



ASSOCIAZIONE ITALIANA  
**PROFESSORI DI  
DIRITTO PENALE**

**DiP  
LaP**

Laboratorio  
Permanente  
di Diritto e  
Procedura  
Penale

# **La riforma dei delitti contro la persona**

**Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP**

**Atti dei seminari di discussione in collaborazione  
con il DiPLaP**

**Edizioni**

**DiPLaP**



Collana DIPLAP  
del Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale

**Comitato scientifico**

*Roberto Flor (Direttore)*

*Giandomenico Dodaro (Vicedirettore)*

*Fabio Salvatore Cassibba*

*Rossella Fonti*

*Ciro Grandi*

*Enrico Maria Mancuso*

*Marco Pierdonati*

*Vico Valentini*





Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale  
Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia)  
C.F. 97664840150  
Web: <http://labdirpen.wix.com/diplap>

2023 - DiPLaP Editor  
ISBN: 978-88-940949-5-4

Publicazione destinata esclusivamente alla distribuzione online  
Creative Commons 2023  
Attribuzione - Non commerciale - 2023





# **La riforma dei delitti contro la persona**

**Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP  
Atti dei seminari di discussione in collaborazione  
con il DiPLaP**

*A cura di*

Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale e  
Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale

**Edizioni  
DiPLaP**





# INDICE

Introduzione	1
<b>RIFORMA DEI REATI DOLOSI CONTRO LA VITA E L'INTEGRITÀ FISICA</b>	
Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro coordinato da Roberto Bartoli e Antonio Vallini	
PROPOSTA DI ARTICOLATO	5
RELAZIONI DI ACCOMPAGNAMENTO	19
1. Appunti <i>de iure condendo</i> in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell’embrione – tutela dell’identità genetica <b>Antonio Vallini</b>	20
2. Reati codicistici in materia di interruzione di gravidanza: questioni <i>de iure condendo</i> <b>Antonio Vallini</b>	34
2-bis. Note a margine delle proposte in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell’embrione – tutela dell’identità genetica – interruzione di gravidanza <b>Luciano Eusebi</b>	45
3. La riforma dei delitti di omicidio doloso (art. 575, 576, 577 e 578 c.p.). Brevi considerazioni <b>Enrico Ambrosetti</b>	50
4. La riforma delle circostanze aggravanti dell’omicidio <b>Gianluca Gentile</b>	52
5. Prospettive di riforma in materia di suicidio assistito e omicidio <i>pietatis causa</i> <b>Gianluca Gentile</b>	65
6. Relazione di accompagnamento alla proposta di riforma degli artt. 579-580 c.p. <b>Maria Beatrice Magro</b>	79
6-bis. Note a margine alla relazione e proposta di articolato elaborata dalla prof.ssa Beatrice Magro, avente ad oggetto le fattispecie di “omicidio del consenziente” e “istigazione o aiuto al suicidio” <b>Antonio Vallini</b>	87

7. Osservazioni su colpa in attività illecita, omicidio preterintenzionale e art. 586 c.p. <b>Stefano Canestrari e Matteo Leonida Mattheudakis</b>	89
8. Lineamenti di una riforma delle fattispecie qualificate dall'offesa alla vita e all'incolumità personale <b>Giovannangelo De Francesco</b>	94
9. Progetto di riforma dei delitti di lesioni <b>Annamaria Peccioli</b>	99
10. Intervento medico in assenza di consenso <b>Marco Pelissero</b>	105
11. Doping: stato dell'arte e futuribili <b>Sergio Bonini</b>	111
11-bis. Note a margine in tema di omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio, omicidio preterintenzionale, aggravanti dell'omicidio, atto medico arbitrario, delitti di doping <b>Luciano Eusebi</b>	118
12. Criticità e proposte di soluzione de iure condendo in ordine ai delitti di cui agli artt. 588, 591, 593 c.p. <b>Fabio Basile</b>	121
12-bis. Note a margine alle proposte di riforma dei delitti in ordine ai delitti di cui agli artt. 588, 591, 593 c.p. <b>Antonio Vallini</b>	128
12-ter. Note a margine in tema di delitti contro l'embrione umano e la maternità, di reati di omicidio e fattispecie a struttura preterintenzionale, di abbandono di persona incapace <b>Marco Pelissero</b>	129
Sezione II – Atti del seminario di discussione a cura di Enrico Mario Ambrosetti ed Emanuele La Rosa	
Preterintenzione e reati aggravati dall'evento <b>Guido Piffer</b>	135
I delitti di omicidio e le questioni di fine vita <b>Antonella Massaro</b>	149
Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita: le soluzioni suggerite dal Gruppo di ricerca per la riforma dei reati dolosi e preterintenzionali contro la vita e l'integrità fisica <b>Vincenzo Tigano</b>	159

RIFORMA DEI REATI COLPOSI CONTRO LA PERSONA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro  
coordinato da Andrea Castaldo e Sergio Seminara

PROPOSTA DI ARTICOLATO	181
RELAZIONI DI ACCOMPAGNAMENTO	
Relazione sulla nuova bozza di articolato <i>Matteo Caputo</i>	191
Il regime di responsabilità penale dell’ercente una professione sanitaria <i>Matteo Caputo</i>	195
Tutela penale della sicurezza sul lavoro, linee-guida e “buone prassi”. Considerazioni per una proposta di modifica degli artt. 589 e 590 c.p. in materia di infortuni sul lavoro <i>Alberto De Vita</i>	209
Omicidio e lesioni sul lavoro <i>Giuseppe Losappio</i>	219
Omicidio e lesioni stradali <i>Stefano Preziosi</i>	223
Sezione II – Atti del seminario di discussione a cura di Andrea Castaldo e Marco Venturoli	
Prevenzione antinfortunistica e selettività della “risposta” penale <i>Alberto De Vita</i>	231
La riforma dei reati colposi contro la persona nelle prospettive di riforma della colpa <i>Giuseppe Losappio</i>	241
Omicidio e lesioni stradali <i>Stefano Preziosi</i>	243
La disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie. La proposta di riforma dell’Associazione italiana dei professori di diritto penale <i>Matteo Caputo</i>	251
Analisi propositiva della prima bozza di articolato Aipdp sulla «non punibilità dell’ercente le professioni sanitarie» <i>Andrea Perin</i>	271

I reati colposi contro la persona. Parola d'ordine: differenziazione! <b>Gaetano Scalise</b>	281
---	-----

Osservazioni sull'impronta deflattiva delle proposte di riforma dell'Aipdp in materia di circolazione stradale e attività sanitaria <b>Matteo Leonida Mattheudakis</b>	285
--	-----

## RIFORMA DEI REATI CONTRO LA LIBERTÀ PERSONALE E MORALE

### Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro coordinato da Antonio Cavaliere

PROPOSTA DI ARTICOLATO	297
------------------------	-----

#### RELAZIONI DI ACCOMPAGNAMENTO

La riforma dei reati contro la libertà personale <b>Cristiano Cupelli</b>	299
--	-----

La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti di riflessione per una futuribile riforma <b>Giulio De Simone</b>	313
--	-----

Note minime sulle proposte Cupelli e De Simone per la riforma dei reati contro la libertà personale <b>Vincenzo Militello</b>	325
---	-----

### Sezione II – Atti del seminario di discussione a cura di Vincenzo Militello ed Emanuele La Rosa

Osservazioni sulla proposta di riforma dei delitti contro la libertà morale discussa dall'AIPDP <b>Attilio Nisco</b>	331
--	-----

Brevi osservazioni sulla proposta di riforma dei delitti contro la libertà morale discussa dall'AIPDP <b>Federico Bacco</b>	339
---	-----

## RIFORMA DEI REATI CONTRO LA LIBERTÀ E L'AUTODETERMINAZIONE SESSUALE

### Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro coordinato da Sergio Seminara

RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO	347
------------------------------	-----

PROPOSTA DI ARTICOLATO	353
------------------------	-----

Sezione II – Atti del seminario di discussione  
a cura di Giuliano Balbi e Licia Siracusa

Spigolature a margine del seminario “La riforma dei reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale” <b>Marta Bertolino</b>	359
Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP <b>Anna Maria Maugeri</b>	363
Per una tipizzazione della produzione e diffusione di “pedo-pornografia domestica” <b>Malaika Bianchi</b>	391
Il reato di adescamento di minorenni. Problemi interpretativi e prospettive di riforma <b>Sofia Braschi</b>	407

RIFORMA DEI REATI CONTRO L’INVIOLABILITÀ DEL  
DOMICILIO, LA TUTELA DELLA VITA PRIVATA E DEI  
SEGRETI, LA LIBERTÀ E LA PERSONALITÀ INFORMATICA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro  
coordinato da Alessandra Rossi

ARTICOLATO E RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO

Riservatezza e sicurezza informatica, identità digitale <b>Lorenzo Picotti, Roberto Flor, Ivan Salvadori</b>	423
Reati contro il diritto alla riservatezza <b>Stefano Fiore</b>	449
Rivelazione di segreto professionale e rivelazione di segreti scientifici o commerciali (artt. 622 e 623 c.p.) <b>Alessandra Rossi e Maurizio Riverditi</b>	479

Sezione II – Atti del seminario di discussione  
a cura di Lorenzo Picotti e Marco Venturoli

Reati contro l’inviolabilità del domicilio, la tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica <b>Vincenzo Bruno Muscatiello</b>	489
--	-----

Rivelazione di segreti, violazione del domicilio (anche informatico) e tutela della vita privata <b>Vito Plantamura</b>	509
Sulla proposta di riforma del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico <b>Marta Lamanuzzi</b>	519
Introduzione agli interventi della seconda sessione <b>Lorenzo Picotti</b>	547
Reati contro l'inviolabilità del domicilio, la tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica <b>Francesco Cajani</b>	549
Reati contro la riservatezza e la sicurezza informatiche, nonché l'identità digitale <b>Giuseppe Vaciago</b>	557
Reati contro la riservatezza della vita privata <b>Stefano Fiore</b>	561
Un timido tentativo di riforma alla tutela apprestata alla corrispondenza: gli articoli 616, 618, 619 e 620 c.p. <b>Maristella Amisano</b>	565
Identità digitale e tutela penale <b>Roberto Flor</b>	573
Il delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico. Sono maturi i tempi per un suo <i>restyling</i> ? <b>Ivan Salvadori</b>	579
Intervento alla Tavola rotonda <b>Lorenzo Picotti</b>	593
<b>RIFORMA DEI REATI IN MATERIA DI FAMIGLIA E FORMAZIONI SOCIALI ESISTENZIALI</b>	
Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro coordinato da Silvia Larizza, Silvio Riondato, Costantino Visconti	
PROPOSTA DI ARTICOLATO	599
RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO	
Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenti. Relazione <b>Silvio Riondato</b>	607

Allegato in materia di incesto Interventi di <i>Adelmo Manna, Silvio Riondato, Alberto di Martino, Alessandra Giunti</i>	617
Allegato in materia di maltrattamenti	
Piattaforma provvisoria per la riformulazione dell'art. 572 c.p. <i>Silvia Larizza</i>	633
Contributo <i>Antonella Merli</i>	637
Osservazioni su una possibile riforma dell'art. 572, a partire dalla piattaforma provvisoria elaborata da Silvia Larizza <i>Alessandro Spena</i>	643
Note minime in tema di modifiche all'art. 572 c.p. <i>Alessandro Roiati</i>	645
Contributo <i>Elisabetta Palermo</i>	647
Per una riformulazione dell'art. 572 c.p.: quadro di sintesi delle posizioni espresse <i>Silvia Larizza</i>	649
Allegato in materia di violazione degli obblighi di assistenza	
Contributo <i>Paolo Pittaro e Natalina Folla</i>	651
Contributo <i>Alessandro Spena</i>	655
Brevi riflessioni in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare (artt. 570 - 570-bis c.p.) <i>Alessandro Roiati</i>	657
Articolato definitivo <i>Paolo Pittaro e Natalina Folla</i>	661
Sezione II – Atti del seminario di discussione a cura di Alessandro Spena e Giandomenico Dodaro	
Interpretazione teleologica e reati contro la famiglia <i>Angelo Costanzo</i>	665
Contributo all'incontro di studio di AIPDP in collaborazione con DiPLaP sulla Riforma dei reati in materia di famiglia	675

**Paola Farinoni**

Tutela della persona nell'ambito delle relazioni familiari. Prospettive di riforma dei delitti contro la famiglia <b>Lara Ferla</b>	689
Il delitto di incesto: tra foro interno e foro esterno <b>Adelmo Manna</b>	713
Sulla proposta di abolizione del delitto di “abuso dei mezzi di correzione o di disciplina” <b>Giandomenico Dodaro</b>	725
La convivenza quale requisito tipizzante della fattispecie di maltrattamenti in famiglia. Una proposta di lavoro <b>Tommaso Trincherà</b>	729
A proposito di maltrattamenti e violenza domestica <b>Silvia Larizza</b>	745
Conclusioni <b>Silvio Riondato</b>	751

RIFORMA DEI REATI CONTRO L'UMANITÀ E  
L'EGUAGLIANZA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro  
coordinato da Mauro Catenacci

ARTICOLATO E RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO	755
Opinione dissenziente in tema di genocidio <b>Alessandro Bondi</b>	767

Sezione II – Atti del seminario di discussione  
a cura di Gaetana Morgante e Giandomenico Dodaro

I delitti contro l'umanità e l'uguaglianza: alcune osservazioni sulla proposta del gruppo di lavoro della Aipdp <b>Gabriele Fornasari</b>	775
I delitti contro l'umanità e l'uguaglianza <b>Paolo Caroli</b>	789
Intervento <b>Alessandra Galluccio</b>	795



RIFORMA DEI REATI CONTRO LA SALUTE PRIVATA E  
PUBBLICA E CONTRO L'INCOLUMITÀ PRIVATA E PUBBLICA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro  
coordinato da Massimo Donini

Relazione finale	801
1. Tutela della vita e della salute (nei settori della sicurezza del lavoro, degli alimenti, dei farmaci, etc.) <i>Alberto Gargani, Stefano Zirulia, Donato Castronuovo</i>	801
2. I reati ambientali <i>Carlo Ruga Riva</i>	820
3. La disciplina degli stupefacenti <i>Marco Gambardella</i>	828

Sezione II – Atti del seminario di discussione  
a cura di Luca Masera e Licia Siracusa

Presente e futuro del diritto penale dell'ambiente <i>Carlo Ruga Riva</i>	849
Le proposte di riforma in materia di stupefacenti: gli illeciti a tutela di interessi individuali <i>Marco Gambardella</i>	857
<i>Brevi note (scettiche) sull'opportunità di introdurre una nuova categoria di delitti di pericolo individuale</i> <i>Alexander Bell</i>	871
Osservazioni sulla categoria dei delitti di pericolo concreto individuale nella proposta di riforma <i>Chiara Perini</i>	881
Osservazioni sulla proposta di riforma dei reati ambientali del Gruppo di studio dell'Associazione dei professori di diritto penale <i>Licia Siracusa</i>	889



## PREMESSA

Il presente volume sulla riforma dei delitti contro la persona è stato condotto sotto la direzione dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP) unitamente al Laboratorio permanente di diritto penale (DiPLaP). Il lavoro è iniziato nel 2017 su proposta del Consiglio direttivo dell'AIPDP, presieduto dal prof. Sergio Seminara (e composto dai professori Roberto Bartoli, poi sostituito da Antonio Vallini, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Donini, Alessandra Rossi, Costantino Visconti) ed ha coinvolto, a partire dal 2021, il DiPLaP, rappresentato dal prof. Giandomenico Dodaro (vicepresidente). Per la prima volta due associazioni scientifiche penalistiche hanno proposto un'ampia riflessione sistematica di revisione di un settore, centrale e controverso, della parte speciale del codice penale, al fine di offrire un contributo utile anche all'attività del legislatore.

L'impianto del presente volume riflette lo sviluppo dell'attività di ricerca che ha coinvolto professori, ricercatori e giovani studiosi penalisti nell'analisi critica della legislazione vigente alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e delle esigenze di tutela. I gruppi di lavoro, che si sono occupati dei singoli settori dei delitti contro la persona e con il coordinamento dei componenti del Consiglio direttivo che avevano avviato l'iniziativa, hanno elaborato (luglio-novembre 2020) una proposta di riforma, talvolta, più proposte di riforma, e relazioni o altri documenti di accompagnamento: la presenza di più ipotesi di riforma riflette la pluralità di voci all'interno delle due Associazioni, che rimangono incubatori di dibattito e confronto su temi di interesse penalistico.

Alla pubblicazione dei testi di riforma sul sito dell'AIPDP è seguita una discussione che si è svolta dapprima all'interno di due Convegni nazionali dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, tenutosi a Torino (9-10 novembre 2018) e a Napoli (30-31 maggio 2019), e poi attraverso attività seminariali organizzate in diverse sedi universitarie nelle quali i risultati della ricerca sono stati oggetto di confronto anche con la magistratura e l'avvocatura, con le quali è sempre essenziale il confronto (Università di Brescia, Padova, Palermo, Salerno, Verona, Università della Campania Luigi Vanvitelli, Sant'Anna - Scuola Universitaria Superiore di Pisa).

Il presente volume raccoglie le proposte di riforma avanzate dai gruppi di lavoro interni alle due Associazioni, nonché le relazioni e gli interventi svolti durante i seminari.

La ricerca rappresenta il contributo dei penalisti italiani alla riforma dei delitti contro la persona ed offre soluzioni e spunti di riflessione articolati su temi che, talvolta, dividono in modo lacerante non solo l'opinione pubblica, ma anche gli studiosi che affrontano con criteri scientifici questo delicato settore del diritto penale.

Si ringraziano tutti coloro che hanno partecipato a questo ampio lavoro di riflessione corale e, in particolare, per la collaborazione al lavoro redazionale, i dottori e le dottoresse Matthias Da Rold, Gaia Fiorinelli, Serena Furone, Laura Giancola, Chiara Gigante, Margherita Pizzoferrato, Federica Raffone, Sara Riccardi, Marcello Sestieri, Monica Tortorelli.

Roma, aprile 2023

Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP)  
Laboratorio permanente di diritto e procedura penale (Di.P.La.P.)



RIFORMA DEI REATI DOLOSI CONTRO LA VITA E  
L'INTEGRITÀ FISICA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro

14 luglio 2020

Gruppo per la riforma dei reati dolosi contro la persona: Roberto Bartoli e Antonio Vallini (coord.), Enrico Mario Ambrosetti, Fabio Basile, Sergio Bonini, Stefano Canestrari, Giovannangelo De Francesco, Luciano Eusebi, Gianluca Gentile, Maria Beatrice Magro, Annamaria Peccioli, Marco Pelissero.



## PROPOSTA DI ARTICOLATO\*

### DELITTI CONTRO L'EMBRIONE UMANO, IL NASCITURO E LA MATERNITÀ

(Antonio Vallini)

#### *Dei delitti a tutela dell'embrione umano*

##### *Definizione di embrione umano*

Ai fini della legge penale, è embrione umano un organismo ai primi stadi di sviluppo, successivi alla cariogamia, appartenente alla specie umana e dotato della intrinseca capacità, indipendente da ulteriori interventi tecnici, di svilupparsi in uomo se destinato alla gestazione.

##### *Embrionicidio*

Salvo che il caso costituisca più grave reato<sup>12</sup>, chiunque, al di fuori dei casi disciplinati dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita e sulla interruzione volontaria di gravidanza, cagiona l'estinzione di un embrione umano, è punito...

Il tentativo è punibile.

[Eliminare qualsiasi reato in tema di "crioconservazione"]

##### *[Embrionicidio colposo*

Salvo che il caso costituisca più grave reato, chiunque, al di fuori dei casi disciplinati dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita e sulla interruzione volontaria di gravidanza, cagiona per colpa l'estinzione di un embrione umano, è punito]<sup>2</sup>.

##### *[Lesioni embrionali*

Salvo che il caso costituisca più grave reato, chiunque, al di fuori dei casi disciplinati dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita e sulla interruzione volontaria di gravidanza, danneggia per colpa un embrione umano, è punito...

Il tentativo è punibile.]<sup>3</sup>

##### *[Lesioni embrionali colpose*

Salvo che il caso costituisca più grave reato, chiunque, al di fuori dei casi disciplinati dalla legge

---

\* Sintesi e coordinamento complessivo di Antonio Vallini (Pisa, 14 luglio 2020).

A fianco di ogni articolo, o del "titolo", è precisato il nome di chi propone il testo della disposizione o delle disposizioni incriminatrici. Tale proposta non necessariamente riflette un orientamento condiviso dalla maggioranza dei componenti, sebbene la gran parte degli argomenti siano stati ampiamente discussi all'interno del gruppo di lavoro.

Gli articolati in tema di delitti contro l'embrione umano, il nascituro e la maternità, quello relativo alla distinzione tra "omicidio" ed "assassinio", nonché la disposizione sull'omicidio preterintenzionale, non sono stati sufficientemente discussi da tutti i partecipanti al progetto e devono dunque ritenersi prevalentemente il frutto di una riflessione personale degli autori. Si vedano, tuttavia, le "note a margine" al riguardo prodotte da altri componenti.

Più in generale, per precisazioni circa le motivazioni sottostanti alle diverse scelte di formulazione delle fattispecie, e per un quadro più preciso del dibattito sviluppatosi tra i partecipanti al progetto - e, dunque, anche per la prospettazione di soluzioni alternative - si vedano le relazioni allegate al presente documento.

<sup>1</sup> La clausola di riserva serve a segnare il confine con i reati in materia di interruzione di gravidanza.

<sup>2</sup> Fattispecie riguardo alla quale, nel sottogruppo, sono emerse varie perplessità, in particolare riguardo a meritevolezza di pena e opportunità politico-criminale.

<sup>3</sup> Fattispecie riguardo alla quale, nel sottogruppo, sono emerse varie perplessità, in particolare riguardo a meritevolezza di pena e opportunità politico-criminale.

sulla procreazione medicalmente assistita e sulla interruzione volontaria di gravidanza, danneggia per colpa un embrione umano, è punito...]<sup>4</sup>

*Illecita generazione di embrioni*

Chiunque genera uno o più embrioni umani per fini diversi dalla gestazione, è punito...  
Il tentativo è punibile.

*Ectogenesi e generazione extramaterna*

Chiunque impianta un embrione umano in un corpo animale o in un corpo umano maschile, oppure lo colloca in una macchina, al fine, anche soltanto sperimentale, della gestazione<sup>5</sup>, è punito...  
Il tentativo non è punibile<sup>6</sup>

*Gestazione interspecifica*

Chiunque impianta un embrione non umano nel corpo di una persona umana, al fine, anche soltanto sperimentale, della gestazione, è punito...  
Il tentativo non è punibile<sup>7</sup>.

***Dei delitti contro l'identità genetica del nascituro***

*Alterazione genetica*

Chiunque, per fini non terapeutici, e con esclusione dei casi di diagnosi e selezione preimpianto disciplinati dalla legge, altera o predetermina il patrimonio genetico di un embrione umano destinato alla gestazione, anche intervenendo sui gameti utilizzati per la generazione dell'embrione stesso, è punito<sup>8</sup>...  
Il tentativo non è punibile<sup>9</sup>.  
Chiunque altera il patrimonio genetico di un feto durante la gravidanza, è punito...  
Il tentativo è punibile.  
Chiunque altera il patrimonio genetico di un uomo dopo la nascita, è punito...  
Il tentativo è punibile.

*Clonazione riproduttiva*

Chiunque sperimenta tecniche finalizzate a far nascere uomini il cui genoma sia identico a quello di altri uomini vivi o morti<sup>10</sup>, è punito<sup>11</sup> ...  
Il tentativo è punibile<sup>12</sup>.  
Chiunque compie atti idonei a far nascere un uomo il cui genoma sia identico a quello di altro

---

<sup>4</sup> Fattispecie riguardo alla quale, nel sottogruppo, sono emerse varie perplessità, in particolare riguardo a meritevolezza di pena e opportunità politico-criminale.

<sup>5</sup> Formulazione mutuata dal "Progetto Pagliaro".

<sup>6</sup> Essendo comunque fattispecie a tutela anticipata.

<sup>7</sup> Essendo comunque fattispecie a tutela anticipata.

<sup>8</sup> In questa fattispecie rientrerebbero anche i casi animati da finalità "eugenetica".

<sup>9</sup> La fattispecie già opera una significativa anticipazione della tutela.

<sup>10</sup> Si utilizza questa formula per render chiaro che ci si riferisce a un requisito, volendo, di dolo specifico ma che al tempo stesso pretende, senza dubbio alcuno, un requisito di obiettiva idoneità della condotta rispetto allo scopo.

<sup>11</sup> Il livello di pena non dovrebbe farsi troppo trascinare verso l'alto da esigenze di rassicurazione simbolica che molto premono in quest'ambito, ma dovrebbe commisurarsi anche all'elevato grado di anticipazione della tutela.

<sup>12</sup> Già la fattispecie opera una significativa anticipazione di tutela; da considerare altresì la difficoltà di precisare i confini tipici/fattuali di un "tentativo di sperimentazione".



uomo vivo o morto, è punito<sup>13</sup>...  
Il tentativo è punibile<sup>14</sup>.

### ***Dei delitti contro la titolarità di gameti ed embrioni umani***

#### *Traffico e commercio di gameti*

Chiunque fa traffico o commercio illegali di gameti ed embrioni umani, è punito...  
Il tentativo è punibile.

#### *Uso arbitrario di gameti ed embrioni*

Chiunque utilizza gameti o embrioni umani altrui, senza il consenso di coloro da cui provengono, e salvi i casi di gameti o embrioni abbandonati, è punito...<sup>15</sup>  
Il tentativo è punibile.  
Chiunque, mediante violenza, minaccia o inganno, sottrae ad altri gameti od embrioni, allo scopo di commettere il fatto di cui al primo comma, è punito...  
Il tentativo è punibile.

### ***Dei delitti contro la maternità***

#### *Surrogazione di maternità*

##### **Ipotesi 1**

[*premessa: il disvalore risiede nella "dissociazione artificiale di maternità" (vedi relazione). In questo caso il delitto potrebbe anche intitolarsi, più propriamente, "dissociazione di maternità"*]

Chiunque<sup>16</sup> produce un embrione<sup>17</sup> con gameti di una donna che ha commissionato ad altra donna la gestazione, in virtù di un precedente accordo stando al quale la donna committente assumerà il ruolo di madre del nascituro<sup>18</sup>, è punito....

Il tentativo è punibile<sup>19</sup>.

È punita con la stessa pena, nei casi di cui al primo e al secondo comma<sup>20</sup>, la donna che ha

---

<sup>13</sup> Pena superiore a quella per il reato precedente.

<sup>14</sup> Essendo già fattispecie a tutela anticipata.

<sup>15</sup> Il caso di "abbandono" di gameti od embrioni dovrebbe essere attentamente disciplinato dalla legge in tema di procreazione medicalmente assistita.

<sup>16</sup> Si pensa, in particolare, al medico che attua la procreazione medicalmente assistita (purché, ovviamente, sia consapevole dell'accordo, trattandosi di delitto doloso). Il *partner* della donna committente potrà rispondere o direttamente ai sensi di questa norma, quando abbia fornito i propri gameti e, dunque, contribuito causalmente alla produzione dell'embrione, oppure come concorrente, ex art.110 c.p., nel reato della donna e del medico.

<sup>17</sup> Si ritiene opportuno subordinare almeno alla produzione dell'embrione la rilevanza penale dell'accordo di surrogazione, per evitare un eccessivo arretramento della tutela penale. Si ritiene opportuno, al tempo stesso, non posticipare ulteriormente il momento di perfezionamento dell'illecito, in modo da rendere senz'altro impedibile già la sola produzione dell'embrione, il cui venire ad esistere determina problemi giuridici inerenti al suo destino davvero ardui da risolvere.

<sup>18</sup> «Assumere il ruolo di madre»: locuzione volutamente generica, riferita come minimo a una maternità "sociale- affettiva", dunque non condizionata dalla circostanza che tale ruolo venga accreditato formalmente sul piano giuridico, o che si tenti di operare a tal fine (profilo irrilevante ai fini del disvalore che si ritiene fondi la meritevolezza di pena).

<sup>19</sup> Opportuno, se non altro al fine di rendere al di là di ogni dubbio illeciti e impedibili atti diretti in modo univoco alla produzione dell'embrione. Sarebbe invero auspicabile che l'embrione non venisse prodotto, dato che il suo venire ad esistere comporta problemi giuridici, legati al suo destino, alquanto ardui.

<sup>20</sup> Anche la rilevanza penale della delega di una gestazione per altri è dunque subordinata alla circostanza che

commissionato la gestazione.

