) che il termine di prescrizione per l'analoga evasione fiscale riguardante un tributo nazionale (diverso dall'IVA) fosse più lungo, sì da far ritenere meno tutelato l'interesse dell'Unione Europea rispetto all'interesse dello Stato italiano<sup>20</sup>.

Nel diritto interno, questa pronuncia ha avuto riflessi contenuti, ma non irrilevanti; non si è giunti alla disapplicazione generalizzata del termine di prescrizione e tuttavia se ne è corso il rischio<sup>21</sup>. La Corte d'Appello di Milano ha ritenuto che l'applicazione della sentenza Taricco determinasse retroattivamente una modifica *in malam partem* della situazione giuridica dell'imputato, sicché ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma di legge nazionale di recepimento del Trattato di Lisbona, in riferimento al contrasto tra l'art. 325 TFUE e l'art. 25 2° comma della Costituzione; in sintesi, ha chiesto alla Corte costituzionale se fosse il caso di azionare i controlimiti di diritto interno. Al contempo, la Corte ha espresso dubbi sulla conformità dell'ordinamento italiano al principio di cui all'art. 325 § 2 TFUE, in relazione al reato – oggetto della sua cognizione - di associazione per delinquere finalizzato al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, previsto dall'art. 291 *quater* DPR 23 gennaio 1973, n. 43. Osservava la Corte che tale reato, benché assimilabile ai reati puniti dal decreto n. 74/2000, non è soggetto alle medesime regole sul limite del termine di

---

<sup>20</sup> La genericità e indeterminatezza dei parametri indicati dalla Corte di Giustizia (numero considerevole dei casi e gravità della frode), prima che si pronunciasse la Corte costituzionale, erano stati evidenziati da gran parte della dottrina; cfr. per tutti M. GAMBARDELLA, *Il persistente dubbio interpretativo sul diritto dell'Unione e la necessità di un nuovo chiarimento da parte della Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, n. 04/2017, 1343 ss..

<sup>21</sup> Sugli ulteriori sviluppi del caso *Taricco* cfr. AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, A. Bernardi - C. Cupelli (a cura di), Napoli, 2017; A. MANNA, *il difficile dialogo fra corti europee e corti nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici*, in *Il Diritto penale della globalizzazione*, settembre 2018 *online*. Emblematica dell'orientamento giurisprudenziale a disapplicare la normativa nazionale sulla prescrizione, la sentenza Cass. Pen., sez. III, 17 sett. 2015 – 20 gen. 2016, n. 2210, commentata da ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, in *Giur. It.*, 2016, n. 4, 965 ss..

prescrizione; riteneva dunque di essere tenuta a disapplicare il termine di prescrizione previsto dalle disposizioni del codice penale (nonché a pronunciarsi sul merito). La Corte di cassazione, inizialmente orientata a disapplicare la norma recante l'aumento di un quarto del termine di prescrizione, in caso di atto interruttivo, ha poi ritenuto di dover investire la Corte costituzionale della questione se fossero opponibili i controlimiti al dispositivo della sentenza Taricco.

Innanzitutto alla CGUE è approdata, dunque, per la seconda volta la vecchia questione del caso Taricco, ma in versione assolutamente nuova, arricchita dalle osservazioni della Corte costituzionale; sicché il cono d'osservazione è stato spostato sul versante dei controlimiti di diritto interno<sup>22</sup>. La Corte costituzionale, investita della questione, avrebbe potuto opporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea i controlimiti di diritto interno e per questa via sarebbe stata esclusa qualsiasi ipotesi, quand'anche condizionata, di disapplicazione giudiziale delle norme interne riguardante la prescrizione del delitto di frode fiscale ai danni degli interessi europei. La Consulta ha scelto tuttavia la strada del dialogo, rinunciando a far valere i controlimiti interni. Con l'ordinanza n. 24/2017, ha sottolineato che, nell'ordinamento italiano, il regime della prescrizione in materia penale riveste natura sostanziale e, pertanto, rientra nell'ambito di applicazione del principio di legalità, previsto dall'art. 25 Cost.<sup>23</sup>. Si tratta ovviamente di un punto chiave, giacché la prima sentenza Taricco aveva asserito la possibilità del giudice nazionale di disattendere la legge italiana, proprio sul presupposto che l'istituto della prescrizione appartenesse all'ambito del diritto processuale e pertanto fosse applicabile il principio *tempus regit actum*, piuttosto che il principio di irretroattività.

---

<sup>22</sup> Sugli sviluppi della vicenda, a seguito della sentenza *Taricco*, cfr. per tutti M. GAMBARDILLA, *Il persistente dubbio interpretativo*, cit..

<sup>23</sup> A. MANNA, *Il difficile dialogo*, cit., 170 ss.; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, a cura di A. BERNARDI - C. CUPELLI, Napoli, 2017, 393 ss. La strada *soft* del dialogo, scelta dalla Corte costituzionale, non ha compromesso la chiarezza; secondo D. NEGRI, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 297, "con tono paziente ma fermo la Corte costituzionale impartisce ai giudici di Lussemburgo una lezione esemplare di grammatica penale nello Stato di diritto".

La grande sezione della Corte Europea, con la sentenza del 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, ha sostanzialmente preso atto delle cristalline deduzioni della Corte costituzionale italiana e ha arricchito il *dictum* della prima sentenza Taricco di un'ulteriore condizione: il giudice italiano ha la facoltà di non rispettare il termine di prescrizione previsto dalla legge italiana *a condizione di non violare il principio di legalità*<sup>24</sup>. Questa ulteriore condizione, a nostro avviso, non rientrava nel novero delle "pressoché impossibili", bensì in quello delle "assolutamente impossibili", la cui impossibilità era già stata dichiarata *apertis verbis* e "certificata" (con l'ordinanza n. 24/2017) dalla Corte costituzionale, unico giudice delle leggi e interprete dei principi costituzionali. A nostro avviso, dunque, il nuovo *dictum* della Corte Europea, con il complemento delle considerazioni della Corte costituzionale italiana, ammetteva una sola chiave di lettura: "in nessun caso il giudice può disapplicare la legge italiana che regola il termine di prescrizione". Sicché, con la seconda sentenza Taricco, di fatto erano già venuti meno I presupposti della *querelle*, ancorché si attendesse ancora, dopo la sentenza della CGUE, l'ulteriore pronuncia della Corte costituzionale italiana. Comunque, la parola finale è stata pronunciata con la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale italiana, investita della questione – sollevata dalla Corte d'Appello di Milano e dalla Corte di cassazione - se fosse costituzionalmente illegittimo l'art. 2 della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona (n. 130/2008), a riguardo del recepimento nel nostro ordinamento dell'art. 325 TFUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia europea. La Consulta ha osservato che il presupposto della questione è venuto meno, giacché con la seconda sentenza Taricco la Corte europea ha riconosciuto che l'art. 325 TFUE non impone al giudice nazionale di disattendere la legislazione italiana (in tema di prescrizione) quando sia

---

<sup>24</sup> La Corte di Giustizia dichiara: «L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE deve essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel *diritto sostanziale nazionale*, che ostino all'infrazione se sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, *a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato*».

ravvisabile un contrasto con il principio di legalità. Orbene, a giudizio della Corte costituzionale, la "regola Taricco" (ossia la disapplicazione della legge italiana in tema di prescrizione) "è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall'art. 25, secondo comma, Cost."

### 3. I rinvii pregiudiziali della Corte costituzionale in materia extrapenale

La vicenda Taricco ha avuto un forte impatto in tutti gli ambienti della cultura giuridica italiana. Da quel momento, la ricerca di qualsivoglia criterio di "prevalenza" di una norma sull'altra è stata ritenuta unanimemente frustrante e perfino controproducente, perché avrebbe aperto le porte a uno scontro istituzionale tendenzialmente infinito, pertanto si è preferito di gran lunga percorrere la via del "dialogo tra le Corti", del quale il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea (da parte delle Corti domestiche) costituisce lo strumento essenziale, poiché - com'è evidente - solo la convergenza interpretativa, in tema di doppia tutela, può assicurare l'armonizzazione degli ordinamenti statali in tutti i Paesi europei.

Peraltro, la strada era stata aperta dalla sentenza n. 269 del 14 dicembre 2017<sup>25</sup>, con la quale la Consulta corresse la c.d. dottrina *Granital* (sentenza n. 170 del 1984), stabilendo che, in presenza di dubbi di compatibilità delle norme di

---

<sup>25</sup> Cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, 1 ss; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 1 ss; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione selfexecuting* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in *Riv. diritti comparati*, n. 3, 2017, 234 ss; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali, etc.*, in *Giur. Cost.*, 2017, 2955; A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, 194 ss; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei, ibidem*, 197 ss; ID., *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *www.questionegiustizia.it*, 12 marzo 2018; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018; M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2019, 737 ss; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto Ue, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 1, 2019, 220 ss; A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017*, ora in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, vol. XXII, *"Studi dell'anno 2018"*, Torino 2019, 133 ss..

legge sia coi principi della Costituzione sia con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, "debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale". Successivamente la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi nuovamente sulla doppia pregiudizialità<sup>26</sup>, chiarendo che sollevare la questione di costituzionalità non è necessariamente prioritario rispetto al rinvio pregiudiziale, bensì una mera "opportunità". Dunque, nel concorso dei rimedi giurisdizionali, nessuno dei quali prioritario rispetto all'altro, la via preferibile era quella del "dialogo fra Le Corti", laddove la "materia del contendere" avesse una particolare proiezione esterna all'ordinamento domestico, incidente sulla prospettiva di armonizzazione degli ordinamenti degli Stati europei.

Nella logica di tale collaborazione dialogica, la Corte costituzionale italiana, con ordinanza n. 117 del 2019 sospese il giudizio di legittimità costituzionale, promosso dalla Corte di cassazione<sup>27</sup>, che verteva sull'art. 187-*quinquiesdecies* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58<sup>28</sup>, nella parte in cui sanzionava

---

<sup>26</sup> S. MANACORDA, *Doppia pregiudizialità' e Carta dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p.72 ss.

<sup>27</sup> D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *www.questionegiustizia.it*; G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, cit., p. 32; A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 3 del 2018, p. 9; A. RUGGERI, *Dopo la sent. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere fra le Corti?*, in *Consulta online*, 2018, n. 1, p. 156 SS.; e s. (nota 8); ID, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass. II sez. civ. 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, ivi, p. 82; S. VERNUCCIO, *La sentenza 269/2017: la Corte costituzionale di fronte alla questione dell'efficacia diretta della Carta di Nizza e la prima risposta del giudice comune (Cass. Ord. 3831/2018)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2018, 16.

<sup>28</sup> Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), come introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera b), della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004). Cfr. La sentenza della Corte costituzionale 13 - 30 aprile 2021, n. 84, (in G.U. 1<sup>a</sup> s.s. 05/05/2021, n. 18), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera b), della legge 18 aprile 2005, n. 62 «nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato».

la mancata ottemperanza nei termini alle richieste della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), «anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate». In proposito il Giudice rimettente osservava che «il dovere di collaborare [...] in capo a colui che dalla stessa CONSOB venga sanzionato per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-bis [del d.lgs. n. 58 del 1998] non sembra [...] compatibile con la posizione di parità che tale soggetto e la CONSOB debbono rivestire nella fase giurisdizionale di impugnativa del provvedimento sanzionatorio»; pertanto ravvisava il possibile contrasto con gli artt. 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), e all'art. 14, comma 3, lettera g), del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, nonché con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

Premesso che l'art. 187-*quinquiesdecies*, e, più in generale, l'intera disciplina del d.lgs. n. 58 del 1998, ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea ai sensi dell'art. 51 CDFUE, la Corte di cassazione osservava che la formulazione dell'art. 47, paragrafo 2, CDFUE, sostanzialmente sovrapponibile a quella dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU, deve essere interpretata – secondo quanto previsto dall'art. 52, paragrafo 3, CDFUE – in conformità all'interpretazione della corrispondente previsione convenzionale, fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, in materia di tutela della concorrenza, si evince il principio secondo cui la Commissione non può imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte, attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione. In sintesi, sia la giurisprudenza della CEDU, sia quella CGUE richiamano il principio generale *nemo tenetur se detegere*, sicché la Corte di cassazione ne ravvisava la possibile violazione e conseguentemente invocava la pronuncia della Corte costituzionale.

La citata ordinanza della Consulta ha ulteriormente avvalorato le considerazioni della Corte di cassazione, arricchendole del riferimento alla propria consolidata giurisprudenza, secondo la quale «le sanzioni amministrative previste

nell'ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate costituiscono, in ragione della loro particolare afflittività, misure di natura "punitiva"<sup>29</sup>. Ne deriva che, anche in questo campo, bisogna riconoscere il diritto della persona a non contribuire alla propria incolpazione e non rendere dichiarazioni di natura confessoria (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Dunque, la Consulta ha sostanzialmente recepito le osservazioni del Giudice rimettente; ciò nonostante, non ha dichiarato *sic et simpliciter* l'illegittimità costituzionale delle norme, in considerazione del fatto che «la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera [...] un concorso di rimedi giurisdizionali»<sup>30</sup>. In questo quadro, la Corte costituzionale ha il compito di «contribuire a rendere effettiva la possibilità che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»; da qui l'esigenza di una «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia», in ragione della quale «le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia». E tale dialogo, nel caso di specie, si rendeva necessario, posto che l'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998 era stato introdotto nell'ordinamento italiano in esecuzione di uno specifico obbligo posto dalla direttiva 2003/6/CE<sup>31</sup>; sicché la dichiarazione di illegittimità costituzionale avrebbe potuto incidere sull'adempimento dell'obbligo. Pertanto, la

---

<sup>29</sup> Si legge nell'ordinanza: «Questa Corte ha già più volte affermato che le sanzioni amministrative previste nell'ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate costituiscono, in ragione della loro particolare afflittività, misure di natura "punitiva" (sentenze n. 63 del 2019, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017), così come – peraltro – ritenuto dalla stessa Corte di giustizia UE (Grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, in cause riunite C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Consob, paragrafo 38)».

<sup>30</sup> Nell'ordinanza la Corte richiama la propria sentenza n. 20 del 2019, la quale ha ulteriormente chiarito che «[i]n generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera [...] un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione». Tale concorso di rimedi consente in effetti alla Corte costituzionale «di contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) [...] che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti».

<sup>31</sup> tale disposizione costituisce, oggi, la puntuale attuazione di un'analogha disposizione del regolamento (UE) n. 596/2014, che ha abrogato la direttiva medesima.

Corte, al fine di prevenire un potenziale secondo caso Taricco, ritenne di rinviare la questione interpretativa alla cognizione del Giudice di Lussemburgo<sup>32</sup>.

Un secondo rinvio pregiudiziale fu disposto con l'ordinanza n. 182 del 2020. Il Giudice delle leggi, investito della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione, che verteva sulle disposizioni legislative (dell'art. 1, comma 125, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, e dell'art. 74 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 - Testo unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), che subordinavano l'erogazione dell'assegno di natalità e maternità alla titolarità di un permesso di soggiorno di lungo periodo, ritenne prioritaria la ricerca della costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia. Anche in questo caso si era in presenza di un concorso dei rimedi giurisdizionali, posto che era in gioco la tutela di diritti fondamentali, assicurata, sia dalla Costituzione italiana, sia dalla normativa europea. La Corte costituzionale fece riferimento, in particolare, a una sentenza della Corte di giustizia, la quale dichiarava il contrasto con la direttiva 2011/98 di una normativa nazionale, in base alla quale il cittadino di un paese terzo, titolare di un permesso unico ai sensi dell'articolo 2, lettera c), di tale direttiva, non può beneficiare di una prestazione come l'ANF [assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori], istituito dalla legge n. 448/1998<sup>33</sup>. In sostanza era in gioco l'equiparazione tra il permesso "unico" e il permesso di lungo periodo, pertanto la Corte

---

<sup>32</sup> Cfr. S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2019. La risposta ai quesiti formulati dalla Consulta con l'ordinanza 117 del 2019 si è avuta con la sentenza della CGUE, *D.B. contro Consob*, del 2 febbraio 2021, la quale ha condiviso le osservazioni della Corte italiana. In seguito, la Consulta ha pronunciato la sentenza n. 84 del 2021, la quale ha dichiarato incostituzionale sanzionare la condotta delle persone fisiche che si siano rifiutate di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la propria responsabilità per illeciti idonei a condurre all'irrogazione di sanzioni amministrative a carattere punitivo ovvero la propria responsabilità penale. Sul punto cfr. B. SBORA, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in *Diritti comparati*, 5 luglio 2021.

<sup>33</sup> La Corte di giustizia ha affrontato il tema della compatibilità del diritto nazionale con le prescrizioni dell'art. 12 della direttiva 2011/98/UE con riguardo all'assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori, disciplinato dall'art. 65 della legge del 23 dicembre 1998, n. 448 (sentenza 21 giugno 2017, nella causa C-449/16, Kerly Del Rosario Martinez Silva). Ha ritenuto che «l'articolo 12 della direttiva 2011/98 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale ... in base alla quale il cittadino di un paese terzo, titolare di un permesso unico ai sensi dell'articolo 2, lettera c), di tale direttiva, non può beneficiare di una prestazione come l'ANF [assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori], istituito dalla legge n. 448/1998».

costituzionale decise di “chiedere” alla Corte di giustizia se l’art. 34 della Carta debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrino l’assegno di natalità e l’assegno di maternità, in base all’art. 3, paragrafo 1, lettere b) e j), del regolamento (CE) n. 883/2004, richiamato dall’art. 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE, e se, pertanto, il diritto dell’Unione debba essere interpretato nel senso di non consentire una normativa nazionale che non estende agli stranieri titolari del permesso unico di cui alla medesima direttiva le provvidenze sopra citate, già concesse agli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. E si è giunti, infine, per questa via - e cioè a mezzo del dialogo tra le Corti, introdotto dal rinvio menzionato - all’equiparazione dei trattamenti assistenziali a beneficio dei titolari dell’uno e dell’altro tipo di permesso di soggiorno.

#### **4. I rinvii pregiudiziali in materia processuale penale**

Un’altra tappa del dialogo instaurato tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia europea ha avuto luogo a seguito del rinvio pregiudiziale disposto dalle ordinanze nn. 216 e 217 del 2021, entrambe riguardanti il mandato di arresto europeo<sup>34</sup>. La prima (n. 216) riguarda la questione di legittimità degli artt. 18 e 18-bis della legge 69/2005, prospettata dalla Corte di appello di Milano in riferimento alla tutela del diritto alla salute, sotto il profilo dell’omessa previsione, quale motivo di rifiuto della consegna, di «ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta». La seconda ordinanza (n. 217) prende in considerazione la legittimità del medesimo art. 18 bis della l. 69/2005, sotto il profilo dell’omessa previsione del rifiuto facoltativo della consegna del cittadino di un Paese terzo «che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano», nel caso in cui la pena o la misura di sicurezza irrogata nei suoi confronti possa comunque essere eseguita in Italia.

---

<sup>34</sup> Sul MAE cfr. L. CAPPUCCIO, *Mandato d’arresto europeo e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2022, 293 ss; M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari “virtuosi” della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in DPC, 2017, n. 2, 177 ss.. A. CELOTTO, *Mandato di arresto europeo e giudici costituzionali*, in R. CALVANO (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d’arresto europeo*, Napoli, 2007.

Con le ordinanze menzionate<sup>35</sup>, la Corte costituzionale accolse le deduzioni del Giudice territoriale e prese atto della rilevanza non solo nazionale, ma anche europea, delle censure di illegittimità della normativa citata. Pertanto, in linea con la giurisprudenza di cui alle sentenze *Fransson* e *Melloni*<sup>36</sup>, affidò alla Corte di Giustizia il compito di pronunciarsi sullo *standard* di tutela dei diritti dei condannati, in relazione all'esecuzione del mandato di arresto europeo. Infatti, la materia del MAE è regolata dalla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio e il parametro di legittimità è quello «risultante dalla Carta [...] e dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea» (n. 217). E ovviamente la necessità di armonizzare gli ordinamenti nazionali, ai fini di un'omogenea applicazione del nuovo istituto del MAE, suppone il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione, la quale preclude agli Stati Membri di «condizionare l'attuazione del diritto dell'Unione [...] al rispetto di *standard* puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali». In questo quadro, la Corte costituzionale ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo.

In entrambe le ordinanze, la Corte costituzionale, nello spirito della “costruttiva e leale cooperazione tra i sistemi di garanzia”, segnalò alcuni profili di incompatibilità della disciplina del MAE rispetto ai diritti fondamentali dei condannati. È opportuno sottolineare, comunque, che la Consulta fondò le sue considerazioni, non già sulla propria giurisprudenza, bensì sull'interpretazione del

---

<sup>35</sup> Cfr. S. MONTALDO, S. GIUDICI, *Nuove opportunità di tutela degli individui nel sistema del mandato d'arresto europeo: le ordinanze 216 e 217 del 2021 della Corte costituzionale*, in *La legislazione Penale*, 2022, 1, 323 ss.; S. BARBARESCHI, *Tra scudo e fendente: la Corte costituzionale fa valere il diritto inviolabile alle cure nello spazio giuridico europeo. Considerazioni a margine dell'ord. n. 216 del 2021*, in *Nomos*, 3, 2021, 1 ss.; C. AMALFITANO e M. ARANCI, *Mandato d'arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Sist. Pen.*, 1, 2022, 5 ss.; A. DAMATO, *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali: le ordinanze n. 216/2021 e n. 217/2021 della Corte costituzionale*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2022; C. AMALFITANO, *Mandato di arresto europeo e garanzie di risocializzazione del condannato: tutela anche all'extracomunitario radicato nello Stato di esecuzione*, in *Quaderni AISDUE*, 2023; M.C. ACCARDO, *op. cit.*

<sup>36</sup> Nella sentenza del 26 febbraio 2013, nella causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, la Corte di Giustizia, nella composizione della Grande Sezione, ha chiarito l'interpretazione dell'art. 51, par. 1, della Carta, con riferimento alla questione dell'ambito di applicazione della stessa rispetto agli Stati membri. La Corte, inoltre, si è espressa sul ruolo dei giudici nazionali rispetto alla Carta. Con le sentenze, emesse nelle cause C-396/11, *Radu* e C-399/11, *Melloni* (1/2013), la Corte di Giustizia si è espressa sui diritti garantiti dalla Carta UE e dalle Costituzioni nazionali, in ordine al mandato d'arresto europeo.

diritto europeo dovuta alla medesima Corte di Giustizia, alla quale si rivolgeva per giungere alla soluzione più idonea a bilanciare i diversi interessi coinvolti. In questa logica, non mancò di rimarcare il *vulnus* che l'attuale disciplina del MAE determinava nei confronti dei diritti fondamentali dei condannati, sicché auspicava fosse consentito il rifiuto della consegna del condannato, in presenza di determinate condizioni di salute o radicamento territoriale.

Il 18 aprile 2023, la Corte di Giustizia emise la sua sentenza, accogliendo sostanzialmente le indicazioni della Corte costituzionale italiana<sup>37</sup>. In premessa, evidenziò il fondamento dell'istituto del MAE, ravvisato nel principio del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca, dal quale discendono due corollari: lo Stato di esecuzione non ha la facoltà di verificare se lo Stato di emissione abbia effettivamente rispettato i diritti fondamentali garantiti dall'Unione europea; le eccezioni preclusive devono essere interpretate restrittivamente. Fatta questa premessa, asserì che la sola circostanza della patologia grave e irreversibile non è sufficiente a giustificare l'omessa consegna, dovendosi presumere, in ossequio al principio di fiducia reciproca, che le cure possano essere adeguate anche nello Stato di emissione. Al contempo, facendo riferimento al divieto, assoluto e insuperabile, di trattamenti inumani e degradanti, previsto all'art. 4 della Carta (e non sull'art. 35 come proposto dalla Corte costituzionale), la Corte di giustizia riconobbe la possibilità di differire la consegna per ragioni umanitarie, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 4, della decisione quadro 2002/584/GAI, in lieve difformità rispetto al parere dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona. Quest'ultimo puntava sulla *sospensione* del provvedimento, mentre giustificava il rifiuto solo all'esito di un eventuale differimento prorogato oltre un termine ragionevole; la Corte, invece, individuò tre fasi del procedimento di esecuzione, nell'ipotesi che la consegna della persona gravemente malata rischi di mettere in pericolo la sua salute. Nella prima fase, l'Autorità giudiziaria deve sospendere

---

<sup>37</sup> Cfr. F. BATTAGLIA, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla possibile non esecuzione del mandato d'arresto europeo a causa delle condizioni di salute dell'interessato. Il caso E.D.L.*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 424-428, nota alla Sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 18 aprile 2023 n. (2023/C 189/02), in materia di esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso a carico di E.D.L. Per un commento.

temporaneamente la consegna; successivamente deve chiedere all'autorità giudiziaria emittente in quali condizioni si prevede di perseguire o detenere la persona consegnata, e se sia possibile adeguarle al suo stato di salute; infine, solo quando non si può escludere il rischio di danni gravi alla salute entro un termine ragionevole, l'autorità dell'esecuzione può opporre il rifiuto.