Nel caso di cui al primo comma<sup>21</sup>, la donna che si è impegnata alla gestazione è punita<sup>22</sup>..., ma la pena può essere diminuita, quando il fatto è determinato da una condizione di vulnerabilità. Quando l'accordo di cui al primo comma sia stato stipulato approfittando delle condizioni di vulnerabilità della donna che si è impegnata alla gestazione, la pena per il reato di cui al primo comma è aumentata<sup>23</sup>, mentre la donna che si è impegnata alla gestazione non è punibile per il reato di cui al terzo comma.

Chiunque, fuori dei casi previsti nei commi precedenti, e salvo quanto stabilito dalla legge in tema di procreazione medicalmente assistita<sup>24</sup>, trasferisce nell'utero della donna che si è impegnata alla gestazione l'embrione prodotto nei modi e in virtù dell'accordo di cui al primo comma, è punito<sup>25</sup>....

I reati di cui al primo e terzo comma si estinguono se la donna committente accetta il trasferimento nel proprio utero dell'embrione<sup>26</sup>

*[l'introduzione di un delitto di questo genere richiederebbe un attento coordinamento sistematico e teleologico con la disciplina speciale della procreazione medicalmente assistita, per quanto concerne il destino dell'eventuale embrione già prodotto in virtù dell'accordo illecito, nonché con la disciplina privatistica in tema di attribuzione della responsabilità genitoriale e di adozione, qualora la gestazione, pur illecitamente instaurata, venga comunque portata a termine. Apparirebbe preferibile non impedire a priori l'attribuzione del figlio, così nato, ai richiedenti o alla madre gestazionale – pur autori di un reato attinente alla fase procreativa. In questa fase, per vero, anche in base alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza interna, ordinaria e costituzionale<sup>27</sup>, preminente su ogni altra istanza "punitiva" nei confronti del genitore autore di illecito è l'interesse del minore, che nel caso di specie ben potrebbe coincidere con l'assegnazione a chi, comunque, ne sia il genitore biologico (sia pure non esclusivo) e nutra nei suo confronti genuine aspirazioni affettive, e già abbia instaurato rilevanti relazioni familiari. In altri termini, Il figlio non può soffrire gli effetti di illeciti dei genitori inerenti al suo concepimento o alla responsabilità*

---

l'embrione sia stato già prodotto, con ovuli donati dalla donna committente.

<sup>21</sup> Anche la rilevanza penale della accettazione di una gestazione per altri è dunque subordinata alla circostanza che l'embrione sia stato già prodotto, con ovuli donati dalla donna committente.

<sup>22</sup> Pena inferiore a quella del primo comma: così nel "progetto Pagliaro".

<sup>23</sup> Ovviamente solo per coloro, già punibili ai sensi del primo comma, che – pur non avendolo personalmente perpetrato - sapessero o potessero sapere di quell'approfittamento (art.59, co. 2, c.p. ). Ai concorrenti nel reato di cui al primo comma (specialmente il partner maschile: v. *supra* nota 16), la circostanza – avente valenza oggettiva – potrà essere estesa (non operando la preclusione dell'art.118), purché sussistano, ancora una volta, i requisiti soggettivi di cui all'art. 59, co.2, c.p.

<sup>24</sup> Lascerei aperta, alla disciplina extrapenalistica, la possibilità di prevedere casi in cui il trasferimento sia lecito, al fine di garantire una possibilità di sviluppo all'embrione umano, comunque già prodotto.

<sup>25</sup> Necessario prevedere come penalmente illecita questa fase successiva, cui potrebbero contribuire soggetti che non necessariamente hanno partecipato alle condotte precedenti, penalmente tipiche.

<sup>26</sup> In questo caso, per vero, otterremo alla fine una piena corrispondenza tra maternità biologica, gestazionale e giuridica, che fa venir meno il senso dell'intervento penale. Il problema è che questa ipotesi sarà di ben rara verifica, posto che di solito, se una donna commissiona ad altra donna la gestazione, è per l'impossibilità (normalmente per ragioni patologiche) di poterla sostenere per conto proprio. Si può tuttavia immaginare il caso di una donna che abbia commissionato la gestazione per ragioni diverse da quelle correlate a patologie o infermità dell'apparato riproduttivo (ad es., la partner di una coppia lesbica che avesse fatto ricorso alla surrogazione per evitare di acquisire un "primato", in ragione della gravidanza, rispetto alla sua compagna), o l'ipotesi in cui la patologia impeditiva della gestazione venga successivamente meno.

<sup>27</sup> V. – ultima di una serie di analoghe decisioni - Corte Costituzionale 29 maggio 2020, n. 102, con cui è stato dichiarato incostituzionale l'automatismo della pena accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale per il reato di sottrazione e mantenimento del minore all'estero (574-bis, co. 3, c.p.), in quanto in potenziale contraddizione con il miglior interesse del figlio.

*genitoriale, di cui egli non è ovviamente responsabile]*

Ipotesi 2

*[premessa: il disvalore risiede nella commercializzazione del corpo della donna a fini di gestazione. Il delitto in questo caso potrebbe anche intitolarsi “contrattazione per fini procreativi”<sup>28</sup>]*

La donna che riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, per condurre a termine una gestazione a favore di altra persona, alla quale si impegna a consegnare il nato affinché possa assumerne il ruolo di genitore, è punita...

Nei casi di cui al primo comma, chi si accorda per ottenere la consegna del nato, in cambio della dazione o promessa di denaro o di altra utilità, per assumerne il ruolo di genitore, è punito...

Quando l'accordo di cui al primo comma sia stato stipulato approfittando delle condizioni di vulnerabilità della donna che si è impegnata alla gestazione, la pena per il reato di cui al secondo comma è aumentata<sup>29</sup>, mentre la donna che si è impegnata alla gestazione non è punibile.

Il tentativo dei reati previsti nei commi precedenti non è punibile<sup>30</sup>.

Chiunque, fuori dei casi previsti nei commi precedenti, e in caso di procreazione medicalmente assistita, trasferisce nell'utero della donna che si è impegnata alla gestazione l'embrione prodotto nei modi e in virtù dell'accordo di cui al primo comma, è punito....

Il tentativo è punibile.

Ai fini della presente disposizione, non si considera denaro o altra utilità un indennizzo proporzionato alle spese sopportate dalla gestante per il fatto stesso della gravidanza.

Ipotesi 3

*[Non prevedere alcun reato in tema di surrogazione di maternità, facendo operare fattispecie più generali, eventualmente rimodulate, in tema di “affidamento illecito” e “alterazione di stato”. Vedi la relazione di accompagnamento]*

*Fecondazione artificiale arbitraria*

Chiunque effettua una inseminazione artificiale o un impianto di embrione in una donna senza il suo consenso, o utilizzando gameti od embrioni diversi da quelli per cui vi era il consenso<sup>31</sup>, è punito...

Il tentativo è punibile.

*Fecondazione artificiale colposa*

Chiunque, per colpa<sup>32</sup>, effettua una inseminazione artificiale o un impianto di embrione in una donna senza il suo consenso, o con gameti od embrioni diversi da quelli per cui vi era il consenso, è punito

*[Le seguenti fattispecie criminose andrebbero attentamente coordinate, sul piano testuale e sistematico, con quelle che si ritiene invece opportuno mantenere in una legge speciale disciplinante l'interruzione volontaria di gravidanza, in quanto strettamente correlate con tale disciplina sul piano funzionale e dei contenuti del precetto, secondo la logica della “tutela di*

<sup>28</sup> Così nel “progetto Pagliaro”, che però si riferiva ad una fattispecie non necessariamente caratterizzata da una finalità di lucro.

<sup>29</sup> Ovviamente solo per coloro, già punibili ai sensi del primo comma, che – pur non avendolo personalmente perpetrato – sapessero o potessero sapere di quell'approfittamento (art.59, 2° comma, c.p.).

<sup>30</sup> Il reato – in quanto reato accordo – già interviene in una fase di estrema anticipazione della tutela.

<sup>31</sup> Fattispecie parzialmente tratta dal “progetto Pagliaro”.

<sup>32</sup> Evidentemente si immagina soprattutto il caso di colpa sul consenso, essendo le azioni tipiche difficilmente realizzabili per “negligenza, imprudenza o imperizia”.

*funzioni". Si rinvia, sul punto, alla relazione di accompagnamento, anche per quanto riguarda l'importanza di una definizione di "interruzione di gravidanza"]*

*Interruzione di gravidanza non consensuale.*

Chiunque cagiona l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna è punito con la reclusione<sup>33</sup>...

Si considera come non prestato il consenso estorto con violenza o minaccia, o carpito con l'inganno. Si considera altresì non prestato il consenso reso da donna incapace di intendere e di volere, salvo il caso di necessità terapeutica urgente e non procrastinabile.

La pena è aumentata se la donna non consenziente è minore degli anni diciotto.

Ai fini della legge penale, la gravidanza si considera iniziata quattordici giorni dopo l'inizio dell'ultima mestruazione, e termina con l'inizio del parto, naturale o indotto.

Il tentativo è punibile.

*Induzione all'interruzione di gravidanza*

Chiunque con violenza, minaccia o inganno, induce la donna a ricorrere alla interruzione volontaria di gravidanza<sup>34</sup>, è punito con la reclusione<sup>35</sup>.

Se il fatto è commesso provocando lesioni alla donna, o al feto, la pena è aumentata<sup>36</sup>.

Se il fatto è commesso ai danni di una donna minore, interdetta o incapace di intendere e di volere, la quale ricorre alla interruzione volontaria di gravidanza in presenza delle condizioni stabilite dalla legge, la pena è aumentata.

Il tentativo non è punibile<sup>37</sup>.

*Interruzione colposa di gravidanza.*

Chiunque, per colpa, cagiona a una donna l'interruzione della gravidanza, senza il consenso di lei, è punito con la reclusione...<sup>38</sup>.

La pena è aumentata se la donna è minore degli anni diciotto.

La disposizione non si applica alla donna che, per colpa, interrompa o cooperi all'interruzione della propria gravidanza.

*[Non prevedere reati di carattere preterintenzionale, quale ad esempio l'interruzione preterintenzionale della gravidanza, di cui oggi all'art.593 ter, 2° e 3° co., c.p. o i casi di aborto aggravati dalla morte o dalle lesioni della donna di cui al 4° co]*<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> Pena più elevata di quella prevista per il delitto di embrionicidio e per i reati di illecita interruzione volontaria di gravidanza – peraltro meritevoli di essere puniti con l'arresto; meno elevata di quella prevista per l'omicidio volontario e per l'infanticidio.

<sup>34</sup> È evidente che, in caso di induzione ad interruzioni di gravidanza volontaria ma illecita, si applicheranno le disposizioni in tema di concorso di persone del reato – con le relative circostanze - ed eventualmente gli artt. 46, 48 o 54, ultimo comma, c.p. Bisognerebbe intervenire sulla legge in tema di interruzione volontaria di gravidanza per evitare che colui che induce, in quanto concorrente nel fatto della donna, benefici della minor pena prevista per gli illeciti quando appunto commessi dalla donna su se stessa.

<sup>35</sup> Pena inferiore alla precedente, più o meno nella proporzione che si coglie tra la pena riservata all'omicidio del consenziente, e quella riservata all'istigazione al suicidio – eventualmente differenziare a seconda che si tratti di interruzione volontaria della gravidanza entro, oppure oltre, i primi novanta giorni, o di interruzione volontaria di gravidanza nei casi estremi di feto già capace di vita autonoma.

<sup>36</sup> Considerare che un simile fatto dovrebbe assorbire in sé il disvalore del reato di lesioni, o di lesioni fetali, inapplicabili ex art.15 o 84 c.p. Valutare se impedire il bilanciamento di una simile aggravante, per evitare di "vanificare" il disvalore della lesione.

<sup>37</sup> Già la connessione tra la condotta e l'evento offensivo appare indiretta e remota.

<sup>38</sup> Inferiore a quella prevista per l'interruzione dolosa di gravidanza.

<sup>39</sup> Qualora l'aborto non consensuale doloso provocasse la morte della donna, quale conseguenza non voluta ma coperta da colpa, interverrà un concorso tra la fattispecie che qui di seguito proponiamo di omicidio preterintenzionale – purché la condotta abbia natura violenta, tale da rendere obiettivamente prevedibile l'esito non voluto – e il reato, appunto, di "interruzione di gravidanza non consensuale". Se detto aborto venisse

*[Lesioni fetali dolose*

Chiunque, durante la gravidanza, agendo in assenza di necessità terapeutica, cagiona una malattia ai danni del feto è punito con la reclusione<sup>40</sup>.

La donna che, durante la propria gravidanza, intenzionalmente cagioni la malattia del feto, o intenzionalmente concorra nel cagionare la malattia del feto, è punita...<sup>41</sup>

Il tentativo è punibile.

*Lesioni fetali colpose*

Chiunque, durante la gravidanza, cagiona per colpa la malattia del feto, è punito...<sup>42</sup>

La disposizione non si applica alla donna che, durante la propria gravidanza, cagioni per colpa la malattia del feto, o cooperi nel cagionare la malattia del feto.

*Casi di non punibilità*

Non è punibile chi commette i fatti previsti dagli articoli... [in tema di lesione fetale dolosa e colposa], quando prima del termine della gravidanza intervenga la guarigione della malattia<sup>43</sup>.]<sup>44</sup>.

*Circostanze aggravanti*

Le pene stabilite negli articoli... [interruzione di gravidanza, lesioni fetali] sono aumentate se il feto era capace di vita autonoma.

Le pene stabilite negli articoli ...[interruzione dolosa e colposa di gravidanza, induzione, lesione fetale dolosa e colposa] sono aumentate se il fatto è commesso nell'esercizio di una

---

dolosamente procurato con mezzi non qualificabili come violenti – quali, ad es., la somministrazione di certi farmaci? – ricorrerebbe il medesimo delitto di “interruzione di gravidanza non consensuale”, in concorso con quello di omicidio colposo, purché tale colpa sia ravvisabile (v. anche l'art.83, co. 2, c.p.). In generale, per vero, il trattamento sanzionatorio più grave immaginato per l'omicidio preterintenzionale ha senso, secondo la proposta che qui avanziamo, solo appunto in presenza di una condotta di carattere violento e correlata da un requisito di prevedibilità oggettiva con l'evento morte non voluto. Per il resto, non si ravvedono valide ragioni per derogare all'ordinario regime del concorso formale di reati. Rinviamo alle relazioni relative all'omicidio preterintenzionale. Sui motivi che depongono a favore della mancata previsione, invece, di un aborto preterintenzionale – sostanzialmente connessi al principio di colpevolezza – si veda la relazione di accompagnamento alle fattispecie qui in discussione.

<sup>40</sup> Inferiore a quella prevista per l'interruzione dolosa di gravidanza; superiore, invece, a quella prevista in un futuribile reato di lesione all'embrione in ambiente extracorporeo. Il reato potrebbe concorrere con quelli di interruzione di gravidanza, attenuati dal parto prematuro: se il risultato non piace, immaginare una clausola di riserva – in linea di principio, tuttavia, detto concorso potrebbe consentire di distinguere il disvalore di un parto prematuro illecito ma da cui il nato non derivi alcuna lesione, da quello del parto prematuro con lesioni del nato. Da rammentare che si tratterebbe, per lo più, di un concorso formale, quindi la pena complessiva sarebbe modulabile dal giudice nelle forme del cumulo giuridico. Inserire clausola di riserva per distinguere dall'ambito applicativo del delitto di lesioni dolose, così che questo abbia come evento solo un peggioramento della salute di chi già era nato.

<sup>41</sup> Pena inferiore rispetto a quella del primo comma.

<sup>42</sup> Ovviamente inferiore a quella prevista per l'interruzione colposa di gravidanza. Il reato potrebbe concorrere con quelli di interruzione di gravidanza, attenuati dal parto prematuro: se il risultato non piace, immaginare una clausola di riserva – in linea di principio, tuttavia, detto concorso potrebbe consentire di distinguere il disvalore di un parto prematuro illecito ma da cui il nato non derivi alcuna lesione, da quello del parto prematuro con lesioni del nato. Da rammentare che si tratterebbe, per lo più, di un concorso formale, quindi la pena complessiva sarebbe modulabile dal giudice nelle forme del cumulo giuridico. Inserire clausola di riserva per distinguere dall'ambito applicativo del delitto di lesioni colposi, così che questo abbia come evento solo un peggioramento della salute di chi già era nato.

<sup>43</sup> In questo caso il soggetto sarà punito solo per l'eventuale interruzione dolosa o colposa della gravidanza.

<sup>44</sup> Riguardo a soluzioni alternative in tema di “lesioni fetali” (e, in specie, circa la possibilità di estendere la fattispecie generale di lesioni personali), v. la relazione di accompagnamento

professione sanitaria.

Le pene stabilite dagli articoli... [interruzione dolosa, induzione, lesione fetale dolosa] sono aumentate<sup>45</sup> se il fatto è commesso da chi abbia sollevato obiezione di coscienza ai sensi della legge sulla interruzione volontaria di gravidanza<sup>46</sup>.

*Circostanza attenuante: parto prematuro*

La pena prevista negli articoli... [interruzione dolosa e colposa di gravidanza] può essere diminuita, se dall'interruzione della gravidanza non deriva la morte del feto.

### **[Interventi di coordinamento in altri settori (Antonio Vallini)]**

1. *Nel caso si voglia proporre una regolamentazione “di favore” per la responsabilità colposa in ambito sanitario, considerare anche l'aborto colposo e la lesione fetale colposa tra le fattispecie soggette a tale disciplina speciale*

2. *La legge sulla interruzione volontaria di gravidanza andrebbe armonizzata, disciplinando espressamente i casi di ivg richiesta da persona incapace di intendere o di volere o sottoposta ad amministrazione di sostegno, ed operando gli altri interventi indicati nella relazione*

3. *Da inserire, forse, più precisamente tra i reati contro la famiglia la seguente fattispecie:*

**Affidamento illegittimo**

*Chiunque affida ad altri, o riceve in affidamento, o comunque riceve con l'intenzione di assumere il ruolo di genitore, un minore al di fuori dei casi previsti dalla legge, è punito...]*

### **DELITTI CONTRO LA VITA, [LA SALUTE] E L'INTEGRITÀ FISICA**

**Omicidio**<sup>47</sup>

Chiunque cagiona la morte di una persona è punito...

**Assassinio (Gianluca Gentile)**

Art. XXX. Assassinio.

1. È punito con la pena da ...a ...chiunque cagiona la morte di una persona:

- 1) quando si tratta dell'ascendente o del discendente, del fratello o della sorella, dell'adottante o dell'adottato, del coniuge, della parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, oppure quando sussiste una stabile relazione sentimentale. La disposizione di cui al presente numero si applica anche in caso di divorzio o di annullamento del matrimonio, di cessazione dell'unione civile o di interruzione della relazione sentimentale, a condizione che il fatto sia stato commesso in ragione della preesistenza di uno di tali rapporti tra il colpevole e la persona offesa;
- 2) quando sussiste un rapporto di stabile convivenza;

---

<sup>45</sup> aggravamento ancora superiore, nelle forme di una circostanza ad effetto speciale)

<sup>46</sup> l'aggravante “assorbe” quella precedente ex artt.15 o 68 c.p.

<sup>47</sup> Per assicurare tendenziale completezza all'articolato, riproduciamo la disposizione in tema di omicidio doloso attualmente vigente, con una mera modifica lessicale (persona al posto di uomo, come nell'art. 589 c.p.). Il gruppo di ricerca non ha discusso, nello specifico, una riforma di tale figura di reato; in ogni caso, al riguardo non sono emerse particolari criticità, mentre è parso opportuno intervenire “a margine” dell'attuale art. 575 c.p., rivedendo le ipotesi in varia guisa “aggravate” e “attenuate” di omicidio doloso.

- 3) agendo nei suoi confronti con crudeltà;
  - 4) con premeditazione;
  - 5) per motivi abietti o futili.
2. Se concorrono due o più delle ipotesi previste dai numeri precedenti, la pena è aumentata.
3. Il tentativo è punibile.

*Omicidio preterintenzionale* (Stefano Canestrari e Giovannangelo De Francesco)

Chiunque, commettendo violenza alla persona, tale da rendere prevedibile un'offesa più grave, cagiona per colpa la morte di un uomo, è punito<sup>48</sup>.....

[*Non prevedere fattispecie corrispondenti all'attuale 586 c.p. – morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, né altre fattispecie a struttura preterintenzionale – ad es., reati aggravati dall'evento*]

*Infanticidio* (Enrico Ambrosetti)

La madre che, durante o immediatamente dopo il parto ed essendo ancora sotto l'influenza perturbatrice di questo, uccide il figlio, è punita<sup>49</sup>...

*Omicidio del consenziente* (Beatrice Magro)

Chiunque cagiona la morte di un uomo con il consenso, [in qualunque modo acquisito]<sup>50</sup>, della vittima è punito con la reclusione.

Non si applicano le aggravanti indicate nel [*norma generale in tema di aggravanti comuni*]

Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:

- 1) Contro una persona minore degli anni diciotto;
- 2) Contro una persona "incapace di intendere e di volere" o contro persone le cui capacità cognitive e volitive siano affievolite;
- 3) Contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza o minaccia o carpito con l'inganno.

Il tentativo è punibile.

*Omicidio [pietatis causa/per motivi di pietà]<sup>51</sup>* (Beatrice Magro)

Chiunque cagiona per motivi di pietà la morte di un prossimo congiunto o di un convivente affetto da malattia irreversibile, che a lui cagiona sofferenze persistenti e insopportabili, senza alcuna prospettiva di miglioramento e di altra soluzione terapeutica, è punito con la reclusione. Il tentativo è punibile.

*Istigazione o aiuto al suicidio<sup>52</sup>*

Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene,

Se il suicidio non avviene, è punito ... sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione

---

<sup>48</sup> Pena superiore rispetto a quella del concorso di reati ma comunque inferiore a quella attuale.

<sup>49</sup> Pena inferiore a quella dell'omicidio doloso.

<sup>50</sup> Alcuni, nel gruppo (Pelissero), hanno evidenziato la superfluità di questa precisazione, che dunque potrebbe essere omessa.

<sup>51</sup> Beatrice Magro proponeva l'intitolazione "omicidio *pietatis causa*". Marco Pelissero ha fatto tuttavia giustamente rilevare che si tratterebbe del primo articolo di un testo di legge ad essere scritto in latino.

<sup>52</sup> Trattandosi di disposizione dichiarata, in sé, costituzionalmente compatibile, ci limitiamo a riproporla nella sua

formulazione attuale (v. però la nota successiva). Si veda, tuttavia, l'ampia relazione problematica in tema di suicidio medicalmente assistito, e fine vita in genere, redatta da Gianluca Gentile e frutto di un'ampia discussione all'interno del gruppo di ricerca.

personale grave o gravissima.

[Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1, 2 e 3 dell'articolo *omicidio del consenziente*]<sup>53</sup>

*Causa di giustificazione procedimentale* (Beatrice Magro)

Non è punibile ai sensi dell'art. [*istigazione o aiuto al suicidio*] il medico che agevola l'esecuzione di un proposito suicida autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da patologie irreversibili, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che il paziente reputa intollerabili, pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli e che abbia rinunciato a trattamenti salvavita, purché siano rispettati i presupposti e le modalità esecutive previste dalla legge.

Non è punibile ai sensi dell'art. [*omicidio del consenziente*] il medico che somministri un farmaco che accelera un processo di morte su richiesta espressa, autonomamente e liberamente formulata da parte di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da patologie irreversibili, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che il paziente reputa intollerabili, pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, ma totalmente dipendente da sostegno vitale e privo di qualunque forma di autonomia, che abbia rinunciato a trattamenti salvavita, purché siano rispettati i presupposti e le modalità esecutive previste dalla legge.

*Percosse*<sup>54</sup>

Chiunque percuote taluno, se dal fatto non deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito, a querela della persona offesa.

Tale disposizione non si applica quando la legge considera la violenza come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un altro reato.

Il tentativo è punibile

*Lesioni personali* (Annamaria Peccioli)

Chiunque cagiona ad alcuno una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da ..... a .....

Se non ricorre alcuna delle circostanze aggravanti prevedute dagli articoli [...]<sup>55</sup>, il delitto è punibile a querela della persona offesa.

Per malattia si intende un processo patologico, acuto o cronico, localizzato o diffuso, che determina una menomazione funzionale.

Il tentativo è punibile.

*Lesioni personali gravi e gravissime* (Annamaria Peccioli)

La lesione personale è grave, e si applica la reclusione da tre a sette anni:

1) se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, o se dal fatto deriva un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni;

2) se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo.

La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da ... a ... , se dal fatto deriva:

---

<sup>53</sup> Riformulazione della norma qui proposta per ragioni di mero coordinamento, ma di cui non si è discusso nel gruppo di ricerca.

<sup>54</sup> Per assicurare tendenziale completezza all'articolato, riproduciamo la disposizione in tema di percosse attualmente vigente. Il gruppo di ricerca non ha discusso, nello specifico, una riforma di tale figura di reato.

<sup>55</sup> Circostanze corrispondenti agli attuali art. 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'articolo 577 (Annamaria Peccioli)



- 1) una malattia certamente o probabilmente insanabile;
- 2) la perdita di un senso;
- 3) la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella;

*Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso* (Annamaria Peccioli)

Chiunque cagiona una deformazione o lo sfregio permanente del viso è punito con la reclusione da ...

La condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il reato di cui al presente articolo comporta l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno. Il tentativo è punibile.

*Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti* (Sergio Bonini)

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito [omissis] chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze.

La pena di cui al primo comma si applica, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a chi, con condotta concretamente idonea a procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, adotta o si sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste dalla legge non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da [...] a [...] l' esercente una professione sanitaria che, prestando la propria assistenza od opera, prescrive, procura ad altri, somministra, favorisce comunque l'utilizzo dei farmaci ricompresi nelle classi di cui all'articolo 2, comma 1, legge 376/2000 o adotta pratiche mediche ricomprese nelle classi di cui all'articolo 2, comma 1 della medesima legge, allorché si tratti di farmaci non giustificati da condizioni patologiche e idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, con il fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti o di modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze.

La pena di cui al primo e secondo comma è aumentata:

- a) se dal fatto deriva un danno per la salute;
- b) se il fatto è commesso nei confronti di un minore;
- c) se il fatto è commesso da un componente o da un dipendente del Comitato olimpico nazionale italiano ovvero di una federazione sportiva nazionale, di una società, di un'associazione o di un ente riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.

[commi 5-8: omissis]<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Sergio Bonini proponeva i seguenti commi:

5. Se il fatto è commesso da chi esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione.

6. La condanna per i delitti di cui ai commi 1, 2, 3, 9 e 10 comporta altresì la pubblicazione della sentenza, per una sola volta, in uno o più giornali designati dal giudice.

7. Nel caso previsto dal quarto comma, lettera c), alla condanna consegue l'interdizione perpetua dagli uffici

Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi indicate dalla legge, che siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero idonei a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente destinati alla utilizzazione sul paziente, è punito [...].

L'esercente la professione di farmacista che commercia preparazione galeniche, officinali o magistrali, contenenti principi attivi o eccipienti appartenenti alle classi farmacologiche di cui all'articolo 2, comma 1, legge 376/2000, in assenza di prescrizione medica o senza osservare le prescrizioni dettate dalla presente legge e da altre disposizioni di legge in tema di vigilanza e controllo sulla distribuzione e la commercializzazione dei farmaci, è punito.

Il tentativo dei delitti previsti nei commi 1,2,3, 9 e 10 non è punibile.

#### *Interventi di coordinamento in altri settori (Sergio Bonini)*

Dopo l'articolo 25-quindecim del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente:

#### *Art. 25-sedecim (Pratiche di doping)*

In relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 586 bis del codice penale si applicano all'ente la sanzione pecuniaria da [...] a [...] quote e le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a [...].

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei delitti indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3].

#### *Rissa (Fabio Basile)*

Quando tre o più persone [danno luogo/partecipano]<sup>57</sup> ad una rissa attraverso una violenta colluttazione fisica, tutte sono punite con la pena...<sup>58</sup>

#### *Abbandono di persona incapace (Fabio Basile)*

Colui che, avendo, [anche solo di fatto]<sup>59</sup>, la custodia, o dovendo avere la cura di una persona incapace di provvedere a sé stessa, per età, malattia, disabilità o altra causa, l'abbandona mettendone in pericolo la vita o l'incolumità, è punito ....