Si deve sottolineare che la divergenza tra la sentenza tra la sentenza E.D.L. e l'ordinanza n. 216 è più apparente che reale. La Corte costituzionale italiana, nel caso in cui la persona da consegnare fosse affetta da una patologia cronica e di durata interminabile, riteneva inadeguata la sospensione e perciò immediatamente opponibile il rifiuto; ma quest'avviso si fondava più su ragioni di carattere procedimentale che sostanziale. La citata ordinanza evidenziava, infatti, che la possibilità di differire il trasferimento per ragioni umanitarie, in virtù dell'articolo 23 della l. n. 69/2005, si collocava in una fase successiva alla decisione sulla consegna ed era rimessa al provvedimento di un organo monocratico (presidente della Corte d'Appello o un suo delegato), adottato in assenza di contraddittorio; pertanto, non era garantito appieno il diritto di difesa. Dunque, la Consulta riteneva preferibile l'opzione del rifiuto immediato, piuttosto che quella della sospensione, la quale si risolve in esecuzione differita.

Oggi il problema può dirsi definitivamente superato. La Corte di Giustizia, con la sentenza E.D.L., ha voluto conciliare i diritti fondamentali della persona e il principio della fiducia reciproca tra gli Stati europei, e lo ha fatto con la previsione delle garanzie difensive nelle tre fasi del procedimento di consegna. A seguito della pronuncia del Giudice di Lussemburgo, la Corte costituzionale italiana, accogliendone le indicazioni, emetteva una sentenza interpretativa di rigetto con valenza additiva. Senza dichiarare l'incostituzionalità degli articoli 18 e 18 *bis* della legge n. 69 del 2005, la sentenza n. 177 del 2023 ha scadenato l'iter del procedimento di consegna nelle tre fasi indicate dalla C.G.U.E, incorporandole nel testo della legge n. 69: a) valutazione dei rischi gravi alla salute; b) in caso di sussistenza dei rischi, richiesta di chiarimenti all'autorità emittente sulle condizioni esecutive della misura restrittiva; c) in caso di chiarimenti soddisfacenti, fase esecutiva della consegna, durante la quale il Presidente della Corte d'appello può sempre decidere di sospendere il procedimento ai sensi

dell'articolo 23, comma 3, della legge 69 del 2005. In questo modo sono comunque rispettati i diritti della persona (alla salute e alla difesa) compatibilmente col principio di reciproca fiducia tra gli Stati; il che dimostra ancora una volta la proficuità del "dialogo tra le Corti"<sup>38</sup>.

### 5. Considerazioni finali sull'opportunità dei rinvii

Tirando le somme, il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale alla CGUE, da parte della Corte costituzionale italiana, pare indubbiamente la strada maestra per armonizzare gli *standard* di protezione dei diritti dell'uomo, sia in chiave di limite alla potestà punitiva dello Stato, sia in chiave di obbligo di incriminazione a tutela degli stessi. Ciò posto, qualche interrogativo può sorgere su due versanti: a) se il rinvio sia sempre necessariamente prioritario, in caso di concorso di rimedi; b) se le due forme di tutela (come limite e come obbligo) siano, in proposito, equivalenti.

Sulla questione *sub a)*, possiamo osservare che il concorso di rimedi investe pressoché tutte le possibili "materie del contendere", dal momento che la tutela della Carta e della normativa primaria europea si sovrappongono a quella costituzionale, rafforzando la tutela giuridica dei diritti della persona. Ogni questione di legittimità costituzionale deferita alla Corte costituzionale italiana avrebbe dei risvolti extra e sovranazionali, sicché si potrebbe pervenire al paradosso del continuo e, per certi versi, aprioristico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>39</sup>. Il paradosso pare, comunque, facilmente evitabile sulla base delle considerazioni che seguono.

---

<sup>38</sup> Di quest'avviso C. TRONCONE, *Diritto alla salute e principio di uguaglianza davanti alla legge dei cittadini di Paesi Terzi nel mandato d'arresto europeo. Nota a Corte cost., sentenze n. 177 e n. 178 del 2023*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2024: «Le sentenze n. 177 e 178 del 28 luglio 2023 rappresentano l'esito di una proficua interazione tra la Corte costituzionale italiana e il giudice di Lussemburgo, interazione che ha arricchito il 'mosaico giurisprudenziale del mandato d'arresto' e ha contribuito ad ampliare la tutela dei diritti in Europa».

<sup>39</sup> Secondo un orientamento dottrinale, il rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla CGUE avrebbe l'effetto di formalizzare un rapporto di sovraordinazione tra il Giudice di Lussemburgo e la Corte nazionale; in questo senso S. GAMBINO, *La protección de los derechos fundamentales: el parametro de los principios y los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del tribunal europeo de derechos humanos*, in *Rivista de derecho constitucional europeo*, 2007, vol. 8, 189 ss.. Per questa ragione, si sostiene che la Corte costituzionale abbia indotto il Giudice di merito ad attivare il rinvio pregiudiziale prima di sollevare la questione di legittimità

In primo luogo, occorre ribadire che la tutela europea dei diritti, apprestata dai Trattati e dalla Carta, è suppletiva e aggiuntiva, giammai sostitutiva, ponendosi su un piano di parità rispetto a quella esercitata dalla Costituzione italiana, cosicché, nel concorso dei rimedi, l'uno non prevale sull'altro e non ha alcuna priorità predefinita e assoluta. D'altronde l'espressa previsione in seno al Trattato europeo (artt. 82-83 TFUE) del c.d. "freno a mano", consistente nella possibilità che lo Stato nazionale dichiari la normativa europea lesiva dei principi fondamentali del diritto interno, esprime molto chiaramente la paritaria forza delle due tutele giuridiche sovrapposte. E ovviamente ci si riferisce al controllo di conformità della legge, non già alla normativa sottoposta al controllo; il primo esercitato dalla Corte costituzionale (nazionale) ha forza giuridica equivalente a quello esercitato dalla CGUE, non vigendo tra i due sindacati di costituzionalità alcun rapporto gerarchico; al contrario, l'oggetto del controllo (ossia la normativa da applicare al caso concreto) è regolato dal principio della gerarchia delle fonti, in virtù della quale la norma sovranazionale prevale su quella nazionale. Peraltro, il "dialogo tra le Corti", per definizione, presuppone necessariamente la paritaria condizione dei dialoganti, i quali altrimenti entrerebbero in una relazione comunicativa ben diversa (controllore-controllato, Giudice superiore-inferiore, interprete sovrastante-sottostante etc.)<sup>40</sup>.

---

costituzionale, in modo da evitare di sottoporsi al vincolo della pronuncia del Giudice europeo; cfr. C. AQUINO, op. cit., 225.

<sup>40</sup> È particolarmente significativa, in questo senso, la posizione più volte ribadita della Corte costituzionale tedesca. Il *Bundesverfassungsgericht*, per un verso, ha affermato la superiorità delle norme europee rispetto a quelle nazionali, limitatamente ad alcuni settori (per esempio con ordinanza 9 giugno 1971, in *Europarecht* 1972, 51), ma al contempo ha fatto leva sul paragrafo 24 co. 1 del *Grundgesetz* per dichiarare inviolabili i diritti fondamentali intimamente connessi all'identità nazionale tedesca (cfr. I. PERNICE - F.C. MAYER, *La costituzione integrata dell'Europa*, WHI - Paper 7/03, Berlin, 43 ss.). Si deve sottolineare inoltre che il paragrafo 23 co. 1 del *Grundgesetz*, introdotto in occasione della ratifica del Trattato di *Maastricht*, subordina qualsiasi atto sovranazionale alla "clausola d'eternità" prevista dal paragrafo 79, in virtù della quale deve essere preservata l'identità nazionale tedesca. In questa logica, con la sentenza *Solange I* del 28 maggio 1974, la Corte tedesca si è riservata di sindacare la costituzionalità degli atti sovranazionali (cfr. S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 88 ss.). E tuttavia, con la successiva sentenza *Solange II* del 22 ottobre 1986, ha rinunciato al sindacato di costituzionalità sulle norme interne attuative delle direttive europee, riconoscendo l'equivalenza della tutela europea dei diritti rispetto alla tutela offerta dal *Grundgesetz*. Tale orientamento, che ammette la doppia tutela, sospendendo il sindacato del *BverfG* fintantoché la Corte di Lussemburgo garantisce una tutela analoga a quella di diritto interno, è stato poi ribadito con le successive sentenze *Maastricht-Urteil* del

Ebbene, siffatta relazione paritaria potrebbe aprire le porte a un “dialogo”, tanto infinito, quanto sterile e controproducente, con un sovraccarico insostenibile di rinvii pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo e un depotenziamento inaccettabile delle Corti costituzionali nazionali. In fondo, la progressiva integrazione dei popoli europei (in tutti i campi: culturale, politico, economico, sociale, giuridico) ha ridotto le residue aree di autarchia e autonomia, cosicché è difficile individuare settori di intervento del legislatore nazionale, irrilevanti per gli interessi degli altri Stati nazionali. E seppure esistono interi settori sottratti al tipo di “armonizzazione” europea giuridicamente *necessaria*, deve riconoscersi molto ridotta l’area nella quale l’armonizzazione non risulterebbe *opportuna*. E poiché il “dialogo”, paritario per necessità logica, è basato su valutazioni di opportunità, si potrebbero avere infiniti rinvii “opportuni”, diretti ad assicurare una tutela “opportunamente” uniforme, in tutti gli Stati nazionali, dei diritti della persona.

Per non giungere a questo paradosso, pare necessario distinguere secondo la normativa sottoposta al sindacato di costituzionalità sia di esclusivo o prevalente interesse nazionale, oppure di interesse sovranazionale, prevalente o almeno concorrente. Nel caso dei rinvii pregiudiziali qui esaminati, nessun dubbio può sorgere sull’opportunità di investire la Corte di Giustizia europea della questione che verteva sulla disciplina del mandato d’arresto europeo. Si tratta di un istituto di diritto europeo, che regola una materia di interesse sovranazionale, fondato sulla fiducia reciproca degli Stati in ordine al rispetto dei diritti umani da parte dei partners. Ne deriva che l’esecuzione “irregolare” del mandato, che violasse un diritto protetto dalla Carta, incrinerebbe tale fiducia di base e lederebbe per ciò stesso l’interesse sovranazionale, imputabile all’Unione nel suo complesso. Il rinvio pregiudiziale era dunque più che opportuno, nel caso di specie, dal momento che verteva su “materia” intrinsecamente europea. Nel caso del rinvio disposto con ordinanza n. 182/2020, la questione devoluta aveva evidenti riflessi extranazionali e investiva un rilevante interesse comune degli Stati europei all’armonizzazione degli ordinamenti nazionali. Il fenomeno

---

12 ottobre 1993 e *Bonannenmarkt-Beschluss* ([www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)). Cfr. C. AQUINO, *op. cit.*, 219 ss.. In tempi più recenti, si è registrato qualche attrito tra le due Corti (cfr. nota successiva), non sfociato tuttavia in insanabile contrasto, a conferma dell’ordine paritario di entrambe le tutele giuridiche dei diritti fondamentali.

dell'immigrazione degli extracomunitari nei Paesi europei ha una portata vastissima, extranazionale e internazionale per sua natura, che richiede interventi regolatori concordati e omogenei. Si può pensare che i flussi migratori si orientino anche in funzione delle garanzie di *welfare* offerte dai singoli Stati, cosicché un maggiore o minore livello di assistenza sociale potrebbe incidere sul maggiore o minore flusso migratorio nell'uno, piuttosto che nell'altro Stato dell'Unione. Da qui l'interesse ad armonizzare gli istituti giuridici di assistenza sociale, conformandoli a un medesimo *standard* europeo di protezione giuridica dei diritti della persona. E poiché la questione devoluta verteva sull'interesse di tutti i Paesi ad evitare "vantaggi" e "svantaggi", particolaristici e "competitivi", derivanti dalla diversità delle garanzie di *welfare*, il rinvio pregiudiziale si rivelava particolarmente opportuno.

Alla stregua del criterio delineato, è possibile dubitare, invece, dell'opportunità del rinvio pregiudiziale di cui all'ordinanza n. 117/2019<sup>41</sup>. La questione verteva sulla legittimità dell'ingiunzione, diretta dalla CONSOB a una società commerciale iscritta in borsa, in violazione del principio *nemo tenetur se detegere*. È chiaro che la società coinvolta potrebbe essere una multinazionale, con prevalenza di capitale estero, sicché l'interesse leso dall'atto illegittimo, non conforme a un principio universale di civiltà giuridica, appartenendo a un soggetto che non rientra nei confini nazionali, potrebbe latamente riferirsi a una comunità più ampia di quella dei cittadini. Ma ciò potrebbe dirsi di ogni norma dell'ordinamento giuridico nazionale, che vincola tutti i soggetti operanti nel territorio dello Stato a prescindere dalla loro cittadinanza. La "nazionalità" del titolare dell'interesse non equivale alla riferibilità nazionale o extranazionale dell'interesse medesimo. Da questa premessa, ovvia e scontata, si potrebbe inferire che la disciplina degli atti potestativi della CONSOB rientri nella sfera degli interessi giuridici nazionali, non interferenti per via diretta con gli interessi degli altri Stati europei o con uno specifico interesse dell'Unione. Si può pensare che la legittimità di tali atti

---

<sup>41</sup> Ha ritenuto opportuno (seppure non vincolato in alcun modo) tale rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 10 del 2019, 24 s.s..

possa essere valutata alla stregua dei principi della Carta, nonché dei principi della Costituzione italiana, i quali sono sostanzialmente omogenei e coincidenti, ma soprattutto non ordinati gerarchicamente. Sicché, l'equivalenza e l'equipollenza delle garanzie della Costituzione e della Carta ci condurrebbero a dubitare dell'opportunità del rinvio pregiudiziale, per "autosufficienza" dell'ordinamento interno in mancanza di un interesse sovranazionale. Ma è chiaro che storicamente il precedente del "caso Taricco" ha avuto un suo peso, suggerendo alla Corte costituzionale la strada del "dialogo", idoneo comunque a fugare eventuali equivoci, ancorché non fosse strettamente necessario nel caso di specie. Oggi, tuttavia, essendosi proficuamente instaurato già da tempo siffatto dialogo, forse è preferibile dare corso ai rinvii pregiudiziali solo in caso di stretta necessità, giacché altrimenti si rischia, da un lato, di sovraccaricare la cognizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dall'altro, di depotenziare il ruolo della Corte costituzionale italiana e con esso la funzione regolatrice della "Legge fondamentale" dello Stato italiano.

A nostro avviso, nella valutazione dell'opportunità del rinvio dovrebbe tenersi conto anche del criterio enunciato *sub b)*, ossia degli effetti della tutela dei diritti, distinguendo gli effetti che limitano, da quelli che ampliano la sfera della potestà punitiva dello Stato. Se è in discussione un diritto della persona, in funzione limitativa, la garanzia costituzionale non può che essere assoluta e inviolabile. La Corte costituzionale, a difesa della persona dall'esercizio della potestà punitiva dello Stato, non può arretrare perfino di fronte alla prospettiva di compromettere il "dialogo". Se lo facesse, verrebbe messa in crisi la funzione storica della Costituzione. Fin dai tempi della *Magna Charta libertatum*, le Carte costituzionali nacquero, non già per istituire il potere del sovrano (Re o Parlamento che fosse), bensì per limitarlo e regolarlo nel rispetto dei diritti di libertà dei *cives*. Allo stesso modo, il moderno Stato di diritto, che arresta l'esercizio delle sue potestà nel punto in cui incontra i diritti della persona, rinviene nella Costituzione (nazionale), più che il fondamento del potere, lo statuto delle libertà dei *cives*, le quali si innalzano come muri invalicabili di fronte a tutti gli atti emanati dall'Autorità pubblica. La libertà della persona e l'esigenza del "dialogo" tra le Corti non si pongono sullo stesso piano, essendo la prima comunque prioritaria, per l'evidente ragione che l'istituzione è a servizio dell'uomo e non viceversa. Ne

deriva la natura strumentale di tutte le espressioni del potere e delle norme organizzative della *res publica*, ancorché sovranazionale. Se dunque è in gioco un diritto di libertà, la Corte costituzionale può e deve rischiare un secondo caso Taricco, facendo ricorso, se necessario, al c.d. freno a mano, ben a ragione previsto dall'ordinamento europeo<sup>42</sup>.

Ovviamente la rinuncia al "dialogo" non avrebbe senso nel caso in cui la questione investisse il dovere di incriminazione delle condotte lesive dei diritti. Se la sanzione penale funge da *extrema ratio*, la tutela penale dei diritti è necessariamente sussidiaria rispetto alle altre forme di tutela giuridica, cosicché la (eventuale) scelta del legislatore di sfuggire al dovere di incriminazione non equivale al misconoscimento pieno del diritto in questione. La scelta del legislatore nazionale potrebbe essere rispettosa del diritto in ogni caso, anche nel caso di mancata tutela penale e tuttavia in presenza di altre forme di tutela. Qui il nesso di strumentalità tra l'istituzione giuridica e la persona umana non viene in considerazione, perché non è in gioco la libertà dell'uomo, bensì l'opportunità politica di utilizzare una sanzione, piuttosto che un'altra. Si vede bene dunque che, in assenza del nesso logico e assiologico di strumentalità, l'opzione del "dialogo tra le Corti" sarebbe sempre e comunque la più conducente.

---

<sup>42</sup> D'altronde il medesimo "dialogo" instaurato tra la CGUE e la Corte costituzionale tedesca non ha impedito a quest'ultima di sottolineare a più riprese l'invalidabile "controlimite" costituito dai principi fondamentali dell'ordinamento interno. Anzi, da ultimo, il *Bundesverfassungsgericht* ha esplicitamente contestato, con sentenza depositata il 6 maggio 2020, non solo l'operato della BCE, ma anche il ruolo di controllo esercitato dalla CGUE; al punto che la Corte Europea ha dovuto sottolineare la propria esclusiva competenza a giudicare la conformità ai Trattati degli atti delle Istituzioni europee; cfr. M. CASTELLANETA, *Bundesverfassungsgericht contro la Corte UE o contro l'Europa? A margine della sentenza della Corte costituzionale tedesca sulle misure di acquisto di titoli di Stato volute dalla Banca centrale europea*, in *Giustizia insieme*, 06.07.2020.

PENE E MISURE AMMINISTRATIVE DI SICUREZZA. IL SISTEMA DEL  
DOPPIO BINARIO.  
IL PUNTO DELLA SITUAZIONE A DIECI ANNI DALL'ENTRATA IN  
VIGORE DELLA L. 30 MAGGIO 2014, N. 81 E VAGLIO DELLE  
PROBLEMATICHE APPLICATIVE.

*Punishment and administrative security measures. The double-track system.  
The situation ten years after entry into force of the law 30 May 2014, n. 81  
and examination of the application problems.*

di  
Stefano Di Pinto \*

Le misure di sicurezza, essenzialmente modellate dal legislatore del 1930 in funzione di difesa sociale, esprimono oggettivamente, nel sistema del doppio binario, caratterizzato dalla possibilità di applicare congiuntamente una pena e una misura di sicurezza, il compromesso tra le istanze della Scuola Classica (imputabilità, colpevolezza, pena) e quelle della Scuola Positiva (pericolosità sociale, misura). Con l'entrata in vigore della l. 30 maggio 2014, n. 81 e la costituzione delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, il legislatore supera l'ospedale psichiatrico giudiziario e la casa di cura e di custodia, prevedendo quella che è stata definita una sorta di "sanitarizzazione" delle misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, destinate ai soggetti dichiarati non imputabili o semi imputabili, e introducendo, altresì, una deroga alla regola generale della loro durata massima, disponendo che le medesime non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva, nel massimo edittale, previsto per il reato commesso.

\*\*\*

*The security measures, essentially modeled by the legislator in 1930 as a function of social defence, objectively express, in the double-track system, characterized by possibility of jointly applying a sentence and a security measure is envisaged, the compromise between the demands of the Classical School (imputability, guilt,*

---

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

*punishment) and those of the Positive School (social danger, measure). With the issuing of the law 30 May 2014, n. 81 and the establishment of the Residences for the execution of security measures, the legislator goes beyond the judicial psychiatric hospital and the nursing and custody home, providing for what has been defined as a sort of "sanitarization" of detention security measures, provisional or definitive, intended for subjects declared not attributable or semi-attributable, also introducing an exception to the general rule of their maximum duration, providing that they cannot last beyond the time established for the prison sentence, in the statutory maximum, foreseen for the crime committed.*

Sommario: 1. La dicotomia pena-misure di sicurezza tra Scuola Classica e Scuola Positiva. – 2. Le misure di sicurezza ed il sistema c.d. del doppio binario. – 3. Il reato quale presupposto indefettibile. – 4. Il sistema del doppio binario. - 5. La nuova stagione delle misure di sicurezza detentive e l'introduzione delle R.E.M.S. - 6. Le R.E.M.S. in numeri. - 7. Il caso del Lazio ed i primi problemi generali applicativi. - 8. Le altre note dolenti. – 9. Ulteriori criticità. - 10. La revoca del ricovero in O.P.G. per decorso della durata massima. – 11. La natura amministrativa delle misure di sicurezza e l'inoperatività del principio della fungibilità della detenzione tra pene e misure di sicurezza detentive. Inosservanza delle misure di sicurezza. – 12. Casi di sospensione o di trasformazione. - 13. La scomparsa di ogni forma di presunzione legale di pericolosità e la revoca della misura di sicurezza.

### **1. La dicotomia pena-misure di sicurezza tra Scuola Classica e Scuola Positiva.**

La dicotomia pena-misura di sicurezza risale alla contrapposizione fra le due grandi scuole penalistiche che, come è noto, si contendevano il campo nella seconda metà dell'Ottocento: la Scuola Classica e la Scuola Positiva, e rispecchia le diverse funzioni attribuibili alla pena.

Sul terreno giuridico le due ideologie si sono fronteggiate, infatti, in relazione ad alcuni punti fondamentali ed il passaggio è chiaro: in contrapposizione alla c.d. Scuola Classica di Diritto Penale, così denominata dai posteri e affermatasi in Italia a partire dai primi decenni dell'Ottocento, i cui principali esponenti sono stati Francesco Carrara (con il suo famoso *Programma del corso di diritto criminale*, 1859), Giovanni Carmignani (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, 1831 e *Elementa juris criminalis*, edizione italiana del 1847),

Pellegrino Rossi (*Traité de droit pénal*, 1828, edizione italiana del 1852), Enrico Pessina (*Elementi di diritto penale*, 1882), Luigi Lucchini (*I semplicisti: antropologi, psicologi, sociologi del diritto penale*, 1886), per la quale, basilamente, la responsabilità del reo, in conseguenza del libero arbitrio, a prescindere dallo *status (quo)* e dalle condizioni sociali, rappresentava uno dei principi fondamentali del diritto.

Per contro, la Scuola Italiana di Antropologia Criminale (detta anche “Positivismo criminologico”), che fa capo a Cesare Lombroso (*L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, 1876), Enrico Ferri (*Sociologia criminale*, 1892; *La Scuola Criminale Positiva*, 1885; *Relazione sul progetto preliminare di Codice Penale Italiano*, 1921) e Raffaele Garofalo (*Di un criterio positivo della penalità*, 1880 e *Criminologia, Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, 1885), sorta nella seconda metà dell'Ottocento all'insegna del positivismo e della negazione del libero arbitrio, sostenne l'importanza dello studio del singolo colpevole, spostando l'interesse scientifico dal crimine in quanto reato al criminale in quanto persona, influenzando in modo determinante i successivi orientamenti giuridici e culturali.