---

*direttivi del Comitato olimpico nazionale italiano, delle federazioni sportive nazionali, società, associazioni ed enti di promozione riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.*

8. Con la sentenza di condanna è sempre ordinata la confisca dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere i reati di cui ai commi 1, 2, 3, 9, 10

Riteniamo opportuno non inserirli nel testo principale perché l'individuazione delle conseguenze sanzionatorie è estranea al mandato del gruppo di ricerca.

<sup>57</sup> Fabio Basile proponeva la locuzione "danno luogo". Riteniamo qui opportuno riprendere la formulazione suggerita da Marco Pelissero, in quanto, se non altro, in linea con la tradizione definitoria della fattispecie.

<sup>58</sup> La pena xxxx dovrà assestarsi su valori leggermente superiori alla pena per le percosse. Fabio Basile proponeva, poi, un secondo comma del seguente tenore: "Chi, nella rissa, cagiona la morte o le lesioni personali di una o più persone, risponde, oltre che ai sensi del comma primo, ai sensi dell'art. 575 o dell'art. 582, se morte o lesioni personali sono cagionate dolosamente; ai sensi, invece, dell'art. 589 o dell'art. 590, se morte o lesioni personali sono cagionate colposamente". Per delucidazioni riguardo al senso di questo comma – da altri del gruppo ritenuto superfluo in quanto contenente un mero rinvio a regole di parte generale - si rinvia alla relazione di accompagnamento.

Riteniamo opportuno non inserire questo comma nell'articolato complessivo, perché in potenziale contraddizione con la fattispecie di "omicidio preterintenzionale" proposta da altri membri del gruppo di ricerca

<sup>59</sup> L'ipotesi di una posizione di garanzia originante da "dati di fatto", che questa clausola sembrerebbe supporre, ha ricevuto molteplici obiezioni all'interno del gruppo di ricerca

*Omissione di soccorso* (Fabio Basile)

Chiunque, trovando un fanciullo minore degli anni [otto/dieci]<sup>60</sup> evidentemente smarrito e privo di custodia, o una persona che per età, malattia, disabilità o altra causa versi in una situazione di pericolo attuale per la sua vita o la sua incolumità fisica, omette di prestare soccorso dando immediato avviso all'autorità ovvero, qualora l'avviso risulti inidoneo a rimuovere tempestivamente il pericolo, in altro modo suggerito dalle circostanze concrete e da lui ragionevolmente esigibile, è punito.

---

<sup>60</sup> Il redattore propone il limite di anni 8. Altri del gruppo (Pelissero, Vallini), propongono di prevedere il limite di anni 10, corrispondentemente alle “soglie anagrafiche” su cui si articolano altri settori di disciplina (v. ad es. i delitti contro la libertà sessuale), e non vedendo motivi per un arretramento di tutela rispetto al diritto vigente. Si rinvia, comunque, alla relazione di accompagnamento.



## RELAZIONI DI ACCOMPAGNAMENTO<sup>1</sup>

**Sommario:** 1. Appunti *de iure condendo* in tema di procreazione medicalmente assistita. Tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica (Antonio Vallini); 2. Reati codicistici in materia di interruzione di gravidanza: questioni *de iure condendo* (Antonio Vallini); 2-*bis*. Note a margine delle proposte in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica – interruzione di gravidanza (Luciano Eusebi); 3. La riforma dei delitti di omicidio doloso (art. 575, 576, 577 e 578 c.p.). Brevi considerazioni (Enrico Ambrosetti); 4. La riforma delle circostanze aggravanti dell'omicidio (Gianluca Gentile); 5. Prospettive di riforma in materia di suicidio assistito e omicidio *pietatis causa* (Gianluca Gentile); 6. Relazione di accompagnamento alla proposta di riforma degli artt. 579-580 c.p. (Maria Beatrice Magro); 6-*bis*. Note a margine alla relazione e proposta di articolato elaborata dalla prof.sa Beatrice Magro, avente ad oggetto le fattispecie di “omicidio del consenziente” e “istigazione o aiuto al suicidio” (Antonio Vallini); 7. Osservazioni su colpa in attività illecita, omicidio preterintenzionale e art. 586 c.p. (Stefano Canestrari, con la collaborazione di Matteo Leonida Mattheudakis); 8. Lineamenti di una riforma delle fattispecie qualificate dall'offesa alla vita e all'incolumità personale (Giovannangelo De Francesco); 9. Progetto di riforma dei delitti di lesioni (Annamaria Peccioli); 10. Intervento medico in assenza di consenso (Marco Pelissero); 11. Doping: stato dell'arte e futuribili (Sergio Bonini); 11-*bis*. Note a margine in tema di omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio, omicidio preterintenzionale, aggravanti dell'omicidio, atto medico arbitrario, delitti di doping (Luciano Eusebi); 12. Criticità e proposte di soluzione *de iure condendo* in ordine ai delitti di cui agli artt. 588, 591, 593 c.p. (Fabio Basile); 12-*bis*. Note a margine alle proposte di riforma dei delitti in ordine ai delitti di cui agli artt. 588, 591, 593 c.p. (Antonio Vallini); 12-*ter*. Note a margine in tema di delitti contro l'embrione umano e la maternità, di reati di omicidio e fattispecie a struttura preterintenzionale, di abbandono di persona incapace (Marco Pelissero).

---

<sup>1</sup> Sintesi e coordinamento complessivo di Antonio Vallini (Pisa, 14 luglio 2020).

Ogni relazione – e ogni nota a margine, dissenziente o concorrente – riflette principalmente l'opinione di chi l'ha redatta e di chi abbia voluto ad essa espressamente aderire, e non necessariamente rappresenta un orientamento maggioritario all'interno del gruppo di ricerca.

# 1. APPUNTI *DE IURE CONDENDO* IN TEMA DI PROCRAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA. TUTELA DELL'EMBRIONE – TUTELA DELL'IDENTITÀ GENETICA

Antonio Vallini<sup>1</sup>

## *La necessaria dipendenza da più generali opzioni di disciplina*

Non è semplice elaborare norme incriminatrici in tema di procreazione medicalmente assistita (PMA), o a tutela dell'embrione, senza aver prima chiare le opzioni di fondo di quella che potrebbe essere una riforma complessiva in materia – in larga parte extrapenale, dunque estranea alla nostra competenza.

Le scelte penali appaiono necessariamente debitorie di simili opzioni, sul piano, prima di tutto, della individuazione dei beni giuridici meritevoli di tutela. *Gli spazi di discrezionalità politica a questo riguardo sono notevoli, ed ampio è il range delle opzioni bioetiche e biopolitiche* che potrebbero legittimamente ispirare le scelte del legislatore, come riconosciuto anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte costituzionale (v. ad es. C. eur. dir. uomo, Gran Camera, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia; C. cost. 13 aprile 2016, n. 84, entrambe in materia di destinazione dell'embrione sovrannumerario alla ricerca scientifica, sia pure da differenti prospettive), e come testimoniato dalla varietà di impostazioni negli ordinamenti comparabili al nostro.

*Anche le modalità di disciplina teoricamente a disposizione del legislatore sono varie e differenti*, come rivelato, ancora una volta, dall'indagine comparata. Il modello “proibizionista rigido” delineato dalla l. 40/2004 (*unicum* nel quadro degli ordinamenti al nostro più vicini<sup>2</sup>), interessato più a proibire che a regolamentare, incentrato sulla prevalenza assoluta e non modulabile di certi interessi rispetto ad altri, sembra *difficilmente riproponibile*, avendo presto rivelato un'intrinseca incompatibilità con la Costituzione e con la Carta europea dei diritti dell'uomo, tanto da venire in larga misura smantellato dalle decisioni delle Corti. Al di là di questo paradigma, tuttavia, lo studio degli ordinamenti stranieri offre una modellistica variegata, e un'ampia possibilità di scelta tra discipline interventiste a tendenza impositiva ed invece a tendenza permissiva, tra legislazioni che prediligono bilanciamenti e, dunque, precetti “generalisti e astratti” ed altre che, invece, “procedimentalizzano” la regolamentazione privilegiando soluzioni caso per caso (sia pure orientate da criteri di massima: si veda in particolare il modello inglese). È di tutta evidenza che il ruolo del diritto penale può mutare significativamente a seconda del paradigma prescelto, estendendosi quanto più la legislazione sarà a tendenza impositiva, e *rispondendo più alla logica della “tutela di beni”, o, invece, della “tutela di funzioni”, quanto più si opti per un sistema di precetti astratti, ovvero per una disciplina incentrata su “procedure” volte a contemperare caso per caso i beni in gioco.*

## *Diritti e interessi costituzionali implicati*

---

<sup>1</sup> Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione.

<sup>2</sup> S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale scientifica, 2015.

Rimane ferma, in ogni caso, l'esigenza di salvaguardare alcuni beni fondamentali ormai ampiamente accreditati dalle Corti e dalla riflessione dottrinale, o comunque di non sacrificarne alcuno in termini irragionevoli, ove si debba operare un bilanciamento tra istanze contrapposte (come, in effetti, si deve: si rammenta che una disciplina legale della PMA è stata qualificata come "costituzionalmente necessaria" dalla Corte costituzionale - sent. 45/2005 - anche se non vincolata nei contenuti). Tra gli altri, assumono un significato primario:

1. il *diritto alla salute della donna* (e pure della "coppia", secondo una – discutibile – presa di posizione di Corte cost. 162/2014), di cui puntualmente si ribadisce la natura di criterio inderogabile di orientamento delle scelte legislative, in ogni sentenza costituzionale che ha avuto ad oggetto la l. 40/2004. Al punto da far ritenere che l'art.32 Cost. contribuisca non solo a definire il valore in quest'ambito prevalente, ma anche a profilare un *limite costituzionalmente adeguato all'accesso alla procreazione assistita*, quasi ad attutire la tendenza verso una totale liberalizzazione cui altrimenti condurrebbe un'enfaticizzazione del solo diritto alla procreazione (in tal senso depone, da ultimo, la sentenza con cui la Consulta ha dichiarato costituzionalmente legittimo il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita opposto dalla l. 40/2004 alle coppie omosessuali, non essendo propriamente per patologie riproduttive che tali coppie cercano alternative alla riproduzione per vie naturali<sup>3</sup>);

2. il *diritto alla procreazione*, (inteso più come spazio di libertà costituzionalmente e convenzionalmente salvaguardato, che non come diritto in senso stretto): artt. 2, 3 e 31 Cost. (ad es. Corte. Cost. 162/2014); art.8 CEDU (ampia giurisprudenza);

3. il *valore costituzionale dell'embrione umano in vitro*, sicuramente non paragonabile a quello di un "bene" oggetto di diritti patrimoniali (CEDU Gran Camera, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia), ed anzi dalla Corte costituzionale ricondotto all'art. 2 Cost. in quanto «entità che ha in sé il principio della vita» umana, senza differenziazioni in ragione del suo stato di salute e di vitalità, della sua effettiva e praticabile destinazione a fini riproduttivi (v. Corte cost. sn. 229 del 2015 e, poi, 13 aprile 2016, n. 84, con una presa di posizione che, discutibilmente, di fatto dissocia il valore dell'embrione da quello, costituzionalmente assai più definito, della "maternità" – art.31 Cost.); valore nondimeno considerato bilanciabile (in linea di principio anche con la libertà di ricerca scientifica – ancora Corte cost.84/2016), e senz'altro recessivo rispetto alla salute della donna (che persona già è, mentre il concepito persona ancora deve diventare: così nelle sentenze in materia di interruzione volontaria di gravidanza, più propriamente riferite al feto in gestazione. In tema di PMA v. in particolare C. cost. 8 maggio 2009, n. 151; n. 96 del 2015);

4. la *libertà di ricerca scientifica*, che guadagna ulteriore significato in ambito biomedico, in quanto correlata anche alla salvaguardia della salute collettiva (artt.9, 32, 33 Cost.). V. Corte cost. sent.84/2016;

5. i *diritti attinenti all'identità genetica e alla integrità del patrimonio genetico*, garantiti da una pluralità di fonti sovranazionali: v. le tre "Dichiarazioni universali" dell' UNESCO sul genoma umano e i diritti dell'uomo dell'11 novembre 1997, sui dati genetici umani del 16 ottobre 2003, sulla bioetica e i diritti umani del 19 ottobre 2005; l'art. 13 della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, Oviedo, 4 aprile 1997, e relativo Protocollo addizionale sul divieto di clonazione (riproduttiva) di esseri umani del 12 gennaio 1998 (la cui ratifica da parte dell'Italia — mai perfezionata — è stata autorizzata con l. 28 marzo 2001, n.145); l'art. 3 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

***(Segue): il problematico valore della dignità***

---

<sup>3</sup> Corte cost., sent. 18 giugno 2019 (dep. 23 ottobre 2019), n. 221

Non di rado si evoca, poi, un limite alla PMA, e alle manipolazioni dell'embrione umano, costituito dall'esigenza di preservare la *dignità umana*: declinata ora come dignità delle persone coinvolte, fossero pure consenzienti — ad esempio colei che si offre per una maternità surrogata, il partner sterile nell'eterologa - o la dignità del futuro nato, compromessa, ad esempio, da certe relazioni familiari o da certi modi del concepimento; o, ancora, una dignità riferita ad azioni o relazioni — dignità della procreazione, della famiglia — o all'embrione in quanto essere umano, anche se non necessariamente “persona”. In senso contrario, in nome di una dignità intesa sostanzialmente quale sinonimo di piena autodeterminazione, si propone invece una pratica “liberalizzazione” della PMA quasi senza limiti.

Si tratta, invero, di un *valore senz'altro fondamentale, e tuttavia dal contenuto troppo vago, capace di fungere da avallo retorico ad opzioni bioetiche e biopolitiche persino opposte, e, in molte sue espressioni, di troppo labile ancoraggio costituzionale*, per poter costituire esso soltanto l'oggetto giuridico di scelte criminose, o per poter comunque consentire limitazioni ad altri diritti invece dal più univoco statuto. Quando intesa come limite all'autodeterminazione individuale entro spazi di *privacy* (art.8 CEDU), la “dignità” assume poi toni paternalistici, stridenti con il diritto al libero sviluppo della personalità individuale (art.2 Cost.), che la rendono ancor più problematica.

Mantengono tuttavia un sicuro significato la *dignità dell'embrione* ricondotta dalla Corte cost. all'art. 2 Cost. (v. *supra* – nonché C. giust. UE 18 ottobre 2011, causa C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace; C. giust. UE, Grande Sez., 18 dicembre 2014, causa C-364/13, International Stem Cell c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks), il *divieto di mercificazione del corpo umano* (art. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), nonché la *dignità (della specie umana?)* quand'essa fornisce una *ratio* a certi espliciti divieti (ad esempio di eugenetica, di clonazione riproduttiva, di alterazione del genoma, di produzione di embrioni al solo fine di sperimentazione) consolidati nelle convenzioni internazionali e negli ordinamenti nazionali: i pochi casi, dunque, in cui disponiamo d'una concretizzazione normativa puntuale della generica nozione di dignità umana, indizio d'una legittimazione culturale diffusa e storicizzata, che rende plausibile anche la predisposizione di una tutela penale. Da segnalare, peraltro, che talora anche in questi casi il bene giuridico tutelato può essere più puntualmente e solidamente individuato in prerogative del futuro nato (si pensi, ad es., ad interventi di ingegneria genetica sull'embrione destinato ad una procreazione medicalmente assistita, non motivati da finalità terapeutiche e, quindi, illegittimamente e molto pervasivamente invasivi della dimensione corporale dell'uomo che da quell'embrione deriverà).

### ***La “bussola” dell'art. 3 Cost.***

Allo stesso modo, una bussola fondamentale sarà costituita dall'art.3 Cost., essendo ad es. ormai accreditato nella giurisprudenza delle Corti che *il ricorso alla procreazione medicalmente assistita* – specie quando funzionale a superare problemi di salute riproduttiva, dunque a garantire altro diritto fondamentale e a superare un “ostacolo” ad una situazione di uguaglianza sostanziale – *non reca in sé alcun profilo di disvalore* e non può dunque esso solo giustificare, per quanto qui interessa, divieti volti a impedire il raggiungimento di esiti invece liberamente perseguibili mediante procreazione c.d. “naturale” (v. ad es. Corte cost. 162/2014, con cui si è dichiarato incostituzionale il divieto c.d. di “fecondazione eterologa”, oppure, tra le molte, C. eur. dir. uomo, sez. II, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia, ricorso n. 54270/10, § 55 ss.). Il pieno riconoscimento del valore costituzionale e convenzionale – se non altro ai sensi dell'art.2, 3, 30, 31 Cost. e 8 CEDU - di comunioni familiari e degli affetti non necessariamente



corrispondenti a quella “tradizionale”, fondata sul matrimonio e il legame biologico con i figli, *impedisce altresì di fondare “illeciti di concepimento” in ragione del tipo di famiglia e di genitorialità che si andrebbe a realizzare* (C. cost. 15 aprile 2010, n. 138 e C. cost. 11 giugno 2014, n. 170; C. eur. dir. uomo 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia, ricorsi n. 18766/11 e n.36030/11). Per analoghe ragioni, per la mancanza di univoco supporto empirico e scientifico, e, volendo, persino per ostacoli logici (difficilmente può essere inteso a tutela del “figlio” un divieto che impedisce lo stesso concepimento di quel “figlio”...), appare altresì *arduo giustificare eventuali “illeciti di concepimento” (tanto più penalmente sanzionati) supponendo pregiudizi al benessere futuro del nato derivanti ipso facto dall’essere collocato in certe comunità familiari, piuttosto che altre, o addirittura dall’aver o non avere legami biologici con uno o entrambi i genitori* (interessante potrebbe essere, casomai, *subordinare l’accesso alla procreazione assistita ad una valutazione volta per volta della idoneità dei richiedenti a sostenere il ruolo genitoriale, analogamente a quanto accade in tema di adozioni, e a quanto accade nel sistema inglese: ma, ancora una volta, si tratta di scelte che esulano, o comunque precedono, quelle strettamente penalistiche*).

Per altro verso, è pur vero che le *scelte circa, in particolare, l’accesso di coppie omosessuali* dovranno giocoforza coordinarsi con quelle più generali in tema di unioni civili omosessuali (sul punto, Corte cost., sent. 18 giugno 2019 (dep. 23 ottobre 2019), n. 221, ha ritenuto in sé non irragionevole la scelta, compiuta dalla l.40/2004, di riservare a coppie eterosessuali l’accesso alla procreazione medicalmente assistita). Mentre, ancora, *contro una piena “fungibilità” tra procreazione naturale e artificiale* potrà operare, laicamente, un *criterio di contenimento di conseguenze negative sulla salute individuale e pubblica, e sull’economia della salute pubblica*. La procreazione medicalmente assistita è comunque un trattamento sanitario che, come tale, implica quote di rischio per la salute del paziente, la cui applicazione deve dunque trovare una giustificazione clinica positiva (salvo altrimenti fondarne la legittimità entro i soli angusti limiti dell’art.50 c.p.); inoltre, sembra vi sia un più elevato rischio di malattie del feto, del nascituro e della gestante, in caso di concepimento artificiale, che si accresce, specie per la donna, in caso di età avanzata. Il ricorso diffuso e potenzialmente illimitato alle biotecnologie riproduttive da parte di soggetti capaci di procreare, o fisiologicamente incapaci, non motivato da ragioni sanitarie, oltre a esporre più facilmente il medico a responsabilità, comporterebbe un incremento statistico di patologie. Ne deriverebbe anche un impegno di risorse del servizio sanitario, evitabile predisponendo limiti all’accesso che non comprimano irragionevolmente diritti individuali, potendo quei soggetti aver figli (o aver avuto figli) anche senza la procreazione medicalmente assistita. È su argomenti analoghi che la Corte costituzionale ha riconosciuto, in altre occasioni, la ragionevolezza di obblighi legali di “auto-preservazione”, sia pure sanzionati in via soltanto amministrativa (C. cost. 16 maggio 1994, n. 180 e C. cost., ordinanza, 18 febbraio 2009, n. 49).

L’art. 3, quale fonte di un principio, questa volta, di non discriminazione e ragionevolezza sistematica (ed anche i criteri di stretta necessità e proporzione che soli consentono compressioni alle prerogative di cui all’art.8 CEDU) preme poi affinché *non si creino insensate disarmonie tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella sulla interruzione di gravidanza*. Quest’ultima, per come delineata dalla l.194/1978, costituisce in qualche modo un parametro “fisso”, in quanto dichiarata dalla Corte costituzionale “a contenuto costituzionalmente vincolato”, dunque è ad essa che la regolamentazione sulla pma deve adeguarsi, e non viceversa. Su queste basi è stata dichiarata incostituzionale la l.40/2004 nelle parti in cui “lasciava intendere” sussistente un divieto di *diagnosi preimpianto (PGD)* – o comunque la rendeva inattuabile per tutte quelle coppie che, pur portatrici di gravi malattie ereditarie, tuttavia non avessero da risolvere problemi di infertilità o sterilità – così impedendo di prevenire la gestazione in quei medesimi casi (gravi malattie del feto che possono ripercuotersi sulla salute psico-fisica della madre) in cui la l.194/78 consente, invece,

l'interruzione di gravidanza (trattamento invasivo, ben più oneroso e rischioso per la salute psico-fisica della donna, comunque destinato a sopprimere il concepito, e tale da impedire qualsiasi nascita, mentre diagnosi e selezione preimpianto preludono alla nascita di un figlio sano). V. le due citt. sentenze della Corte cost. del 2015; C. eur. dir. uomo, sez. II, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia.

### **Il criterio di extrema ratio**

Tutto ciò premesso, nell'orizzonte del nostro progetto appare forse opportuno ragionare in termini molto rigorosi di *extrema ratio*, e conformemente al principio di offensività, e cioè immaginare di *collocare nel codice pochi precetti penali destinati a intervenire ove constino offese, o almeno la messa in pericolo (secondo un giudizio di "causabilità" empiricamente solido), di interessi che appaiano indubbiamente meritevoli di questo tipo di tutela* alla stregua delle indicazioni promananti dalle Convenzioni internazionali, dalla giurisprudenza delle Corti, dalla comparazione e, perché no, dalle riflessioni dottrinali. Questo approccio, per così dire, "minimalista", saldamente ancorato ai principi fondamentali della nostra disciplina, ed incentrato *prevalentemente sulla elaborazione di fattispecie "a tutela di beni"*, pur non conducendo certo ad esiti "a rime obbligate", in qualche modo faciliterebbe la convergenza di sensibilità differenti, indotte a ricercare quel "minimo denominatore" che le accomuna; per altro verso, *non sarebbe di per sé ostativo di una disciplina più generale* che volesse, comunque, assumere una tendenza impositiva, o che magari optasse per la "procedimentalizzazione", giacché simili opzioni potrebbero comunque svilupparsi mediante la *predisposizione di illeciti amministrativi, ove non siano in gioco quelle esigenze basilari di tutela, e/o mediante illeciti a tutela di funzioni* (anche penali, preferibilmente di carattere contravvenzionale), quando si tratti di sanzionare l'elusione delle procedure. Illeciti che troverebbero la loro collocazione ideale in una auspicabile "legge speciale" di carattere organico in tema di PMA, in ragione della loro stretta dipendenza dalle opzioni regolatorie prescelte.

Uno degli aspetti positivi della "procedimentalizzazione"- e in specie della subordinazione della valutazione di liceità di singole pratiche, di volta in volta, a indicazioni di comitati etico-scientifici, sia pure necessariamente orientate da una gerarchia astratta di valori che dovrebbe essere compito del legislatore delineare, in conformità alla Costituzione e alle Carte internazionali dei diritti – è quello di garantire l'adeguamento della regolamentazione giuridica alle continue evoluzioni delle conoscenze scientifiche e tecnologiche. Anche l'incriminazione di comportamenti come la clonazione riproduttiva, l'ectogenesi, l'ibridazione uomo-animale ecc., se attuata mediante la costruzione di fatti tipici rigidi, ancorati allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, o orientati da timori per ipotesi puramente fantascientifiche, potrebbe comportare la *criminalizzazione "preterintenzionale" (per così dire) di future pratiche in realtà dalle positive implicazioni per la salute, o addirittura, paradossalmente, pensate proprio per "eludere" problemi bioetici* ben più seriamente posti da altre pratiche (si pensi, ad es., alla creazione di "fonti di staminali" equiparabili, per i loro benefici potenziali, a quelle ricavabili dall'embrione umano, compiuta attraverso forme *lato sensu* di ibridazione, o alla produzione di chimere, esattamente concepite per evitare ogni impiego di embrioni umani; a ipotesi di "ectogenesi" che in un futuro lontano potessero servire a "supportare" fasi critiche della gestazione, altrimenti risolvibili soltanto con l'interruzione di gravidanza; a pratiche *lato sensu* di clonazione riproduttiva che potessero un giorno essere attuate, in realtà, per garantire un figlio sano alla coppia senza dover procedere alla selezione preimpianto, ecc.).

Infine, un approccio orientato al paradigma della "extrema ratio" *riduce anche il rischio di disallineamenti marcati con la legislazione di paesi limitrofi*, e dunque gli incentivi per il fenomeno del **turismo procreativo** (che determina disuguaglianze di fatto in base al censo – v.

anche la Corte cost. in tema di fecondazione assistita - nonché delicati problemi di diritto privato internazionale). Questione che, pur non potendo condizionare in modo decisivo le scelte del legislatore italiano (non potendosi immaginare una sorta di “obbligo” del legislatore italiano a conformarsi alla legislazione straniera più permissiva), deve comunque essere tenuta nella dovuta considerazione con spirito pragmatico (come pure ha fatto la Corte costituzionale, nella sentenza sul divieto di fecondazione eterologa), incidendo sugli *effetti concreti* delle scelte di incriminazione e, più in generale, di disciplina che si intenderanno compiere.

### ***Quel che è problematico “incriminare” in materia di procreazione medicalmente assistita***

Poste simili premesse, appare *arduo immaginare*:

1. *Incriminzioni a salvaguardia dei limiti soggettivi di accesso* alla procreazione medicalmente assistita (ad es.: divieto per i *single*, divieto per gli omosessuali, divieto di fecondazione *post mortem* ecc.). Si tratta infatti di limitazioni all'accesso a un trattamento sanitario (quando riguardino soggetti sterili o infertili), che ostacolano il diritto alla procreazione e creano in alcuni casi almeno potenziali disparità di trattamento rispetto a soggetti non affetti da problemi di salute riproduttiva. Sebbene in una certa misura questi limiti possono avere una qual certa giustificazione “di scopo”, il fatto che non siano posti a diretta salvaguardia di valori dal sicuro significato costituzionale, ed anzi siano in “odore di incostituzionalità”, li rende inidonei a plasmare il precetto di una norma incriminatrice.

2. *Incriminzioni a salvaguardia di limiti oggettivi e vincoli procedurali alla realizzazione di un protocollo di procreazione medicalmente assistita, funzionali a tutelare la salute dei soggetti interessati* (ad es.: criterio di gradualità, scelta della tecnica più opportuna, limiti di età, limiti alla stimolazione ovarica ecc.). Pur non mancando modelli comparatistici a supporto di questa possibilità (Francia, Spagna, Gran Bretagna), non si comprende perché, in quest'ambito, dovrebbe risultare penalmente sanzionata, di per sé, la violazione di *leges artis* che in ogni altro settore medico valgono tutt'al più come regole cautelari capaci di integrare il “fatto” di delitti colposi di evento (lesioni, omicidio), quando l'evento si verifichi. Piuttosto, la “specificazione” di tali regole mediante apposite linee guida – come attualmente accade per espresso disposto dell'art.7 l.40/2004 – dovrebbe coordinarsi con l'eventuale previsione di una disciplina speciale delle lesioni e dell'omicidio colposo per imperizia medica nonostante il rispetto, appunto, di linee guida e buone prassi (su esempio dell'attuale 590 sexies c.p.).

Sempre per le ragioni suindicate, e in osservanza di quanto già stabilito dalla Corte costituzionale, *non si potrebbe inoltre criminalizzare (né vietare tout court) la fecondazione assistita c.d. “eterologa”*.

### ***Applicazioni di PMA eventualmente meritevoli di repressione penale***

Anche per conformarsi ai citati *inputs* sovranazionali, *plausibile appare invece una incriminazione della clonazione riproduttiva* (v. tuttavia *supra*). Le incertezze circa il bene che una simile pratica andrebbe più precisamente ad offendere (la dignità, o addirittura l'integrità, della specie umana? Il valore dell'identità genetica individuale, intesa come singolarità? La salute della donna e del figlio?), rende tuttavia difficile stabilire come detta incriminazione dovrebbe strutturarsi: se essa, cioè, dovrebbe incentrarsi su atti orientati alla nascita di un solo individuo “clonato” (come già nel progetto Pagliaro o nella l. 40/2004, che prevede, nell'art. 12, una fattispecie dalla struttura piuttosto confusa), ovvero a una clonazione seriale, come in alcuni ordinamenti stranieri (ipotesi realmente fantascientifica, sia quanto a praticabilità, sia quanto ad effettivo impatto sullo statuto biologico generale della specie umana); e quanto, in

ogni caso, potrebbe “anticiparsi” la tutela, rispetto a quale evento e a quale offesa (nel progetto Pagliaro, ad es., si prevedeva un’autonoma fattispecie dedicata già alla sola “sperimentazione” di processi di clonazione riproduttiva). In ogni caso, la fattispecie dovrebbe essere descritta con molta attenzione, per potersi adattare ad eventuali future forme di clonazione, e per distinguersi da un eventuale divieto in tema di clonazione terapeutica (che comunque risponderebbe a tutt’altre logiche). Il livello di pena non dovrebbe farsi troppo trascinare verso l’alto da esigenze di rassicurazione simbolica che molto premono in quest’ambito, ma dovrebbe commisurarsi anche al grado di anticipazione, appunto, della tutela.

Come già nel progetto Pagliaro, da valutare una *incriminazione di pratiche come la ectogenesi, e la gestazione in corpo maschile, o animale, di un embrione umano, o in un corpo umano di un embrione non umano*.

***(Segue): in particolare, la surrogazione di maternità***

Plausibile, altresì – sebbene da molti criticata - una incriminazione della surrogazione di maternità (nonché, eventualmente, della sua “organizzazione” e “pubblicizzazione”). La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, pur affermando il prevalere dell’interesse del figlio a mantenere legami familiari ormai instaurati, una volta che una surrogazione di maternità sia stata portata a termine, ha nondimeno chiarito che rientra nella piena discrezionalità dello Stato prevedere illeciti orientati a prevenire simili forme di procreazione. Ancora una volta, tuttavia, una tale fattispecie non potrebbe essere costruita senza aver prima adeguatamente “focalizzato” il tipo di disvalore che si ritiene meritevole di contrasto penale e, con ciò, le tipologie di “surrogazione” che si intendono criminalizzare. *Soprattutto si impongono attente distinzioni sistematiche, ad evitare improprie interferenze con altre tipologie di delitti, ad es. in materia di adozioni (attuale art. 71 l. n. 184 del 1983), o di alterazione di stato (attuale art.567 c.p.)*. Il rischio da evitare è che la medesima tipologia di gestazione per conto altrui venga qualificata solo alla stregua di questi ultimi delitti, se realizzata per vie naturali, ed invece guadagni una qualifica cumulativa anche *sub specie* di delitto di surrogazione, sol perché attuata mediante procreazione medicalmente assistita: come si è evidenziato, la natura artificiale del processo riproduttivo non può, di per sé, giustificare simili disparità di trattamento.

Solitamente, due si ritengono essere gli elementi minimi necessari per poter configurare una surrogazione di maternità: la distinzione tra colei che sostiene la gravidanza e colei che ambisce ad ottenere il figlio; la dimensione negoziale della vicenda, per cui la gestante si è previamente impegnata a consegnare il bambino, una volta nato, alla aspirante madre sociale. Anche questi elementi essenziali, nondimeno, possono non essere qualificanti e distintivi. La dissociazione tra madre sociale e madre partoriente è tipica anche dell’adozione, e dunque il previo accordo tra le due donne (e l’aspirante padre), e la vicenda che ne costituisce attuazione, potrebbero altresì essere inquadrati *sub specie* di elusione delle regole in materia di adozione. Per altro verso, la “vendita” di un figlio interamente altrui – pur potendo anch’essa rilevare alla stregua dell’art.71 l. 184/1983<sup>45</sup> - molto assomiglia, altrimenti, a una “riduzione in schiavitù” (art.600 c.p.), giacché in tal modo si esercitano su di una persona poteri tipici del diritto di proprietà (così ad es. PADOVANI).

L’individuazione di un minimo comun denominatore, che possa costituire la struttura essenziale di una fattispecie criminosa, è inoltre complicata dalla circostanza che la portata qualitativa dei fatti muta significativamente in ragione del parametro valoriale prescelto.

1. Se si ritiene che un *elemento di disvalore sia costituito dalla “commercializzazione”* di

---

<sup>4</sup> Cassazione Penale, sez. VI, sentenza 17/01/2019, n. 2173

- vicende e relazioni genitoriali, o comunque di un bambino, e/o del corpo di una donna (perché quella commercializzazione offende la “dignità” dei protagonisti, offrendo altresì l’occasione per lo sfruttamento di chi vive in situazioni di marginalità), ebbene, questo tipo di disvalore è assente nella surrogazione a titolo gratuito (mentre, per altro verso, come si è già osservato, può connotare fattispecie criminose di tutt’altro genere).
2. Se si valuta negativamente la dissociazione “genetica” tra genitori sociali/affettivi e figli, e/o il livello di “artificialità” della tecnica utilizzata, tali requisiti sono tanto meno accentuati, quanto più i committenti abbiano partecipato alla vicenda procreativa con propri gameti, e quanto meno il protocollo di procreazione assistita possa ritenersi “complesso” (in realtà, però, né quella dissociazione, né quella artificialità, possono di per sé comportare un disvalore penalmente significativo: v. *supra*).
  3. Se, ancora, quel che si ritiene *disdicevole* è l’acquisizione di relazioni familiari tra bambini e genitori omosessuali e/o single, solo le pratiche orientate a questo risultato meritano stigmatizzazione.
  4. Vi è, infine, chi intende una simile fattispecie come in *contrasto con la regolamentazione degli status familiari* – tanto da supporre che la surrogazione di maternità, più che essere criminalizzata, dovrebbe essere dichiarata “nulla” in quanto negozio giuridico, mentre l’eventuale attribuzione al nato di una madre differente dalla gestante dovrebbe rilevare né più né meno che come reato di alterazione di stato o di affidamento illegittimo.
  5. Solo quando gli ovuli siano della richiedente si può parlare, in senso stretto, di una “dissociazione di maternità”, da considerarsi in sé meritevole di pena in quanto in *contraddizione con un progetto costituzionale di tutela della maternità ex art.31 Cost.*. Invero, per queste vie si ottiene in definitiva un figlio che geneticamente si pone in relazione alla richiedente stessa, la quale avanza pure pretese affettive, ma che si è sviluppato nel corpo di altra donna, e con essa condivide dunque una relazione biologica e sociale. Si vengono insomma a definire due maternità biologiche, relazioni e affettive, che danno luogo ad una, appunto, “dissociazione di maternità” irriducibile giuridicamente in modi compatibili con l’art. 31 Cost., specialmente in caso di conflitto tra le due donne (si pensi al caso, tutt’altro che improbabile, in cui la madre gestazionale si rifiuti di consegnare il figlio alla richiedente): attribuendo giuridicamente la maternità all’una, per vero, inevitabilmente si viene a sacrificare la maternità dell’altra, anch’essa costituzionalmente tutelata. Si veda la nota vicenda c.d. dell’”ospedale Pertini”, o dello “scambio” colposo di embrioni, rispetto alla quale il giudice civile, pur attribuendo infine la genitorialità a colei che aveva partorito il figlio e al di lei partner, ha prescritto un indennizzo a favore dell’altra madre biologica, in quanto comunque danneggiata nel proprio diritto alla genitorialità; mentre il Comitato Nazionale di Bioetica, chiamato a pronunciarsi sulla medesima fattispecie, ha sostanzialmente affermato l’impossibilità etico-giuridico di asserire, in simili ipotesi, una prevalenza dell’una maternità sull’altra. Come l’episodio dell’ospedale Pertini insegna, questo tipo di disvalore – *che apparirebbe effettivamente peculiare e distintivo, non riscontrandosi in altre fattispecie criminose idealmente limitrofe* (non nell’”affidamento illegittimo”, non nella alterazione di stato) – appare integrato anche ove l’impianto di un embrione nel corpo di una donna che non lo ha generato sia attuato (per errore, per dolo) senza la consapevolezza e/o contro la volontà dei generanti, ovvero della gestante, a prescindere da premesse negoziali.
  6. Le vicende della surrogazione sono, inoltre, per loro natura complesse e destinate a svilupparsi nel tempo, talora in *diversi luoghi, e con l’apporto di una pluralità di soggetti in vari ruoli*: la norma incriminatrice (a differenza di quella attualmente vigente) dovrebbe dunque chiaramente indicare quali siano le condotte tipiche, e chi i soggetti attivi. Vi può essere una prima fase negoziale tra richiedenti e prestatrice di utero, magari supportata da mediatori ed organizzatori; quindi, il momento del concepimento, variamente attuato, in cui

possono intervenire medici, donatori di gameti o comunque soggetti terzi (solo questa fase, e quella immediatamente successiva, caratterizzerà le ipotesi di surrogazione contro la volontà e senza la consapevolezza dei soggetti coinvolti). Vi è poi la gravidanza (che facilmente, per la sua estensione nel tempo, può essere esposta ad episodi problematici che di nuovo imporranno sinergie tra più soggetti), quindi il parto, e dopo ancora la consegna materiale del figlio e il trasferimento giuridico, legittimo o simulato, dello status di genitore (tutte fasi, anche queste ultime, in cui facilmente i diretti protagonisti chiederanno l'aiuto di terzi). Se scopo del divieto dovesse esser quello di rendere "impedibile" già la formazione di un embrione in attuazione di un accordo di surrogazione (giacché il venire ad esistenza dell'embrione crea problemi giuridici enormemente complessi circa il suo destino che, in simili situazioni sarebbe bene evitarsi), è almeno il momento della "produzione dell'embrione" quello che andrebbe tipizzato; le logiche del principio di offensività, per altro verso, scongiurerebbero di retrocedere oltre nell'anticipazione della tutela penale.

Tanto premesso, le soluzioni che si prospettano *de iure condendo* sono almeno tre:

1. Un buon punto di partenza per una riflessione *de iure condendo* potrebbe essere il progetto Pagliaro, ove si considerava come surrogazione di maternità penalmente rilevante il caso molto specifico, e non pienamente riconducibile ad altre tipologie criminose (e *realizzabile solo per vie artificiali*), della "contrattazione per fini procreativi, consistente nel fatto di impegnarsi a porre a disposizione il proprio corpo al fine della gestazione di un embrione umano per conto di altra persona". Di questa fattispecie è tuttavia discutibile l'eccessiva anticipazione di tutela (se ne fa, invero, un "reato-contratto", destinato per sua natura a "consumarsi" in un momento assai anticipato, logicamente e cronologicamente, rispetto a quelli in cui si concretizzano le articolate e complesse procedure e vicende che porteranno alla fecondazione, alla gravidanza, al parto, alla consegna del figlio, nelle quali soltanto assumono piena attualità le istanze che si intendono salvaguardare). Dovendo poi emergere un disvalore peculiare di questa fattispecie, distinto da quello dei reati di "illecito affidamento" o di "alterazione di stato", e appunto concretizzabile soltanto mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita, si potrebbe ulteriormente precisare che, in particolare, *quel che si sanziona è il caso della "dissociazione di maternità"* di cui sopra si è detto. Salvo il caso del concorso nel fatto delle donne che abbiano realizzato la suddetta dissociazione tra maternità biologica e gestazionale, non dovrebbe dunque rientrare nell'area del penalmente rilevante la condotta dell'uomo, richiedente, che avendo impegnato i propri gameti per la fecondazione debba ritenersi padre a tutti gli effetti.

Più in generale, ogni caso di "acquisto", o comunque "ricezione", di un figlio interamente altrui dal punto di vista biologico, eludendo presupposti e procedure in tema di adozione (vi sia alla base una procreazione naturale o artificiale), dovrebbero essere qualificati alla stregua di un diverso delitto, contro la famiglia, di "affidamento illecito"<sup>5</sup> (salvo contemplare, in caso di acquisto, un reato di riduzione in schiavitù). In questi casi, il disvalore è quello di un reato "a tutela di funzioni", costruito sulla contraddizione con un sistema normativo volto a orientare la costituzione di relazioni genitori-figli secondo un bilanciamento ritenuto ottimale tra le varie istanze in gioco, quali il *best interest* del figlio, le legittime aspirazioni dei genitori, l'interesse oggettivo alla *veritas*. Resterebbero infine spazi per l'integrazione di una alterazione di stato quando, poi, si contribuisca alla formazione di un atto di nascita che falsamente attribuisce la genitorialità a chi genitore non possa ritenersi – per varie ragioni – secondo la legge vigente<sup>67</sup>.

---

<sup>5</sup> Anche nel progetto Pagliaro, invero, ogni differente ipotesi, in quanto sostanzialmente riconducibile ad una elusione delle regole generali in materia di adozione, e di attribuzione degli status genitoriali, veniva nel progetto – e ancora meriterebbe di essere – ricondotta ad una generale fattispecie di "affidamento illegittimo", consistente "nell'affidare a terza persona o nel ricevere in affidamento un minore al di fuori dei casi previsti dalla legge"

<sup>6</sup> Non è questa la sede per analizzare la tipologia di concorso (apparente, materiale?) auspicabile tra illecito

Sarebbe forse opportuno evitare, mediante apposite clausole di riserva, il concorso tra reato di surrogazione di maternità e reati di illecito affidamento e alterazione di stato, e ciò non solo per evitare un eccesso di carico sanzionatorio ai danni di chi, comunque, è spesso il dolente protagonista di sofferte aspirazioni familiari. Invero, se il reato di surrogazione di maternità è inteso a prevenire certe “dissociazioni” genitoriali già al momento della fecondazione, è pur vero che, quando tale prevenzione non sia riuscita - e dunque ci si trovi a dover valutare del destino di un embrione, di un nascituro o, addirittura, di un nato - le scelte da compiere si fanno estremamente delicate e complesse, dovendo tenere in considerazione, in prevalenza, il miglior interesse del figlio (che certo non può trarre pregiudizio da “illeciti di concepimento” addebitabili ai generanti), come a più riprese ribadito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, oltre che dalla giurisprudenza interna. Esse, dunque, sarebbe bene venissero attentamente articolate nelle sedi opportune della regolamentazione privatistica, eventualmente mettendo in conto anche forme di attribuzione della genitorialità ai richiedenti, senza “interferenze” trancianti di carattere penalistico.

All'interno del gruppo di lavoro è stato criticamente osservato che una *simile impostazione determinerebbe una disparità di trattamento* difficilmente accettabile tra surrogazione richiesta da coppie gay e da coppie lesbiche, o comunque tra uomini e donne committenti, solo queste ultime potendo impiegare propri ovuli per la produzione dell'embrione poi affidato all'altrui gestazione. Il punto è decisamente problematico, ma chi scrive ritiene questa obiezione non decisiva. Vi è infatti da rilevare che la “dissociazione di maternità”, per come definibile nel testo, non è fenomeno riferibile in modo esclusivo, caratteristico e necessario alla coppia lesbica. In primo luogo, esso ben può vedere come protagonista anche una coppia eterosessuale di richiedenti aspiranti genitori (quando, appunto, la *partner* femminile metta a disposizione i propri ovuli per la produzione di un embrione la cui gestazione, poi, sarà sopportata da altra donna); per altro verso, la coppia lesbica, a differenza di quella omosessuale maschile, per avere un figlio non necessariamente deve commissionare ad altre donne la gestazione (e tantomeno, dunque, deve attuare una “dissociazione di maternità”, nel senso precisato), potendo ricorrere semplicemente alla fecondazione eterologa. Né, su altro fronte, v'è da temere che, adottando questa impostazione, le coppie gay verrebbero a godere, in quanto tali, di uno statuto penale privilegiato: la coppia gay, al pari della coppia lesbica, ove si facesse affidare un bambino dal punto di vista biologico interamente altrui risponderebbe comunque del reato di “illecito affidamento” (se non, in caso di compravendita, di riduzione in schiavitù). Il caso dell'aspirante padre richiedente che abbia impegnato i propri spermatozoi per una gestazione portata avanti in suo favore, appare poi immeritevole di pena, in linea di principio, per il semplice fatto che egli è effettivamente padre del bambino che verrà, e tale esito non muta in ragione del fatto che quell'uomo sia parte di una coppia etero- o omosessuale (o sia single).

Quanto alla lamentata disparità di trattamento penale tra persone di sesso maschile o femminile che comunque abbiano commissionato la gestazione di un embrione prodotto con propri gameti, essa esiste ma non appare irragionevole, qualora si ammetta l'incompatibilità

---

affidamento e surrogazione di maternità. Nella sentenza della Cassazione sopra citata, ovviamente *de iure condito*, si evidenzia (riferendosi a orientamenti di precedenti decisioni) anche una incompatibilità sostanziale tra le ipotesi di illecito affidamento e quelle di alterazione di stato: «[...]ricorre il reato di alterazione di stato e non quello di cui all'art. 71 nella condotta di chi riceve un minore *uti filius* attraverso il falso riconoscimento della paternità», mentre «l'art. 71 si riferisce invece a chi riceve il minore in illecito affidamento nel caso di una attività di fatto preordinata ad una futura adozione, quindi con riferimento al caso di un affidamento posto in essere senza alterare lo stato civile del neonato (Vedi Sez. 6, Sentenza n. 40610 del 09/10/2012, dep. 16/10/2012 Rv. 253497; Sez. 5, Sentenza n. 1797 del 14/07/2015, dep. 18/01/2016, Rv. 265884)»; in definitiva, «nel caso di alterazione della filiazione naturale si è al di fuori dell'ambito di operatività del reato previsto dall'art. 71 citata Legge, perché l'inserimento nella nuova famiglia si realizza per effetto della falsa certificazione di stato senza ricorso all'istituto dell'adozione, mentre nel caso in cui non vi sia alterazione dello stato civile del neonato si configura il reato di cui all'art. 71 cit. perché l'inserimento nella famiglia affidataria avviene in violazione dell'istituto dell'adozione».

con l'art.31 Cost. di una dissociazione di maternità determinata dal conflitto potenziale, irriducibile in termini costituzionalmente adeguati, tra due maternità entrambe biologiche, relazioni ed affettive. Niente di analogo si verifica quando il committente uomo, avendo utilizzato i propri spermatozoi, sia l'unico padre a tutti gli effetti, ragion per cui non si comprende perché dovrebbe essere punito per l'assegnazione di quel figlio che è indubbiamente e soltanto "suo"<sup>7</sup>. Egli, d'altronde, potrebbe lo stesso concorrere nel reato della partner femminile che eventualmente abbia dato luogo alla "dissociazione di maternità" penalmente rilevante.

2. In alternativa alla ricostruzione sub 1. – comunque espressione, non v'è dubbio, di un'impostazione del tutto peculiare e minoritaria – si potrebbe punire ogni forma di surrogazione di maternità in quanto, e soltanto in quanto, comportante una "commercializzazione" del corpo della donna (conformemente all'opinione, assai diffusa, che valorizza il "fine di lucro" quale profilo specifico di disvalore penalmente significativo, ritenendo invece non meritevole di pena la surrogazione di carattere solidaristico). In questo caso, nondimeno, non vi sarebbe motivo di distinguere a seconda della natura artificiale o naturale della fecondazione, posto che, nel primo caso, non si rinviene alcun profilo differenziale di offensività. Adottando questa soluzione, sarebbe opportuno (anche se assai complicato: inevitabile affidarsi alla discrezionalità in concreto del giudice) differenziare il "lucro" da forme di mero indennizzo per le spese che una gravidanza, comunque, comporta.

3. Peraltro, ove non si riconosca quel profilo differenziale nella "dissociazione artificiale di maternità" di cui si è detto sopra, forse viene meno ogni motivo non solo per distinguere tra casi di procreazione artificiale e naturale, ma anche per attribuire significato tipico differenziale alla surrogazione di maternità. *Sufficiente sarebbe, probabilmente, una più generale fattispecie di "affidamento illecito" del bambino a coloro che non ne siano legalmente genitori, e/o di alterazione di stato*, capaci di comprendere una pluralità di situazioni di analogo disvalore, ivi comprese quelle che si qualificano usualmente come "surrogazione di maternità". Ragionando in questa prospettiva, bisognerebbe evitare di prevedere una qualsiasi ipotesi *lato sensu* speciale di surrogazione di maternità (fonte di un aggravio di pena per alcune ipotesi soltanto di "illecito affidamento", privo di ragionevolezza per mancanza di un corrispondente incremento di disvalore), e soltanto contemplare una figura criminosa generale di affidamento illecito del minore riconducibile, sostanzialmente – come già quella di alterazione di stato - a una logica di "tutela di funzioni", in ragione di quanto si è già rilevato *supra*.

### ***(Segue): fattispecie a salvaguardia della "titolarità" e della corretta circolazione del materiale biologico***

Ancora, potrebbero rilevare penalmente, come già oggi, *condotte di circolazione o traffico illeciti di gameti ed embrioni*, elusive di funzioni amministrative volte a "governare" la raccolta, lo stoccaggio e l'allocazione del materiale biologico essenziale per condurre una PMA, in termini più adeguati rispetto ad esigenze igienico sanitarie e alla salvaguardia di altri beni di rilievo costituzionale (i gameti in quanto "proiezione" del diritto alla procreazione, o alla non-procreazione, di coloro da cui essi provengono; l'embrione, anche in quanto concretizzazione di scelte dei generanti attinenti alla propria vita privata e familiare e alla libertà di procreare o non procreare, salvaguardata dall'art.8 CEDU – v. ad es. le sentenze della Corte di Strasburgo sui casi Evans e Parrillo) .

Infine, una "lacuna" nel sistema attuale delle incriminazioni, come evidenziato da alcuni casi eclatanti, di diverso tenore (ad es. il già citato caso dello "scambio colposo di embrioni"

---

<sup>7</sup> Tacciamo, qui, della "presunzione di paternità" che giocherebbe a favore del partner maschile della gestante, ma che sarebbe superabile riscontrata la realtà della altrui paternità biologica.



nell'ospedale Pertini, o della presunta "rapina di ovuli" nella vicenda "Antinori"), riguarda la *salvaguardia del consenso dei soggetti interessati*, e della titolarità dei soggetti interessati sul materiale biologico "sensibile" che viene utilizzato nei processi procreativi. In quest'ambito, invero, entrano in gioco interessi che vanno al di là di quello soltanto alla autodeterminazione in ambito sanitario, ma riguardano proiezioni profonde della personalità (v. giurisprudenza CEDU). Nel progetto Pagliaro si prevedeva, ad es., un reato di *fecondazione artificiale non consensuale*, "consistente nell'effettuare una inseminazione artificiale o un impianto di embrione in una donna senza il suo consenso" (ipotesi che potrebbe anche inserirsi, come appunto nel progetto Pagliaro, in un capo dedicato alla tutela della gestazione o della maternità, insieme ai reati di aborto non consensuale); ma si dovrebbe altresì prevedere il caso di *utilizzo arbitrario – doloso o colposo - di gameti o embrioni altrui, o di "sottrazione" di gameti mediante violenza, minaccia o inganno*.

Fattispecie da coordinare con un'eventuale disciplina della "adozione di embrioni sovrannumerari" (che forse meglio dovrebbe essere declinata come ipotesi di "*donazione di embrioni*", cioè coperta dal consenso dei generanti – fattispecie a sua volta da coordinare con quella, invece in certa misura illecita, della surrogazione di maternità); così come con una disciplina tanto della "donazione", quanto dell'"abbandono" di gameti ed embrioni.

### ***Fattispecie criminose a tutela dell'embrione***

Da prevedere il *reato di embrionicidio* – eventualmente anche colposo (si pensi allo "scongelo" accidentale di embrioni crioconservati). Bisognerebbe altresì valutare se convenga introdurre una fattispecie di *lesioni all'embrione* (anche colpose?). Tutte queste figure criminose andrebbero coordinate con le fattispecie in materia di interruzione di gravidanza, anche per quanto concerne i livelli sanzionatori (che dovranno essere inferiori). Sarebbe in ogni caso da evitare che le ipotesi di lesioni embrionali – della cui meritevolezza e bisogno di pena diversi membri del gruppo dubitano - costituiscano un impedimento assoluto, sia pure di fatto, a forme di sperimentazione, o di diagnosi sull'embrione, che invece si ritengano praticabili. Una definizione di embrione umano, che non consideri tale forme di "pseudozigote" su cui ormai principalmente si concentrano le ricerche, aiuterebbe in tal senso (v. *infra*), così come la previsione di apposite clausole di riserva o della locuzione "illecitamente".

Quanto alla *produzione di embrioni sovrannumerari* rispetto alle esigenze di una PMA, la questione che si pone è che la misura di tale "sovrannumero" è data necessariamente dalle esigenze del singolo caso concreto, e non può essere stabilita in via generale ed astratta: il legislatore, insomma, non può farsi medico (v. Corte cost., sent. 151/2009). Di conseguenza, un eventuale precetto penale – come già oggi, e come si prospettava forse nel progetto Pagliaro – verrebbe a costruirsi interamente sulla violazione di cangianti criteri medico-sanitari. Circostanza che, forse ne sconsiglia l'adozione: d'altronde, lesioni all'embrione, o embrionici, colposi, attuati fuori da un'area di rischio consentito, già potrebbero assumere rilevanza penale alla stregua della fattispecie di cui subito qui sopra si è detto.

La PMA finalizzata non tanto a risolvere problemi di sterilità, bensì a consentire *diagnosi e selezione preimpianto*, così da prevenire la trasmissione di malattie ereditarie nel futuro nato, in una disciplina ideale *de iure condendo* potrebbe essere subordinata alla circostanza che detta malattia rientri in un elenco periodicamente aggiornato (tramite d.m.?). L'attuazione del trattamento al di fuori dei casi consentiti potrebbe, forse, meritare rilevanza penale.

*Da escludere un reato di crioconservazione* (oggi invece contemplato nell'art. 14 l.40/2004): appare invero insensato punire una condotta che è volta a tenere in vita l'embrione, e che è essenziale poter realizzare a supporto, o a seguito, di pratiche di PMA del tutto lecite: tanto che

oggi viene ampiamente praticata (e legittimata da fonti subordinate), quasi la Corte costituzionale avesse dichiarato l'illegittimità di quel reato con la sent.151/2009, cosa che, a stretto rigore, non è accaduta. Il senso dell'incriminazione è legato, attualmente, o a una supposta esigenza di "intangibilità" dell'embrione umano rispetto a sue destinazioni naturali (esigenza tuttavia che di per sé non delinea un interesse meritevole di tutela penale), o al "timore" che l'embrione crioconservato possa essere utilizzato per pratiche illecite (ma in tal caso bisognerà punire l'attuazione, o il tentativo di attuazione, di tali pratiche, non essendovi buone ragioni per una tutela così anticipata alla stregua di un "reato ostacolo")

Quanto alle condotte di *sperimentazione sull'embrione umano*, converrebbe prevedere come reato la *produzione di embrioni per fini distinti dalla procreazione*, ed i casi stigmatizzati dalle Convenzioni internazionali, e in particolare quelli consistenti in *forme " clinicamente ingiustificate" di alterazione/selezione del patrimonio genetico*, che potrebbero incidere sulla integrità fisica e originalità genetica del futuro nato (v. anche *supra*). La "giustificazione" della singola pratica (si pensi ad es. a quella, oggi solo sperimentale, del c.d. "*gene editing*" a fini terapeutici) potrebbe discendere da una valutazione di un apposito comitato etico-scientifico, in conformità a una disciplina "proceduralizzata". Un eventuale *divieto di "eugenetica"* dovrebbe accompagnarsi con una attenta definizione di tale concetto, ad evitare sovrapposizioni con attività mediche che non possono essere criminalizzate, come la diagnosi e selezione preimpianto allo scopo di prevenire la trasmissione di gravi malattie al nascituro.

Nel vigore dell'attuale, indiscriminato divieto di cui all'art.13 l.40/2004, si lamenta come sproporzionata lesione della libertà di ricerca scientifica e dell'interesse alla salute l'impossibilità di praticare sperimentazioni sulle c.d. "staminali embrionali" (se non quelle provenienti dall'estero), nemmeno utilizzando embrioni congelati sovrannumerari, non più impiantabili e destinati a sicura estinzione, o "pseudozigoti". Sul punto il dibattito è aperto e probabilmente irriducibile, tra chi sostiene un'idea di dignità dell'embrione "assoluta", che implica una sua intangibilità in ogni caso per fini differenti dalla procreazione, e chi invece asserisce che la destinazione alla ricerca scientifica sia "più degna" della sicura estinzione, mentre rispetto ad altre tecniche di indagine neppure si ritiene configurabile un'entità dotata del valore costituzionale di un embrione umano.