In quest'ottica, l'autore di un reato non è una persona normale ma è un anormale che non può rispondere penalmente delle proprie azioni, ma deve essere recuperato e le sanzioni non hanno una funzione punitiva ma di recupero. Il delitto è il prodotto non di una scelta libera e responsabile del soggetto, ma di un triplice ordine di cause: antropologiche, fisiche e sociali. In tale ambito culturale trova la propria collocazione il concetto di pericolosità nella sua applicazione al diritto penale.

La funzione “classica” della pena rimane invece, anche costituzionalmente, quella della retribuzione “a misura d'uomo”, legata ad un processo che “tenda” alla rieducazione, ovvero alla risocializzazione del condannato (in piena linea con il disposto dell'art. 27, 3° co., Cost.), mentre la funzione della misura di sicurezza è quella di curare la personalità deviata ed eliminare o attenuarne la pericolosità.

L'intento originario del legislatore del 1930 era quello di riformare il sistema penale in conformità alle tendenze politico-criminali dell'epoca, favorevoli al potenziamento della *difesa sociale* mediante l'introduzione di nuove misure sanzionatorie destinate a neutralizzare la *pericolosità sociale* di

determinate categorie di rei. La misura amministrativa di sicurezza veniva quindi a svolgere una funzione spiccatamente “specialpreventiva”.

## **2. Le misure di sicurezza ed il sistema c.d. del doppio binario.**

Per sistema del *doppio binario* si intende la possibilità di applicare congiuntamente una pena e una misura di sicurezza, così garantendo la congiunta necessità della prevenzione generale (pena) e della prevenzione speciale per soddisfare il bisogno di protezione della società<sup>2</sup>.

Alla stregua dell’art. 85 c.p., è possibile irrogare la pena solo all’imputabile (e già tale elemento fa ritenere che la misura di sicurezza non abbia natura penale). Per contro, l’art. 202 c.p. stabilisce il presupposto, per l’applicazione delle misure di sicurezza, della commissione di un reato, disponendo che dette misure possono essere applicate alle persone socialmente pericolose (imputabili e non) che abbiano compiuto un fatto preveduto dalla legge come reato, con l’eccezione dei casi previsti dal comma 2 della norma, le ipotesi di c.d. “quasi reato” (cioè nel caso di reato impossibile ex art 49 cpv. c.p. e, ai sensi dell’art. 115 c.p., di accordo per commettere un delitto quando questo non sia commesso, ovvero di istigazione accolta o non accolta a commettere un delitto, nei confronti dei soggetti dell’accordo o dell’istigatore), nelle quali si realizza una condotta che, pur non configurando un fatto tipicamente previsto da una fattispecie criminosa, si manifesta in modo talmente prossimo al reato da permettere di riconoscere in essa un indizio sicuro di pericolosità sociale.

L’art. 203 c.p. chiarisce che è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, che ha commesso un reato o un quasi reato, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato (la norma conferma l’art. 202 c.p. e afferma che pericoloso può essere anche il non imputabile).

Si anticipa che, tradizionalmente, ai sensi dell’art. 203, 2° co., c.p., la qualità di persona socialmente pericolosa si desumeva da tutte le circostanze indicate nell’art. 133 c.p.. Ora, invece, dopo la l. 81/2014, anche se solo ai fini del ricovero in R.E.M.S., sulla base delle sole qualità soggettive del reo.

---

<sup>2</sup> E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, p. 48.

### 3. Il reato quale presupposto indefettibile.

Corollario del principio del reato quale presupposto indefettibile è che il giudice può addivenire al proscioglimento dell'imputato per incapacità di intendere e di volere solo dopo aver accertato la configurabilità, in termini materiali e di colpevolezza, del reato attribuito all'imputato stesso.

Si continua a distinguere nettamente la colpevolezza dalla capacità.

Come anche ribadito dalla Suprema Corte<sup>3</sup>, il giudizio di colpevolezza precede quello di imputabilità: la colpevolezza riguarda il dolo e la colpa, cioè elementi essenziali del reato, accertato il quale dovrà farsi il giudizio di imputabilità in capo al soggetto agente.

Secondo l'opinione tradizionale, il giudizio sulla colpevolezza *ex art. 42 c.p.* sarebbe completamente autonomo da quello sulla capacità di intendere e di volere (anzi, lo precederebbe), in quanto gli stati psichici del dolo e della colpa sono riscontrabili anche negli immaturi e negli infermi di mente. La conferma di ciò si rinviene sul piano normativo negli artt. 222, 1° e 4° co., e 224, 2° co., c.p., i quali, al fine dell'applicazione delle misure di sicurezza (si veda l'art. 199 c.p.) impongono al giudice di accertare se il fatto compiuto dall'infermo o dal minore sia doloso o colposo.

Ne consegue che se anche i non imputabili possono agire con dolo o colpa, il concetto legislativo di imputabilità è fuori della colpevolezza (intesa in senso psicologico, come elemento soggettivo del reato: dolo e colpa) e riguarda

---

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. VI, 4 maggio 2000, n. 5275, in [www.avvocato.it](http://www.avvocato.it): "Il giudice può addivenire al proscioglimento dell'imputato per incapacità di intendere e di volere solo dopo aver accertato la configurabilità, in termini materiali e di colpevolezza, del reato attribuito all'imputato stesso" (Nella specie la Corte ha annullato la sentenza di merito la quale, pur ricordando che numerosi procedimenti originati dalle innumerevoli accuse calunniose dell'imputato erano stati archiviati, aveva mancato di riferire e di esaminare quali fatti storici l'imputato avesse rappresentato nelle denunce e in che senso essi fossero contrari al vero), confermata, di recente, dalla Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2020, n. 14795, in [www.brocardi.it](http://www.brocardi.it): "In tema di elemento soggettivo del reato, l'accertamento del dolo va tenuto distinto da quello dell'imputabilità e deve avvenire con gli stessi criteri valevoli per il soggetto pienamente capace anche nei confronti del soggetto non imputabile". *Contra*, apparentemente, in un'ottica argomentativa tuttavia diversa, la recentissima Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 2023, n. 16260, in [www.avvocato.it](http://www.avvocato.it): "L'imputabilità, quale capacità di intendere e di volere, e la colpevolezza, quale coscienza e volontà del fatto illecito, esprimono concetti diversi ed operano anche su piani diversi, sebbene la prima, quale componente naturalistica della responsabilità, debba essere accertata con priorità rispetto alla seconda (in applicazione di tale principio la Corte ha annullato con rinvio la sentenza con la quale i giudici di merito avevano escluso la sussistenza dell'elemento psicologico del reato di calunnia, facendo riferimento a elementi che riguardavano l'imputabilità ed il vizio totale e parziale di mente).

non il reato ma il reo: l'imputabilità (*rectius*: capacità di intendere e di volere) non concerne quindi l'atteggiamento della volontà, ma è uno status della persona, una qualificazione soggettiva.

Lo stesso art. 85 c.p., al 1° comma, dispone che nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. Questo significa che c'è una cesura netta tra il reato e l'imputabilità. Il reato è integrato in tutti i suoi elementi; l'imputabilità incide sulla possibilità di essere puniti.

La dottrina osserva, al proposito, che la ricostruzione formale del reato non può prescindere dal dato formale che è la legge stessa a prevedere che un reato possa essere commesso dal non imputabile (v. ad esempio, artt. 86, 111, 648, 3° co., c.p.) e che è necessario un reato formalmente perfetto affinché sia penalmente significativo l'accertamento dell'imputabilità<sup>4</sup>.

Secondo altra parte della dottrina, invece, l'imputabilità è un presupposto della colpevolezza intesa in senso normativo cioè come volontà ribelle, come atteggiamento antidoveroso della volontà. La responsabilità di un soggetto postula la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento ed il potere di controllare i propri impulsi ad agire. Di conseguenza, gli artt. 222 e 224 c.p. non si riferirebbero ad un autentico concetto di dolo di dolo e di colpa, ma ad un mero atteggiamento psichico qualificabile in termine di pseudo-dolo e di pseudo-colpa<sup>5</sup>.

Posto, dunque, che la colpevolezza è inconcepibile senza l'imputabilità, si pone il problema ulteriore di valutare se sia o meno configurabile il reato. Sul punto la dottrina in esame giunge a conclusioni diverse: secondo alcuni autori l'assenza di imputabilità esclude l'esistenza del reato in quanto lo priva dell'elemento della colpevolezza sicché il fatto posto in essere dal non imputabile costituisce un mero torto oggettivo. Secondo altri, invece, elemento soggettivo essenziale del reato non è la colpevolezza ma l'appartenenza psichica del fatto all'agente (almeno nei casi in cui costui sia imputabile), sicché l'inimputabilità, pur escludendo la colpevolezza, non esclude il reato e costituisce semplicemente una causa personale di esenzione da pena.

Riguardo a questa teoria si può formulare l'obiezione che essa deve escludere che il non imputabile possa agire con dolo o colpa, il che è contraddetto non tanto dalla realtà, quanto dalla legge penale, che afferma

---

<sup>4</sup> F. RAMACCI, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2001, p. 275.

<sup>5</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, Bologna, 2001, p. 291.

espressamente che il reato commesso dal non imputabile può essere sia doloso che colposo (artt. 222, 1° e 4° co., e 224, 2° co., c.p.) . Innalzarsi sopra il dato normativo può essere pericoloso<sup>6</sup>.

#### **4. Il sistema del doppio binario.**

Sulla base di quanto sopra premesso, più precisamente, se ne deve concludere che all'imputabile si applicherà la pena, a cui si aggiunge, in caso di pericolosità sociale riconosciuta, la misura di sicurezza (c.d. *Binario doppio*).

Al non imputabile la regola dell'art. 85 c.p. preclude la pena, ma per il socialmente pericoloso c'è la misura di sicurezza (*Binario unico*).

Vi è anche una netta differenza terminologica: si *punisce* con le pene; si *sottopone* taluno a misura di sicurezza, e non solo: ai sensi degli artt. 199 e 200 c.p.: le misure di sicurezza, introdotte dal legislatore del 1930, tanto a livello di legge costituzionale quanto di legge ordinaria, sono rette dal principio di tassatività, ma non da quello di irretroattività (infatti, ex art. 200, 1° co., c.p., sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione).

Le misure di sicurezza non costituiscono un castigo bensì una "terapia" per il soggetto e, soprattutto, una forma di tutela degli interessi sociali (la genesi di questo istituto si spiega, appunto, con l'esigenza di potenziare la difesa sociale).

Per questa ragione, fino all'entrata in vigore della l. n. 81/2014 che ha convertito il d.l. n. 52/2014, le misure di sicurezza avevano durata (relativamente) indeterminata: più precisamente era indeterminata nel massimo; mentre era previsto legislativamente un *minimum* di durata, che variava in considerazione delle diverse specie di delinquenti e della gravità del reato, prima della riforma del 2014 duravano tendenzialmente fino a quando perdurava la pericolosità e non si sapeva, perché non era determinabile a priori, quando la pericolosità sociale sarebbe cessata.

La legge prevedeva una durata minima per il ricovero dei c.d. "prosciolti folli", suscettibile di rinnovo fino all'avvenuto accertamento del venir meno della condizione di pericolosità sociale che, in ipotesi, poteva perdurare anche tutta la vita (da qui l'espressione "*ergastolo bianco*").

Inoltre, proprio perché tesa a fronteggiare la pericolosità sociale, la misura di sicurezza non è proporzionale al fatto di reato. il reato ne è

---

<sup>6</sup> RAMACCI, *Corso di Diritto Penale*, cit., p. 282.

presupposto di applicazione indefettibile ma, entro certi limiti, non ne condiziona la valenza, tanto che, appunto, non era neppure stabilita la durata massima.

Con la grave conseguenza che un paziente psichiatrico, magari autore di reati modesti, poteva in ipotesi essere condannato ad un *ricovero sine die* in O.P.G. in quanto considerato socialmente pericoloso (era la dimostrazione di come il concetto di pericolosità sociale potesse avere delle conseguenze paradossali quando si trattava di pazienti psichiatrici).

La critica che la psichiatria faceva era sostanzialmente questa: può forse accadere che un criminale comune, non riconosciuto infermo di mente, non venga rimesso in libertà allo scadere della pena per il rischio di reiterare il reato? Certo che no, pur rimanendo indubbiamente “pericoloso” per la comunità. E per quale ragione un paziente psichiatrico, specie quando autore di reati modesti, quando non ridicoli, dovrebbe essere “condannato” ad una “reclusione” (*rectius*, ricovero) *sine die* in O.P.G. in quanto considerato socialmente pericoloso?

Prima di continuare ed affrontare il tema della riforma del 2014, è bene ricordare una importante differenza a livello costituzionale: le misure di sicurezza (sociale a carattere preventivo) si distinguono dalle pene perché presuppongono la pericolosità sociale del reo: le pene legali, tenute ben distinte dalle misure di sicurezza negli artt. 25 e 27 Cost., anche perché, a differenza di queste non possono essere previste in forza di legge retroattiva (art. 25, 2° co., Cost.) hanno sicuramente una spontanea attitudine a sviluppare auspicabili effetti di prevenzione generale e speciale, ma non da ciò resta individuata la loro essenza, assolutamente incompatibile con l’ontologia delle misure di sicurezza sociale a carattere preventivo, chiamate dalla loro logica ad operare in relazione ad un fatto previsto come reato, ma non a causa della commissione di questo, bensì di quello pronosticato per il futuro a carico del reo o addirittura di terzi (“danno o pericolo sociale mediato”), nei margini di una evidente relativa indeterminatezza della prognosi della personalità e dei suoi svolgimenti anche effettuali<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> M. SPASARI, *Diritto criminale e scienza del diritto criminale. Oggetto e metodo della dommatica criminale e della criminologia*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, p. 531 ss.

## **5. La nuova stagione delle misure di sicurezza detentive e l'introduzione delle R.E.M.S.**

Come anticipato, una rilevante novità è stata introdotta dalla l. 30 maggio 2014, n. 81, che ha disposto la proroga della chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, in sede di conversione del d.l. 31 marzo 2014, n. 52, recante *“Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari”*. Con l'intento di porre fine al noto fenomeno degli *“ergastoli bianchi”*, ovvero la permanenza all'interno dell'O.P.G. per un tempo che il magistrato poteva prorogare all'infinito, la nuova legge ha previsto un inedito termine di durata massima delle misure di sicurezza detentive, fino ad allora, e da sempre, indeterminate nella durata massima e informate alla regola secondo cui la misura di sicurezza dura finché perdura la pericolosità sociale di chi vi è sottoposto.

Del tutto diversa è, infatti, la nuova regola prevista dall'art. 1, 1° co. *quater* l. 30.05.2014 n. 81: la durata delle misure di sicurezza detentive, provvisorie e definitive, non può superare la durata massima della pena detentiva comminata per il reato-presupposto commesso (limite calcolato in base ai criteri di cui all'art. 278 c.p.p.); sono esclusi i reati puntiti con la pena dell'ergastolo, per i quali non è previsto alcun limite di durata e che rimangono pertanto disciplinati dalle disposizioni generali del Codice penale.

Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle *Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, note con l'acronimo di R.E.M.S., le strutture regionali affidate alla gestione del sistema sanitario nazionale che hanno sostituito gli O.P.G. – per i detrattori, dei *“mini-O.P.G.”* più che delle comunità terapeutiche ad altra protezione – operanti secondo il duplice principio della *“territorializzazione”* e della *“sanitarizzazione”* nel trattamento dei soggetti ricoverati (che assumono a riferimento il modello virtuoso offerto dall'O.P.G. di Castiglione delle Stiviere, contraddistinto proprio da una gestione sanitaria della struttura), inizialmente caratterizzate da disomogenea capacità recettiva (dai 2 posti letto in Friuli fino ai 160 posti letto in Lombardia, con soluzioni intermedie di 10 posti letto, come nella R.E.M.S. di Casale di Mezzani in provincia di Parma; idem per quelle di Pisticci – la *“Mimosa”* – e di Palombara Sabina – la *“Minerva”* – collocata singolarmente in uno stabile al sesto piano), non possono durare oltre il tempo

stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima.

Il termine entro il quale le Regioni avrebbero dovuto provvedere alla sostituzione dei suddetti ospedali con le istituende strutture sanitarie, originariamente previsto entro il 31 marzo 2013, è stato prorogato dalla l. n. 81/2014 al 31 marzo 2015, non essendo state attuate per tempo tali strutture ed essendosi disatteso il principio che anche nella politica criminale non si può distruggere senza parallelamente sostituire<sup>8</sup>.

Attualmente, tali strutture in Italia sono trenta, alcune anche convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale, con venti posti letto ognuna.

Dovrebbero rispondere al requisito di *territorialità*, in modo che il ricoverato sia più vicino alla famiglia e anche in vista di un futuro reinserimento sul territorio.

Per le persone libere, con la l. n. 180/1978 (c.d. legge “Basaglia”), si è passati dalla custodia coercitiva alla terapia riabilitativa, mentre per i detenuti con disagi psichici e, fino alla l. n. 81/2014, c’erano gli O.P.G., le uniche strutture chiuse rimaste destinate ai malati di mente autori di reato, ospitanti circa un migliaio di ricoverati (si trattava di sei strutture collocate a Castiglione delle Stiviere, Reggio Emilia, Montelupo Fiorentino, Napoli, Aversa, Barcellona Pozzo di Gotto).

Nel 2011, su impulso dei componenti della Commissione parlamentare d’inchiesta sull’efficacia e l’efficienza del Servizio Sanitario nazionale<sup>9</sup>, fu presentato un emendamento – poi approvato – in sede di conversione del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 (c.d. “*svuota carceri*”) per l’introduzione dell’art. 3-ter, che dettava disposizioni per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. La legge di conversione del d.l. n. 211/2011 – l. 17 febbraio 2012, n. 9 – può identificarsi quindi come il primo decisivo passo verso la definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari.

---

<sup>8</sup> M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 8, p. 919 ss.; Id., *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1273; Id., *La soppressione degli o.p.g.*, in *Legisl. Pen.*, 2012, p. 366; F. DELLA CASA., *Basta con gli OPG!*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013., p. 64 ss.; A. MANNA, *Sull’abolizione degli o.p.g.: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it.*, 2013, p. 1329; M. C. ORNANO, *Il superamento dell’ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti problematici e esperienza operative della gestione dell’autore di reato affetto da disagio mentale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2086; S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015.

<sup>9</sup> *Relazione sulle condizioni di vita e cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, XVI Legislatura, Doc. XXII-bis, n. 4.

Le R.E.M.S. sono strutture molto differenti sia nella forma che nella sostanza rispetto ai loro antenati: gli utenti non possono superare le venti unità, l'uso dei mezzi coercitivi è assente e la permanenza nelle strutture non può superare la durata della pena prevista per il reato commesso.

Poiché la l. n. 81/2014 non contiene la contestuale abrogazione o la modifica di altre disposizioni normative, permane il termine minimo di durata della misura di sicurezza e la possibilità di procedere alla sua reiterata proroga, ma fino solo alla concorrenza del tempo previsto come misura edittale massima per il reato commesso.

Tali strutture sono gestite esclusivamente da personale sanitario (psichiatri, infermieri, amministrativi) e ciascun paziente deve seguire un programma terapeutico individuale. Un problema è, evidentemente, costituito dal fatto che gli operatori sanitari non hanno esperienza relativa a strutture penitenziarie e a volte si verificano problematiche di difficile risoluzione.

Proprio perché ci si muove in una prospettiva ispirata all'esigenza di porre un freno alla possibilità di ricorrere *sine die* all'internamento, viene anche disposto chiaramente che non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali (Percorso terapeutico riabilitativo individuale, cosiddetto P.T.R.I., di cui è responsabile il C.S.M. di competenza territoriale).

Sembra quasi una risposta indiretta all'annoso dilemma secondo cui, solo perché non vi erano soluzioni all'atto della dimissione (percorsi terapeutici compresi), la circostanza "obbligava" a reiterare la misura di sicurezza per mere esigenze asilari e la reiterazione della misura di sicurezza era spesso un mero espediente in assenza di soluzioni alternative.

Peraltro le R.E.M.S. sono chiamate a svolgere funzioni terapeutico-riabilitative e socio riabilitative e la loro gestione interna è di esclusiva competenza sanitaria e, quindi, la responsabilità della gestione all'interno della struttura è assunta da un medico dirigente psichiatra.

Tuttavia, la pericolosità sociale resta il presupposto applicativo delle misure di sicurezza detentive e le nuove strutture restano pur sempre delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza. Ad una prima lettura sembrerebbe proprio che il medico psichiatra si veda riaffidati anche autentici compiti "di polizia", con la conseguenza di vedere ampliata oltre il ragionevole la propria "posizione di garanzia" e gli obblighi giuridici ad essa connessi.

Senza contare che l'estromissione della Polizia penitenziaria comporta il venir meno di una polizia "di prossimità", lasciando aperta la questione relativa alla procedura da seguire in situazioni di emergenza, dal momento che l'aspetto della "sicurezza" viene gestito all'esterno dagli organi di sicurezza incaricati sul territorio, cioè affidato alle Prefetture (nelle R.E.M.S. aperte nella regione Emilia Romagna, ad esempio, la sorveglianza esterna è stata subito affidata alla Prefettura e alle Forze dell'ordine, con le quali è stato altresì stipulato un protocollo che consente possibili interventi all'interno in caso di necessità. È poi operativo un servizio di vigilanza interna, che si avvale di un sistema di telecamere e di collegamenti con le Forze dell'ordine).

Per la l. n. 81/2014 le R.E.M.S. sono da considerarsi una "extrema ratio", l'ultima delle soluzioni da prendere in considerazione e solo dopo aver vagliato misure di sicurezza non detentive.

Il rapporto tra istituti penitenziari e detenuti con patologie psichiatriche però è da sempre molto complesso e la gestione dentro e fuori i penitenziari delle patologie psichiche è molto difficile: il personale medico, tra cui psichiatri, psicologi e infermieri, all'interno dei penitenziari non è sufficiente a coprire gli effettivi bisogni della popolazione carceraria; l'informatizzazione della cartella clinica è presente solo in rari casi e ciò rende complicato sia quantificare la popolazione che necessita di cure e sia garantire la continuità delle terapie psicologiche che il detenuto aveva fuori.

## **6. Le R.E.M.S. in numeri.**

Secondo il 14.mo rapporto sulle condizioni di detenzione di *Antigone Onlus*, "un anno in carcere", al 15 marzo 2018, nelle trenta R.E.M.S. italiane erano ricoverate 599 persone, di cui 54 donne (il 9%, percentualmente quasi il doppio delle donne detenute in carcere).

L'ultimo dato accertato rilevava che coloro che si trovavano in lista d'attesa erano quasi quanto quelli presenti, quindi una realtà estremamente problematica, in quanto i primi risultano abbandonati a loro stessi e senza nemmeno sapere quando potranno essere inseriti in R.E.M.S.

Per le donne esiste un'unica struttura, per cui è impossibile seguire il principio di territorialità.

All'interno del report viene evidenziato anche che «Il numero di presenze corrisponde ai posti disponibili e questo permette di sottolineare l'ammirevole "resistenza" da parte dei servizi sanitari nel non eccedere il numero massimo di posti previsto, evitando il sovraffollamento».

Dunque, al momento, su base nazionale, si sta scongiurando quello che gli addetti ai lavori paventavano più di ogni altra cosa, ovvero la trasformazione delle R.E.M.S. in tanti piccoli O.P.G.

## **7. Il caso del Lazio ed i primi problemi generali applicativi.**

Nel Lazio le R.E.M.S. attive sono cinque – Ceccano (FR), Palombara Sabina (RM), Merope e Minerva, Pontecorvo (FR), Subiaco (RM) - con un numero di posti pari a 91, i pazienti ad oggi ospitati sono 84 e Pontecorvo ospita esclusivamente pazienti di sesso femminile. Il Lazio insieme alla Lombardia è la regione che ha il maggior numero di posti e anche quella nella quale l'organizzazione delle R.E.M.S. è ancora lontana dai criteri posti dalla l. n. 81 del 2014.

Il sistema appena nato ha da subito manifestato molte pecche e se non si corre presto ai ripari, presto lo spettro degli O.P.G. potrebbe rimanifestarsi. Partiamo subito col dire che il termine "*internato*" ancora esiste nel Codice penale e nell'Ordinamento penitenziario e, se esiste la parola, esiste tutto ciò che essa si porta dietro, detto ciò le criticità che sono emerse con il passaggio dagli O.P.G. alle R.E.M.S. sono molte.

Se da un lato la teoria è lodevole, dall'altro lato la pratica è tutt'altro che rosea: il punto più critico sono i D.S.M., i Distretti di salute mentale, ovvero la psichiatria territoriale. A parte rarissime eccezioni in cui il sistema funziona, non sono mai entrati in carcere, e hanno fatto di tutto per non entrarci mai, ribadendo come il carcere non riguardi le A.S.L., e ciò impedisce quella connessione al territorio che è tra i capisaldi della legge, nonché il punto di forza per permettere un reale reinserimento del detenuto una volta in libertà.

Inoltre, ogni Regione interpreta la legge secondo i propri criteri e non esiste uniformità a livello nazionale; alcune strutture, come ad esempio Subiaco, ma Pontecorvo non è da meno, sono provviste di evidenti e massicci dispositivi di sicurezza (metal detector, sbarre fino al soffitto, telecamere di sorveglianza) che bypassano i requisiti prettamente terapeutici che dovrebbero avere tali strutture.

## 8. Le altre note dolenti.

Poi, secondo il principio che le R.E.M.S. debbano essere gestite esclusivamente da personale sanitario, la prassi che si è scelta di perseguire è alquanto dubbia: a dirigere tali strutture sono state messe figure senza esperienza penitenziaria e, come anticipato, gli stessi operatori sono stati assunti senza alcuna esperienza pregressa di stampo carcerario. Per formare *équipe* valide che si occupino di tali strutture ci vogliono anni e questo pone un grosso interrogativo sull'effettiva efficacia di tali servizi.

Altra nota dolente è la mancanza delle cartelle cliniche informatizzate dei detenuti insieme alla mancata «valutazione del bisogno dell'assistenza e della valutazione sull'impatto sociale degli interventi socio sanitari condotti in favore della popolazione detenuta».

Tutto ciò si ripercuote sul lavoro dei magistrati che spesso sono costretti a «operare delle forzature perché –senza alcun tipo di dato conoscitivo – non sanno dove mandare i detenuti».

La stessa posizione giuridica degli internati delle R.E.M.S. risulta, a conti fatti, contraddittoria: secondo i dati dell'osservatorio di Antigone «i prosciolti per vizio totale di mente, ma socialmente pericolosi (ex art. 222 c.p.) che dovrebbero costituire la categoria giuridica paradigmatica del ricoverato in R.E.M.S. sono 215, pari al 37% del totale, una netta minoranza» mentre «i pazienti con una misura di sicurezza provvisoria arrivano ad essere il 45,7 % del totale».

Al riguardo, sorgono subito spontanei due quesiti:

a) Se la misura di sicurezza deve essere applicata allorché il soggetto sia ritenuto socialmente pericoloso, come può essere rimesso in libertà qualora la sua pericolosità sociale non sia venuta meno?

L'aporia in questione è stata per prima segnalata chiaramente dal Tribunale di Roma dieci anni or sono, con un provvedimento del 3 giugno 2014, di cui si dirà meglio a breve, che evidenzia bene il punto: se la pericolosità sociale persiste, chi si occupa del soggetto quando esce? Andrebbero necessariamente previste ulteriori cure, monitoraggio e sostegno psichiatrico sul territorio.

La situazione è preoccupante, considerando che resta incerto il destino dei nuovi pazienti, in particolare durante la fase della cognizione penale, destinatari di una misura di sicurezza detentiva provvisoria (ex artt. 206 c.p.,

312 e 313 c.p.p.), e dei detenuti, ex artt. 111 e 112 D.P.R. 230/2000 e art. 148 c.p., visto che non è mutata la norma sulla pericolosità sociale e che le R.E.M.S. sembrano ontologicamente destinate ai pazienti non dimissibili ospiti negli O.P.G.. Tanto più che si è rilevato che, a fronte di una costante diminuzione delle presenze in O.P.G., è aumentato invece il numero dei ricoveri disposti in sede di applicazione provvisoria della misura di sicurezza, come se il nuovo paradigma incontrasse più i favori della magistratura di sorveglianza che quelli dei giudici di cognizione, con rilevanti problemi applicativi pratici.

Ad esempio: la revoca della misura del ricovero provvisorio in una struttura del Servizio psichiatrico ospedaliero ex art. 286 c.p. e l'applicazione della misura di sicurezza provvisoria del ricovero in una R.E.M.S. dovranno essere eseguite soltanto ed esclusivamente nel momento in cui si renderà disponibile un posto in R.E.M.S.: sino ad allora l'indagato socialmente pericoloso dovrà rimanere in ricovero provvisorio in ospedale, assolutamente inadeguato a fronteggiare sue condotte aggressive, a tutela dell'incolumità fisica di terzi, ma anche dello stesso indagato<sup>10</sup>.

Ma, soprattutto,

b) Cosa differenzia realmente, ora, le pene detentive tradizionali dalle misure di sicurezza?

Se viene meno la necessaria corrispondenza tra l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva e la (perdurante) pericolosità sociale del soggetto e se la durata massima della misura resta in definitiva rapportata non alla pericolosità in concreto, ma alla gravità del reato commesso, il dualismo tra responsabilità individuale, pena e pericolosità sociale-misura di sicurezza, fatica a delinearsi con sufficiente coerenza, tanto sul piano teorico quanto su quello strutturale (diverse ne sono il fondamento e la ragione dell'applicazione ma le modalità di esecuzione sono le medesime, la detenzione del soggetto è solo temporanea, ad eccezione dell'ergastolo, in linea però solo teorica).

C'è poi l'incognita del fine pena: chi si prende carico del detenuto appena rimesso in libertà? La mancata connessione tra A.S.L. e amministrazione territoriale e la mancanza di strutture atte alla presa in carico del detenuto con disagio psichico comportano un altissimo rischio di recidiva.

---

<sup>10</sup> Tribunale ordinario di Roma, Ufficio GIP-GUP n. 8, N. 20551/2021 R.G., ord. 7 agosto 2021, inedita.

E resta peraltro incerto il destino dell'incapace non pericoloso, tipo quello delle situazioni di personalità fragile o di delusioni di natura sentimentale.

Insomma, gli interrogativi sui quali Ministero della salute e Dipartimento di giustizia devono rispondere sono ancora molti e il rischio di creare nuovi O.P.G. risulta tutt'oggi concreto, per tale motivo l'attenzione sulle R.E.M.S. deve restare alta.

Un altro principio fondamentale introdotto è la ridefinizione della pericolosità sociale: valutata esclusivamente sulla base delle qualità soggettive del reo.

È un principio di centrale importanza, contenuto sempre nell'art. 1, 1° co., lett. b), l. n. 81/2014: se prima l'accertamento della pericolosità sociale era effettuato attraverso un attento esame delle condizioni soggettive e oggettive della persona affetta da disturbi psichici, adesso contano soltanto le prime.

Si tratta di una importante deroga all'art. 133, 4° co., c.p., il quale descrive le regole utili a stabilire se un reo è pericoloso socialmente o meno. Nello specifico, il comma 4 dell'art.133 c.p. prevede di considerare i motivi a delinquere e il carattere del reo; di tenerne in conto precedenti penali e giudiziari e in generale la condotta e la vita antecedenti al reato; di valutarne la condotta contemporanea e susseguente al reato; di indagarne le condizioni di vita individuale, familiare e sociale.

Tutto questo, con l'entrata in vigore della l. n. 81/2014, non ha più alcuna rilevanza per la valutazione del "folle reo": l'assenza di legami con la famiglia, di un lavoro, di una fissa dimora non sono più criteri per giudicarne la pericolosità.

Nell'ottica del legislatore del 2014, considerare anche tali fattori sarebbe un "eccesso di prudenza", che limiterebbe la libertà personale e violerebbe il diritto alla difesa del reo. Il rischio sarebbe quello di condannare un soggetto solo sulla base della marginalità sociale in cui versa e non sulle effettive difficoltà psichiche di cui soffre. Il legislatore con questa disciplina vuole evitare che tali condizioni (di indigenza, marginalità, disagio, abbandono) possano andare a sfavore del soggetto.

Secondo parte della dottrina, non convince affatto la decontestualizzazione del giudizio prognostico dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del soggetto, perché è da tempo acquisito il fatto che la pericolosità sociale non possa prescindere dal contesto ambientale nel

quale il soggetto si colloca e dal quale è necessariamente condizionato (*pericolosità sociale situazionale*)<sup>11</sup>.

Con un'ordinanza del 16 luglio 2015 il Tribunale di Sorveglianza di Messina ha promosso una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 1° co., lett. b), d.l. 31/03/2014 n. 52 convertito dall'art. 1, 1° co., l. 30 maggio 2014 n. 81 nelle parti in cui stabilisce i due limiti all'accertamento della pericolosità in base ai quali *“l'accertamento della pericolosità sociale è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, 2° co., n. 4, c.p.”* e che *“non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali”*.

Il Tribunale di Messina si era trovato a giudicare il caso di una revoca della misura di sicurezza detentiva da concedere o no a un paziente (“M.S”, affetto da discontrollo impulsi e fortemente pericoloso socialmente): oltre ad averne accertato il disturbo psichico, è stato riscontrato anche che il soggetto in questione fosse *“senza fissa dimora, senza occupazione, e privo di punti di riferimento familiare”*.

Il Tribunale ha compiuto un'analisi globale delle condizioni del paziente, convinto che senza un tale approccio il caso da lui giudicato non potesse trovare soluzioni adeguate. La l. n. 81/2014 ha però prescritto che per valutare la pericolosità sociale si debbano considerare soltanto le qualità soggettive del reo.

Il Tribunale di Messina ritiene che quanto introdotto dalla l. n. 81/2014 violerebbe alcuni articoli della Costituzione (1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77, 117), nonché l'art 3 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e l'art. 5 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, e romperebbe l'equilibrio fra esigenze di cura della persona interessata e controllo della sua pericolosità sociale.

Nel giudizio dinanzi alla Corte Costituzionale è intervenuto anche il Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale ha fermamente difeso l'esclusione delle condizioni di cui all'art 133, 2° co., n. 4, c.p. in nome di una migliore tutela dei diritti di libertà dei pazienti. Ed ha aggiunto che la mancanza di percorsi terapeutico-riabilitativi sia spesso dovuta all'inefficiente organizzazione delle amministrazioni sanitarie, incapaci di fornire valide possibilità di riabilitazione ai detenuti. I due aspetti su cui il Tribunale di Messina fonda la propria

---

<sup>11</sup> C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, II edizione, Milano, 2017, p. 711.

ordinanza, in realtà, hanno spesso giustificato proroghe delle misure di sicurezza anche per pazienti perfettamente dimissibili.

Tutte le censure mosse dal giudice *a quo* nei confronti degli articoli sopra citati sono dichiarate prive di fondamento. Questo perché muovono dall'errato presupposto secondo il quale quanto introdotto dall'art. 1, 1° co., l. 30 maggio 2014 n. 81 vada a modificare il concetto o la nozione di pericolosità sociale per gli infermi o seminfermi di mente.

In realtà la disposizione ridefinisce più specificamente solo la pericolosità sociale che legittima il ricovero in un O.P.G. in una casa di cura di tali soggetti. Non modifica, cioè, in generale, la nozione di pericolosità sociale per gli infermi o seminfermi di mente, limitandosi ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive.

Anche il fatto che la sola mancanza di programmi terapeutici individuali non possa supportare il giudizio di pericolosità sociale ha un preciso significato garantista, volto ad evitare che sul soggetto gravino i limiti e le lentezze dei servizi sanitari regionali; al contempo funge da stimolo al potenziamento della rete sanitaria territoriale.

La Corte Costituzionale ha perciò dichiarato, con la sentenza n. 186 del 23 luglio 2015, la questione sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Messina non fondata, confermando così la propria giurisprudenza.

La Corte ha infine posto l'accento sul fatto che la l. n. 81/2014 debba essere letta nell'ottica del processo che mira al superamento degli O.P.G., in linea con quanto già affermato nelle due proprie sentenze 18 luglio 2003 n. 253<sup>12</sup> e 29 novembre 2004, n. 367<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3697, con la quale la Corte: a) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222 del codice penale (Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario), nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale;

b) ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 219, primo e terzo comma, del codice penale (Assegnazione a una casa di cura e di custodia), sollevata, in riferimento all'articolo 3 della Costituzione, dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Genova con l'ordinanza in epigrafe; cfr. T. GROPPI, *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il "diritto mite"*, per concessione del *Forum di Quaderni costituzionali*, <https://giurcost.org>.

<sup>13</sup> Corte cost. 29 novembre 2004, n. 367, in <https://giurcost.org>, in relazione all'applicazione provvisoria dell'O.P.G. ai sensi dell'art. 206 c.p., con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p., nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non

Il Giudice delle leggi, infatti, era intervenuto, in particolare, nel luglio 2003 con una importante sentenza additiva, la n. 253, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 c.p. (ricovero in un O.P.G.), per violazione dell'art. 32 Cost., nella parte in cui non consente al giudice, nei casi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in O.P.G., una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale.

È incostituzionale il vincolo rigido imposto al giudice di disporre comunque la misura detentiva anche quando una misura meno drastica e più elastica (come la libertà vigilata), appaia, in concreto, atta a soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona e di controllo della sua pericolosità sociale

L'originario art. 222 c.p. escludeva ogni apprezzamento in concreto da parte del giudice.

La Corte è giunta a questa conclusione valorizzando il contenuto elastico della misura di sicurezza della libertà vigilata, che può essere arricchita dal magistrato di sorveglianza con prescrizioni terapeutiche (ad esempio, interventi ambulatoriali, attività di supporto dei servizi psichiatrici territoriali); in tal modo l'O.P.G. si è trasformato in uno strumento sussidiario di controllo, applicabile solo quando la libertà vigilata terapeutica non sia idonea a controllare la pericolosità sociale.

Detta sentenza ha anche il pregio di sintetizzare efficacemente la dibattuta natura dell'O.P.G., perennemente in bilico tra le esigenze di "custodia" e quelle di "cura" del soggetto internato: gli ospedali psichiatrici giudiziari, ultime istituzioni totali per la cura di soggetti affetti da infermità mentali, erano chiamati a prestare la necessaria assistenza terapeutica a soggetti malati e, al tempo stesso, ad assolvere alle esigenze di difesa sociale imposte dalla loro condizione di "delinquenti pericolosi" (ribadendo la funzione di argine della pericolosità sociale che era strutturalmente connaturata a tale istituzione "totale").

---

detentiva, prevista dalla legge, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale.

## 9. Ulteriori criticità.

Ulteriori criticità concernenti la riforma del 2014 sono così sintetizzabili:

1) Nulla viene previsto con riferimento ai provvedimenti (diversi dall'internamento) da adottare nei confronti delle persone dimesse alla scadenza del termine, per le quali – poiché la misura non era stata revocata anticipatamente – permane il giudizio di pericolosità sociale;

2) La nuova regola del tetto massimo di durata viene prevista per le “misure di sicurezza detentive”, operando però all'interno di un testo normativo dedicato specificamente alle sole misure di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario e della casa di cura e custodia. I commenti dottrinari sul punto hanno unanimemente ritenuto che la previsione debba intendersi estesa anche agli internati nelle case di lavoro<sup>14</sup> (sicuramente questa interpretazione si muove in coerenza con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., ma sarebbe comunque auspicabile un intervento del legislatore volto ad armonizzare la nuova disposizione con quelle pregresse contenute nel codice penale).

Pare opportuno precisare che la previsione di un termine massimo di durata è riferita alle sole misure di sicurezza detentive, con esclusione, dunque, della libertà vigilata: da ciò deriva che il giudice ben potrebbe ordinare l'applicazione della libertà vigilata, con prescrizioni terapeutiche<sup>15</sup>, valorizzando quello strumento messo a disposizione dalla Corte Costituzionale, che tuttavia, è direttamente condizionata dalla presenza di strutture e comunità presso le quali eseguire le prescrizioni terapeutiche. Inoltre,

3) *Quid iuris*, nel caso in cui l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva non sia stata ininterrotta, perché intervallata (come nel caso giudicato dal Tribunale di Roma nel 2014), da periodi di tempo in libertà vigilata?

Il Tribunale di Roma, nel primo caso giudicato nel 2014, non ha tenuto conto di tali periodi, significando giustamente la rilevanza solo del tempo effettivamente trascorso in O.P.G., anche non continuativamente.

---

<sup>14</sup> C. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, Milano, II ed., 2017, p. 706.

<sup>15</sup> Ufficio di Sorveglianza di Reggio Emilia, 15 luglio 2014, in [www.conams.it](http://www.conams.it).

#### **10. La revoca del ricovero in O.P.G. per decorso della durata massima.**

Il Tribunale di Roma, con l'anticipato provvedimento del 3 giugno 2014, imputato Bijanzadeh M., giudice Di Nicola, in una prima applicazione della novella legislativa in relazione al ricovero in O.P.G., disposto ai sensi dell'art. 206 c.p. a titolo di misura di sicurezza provvisoria (in un procedimento sospeso a seguito di un giudizio di legittimità costituzionale promosso dallo stesso tribunale), ha dichiarato la cessazione di efficacia della misura e la liberazione dell'internato.

Dopo aver rilevato che:

- a) L'art. 1, 1° co.- *quater*, d.l. n. 52/2014 non prevede disposizioni diverse o transitorie nel caso in cui l'internato risulti ancora socialmente pericoloso;
- b) In forza dell'art. 200, 2° co., c.p. (il quale dispone che, se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa dalla legge vigente al tempo della sua applicazione, si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione), e del principio del *favor rei* (in questo caso), tale disposizione trova immediata applicazione;
- c) La misura è in esecuzione, nel caso di specie, da oltre 4 anni, e il termine di durata massima è decorso, avuto riguardo ai reati contestati la cui pena edittale massima è quella di 3 anni di reclusione, calcolata ai sensi dell'art. 278 c.p.p. sul capo *a*) – lesioni personali dolose ex art. 582 c.p., ritenuto più grave, che esclude le aggravanti ordinarie (nel caso di specie, i motivi abbietti o futili e l'uso di un'arma) e la continuazione.

L'imputato, "persona attualmente ad altissima pericolosità sociale" (giudizio formulato forse in termini troppo severi, a parere dello scrivente) era ricoverato dal mese di ottobre 2009 presso l'O.P.G. di Castiglione delle Stiviere.

Nel procedimento pendente davanti al Tribunale di Roma gli erano stati contestati il delitto di lesioni dolose (art. 582 c.p.) – per aver colpito con un punteruolo all'orecchio un vicino di casa, provocando lesioni fortunatamente lievi, giudicate guaribili in due giorni – e la contravvenzione di getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.) – per avere nei giorni precedenti gettato dal balcone di casa (dal sesto piano) scatole di pasta, barattoli di pelati, bottiglie di passata di pomodoro, scatole di biscotti e confezioni di formaggio).

La pronuncia ha avuto anche il rilevante pregio di risolvere un grave problema applicativo relativamente alla individuazione del termine massimo di durata della misura di sicurezza in caso di concorso di reati.

Nel caso di specie, infatti, è venuta in rilievo l'ipotesi del concorso tra un delitto (le lesioni) e una contravvenzione (il getto pericoloso di cose): dal momento che, ai sensi dell'art. 222, 1° co., c.p., il ricovero in O.P.G. non può essere disposto in relazione a una contravvenzione, il termine di durata massima della misura deve essere individuato facendo riferimento al delitto. Non già perché rappresenta il reato più grave, ma perché è l'unico a costituire il presupposto per l'applicazione della misura.

Nel caso di pluralità di reati-presupposto, il termine massimo dovrebbe essere rapportato non alla pena derivata dal cumulo delle pene dei reati concorrenti, ma a quella prevista per il più grave dei reati in concorso. Il criterio dell'assorbimento è infatti utilizzato all'art. 209 c.p. per disciplinare il concorso tra misure di sicurezza da applicare ad una persona giudicata per più fatti: *"Quando una persona ha commesso, anche in tempi diversi, più fatti per i quali siano applicabili più misure di sicurezza della medesima specie, è ordinata una sola misura di sicurezza"*<sup>16</sup>.

#### **11. La natura amministrativa delle misure di sicurezza e l'inoperatività del principio della fungibilità della detenzione tra pene e misure di sicurezza detentive. Inosservanza di misure di sicurezza.**

Fino agli Anni Settanta la giurisprudenza ha prevalentemente ritenuto che la natura delle misure di sicurezza fosse amministrativa perché così sono definite nel codice e perché in questo senso depongono i lavori preparatori. Anche la giurisprudenza successiva degli Anni Novanta ha, infatti, condivisibilmente statuito che la sentenza non passa mai in giudicato per quanto concerne le misure di sicurezza, data la natura sostanzialmente amministrativa di queste, la loro modificabilità e revocabilità, e l'applicabilità *ex officio* persino dopo la sentenza nei casi indicati dall'art. 205 c.p.

Il problema non è solo accademico. Pene e misure di sicurezza non possono ritenersi fungibili: si pensi alla detenzione presofferta, a titolo di

---

<sup>16</sup> C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, II ed., Milano, 2017, p. 706.

misura cautelare, da persona che nel corso del procedimento appaia essere non imputabile, poniamo per totale infermità mentale, e socialmente pericolosa. Anche da parte di chi ritiene la natura *lato sensu* penale della misura di sicurezza si deve concludere che il periodo di tempo trascorso in custodia cautelare non può essere computato agli effetti della durata della misura di sicurezza.

La custodia cautelare non vale come anticipata esecuzione di una misura di sicurezza detentiva: questa si pone con contenuti volti alla prevenzione speciale della pericolosità stessa, nonché al trattamento del soggetto riconosciuto socialmente pericoloso.

Quanto scontato in regime di custodia cautelare non è idoneo a soddisfare tali esigenze. Se la condizione di non imputabilità fosse già stata rilevata si sarebbe addivenuti all'applicazione provvisoria della misura di sicurezza (art. 206 c.p., nella quale ipotesi, ovviamente, il problema della fungibilità tra pena e misura di sicurezza nemmeno sorge).

A soluzione diversa si perviene per il caso in cui il soggetto ritenuto pericoloso sia stato sottoposto a misura provvisoria e, successivamente riconosciutane la imputabilità, condannato a pena detentiva: se la misura di sicurezza importava la restrizione della libertà personale, il tempo trascorso in esecuzione della misura provvisoria va detratto dal *quantum* di pena irrogato (c'è stata una limitazione della libertà personale, che non può essere raddoppiata o comunque aggravata quando la sua causa ultima è la realizzazione del reato per cui v'è stato procedimento penale)<sup>17</sup>.

La conferma viene dal disposto dell'art. 657 c.p.p., se la misura non è stata poi applicata definitivamente, della misura provvisoria si terrà conto nella determinazione della pena detentiva da eseguire (la mancata applicazione definitiva sta a significare che non sussistevano ragioni che giustificassero la misura di sicurezza detentiva: l'applicazione provvisoria, pertanto, ha significato nient'altro che privazione della libertà personale della quale si deve tener conto irrogando, in concreto, la pena).

L'esecuzione della libertà vigilata, in conseguenza dell'unificazione di più misure di sicurezza della medesima specie, applicate, con sentenze penali di condanna, per fatti commessi in tempi diversi, è correttamente disposta, ai sensi degli artt. 211 e 212 c.p.p. dopo che le pene detentive sono state scontate e

---

<sup>17</sup> Cass. pen, Sez. I, 13 aprile 1996, n. 1534.

completamente eseguite, a nulla rilevando i periodi di detenzione a qualsiasi altro titolo sofferti, in quanto il principio della fungibilità della detenzione non opera tra pene e misure di sicurezza detentive<sup>18</sup>: sicché il periodo trascorso in custodia cautelare o in espiazione di pena non può mai valere come anticipata esecuzione di misura di sicurezza. Mentre, ai fini del computo dei termini di durata massima della custodia cautelare, può tenersi conto, ai sensi dell'art. 297 c.p.p., dell'internamento per la misura di sicurezza (quindi, la custodia cautelare risulta compatibile con l'internamento per misura di sicurezza).

Infatti, ai sensi dell'art. 297, ultimo comma, c.p.p.: "(...) Ai soli effetti del computo dei termini di durata massima, la custodia cautelare si considera compatibile con lo stato di detenzione per esecuzione di pena o di internamento per misura di sicurezza".

b) può solo, ai fini della determinazione della pena detentiva da espianare, tenersi conto, ai sensi dell'art. 657 c.p.p., oltre che della custodia cautelare, anche della misura di sicurezza detentiva provvisoriamente applicata, sempre che questa non sia divenuta definitiva.