Forse la soluzione di compromesso più valida potrebbe essere esattamente quella di *introdurre finalmente una definizione di embrione umano* (attualmente mancante) conforme alla pronuncia della Corte UE nel caso "*International Stem Cell*". In tale decisione si è ritenuto priva della "dignità" dell'embrione umano quell'entità biologica che non abbia una *inherent capacity* di svilupparsi in un individuo nel contesto di una gestazione, a prescindere da ulteriori artificiali manipolazioni e stimolazioni. Tale criterio appare plausibile anche in un'ottica costituzionalmente orientata, giacché correla la "dignità dell'embrione" non solo alla presenza di "dna" umano – attributo di per sé non dotato di valore costituzionale - bensì alla dignità dell'uomo che quell'entità biologica potrebbe effettivamente diventare, nonché al valore costituzionale della maternità; e tale criterio è stato utilizzato, dalla Corte UE, per individuare una "fonte di staminali" possibile oggetto di pratiche biotecnologiche brevettabili, dunque a maggior ragione esso potrebbe valere per selezionare forme di "pseudozigoti" destinati alla ricerca scientifica e biotecnologica in ambito sanitario, attività ben più meritevole, negli orizzonti della Costituzione, di quella correlata a interessi di valenza puramente economica. Con questo criterio si renderebbe *possibile la sperimentazione su entità producibili proprio per ovviare ai problemi bioetici connessi all'uso di embrioni umani*, le quali "simulano" i primi processi di sviluppo embrionale, ma non derivano da fecondazione di gameti e non sono destinate né destinabili ad un realistico progetto procreativo, come, ad es., il partenote, o lo pseudozigote ottenuto mediante clonazione nucleare, ecc.

La definizione dovrebbe altresì precisare il momento del processo di fecondazione a partire dal quale l'ovulo penetrato dallo spermatozoo può qualificarsi come "embrione". In una

prospettiva quasi di carattere precauzionale, la legge vigente – secondo l'interpretazione prevalente, e più plausibile – non distingue tra fasi antecedenti e successive alla carigamia (fusione dei nuclei dei gameti – momento in cui realmente si viene a determinare un corredo genetico “originale” e distinto da quello dei generanti). Questa scelta andrebbe quantomeno ridiscussa, tenendo ad es. conto come un'opzione differente venga compiuta, ad esempio, in un ordinamento che pure iper-valorizza l'embrione, come quello tedesco.

## 2. REATI CODICISTICI IN MATERIA DI INTERRUZIONE DI GRAVIDANZA: QUESTIONI *DE IURE CONDENDO*

Antonio Vallini<sup>1</sup>

***Le fattispecie di aborto non consensuale: struttura fondamentale.*** – Se la Corte costituzionale ha qualificato come “a contenuto costituzionalmente vincolato” la legge 194/78 (sent. n. 35/1997), la nostra riflessione può muovere da un punto fermo: attraverso una regolamentazione preferibilmente di legge speciale, stante la sua natura prevalentemente extrapenale, l’ordinamento deve riconoscere la liceità dell’interruzione volontaria di gravidanza (IVG), purché sussistano taluni presupposti sostanziali, si garantisca una tutela minima a tutti gli interessi coinvolti, e data l’osservanza di certe procedure, variabili in rapporto al grado di sviluppo del feto. Intimamente correlati a una simile disciplina, trovano la loro migliore collocazione nella medesima legge speciale reati “a tutela di funzioni”, cioè a garanzia del rispetto delle procedure anzidette, sul presupposto che esse conducano, caso per caso, al miglior temperamento, o bilanciamento, tra gli interessi in gioco. I contenuti di tali incriminazioni non potranno che dipendere dalle articolazioni della disciplina cui offriranno sostegno, sicché la definizione di detti contenuti implicherebbe valutazioni ampiamente esorbitanti le questioni strettamente penalistiche che qui siamo tenuti a considerare.

Secondo alcune voci, il rispetto della disciplina di cui alla legge 194/78 costituirebbe piuttosto una “scriminante” (procedurale) rispetto a un fatto comunque offensivo di un bene fondamentale. Adottando questa visuale, più plausibile appare la collocazione dei reati in tema di IVG nel corpo del codice penale, come a suo tempo proposto dalla “Commissione Pagliaro”<sup>2</sup>. Sul piano comparatistico, meritevole di approfondimento sarebbe, tra le altre, la disciplina tedesca di cui ai §§ 218 ss. StGB, che riassume in un novero comunque contenuto di fattispecie le condizioni di liceità dell’IVG, e le figure criminose in materia.

Il significato di questo dibattito non merita, tuttavia, di essere esagerato, essendo in ogni caso preferibile, o comunque privo di controindicazioni, *mantenere dette disposizioni incriminatrici nel contesto di una regolamentazione esaustiva e “organica” extra codicem* - conformemente al principio di “riserva di codice” (per quel che vale), come oggi definito nell’art.3 bis c.p. - così da favorire la conoscibilità e l’intelligibilità dei precetti.

Ragionando di un nuovo codice penale, conviene dunque concentrare l’attenzione sulle fattispecie, a tutela senz’altro di beni, di *interruzione di gravidanza non consensuale (colposa, dolosa, eventualmente preterintenzionale)*. Figure criminose collegate solo per contrapposizione alla disciplina della IVG, grosso modo corrispondenti a quelle un tempo delineate dagli artt.17 e 18 l.194/78, ed attualmente “trasferite” dall’art.2 d.lgs. 21/2018 (*Riserva di codice nella materia penale*) in un apposito capo (I bis – *Dei delitti contro la maternità*) del titolo XII del codice penale (*Dei delitti contro la persona*), e segnatamente negli artt.593 bis e 593 ter c.p.

Fattispecie che, anche in un’ottica di riforma, si possono strutturare secondo lo schema

---

<sup>1</sup> Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione.

<sup>2</sup> Nell’art.62 dell’articolato proposto dalla commissione si considerava, tra le altre fattispecie, quella di “aborto di donna consenziente o su se stessa nei casi non consentiti dalla legge o senza l’osservanza delle modalità da questa previste”. Si proponeva, poi, di “indicare le ipotesi nelle quali, nonostante l’apparente consenso della donna, si applicano le disposizioni sull’aborto di donna non consenziente” e di “prevedere per la donna consenziente o che pratica l’aborto su se stessa una pena inferiore a quella prevista per l’autore dell’aborto su altra persona”.

essenziale del *reato di evento, causalmente orientato a forma libera* (non mutando il disvalore in ragione delle modalità della condotta, salvo la modalità “negativa” dell’agire al di fuori di una valida procedura di IVG); essendo costituito detto evento, alternativamente, dall’*aborto* (con ciò intendendosi l’interruzione della gravidanza che comporta la morte del feto), ovvero dalla *anticipazione del parto*. Eventi, dunque, che logicamente *presuppongono* uno *stato di gravidanza*.

**(Segue): gli eventi** – In rapporto agli eventi, bisognerebbe operare una razionalizzazione e un coordinamento lessicale con la legge 194/78 (o altra futura), anche mediante *apposite clausole definitorie*, per superare noti problemi nell’organizzazione del sistema delle incriminazioni dovuti all’incerto uso e significato di concetti quali interruzione di gravidanza (*genus* comprendente l’aborto e il parto prematuro, o sinonimo di “aborto?”), aborto, parto prematuro, acceleramento del parto (sinonimo di parto prematuro?)<sup>3</sup>.

Per quanto concerne il rilievo da attribuire all’evento, una *distinzione tra titoli di reato di procurato aborto e di procurato parto prematuro* si giustificherebbe in ragione della diversa qualità e gravità dell’evento. Definire, nondimeno, il “*parto prematuro*” come *circostanza attenuante* di un reato incentrato su un generico evento di “*interruzione di gravidanza*” semplificherebbe la questione dell’elemento soggettivo (posta l’imputazione oggettiva delle attenuanti). In buona parte dei casi, invero, il soggetto agisce con la consapevolezza e volontà di interrompere una gravidanza, o viola regole cautelari volte a prevenire il medesimo generico risultato, mentre la conseguente morte, o sopravvivenza, del feto dipendono da fattori per lo più né prevedibili né governabili. Se già, dunque, non è semplice immaginare una precisa rappresentazione dolosa degli eventi particolari dell’aborto o dell’anticipazione del parto, salvo il dolo eventuale, ancor più arduo è supporre regole prevenzionistiche *ad hoc* (anche se si potrebbe forse ritenere che le precauzioni volte a prevenire una interruzione di gravidanza siano, in quanto tali, caratterizzate da un implicito, duplice nesso di rischio, tanto con l’aborto, quanto con il parto prematuro).

Da considerare con attenzione i riflessi dell’opzione prescelta sul *momento di consumazione del reato*.

Pur potendosi giungere alla stessa conclusione in virtù di principi generali e regole comuni, potrebbe essere utile precisare che *l’anticipazione del parto non è in ogni caso penalmente tipica quando compiuta per salvaguardare la salute o la vita del feto*, purché vi sia il consenso della madre (in questo caso la clausola opererebbe con riferimento alle ipotesi di IVG), o quando la madre non si attualmente in grado di prestare consenso e l’intervento sia urgente (ipotesi da coordinare con l’art.1, co.7, l. 22 dicembre 2017 , n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

**(Segue): il reato di procurate lesioni al feto.** - Meritevole di considerazione l’introduzione *ex novo* di un *delitto di procurate lesioni ai danni del feto* (con dolo, o anche con colpa?), posto

---

<sup>3</sup> Ad esempio, se si ritiene che l’interruzione di gravidanza (l’unico evento del delitto doloso di cui all’art.18 l.194/78 – oggi art. 593-ter – co. 1) corrisponda al solo aborto, viene a mancare un delitto di parto prematuro non consensuale doloso; esito curioso, posta, invece, la chiara incriminazione del parto prematuro colposo nell’art.17 l.194/78 – oggi art.593-bis c.p. – co. 2. Se, invece, riteniamo che il “parto prematuro” sia ipotesi speciale di una più generale nozione di “interruzione di gravidanza” – come parrebbe ad es. trarsi dall’art. 7, ult. co., l.194/78, ove si tratta di una chiara “anticipazione del parto” chiamandola “interruzione di gravidanza – il parto prematuro non consensuale dolosamente procurato sarebbe punibile come “interruzione della gravidanza non consensuale dolosa”, ai sensi dell’art. 18 l.194/78 – oggi 593-ter c.p. - primo comma, al pari dell’aborto non consensuale doloso, con conseguente riconduzione a uno stesso titolo di reato di fattispecie dal disvalore almeno astrattamente differenziato

a tutela del diritto del feto a nascere sano, o, volendo, del diritto alla salute del feto: interessi già da tempo oggetto di attenzione nei settori del diritto civile e costituzionale. L'evoluzione della diagnostica prenatale, e l'accrescimento delle conoscenze causali in ambito embriologico e teratologico, consentono, invero, di enumerare una buona serie di possibili fattori produttivi di "malattie" nel nascituro, e di coglierne le evidenze. Muovendosi in questa direzione, un utile paragone sarebbe costituito dagli artt.157 e 158 del codice penale spagnolo<sup>4</sup>.

Parrebbe sensato immaginare una causa di non punibilità, o di esclusione della tipicità, relativamente al caso in cui la *lesione si risolve spontaneamente durante la gestazione e non comporti pregiudizio alcuno per il nato*. In questa ipotesi si apprezza una sorta di sopravvenuto difetto di offensività (mentre il disvalore del reato non dovrebbe venir meno quando il manifestarsi dell'evento successivamente alla nascita sia stato prevenuto da interventi medici in utero). Eventuali aggressioni al feto che abbiano complicato la gravidanza, pur non avendo infine danneggiato il nato, rileverebbero comunque come lesioni ai danni della donna.

In alternativa a quanto prospettato in questo paragrafo, si potrebbe *ridisegnare la fattispecie generale di lesioni (dolose e colpose) in modo da render chiaro che essa può trovare applicazione anche quando la condotta ricada sul feto, ma l'evento si evidenzia in rapporto al nato*: un tipo di soluzione che alcuni autori ritengono già valida *de iure condito* trattando del delitto di omicidio. Una simile scelta, tuttavia, comporterebbe non poche difficoltà per quanto concerne il nesso causale (potendo decorrere anche molto tempo tra la condotta e l'evento, e svolgendosi il decorso eziologico in un "ambiente" difficilmente sondabile) e soprattutto riguardo all'elemento soggettivo, dovendo quest'ultimo essere apprezzato al momento della condotta, quando il "destino" del feto può apparire decisamente imprevedibile, ingovernabile e sottratto alla portata preventiva di regole cautelari.

*(Segue): la gravidanza come presupposto della condotta.* – Anche il concetto di "gravidanza" andrebbe, forse, meglio specificato, con riferimento specialmente a quale debba ritenersi il momento iniziale. È vero che, a stretto rigore, la gravidanza coincide con il momento dell'annidamento dell'embrione in utero; tale momento, tuttavia, non è riscontrabile con precisione; dunque, non corrisponde alle esigenze di certezza che informano il diritto penale. Il criterio c.d. "gestazionale", praticato in ostetricia, che si concentra sul primo giorno dell'ultima mestruazione, conduce ad esiti paradossali: ad es., si dovrebbero considerare alla stregua di farmaci per l'interruzione di gravidanza gli anticoncezionali che agiscono senz'altro prima del concepimento, ma dopo il mestruo. Più plausibile, dunque, il criterio c.d. "concezionale", che tiene conto della presumibile data del concepimento (essendo quella reale praticamente impossibile da datare), individuata nel giorno dell'ovulazione (14° giorno del ciclo), considerato come la fecondazione avvenga entro le ventiquattro ore dall'ovulazione.

Le scelte al riguardo andrebbero in ogni caso coordinate con quelle che si intenderanno fare in tema di embrionicidio. Tra la condizione dell'embrione *in vitro* (cui, senz'altro, un'eventuale figura di embrionicidio dovrebbe riferirsi), e quella dell'embrione impiantato in utero (rispetto al quale trovano applicazione le fattispecie di interruzione di gravidanza), si colloca la

---

<sup>4</sup> **TÍTULO IV** - De las lesiones al feto. **Artículo 157**: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años»; **Artículo 158**: «El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses/Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años./La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

situazione dell'ovulo già fecondato, interno al corpo della madre, ma non ancora annidato. Su di esso possono agire quei farmaci (c.d. “pillola del giorno dopo”) che, si ritiene, riescono a impedire la fecondazione o l'impianto. V'è da domandarsi se una simile fase, a dire il vero assai difficilmente “percettibile”, meriti d'essere ricondotta a uno spazio libero dal diritto penale (come sostanzialmente accade adesso), o, piuttosto, all'ambito applicativo del reato di embrionicidio, o ancora a quello della disciplina in materia di aborto (come al limite sarebbe più ragionevole, essendo comunque coinvolti, in questa fase, il corpo e l'autodeterminazione della madre).

**(Segue): il soggetto attivo** – Le ipotesi di aborto non consensuale meritano d'essere concepite come *reati comuni*. L'eventuale *qualifica di “sanitario”* – e ancor più di sanitario **“obiettore di coscienza”** (v. oggi l'art.20 l.194/78) – potrebbe fungere da circostanza aggravante, e comportare l'applicazione di pene accessorie *ad hoc* (quanto all'obiettore di coscienza, v. tuttavia *infra*).

Questione a sé stante è quella della *punibilità della madre*. In linea di principio, appare poco opportuno destinare alla gestante oneri di attenzione speciali ed estremamente stringenti, a prevenzione della salute del feto, incidenti sulla delicatissima e personalissima vicenda esistenziale della gravidanza, che, come tale, è preferibile sia occasione per la maturazione di una responsabilità, non per coercizioni sotto minaccia penale.

Ad ogni modo, non è forse peregrino affermare quella punibilità in caso di *lesioni fetali dolose*, in parallelo con la scelta, già propria del nostro ordinamento, di sanzionare (sia pure con pene diminuite) colei che volontariamente si procuri un aborto illegale (sicché, posta questa analogia, un simile reato di lesioni fetali “autoprocurate” meriterebbe forse di essere inserito nella legge speciale). Sarebbe forse opportuno limitare questa punibilità a casi di dolo diretto, o intenzionale, essendo il caso del “dolo eventuale” – come rilevato da PELISSERO - troppo affine, fenomenologicamente, a quello delle lesioni fetali colposamente autoindotte, che pone i problemi di cui adesso subito diremo (si pensi, invero, alla gestante a cui sia stato ripetutamente consigliato di non fumare e non assumere certe sostanze, per evitare danni al feto, e che ciò nonostante – “accettando il rischio” – prosegua in quelle condotte di vita, effettivamente producendo una malattia ai danni del figlio).

Consigliabile, invece – sempre prendendo a modello l'ordinamento spagnolo - sancire la *atipicità di aborto e lesioni fetali colpose causate dalla stessa gestante*; o, quantomeno, prevedere una causa personale di non punibilità, operativa anche in caso di “cooperazione colposa” con altri, ma a questi non estendibile (si pensi alla donna che assuma colposamente un farmaco abortivo, indotta in errore da una difettosa informazione del medico). A favore di questa opzione militano ragioni, diffusamente condivise, che tengono conto del “coinvolgimento personale e corporale” della donna nella maternità, e che altresì riconoscono la notevole difficoltà di individuare una soglia di “rischio illecito” in attività potenzialmente lesive del nascituro, che tuttavia costituiscano espressione dell'autodeterminazione della donna sulla propria vita e sul proprio corpo. Un'eventuale incriminazione costringerebbe la gravidanza in una gabbia di “oneri”, penalmente sanzionati, suscettibili di alterare il senso profondo di questa delicata esperienza esistenziale, esacerbandone gli aspetti conflittuali, col rischio persino di fomentare la IVG, che in un simile scenario verrebbe percepita come liberatoria.

**Oggettività giuridica e collocazione sistematica.** – Le figure criminose in discussione si incentrano, in definitiva, su di una lesione effettiva, e necessaria – non mediata dalle variabili dinamiche di una “funzione” – degli interessi di rilievo costituzionale della *vita del feto*, delle *aspirazioni alla maternità* e della *integrità fisica* della madre (della *salute del feto*, del *nascituro*

e della gravidanza, nelle ipotesi di lesioni fetali)<sup>5</sup>. Si distinguono dunque significativamente da quelle in materia di IVG, tanto per oggettività giuridica, quanto per struttura e modalità di tutela. Per tale ragione si può convenire sull'opportunità di una collocazione codicistica, tra i reati contro la persona<sup>6</sup>.

Si potrebbe ribadire la scelta, recentemente compiuta dal legislatore, di *costruire uno specifico capo dedicato ai "delitti contro la maternità", collocato immediatamente dopo quello riferito alla tutela penale della vita e della integrità fisica*. Detta soluzione in qualche modo echeggia la relazione della "Commissione Pagliaro", nella quale si proponevano "reati contro la gestazione", e veniva già suggerita dalla *Commissione di studio per l'elaborazione dello schema di decreto legislativo per un riordino della parte speciale del codice penale*, presieduta dal dott. Marasca, che la riteneva «decisamente preferibile all'alternativa, consistente nello smembrare la disciplina in oggetto per collocare le disposizioni in diversi luoghi e, nello specifico, rispettivamente dopo le "ipotesi minori" di omicidio doloso (all'art 580-bis c.p.), dopo le fattispecie di omicidio colposo (art. 589-quater c.p.) e dopo l'omicidio preterintenzionale (art. 585-bis c.p.). La sistemazione dopo le fattispecie di omicidio, piuttosto che a seguire quelle di lesione, sarebbe infatti giustificata dalla considerazione che nella filosofia ispiratrice della legge 194, nei casi di non consensualità, l'interesse del nascituro, sottraendosi al bilanciamento con il bene "salute della madre", si "riespande", acquistando un valore assoluto. Tuttavia, premesso che anche la mera scelta di *sedes* sottende una presa di posizione sul piano dei valori tutelati, si teme che tale presa di posizione, in una materia delicata come quella bioetica, dia la stura a valutazioni critiche, e per questo è stata ritenuta recessiva»<sup>7</sup>.

*Mutatis mutandis*, anche in questa sede è opportuno evitare opzioni troppo connotate sul piano delle premesse bioetiche, per accoglierne altre, meno impegnative, e semmai ancorate ad esplicite indicazioni costituzionali (v. in specie l'art.31, 2° co., in tema di "protezione della maternità"). D'altronde il concetto di "maternità" è di sintesi, capace di "comprendere" nei propri orizzonti gli interessi imputabili tanto al nascituro, quanto alla madre, sicché una simile scelta codificatoria non ridurrebbe gli spazi del dibattito teso a meglio focalizzare la natura degli uni e degli altri.

Come suggerito da alcuni membri del gruppo (Pelissero), sarebbe peraltro ancor più opportuno immaginare *un unico titolo (eventualmente suddiviso in capi) dedicato ai delitti contro "l'embrione umano, il nascituro e la maternità"*, in ragione dell'affinità fenomenologica e, in parte, valoriale delle materie ivi ricomprese, ed anche allo scopo di trovare più consona sistemazione a reati, come quello di "ectogenesi", che non propriamente o non esclusivamente sono riferibili all'uno o all'altro ambito.

---

<sup>5</sup> Si ritiene da alcuni non interessato il bene della "salute" della madre, tanto che le fattispecie di procurato aborto vengono normalmente fatte concorrere con quelle di lesioni, qualora dalla condotta derivi una "malattia" per la madre. In realtà, un evento così coinvolgente l'equilibrio psico-fisico della gestante, come in specie una interruzione di gravidanza non voluta, pare ipso facto incidere sulla salute della gestante, specie se si considera la nozione ampia di salute avvalorata dalla OMS e accolta dalla stessa legge 194/78 (v. in specie l'art. 4). Il succitato concorso con il reato di lesioni si può comunque giustificare per la non esauribilità degli elementi costitutivi dell'un reato nell'altro, e non già per una difformità di oggettività giuridica, in linea con gli orientamenti strutturali ormai accolti anche dalle Sezioni Unite della Cassazione.

<sup>6</sup> Non mancano nondimeno ragioni, su cui riflettere, che potrebbero militare a favore della scelta di mantenere simili fattispecie nell'orbita della legge speciale che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza (e dunque al di fuori dell'ambito di riflessione che ci siamo riservati). In tal modo, esse verrebbero contenute in quel medesimo *corpus* normativo ove si collocano alcune fattispecie accessorie comuni a tutte le tipologie di delitti in materia di interruzione di gravidanza (ad es. l'aggravante del fatto compiuto dall'obiettore di coscienza: art. 20 l.194/78); meglio si evidenzerebbe, in ragione della contiguità sistematica, il "confine esterno" delle stesse fattispecie a tutela di funzioni, fondamentalmente incentrate, appunto, sul difetto di consenso della donna; si salderebbero e valorizzerebbero i necessari legami terminologici tra le diverse tipologie di incriminazioni.

<sup>7</sup> Relazione finale della commissione, 28.



**L'elemento esplicito del dissenso della gestante e i suoi "benefici effetti" sistematici ed ermeneutici.** – Una volta optato per la collocazione codicistica, si imporrebbero scelte lessicali volte a dirimere i nessi sistematici con altre figure criminose, per meglio distinguere il peculiare orientamento teleologico di quelle in esame, e così da semplificare questioni in tema di concorso di norme e reati.

Utile, in questa prospettiva, esplicitare *in ogni caso l'elemento negativo del difetto di consenso della madre* (attualmente evidenziato nel solo 593-ter c.p., e desunto in via interpretativa dalla descrizione della fattispecie di aborto colposo); salvo poi delineare *motivi di invalidità del consenso* (oggi si parla di "consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno"), tendenzialmente corrispondenti a quelli che precludono l'applicazione del reato di omicidio del consenziente<sup>8</sup> (in specie, si imporrebbe una esplicita e coordinata considerazione, prima di tutto nella legge speciale in tema di IVG, della donna sottoposta ad amministrazione di sostegno, o incapace naturale, rammentando che, nella misura in cui si voglia concedere anche a questi soggetti, seguendo certe procedure, l'accesso al trattamento sanitario – sul modello di quanto già esplicitato in rapporto alla minore o all'interdetta – la violazione di tali procedure dovrebbe valere principalmente alla stregua di un reato di trasgressione della disciplina in tema di IVG, non già come aborto non consensuale; salvo il caso di consenso reso da persona del tutto incapace di comprenderne il significato e volerne gli effetti)

Così operando non solo si marcherebbe la distanza dalle fattispecie di IVG illecite, ma si otterrebbero una pluralità di apprezzabili risultati.

In primo luogo, si renderebbe definitivamente inattuabile quella interpretazione che attualmente, sulla scorta di buoni argomenti, e fondamentalmente per colmare una lacuna, ipotizza un'estensione del reato c.d. di "aborto colposo" anche alla *condotta di chi, per colpa, non abbia rispettato i presupposti e i vincoli procedurali che consentono una IVG* (si immagini, ad es., un errore colposo sui tempi della gravidanza, o sulla sussistenza di un pericolo per la salute della gestante). Per contro, si tradurrebbe in chiara scelta normativa l'opinione di chi propone una netta differenziazione di ambiti applicativi, più razionale se non altro nella prospettiva *de iure condendo*, stante la notevole differenza di orientamento teleologico che intercorre tra le ipotesi di aborto colposo consensuale e non consensuale. Piuttosto, a questo proposito, meglio sarebbe integrare il novero delle figure criminose della legge speciale con una disposizione precipuamente riferita ad una IVG "colposamente illecita"; oppure *qualificare come contravvenzioni, sia pure seriamente sanzionate, i reati di legge speciale*, sul presupposto che sia questa la "forma" naturale di reati a tutela di funzioni: in tal modo esse diverrebbero *ipso facto* punibili anche a titolo di colpa.

Ancora: esplicitare l'elemento del mancato consenso della donna (purché detto mancato consenso sia chiaramente riferito all'evento, e non alla condotta), contribuirebbe ad estromettere in modo più chiaro dall'ambito applicativo di queste fattispecie i casi in cui *la*

---

<sup>8</sup> Da valutare se un difetto di informazione, nell'ambito di una procedura di IVG, possa giustificare l'applicazione dei reati di procurato aborto non consensuale, o viceversa meriti di essere trattato al pari di altri casi di "violazione" di dette procedure. La questione si interseca con quella, trattata da Marco Pelissero, dell'atto medico arbitrario, e si correla al problema della configurabilità di un concorso di reati di interruzione di gravidanza consensuale e non consensuale (concorso attualmente ammesso in giurisprudenza). Per quanto concerne il consenso prestato dalla minorenni, dall'interdetta o comunque dall'incapace, sarebbe necessario un attento coordinamento con regole di legge speciale che attribuiscono a tali soggetti, entro certi limiti, la possibilità di un ricorso alla IVG; potrebbe prevedersi comunque un'aggravante quando il fatto, in assenza di valido consenso, sia commesso ai danni di queste categorie particolarmente "vulnerabili" di gestanti, come già in parte oggi nell'ultimo comma dell'art. 593-ter c.p. A dire il vero, oggi la l.194/78 non considera espressamente il caso dell'IVG su donna naturalmente incapace ma non interdetta, la cui disciplina, a parere di alcuni, può essere ricostruita mediante procedimento analogico. La lacuna andrebbe colmata *de iure condendo*.

condotta provochi alla madre, o al feto, lesioni che poi, per varie ragioni, la inducano a optare per una IVG. Rispetto a simile eventualità, già oggi si tende ad escludere il fatto tipico, per difetto di nesso causale o psicologico. Un simile risultato, effettivamente coerente con le regole dell'imputazione oggettiva e con un'idea rigorosa di personalità della responsabilità - non essendo propriamente, o comunque interamente, imputabile all'autore della lesione la soppressione del feto - non comporterebbe alcuna "lacuna di tutela", laddove, come auspicabile, si preveda un autonomo reato di procurate lesioni al feto. Si potrebbe nondimeno immaginare una fattispecie autonoma dedicata a questa specifica fattispecie, eventualmente inserita nella legge speciale in tema di IVG; oppure, in alternativa, una apposita aggravante del reato di lesioni (alla madre o al feto).

Una riflessione a se stante merita la non rara casistica di *donne costrette a ricorrere alla IVG mediante violenza, minaccia, o inganno*. Il disvalore di simili condotte pare più propriamente corrispondente a quello di un procurato aborto non consensuale *tout court*, sicché appare plausibile una equiparazione, se non altro *quoad poenam*. Già in rapporto al diritto vigente la giurisprudenza tende ad applicare la figura dell'art. 18 l.194/78 (oggi 593-ter c.p.), piuttosto che quella dell'art. 611 c.p.