La Suprema Corte è stata ferma nel ribadire che il principio della fungibilità della detenzione non opera fra pena e misura di sicurezza detentiva, ammesso che quest'ultima non sia stata provvisoriamente applicata in corso di contrasti cautelari, nel qual caso lo stato di ininterrotta privazione della libertà personale dell'imputato anche se reperibile in parte di custodia cautelare e in parte di applicazione provvisoria di misure di sicurezza, rileva, per gli effetti di cui all'art. 137 c.p.p., come unitario periodo di carcerazione preventiva, detraibile dalla pena che venga successivamente inflitta all'imputato con la sentenza irrevocabile<sup>19</sup>.

Tale criterio, però, non trova applicazione nel caso in cui vengano applicate definitivamente anche le misure di sicurezza, poiché l'intero periodo di privazione della libertà personale non può essere computato, ad un tempo, come internamento per misure di sicurezza detentiva e come espiazione della pena inflitta. Detto principio è stato recepito anche dal nuovo c.p.p. nel prevedere nell'art. 657 c.p.p. che, nel determinare la pena detentiva da eseguire, si computi oltre alla custodia cautelare la misura di sicurezza detentiva provvisoriamente applicata, sempre che questa non sia divenuta definitiva.

---

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. I, 21 settembre 1995, n. 4077.

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. I, 21 novembre 1990, n. 310, in <https://www.cortedicassazione.it>.

L'ultima conferma di quanto sopra esposto è costituita dalla disciplina dell'inosservanza di misure di sicurezza: se un condannato a pena detentiva si sottrae all'esecuzione della pena, commette il reato di evasione (art. 385 c.p.). Qualora, invece, una persona sottoposta a misura di sicurezza detentiva si sottragga volontariamente alla esecuzione di essa, l'art. 215 c.p. prevede che ricominci a decorrere nuovamente il periodo minimo di durata della misura dal giorno in cui a questa è data nuovamente esecuzione; tale disposizione non si applica(va) nel caso di persona ricoverata in un O.P.G. o in una casa di cura e di custodia (oggi in una R.E.M.S.).

La condotta dell'internato che si sottrae all'esecuzione della misura può essere presa in considerazione agli effetti del giudizio di riesame della pericolosità sociale.

## **12. Casi di sospensione o di trasformazione.**

La regola generale dell'esecuzione congiunta di pene e misure di sicurezza prevede che le misure di sicurezza detentive siano eseguite dopo che la pena è stata scontata o è altrimenti estinta (art. 211 c.p.). Nondimeno, nei casi in cui nei confronti di un condannato a pena detentiva sia ordinato anche il ricovero in casa di cura e di custodia (oggi eseguito nelle R.E.M.S.), il giudice, tenuto conto delle particolari condizioni d'infermità psichica del condannato, può disporre che il ricovero venga eseguito prima che sia iniziata o abbia termine l'esecuzione della pena restrittiva della libertà personale; tuttavia, il condannato, una volta dimesso dalla casa di cura e di custodia è sottoposto all'esecuzione della pena (art. 220, 2° co., c.p.).

Si tratta di una disciplina rigida, figlia anch'essa dell'assenza di fungibilità tra i titoli di privazione della libertà personale.

Nell'art. 212 c.p. il legislatore ha inteso disciplinare il potere del giudice di sorveglianza competente anche per l'esecuzione delle misure di sicurezza, stabilendo le ipotesi in cui esse vengono sospese (per dare la precedenza all'esecuzione di una pena) ovvero i casi nei quali, a seguito della verifica della sussistenza di precisi presupposti, esse possono essere trasformate per sopravvenuta infermità psichica.

Ai sensi dell'art. 212, 3° co., c.p., se la persona sottoposta a misura di sicurezza detentiva è colpita da infermità psichica e ricoverata in R.E.M.S.,

quando sia cessata l'infermità psichica, il giudice, accertata la persistenza della pericolosità sociale, può ordinare la trasformazione della misura per cessazione o assenza di infermità, disponendo che l'internato sia assegnato ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro, se non crede di sottoporlo a libertà vigilata.

Il magistrato di sorveglianza, per trasgressione agli obblighi conseguenti alla sottoposizione alla libertà vigilata ex art. 231 c.p., può imporre una cauzione<sup>20</sup>, ma può altresì aggravare la misura di sicurezza, ai sensi della predetta norma, sostituendo, ad esempio, la libertà vigilata in casa di lavoro<sup>21</sup> e ulteriormente trasformandola in casa di cura e di custodia<sup>22</sup>. Nulla vieta che il giudice, in seguito, attenui nuovamente la misura di sicurezza detentiva in libertà vigilata, magari prorogandola<sup>23</sup>.

### **13. La scomparsa di ogni forma di presunzione legale di pericolosità e la revoca della misura di sicurezza.**

Ai sensi dell'art. 207, 1° co., c.p., le misure di sicurezza non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose (il 2° comma dell'art. 207 c.p. oltre che essere stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con la sentenza 5 aprile 1974, n. 110<sup>24</sup>, è stato anche abrogato dall'art. 89, l. n. 354/75). Ne deriva il divieto di revocare la misura di sicurezza quando non sia cessata la pericolosità sociale.

A completamento della sintetica disciplina esposta, si ricorda l'importante sentenza additiva della Corte Cost. 28 luglio 1983, n. 249<sup>25</sup>, in base alla quale la misura di sicurezza può essere ordinata soltanto dopo il previo accertamento della pericolosità sociale: come si afferma, la misura di sicurezza

---

<sup>20</sup> Cass. pen., Sez. I, 10 febbraio 2009, n. 23032; conf. Cass. pen., Sez. I, 7 novembre 2002, n. 134; Cass. pen., Sez. I, 11 marzo 1996, n. 1534, in <https://www.avvocato.it>.

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. 31 gennaio 2014, n. 4717, in <https://www.cortedicassazione.it>.

<sup>22</sup> Cass. pen., 9 luglio 2020, n. 23857, in <https://www.cortedicassazione.it>; conf. Cass. pen., 9 giugno 2005, n. 27423, in <https://www.cortedicassazione.it>.

<sup>23</sup> Ufficio di Sorveglianza di Roma, SIUS n. 2021/14830, ord. 20 luglio 2021, n. 4530, inedita.

<sup>24</sup> Con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 207, terzo comma, del codice penale, nella parte in cui attribuisce al Ministro di grazia e giustizia - anziché al giudice di sorveglianza - il potere di revocare le misure di sicurezza, nonché, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale del secondo comma dello stesso articolo 207 del codice penale, in quanto non consente la revoca delle misure di sicurezza prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge, <https://giurcost.org>.

<sup>25</sup> In Gazzetta Ufficiale, 1.a Serie Speciale - Corte Costituzionale n.212 del 3 agosto 1983.

“sta e cade con la pericolosità”<sup>26</sup> (ora, si potrebbe aggiungere, con il termine di durata massimo della pena edittale prevista).

Altrettanto importante è la scomparsa di ogni forma di presunzione legale di pericolosità, conseguente all’abrogazione dell’art. 204 c.p., che prevedeva espresse ipotesi di pericolosità sociale presunta *iuris et de iure* nei casi di dichiarazione di abitualità, professionalità nel reato e di tendenza a delinquere, non ammettendosi prova contraria, disposta dall’art. 31, n. 1, l. 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge “Gozzini”), che ha espressamente cancellato il sistema presuntivo, per cui tutte le misure di sicurezza sono ordinate previo accertamento in concreto della pericolosità sociale del soggetto.

Anche la Corte Costituzionale è intervenuta più volte sul tema, dichiarando l’illegittimità di specifiche presunzioni di pericolosità (del minore non imputabile, del prosciolto per infermità di mente, del semi infermo di mente), ed in particolare, con la sentenza 30 novembre 1988, n. 1102, ha statuito che l’accertamento dello stato soggettivo deve riguardare non soltanto il momento in cui la misura è ordinata, ma anche quello dell’esecuzione (il quale, anzi, sembra essere quello veramente rilevante)<sup>27</sup>. Pertanto, la pericolosità deve essere accertata, caso concreto per caso concreto, al momento in cui la misura di sicurezza è ordinata, anzi, al momento in cui la misura è eseguita.

Se la pericolosità sociale deve sussistere al momento della effettiva sottoposizione a misura di sicurezza, a maggior ragione non sembra avere molto senso chiedersi se il presofferto in custodia cautelare debba essere considerato ai fini della durata minima della misura di sicurezza.

A conclusione del discorso, si evidenzia un notevole problema: manca l’affermazione netta e precisa in norma di legge che la misura di sicurezza viene

---

<sup>26</sup> Nella giurisprudenza di legittimità, tra le altre, si veda Cass. pen., Sez. I, 8 maggio 2019, n. 35996, in <https://www.cortedicassazione.it>: “In tema di misure di sicurezza, dopo la modifica introdotta dall’art. 31, comma 2, legge 10 ottobre 1986, n. 663, la loro applicazione, ivi compresa quella prevista dall’art. 417 c.p., può essere disposta, anche da parte del giudice della cognizione, soltanto dopo l’espresso positivo scrutinio dell’effettiva pericolosità sociale del condannato, senza il ricorso ad alcuna forma di presunzione giuridica, ancorché qualificata come semplice”.

<sup>27</sup> Con la sentenza 30 novembre 1988 (dep. 13 dicembre 1988), n. 1102, in <https://giurcost.org>, la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 219, 3° co., c.p., nella parte in cui, per i casi ivi previsti, subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia al previo accertamento della pericolosità sociale, derivante dalla seminfermità di mente, soltanto nel momento in cui la misura di sicurezza viene disposta e non anche nel momento della sua esecuzione.

meno quando, anche prima della scadenza del termine c.d. minimo, sia accertata la cessazione della pericolosità: è proprio di *presunzione di durata minima* che non dovrebbe parlarsi se il venir meno della pericolosità, anche prima del termine di cosiddetta durata minima, preclude il protrarsi della misura di sicurezza.

Per l'originario art. 208 c.p., il giudice procedeva, infatti, al riesame della pericolosità, "decorso il periodo minimo di durata, stabilito dalla legge per ciascuna misura di sicurezza". E l'art. 207, 2° co., c.p. ribadiva che la misura di sicurezza non poteva essere revocata "se non è decorso un tempo corrispondente" a tale durata minima. Trattatavasi, evidentemente, di *presunzione pressoché assoluta*, fatta eccezione per il potere riconosciuto al Ministro della giustizia di revocare la misura anche prima del decorso del corrispondente periodo minimo (art. 207, 3° co., c.p.).

Secondo un primo punto di vista, ancorato ad una stretta interpretazione letterale, in mancanza di una necessaria specificazione, volta a chiarire come la revoca possa essere ordinata anche prima del termine minimo di cui all'art. 208 c.p., la misura di sicurezza potrebbe essere rimossa in anticipo solo alla stregua di quanto dettato dall'art. 208 c.p. vale a dire se, risultando il soggetto ancora pericoloso alla scadenza del primo termine, il giudice fissi un nuovo termine per un esame ulteriore, con la possibilità di procedere a nuovi accertamenti se vi sia ragione di ritenere che la pericolosità sia cessata.

Tale presunzione di durata è stata mutata in *presunzione relativa*, dalla Corte cost. con la sent. 23 aprile 1974, che ha dichiarato illegittimi: a) il divieto della revoca della misura di sicurezza, di cui all'art. 207, 2° co., c.p.; b) nonché l'art. 207, 3° co., c.p., nella parte in cui attribuiva al Ministro della giustizia, anziché al giudice di sorveglianza, il potere di revocare le misure di sicurezza. Potere che, per effetto degli artt. 69 e 70 del nuovo Ordinamento penitenziario, veniva affidato alla Sezione di sorveglianza e che ora, per effetto dell'art. 21, l. n. 663/1982, spetta al magistrato di sorveglianza.

Pertanto, sembra oggi senz'altro invocabile l'art. 69, 4° co., l. n. 354 del 1975, il quale dispone che il magistrato di sorveglianza "*provvede al riesame della pericolosità ai sensi del 1° e 2° co. dell'art. 208 c.p., (...) nonché all'applicazione, esecuzione, trasformazione o revoca, anche anticipata, della misura di sicurezza*".

Anche per la migliore dottrina, dopo l'introduzione dell'istituto della revoca anticipata, si verifica la *presunzione relativa* della persistenza di tale pericolosità vincibile con accertamento contrario, qualora sussistano *fondati*

*motivi* per ritenere che la pericolosità sia cessata<sup>28</sup>: cioè, sarebbe ammissibile un accertamento prima della scadenza di quello minimo stabilito *ex lege*, in sintonia con i poteri di revoca anticipata della misura che ora la legge attribuisce al magistrato, fermo restando l'obbligo di motivare adeguatamente tale scelta discrezionale. E con tale riesame anticipato è possibile porre rimedio anche alle situazioni in cui alla pericolosità presunta non fa riscontro una effettiva pericolosità criminale.

---

<sup>28</sup> F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Wolter Kluwer - Cedam, 2017, p. 685-686.

SEZIONI UNITE – SENTENZA – (UD. 18.01.2024) 17.04.2024 – 16153/2024 – PRES. CASSANO – RED. ANDREAZZA

RISPOSTA ALLA “CHIAMATA DEL PRESENTE” – DELITTO DI CUI ALL’ART. 5 L. N. 645 DEL 1952 – DELITTO DI CUI ALL’ART. 2, COMMA 1, D. L. N. 122 DEL 1993, CONVERTITO IN L. N. 205 DEL 1993 – SALUTO ROMANO – CONFIGURABILITÀ - CONDIZIONI

### **Ritenuto in fatto**

*Omissis*

### **Considerato in diritto**

1. *Le questioni di diritto per le quali i ricorsi sono stati rimessi alle Sezioni Unite sono le seguenti:*

*“Se la condotta tenuta nel corso di una pubblica manifestazione consistente nella risposta alla ‘chiamata del presente’ e nel ‘saluto romano’ rituali evocativi della gestualità propria del disciolto partito fascista, sia sussumibile nella fattispecie incriminatrice di cui all’art. 2 del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, nella legge 25 giugno 1993, n. 205 ovvero in quella prevista dall’art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645”;*

*“Se, inoltre, le due disposizioni configurino un reato di pericolo concreto o di pericolo astratto e se i due reati possano concorrere oppure le relative norme incriminatrici siano tra loro in rapporto di concorso apparente”.*

2. *E’ necessario, preliminarmente, ai fini della stessa comprensione del riepilogo degli itinerari argomentativi delle pronunce delle sezioni semplici che hanno animato il contrasto giurisprudenziale, dare conto dello sfondo normativo sul quale quest’ultimo si è dipanato e racchiuso, essenzialmente, tra le due norme già indicate nella ordinanza di rimessione.*

*Il primo versante normativo è costituito dal già citato art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645 (cd. Legge “Scelba”) che, subentrato al precedente storico rappresentato dalla legge 3 dicembre 1947, n. 1546, e modificato sul punto dall’art. 11 legge 22 maggio 1975 n. 152, sanziona, sotto il nome di «Manifestazioni fasciste», «chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste» (in particolare, rispetto alla originaria versione, il sintagma «a pubbliche riunioni» è subentrato all’avverbio «pubblicamente» e quello di «ovvero di organizzazioni naziste» è stato semplicemente aggiunto dalla legge n. 152 del 1975).*

Tale norma è chiaramente diretta a predisporre una tutela anticipata del bene giuridico protetto, sanzionando condotte prodromiche alla ricostituzione del partito fascista e, allo stesso tempo, di "inoculazione", anche subdola, della ideologia fascista, sia pure solo attraverso manifestazioni, gestuali o simboliche. Essa ha composto, insieme alle restanti disposizioni introdotte dalla medesima legge, tra cui vanno significativamente ricordate l'art. 1, norma definitoria della nozione di «riorganizzazione del disciolto partito fascista» (modificato dall'art. 7, legge 22 maggio 1975, n. 152), e l'art. 4, sanzionante la «apologia del fascismo», il "meccanismo" normativo con cui la Repubblica Italiana ha appositamente "dato corpo" alla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, che vieta «la riorganizzazione sotto qualsiasi forma del disciolto partito fascista».

Il secondo polo normativo è dato dall'art. 2 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, che, rubricato sotto il titolo «Disposizioni di prevenzione», sanziona, al comma 1, «chiunque, in pubbliche riunioni, compie manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri od usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654», in tal modo, pertanto, ricollegandosi alla norma che, abrogata dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 e trasfusa, senza variazioni, nell'art. 604-bis, secondo comma, primo periodo, cod. pen., intitolato «Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa», vietava e continua dunque a vietare «ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi [ ... ]»

L'art. 2 legge n. 205 del 1993, ispirato) alla necessità di innovare il tessuto della legge 13 ottobre 1975 n. 654 (C.d. "legge Reale") con cui, in precedenza, si era data esecuzione alla Convenzione di York del 7 marzo 1966 contro la discriminazione razziale, è quindi insorto nel panorama normativo a lunga distanza di tempo dall'art. 5 legge n. 645 del 1952 e, sia pure specularmente "ricalcato", anch'esso, sul compimento, sempre in pubbliche riunioni, di manifestazioni esteriori o sull'ostentazione di simboli, se ne differenzia significativamente per il contenuto, da rapportare, attraverso la "mediazione" normativa del collegamento alle organizzazioni e ai gruppi di cui all'art. 3 legge n. 654 del 1975, alla evocazione delle idee di discriminazione o di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi proprie, appunto, di dette entità.

3. E' tra le predette coordinate normative che, dunque, si è formata, nella giurisprudenza della Corte, la divergenza di orientamenti, segnalata dalla ordinanza di rimessione, in ordine alla individuazione della norma di diritto penale sostanziale cui

riportare, specificamente, la condotta del "saluto romano", il più delle volte (o usualmente) effettuata in risposta alla "chiamata del presente" (secondo un rituale di cui più oltre si dirà) tenuta nel corso di una pubblica manifestazione giacché, appunto, alcune pronunce hanno optato per la configurabilità del reato di cui all'art. 5, legge 20 giugno 1952, n. 645, mentre altre hanno invece ritenuto di dovervi ravvisare la fattispecie di cui all'art. 2 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205.

4. Prendendo le mosse dal primo orientamento, va rilevato che la gran parte delle pronunce annoverabili in esso (ed in, effetti annoverate come tali anche dalla ordinanza di rimessione) appare semplicemente "recepire" la qualificazione giuridica delle condotte adottata dai giudici di merito e non contestata nei motivi di impugnazione, senza spiegare il perché della ascrizione all'una o all'altra delle due norme. Dando quindi per assodata la veste giuridica della condotta, le sentenze si risolvono essenzialmente nello spiegare perché la motivazione della pronuncia impugnata che ha ritenuto sussistente il pericolo concreto del reato (contrassegnante, come oltre si dirà, la fattispecie) o, viceversa, lo abbia ritenuto insussistente, sia logica e congrua ovvero, al contrario, illogica (Sez. 1, n. 12049 del 17/02/2023, Polacchi, non mass.; sez. 1, n. 10569 del 25/01/2021, Cannizzaro, non mass.; Sez. 1, n. 36162 del 18/04/2019, Alberga, Rv. 277526 01; Sez. 1, n. 8108 del 14/12/2017, dep. 2018, Clemente, non mass.; Sez. 1, n. 28298 del 20/07/2016, dep. 2017, Valentino», sez. 1, n. 11038 del 02/03/2016, dep. 2017, Goglio, non mass.; Sez. 1, n. 37577 del 25/03/2014, Bonazza, Rv. 259826 - 01). Così, quindi, si spiega anche perché, occupandosi alcune di dette sentenze, in particolare, della già ricordata manifestazione del 29 aprile tenutasi in Milano in differenti anni, le stesse siano poi giunte ad esiti differenti (e cioè di annullamento della sentenza ovvero di rigetto o inammissibilità del ricorso), e tuttavia, allo stesso tempo, del tutto compatibili tra loro proprio in ragione dei diversi connotati e della diversa correttezza logico-argomentativa della motivazione oggetto del sindacato di legittimità.

Deve essere invece specificamente menzionata, perché intervenuta segnatamente a individuare l'ambito giuridico cui ricondurre la fattispecie, Sez. 1, n. 7904 del 12/10/2021, dep. 2022, Scordo, Rv. 282914 - 02, che, anch'essa giudicando di fatti intervenuti sempre in occasione della manifestazione del 29 aprile in Milano, ha spiegato diffusamente 11a ragione della opzione in favore dell'art. 5, legge cit., condivisa, in quell'occasione, dal Tribunale di Milano, ma disattesa dalla Corte di appello.

In particolare la pronuncia ha sottolineato come le due norme già considerate riguardino un diverso ambito applicativo, la prima concernendo manifestazioni usuali o

proprie e, dunque, evocative del disciolto partito nazionale fascista, e la seconda, invece, manifestazioni proprie o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 3, legge n. 654 del 1975. Da qui discenderebbe, dunque, come la prima disposizione sanzioni manifestazioni di una organizzazione "storica" e la seconda, invece, manifestazioni di una organizzazione o di un gruppo operanti nel momento in cui venga posta in essere la condotta penalmente rilevante. Solo nella seconda, inoltre, il pericolo sarebbe presunto «in ragione della indefettibile correlazione con il 'gruppo' che, ad oggi, effettui una reale attività di incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, «con primaria necessità di identificazione del 'gruppo' cui le condotte di proselitismo accedono». Le due norme, quindi, regolando condotte diverse, non potrebbero neppure porsi in rapporto di specialità, dovendo a tal fine il confronto essere operato tra le fattispecie considerate in astratto e tra gli elementi costitutivi alla stregua degli insegnamenti della Sezioni Unite, e non rilevando il profilo del pericolo, giacché attinente ai profili estrinseci della punibilità delle condotte e non, appunto, alla struttura astratta delle due fattispecie.

Di qui, in definitiva, la conclusione per cui «lì dove la dimensione fattuale descritta nella contestazione risulti incentrata esclusivamente sulla manifestazione esteriore del disciolto partito fascista — in contesto commemorativo — senza previa identificazione e connotazione del gruppo o della associazione esistente oggi cui accedono le condotte [...], l'unica disposizione incriminatrice applicabile è [ ... ] quella dell'art. 5 legge n. 645 del 1952», restando inoltre possibile che la norma possa concorrere con l'art. 2, legge n. 205 del 1993 ove i gruppi attuali «utilizzino la medesima simbologia e ostentino in pubbliche riunioni le medesime manifestazioni del partito fascista, facendole proprie».

5. Venendo al secondo indirizzo interpretativo, volto ad affermare la configurabilità dell'art. 2 legge cit., le sentenze ad esso riconducibili, con l'eccezione di cui oltre si dirà, appaiono limitarsi, senza affrontare i confini di delimitazione e differenziazione della fattispecie rispetto all'art. 5 legge cit., a convalidare l'affermazione dei giudici di secondo cui il saluto romano costituirebbe una manifestazione «che rimanda all'ideologia fascista e ai valori politici di discriminazione razziale ed intolleranza» (Sez. 1, n. 20450 del 08/03/2016, De Sabbata ed altri, non mass.), ovvero, sulla stessa identica linea, una manifestazione «che rimanda all'ideologia fascista e quindi ad una ideologia politica discriminante e intollerante» (Sez. 1, n. 25184 del 04/03/2009, Saccardi, Rv. 243792 - 01). Ed in questo stesso novero può inserirsi Sez. 3, n. 37390 del 10/07/2007, Sposato, Rv. 237311 01 che, pur avendo riguardo non alla manifestazione gestuale del saluto

romano ma alla ostentazione del tricolore con fascio littorio durante una partita di calcio, è giunta a ravvisare integrato il reato di cui all'art. 2, legge cit., affermando che il fascio littorio «è collegato da tutti i consociati al regime fascista che è stato l'ultimo utilizzatore del simbolo».

Tali pronunce, in altri termini, sembrerebbero individuare nel "saluto romano" (o, come appena visto, nella ostentazione (del simbolo evocativo del regime fascista) una diretta espressione di ideologia discriminatoria, discendente ipso iure da quella fascista, e, per ciò solo, idonea ad inquadrare il fatto nel reato ex art. 2 cit. e, allo stesso tempo, tuttavia, a sottrarlo all'ambito di applicazione dell'art. 5, legge cit., per di più indipendentemente dalla necessità di un collegamento alle organizzazioni o ai gruppi indicati nel d.l. n. 122 del 1993, collegamento menzionato, invece, espressamente da Sez. 1, n. 21409 del 27/03/2019, Leccisi, Rv. 275894 - 01 (avente ad oggetto una seduta consiliare comunale riguardante la discussione di temi di sicurezza, coesione sociale, polizia locale e volontariato), anch'essa giunta a ritenere integrato il reato di cui all'art. 2, legge cit.

E tale impostazione appare condivisa da Sez. 1, n. 26019 del 10/02/2023, Armetta, non mass., avente ad oggetto una sfilata per il centenario dei "fasci di combattimento", che, pur richiamandosi espressamente a Sez. 1, Scordo, cit. (espressiva, come visto, del primo orientamento e, dunque, negando un rapporto di specialità tra le due norme, non appare chiarire perché, in relazione ad un evento così direttamente evocativo del regime fascista, sarebbe integrato l'art. 2 cit. e non, invece, l'art. 5 cit.

Si spiega così perché l'unica sentenza, tra quelle ricordate anche dalla ordinanza di rimessione, che ha dedicato una diffusa e articolata motivazione al tema dei rapporti tra le due fattispecie e ai criteri interpretativi che consentirebbero, alla fine, di individuare nell'art. 2 legge n. 205 del 1993 la norma correttamente applicabile alla manifestazione gestuale del "saluto romano", sia Sez. 1, n. 3806 del 19/11/2021, dep. 2022, Buzzi, Rv. 2825DO - 01 (relativa a sfilata organizzata da Unione nazionale combattenti RSI e Associazione nazionale arditi di Italia per i "caduti della rivoluzione fascista").

La sentenza premette che la norma dell'art. 5, legge cit. sarebbe speciale rispetto a quella dell'art. 2 legge cit. perché le «due disposizioni sarebbero identiche sia sotto il profilo sanzionatorio che sotto quello delle condotte, "del tutto sovrapponibili"; ciononostante il primo reato si distinguerebbe dal secondo per la presenza dell'elemento specializzante del «pericolo di ricostituzione del partito fascista e delle sue idee», pericolo di natura concreta; allo stesso tempo, le ideologie di natura "fascista" rientrerebbero ex se

*in quelle discriminatorie e razziste della legge Mancino in forza di una presunzione ex lege, mentre, per le organizzazioni che non si richiamano alla ideologia fascista, sarebbe compito del giudice verificare e dimostrare che le stesse siano ispirate da idee discriminatorie e razziste e che invitino a compiere gli atti illeciti indicati dalla norma. Di qui la ritenuta configurabilità, a fronte della mancata contestazione del pericolo di ricostituzione del partito fascista, del reato art. 2 legge cit. di cui andrebbe comunque verificata, secondo un parametro proprio del pericolo concreto, «la idoneità della relativa condotta a determinare il pericolo di diffusione delle idee fasciste e perciò discriminatorie e razziste».*

*6. Così, dunque, ricostruito il contrasto giurisprudenziale come sviluppatosi nella sua effettiva dimensione, le Sezioni Unite ritengono anzitutto che la soluzione da dare alla questione circa la corretta qualificazione giuridica della condotta in esame richieda necessariamente di soffermarsi sui tratti distintivi dei reati rispettivamente disciplinati dalle due norme e sui rapporti tra le stesse intercorrenti.*

*6.1. Non può esservi dubbio, in primo luogo, che entrambe le norme coincidano quanto alla condotta materiale che, in entrambi i casi, consiste nel compimento di manifestazioni tenute partecipando a pubbliche riunioni, solo distinguendosi in virtù del diverso contenuto delle stesse, individuate, nell'art. 5 cit., in quelle usuali del «disciolto partito fascista» di cui, evidentemente, alla XII disp. trans. fin. Cost., e, nell'art. 2 cit., in forza del richiamo all'art. 3, legge n. 654 del 1975, in quelle proprie od usuali dei «movimenti, gruppi, associazioni aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza [...]».*

*Sicché, ad un nucleo comune, rappresentato, appunto, dal compimento di manifestazioni durante pubbliche riunioni, si affianca un elemento di sicura differenziazione dato dalle diverse entità cui rapportare le esibizioni tenute.*

*6.2. Diverso è, del resto, anche il bene giuridico tutelato.*

*6.2.1. Quanto al reato di cui all'art. 5 cit., caratterizzato, come si vedrà subito oltre, quale reato "di pericolo concreto", il giuridico leso dalle condotte, qualificate dalla dottrina come di "esibizionismo fascista", non può non essere strettamente correlato alla stessa ragione storica e "costituzionale" posta a fondamento della introduzione della norma, contenuta in una legge significativamente intitolata «norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione», ovvero di quella disposizione che vieta la «riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista». Di qui, dunque, la necessaria conseguenza, scolpita nelle pronunce della Corte,*

per cui il bene giuridico deve essere identificato nell' "ordinamento democratico" (Sez. 1, n. 36162 del 18/04/2019, *Alberga*, 277526 - 01; sez. 1, n. 11038 del 02/03/2016, dep. 2017, *Goglio*, Rv. 269753 - 01; sez. 1, n. 37577 del 25/03/2014, *Bonazza*, Rv. 259826 - 01) o, meglio ancora, "costituzionale", cui viene apprestata una tutela anticipata in relazione a manifestazioni che, in connessione con la natura pubblica delle stesse, espressamente richiesta dalla norma, possono essere tali da indurre alla ricostituzione di un partito che, per la sua ideologia antidemocratica, e per espressa previsione appena sopra richiamata, contenuta nella stessa Carta del 1948 (XII, disp. trans. fin. Cost.), è contraria all'assetto costituzionale.

E del resto, come si trae dalle plurime sentenze della Corte costituzionale intervenute sul punto, proprio perché l'obiettivo di "bandire" dall'orizzonte democratico dello Stato la ricostituzione del partito fascista è stato reputato talmente primario" da avere formato oggetto, all'interno della stessa Costituzione, di una specifica disposizione (quella appunto sub XII disp. trans. fin.), non potrebbe dubitarsi della legittimità costituzionale, sotto il profilo della conciliabilità con il principio della libera manifestazione del pensiero dell'art. 21 Cost., di una previsione che mira a sanzionare financo le condotte prodromiche ad una tale ricostituzione, purché "coniugate" con elementi modali e spaziali (ovvero lo svolgimento in "pubbliche riunioni") idonei a renderle idonee «a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste» (Corte cost., sent. n. 74 del 1958).

Tali principi sono stati successivamente enunciati da Corte cost., sent. n. 15 del 1973, secondo cui il reato postula l'accertamento che le manifestazioni, per le circostanze di tempo e di luogo e per le obiettive caratteristiche, siano comunque «idonee a far sorgere il pericolo di ricostituzione del partito fascista», aggiungendosi, ancora una volta, che non può sostenersi l'illegittimità costituzionale di una norma attuativa del disposto di una previsione di natura chiaramente costituzionale che pone dei limiti all'esercizio di diritti di libertà enunciati dagli invocati precetti degli artt. 17 e 21 Cost. In seguito sono stati ribaditi da Corte cost., sent. n. 254 del 1974, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 7 legge n. 645 del 1952, ove si precisa che la XII disp. trans. fin. Cost. «ha conferito in modo tassativo al legislatore non solo la potestà - dovere di fissare sanzioni penali in caso di violazione del divieto costituzionale di ricostituzione del disciolto partito fascista ma anche di ricercare il modo e le forme più idonei e più incisivi per la realizzazione della pretesa punitiva pur nella salvaguardia dei diritti fondamentali che la Costituzione riconosce a tutti i cittadini al fine di combattere, più efficacemente e

*sollecitamente possibile, quel pericolo che la citata disposizione, in accordo con l'ispirazione antifascista della nostra Costituzione, ha inteso direttamente e imperativamente prevenire».*

*E tali approdi conservano pienamente la loro validità anche allo stato attuale, considerato l'immutato assetto dei "valori in gioco", dei quali, come a suo tempo icasticamente sottolineato, «lo stesso costituente ha voluto farsi interprete vincolante» (Corte coste, sent. n. 254 del 1974).*

*Appare opportuno, sul punto, del resto, richiamare che già il Presidente del Consiglio De Gasperi, nella relazione davanti al Senato sulla legge 20 giugno 1952, n. 645, aveva a sottolineare che scopo della legge era quello di «garantire, con concreta efficacia, il Paese contro l'azione di associazioni o movimenti che perseguano, sotto qualsiasi forma, la riorganizzazione del disciolto partito fascista e di prevenire, perciò, la possibilità che risorgano movimenti politici che si sono addimostrati nefasti e deleteri per il Paese e contro i quali la Costituzione ha sancito un espresso divieto».*

*Né, certamente, in tale ottica, la integrazione della norma operata nel 1975 mediante l'inserimento delle «organizzazioni naziste» tra le organizzazioni le cui manifestazioni rilevano penalmente, al pari del «disciolto partito fascista», potrebbe permettere oggi di giungere, sol per questo, a diverse conclusioni, tenuto conto del riferimento, anche in tal caso, ad una ideologia ugualmente storicamente definita e parimenti platealmente incompatibile con i valori democratici e costituzionali, omologa, su tale piano, a quella fascista.*

*6.2.2. Dunque, proprio per quanto fin qui detto, non la tutela del mero "ordine pubblico materiale" deve ritenersi venire nella specie in gioco (come pure ritenuto, quasi che si trattasse di questione circoscritta a garantire la sola pacifica convivenza dei consociati, da un non condivisibile indirizzo dottrinario), ma, in una visione di ben più ampio respiro, la stessa tavola dei valori costituzionali e democratici fondativi della Repubblica, efficacemente riassumibili nel bene dell'ordine pubblico democratico o costituzionale' posto in pericolo, a fronte dell'elemento modale spaziale indicato dalla norma, da possibili consensi o reazioni a tali manifestazioni atti a turbare, anche ma non solo, la civile convivenza.*

*La necessità del mantenimento nell'alveo dei principi costituzionali della lettura dell'art. 5 legge cit. (ripetutamente indicata dalla pronunce della Corte costituzionale sopra ricordate) comporta, simmetricamente, la individuazione come concreta della natura del pericolo del reato, non a caso affermata pressoché da tutte le pronunce della*

Corte di legittimità intervenute sulla questione oggetto di rimessione a prescindere dalla opzione finale adottata (esemplificativa è la convergenza, sul punto, di Sez. 1, n. 7904 del 12/10/2021, dep. 2022, Scordo, cit., e di Sez. 1, n. del 19/11/2021, dep. 2022, Buzzi, cit., indicate già prima quali ineludibili punti di riferimento, rispettivamente, della scelta a favore della configurabilità dell'art. 2 legge cit., e dell'adesione, invece, alla qualificazione sub art. 5, legge cit.). Del resto, proprio la valutazione della sussistenza del raggiungimento della soglia di concretezza necessaria per ritenere configurato il pericolo, e degli elementi rappresentativi di quest'ultimo (qui anticipandosi quanto più diffusamente si tratterà oltre), ha comportato che i giudici di merito, con riguardo alle concrete caratteristiche delle singole manifestazioni, siano approdati ad esiti (solo apparentemente) tra loro difformi.

In definitiva, è la stessa funzione "ancillare" della norma dell'art. 5 cit. rispetto ad una precisa disposizione costituzionale che rivela l'oggetto del pericolo che si vuole contrastare (ovvero la ricostituzione del disciolto partito fascista) e, allo stesso tempo, per conseguente necessità ci considerate i limiti intrinseci del bilanciamento con altri valori costituzionali, la natura non astratta bensì concreta dello stesso. In altre parole, la necessità per il giudice di «appurare se, alla luce delle specifiche circostanze, sussista una seria probabilità di verifica del danno» (così, testualmente, Corte cost., sent. n. 139 del 2023, quanto ai reati di pericolo concreto) non può non discendere dalla necessaria considerazione di un tale bilanciamento.

Pertanto, non sussistendo plausibili ragioni per discostarsi dal contenuto delle richiamate pronunce della Corte costituzionale, occorre recepire il dictum delle stesse, che, pur se "interpretative di rigetto" (cfr. Sez. U, n. 25 del 16/12/1998, Alagni, Rv. 212074 - 01), mantengono ad (oggi del tutto intatta la validità dei relativi enunciati.

Né la "rivisitazione" della "effigie" di pericolosità delle condotte, sino a far loro assumere caratteristiche di sola presunzione, dovrebbe imporsi, come auspicato in dottrina, semplicemente per "ridurre il rischio" di interpretazioni variabili o addirittura arbitrarie, e dunque, in altri termini, per escludere la possibilità di decisioni di segno diverso (peraltro, come già detto, del tutto, invece, fisiologiche): non può evidentemente ritenersi, infatti, corretto metodo esegetico quello che, scegliendo aprioristicamente la latitudine applicativa della norma, finisce per adattare a questa l'interpretazione degli stessi elementi costitutivi del reato.

6.2.3. Diverso, benché di pari rilevanza, è, invece il bene giuridico tutelato dall'art. 2 legge cit. volto a contrastare, anch'è in tal caso su un piano anticipato, la diffusione

delle idee discriminatorie o di atti di violenza per ragioni, espressamente riassunte nell'art. 3 legge n. 654 del 1975 — cui, come visto, l'art. 2 fa richiamo attraverso il significativo riferimento ad entità collettive che a tali idee si riferiscono — razziali, etniche, nazionali o religiose.

E' evidente infatti che in tal caso, non potendosi fare riferimento alla XII disp. trans. fin. Cost. per la sua stretta specificità, il bene tutelato vada ricercato altrove, ma è, allo stesso tempo, innegabile che, anche in tal caso, non possa prescindersi dalla individuazione di principi costituzionali la cui offesa, in una chiave di selezione del bene giuridico propria di un diritto penale moderno, deve segnalare la "giustificazione" della scelta incriminatrice del legislatore. E così, se è ben vero che, con riguardo al reato in oggetto (così come, del resto, anche con riferimento al reato di cui all'art. 5 cit.), non possa facilmente prescindersi dall'aspetto del C.d. "ordine pubblico materiale" significativamente espresso dall'imprescindibile presenza del requisito delle «pubbliche riunioni», è altresì evidente la visione "riduttiva" cui si perverrebbe se ci si accontentasse di limitare l'aspetto della tutela ad una questione, sostanzialmente, di "ordine pubblico", come parte della dottrina finisce invece per fare.

In realtà, i "valori in gioco" sono, nella specie, di entità sensibilmente più ampia rispetto al solo aspetto di "ordine pubblico": al di là della "costruzione" della norma, fondata sulla già ricordata "mediazione normativa" data dal richiamo all'art. 3 cit., è la necessaria coniugazione delle pubbliche manifestazioni con il contenuto delle stesse, evocante ideologie di tipo discriminatorio specificamente emergenti dalla norma e proprie od usuali di entità collettive, a dare vita ad un bene giuridico di tipo, a ben vedere, "composito".

E' questa dunque la ragione per cui, come osservato anche da parte della dottrina, a venire in rilievo non può che essere la necessità di scongiurare il pericolo della lesione ai beni fondamentali, costituzionalmente protetti dagli art. 2 e 3 Cost., della dignità ed eguaglianza della persona.

Una conclusione del genere trova conferma nella collocazione sistematica dell'art. 604-bis cod. pen. (il cui secondo comma, come già detto, riproduce esattamente il primo comma dell'art. 3 legge n. 654 del 1975), inserito, per effetto della cosiddetta "riserva di codice" di cui al d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21, tra i «delitti contro la persona» di cui al titolo XII del codice penale, al cui interno è stata creata una nuova Sezione denominata «delitti contro l'eguaglianza» (v. già, in tal senso, Sez. 1, n. 26019 del 16/02/2023, cit.).

*In definitiva, alla pari di quanto già detto con riguardo al reato di cui all'art. 5 cit., la individuazione del bene tutelato non che avvenire, anche in tal caso, mediante il ricorso al "filtro" del piano costituzionale, punto costante di riferimento in una chiave interpretativa che, non può dimenticarsi, sempre deve conformarsi al principio di offensività; e in un quadro di comune sfondo, derivante dai connotati democratici della Repubblica italiana, se, nel caso dell'art. 5 cit., rileva la necessità di preservare l'ordinamento da condotte che ne pongano precipuamente in pericolo i fondamenti anche istituzionali, nel caso dell'art. 2 cit. emerge la necessità di evitare la disgregazione dei valori di solidarietà, dignità ed eguaglianza di tutti i consociati.*

*6.2.4. Quanto sin qui sottolineato si riflette anche sulla natura del pericolo caratterizzante il reato.*

*Nella giurisprudenza di questa per vero, tale profilo appare sostanzialmente inesplorato in molte delle pronunce che hanno classificato il "saluto romano" come gestualità di tipo discriminatorio. Le stesse hanno dato, a ben vedere, per implicita la natura astratta del pericolo, o non motivando sul punto, o facendo un riferimento, di per sé inappagante, attesa la sua sostanziale apoditticità, alla "configurazione" del reato tale da imporre un accertamento finalizzato a verificare se la condotta sia «astrattamente idonea a essere percepita come manifestazione esteriore [...] delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654» (così, Sez. 1, n. 21409 del 27/03/2019, cit.).*

*Ove, invece, la Corte ha spiegato specificamente le ragioni di tale scelta, la stessa è giunta a ravvisare la natura concreta del pericolo muovendo dalla necessità di assicurare il contemperamento tra i principi di pari dignità e di non discriminazione e quello della libertà di espressione di cui all'art. 21 Cost. E' da ciò, dunque, che deriverebbe l'accertamento della concreta pericolosità del fatto, richiedendosi, correlativamente, la probabilità e non la mera possibilità di lesione del bene giuridico tutelato (Sez. 1, n. 26019 (iel 16/02/2023, cit.), e fondandosi, proprio sulla base del diverso oggetto di tale accertamento (in un caso il pericolo di ricostituzione del disciolto partito fascista e nell'altro il pericolo di sostanziale "disseminazione" di idee discriminatorie), il criterio distintivo delle fattispecie di reato oggetto della questione rimessa (Sez. 1, n. 3806 del 19/11/2012, dep. 2022, Ciò posto, ad avviso delle Sezioni Unite, risulta assumere uno specifico rilievo il fatto che il reato di cui all'art. 2 legge cit., plasmato sulle condotte di manifestazioni tenute in pubbliche riunioni, pur possedendo, come rilevato anche in dottrina, la stessa struttura morfologica del reato di cui all'art. 5 legge cit., si differenzia*

da questo per il diverso contenuto evocativo di dette manifestazioni e per il collegamento dello stesso con le «organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi» di cui all'art. 3 legge n. 654 del 1975.

Tale ultimo elemento non può non assumere un rilievo particolare ove si tratti, evidentemente, di considerare il grado di pericolosità da attribuire alla condotta, la cui capacità di "contagio" o diffusione delle idee contrastanti con i valori sanciti dagli artt. 2 e 3 Cost. assume una consistenza proporzionalmente collegata all'esistenza attuale di detti agglomerati.

Da ciò dunque deriva che, in tal caso, la valutazione del pericolo, che si esaurisce all'interno della fattispecie astratta, risulta già fatta, a priori, dal legislatore, spettando invece al giudice, secondo il "meccanismo" di funzionamento proprio della presunzione, il compito di verificare, nell'analisi della fattispecie, elementi di fatto capaci di dimostrarne, in concreto, l'assenza.

La stessa permanenza, pur dopo le plurime modifiche apportate alla originaria formulazione dell'art. 2, legge n. 122 del 1993, della rubrica della norma, ancora oggi intitolata «Disposizioni di prevenzione» nonostante il contenuto presenti attualmente nel solo comma 3 un riferimento a misure, latamente, di prevenzione, ben può, in realtà, spiegarsi anche come indice di una valutazione per così dire "preventiva" effettuata nella specie dallo stesso legislatore.

Né una tale conclusione rischia di provocare "soglie di frattura" con principi costituzionali, posto che neppure il "pericolo presunto" può andare esente dalla necessità di provarne il "grado di resistenza" al principio di offensività.

Dirimenti sul punto appaiono le affermazioni rese, nella sentenza n. 139 del 2023, dalla Corte costituzionale chiamata a giudicare della legittimità costituzionale della norma in materia di porto senza giustificato motivo di strumenti da punta o taglio atti ad offendere et similia (art. 4, legge n. 110 del 1975) laddove la stessa non richiede la sussistenza di circostanze di tempo e di luogo dimostrative del pericolo di offesa alla persona.

E', in particolare, significativo che in tale decisione la Corte costituzionale, pur dopo avere ribadito la persistente legittimità della distinzione tra reati di pericolo presunto (nei quali il giudice deve escludere la punibilità del fatto sia pure corrispondente alla formulazione della norma incriminatrice quando, alla luce delle circostanze concrete, manchi ogni ragionevole possibilità di produzione del danno) e reati di pericolo concreto (nei quali incombe invece al giudice il compito di appurare la seria probabilità della

verificazione del danno), abbia aggiunto che il principio di offensività in concreto può, ed anzi deve, operare anche in rapporto alla figura del pericolo presunto. E, se è vero che nei reati di pericolo presunto è il legislatore a dovere enucleare i fatti che, nella loro astratta configurazione, esprimono un contenuto offensivo di beni o interessi meritevoli di protezione, è parimenti innegabile, come sempre precisato (dalla Corte costituzionale, che resta affidato al giudice, nell'esercizio del proprio potere ermeneutico «il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa» (Corte cost., sent. n. 225 del 2008).

Da tali considerazioni discende che, quanto meno ai fini della presente decisione, la distinzione tra un "pericolo concreto" ed un "pericolo astratto o presunto" finisca, a ben vedere, per divenire, nei fatti, evanescente una volta che si prenda contestualmente atto di come, per quanto appena detto, anche le previsioni contrassegnate da un pericolo presunto debbano coniugarsi con il principio di offensività.

Non pare dubbio, allora, che, considerando la dimensione del bene giuridico tutelato, già indicata sopra, la natura pur solo presuntiva del pericolo preso in considerazione dall'art. 2 cit. mantenga una precisa ed innegabile giustificazione.

7. Tanto osservato, dunque, in ordine alla struttura delle due norme, non vi è dubbio che le stesse non possano essere poste tra loro in rapporto di specialità ex art. 15 cod. pen., secondo cui «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

Se, per tradizionale definizione, si è uniformemente intesa come norma speciale «quella che contiene tutti gli elementi costitutivi della norma generale e che presenta uno o più requisiti propri e caratteristici, che hanno appunto funzione specializzante, sicché l'ipotesi di cui alla norma speciale, qualora la stessa mancasse, ricadrebbe nell'ambito operativo della norma generale» (Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248864-01), variegati sono stati, ciononostante, nel tempo, i criteri valorizzati dalla giurisprudenza per effettuare la preliminare operazione di raffronto tra le norme onde ricavare, o meno, appunto, la "ricomprensione" di una nell'altra: se in alcune pronunce si è fatto talora riferimento alla necessità di guardare alla identità del bene giuridico tutelato (Sez. U, n. 9568 del 21/04/1995, La Spina, Rv. 202011-01), in altre si è venuta via via sempre più affermando la necessità di avere riguardo al confronto tra fattispecie astratte.

Di qui, progressivamente, gli approdi, da considerare ormai stabilizzati e reiteratamente espressi dalle Sezioni Unite, secondo cui il criterio di specialità è da intendersi in senso logico formale: il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola relativa alla individuazione della disposizione prevalente, può ritenersi integrato «solo in presenza di un rapporto di continenza tra le stesse alla cui verifica dev'è procedersi attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse» (Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, cit.; Sez. 5, n. 2121 del 17/11/2023, Sioli, Rv. 285843 - 01; Sez. 1, n. 12340 del 15/11/2022, dep. 2023, Baldassarre, Rv. 284504 - 01).

Si è, invece, escluso il criterio della specialità in concreto «non avendo senso far dipendere da un fatto concreto l'instaurarsi di un rapporto di genere a specie tra due norme sicché non rileva né la omogeneità dei beni giuridici tutelati dalle diverse fattispecie incriminatrici né il loro contingente convergere sul medesimo avvenimento concreto» (da ultimo, Sez. 5, n. 35591 del 20/06/2017, Fagioli, non mass. sul punto); la specialità, cioè, «è una relazione tra norme astratte non già tra fatti concreti e norme e dunque o esiste già in astratto o non esiste neppure in concreto» (Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, De Lorenzo, non mass. sul punto).