Delicati interrogativi solleva, ancora, l'ipotesi di un *consenso, o dissenso, all'interruzione di gravidanza – eventualmente condizionati – espressi mediante direttive anticipate* (si pensi a una donna in stato di gravidanza, cui venga diagnosticata una grave malattia che probabilmente la condurrà a uno stato di incoscienza già prima del parto). Una tematica non molto trattata in dottrina, ma che si impone all'attenzione a seguito dell'entrata in vigore della già citata l. 219/2017.

**Il discrimine tra i reati di aborto e di omicidio.** – La riforma di codice che si va qui a ipotizzare dovrà tener conto delle differenti sensibilità rappresentate all'interno dell'associazione, e al tempo stesso risultare ragionevole nelle sue implicazioni applicative, nonché conforme a scelte consolidate della Corte costituzionale e delle Corti europee, così da apparire meglio "metabolizzabile" dai processi politici- istituzionali che, ipoteticamente, potrebbero tradurla in atto legislativo.

In questa prospettiva, se sembrano irricevibili impostazioni che (espressamente o implicitamente) considerano il concepito quasi *portio mulieris* (aderendo alle quali bisognerebbe considerare l'aborto non consensuale alla stregua di una lesione qualificata), appare allo stesso modo difficile dar seguito ad approcci "tuzioristici" che ritengono la situazione soggettiva del concepito in tutto parificabile a quella del nato. Muovendosi su questa linea, bisognerebbe qualificare l'aborto non consensuale alla stregua di un omicidio, in varia guisa "aggravato", per il coinvolgimento anche dell'integrità fisica della madre e del valore della maternità (allo stesso modo, dovrebbe considerarsi pari a un omicidio la soppressione dell'embrione *in vitro*).

Un'opzione così "radicale", tuttavia, oltre che fondata su premesse teoriche molto controverse, imporrebbe una rivisitazione radicale anche della disciplina della IVG, che attualmente non presuppone un'uniformità di *status* giuridico tra gestante e feto, e che nondimeno è stata dichiarata "costituzionalmente vincolata" dalla Corte costituzionale; la quale Corte, in effetti, pur annoverando a più riprese quello del concepito tra i valori fondamentali (ex art. 2 Cost.), ha sempre nella sostanza inteso tale valore come recessivo rispetto alla salute della gestante, sul presupposto che la donna è già persona, mentre il nascituro "persona ancora deve diventare".

Appare dunque espressione di una politica-criminale ragionevole e realistica *continuare a differenziare le figure di procurato aborto da quelle di omicidio* (tra le quali l'eventuale figura di infanticidio), così da armonizzare il nostro progetto con una tradizione legislativa risalente e

consolidata, e con univoci riferimenti comparatistici. Una simile articolazione delle incriminazioni, tra l'altro, è già oggi da alcuni ritenuta non incompatibile con il postulato della piena "personalità" dell'embrione, sicché gli orientamenti "tuzioristici" non ne verrebbero necessariamente sacrificati.

In quest'ottica, la scelta meno problematica sarebbe quella di *indicare, come momento distintivo, quello dell'inizio del parto, naturale o indotto*; salvo precisare se, con esso, voglia intendersi già la fase prodromica, o la fase dilatante, o addirittura quella espulsiva (in giurisprudenza e in dottrina si riscontrano, a questo proposito, soluzioni non del tutto corrispondenti), e quale sia poi l'attimo rilevante nell'eventualità di un cesareo. Tale criterio è da molto tempo praticato, e la sua prova è supportata da comprovate metodologie medico-legali. Al contempo, sarebbe opportuno *evitare ogni riferimento lessicale al "feto durante la nascita"* – come invece oggi nell'art.578 c.p. - evocativo di una figura specifica di "feticidio" in realtà priva di autonomia sistematica, e oltretutto imprecisa, posto che nel linguaggio medico-scientifico si definisce feto il prodotto del concepimento finché collocato in utero.

Nelle considerazioni – v. *infra* - di Enrico AMBROSETTI in tema di reati di omicidio emerge una stimolante proposta alternativa, d'altronde già avanzata da alcuni *de iure condito*, e non priva di conferme comparatistiche<sup>9</sup>. Si suggerisce, in particolare, di considerare quale *momento di differenziazione tra i reati di aborto in discussione, e quelli di omicidio*, non più la nascita, bensì *l'acquisizione della capacità di vita autonoma* da parte del concepito, anche se ancora *in utero*.

Questa scelta ha il pregio di riflettere un più equilibrato compromesso tra le diverse sensibilità bioetiche circa lo "statuto del concepito". Bisogna poi laicamente riconoscere che il venir meno della dipendenza biologica dal corpo della madre, a prescindere dalla nascita (*autonomia*, che è altra cosa rispetto alla *vitalità*), comporta un indubbio "salto qualitativo" nella condizione del nascituro, che lo rende senz'altro degno della qualifica giuridica di "persona", e penalistica di "uomo". La tesi della "capacità di vita autonoma" tiene inoltre conto di come il feto non sia più entità "sottratta alla vista" e dunque necessariamente confusa col corpo della madre fintantoché da esso non si emancipi: le evoluzioni della tecnica consentono ormai di visualizzarlo e di trattarlo come paziente "a sé stante", già in fasi molto precoci. Infine, si otterrebbe in questo modo un miglior coordinamento con quei passaggi della disciplina della IVG (meritevoli di preservazione *de iure condendo*) che, in caso di raggiunta capacità di vita autonoma, sembrano riconoscere una raggiunta parità di rilievo costituzionale tra (vita del) feto e (vita della) gestante, e coerentemente impongono di salvaguardare la vita del bambino estratto dal ventre materno, lasciando intravedere altrimenti (secondo la più diffusa interpretazione) l'applicazione delle fattispecie comuni di omicidio (a condotta vuoi attiva, vuoi omissiva); in tutta coerenza con il criterio, difficilmente contestabile, stando al quale «the rights to medical treatment of an infant prematurely born alive in the course of an abortion shall be the same as the rights of an infant of similar medical status prematurely born spontaneously»<sup>10</sup>.

Il più evidente limite di una simile opzione, tuttavia, ha a che fare con il principio di determinatezza, sicché essa se non altro dovrebbe essere accompagnata da attente precisazioni

---

<sup>9</sup> V. ad es. il §187 del Codice Penale della California, stando al quale «Murder is the unlawful killing of a human being, or a fetus, with malice aforethought». La disposizione pretende di essere coordinata con quelle in materia di aborto lecito, stando alla quale, salvo pericolo per la vita o la salute della donna, l'aborto non può essere compiuto se il medico "in buona fede" ritiene che il feto sia *viable*: cfr. Health and Safety Code, Division 106, Part 2, Chapter 2, Article 2.5. 123468, lett. B). Si tratta di una delle diverse traduzioni in legge statale del noto criterio stabilito dalla decisione della Supreme Court *Roe v. Wade*, 1973

<sup>10</sup> California Health and Safety Code – HSC – Division 106 – Part 2 – Chapter 2 – Article 2.1234356. Meriterebbe un approfondimento comparatistico l'ipotesi secondo la quale detto criterio è destinato ad imporsi ad ogni ordinamento in ragione dell'irragionevolezza (qualunque sia la concezione prescelta in materia di *fetal rights*) di un trattamento differenziato di bambini egualmente capaci di vita, l'uno derivante da un'interruzione artificiale, l'altro da un'interruzione naturale della gravidanza.

normative. Anche ammettendo che il momento in cui si acquisisce la “vita autonoma” non possa mutare *di luogo in luogo* in ragione delle differenti risorse tecniche ivi disponibili, in ogni caso l’individuazione di detto momento appare condizionata da indicazioni scientifiche non univoche, in ragione dei differenti approcci e metodologie. A dirla tutta, l’accertamento della capacità di vita autonoma dovrebbe aver luogo caso per caso, molto dipendendo da cangianti condizioni biologiche e di salute del singolo feto, dalle modalità di conduzione della gravidanza, e da altre variabili. Lo stesso concetto di “capacità di vita autonoma” si presta, d’altronde, a differenti definizioni: fa esso riferimento a una *possibilità* o a una *probabilità* di sopravvivenza? Potrebbe, la necessaria “autonomia”, riconoscersi anche quando siano comunque necessari supporti medici, almeno nei primi momenti? Solo supporti *ordinari*, come ad es. nella disciplina californiana<sup>11</sup>, o anche *straordinari*? E come distinguere queste due categorie?

A fronte di un simile quadro, la fissazione *ex lege* di un numero di settimane presuntivamente correlato alla raggiunta *viability* soddisferebbe le ragioni di certezza, ma con quale sacrificio per la plausibilità empirica della soluzione che di volta in volta ne deriverebbe? E come andrebbe poi stabilito questo limite: operando una sorta di “media” delle indicazioni fornite dalla scienza, oppure orientandolo verso quell’età in cui la permanenza in vita è “probabile”, secondo una logica di *extrema ratio* punitiva, o, al contrario, verso quelle età in cui essa può ritenersi soltanto “possibile”, in conformità a un approccio precauzionale che enfatizzi il valore della vita nascente. In quale modo, poi, si potrebbe tenere quel limite al passo delle evoluzioni della scienza? Si potrebbe immaginare un rinvio mobile a decreti ministeriali/linee guida aggiornati nel tempo? Oppure una procedura di accertamento volta per volta, affidata ad una *équipe* multidisciplinare, in analogia con quanto si prescrive per l’accertamento della morte? Da considerare che quest’ultima analogia è in certa misura posticcia e fuorviante, se solo si tien conto del diverso oggetto di accertamento (la valutazione della capacità di vita autonoma, a differenza di quella di morte neurologica, impone anche una difficile prognosi), delle diverse finalità, e dei differenti momenti e possibilità concreti di intervento dell’*équipe* nell’uno e nell’altro caso.

Un’ulteriore possibilità potrebbe essere quella di *considerare la raggiunta capacità di vita autonoma del feto alla stregua di una aggravante (o fattispecie autonoma più severamente sanzionata) dei reati di procurato aborto (e in tema di IVG)*. A tal fine potrebbero fungere da modello ordinamenti che, appunto, prevedono una fattispecie autonoma di *child destruction*, differenziata tanto dall’aborto illecito, quanto dall’infanticidio/omicidio<sup>12</sup><sup>20</sup>. In questo caso, la raggiunta capacità di vita autonoma non comporterebbe più un troppo impegnativo “salto di qualità” nella tipicità del fatto, sicché si stempererebbero le anzidette questioni in punto di determinatezza, così come apparirebbe forse più sostenibile la previsione di una presunzione *ex lege*.

Nell’articolare queste riflessioni, bisognerà altresì tener conto di come la scelta di qualificare

---

<sup>11</sup> Nella disciplina californiana, che si è presa a riferimento, la *viability* è ad es. definita come «the point in a pregnancy when, in the good faith medical judgment of a physician, on the particular facts of the case before that physician, there is a reasonable likelihood of the fetus’s sustained survival outside the uterus without the application of extraordinary medical measures»: Health and Safety Code, Division 106, Part 2, Chapter 2, Article 2.5. 123464, lett. D)

<sup>12</sup> V. ad es., in UK, la Section 1(1) dell’*Infant Life Preservation Act 1929*, intitolata *Punishment for child destruction*: «(1) Subject as hereinafter in this subsection provided, any person who, with intent to destroy the life of a child capable of being born alive, by any wilful act causes a child to die before it has an existence independent of its mother, shall be guilty of felony, to wit, of child destruction, and shall be liable on conviction thereof on indictment to penal servitude for life: /Provided that no person shall be found guilty of an offence under this section unless it is proved that the act which caused the death of the child was not done in good faith for the purpose only of preserving the life of the mother./For the purposes of this Act, evidence that a woman had at any material time been pregnant for a period of twenty-eight weeks or more shall be *prima facie* proof that she was at that time pregnant of a child capable of being born alive».

come “uomo” un soggetto ancora in utero possa impattare su tutta una serie di questioni correlate, estremamente delicate.

In primo luogo, la questione del c.d. *maternal-fetal conflict*, che può porsi in termini particolarmente problematici se si anticipa a una fase in cui è ancora in atto la gravidanza una relazione madre-figlio “a tutti gli effetti”, e cioè comportante pieni obblighi di protezione della prima a favore del secondo (mentre vi è da dubitare che sussista una posizione di garanzia della gestante nei confronti del feto non ancora uomo). Come contemperare questa piena posizione di garanzia con il diritto all'autodeterminazione e alla salute della donna? Si consideri, ad es., il caso in cui emerga la necessità clinica di curare il feto, o di intervenire con un cesareo, mentre la madre dissente; oppure alla possibile illiceità di scelte esistenziali anche “omissive”, che elevino il rischio per la salute di chi dovrebbe ritenersi già “figlio”, ma ancora non è nato.

Sarebbe altresì da ponderare come scelte codificatorie in materia possano (troppo?) condizionare il dibattito circa le *cure di fine vita dei grandi prematuri*, posto che il criterio della “capacità di vita autonoma” contribuisce a definire il discrimine tra l'obbligo di praticare ogni trattamento intensivo disponibile, ed invece l'obbligo di provvedere soltanto a cure compassionevoli.

L'eventuale opzione a favore della *viability* come discrimine tra lo *status* di feto e quello di uomo andrebbe in ogni caso attentamente coordinata con la disciplina attualmente contenuta nell'art.7, ult.co., e 19 legge 194/78 (la quale, a sua volta, appare suscettibile di una rimodulazione).

***L'articolazione delle incriminazioni in ragione del titolo di imputazione.*** – Salvo che non si intenda riconsiderare l'imputabilità delle lesioni (ai danni di un uomo) sia a titolo di dolo che di colpa, appare coerente mantenere la rilevanza del reato di procurato aborto e di lesioni al feto *anche quando commessi con colpa*, vista la tendenziale analogia quanto ad oggettività giuridica. Inutile aggiungere che le ipotesi colpose dovrebbero sempre chiaramente accompagnarsi a una corrispondente ipotesi dolosa, diversamente da quanto oggi pare accadere (v.*supra*, nt. 2).

Questioni consuete in giurisprudenza – come quella del discutibile “*rapporto di rischio*” tra regole cautelari prevalentemente poste a tutela dell'incolumità personale (ad es. quelle sulla circolazione stradale), e una conseguenza difficilmente “prevedibile” quale l'interruzione di gravidanza – non conviene siano risolte *ex lege*, in disposizioni di parte speciale, costituendo il precipitato di problematiche più generali in tema di reato colposo. Qualora si ritenga opportuno conservare una *disciplina specifica della responsabilità colposa in ambito sanitario*, paragonabile all'attuale 590 *sexies* c.p., sarebbe d'uopo estenderla anche alla procurata interruzione di gravidanza.

Da riconsiderare, invece, l'aggravante incentrata sulla violazione di regole cautelari “poste a tutela del lavoro” (art. 593-*bis*, 3° co., c.p.), o altre analoghe. L'avversione di chi scrive tanto per la frammentazione casistica della tipicità dovuta al proliferare delle circostanze, quanto per la costruzione di irragionevoli ambiti “differenziati” di reati colposi, spinge verso una soluzione negativa.

Vi è poi da valutare quanto convenga riproporre *ipotesi a struttura preterintenzionale*, come l'interruzione preterintenzionale della gravidanza di cui all'art.593-*ter*, co. 2 e 3 c.p. o i casi di aborto aggravati dalla morte o dalle lesioni della donna di cui al 4° co. (correlati anche all'aborto preterintenzionale, dunque, in certo senso, preterintenzionali “alla seconda”!).

*Non essendo auspicabile, de iure condendo, la costruzione di fattispecie volte ad eludere un'imputazione almeno colposa dell'evento (applicabili, ad es., anche quando l'aggressore non abbia né possa avere contezza dello status praegnationis, come in effetti facilmente può accadere), simili incriminazioni dovrebbero comunque presupporre almeno la “prevedibilità” dell'evento più grave; in questo modo, esse tenderebbero a tipizzare situazioni altrimenti*

qualificabili applicando le regole ordinarie in materia di concorso di reati. Si incrementerebbe, di conseguenza (come già oggi emerge dalla giurisprudenza) il novero delle fattispecie potenzialmente convergenti, con conseguenti complicazioni nella qualificazione di uno “stesso fatto” e possibili squilibri sistematici. Considerata inoltre l’incerta natura dei reati aggravati dall’evento, vien da concludere che dette figure criminose creerebbero una quantità di problemi applicativi, e di compatibilità con principi di ragionevolezza e colpevolezza, francamente degni di miglior causa. In ogni caso, una risposta definitiva in materia non potrà che dipendere da quella che più generale vorremo dare in tema di reato preterintenzionale.

All’aborto preterintenzionale, in ogni caso – come anche all’ipotesi colposa – non dovrebbe riferirsi un’eventuale aggravante costituita dall’aver sollevato, il soggetto attivo, obiezione di coscienza (v. oggi l’art.20 l.194/78); aggravante che non sembra incrementare il disvalore né oggettivo, né soggettivo, di interruzioni di gravidanza non volontariamente provocate.

**Le sanzioni.** – In considerazione della loro struttura, e della loro gravità, i reati in esame meritano sicuramente la qualifica di *delitti*.

La relativa pena andrebbe rapportata a quella delle figure criminose di embrionicidio “extracorporeo”, da un lato, di infanticidio o, comunque, di omicidio dall’altro lato, secondo un’idea di “gravità crescente” del fatto vuoi in proporzione allo stadio di sviluppo del concepito, vuoi nella misura in cui l’evento offensivo venga a coinvolgere, con intensità sempre maggiore di effetti, anche l’integrità e salute psico-fisica della gestante e il suo diritto alla maternità. Distante (per eccesso) dovrebbe essere la pena rispetto a quella riferita alle ipotesi di IVG illecita, rispondenti a tutt’altra logica ed esigenza, e meritevoli forse persino di una qualifica contravvenzionale (v. *supra*): potendosi comunque immaginare, come già oggi in giurisprudenza, casi di concorso tra le diverse tipologie di reati in materia di interruzione di gravidanza.

Il paradigma della “tutela crescente” del concepito, oltre che sostenuto da solidi riferimenti comparatistici e storici, e corrispondente al piano “costituzionalmente vincolato” della legislazione in tema di IVG (v. *supra*), costituisce altresì un buon compromesso tra differenti visioni bioetiche. Al tempo stesso, esso riflette quella dimensione del “divenire” che connota lo statuto biologico del nascituro, e che rischia di essere mortificata da approcci che enfatizzano le differenze o, viceversa, le corrispondenze ontologiche con il nato.

Tanto premesso, si dovrebbero poi immaginare *clausole di attenuazione della pena per la madre*, qualora la si ritenga possibile soggetto attivo di almeno alcuni di questi reati.

A differenza di quanto ha fatto il legislatore del 1978 (v. in specie l’art. 18, co. 2, oggi art.593-ter, co. 2, c.p.), la pena per il parto prematuro (sia esso considerato titolo autonomo, o circostanza attenuante: v. *supra*) dovrebbe essere sempre inferiore a quella riferita all’aborto in senso stretto. Si potrebbe in particolare delineare, al riguardo, una attenuante soltanto facoltativa, considerando come un parto prematuro che comporti gravi complicazioni per il nato possa assumere un disvalore non distante da quello di un aborto, specialmente quando poi il nato deceda in ragione di quelle complicazioni. Da considerare, tuttavia, come in vicende del genere il reato di aborto potrebbe concorrere con quello di lesioni o di omicidio ai danni del bambino.

Infine, la pena di un eventuale reato incentrato sulla causazione preterintenzionale della morte della donna mediante atti orientati a procurarle un aborto non consensuale, o a procurarle lesioni da cui derivi anche un aborto, dovrebbe essere superiore a quella propria della figura generale di omicidio preterintenzionale<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Giustamente criticata è, in dottrina, l’attuale previsione di una pena inferiore per l’omicidio preterintenzionale della gestante perpetrato mediante interruzione non consensuale della gravidanza, rispetto a quella riferita all’omicidio preterintenzionale di cui all’art. 584 c.p., pur sommandosi, nel primo caso, il disvalore

## **2-BIS. NOTE A MARGINE DELLE PROPOSTE IN TEMA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA – TUTELA DELL'EMBRIONE – TUTELA DELL'IDENTITÀ GENETICA – INTERRUZIONE DI GRAVIDANZA**

Luciano Eusebi<sup>14</sup>

### ***Interruzione volontaria di gravidanza***

Preferirei evitare definizioni temporali *ex lege* di inizio della gravidanza, tanto più ove non accompagnate (vedi relazione) da una considerazione della fase in cui l'embrione si trova nel corpo femminile tra il momento della fecondazione e quello dell'impianto (che, del resto, si perfeziona nell'arco di un certo numero di giorni). Va infatti evitato, riterrei, il messaggio ancorché non voluto (pure in rapporto agli effetti sulla normativa concernente la pma) secondo cui gli embrioni non impiantati sarebbero irrilevanti dal punto di vista giuridico. Del resto, è delicato che nozioni afferenti alla sfera medico-scientifica siano formalizzate *ex lege*: il che vale anche rispetto a tutte le considerazioni riguardanti, in modo esplicito o implicito, l'inizio della vita umana. Ciò che sappiamo con certezza è che dalla fecondazione si instaura un iter esistenziale, il quale necessita, per proseguire, solo di un ambiente adatto e non di ulteriori impulsi, vale a dire un iter che, dalla fecondazione, è autonomo, continuo e autoregolato e che, nel corso dell'arco esistenziale, esprime diverse qualità fisiche e psichiche. Da ciò ognuno tragga, sulla base di una riflessione razionale, le conseguenze che ritiene: ma credo che, laicamente, non si debbano adottare soluzioni legislative, le quali offuschino la comprensione di quel dato di partenza.

Per gli stessi motivi, sarei molto attento a non lasciar percepire (neppure di fatto) che le differenze sanzionatorie rispetto ai delitti posti a tutela della vita postnatale siano da giustificarsi in funzione di considerazioni su un diverso valore della vita in diverse epoche del suo svolgersi (nella relazione si sottolinea giustamente che le motivazioni possono essere altre: sebbene eviterei termini radicali, come l'aggettivo "tuzioristico", per definire l'approccio di chi ritiene che la vita prenatale, in ogni fase, abbia di per sé la stessa pregnanza della vita postnatale).

Lo stesso riferimento a una «dimensione del "divenire" che connota lo statuto biologico del nascituro» può essere equivocata: di per sé, essa resta valida per l'intero decorso della vita umana.

Come pure riterrei non necessaria ed equivocabile nella relazione il riferimento a una tutela solo 'minima' concernente tutti gli interessi coinvolti (si rammenti l'orientamento tedesco secondo il quale la rinuncia, in materia, a strumenti penali non dovrebbe implicare un ridotto

---

oggettivo di un omicidio a quello di un aborto. È vero che la Corte costituzionale, dopo aver qualificato il reato di cui all'art. 18, comma 3, alla stregua di un delitto aggravato dall'evento, e averlo ritenuto anche per questo non pienamente "comparabile" con l'omicidio preterintenzionale, dichiarò non fondata una questione di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 584 c.p. (Corte costituzionale, 30 luglio 1981, n. 162). Tuttavia, simili discrasie sanzionatorie appaiono oggi inaccettabili, vuoi in ragione della tendenza ad assimilare ipotesi a struttura preterintenzionale sul piano dei criteri di imputazione, in ossequio al principio di colpevolezza, vuoi in considerazione della rinnovata attenzione della Corte costituzionale per il valore della proporzionalità della pena (v. in particolare Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236).

<sup>14</sup> Enrico Ambrosetti e Sergio Bonini aderiscono espressamente ai contenuti di queste note a margine.

impegno preventivo, seppur da realizzarsi per altre vie).

Circa l'IVG sulla base di direttive anticipate sarei ben cauto: se la condizione di salute della donna, in quel caso, è già compromessa, credo che sarebbe difficile giustificare una IVG in quanto produttiva di un pericolo, serio o grave, per la salute della donna stessa. Almeno in quel caso, e pure seguendo l'impostazione della Corte costituzionale, parrebbe che il bilanciamento debba andare a favore del bambino (*a fortiori*, non credo che una donna potrebbe, per esempio, impedire il mantenimento dei presidi di terapia intensiva dopo la sua avvenuta morte cerebrale, ove ciò consenta al feto di raggiungere in utero l'epoca nella quale si renda praticabile con una certa sicurezza un parto prematuro). Anche nella prospettiva della legge italiana il feto non è, in quanto tale, "proprietà" disponibile da parte della madre (si ricordino le parole del § 219, co. 1, StGB: «*dabei muß der Frau bewußt sein, daß das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat*»).

Ciò a parte, la relazione evidenzia opportunamente, rispetto a risorse sempre più concrete di terapia fetale prenatale per via chirurgica (p. es., le spine bifide, ma anche molto altro, sono curabili in questo modo), il problema di un eventuale dissenso della donna. La cosa è certamente molto delicata. Ma davvero la donna non ha alcun dovere, neppure di fronte a pericoli per la sua salute che non siano seri o gravi, o siano comunque minimi?

Circa eventuali integrazioni normative concernenti la donna sottoposta ad amministrazione di sostegno, o incapace naturale, riterrei che debba essere prestata massima attenzione a evitare qualsiasi apertura verso IVG praticabili senza un consenso consapevole della donna: secondo, del resto, quanto già si evince dalla legge n. 194, con riguardo sia alla donna minorenni, che alla donna interdetta.

Si ricordi, del resto, che il portare a termine una gravidanza non comporta in alcun modo l'obbligo di assunzione della posizione genitoriale.

Quanto poi ai riflessi di un'eventuale valorizzazione della fase in cui il feto ha raggiunto la possibilità della vita autonoma dalla madre con riguardo alle cure dei grandi prematuri, deve rimanere chiaro che, in questo caso, i genitori non hanno un ambito di decisione discrezionale circa il tentativo, ove razionalmente se ne dia la possibilità, di salvare il bambino: posto che i genitori non agiscono né come fiduciari (sulla base di volontà espresse dall'interessato), né come amministratori di sostegno, ricostruendo la volontà dell'interessato. Non esiste, dunque, alcuna praticabilità di una sorta di aborto postnatale.

Mi chiedo, poi, se non debba essere reinserita entro l'ambito penale – dato il bene vita coinvolto e la funzione orientativa dei comportamenti svolta dalla norma penale – anche l'ipotesi in cui la donna abbia consentito a un aborto fuori dai limiti e delle procedure di cui alla legge 194, ipotesi oggi prevista come illecito amministrativo all'art. 19, co. 2, della medesima legge: eventualmente riportando lo stesso intero articolo (con le ulteriori previsioni penali) all'interno del codice.

Si tratta di una depenalizzazione rispetto alla precedente qualifica penale di simile condotta – come avevamo evidenziato in sede di commissione Palazzo per l'attuazione della legge delega 67/2014 – dovuta soltanto alla circostanza per cui il legislatore non aveva avvertito, nell'ambito di depenalizzazioni 'a taglio lineare', che potesse sussistere un delitto riferibile alla vita umana punito con mera pena pecuniaria.

Riportando l'illecito al contesto penale si potrebbe rivedere anche la scelta di 'monetizzare' un simile comportamento illecito, per esempio proponendo di introdurre coraggiosamente (esclusa la pena detentiva) una pena di tipo diverso (per esempio, un obbligo prescrittivo, come quello di accedere a una consulenza sociosanitaria).

Da ultimo, sebbene l'incarico del nostro gruppo attenga alle discipline penali, credo che potrebbero assumere rilievo per i suoi fini (e forse non soltanto in sede di relazione) anche le norme immediatamente orientate alla prevenzione dell'aborto, per fini di tutela sia della donna che del concepito.



In tal senso, si potrebbe cercare di dare un certo spessore non meramente elusivo del 'colloquio' con la donna svolto in consultorio (art. 5, co. 1, l. 194) al medesimo 'colloquio' svolto presso il medico di fiducia (art. 5, co. 3. l. 194), per esempio richiedendo, almeno, la redazione di linee guida orientative e una qualche verbalizzazione delle modalità del colloquio stesso: in proposito, un riferimento potrebbe essere costituito dalle indicazioni formulate dal CNB del parere sull' 'aiuto alla donna in gravidanza' del dicembre 2005, votato, si noti, da tutte le componenti politico-culturali in esso presenti (vi si raccomandava, fra l'altro, anche l'introduzione di una fase di colloquio, comprendente *counseling* genetico e informazioni per il futuro, anche rispetto alla constatazione di rilevanti anomalie o malformazioni del feto, con riguardo all'IVG dopo il novantesimo giorno). Il carattere 'elusivo' delle finalità preventive ravvisabile nella previsione del colloquio presso il medico di fiducia era stato fin da subito evidenziato, fra l'altro, in un convegno dell'allora Sinistra indipendente, riportato in un fascicolo della rivista 'Bozze' di poco successivo al 1978.

Del pari, potrebbe essere opportuno dare evidenza all'art. 30 reg. stato civile, in realtà non adeguatamente conosciuto, che – consentendo il parto nell'anonimato – può fungere da elemento di prevenzione non solo del ricorso alla IVG *secundum legem*, ma anche di aborti o parti 'fai da te' pericolosissimi per la donna stessa, come altresì delle tristi vicende di infanticidi *post-partum*.

### ***Procreazione medicalmente assistita***

Per ragioni analoghe a quelle già evidenziate più sopra, non mi sento di condividere la definizione che s'intenderebbe dare di embrione, definizione che rappresenta una presa di posizione fondata su elementi nient'affatto incontrovertibili, e pertanto discrezionali: ma la legge, ritengo, non può avventurarsi a descrivere convenzionalmente l'oggetto stesso della tutela che mira a garantire.

Scegliere di dare rilievo all'embrione dal momento della cariogamia (per quanto la legge tedesca, in epoca ormai datata, avesse parlato genericamente della 'fusione' tra i nuclei dei gameti) non costituisce affatto una scelta neutrale, bensì significa lasciare piena discrezionalità all'intervento sull'ovulo fecondato tra il momento della penetrazione dello spermatozoo nel citoplasma del medesimo – momento dal quale il processo esistenziale del nuovo individuo è già in atto senza necessità di ulteriori impulsi esterni – e il momento della costituzione del nucleo diploide dello zigote: tema sul quale si discusse alquanto, a suo tempo, nell'ambito del CNB, il quale non accolse una simile differenziazione.

Parimenti, l'espressione secondo cui l'embrione è «dotato della intrinseca capacità di svilupparsi in un uomo se destinato alla gestazione» appare dare per scontato che non esiste una medesima realtà umana nell'embrione e nell'uomo: né il problema può essere eluso solo perché si utilizzino locuzioni descrittive diverse per varie fasi della sequenza esistenziale: zigote, morula, blastocisti, feto, ecc. ecc. (com'è noto, per la fase anteriore alla cariogamia era stato coniato il termine *ootide*).

Se, dunque, non si vogliono fare affermazioni sul pieno riconoscimento della realtà umana dalla fecondazione, non se ne devono fare (laicamente) nemmeno in senso opposto.

Inoltre, la realtà in sé, *hic et nunc*, dell'embrione non può certo dipendere dal fatto che sia destinato o meno (successivamente e per decisione altrui) alla gestazione.

In linea di principio, del resto, non ritengo che spetti a una legislazione di settore – come quella penale avente per oggetto scelte di tutela di beni già identificati dall'ordinamento giuridico (e tantomeno a una commissione che ha per scopo soltanto la razionalizzazione di tali scelte di tutela) – operare valutazioni di fondo sull'estensione dei beni rilevanti, le quali coinvolgono anche molti ulteriori ambiti disciplinari e che competono, comunque,

all'apprezzamento parlamentare.

Quando sono in gioco scelte non attinenti, *in primis*, all'ambito penalistico, riterrei, in ogni caso, che esse non possano costituire oggetto di una proposta che coinvolga nel suo insieme l'associazione dei penalisti.

Non comprendo inoltre – a parte ogni giudizio sulla diagnosi preimpianto – perché, con riguardo al delitto di alterazione genetica, l'alterazione o la predeterminazione del patrimonio genetico di un embrione 'destinato alla gestazione' non dovrebbero essere vietati anche con riguardo all'embrione eventualmente selezionato a seguito di diagnosi preimpianto (posto, fra l'altro, che proprio in quel caso, essendo sottoposti gli embrioni a prelievi cellulari precoci estremamente invasivi, il rischio di manipolazioni del loro stesso genoma, o di quello dei gameti di provenienza, potrebbe essere maggiore).

Non mi senso di condividere altresì, nell'ottica cui già mi richiamavo, il passaggio, rispetto alla legislazione vigente, dal divieto della clonazione (in generale) su embrioni al divieto della sola clonazione c.d. riproduttiva. Il che implica la scelta di fondo intesa ad ammettere sperimentazioni distruttive degli embrioni coinvolti in una clonazione c.d. terapeutica: ciò in antitesi, fra l'altro, con l'art. 13, co. 2, della legge 40, che ne risulterebbe di fatto abrogato (e, in effetti, non si evince più nella proposta di articolato un divieto di ricerca che implichi la distruzione dell'embrione, che invece, riterrei, sia da mantenersi).

Si tratterebbe di una scelta la quale, ancora una volta, non mi sembra possa rientrare tra i fini del nostro lavoro, perché implica una precisa presa di posizione sullo statuto dell'embrione.

Considerando altresì, in margine, che le stesse attese di apporti significativi sul piano terapeutico della c.d. clonazione, per l'appunto, terapeutica sono andate ampiamente ridimensionandosi.

Credo poi, per ragioni simili a quelle più sopra esposte, che non sia bene prendere iniziative in tema di ammissibilità della maternità surrogata, o come la si voglia chiamare. Come altresì sul tema della utilizzabilità di embrioni, anche al di fuori della c.d. clonazione terapeutica, per fini di ricerca non riferiti alla tutela della loro stessa salute.

In materia di fecondazione artificiale arbitraria o colposa riterrei impreciso, nel testo, utilizzare il termine "inseminazione", piuttosto che quello di "fecondazione".

Per quanto riguarda le altre questioni, ho molto apprezzato il fatto che si faccia cenno in sede di relazione alla «dignità (della specie umana?)» quale criterio, fra altri, di valutazione delle tecniche generative da ammettersi. Ciò mi sembra importante, in quanto coglie – in maniera più complessa rispetto a certe valutazioni della stessa Corte costituzionale – come il criterio di giudizio non possa essere dato, in materia, solo da valutazioni su eventuali danni per il soggetto generato, imponendo di valutare, piuttosto, che cosa nei criteri del generare umano ordinario fino a pochi decenni orsono sia da considerarsi modificabile o irrinunciabile (come del resto facciamo nella lettura di qualsiasi aspetto del modo con cui ci rapportiamo ai fenomeni naturali: si pensi solo alle discussioni circa la ricostruzione del bene ambiente). Potremmo anche avere nel futuro, per esempio, una clonazione "perfetta", ma resta l'interrogativo se davvero sia irrilevante che la generazione umana avvenga attraverso l'apporto genetico di due soggetti diversi, il quale dia luogo a un assetto genetico distinto da quello genitoriale. Come, d'altra parte, gli interrogativi sulla maternità surrogata non si risolvono riguardando soltanto la salute del bambino generato o il consenso tra le parti adulte coinvolte.

Personalmente, avevo più volte scritto di un concetto sostanzialmente analogo, vale a dire dei "criteri di umanità" della generazione. Il fatto che si possa giungere, poi, a conclusioni applicative diverse, non toglie l'importanza dell'aver identificato il problema.

Ad esempio, a me non pare che generare embrioni programmando tramite la diagnosi preimpianto una selezione tra di essi (che fra l'altro "scavalca" il cit. art. 13, co. 2, l. 40), vale a dire escludendo a priori la prosecuzione della vita per gran parte di essi, costituisca una modalità 'umana' del generare (ed è dello stesso parere, come ben sapete, Habermas).

In ogni caso, mi sembrerebbe importante far emergere un nodo di fondo, che attiene, in particolare, anche alla distinzione tra generazione e adozione.

In radice, la generazione consiste nel commissionare, da parte di chiunque, a un laboratorio che disponga di gameti o, comunque, di materiali genetici adeguati, quale che ne sia la provenienza, la generazione di un nuovo individuo umano che si desidera poi seguire nella sua crescita, oppure la generazione consiste in una procedura generativa che coinvolga, nell'ambito della medesima, una coppia, per l'appunto, generante?

Personalmente riterrei che una modalità 'umana' del generare richieda di muovere nel secondo senso, sulla base del quale si tratterebbe di riflettere circa le conseguenze da trarne.

Viene opportunamente segnalato il problema consistente nel fatto che oggi il numero degli embrioni 'strettamente necessari' a una procedura di pma resta di fatto affidato a una valutazione di cui non risultano chiariti i criteri, con l'esito della riapertura di fatto alla generazione di embrioni sovranumerari, che devono comunque essere crioconservati (come richiede la Corte costituzionale): nonostante si possa dedurre dalla legge 40 un divieto di programmare *ex ante* la generazione di embrioni sovranumerari.

Avrei forti dubbi, infine, nel definire un modello 'proibizionista rigido' quello della legge 40, nonostante si tratti, ormai, quasi di un luogo comune. Il testo iniziale di quella legge, infatti, non impediva affatto la pma, bensì mirava essenzialmente a evitare la generazione di embrioni sovranumerari lasciando aperta a ciascun embrione generato la possibilità dello sviluppo, nonché a evitare forti stimolazioni ovariche, non ottimali né per la donna, né per la qualità degli ovociti portati a maturazione: così da favorire in tal modo, come a suo tempo fu ben riconosciuto, l'attività dei centri procreativi più qualificati.

Del resto, le estensioni applicative succedutesi sono rimaste riferite, essenzialmente, alla eterologa e (con mie perplessità sulla correttezza delle conclusioni, nonostante le sentenze della Corte costituzionale) alla procedura di diagnosi preimpianto: che, insieme, rappresentato una percentuale minima delle pma. Senza, altresì, una significativa variazione dei tassi di bambini nati, rispetto alle procedure instaurate (e tanto più rispetto al numero degli embrioni generati), dopo l'essere venuto meno il limite dei tre embrioni.

Attenzione all'ipotesi dell'affidamento illegittimo, che rischia di porsi in contrasto con la norma sul c.d. affidamento di fatto prevista dall'art. 9, commi 4 e 5, l. n. 184/1983

### 3. LA RIFORMA DEI DELITTI DI OMICIDIO DOLOSO (ART. 575, 576, 577 E 578 C.P.). BREVI CONSIDERAZIONI

Enrico Ambrosetti<sup>1</sup>

1. Come è noto, questo settore ha subito minori modifiche rispetto ad altri settori nell'ambito dei delitti contro la persona. È stato, infatti, oggetto di episodici interventi novellistici - a partire dalla abolizione dei delitti per causa di onore - che non ne hanno mutato il volto originario. Ciò premesso, oggi appare necessaria una radicale riforma di queste fattispecie sia sotto il profilo delle tecniche di incriminazione, sia sotto quello di una rivisitazione del trattamento sanzionatorio.

2. Sul piano della tutela dei beni giuridici la principale questione attiene alla controversa scelta di parificare la tutela della vita prenatale con quella della vita natale. Sicuramente, oggi l'opzione del Codice Rocco di considerare il parto come il momento dell'inizio della vita umana appare superata dai progressi della medicina. Intendo fare riferimento alla odierna avvertita esigenza di considerare oggetto materiale dell'omicidio non solo la persona nata, ma anche il feto vitale, e cioè capace di vita autonoma. Finora la giurisprudenza è rimasta ancorata alla tradizionale impostazione, conforme al dettato normativo, secondo cui il criterio determinante per il "passaggio" dalle fattispecie di aborto a quello di omicidio è il fatto che il feto nasca vitale. A tale riguardo, si deve ricordare la nota e interessante pronuncia della Cassazione del 18.10.2004 nel c.d. caso "Spallone", con la quale – in una turpe vicenda di aborti procurati a donne in avanzato stadio di gravidanza – sono state qualificate come delitti di omicidio doloso «condotte volte alla soppressione dei prodotti del concepimento, tutti in avanzato stato di gestazione, venivano poste in essere dopo il distacco, forzatamente indotto, dall'utero della madre».

In buona sostanza, alla luce degli straordinari progressi della scienza medica, appare sempre meno giustificabile la scelta di considerare come aborto l'uccisione di un feto capace di vita autonoma.

Ciò detto, si apre il problema di una eventuale nuova *actio finium regundorum* fra i delitti di omicidio e quelli di aborto. Al riguardo, vi sono due possibili alternative. La prima - sicuramente più innovativa è quella di inserire come oggetto materiale del delitto di omicidio non solamente "l'uomo" (*rectius*, la persona in conformità a quanto oggi previsto nell'art. 589 c.p.), ma anche "il feto vitale" (nel senso di capace di vita autonoma). La seconda, sicuramente più in linea con la tradizione penalistica non solo italiana è quella di procedere ad una profonda modifica dei delitti di aborto, prevedendo autonome fattispecie relative ai feti vitali. Va da sé che tale scelta dovrebbe essere riferita non solamente alle fattispecie dolose, ma anche a quelle colpose e preterintenzionali.

3. Sul piano delle tecniche di incriminazione va sicuramente affrontato il problema se mantenere la tradizionale opzione dell'ordinamento italiano di prevedere una sola figura di omicidio volontario, eventualmente aggravato ai sensi degli artt. 576 e 577, ovvero di optare per il diverso modello di altri ordinamenti (primo fra tutti lo StGB tedesco) che distinguono due autonome figure di omicidio volontario.

4. In particolare, in simile prospettiva va considerata la proposta di introdurre una figura di omicidio volontario meno grave, secondo il modello dell'ordinamento tedesco

---

<sup>1</sup> Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione.

(*Mord/Totschlag*). Il problema sorge sotto un duplice profilo. In primo luogo, va segnalato l'esagerato rigore sanzionatorio del codice penale italiano. In effetti, svolgendo una breve analisi comparatistica limitata ad alcuni sistemi penali europei è da rilevare che in Germania e Austria il trattamento sanzionatorio per l'ipotesi-base di *Totschlag* è sensibilmente inferiore a quella dell'art. 575 c.p. Il § 212 StGB tedesco prevede la pena detentiva non inferiore a cinque anni e il § 76 StGB austriaco la pena detentiva da cinque a dieci anni. In altre parole, oggi confrontando il sistema italiano con altri, vi è una evidente sproporzione nel regime sanzionatorio riservato agli omicidi "meno gravi" per i quali possono operare solamente le circostanze attenuanti comuni.

Ricorrendo – a mero titolo esemplificativo – ad una problematica emersa in via giudiziaria mi preme ricordare che in casi di infanticidio, in cui la madre non è stata riconosciuta in condizioni oggettive di abbandono materiale e morale, i giudici hanno inflitto pene superiori ai dieci anni di reclusione anche in ipotesi in cui all'autore del reato (donne in difficili situazioni personali e familiari) sia stato riconosciuto il vizio parziale di mente e le attenuanti generiche. D'altro canto, la pena edittale dell'art. 575 c.p. è della reclusione non inferiore ad anni ventuno. Va da sé, quindi, che le diminuzioni per le attenuanti comuni possono solamente in parte mitigare il rigore sanzionatorio.

5. Il secondo profilo problematico è rappresentato dal fatto che, attualmente, le due figure di omicidio attenuato di cui agli artt. 578 e 579 c.p. sono limitate a due troppo specifiche situazioni. In effetti, nel corso degli anni si è posto il problema di ricondurre a una fattispecie meno grave alcune ricorrenti ipotesi (omicidio *pietatis causa*, omicidio della donna affetta dalla sindrome della donna maltrattata) che oggi tutt'al più possono beneficiare delle attenuanti generiche. A tale riguardo, mi permetto di sottolineare che in simile prospettiva si pongono già alcuni codici di paesi europei. In particolare, faccio riferimento a quello tedesco. Come è noto, lo StGB tedesco al § 213 contempla una figura minore di omicidio (*Minder schwerer Fall des Totschlags*).

6. In ogni caso, anche volendo restare ancorati al tradizionale approccio del codice Rocco, si deve procedere ad una semplificazione delle circostanze aggravanti previste agli artt. 576 e 577 c.p., eliminando le ipotesi inutilmente pleonastiche quali quelle degli artt. 576, n. 2 c.p. e 577, n. 1.

7. Infine, con riguardo alle ipotesi di cd. omicidio attenuato, *de iure condendo* va sicuramente valutato se eliminare *in toto* il c.d. privilegio della madre infanticida (così come ha fatto la maggioranza dei codici penali europei) ovvero mantenerlo, riformulando però la fattispecie. In quest'ultima prospettiva, va sicuramente abbandonato il requisito oggettivo delle condizioni di abbandono materiale. Come è noto, la Corte di Cassazione, accogliendo un'interpretazione particolarmente rigida dei presupposti dell'art. 578 c.p. ha sostanzialmente accolto una *interpretatio abrogans* con riguardo a tale fattispecie.

Personalmente, ritengo che, da un lato, vada superata l'attuale formulazione dell'art. 578 c.p., che fonda il "privilegio" su presupposti oggettivi e, dall'altro, che venga introdotta una fattispecie secondo il modello attualmente accolto nel codice penale austriaco ovvero in quello portoghese, i quali rispettivamente al § 79 e all'art. 136 si limitano a stabilire che «è punita la madre che, durante o immediatamente dopo il parto ed essendo ancora sotto l'influenza perturbatrice di questo, uccide il figlio». E ciò in quanto, allo stato attuale, l'unica ragione per un trattamento sanzionatorio più mite può essere solamente la considerazione delle particolari condizioni fisiche e psichiche che, in determinati casi, possono essere proprie di una puerpera.

## 4. LA RIFORMA DELLE CIRCOSTANZE AGGRAVANTI DELL'OMICIDIO

Gianluca Gentile<sup>1</sup>

### 1. Il quadro normativo originario

Nella Relazione al Progetto definitivo (in *Lav. prep. cod. pen.*, vol. V, parte 2<sup>a</sup>, Roma, 1929, 365 ss.), Alfredo Rocco spiegava che le circostanze aggravanti dell'omicidio volontario – funzionali a garantire «una più energica e appropriata difesa della vita» – erano state raggruppate in base al criterio della diversa natura e misura della pena inflitta, collocandosi nell'art. 576 quelle che comportavano la pena di morte, nell'art. 577 quelle che importavano l'ergastolo o un aumento della pena detentiva. La distinzione tra le due classi rispondeva a criteri di ordine sia soggettivo, tali cioè da segnalare una maggiore intensità del dolo e una maggiore pericolosità del delinquente, sia oggettivo, relativi cioè alla entità dell'offesa o alla natura dei mezzi impiegati, con particolare riguardo all'allarme sociale suscitato.

Lo stesso Guardasigilli riconosceva come non fosse «agevole fissare una netta o assoluta demarcazione nei progressivi stadi di maggior gravità politica dei reati e quindi anche degli omicidi», tant'è che nel corso delle discussioni in sede di Commissione ministeriale, e poi di Commissione parlamentare, alcune scelte del Progetto erano state contestate perché ritenute, a seconda dei punti di vista, troppo o troppo poco severe. Ad esempio, qualcuno riteneva che il rapporto di parentela tra ascendente o discendente (c.d. parricidio proprio) legittimasse di per sé la pena di morte, mentre il codice del 1930 la prevede solamente nel caso di concorso con le circostanze dei motivi abietti o futili, della crudeltà, dell'uso del veleno o di altro mezzo insidioso e della premeditazione (c.d. parricidio aggravato). Al contrario, a chi obiettava che la pena capitale era ingiustificata nei casi di omicidio commesso dall'associato per delinquere o dal latitante (nel primo caso per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione; nel secondo, anche per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza), perché si doveva tener conto «dei sentimenti istintivi e naturali, che traggono il latitante alla ostinata difesa della sua libertà», Rocco replicava che tali ipotesi rappresentavano «le manifestazioni criminose più temibili del brigantaggio individuale o associato, contro il quale la società ha il diritto di premunirsi efficacemente, nell'interesse dell'ordine e della tranquillità pubblica».

A seguito del d. lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 244, la pena di morte è stata sostituita dall'ergastolo, sicché la differenza tra i due gruppi di aggravanti non ha più rilievo per l'omicidio volontario (a meno che il giudice non ritenga di attribuire alle previsioni dell'art. 576 c.p. un maggior peso nel giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*), ma esclusivamente per l'omicidio preterintenzionale. L'art. 585 c.p. prevede infatti un aumento di pena da un terzo alla metà se ricorre una delle circostanze dell'art. 576 c.p., e fino a un terzo se ricorre una delle circostanze dell'art. 577 c.p.: ciò comporta problemi di ragionevolezza del trattamento punitivo, perché il parricidio aggravato è equiparato a quello semplice ai fini dell'omicidio volontario, mentre comporta un carico sanzionatorio più severo nel caso dell'omicidio preterintenzionale.

### 2. Le modifiche successive

---

<sup>1</sup> Antonio Vallini e Sergio Bonini aderiscono espressamente ai contenuti di questa relazione

I numerosi interventi legislativi che hanno riguardato le disposizioni in esame vanno tutti nel senso dell'ampliamento del catalogo delle circostanze:

- Art. 576, co. 1, n. 5. L'aggravante della contestualità con i reati sessuali, tardivamente modificata dal d. l. 23 febbraio 2009, n. 11 per adeguarla all'introduzione degli articoli 609bis, 609quater e 609octies c.p. ad opera della l. 15 febbraio 1996, n. 66, è stata successivamente estesa agli articoli 572, 600bis e 600ter c.p. (l. 1° ottobre 2012, n. 172) e da ultimo all'art. 583quinquies c.p. (l. 19 luglio 2019, n. 69).
- Art. 576, co. 1, n. 5.1. È stata introdotta un'aggravante nei confronti dell'autore del delitto previsto dall'articolo 612bis c.p. nei confronti della stessa persona offesa (d. l. 23 febbraio 2009, n. 11)
- Art. 576, co. 1, n. 5bis. È stata prevista un'aggravante per i casi di omicidio commessi contro un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ovvero un ufficiale o agente di pubblica sicurezza, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio (d.l. 23 maggio 2008, n. 92)
- Art. 577, n. 2. L'aggravante del c.d. parricidio semplice, inizialmente circoscritta all'ascendente e al discendente, è stata successivamente estesa al coniuge, anche legalmente separato, all'altra parte dell'unione civile, alla persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente (l. 11 gennaio 2018, n. 4). Nella formulazione vigente, introdotta dalla l. 19 luglio 2019, n. 69, si specifica che il rapporto di parentela in linea retta può anche essere «effetto di adozione di minorenni» e si è distinta l'ipotesi della stabile convivenza da quella della relazione affettiva.
- Art. 577, co. 2. La l. 11 gennaio 2018 n. 4, che ha ricondotto la figura del coniuge alla più grave ipotesi dell'art. 577 comma 1 n. 2, ha conseguente specificato che nell'ipotesi in esame si deve trattare di coniuge divorziato o di altra parte dell'unione civile, ove cessata. La l. 19 luglio 2019, n. 69 ha successivamente introdotto le figure dell'adottante e dell'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del codice civile, nonché quelle della persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate.
- Art. 577 comma 3. La l. 19 luglio 2019, n. 69 ha introdotto una deroga all'art. 69 c.p., prevedendo un divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti diverse da quelle previste dagli articoli 62, numero 1, 89, 98 e 114 sulle concorrenti aggravanti di cui al primo comma, numero 1, e al secondo comma dell'art. 577 c.p.

### **3. Le circostanze aggravanti *extra codicem***

Esistono alcune circostanze aggravanti dell'omicidio volontario poste al di fuori del codice penale.

Le pene previste dall'art. 575 c.p. sono infatti aumentate da un terzo alla metà «se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione» (art. 71, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

Si tratta di una previsione che andrebbe eliminata dal sistema perché in contrasto con il principio di responsabilità per il fatto sancito dall'art. 25 Cost. («che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato»: Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249).

La qualifica di sorvegliato speciale non connota l'omicidio commesso in termini di maggior disvalore oggettivo o soggettivo, e quindi l'aggravamento della pena poggia su spiega solamente alla luce di una (illegittima) presunzione assoluta di pericolosità; ma i comportamenti «pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza [...] ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero “segno

distintivo” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini» (ancora Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249).

Se il fatto previsto nell'articolo 575 c.p. è commesso da un componente dell'equipaggio della nave o dell'aeromobile contro un superiore nell'atto o a causa dell'adempimento delle di lui funzioni, la pena è della reclusione da ventiquattro a trenta anni; se il fatto è commesso durante la navigazione, si applica la pena dell'ergastolo (art. 1150 c. nav.). Sebbene la rubrica *Omicidio del superiore* faccia pensare a una figura autonoma di reato, la Relazione al testo definitivo del Codice della navigazione e la dottrina prevalente si sono espresse nel senso di qualificare tale fattispecie in termini circostanziali, e in tal senso depone la mancata ridefinizione del fatto di reato. Tale ipotesi potrebbe essere riportata all'interno del codice penale se si seguisse l'esempio degli articoli 1152 e 1153 c. nav., che sono stati riprodotti nell'art. 601 c.p. dal d. lgs. 1° marzo 2018, n. 21. Tuttavia, mentre le modalità di esecuzione della tratta di persone hanno una stretta attinenza con la navigazione, l'omicidio del superiore pone l'accento su interessi – la disciplina dell'equipaggio, nel primo caso; la sicurezza della navigazione, nel secondo – che hanno un carattere settoriale, e quindi potrebbero restare nella legge che disciplina in maniera organica la materia (ferma restando l'opportunità di una revisione complessiva della disciplina penale del codice della navigazione).

Le pene previste per i reati consumati o tentati di omicidio volontario, in danno di persona che gode della speciale protezione prevista nell'articolo 1 della *Convenzione per la prevenzione e la repressione dei reati contro le persone internazionalmente protette, compresi gli agenti diplomatici*, adottata a New York il 14 dicembre 1973, sono aumentate da un terzo alla metà, quando tali reati sono determinati, anche indirettamente, dalle funzioni esercitate dalla persona offesa.

La Convenzione di New York individua una serie di soggetti internazionalmente protetti (Capi di Stato e di Governo, Ministri degli Esteri, rappresentanti o funzionari che abbiano diritto, in base al diritto internazionale, a speciale protezione da ogni assalto alla loro persona, libertà o dignità, ecc.) e un catalogo di reati (tra i quali l'omicidio volontario) che gli Stati si impegnano a punire con «pene adeguate che tengano conto della grave natura dei reati stessi».

Si tratta di una disciplina che, probabilmente, potrebbe essere ricondotta al codice penale in virtù del principio di riserva di codice. Considerando l'attuale sistematica della parte speciale, la *sedes materiae* più adeguata appare però quella del Titolo I, Capo IV, del Libro II, e quindi non sarà oggetto di questa trattazione.

#### 4. I precedenti progetti di riforma

Nel Progetto promosso dal Guardasigilli Grassi e pubblicato nel 1949-1950 si ritenne innanzitutto di eliminare la distinzione tra il parricidio aggravato (art. 576, co. 1, n. 2) e quello semplice (art. 577, co. 1, n. 1), prevedendo la pena dell'ergastolo per la seconda ipotesi.

Fu poi riscritta l'aggravante comune prevista dall'art. 61, n. 6 c.p., richiedendo una connessione tra reato commesso e latitanza e equiparando quest'ultima all'evasione: di conseguenza, l'aggravante attualmente disciplinata dal numero 3 dell'art. 576 c.p. fu sostituita da un semplice richiamo alla disciplina dell'aggravante comune in discorso, eliminando la definizione oggi prevista dal comma 2 dell'art. 576 c.p.

Infine, l'aggravante relativa alla partecipazione all'associazione per delinquere fu riformulata aggiungendo un riferimento al delitto di banda armata (che il Progetto aveva inserito nel Titolo V) e sostituendo alle parole «per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione» la formula «per sottrarsi alla cattura», già impiegata nell'aggravante comune inerente alla latitanza.

Non furono invece proposte modifiche alle circostanze previste dall'art. 577 c.p., tranne



l'aggiunta dell'affiliazione (istituto abrogato nel 1983) ai rapporti tra autore e vittima rilevanti ai sensi del comma 2. Fu prevista in questi casi la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni (oggi applicabile nelle sole ipotesi descritte dal comma 2 dell'art. 577), fatta salva la possibilità di disporre l'ergastolo in caso di concorso di circostanze.

**Art. 567. Circostanze aggravanti**

Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso:

1. col concorso di taluna delle circostanze indicate nel numero 2° dell'articolo 40 [attuale numero 2 dell'art. 61];
2. contro l'ascendente o il discendente;
3. col concorso della circostanza indicata nel n. 6 dell'art. 40 [l'aver il colpevole commesso il reato durante la latitanza, al fine di sottrarsi alla cattura ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza];
4. da colui che partecipa ad un'associazione per delinquere o ad una banda armata, per sottrarsi alla cattura;
5. nell'atto di commettere taluno dei delitti preveduti dagli articoli 509, 510 e 511;

**Art. 568. Altre circostanze aggravanti**

Si applica la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni se il fatto preveduto dall'art. 566 è commesso:

1. contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi o il figlio adottivo, contro l'affilante o l'affiliato o contro un affine in linea retta;
2. col mezzo di sostanze venefiche ovvero con altro mezzo insidioso;
3. con premeditazione;
4. col concorso di taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'art. 40 [attuali numeri 1 e 4 dell'art. 61];

Se concorrono due o più delle circostanze indicate nel comma precedente, si applica la pena dell'ergastolo.