Né può trascurarsi che anche la Corte costituzionale ha avuto modo di applicare il criterio della continenza strutturale tra fattispecie, sia pure in ipotesi di concorso tra illecito amministrativo e illecito penale, affermando che l'applicazione del principio di specialità ex art. 15 cod. pen. implica la «convergenza su di uno stesso fatto di più disposizioni delle quali una sola è effettivamente applicabile, a causa delle relazioni intercorrenti tra le disposizioni stesse», dovendosi confrontare «le astratte, tipiche fattispecie che, almeno a prima vista, sembrano convergere su di un fatto naturalisticamente unico» (Corte cost., sent. n. 97 del 1987). La Corte ha poi aggiunto che «per aversi rapporto di specialità ex art. 15 cod. pen. è indispensabile che tra le fattispecie raffrontate vi siano elementi fondamentali comuni, ma una di esse abbia qualche elemento caratterizzante in più che la specializzi rispetto all'altra» (Corte cost., ord. n. 174 del 1994).

La giurisprudenza di questa Corte converge inoltre, ormai, nel ritenere che l'art. 15 cod. pen. si riferisca alla sola "specialità unilaterale", giacché le altre tipologie di relazioni tra norme, quali la "specialità reciproca" o "bilaterale", non evidenziano alcun rapporto di genus ad speciem (tra le tante, Sez. 4, n. 21522 del 02/03/2021, Bossi, non mass. sul

punto; Sez. .5, n. 27949 del 18/09/2020, Di Gisi, non mass. sul punto; Sez. 4, n. 29920 del 17/01/2019, Padricelli, Rv. 276583 01, tutte fondamentalmente debitrice dell'insegnamento di Sez. U, n. 41588 del 22/06/2017, La Marca, non mass. sul punto).

Sempre le Sezioni Unite, dopo iniziali apparenti affermazioni di segno contrario, hanno sottolineato la eccentricità dei criteri di "sussidiarietà", "assorbimento" e "consunzione", «suscettibili di opposte valutazioni da parte degli interpreti», e la loro estraneità all'unico criterio legale previsto, ovvero quello di specialità positivizzato dall'art. 15 cod. pen. (sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, non mass. sul punto; sez. 1, n. del 15/11/2022, dep. 2023, Baldassarre, cit.).

7.1. Nella specie, allora, è lo stesso raffronto tra le due disposizioni, in nuce anticipato sopra sub § 6.1., a rivelare l'impossibilità di affermare che una delle due norme sia unilateralmente speciale rispetto all'altra. Al nucleo comune di "manifestazioni tenute in pubbliche riunioni", si aggiunge, in ognuna di esse, l'elemento differenziante del loro contenuto, rilevante già sul piano astratto giacché, se nell'art. 5 cit. le manifestazioni devono essere quelle «usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste», nell'art. 2 cit. le manifestazioni sono quelle esteriori, proprie ed usuali «delle organizzazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654».

Sicché, atteso l'inequivocabile diverso significato di tali manifestazioni, discendente dalla stessa "diversità genetica" degli enti, appare, semmai, ricorrere tra le norme in oggetto un rapporto di "specialità bilaterale" che, tuttavia, per quanto già osservato, deve ritenersi estraneo alla previsione dell'art. 15 cod. pen., unicamente espressivo della specialità "unilaterale".

Significativo è poi che, solo con riguardo al reato di propaganda per motivi di discriminazione razziale di cui all'art. 604-bis cod. pene, già contemplato dall'art. 3, legge n. 654 del 1975, il legislatore abbia (2) spressamente posto un rapporto di «sussidiarietà espressa» rappresentato dalla clausola di riserva («salvo che il fatto costituisca più grave reato») posta nell'incipit della disposizione.

Sono quindi da condividere, oltre agli approdi sul punto della più recente dottrina, le conclusioni cui sono pervenute Sez. 1, Scordo, cit., e Sez. 1, Armetta, cit., entrambe giunte ad escludere il rapporto di specialità ex art. 15 cit. tra le due previsioni.

Non può invece convenirsi con il diverso epilogo adottato da Sez. 1, Buzzi, cit., fondato sul fatto che le norme sarebbero «del tutto sovrapponibili» e che la selezione tra norma generale e norma speciale dovrebbe operare a livello di concretezza del pericolo.

*Mentre infatti il primo profilo sembra contrastato dal dato testuale delle norme, il secondo pare introdurre un criterio selettivo estraneo, per quanto detto, al corretto metodo di raffronto tra fattispecie astratte, dal quale, come infatti condivisibilmente rilevato da Sez. 1, Scordo, cit., deve essere escluso il profilo della punibilità.*

*8. L'assenza di un rapporto di specialità, che "svincola" pertanto l'interprete da quella che sarebbe, altrimenti, l'automatica conseguenza di fare capo sempre e solo alla norma "speciale", comporta che debba dunque guardarsi al significato del rituale del "saluto romano" al fine di configurarne l'inquadramento giuridico nelle "manifestazioni" di cui all'art. 5 cit. ovvero in quelle dell'art. 2 cit., o, eventualmente, e a determinate condizioni, in entrambe.*

*Ciò posto, non può sussistere dubbio circa la "fisiologica" riconducibilità del rituale della "chiamata del presente" del "saluto romano" (ovvero il protendere il braccio destro tenendolo teso e con il palmo rivolto verso il basso) all'interno, anzitutto, della fattispecie di reato dell'art. 5 cit. : pare sufficiente, sul punto, fare riferimento a quanto era previsto dagli artt. 3 e 9 del regolamento del partito nazionale fascista per desumerne l'inequivocabile significato di evocazione e celebrazione dell'ideologia del partito fascista e del regime conseguentemente instaurato.*

*Se tale rituale è, in altri termini, immediatamente e notoriamente idoneo ad evocare, anzitutto, la "liturgia" delle adunanze fasciste, è la consumazione del reato di cui all'art. 5 cit. ad essere innanzitutto realizzata.*

*Di qui, dunque, l'inevitabile incongruenza in cui le sentenze del secondo indirizzo incorrono (v. le già citate Sez. 1, n. 20450 del 08/03/'2016, De Sabbata ed altri, non mass., e Sez. 1, n. 25184 del 04/03/2009, Saccardi, Rv. 243792 - 01), allorquando, pur precisando che la condotta censurata rimanda all'ideologia fascista, contraddittoriamente escludono che si abbia integrazione del reato di cui all'art. 5 cit. che, invece, proprio le manifestazioni di tipo fascista vuole sanzionare.*

*Deve dunque concludersi nel senso che la "naturale" identificazione tra saluto romano da una parte e disciolto partito fascista dall'altro, per le ragioni già illustrate, è da sola sufficiente ad integrare sul piano oggettivo, sempre e comunque, il reato di cui all'art. 5.*

*8.1. Come già detto, peraltro, l'integrazione del reato in oggetto richiederà che il giudice accerti in concreto, alla stregua di una valutazione da effettuarsi complessivamente, la sussistenza degli elementi di fatto (esemplificativamente, tra gli altri, il contesto ambientale, la eventuale valenza simbolica del luogo di verificaione, il*

grado di immediata, o meno, ricollegabilità dello stesso contesto al periodo storico in oggetto e alla sua simbologia, il numero dei partecipanti, la ripetizione insistita dei gesti, ecc.) idonei dare concretezza al pericolo di "emulazione" insito nel reato secondo i principi enunciati dalla Corte costituzionale. Va peraltro escluso che, di contro, come sostenuto dalle difese dei ricorrenti, la caratteristica "commemorativa" della possa rappresentare fattore di neutralizzazione degli altri elementi e, quindi, di "automatica" insussistenza del reato, attesi il dolo generico caratterizzante la fattispecie e la irrilevanza dei motivi della condotta.

9. Assodata, dunque, per le ragioni esposte, la "naturale" riconducibilità del rituale in oggetto, praticato in riunioni di carattere pubblico, al reato di cui all'art. 5 cit., non si può tuttavia neppure escludere che lo stesso possa integrare anche, a fronte di determinati presupposti, il reato di cui all'art. 2 cit., e ciò, precipuamente, attesa la possibilità di considerare una tale condotta come evocativa, sempre in ragione del dato storico-sociale e del dato normativo ricavabile dall'art. 1, legge 20 giugno 1952, n. 645 (per cui «si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista svolgendo propaganda razzista»), anche di ideologie discriminatorie e razziali,

Va precisato però che il fatto che tale rituale, in quanto proprio del regime fascista, evochi anche, per quanto appena detto, le idee di tipo razziale o discriminatorio ad esso connesse, non è, di per sé solo idoneo ad integrare anche il reato di cui all'art. 2 cit., attesa la inequivoca struttura della norma che, come visto, sanziona non le manifestazioni di tipo razziale o discriminatorio tout court, bensì le manifestazioni proprie od usuali delle «organizzazioni associazioni, movimenti o gruppi dell'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654».

Appare, in altri termini, innegabile come il legislatore non abbia sanzionato direttamente le manifestazioni esteriori espressive di incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi esigendo, invece, che tali manifestazioni siano quelle proprie ad usuali dei gruppi che tale incitamento pongono in essere.

E' per questa ragione, che, in linea con la condivisibile preoccupazione di non travalicare il principio di legalità e di tassatività nell'interpretazione della norma, Sez. 1, Scordo, cit., ha richiesto che tali gruppi siano individuati dal giudice e che solo la previa individuazione degli stessi «consenta di ritenere applicabile l'art. 2, comma 1, cit.

Ora, se, da un lato, tali associazioni, movimenti o gruppi, in quanto necessariamente espressivi della stessa ragione della natura presunta del pericolo, devono inevitabilmente essere operanti nell'attualità (sotto tale profilo, dunque, non potendosi condividere l'impostazione di sez. 1, Buzzi, cit.), dall'altro, non è neppure necessario, però, come pare paventare l'Avvocato generale nelle proprie note di udienza, un loro inquadramento in entità espressamente operanti sotto un nome, ovvero dotate di uno statuto, ovvero ancora articolate, al loro interno, attraverso ripartizioni di incarichi e mansioni, ben potendo trattarsi anche di aggregazioni di natura estemporanea, come desumibile dal tenore letterale della norma.

Proprio l'ampio "spettro" delle denominazioni utilizzate dal legislatore all'art. 3 cit. (oggi art. 604-bis cit.) e l'eterogeneità delle stesse, racchiuse tra enti più strutturati da una parte (le «organizzazioni» e «associazioni») e agglomerati ben più fluidi dall'altra (i «gruppi» e i «movimenti»), appare ostare ad una rigida e formale schematizzazione dell' "ente" di riferimento, sicché non appare necessaria, sulla base dello stesso dato normativo, una dimostrazione dei tempi e dei modi della costituzione di tali agglomerati, del resto incompatibile con la ratio della norma e la natura presunta del pericolo che caratterizza, come detto, il reato.

Non può dunque escludersi che la operatività di tali aggregazioni sia dimostrata proprio dalla condotta "collettiva" posta in essere senza che, dunque, sia necessario che, al fine di rispettare il principio di tassatività, su cui ha fatto leva Sez. 1, Scordo, cit., il gruppo o la organizzazione in oggetto vadano identificati come previamente sorti rispetto alla manifestazione; gli scopi de «l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi», richiesti dall'art. 3 cit., ben potrebbero, infatti, emergere dallo stesso contenuto della manifestazione di cui all'art. 2 cit., concretamente rappresentativa di essi.

9.1. In secondo luogo, affinché il rituale espresso nelle manifestazioni di cui all'art. 5 legge cit. possa integrare anche il reato di cui all'art. 2 legge cit., occorrerà che ad esso si accompagnino elementi, relativi al contesto complessivo in cui lo stesso sia tenuto, idonei ad attribuirgli noti la sola funzione semplicemente evocativa del disciolto partito fascista - e, dunque, ove ricorrente il pericolo concreto richiesto, incitativa della sua ricostituzione - ma anche, a fronte del contesto materiale o dell'ambito nel quale la manifestazione ha luogo, il significato discriminatorio tipizzante il reato di cui all'art. 2 cit. Sotto tale profilo, dunque, altro sarebbe che il gesto sia effettuato nello stretto ambito di un contesto chiaramente connotato (per le modalità e le finalità della riunione nonché

per i simboli impiegati) dal riferimento a fatti direttamente o indirettamente ricollegabili all'ideologia fascista, altro, invece, sarebbe il medesimo gesto ove tenuto in ambiti di tipo diverso, nei quali il ricorso a tale rituale costituisca "lo strumento simbolico" di espressione delle idee di intolleranza e discriminazione proprie, nell'attualità, degli agglomerati considerati dall'art. 3 legge n. 654 del 1975.

In definitiva, mentre nel primo caso il rituale esibito sarebbe finalizzato ad esternare unicamente l'ideologia propria del disciolto partito fascista, nel secondo avrebbe anche la valenza, implicita, ma chiara, di esternazione delle ideologie di cui alle entità individuate dall'art. 3 cit., nel segno di una contrapposizione ispirata ad idee chiaramente incompatibili con i principi costituzionali. Sicché, ben può ritenersi che, in tali limiti, e in tali casi, il rituale del saluto romano possa integrare non il solo reato di cui all'art. 5 legge cit., bensì anche quello dell'art. 2 legge cit., ove di entrambe le fattispecie, naturalmente, ricorrano i rispettivi e differenti requisiti di pericolo già illustrati sopra.

10. Deve quindi, in definitiva, sulla base di quanto esposto, essere affermato il seguente principio di diritto:

*"La condotta, tenuta nel corso di una pubblica riunione, consistente nella risposta alla 'chiamata del presente' e nel cosiddetto 'saluto romano' integra il delitto previsto dall'art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645, ove, avuto riguardo alle circostanze del caso, sia idonea ad attingere il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, vietata da/la XII disp. trans. fin. Cost; tale condotta può integrare anche il delitto, di pericolo presunto, previsto dall'art. 2, comma 1, d.l. n. 122 del 26 aprile 1993, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ove, tenuto conto del significativo contesto fattuale complessivo, la stessa sia espressiva di manifestazione propria o usuale delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 604-bis, secondo comma, ccd. pen. (già art. 3 legge 13 ottobre 1975, n. 654)".*

11. Ciò posto, la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio ad altra Sezione della Corte di Appello di Milano.

Sono, in particolare, fondati il secondo motivo del ricorso presentato nell'interesse degli imputati nonché il secondo motivo, logicamente pregiudiziale rispetto al primo, del ricorso presentato nell'interesse degli imputati

Con entrambe tali doglianze, di carattere pregiudiziale rispetto alle altre, e di analogo contenuto, è stata infatti dedotta, come anticipato sopra, la erronea qualificazione giuridica della condotta tenuta, fatta rientrare, sia dal Tribunale che dalla Corte

territoriale, all'interno della previsione dell'art. 2 legge n. 205 del 1993 e non invece sub art. 5, legge n. 645 del 1952.

*Tale prospettazione va condivisa.*

*Entrambe le pronunce dei giudici di merito, dopo avere chiarito che la "chiamata del presente" da parte di uno dei partecipanti alla pubblica riunione e la risposta ad essa con contestuale effettuazione del "saluto romano" devono ritenersi manifestazioni esteriori del disciolto partito fascista, non potendo dubitarsi del "rimando" di tale complessiva ritualità alla «iconografia fascista con la finalità di evocarne e pubblicamente esaltarne gli ideali» (v. pag. 5 della sentenza impugnata), hanno incongruamente ritenuto, in difformità ai principi sopra ricordati, oggettivamente integrato non già il reato di cui all'art. 5 cit., bensì quello dell'art. 2 cit. senza peraltro evidenziare, tanto più alla luce delle finalità della riunione, chiaramente volta a celebrare il ricordo, tra gli altri, di esponente della Repubblica Sociale Italiana, elementi indicativi della finalità, attraverso tale celebrazione, di propagandare, in sé, le idee 'fondate sulla superiorità o sull'odio razziale ed etnico e sulla violenza.*

*Tale inesatta qualificazione, legittimamente censurata per la prima volta con i motivi di ricorso in un contesto contrassegnato da dati fattuali incontestati (v., da ultimo, Sez. 2, n. 17235 del 17/01/2018, Tucci, Rv. 272651 - 01), ha inoltre comportato che la Corte d'Appello abbia limitato, in coerenza con l'impostazione prescelta, la propria analisi al requisito del pericolo proprio del reato di cui all'art. 2, legge cit. e non, invece, a quello del reato di cui all'art. 5 legge cit.*

*11.1. Tanto comporta, dunque, la riqualificazione del reato e l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio ad altra Sezione della Corte d'appello di Milano.*

*Assorbito, dal già illustrato esito del secondo, il primo motivo del ricorso con cui si è dedotta la violazione dell'art. 2 cit. (nella specie non configurabile per le ragioni già esposte), non è infatti fondato il primo motivo del ricorso presentato nell'interesse dei restanti imputati con cui si è lamentata la «insussistenza dell'elemento soggettivo» per violazione dell'art. 5 cod. pen.*

*Segnatamente, la "disomogeneità" e non linearità del quadro normativo e giurisprudenziale, articolati e complessi, formati in particolare sulle norme in oggetto e sui rapporti intercorrenti tra le stesse, riscontrate anche da difformi pronunce avutesi anche nel panorama nazionale, sarebbero tali da comportare, in capo ai ricorrenti, un errore inevitabile sulla legge penale, incompatibile con il dolo del reato.*

*Tale prospettazione, già condivisa dal Tribunale di Milano, che, come sopra ricordato, è infatti pervenuto, in primo grado, all'assoluzione degli imputati, va tuttavia disattesa.*

*La Corte costituzionale, con la sentenza n. 364 del 1988, nell'enunciare una necessaria lettura dell'art. 5 cod. pen. conforme al principio costituzionale di colpevolezza, tanto da averne dichiarato la illegittimità nella parte in cui non esclude dalla inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, la «ignoranza inevitabile», ha sottolineato il nesso indissolubile intercorrente tra "rimproverabilità" della condotta, da una parte, e chiarezza e riconoscibilità dei contenuti delle norme penali, dall'altra.*

*E nell'indicare i parametri sulla cui base stabilire l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale, la Corte ha indicato mancanza di conoscibilità della disposizione normativa per assoluta oscurità del testo legislativo nonché, per il «gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari».*

*Tanto premesso, nell'applicazione che di tali postulati questa Corte di cassazione ha dato sino ad oggi in plurime decisioni, rappresenta tuttavia elemento comune e incontrovertito la estraneità, a tali ipotesi, del "contrasto giurisprudenziale", di per sé, al più, ingenerante un mero dubbio. Si è precisato infatti, al riguardo, anche da ultimo, che l'incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma non abilita da sola ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale. Al contrario, il dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, che giunga sino all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga tale incertezza, proprio perché il dubbio, non equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è ontologicamente inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità (Sez. 5, n. 2506 del 24/11/2016, Incardona, Rv. 269074 - 01; Sez. 2, n. 46669 del 23/11/2011, De Masi, Rv. 252197 - 01; Sez. 6, n. 6991 del 25/01/2011, Sirignano, Rv. 249451 - 01).*

*Nella specie, allora, nessuna ignoranza inevitabile della legge penale appare seriamente invocabile, neppure valorizzando, come fatto dal Tribunale di Milano, e come ricordato sopra, i contrastanti esiti decisori (talora nel segno della condanna e, tal'altra, anche con riferimento ad alcuni tra gli odierni ricorrenti, nel segno dell'assoluzione) intervenuti con riguardo alla riunione del 29 aprile tenuta sempre in Milano in anni diversi dal 2016.*

*Ciò tanto più ove si consideri che gli epiloghi apparentemente contrastanti appaiono trovare in realtà, come già spiegato, una giustificazione "di sistema" nella diversa e*

fisiologica valutazione che i giudici di merito hanno dato, nei diversi casi loro sottoposti, del requisito del pericolo concreto.

E resta conseguente che, naturalmente, ancor prima di ogni riflessione sulla rilevanza ed operatività in generale, nel sistema positivo, del fenomeno dell'overruling anche a seguito del valore di "precedente vincolante" che fe decisioni delle Sezioni Unite hanno assunto per effetto dell'art. 618, comma 1 -bis, cod. proc. pen. (v., da ultimo, sul punto, Sez. Un., n. 8052 del 26/10/2023, dep. 2024, Rizzi, Rv. 285852 - 01, cui deve qui rimandarsi) nessun fenomeno di tal genere potrebbe nella specie porsi a seguito della presente decisione già per il solo fatto della preesistenza, nel panorama giurisprudenziale, di un contrasto interpretativo, di per sé espressivo della presenza, non da oggi, dell'opzione esegetica qui accolta.

11.2. Va precisato, inoltre, che, contrariamente a quanto dedotto con il primo ricorso, il reato non è prescritto, dovendo aggiungersi, al termine di sette anni e sei mesi ex art. 157 cod. pen., un periodo complessivo di sospensione dello stesso, ex art. 159 cod. pen., di giorni centoventiquattro (per effetto, segnatamente, del rinvio disposto dal Tribunale dell'udienza dal 6 maggio al 7 ottobre 2020 per totali giorni sessantaquattro e di quello, disposto dalla Corte di appello, dal 10 gennaio al 14 marzo 2022 per impedimento del Difensore per motivi di salute, da contenere, ex art. 159, primo comma, n. 3, cod. pen., in giorni sessanta).

Va in particolare specificato che, secondo l'insegnamento reso da questa Corte a Sezioni unite, in tema di disciplina della prescrizione a seguito dell'emergenza pandemica da Covid-19, la sospensione del termine per l'intero periodo di complessivi sessantaquattro giorni, prevista dall'art. 83, comma 4, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, si applica ai procedimenti la cui udienza sia stata fissata, come nella specie, nel periodo compreso dal 9 marzo all' 11 maggio nonché a quelli per i quali fosse prevista la decorrenza, nel predetto periodo, di un termine processuale (Sez. U, n. 49935 del 28/09/2023, Domingo, non mass. sul punto, e Sez. U, n. 5292 del 26/11/2020, dep. 2021, Sanna, Rv. 280432-02).

Sicché, in definitiva, decorrendo il termine dalla data del 29 aprile 2016 di commissione del fatto, la prescrizione andrà a maturare il 27 febbraio 2024.

12. Il giudice del rinvio, tenuto conto in ogni caso di quanto appena rilevato, provvederà, uniformandosi alla corretta qualificazione giuridica del fatto, ad accertare, sulla base dei complessivi elementi circostanziali incontestati, la sussistenza o meno del concreto pericolo caratterizzante la fattispecie di reato in oggetto pervenendo alle

conseguenti, necessarie, determinazioni.

P.Q.M.

Qualificato il fatto ai sensi dell'art. 5 della legge n. 654 del 1952, annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo giudizio ad altra Sezione della Corte d'appello di Milano.

### Con nota di

**Pasquale D'Anello \***

#### «SALUTO ROMANO» E CHIAMATA DEL «PRESENTE» AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE!

*«Roman salute» and call of the «present» under consideration by the united sections!*

La sentenza delle sezioni unite che ha annullato con rinvio la condanna di appello, per otto militanti di estrema destra, ha riqualificato il fatto contestato come violazione dell'art. 5 della legge Scelba, la legge che vieta la ricostituzione del partito fascista e rispetto alla quale la legge Mancino si trova in posizione di sussidiarietà. Il presente contributo, dopo aver esaminato il complesso quadro normativo in materia, analizza partitamente la soluzione interpretativa delle sezioni unite.

\*\*\*

*The ruling of the joint sections which annulled with postponement the appeal sentence for eight far-right militants reclassified the disputed fact as a violation of the art. 5 of the Scelba law, the law that prohibits the reconstitution of the fascist party and with respect to which the Mancino law is in a position of subsidiarity. This contribution, after having examined the complex regulatory framework on the subject, analyzes the interpretative solution of the combined sections in detail.*

Sommario: 1. Premessa - 2. Il panorama normativo di riferimento - 3. I profili di legittimità costituzionale - 4. La soluzione interpretativa offerta dalle Sezioni Unite - 5. Il tentativo del legislatore, in tempi recenti, di estendere le condotte punibili, attraverso l'introduzione dell'art. 293 bis c.p. - 6. Conclusioni.

---

\* Cultore della materia di diritto penale nell'Università di Foggia

## **1. Premessa**

In occasione di una manifestazione pubblica nei giardini antistanti la Chiesa di S. Nereo e Achilleo, organizzata a Milano il 29 aprile 2016, in memoria di Carlo Borsani Sergio Ramelli ed Enrico Pedenovi, gli imputati avevano risposto alla chiamata del «presente» eseguendo il «saluto fascista», noto anche come «saluto romano». Precisamente, per fatto notorio, il primo, Carlo Borsani, medaglia d'oro al valor militare, mutilato e grande invalido di guerra, aderente alla Repubblica Sociale italiana, ricoprì ruoli di spicco, sia nella stampa che quale presidente dell'associazione mutilati di guerra, fu giustiziato da alcuni partigiani in piazzale Susa, il 29 aprile 1945, nelle convulse fasi appena successive alla insurrezione del 25 aprile, nell'ambito della lotta di Liberazione. Il secondo, Sergio Ramelli, era un diciannovenne studente di scuola secondaria superiore, appartenente al Fronte della Gioventù, colpito a morte, in prossimità dell'abitazione in via Paladini, nei pressi di viale Argonne, dalle sprangate inferte da un commando di studenti di Avanguardia Operaia, provenienti dalla facoltà di medicina dell'Università di Milano, il 13 marzo 1975, e poi deceduto, dopo una lunga agonia, il 29 aprile 1975. Il terzo, Enrico Pedenovi, avvocato e rappresentante politico locale del MSI, trucidato da un commando di Prima Linea, la mattina del 29 aprile 1976.

La comunanza della fede politica, pur concernente fasi storiche distinte, e la singolare analogia dei tre omicidi a partire dalla prima ricorrenza, avevano indotto le formazioni di estrema destra a indire manifestazioni celebrative e commemorative ogni 29 aprile. Alla manifestazione, nel caso di specie, partecipavano circa milleduecento persone. In primo grado, il Tribunale di Milano, dopo aver ritenuto sussistenti gli elementi di reato indicati dalla legge Mancino, aveva tuttavia rilevato il difetto dell'elemento soggettivo ritenendo sussistente un errore scusabile *ex art. 5 c.p.*, proprio per via della oscillazione giurisprudenziale e per tali motivi assolveva, perché il fatto non costituisce reato. Impugnata dalla procura la sentenza, la Corte di appello di Milano, con pronuncia del 24 novembre 2022, in riforma della decisione impugnata, ravvisando il reato contestato, condannava tutti gli imputati alla pena di mesi due di reclusione ed euro 200,00 di multa ciascuno.

I giudici di appello precisavano che il «saluto romano» e la chiamata del «presente» rimandavano alla iconografia fascista e dunque costituivano «manifestazione esteriore del disciolto partito fascista» e ritenevano che la ostentazione pubblica di tali gesti fosse concretamente idonea alla propaganda e

alla diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale ed etnico e sulla violenza e quindi alla compromissione della ordinata e pacifica convivenza civile, come tale integrante il rischio tipico del reato contestato, avendo l'adunanza coinvolto un migliaio di persone nel centro cittadino. A differenza del Tribunale, la Corte territoriale riteneva non applicabile l'art. 5 c.p., in quanto non configurabile un affidamento fondato su un orientamento interpretativo non univoco, avendo la giurisprudenza di legittimità costantemente ritenuto integrato, nel caso del saluto romano il reato di cui all'art. 2 l. 112 del 1993.

Gli imputati, avverso tale sentenza, hanno proposto ricorso per Cassazione. La prima sezione penale della Corte di cassazione, cui è stato assegnato il ricorso, con ordinanza del 6 settembre 2023, registrando in merito alla questione un contrasto interpretativo, ha rimesso il ricorso alle Sezioni unite ai sensi dell'art. 618 c.p.p. La questione controversa è la seguente: se la condotta tenuta nel corso di una pubblica manifestazione consistente nella risposta alla «chiamata del presente» e nel c.d. «saluto romano», rituale evocativo della gestualità propria del disciolto partito fascista, sia sussumibile nella fattispecie incriminatrice di cui all'art. 2 del decreto legge 26 aprile 1983, convertito con modificazioni, nella legge 25 giugno 1993, n. 205 ovvero in quella prevista dall'art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645.

## **2. Il panorama normativo di riferimento**

Nel nostro ordinamento sono molteplici le norme che, a vario titolo, riguardano le organizzazioni od i partiti che si ispirano al regime fascista. La prima norma ha rango costituzionale ed è rappresentata dalla disposizione XII<sup>2</sup> delle disposizioni transitorie e finali della Costituzione, la quale vieta la riorganizzazione del disciolto partito fascista. Successivamente, il legislatore, nel 1952, ha emanato la legge n. 645, recante «norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale, comma primo, della Costituzione», la quale ha introdotto il divieto di riorganizzazione sotto qualsiasi forma del disciolto partito fascista ed ha previsto i reati di apologia di fascismo, di istigazione e reiterazione delle pratiche proprie del regime fascista<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> XII Disposizione transitoria e finale: "È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista. In deroga all'articolo 48, sono stabilite con legge, per non oltre un quinquennio dalla entrata in vigore della Costituzione, limitazioni temporanee al diritto di voto e alla eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista."

<sup>3</sup> I. DIOTALLEVI, *Sulla permanente "attualità" del reato di "manifestazioni fasciste" ex art. 5 "Legge Scelba*, in *Giur. Cost.*, 6/2014, p. 4801 ss, (nota a Cass., Sez. 1, 25 marzo 2014, n. 37577); A. NOCERA,

Nel 1967, in attuazione della Convenzione contro il genocidio del 9 dicembre 1948, veniva emanata la legge n. 962, ed in particolare all'art. 3, lett. c) si dichiara punibile il diretto e pubblico incitamento al genocidio. Tale legge prevede la punizione di chi distrugge parzialmente o totalmente un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso; chi impone marchi o segni distintivi a persone in ragione dell'appartenenza a un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso; chi si accorda per commettere genocidio. La Convenzione di New York approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 21 dicembre 1965, imponeva agli Stati facenti parte non solo il divieto di discriminazione ma chiedeva misure necessarie per addivenire a tali fini. In attuazione della Convenzione venne emanata, il 13 ottobre 1975, la c.d. «legge Reale», n. 654, con la quale venivano introdotte delle fattispecie autonome, la propaganda razzista, l'incitamento alla discriminazione razziale e la costituzione di associazioni ed organizzazioni con scopo di incitamento all'odio o alla discriminazione razziale<sup>4</sup>.

Nel 1993 veniva emanata la legge n. 205 denominata "legge Mancino", la quale ha ampliato le ipotesi discriminatorie vietate, punendo ogni forma di discriminazione razziale, etnica, religiosa o comunque tutte le forme affermative della superiorità della razza e di istigazione a commettere violenza per motivi razziali etnici e religiosi<sup>5</sup>. In particolare, l'art. 2 punisce chiunque, in pubbliche riunioni, compie manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 3 della legge Reale. Merita menzione la legge n. 85/2006, allorché modifica l'art. 3 della legge Reale. Infatti, alla precedente condotta di «diffusione» viene sostituita quella di «propaganda» e alla condotta di «incitamento» viene sostituita quella di «istigazione» alla «commissione di atti di discriminazione o a commettere violenza

---

*Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it); L. RISICATO, *Lo scivoloso confine tra commemorazione e apologia del fascista*, in *Giur. It.*, 2021, p. 1959 ss; D. TARANTINO, *Diritto penale e "culto del littorio"*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2020; A. TESAURO, *Le radici profonde non gelano: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto.*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it);

<sup>4</sup>G. PAVICH-A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2014.

<sup>5</sup> Sul punto si veda: S. DEL CORSO, *Commento a d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. Con modif. dalla l.25/06/1993 n. 205. Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Legisl. Pen.*, 1994, II, 203 ss.

o atti di provocazione per i motivi di discriminazione» indicati dall'articolo in questione.

In tempi più recenti, inoltre, ad opera del D. Lgs. 1 marzo 2018 n. 221, sono stati introdotti nel codice penale gli artt. 604- *bis* e 604- *ter* c.p.. La prima fattispecie, appena menzionata, punisce chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Inoltre, viene punito chi istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziale, etnici, nazionali o religiosi. Infine, viene punito l'associazionismo che ha come scopo l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per i motivi sopra citati. Mentre l'art. 640-*ter* introduce una circostanza aggravante, disponendo l'abrogazione delle ipotesi corrispondenti della legge Reale.

Di fronte a questo quadro normativo, il compito dell'interprete è, di volta in volta, trovare la giusta qualificazione giuridica delle condotte poste in essere, tenendo presente il momento e l'ambiente in cui sono compiute. Nel caso *de quo*, entrambe le pronunce dei giudici di merito, in modo non condivisibile, hanno ritenuto oggettivamente integrato non già il reato di cui all'art. 5 l. 645 del 1952, bensì quello dell'art. 2 l. n. 205 del 1993, senza mettere in evidenza, tra l'altro, gli elementi indicativi della manifestazione volta a celebrare o propagandare le idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale ed etnico e sulla violenza.

### 3. I profili di legittimità costituzionale

Dall'emanazione della legge Scelba si è posta la questione costituzionale circa la compatibilità delle fattispecie di apologia di reato e delle manifestazioni di carattere fascista, in relazione al dettato dell'art. 21 Cost., secondo cui «tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione».<sup>6</sup>

La Corte costituzionale, con due sentenze del 1957 e del 1958, ha escluso l'incostituzionalità degli artt. 4 e 5 della legge Scelba, con argomentazioni di carattere generale che afferiscono l'intero impianto della legge. Taluno, in dottrina,

---

<sup>6</sup> Sul punto si veda: C. BRUSCO, *Contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione e applicazione delle leggi di contrasto al neofascismo*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2019, F. MARTIN, *L'apologia di fascismo: profili normativi e costituzionali*, in *Ius in itinere*, 2021; M. E. ORLANDINI, *Apologia al fascismo e saluto romano*, in *Ius in itinere*, 2018. A. NOCERA, *op.cit.*;

ha preso le mosse dall' ideologica di fondo della Carta costituzionale, ossia democratica e, quindi, del tutto incompatibile con l'ideologia fascista, attuata, poi, nella disposizione XII, come limite intrinseco al diritto di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21. In altri termini, le manifestazioni simboliche evocative dell'ideologia fascista o nazista assumono un rilievo assorbente sul piano dell'offensività proprio per effetto diretto della XII Disposizione della Costituzione, non essendo necessario individuare una idoneità in concreto e funzionalità di tali condotte alla riorganizzazione del disciolto partito fascista, ove si svolgono in ambito pubblico, che per sua natura può consolidare il consenso attorno a tali idee e realizzare un effetto di turbamento della pacifica civile convivenza.<sup>7</sup> Invece, la Corte, nella sentenza n. 1 del 1957, dopo aver rilevato che l'art. 4 va esaminato in rapporto al primo comma della XII delle disposizioni transitorie e finali della Costituzione, sottolineava che «come risulta dal contesto stesso della legge 1952 l'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista. Ciò significa che deve essere considerata non già in sé e per sé, ma in rapporto a quella riorganizzazione, che è vietata dalla XII disposizione». Mentre, nella sentenza n. 74 del 1958 la Corte esclude che si possa dare all'art. 5 l. n. 654 del 1952 una mera interpretazione letterale, tale da ritenere punibile «qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista e gli uomini che lo impersonano ed esprima semplicemente il pensiero o il sentimento, eventualmente occasionale di un individuo, il quale indossi una camicia nera o intoni un canto o lanci un grido». La Corte afferma anche che «una simile interpretazione della norma non si può ritenere conforme alla intenzione del legislatore, il quale, dichiarando espressamente di voler impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ha inteso vietare e punire non già una qualunque manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che, come si è detto prima, possono determinare il pericolo che si è voluto evitare».

Inoltre, si evidenzia che «la tutela non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della organizzazione, del tutto avulsi da ogni antecedente causale; ma dovesse necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia

---

<sup>7</sup> A. PERDUCA, *Fascismo II) Disposizioni penali sul fascismo*, in *Enc. Giur.*, XIV, 1989, p. 5 ss.

tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi». Le due pronunce della Corte costituzionale appena citate, da un lato hanno escluso che con la legge Scelba vi sia stata una indebita compressione della libertà di espressione ma allo stesso tempo hanno dato una chiave di lettura restrittiva della legge che è stata poi costantemente richiamata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità che più volte ha escluso la sussistenza del reato in mancanza di un chiaro e concreto intento di riorganizzare il partito fascista o comunque di contribuire con tale condotta ad alimentare o rafforzare tale pericolo. Tali sentenze sono state citate anche dai giudici, nella sentenza di cui ci occupa, i quali hanno sottolineato che l'interesse dello Stato è stato quello di «bandire» dall'orizzonte democratico la ricostituzione del partito fascista.

A ciò, va aggiunto, che la Corte costituzionale, nel 1973, con sentenza n. 15, ribadisce i principi formulati nelle sentenze precedenti, «secondo cui il reato postula l'accertamento che le manifestazioni, per le circostanze di tempo e di luogo e per le loro obiettive caratteristiche, siano comunque idonee a far sorgere il pericolo di ricostituzione del partito fascista, aggiungendosi ancora una volta, che non può sostenersi l'illegittimità costituzionale di una norma attuativa del disposto di una previsione di natura chiaramente costituzionale che pone dei limiti all'esercizio di diritti di libertà enunciati dagli invocati precetti degli artt. 17 e 21 Cost.»<sup>8</sup> Infine, i giudici della suprema corte citano anche la sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 1974, «chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 7 legge n. 645 del 1952, ove si precisa che la XII disp. trans. fin. Cost. ha conferito in modo tassativo al legislatore non solo la potestà – dovere di fissare sanzioni penali in caso di violazione del divieto costituzionale di ricostituzione del disciolto partito fascista ma anche di ricercare il modo e le forme più idonei e più incisivi per la realizzazione della pretesa punitiva pur nella salvaguardia dei diritti fondamentali che la Costituzione riconosce a tutti i cittadini al fine di combattere, più efficacemente e sollecitamente possibile, quel pericolo che la citata disposizione, in accordo con l'ispirazione antifascista della nostra Costituzione, ha inteso direttamente e imperativamente prevenire».

---

<sup>8</sup> Cass., Sez. Un., n. 16153, 17 aprile 2024, in commento.

#### **4. La soluzione interpretativa offerta dalle Sezioni Unite**

Le Sezioni Unite, prima di fornire la corretta qualificazione giuridica delle condotte poste in essere dagli imputati nel caso di cui ci occupa, si sono soffermati sui tratti distintivi dei reati disciplinati dalla legge Scelba e dalla legge Mancino<sup>9</sup> e sui rapporti intercorrenti tra le stesse.<sup>10</sup> Ad avviso dei giudici della Suprema Corte vi è un nucleo comune tra l'art. 2 cit. e l'art. 5 cit., rappresentato dal «compimento di manifestazioni tenute partecipando a pubbliche riunioni», mentre, le differenze si ravvisano nella diversa entità cui rapportare le esibizioni tenute e nel bene giuridico tutelato. In particolare, la fattispecie di cui all'art. 5 cit. è da ritenersi di pericolo concreto<sup>11</sup> ed il bene giuridico che si intende proteggere è l'ordinamento democratico o costituzionale. Tale norma, infatti, così costruita dal legislatore è stata posta a presidio della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, ovvero di quella disposizione che vieta la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista.

A suffragio di quanto appena affermato possiamo citare l'orientamento della Corte costituzionale che, nell'interpretare la legge Scelba, ha più volte ribadito come «vada escluso che la libertà di manifestazione del pensiero possa andare esente da limitazioni lì dove la condotta tenuta risulti violatrice di altri interessi costituzionalmente protetti e tra questi rientrano le esigenze di tutela dell'ordine democratico cui è preposta la disposizione transitoria in tema di divieto di ricostituzione del partito fascista [...] ma il fatto deve trovare nel momento e

---

<sup>9</sup>G. PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Arch pen.*, 2014, n. 3.

<sup>10</sup>F. MARTIN, *Pericolo concreto o pericolo astratto: le Sezioni Unite sulla rilevanza penale del saluto romano*, in *Giur. Pen. Web*, 2024,1. A. NOCERA, *op.cit.*.

<sup>11</sup>I reati di pericolo si distinguono in reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto (o presunto). I reati di pericolo concreto si caratterizzano per la presenza del pericolo quale elemento espresso si fattispecie che, in quanto tale, deve essere oggetto di precipua verifica da parte del Giudice. Nei reati di pericolo astratto, invece, il pericolo costituisce la ratio della norma, in quanto insito, implicito nella stessa condotta ritenuta per comune esperienza pericolosa, con la conseguenza che si rende superflua ogni indagine in merito alla sussistenza del pericolo medesimo. Ciò che conta è la conformità tra fatto concreto e fattispecie astratta. Secondo parte della Dottrina, alla bipartizione sopra ricordata deve essere contrapposta una teoria tripartita che si riconosce autonomia alla figura del reato di pericolo presunto, che viene così tenuto distinto dal reato di pericolo astratto, e nel quale il pericolo non è necessariamente insito nella condotta, ma è in ogni caso presunto in via assoluta, per cui non è neppure ammessa la prova contraria della sua inesistenza. Una parte della dottrina ritiene che vi sia una ulteriore sottocategoria dei reati di pericolo: i reati di pericolo presunto, che si distinguono sia da quelli di pericolo concreto e sia da quelli di pericolo astratto. Nell'ambito dei reati di pericolo presunto, il pericolo non sarebbe insito nella stessa condotta ma, anzi, sarebbe possibile accertarne l'esistenza di volta in volta.

nell'ambiente in cui è compiuto circostanze tali da renderlo idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste [...]»<sup>12</sup>.

Dunque, l'oggetto della tutela non è l'ordine pubblico materiale *tout court* ma va inteso in un'ottica più ampia ossia i valori costituzionali e democratici posti a fondamento della nostra Repubblica, i quali possono essere sintetizzati nell'espressione «ordine pubblico democratico o costituzionale». Mentre, ad avviso delle Sezioni Unite l'art. 2 legge cit. è norma di pericolo astratto, ove la valutazione del pericolo viene indicata dal legislatore, lasciando al giudice il compito di verificare, nella disamina della fattispecie, elementi di fatto capaci di dimostrare, in concreto, l'assenza. Condivisibile è l'assunto secondo cui «il reato di cui all'art. 2 legge cit., plasmato sulle condotte di manifestazioni tenute in pubbliche riunioni, pur possedendo, come rilevato anche in dottrina, la stessa struttura morfologica del reato di cui all'art. 5 legge cit. si differenzia da questo per il diverso contenuto evocativo di dette manifestazioni e per il collegamento dello stesso con le "organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi" di cui all'art. 3 legge n. 654 del 1975».

#### **5. Il tentativo del legislatore, in tempi recenti, di estendere le condotte punibili, attraverso l'introduzione dell'art. 293 bis c.p.**

Il 10 luglio 2017 iniziava alla Camera dei deputati la discussione della proposta di legge per l'introduzione dell'articolo 293-bis<sup>13</sup> del codice penale, concernente il reato di propaganda del regime fascista e nazifascista. Più precisamente, il disegno di legge era volto ad inserire nel codice penale il nuovo art. 293-bis con la previsione della pena della reclusione, da sei mesi a due anni, nei confronti di chi «propaganda le immagini o i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero delle relative ideologie, anche solo attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni

---

<sup>12</sup> C. Cost. 4 maggio 1970, n. 65.

<sup>13</sup> Proposta di legge Fiano: art. 1. Nel capo II del titolo I del libro secondo del codice penale, dopo l'articolo 293 è aggiunto il seguente: «Art. 293-bis – (Propaganda del regime fascista e nazifascista). – Chiunque propagandale immagini o i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero delle relative ideologie, anche solo attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli a essi chiaramente riferiti, ovvero ne richiama pubblicamente la simbologia o la gestualità è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. La pena di cui al primo comma è aumentata di un terzo se il fatto è commesso attraverso strumenti telematici o informatici».

raffiguranti persone, immagini o simboli a essi chiaramente riferiti, ovvero ne richiama pubblicamente la simbologia o la gestualità».

Le condotte tipizzate dalla nuova fattispecie contemplavano sia la propaganda attiva che si manifesta nei passaggi della filiera produttiva, (dalla produzione, alla distribuzione, alla diffusione, alla vendita) di immagini, oggettistica, gadgets di ogni tipo, simboli od immagini che siano riferiti all'ideologia fascista o nazifascista o ai relativi partiti, sia quei comportamenti espressione di «simbologia e gestualità» tra questi il saluto romano o nazifascista fatto in pubblico e l'ostentazione pubblica di simboli che a tali partiti o ideologie si riferiscano. Bisogna, inoltre, ricordare che in sede di dibattito parlamentare veniva introdotta la clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca più grave reato», volta a risolvere l'interferenza della fattispecie descritta dal nuovo art. 293-bis c.p., con quella più grave di cui al citato art. 4 della legge Scelba, in tema di apologia del fascismo.<sup>14</sup>

È evidente che l'incriminazione della mera manifestazione del pensiero fascista, laddove non fosse tale da ricondurre alla riorganizzazione del disciolto partito, sarebbe incostituzionale. Si verificherebbe, difatti, un contrasto con il diritto alla libera manifestazione del pensiero ingiustificabile. Di fatti è necessario che l'apologia abbia quell'attitudine a condurre ad una riorganizzazione del disciolto partito fascista, che si rintraccia in un principio caposaldo del nostro ordinamento, ossia proprio dalla nostra Costituzione.

Si tratta del principio di offensività, in virtù del quale è possibile punire con sanzioni penali solo condotte idonee ad offendere o almeno mettere in pericolo il bene giuridico tutelato, che nel caso in esame va individuato nella stabilità dell'ordine democratico della Repubblica. La stabilità della nostra democrazia, dunque, parrebbe già altamente messa al riparo dalla legge attuale. In verità, ben maggiore efficacia potrebbero avere sanzioni di natura amministrativa che potrebbero avere immediata efficacia senza attendere i tempi biblici del processo penale. Ciò che si auspica, invece, è l'introduzione di un obbligo, per i *providers*, volto a controllare e ad impedire l'immissione in rete di contenuti palesemente razzisti o di propaganda e istigazione alla discriminazione e alla violenza.

## **6. Conclusioni**

In conclusione, possiamo affermare, che la manifestazione del 29 aprile 2016, in memoria di Borsani, Ramelli e Pedenovi, con tali modalità fattuali, integra, a

---

<sup>14</sup> A. NOCERA, *op.cit.*

detta dei giudici delle Sezioni Unite, la fattispecie di cui all'art. 5 della legge n. 654 del 1952. Ciò non vuol dire che «il saluto romano» o la chiamata del «presente» sia di per sé reato, ma vanno accertate, caso per caso, le condizioni ambientali, (la eventuale valenza simbolica del luogo di verifica, il grado di immediata, o meno, ricollegabilità dello stesso contesto al periodo storico in oggetto e alla sua simbologia, il numero dei partecipanti e la ripetizione dei gesti), nelle quali il saluto romano sia in grado di creare consenso al fine della ricostituzione del partito fascista.

Assodata la «naturale» riconducibilità del rituale in oggetto, praticato in riunioni di carattere pubblico, al reato di cui all'art. 5 l. n. 654 del 1952, non si può tuttavia escludere che lo stesso possa integrare anche, a fronte di determinati presupposti, il reato di cui all'art. 2 cit.. Occorre precisare, come giustamente, asseriscono i giudici della sentenza in commento che tale rituale, in quanto proprio del regime fascista, evochi, anche le idee di tipo razziale o discriminatorio ad esso connesse, e non è di per sé idoneo ad integrare anche il reato di cui all'art. 2 cit., attesa la inequivoca struttura della norma che, come visto, sanziona non le manifestazioni di tipo razziale o discriminatorio *tout court*, bensì le manifestazioni proprie od usuali delle «organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi dell'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654».

Appare, innegabile come il legislatore non abbia sanzionato direttamente le manifestazioni esteriori espressive di incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziale, etnici, nazionali o religiosi, esigendo, invece, che tali manifestazioni siano quelle proprie od usuali dei gruppi che tale incitamento pongono in essere. E' per questa ragione, che, in linea con la condivisibile preoccupazione di non travalicare il principio di legalità e di tassatività nell'interpretazione della norma si richiede che tali gruppi siano individuati dal giudice e che solo la previa individuazione degli stessi consenta applicabile l'art. 2, comma 1, cit., lì dove occorrerà verificare, inoltre, l'idoneità della condotta ad offendere il bene giuridico, contestualizzando il comportamento dell'agente attraverso un giudizio *ex ante*, ed in questo caso il pericolo è astratto, poiché la valutazione di pericolosità di questi gruppi è stata già effettuata a monte dal legislatore.