Nel 1960, e successivamente nel 1968, il Ministro Gonella presentava un progetto di riforma parziale dei libri I e II del codice Rocco, che riguardava anche gli articoli 576 e 577 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 362 e 404). A differenza del Progetto Grassi, si comminava la pena dell'ergastolo per tutte le circostanze previste dall'art. 577 c.p. (che di conseguenza erano spostate nell'art. 576 c.p.), tranne l'aggravante relativa ai rapporti tra autore e vittima.

**Art. 576. Circostanze aggravanti. Ergastolo**

Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso:

1. col concorso di taluna delle circostanze indicate nel numero 1, 2 e 4 dell'articolo 61;
2. contro l'ascendente o il discendente;
3. dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza;
4. dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione;
5. nell'atto di commettere taluno dei delitti preveduti dagli articoli 519, 520 e 521;
6. col mezzo di sostanze venefiche ovvero con altro mezzo insidioso
7. con premeditazione

È latitante, agli effetti della legge penale, chi si trova nelle condizioni indicate nel numero 6 dell'articolo 61

**Art. 577. Altre circostanze aggravanti. Reclusione**

Si applica la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto preveduto dall'art. 575 è commesso contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta.

Il Disegno di legge intitolato *Modifiche al libro I e agli articoli 576 e 577 del codice penale*, approvato dal Senato nel 1971 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 903) e nel 1973 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 854), prevedeva in sede di parte generale l'abolizione dell'ergastolo. Ai sensi del novellato art. 576 c.p., davano luogo alla reclusione da ventisette a quaranta anni (da trenta a quaranta anni nel progetto del 1971) l'aggravante del c.d. parricidio aggravato e l'aggravante della contestualità con alcuni reati, non perfettamente coincidenti per difetto o per eccesso con l'allora vigente numero 5 dell'art. 576 (congiunzione carnale con minore infraquattordicenne o

infrasedicenne, rapina, estorsione e di sequestro di persona a scopo di estorsione). Tutte le altre circostanze aggravanti previste dall'art. 576 e dall'art. 577 c.p. venivano raggruppate in un'unica categoria e assoggettate alla pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni. L'art. 577 c.p. era pertanto abrogato. Si osservi che l'aggravante teologica e quelle consequenziali, abolite in sede di parte generale, furono mantenute come aggravanti speciali dell'omicidio. Si riporta il testo approvato nel 1973, che differisce dal progetto del 1971 solo per la pena comminata al primo comma dell'art. 576 c.p.

**Art. 576. Circostanze aggravanti**

Si applica la pena della reclusione da ventisette a quaranta anni se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso:

1. contro l'ascendente o il discendente, quando concorre taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 3 dell'articolo 61 o quando è adoperato un mezzo venefico o un altro mezzo insidioso ovvero quando vi è premeditazione;
2. nell'atto di commettere taluno dei delitti preveduti dai numeri 1) e 2) del secondo comma dell'art. 519 e negli articoli 628, 629 e 630.

Si applica la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso

1. contro l'ascendente o il discendente;
2. col mezzo di sostanze venefiche ovvero con altro mezzo insidioso;
3. con premeditazione;
4. con concorso di talune circostanze indicate nei numeri 1 e 3 dell'articolo 61;
5. per eseguire od occultare un altro reato ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo, ovvero la impunità di un altro reato;
6. dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura durante la latitanza;
7. dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione;
8. nell'atto di commettere taluno dei delitti preveduti nel primo comma e nei numeri 3) e 4) del secondo comma dell'art. 519, e negli articoli 520 e 521.

Si applica la pena della reclusione da ventuno a ventisette anni se il fatto è commesso contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta.

Mentre le proposte fin qui esaminate si limitavano a un riordino della disciplina esistente senza mettere in discussione l'impianto del codice Rocco, il Progetto Pagliaro si poneva più ambiziosamente il duplice obiettivo politico-criminale di procedere «allo sfoltimento delle pletoriche circostanze aggravanti dell'omicidio doloso» e di eliminare le diverse figure di reati aggravati dell'evento.

Le circostanze aggravanti dell'omicidio si riducevano a cinque: 1) la premeditazione; 2) il c.d. parricidio aggravato; 3) l'aver realizzato l'omicidio nell'atto di commettere i reati di stupro e di stupro di gruppo o al fine di conseguire l'impunità; 4) l'aver ucciso una persona sottoposta a sequestro a scopo di estorsione o al sequestro di ostaggi finalizzato a costringere un terzo a compiere o astenersi da un qualunque atto (art. 3, l. 26 novembre 1985, n. 718); 5) l'aver commesso il fatto durante la partecipazione a una rissa.

L'aggravante numero 3) costituiva un'ipotesi specifica di connessione teleologica, eliminata dal novero delle circostanze comuni a causa del suo «indistinto ed indiscriminato rigore». Le aggravanti numero 4) e 5) rientravano invece nella politica di eliminazione dei reati aggravati dall'evento. L'art. 59 del Progetto recita:

Prevedere i seguenti delitti:

omicidio doloso, indicando come circostanze aggravanti che comportano la pena dell'ergastolo l'aver commesso il fatto

1. con premeditazione;
2. contro l'ascendente, il discendente, il fratello, la sorella, quando concorre taluna delle circostanze indicate nel n. 1 lettera a) e b) dell'art. 21 [motivi abietti o futili; uso di sevizie o crudeltà verso le persone]. Prevedere che agli effetti della legge penale si intendano per discendenti anche i figli adottivi e i loro discendenti e per ascendenti anche il padre e la madre adottivi;

3. nell'atto di commettere uno dei delitti indicati nell'art. 71 primo comma lettere a) e b) [stupro e stupro di gruppo] o al fine di conseguire l'impunità;
4. su persona sottoposta a sequestro a scopo di estorsione o al sequestro di cui all'art. 3 della legge 26 novembre 1985 n. 718.

Prevedere come circostanza aggravante l'aver commesso il fatto durante la partecipazione ad una rissa.

Tirando le fila, tutte le proposte esaminate non hanno messo in discussione la natura circostanziale delle fattispecie previste dagli articoli 576 e 577 c.p. e hanno cercato di risolvere le incongruenze determinate dall'abolizione della pena di morte distribuendo le circostanze in modo più razionale. Alcune circostanze sono presenti in tutte le proposte (premeditazione, rapporti tra autore e vittima, connessione con alcuni reati), pur cambiando il loro apprezzamento in termini di disvalore. L'unica proposta orientata a ridurre drasticamente il catalogo delle circostanze, peraltro in controtendenza all'orientamento politico-criminale della legislazione più recente, è il progetto Pagliaro.

## 5. Le indicazioni del Direttivo

In tema di circostanze del reato, il Consiglio direttivo ha dato due indicazioni: evitare, nei limiti del possibile, il richiamo di circostanze comuni della parte generale; convertire le circostanze speciali e a effetto speciale in fattispecie autonome (aggravate o attenuate). Lette congiuntamente, le due direttive spingono a una drastica riduzione delle ipotesi di omicidio aggravato: in questo modo, infatti, si lascia il più possibile alle circostanze comuni il compito di individuare peculiari situazioni meritevoli di un trattamento sanzionatorio differenziato; allo stesso tempo il modello della figura autonoma di reato non appare compatibile con un'eccessiva moltiplicazione di profili specializzanti.

## 6. Il richiamo alle circostanze comuni

Gli articoli 576 e 577 c.p. rinviano all'art. 61, n. 1, n. 2 e n. 4 c.p. I motivi abietti o futili, la connessione teleologica o consequenziale tra reati e l'aver adoperato sevizie o agito con crudeltà sono elementi che caratterizzano le fattispecie di omicidio in termini di maggior disvalore anche in altre esperienze giuridiche. Per fare qualche esempio, tra gli elementi che ai sensi del § 211 *StGB* differenziano la figura del *Mord* dal meno grave *Totschlag* figurano anche: 1) i motivi abietti (*aus niedrigen Beweggründen*), tra i quali il piacere di uccidere, la gratificazione sessuale e l'avidità («*aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstrieb, aus Habgier*»); 2) il nesso teleologico o consequenziale con un altro reato («*um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken*»); 3) la crudeltà («*grausam*»).

Analogamente, l'*homicídio qualificado* descritto dall'art. 132 del codice penale portoghese contempla le ipotesi delle sevizie e delle crudeltà (*Empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima*), dei motivi abietti o futili (*Ser determinado por avidez, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou para satisfação do instinto sexual ou por qualquer motivo torpe ou fútil*) e della connessione

teleologica o consequenziale («*Terem vista preparar, facilitar, executar ou encobrir um outro crime, facilitar a fuga ou assegurar a impunidade do agente de um crime*»).

Allo stesso modo l'art. 139 del codice penale spagnolo configura l'ipotesi di *Asesinato* quando si è agito con perfidia («*alevosía*»), oppure con accanimento («*ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*») o ancora per agevolare la commissione di un altro delitto o evitarne la scoperta («*Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*»).

Infine, l'art. 221-2 *code pénal* prevede la *réclusion criminelle à perpétuité* non solo quando la fattispecie di *Meurtre* è connessa teleologicamente o consequenzialmente a un altro delitto («*a pour objet soit de préparer ou de faciliter un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité de l'auteur ou du complice d'un délit*») ma anche quando precede, si accompagna o segue un altro crimine («*précède, accompagne ou suit un autre crime*»).

## 7. La trasformazione delle circostanze in figure autonome di reato

Seguendo le indicazioni del Direttivo le aggravanti speciali previste dagli art. 576 e 577 c.p. si trasformerebbero in una figura autonoma di omicidio, sul modello dei codici francese (*Meurtre* e *Assassinat* ai sensi degli art. 221-1 ss.), spagnolo (*Homicidio* e *Asesinato* ai sensi degli art. 138 e 139), tedesco (*Mord* e *Totschlag* ai sensi dei § 211 e 212) e del diritto angloamericano (*Murder* e *Manslaughter*). Nella proposta di articolato (cfr. § 9) la natura di reato autonomo, e non più di circostanza aggravante, emerge dal *nomen iuris*

«assassinio», dalla collocazione topografica, dalla ridecrizione integrale del fatto tipico e dalla previsione espressa del tentativo.

La modifica comporterebbe, alla luce della disciplina attuale, le seguenti conseguenze:

Le ipotesi aggravate di omicidio non sarebbero più soggette al bilanciamento ex art. 69 c.p.

A tal proposito bisogna tener conto di due recenti innovazioni legislative:

A) Le circostanze incentrate sui rapporti tra autore e vittima (art. 577, co. 1, n. 1, e co. 2) sono state sottratte al regime ordinario del bilanciamento. Ipotizzando un caso di concorso dell'aggravante di cui all'art. 577, co. 1 c.p. con una singola attenuante comune, prima della riforma il giudice avrebbe potuto disporre: 1) la pena dell'ergastolo (prevalenza dell'aggravante); 2) una pena da ventuno a ventiquattro anni di reclusione (equivalenza tra aggravante e attenuante); 3) una pena da quattordici a sedici anni di reclusione, riconoscendo all'attenuante prevalente la massima estensione. Oggi il giudice non può più in linea di massima far soccombere l'aggravante in esame (caso 3) e continua a non poter infliggere una pena da ventiquattro a trenta anni di reclusione.

B) Non è più ammesso il rito abbreviato nel caso di delitti puniti con l'ergastolo (art. 438 comma 1*bis* c.p.p. a seguito della l. 12 aprile 2019 n. 33). Ipotizzando il concorso tra la premeditazione e una singola attenuante comune, prima della riforma il giudice avrebbe potuto infliggere: 1) trenta anni di reclusione (prevalenza dell'aggravante e diminvente del rito); 2) da quattordici a sedici anni di reclusione (equivalenza delle circostanze e diminvente del rito); 3) da nove anni e quattro mesi a dieci anni e otto mesi (prevalenza dell'attenuante e diminvente del rito); 4) in nessun caso, una pena da sedici a trenta anni di reclusione.

Oggi invece il giudice non può mai disporre il rito abbreviato, perché la preclusione dell'art. 438, co. 1*bis* c.p.p. sembra riguardare i reati puniti in astratto con l'ergastolo mentre l'eventuale giudizio di bilanciamento influirebbe solamente sulla pena in concreto. Ne deriva che il giudice potrà infliggere la pena dell'ergastolo in caso di prevalenza dell'aggravante, oppure da ventuno a ventiquattro anni in caso di equivalenza tra aggravante e attenuante, o ancora da quattordici a sedici anni in caso di riconoscimento di una singola attenuante nella sua massima estensione, fino a un minimo di cinque anni e sei mesi se concorrono più attenuanti (art. 67, co. 2 c.p.).

C) A questo punto immaginiamo che l'omicidio premeditato diventi un reato autonomo. Il giudice potrebbe disporre l'ergastolo se non riconosce nessuna attenuante comune; la pena da venti a ventiquattro anni se riconosce una circostanza attenuante (art. 65, co. 1, n. 2 c.p.); una pena minima di dieci anni se concorrono più attenuanti (art. 67, co. 1, n. 2 c.p.).

Insomma, in casi del genere (= in cui non sussiste un divieto di prevalenza delle attenuanti)

la trasformazione delle aggravanti in reati autonomi comporterebbe un significativo inasprimento della pena minima e non consentirebbe comunque una piena corrispondenza tra gravità del fatto e pena corrispondente (resta sempre inaccessibile la cornice da ventiquattro a trenta anni). Di ciò si dovrà tener conto quando si andranno a stabilire le pene per i singoli reati, o eventualmente si andrà a modificare la disciplina del rito abbreviato.

Le ipotesi aggravate di omicidio non sarebbero più assoggettate all'art. 59, co. 2 c.p.

Ogni elemento specializzante dovrebbe essere integralmente coperto da dolo, non operando più il criterio di imputazione soggettiva valido per le circostanze aggravanti. Per fare un esempio, l'aggravante del rapporto di parentela sarebbe applicabile solo se quest'ultimo è conosciuto, non anche se conoscibile.

In caso di concorso di persone, sarebbero applicabili gli articoli 116 e 117 c.p., non più l'art. 118 c.p.

Secondo l'attuale regime, le circostanze aggravanti dell'omicidio volontario si estendono ai concorrenti se conoscibili, purché non rientrino nello schema dell'art. 118 c.p. Invece, se si trattasse di elementi costitutivi di un diverso titolo di reato, troverebbero applicazione a seconda dei casi gli articoli 116 e 117 c.p., sicché il concorrente che (in base a un'auspicabile lettura costituzionalmente orientata) abbia potuto rappresentarsi l'elemento che determina il mutamento del titolo potrebbe giovare delle attenuanti rispettivamente previste dalle due disposizioni citate. Va però considerato il costante orientamento giurisprudenziale, recentemente avallato dalle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 19 dicembre 2019, n. 8545), secondo cui anche le circostanze menzionate dall'art. 118 c.p. si comunicano ai concorrenti se conosciute (non anche se conoscibili): sarebbe il caso della premeditazione (cfr. ad es. Cass., Sez. I, 21 novembre 2018, n. 11904), dei motivi abietti o futili (Cass., Sez. I, 10 luglio 2018, n. 50405) e del nesso teleologico (Cass., Sez. I, 2 febbraio 2018, n. 20756). Ci si potrebbe domandare se l'inserimento di tali elementi circostanziali nell'ambito di una figura autonoma di reato lascerebbe spazio all'art. 116 c.p., e cioè a un regime di imputazione più sfavorevole di quello attualmente invalso nella prassi (basterebbe infatti la conoscibilità, non più l'effettiva conoscenza).

## **8. Le singole ipotesi aggravanti**

### *a) L'aver agito col concorso di taluna delle circostanze indicate nel numero 2° dell'articolo 61*

Si è visto al § 6 che le aggravanti teleologiche e consequenziali sono previste in tutti i sistemi penali culturalmente affini al nostro. D'altro canto, il Progetto Pagliaro propose di eliminare le suddette aggravanti dalla parte generale e di inserire una ipotesi specifica per l'omicidio. Va infine ricordato che il Direttivo invita a limitare al minimo il rinvio a circostanze comuni.

Si tratta in ogni caso di un'aggravante dal fondamento problematico, osservandosi in dottrina che il disvalore soggettivo sul quale fonderebbe l'aggravamento di pena (volta per volta ravvisato nell'intensità del dolo, nella maggiore pericolosità dell'autore, nella sua insensibilità morale o mancanza di scrupoli) andrebbe escluso quando il reato - mezzo è un passaggio necessario per la realizzazione del reato - fine, oppure quando il reato consequenziale è lo sbocco naturale del reato antecedente. Si propone pertanto di eliminare l'aggravante speciale in esame.

### *b) Rapporti tra autore e vittima*

Come abbiamo visto, nell'impianto originario del codice del 1930 l'uccisione dell'ascendente o del discendente era valutata in termini di massima severità (pena di morte nel caso di parricidio aggravato; ergastolo nel caso di parricidio semplice), mentre quella di altre

figure qualificate (coniuge, fratello o sorella, padre o madre adottivi, affini in linea retta) comportava un significativo aumento di pena.

La disciplina vigente attribuisce invece rilevanza anche a rapporti giuridici terminati (coniuge divorziato o unione civile cessata), a relazioni non formalizzate (stabile convivenza o relazione affettiva con il colpevole, anche cessate) e all'adozione (nell'art. 577, co. 1, n. 1; l'art. 577, co. 2).

Se l'accento posto dal codificatore del 1930 sui legami di sangue, e soprattutto sui rapporti di parentela in linea retta, aveva il pregio della chiarezza e rifletteva il contesto culturale dell'epoca, il quadro normativo attuale è molto meno limpido e forse non sempre in linea con la coscienza sociale (si pensi alla differenza tra l'omicidio di un fratello o di una sorella, punito con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, e quello degli ascendenti e dei discendenti, punito con l'ergastolo).

Inoltre, gli interventi novellistici del 2018 e del 2019 hanno ulteriormente complicato le questioni inerenti all'adozione. In passato si discuteva se in caso di adozione sussistesse il rapporto di ascendenza-discendenza (art. 576 comma 1 numero 2; art. 577 comma 1 numero 1) oppure no, con conseguente applicabilità dell'art. 577 comma 2 c.p.: mentre alcuni osservavano che solo quest'ultima previsione parlava esplicitamente di adozione, e quindi sarebbe stata l'unica disposizione applicabile (in tal senso Cass., sez. I, 26 settembre 2017, n. 9427), altri replicavano che l'adottato acquista lo *status* di figlio legittimo degli adottanti ai sensi dell'art. 27, l. 184/1983, e che di conseguenza l'art. 577 comma 2 andava riferito ai casi di adozione che non comportavano il medesimo effetto, e cioè l'adozione in casi particolari (art. 44 ss l. 184/1983) e quella di persone maggiori di età (art. 291 ss. c.c.).

A seguito delle riforme in materia di filiazione l'art. 74 c.c. prevede espressamente che il rapporto di parentela si configura sia quando «la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età». Tuttavia, l'art. 55 l. 184/1983 continua a prevedere che le regole valide per l'adozione delle persone maggiori di età si estendono all'adozione in casi particolari, sicché è controverso se quest'ultima dia luogo o meno a vincolo di parentela.

D'altro canto, l'attuale formulazione dell'art. 577, co. 1, n. 2 specifica che il rapporto di ascendenza-discendenza può essere «effetto di adozione di minorenne»; l'art. 577, co. 2 menziona invece «l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del codice civile», ma allo stesso tempo continua a fare riferimento al padre o alla madre adottivi o al figlio adottivo.

Non essendoci ragioni cogenti per mantenere l'attuale distinzione tracciata dall'art. 577 c.p., si potrebbe più semplicemente parlare di «adottanti e adottati» in modo da ricomprendere tutte le forme di adozione (ordinaria, in casi particolari, di persone maggiori di età). Resta comunque problema, innanzitutto civilistico, delle forme di adozione che non danno vita a un rapporto di parentela tra l'adottato e i familiari dell'adottante (adozione di persone maggiori di età e forse adozione in casi particolari): qualora si ritenga che il diritto penale debba necessariamente adeguarsi alla disciplina civilistica, non sarebbe configurabile l'omicidio aggravato nei casi in cui l'adottato (maggiore di età o in casi particolari) uccida un ascendente o un discendente dell'adottante.

Per quanto attiene alle persone legate da relazione affettiva, si tratta di una categoria già presente in altri luoghi del sistema (ad es. art. 612-*bis* c.p.; art. 609-*ter* c.p., il quale specifica che si può avere relazione affettiva senza convivenza) che ad avviso di parte della dottrina sarebbe scarsamente determinata. Anche il Gruppo sui reati contro la famiglia ha proposto di eliminare dal codice penale ogni riferimento alle relazioni affettive, ritenendo sufficiente l'ipotesi della convivenza.

In direzione contraria si potrebbe osservare che l'aggravante della relazione affettiva (in

corso o terminata) si ritrova in altri codici (art. 132 codice penale portoghese; cfr. anche l'art. 132-80 del codice penale francese) e rinvia al quadro criminologico della violenza di genere. Nella fenomenologia attuale dei rapporti

sentimentali l'elemento della convivenza stabile potrebbe non essere decisivo, potendo due persone intrattenere una relazione affettiva stabile senza vivere sotto lo stesso tetto: si pensi ad esempio a un rapporto extraconiugale oppure alla frequentazione assidua della casa del partner. Per far fronte ai problemi di determinatezza si potrebbe parlare di stabile relazione sentimentale piuttosto che di relazione affettiva, in questo modo escludendo tipologie di affetto che non rientrano nei rapporti di coppia. Parte del Gruppo ritiene comunque opportuno mantenere un riferimento alla convivenza<sup>2</sup>, che a questo punto andrebbe a riferirsi a rapporti non sentimentali (ad esempio due studenti che condividono l'appartamento).

Venendo all'ipotesi della cessazione del matrimonio, dell'unione civile o della relazione affettiva, situazioni oggi previste dal comma 2 dell'art. 577, in questo caso il referente criminologico va ravvisato in quelle situazioni in cui uno dei partner arriva a uccidere l'altro perché non accetta la fine del rapporto. Potrebbe però essere opportuno inserire un termine oltre il quale il previo matrimonio o relazione non sia più rilevante ai fini dell'ipotesi aggravata, o meglio specificare che la ragione dell'omicidio risiede nella precedente relazione (cfr. l'art. 132-80 del codice penale francese: *La circonstance aggravante prévue au premier alinéa est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. Les dispositions du présent alinéa sont applicables dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime*). Tale precisazione non appare invece opportuna nel caso di convivenza slegata da un rapporto sentimentale.

c) *La finalità di sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero di procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza.*

In un'ottica di semplificazione del sistema si potrebbe rinunciare alle circostanze previste dai numeri 3) e 4) dell'art. 576 c.p. La loro assenza nella giurisprudenza recente della Cassazione fa pensare che non si tratti di ipotesi molto frequenti. Inoltre resta il dubbio sull'opportunità di sanzionare comportamenti che rispondono pur sempre all'istinto di autoconservazione (cfr. § 1). Quanto alle esigenze di politica criminale segnalate a suo tempo da Alfredo Rocco (cfr. §1), basti ricordare l'esistenza di strumenti di contrasto alla criminalità organizzata molto più incisivi (ad es. l'art. 416 bis 1 c.p.).

d) *La connessione con i delitti previsti dagli articoli 572, 583-quinquies, 600-bis, 600-ter, 609-bis, 609- quater, 609-octies e 612-bis c.p.*

Si tratta di circostanze che rinviano ai casi in cui comportamenti violenti o minacciosi inquadrabili nei delitti di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, atti persecutori, ecc., danno luogo a una progressione che sfocia nell'omicidio della vittima.

Tuttavia, le ipotesi in esame non corrispondono perfettamente al quadro criminologico della violenza di genere. L'attuale assetto normativo distingue infatti l'omicidio realizzato «in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli articoli 572, 583-quinquies, 600-bis, 600-ter, 609-bis, 609-quater, 609-octies»

c.p. da quello posto in essere «dall'autore del delitto previsto dall'art. 612-bis nei confronti della persona offesa»: la diversa formulazione indicherebbe che la vittima di omicidio può essere diversa da quella del delitto connesso (Cass., sez. I, 26 maggio 2017, n. 29167), tranne che nel caso degli atti persecutori.

Se poi si considera che i casi di c.d. femminicidio riguardano di solito il partner o l'ex

---

<sup>2</sup> Cfr. le osservazioni di Marco Pelissero (Capitolo 12-ter di questa relazione), che mi hanno portato a modificare la mia posizione originaria.

partner, le aggravanti in esame potrebbero essere eliminate perché si sovrappongono a quelle inerenti ai rapporti tra autore e vittima. In mancanza di un tale rapporto, la connessione tra l'omicidio e la violenza sessuale, gli atti persecutori ecc. sarebbe invece regolata dalle norme sul concorso di reati, e quindi non si avrebbe un intollerabile vuoto di tutela.

A tal proposito va ricordato che già *de iure condito* la Cassazione esclude con argomentazioni discutibili l'applicabilità dell'art. 84 c.p. quando il reato connesso e l'omicidio sono commessi in tempi diversi (in relazione agli atti persecutori, Cass., sez. I, 12 aprile 2019, n. 20786; con riferimento alla violenza sessuale, Cass., sez. I, 26 maggio 2017, n. 29167), e ritiene che nel caso di condotte contestuali si avrebbe un reato complesso suscettibile di essere aggravato ai sensi dell'art. 61 numero 2) c.p. (Cass., sez. I, 28 gennaio 2005, n. 6775).

*e) L'aver commesso il fatto contro un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ovvero un ufficiale o agente di pubblica sicurezza, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio*

Si tratta di un'aggravante inserita nel 2008 e speciale rispetto a quella prevista dall'art. 61 numero 10 c.p. In linea con l'indicazione del Direttivo di limitare il più possibile il richiamo a circostanza comuni, tale ipotesi (che pure trova riscontri nell'art. 221-3 del codice penale francese) potrebbe essere abolita. Si eliminerebbe in questo modo una forma di tutela rafforzata che privilegia alcune categorie di vittime e non altre (si pensi alle persone uccise a seguito di abusi di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, rispetto alle quali opera la circostanza comune prevista dall'art. 61, n. 9 c.p.).

*f) L'uso del veleno o di altro mezzo insidioso*

I criminalisti dell'età intermedia prestarono una particolare attenzione all'omicidio commesso attraverso l'avvelenamento, sia perché a questo si collegava una presunzione di premeditazione, sia perché il veleno era considerato uno strumento particolarmente efficace e difficile da scoprire. La Relazione ministeriale fa invece riferimento alla «natura fraudolenta del mezzo che, ostacolando la privata difesa, agevola il conseguimento del fine omicida» (*Lav. prep. cod. pen.*, cit., 369).

L'abbandono delle presunzioni legali, i progressi nell'accertare le cause delle morte, l'esistenza di strumenti letali molto più efficaci del veleno portano oggi a dubitare dell'opportunità di mantenere tale aggravante nel sistema. Più in generale, anche un'arma da fuoco, un pesante oggetto contundente ecc., potrebbero ostacolare la privata difesa e agevolare il conseguimento del fine omicida, al pari del mezzo insidioso (se non addirittura di più). In ogni caso, se si volesse comunque porre l'accento sulla minorata difesa senza introdurre irragionevoli distinzioni incentrate sullo specifico mezzo impiegato (come fa il § 211 StGB quando parla di *Heimtücke*, che dottrina e giurisprudenza intendendo nel senso di approfittamento consapevole dell'ingenuità e della minorata difesa della vittima), si potrebbe riformulare l'aggravante comune prevista dall'art. 61, n. 5.

La giurisprudenza della Cassazione si preoccupa spesso di chiarire che cosa non è un mezzo insidioso (di recente, Cass., sez. I, 8 novembre 2018, n. 7992, in merito all'occultamento di un coltello da cucina; Cass., sez. I, 7 ottobre 2019, n. 6165, in relazione a un narcotico impiegato per ridurre in stato di incoscienza la vittima, poi uccisa per asfissia). L'eliminazione della circostanza potrebbe quindi rispondere anche a una logica di semplificazione.

*g) La premeditazione*

A partire dal codice Zanardelli per arrivare al progetto Pagliaro, la tradizione legislativa italiana contempla la premeditazione tra le aggravanti dell'omicidio senza definirla.

La prima questione da affrontare (se prevedere la premeditazione) ci porta al problema del fondamento dell'istituto. Dopo aver superato sia le teorie che attribuivano all'omicidio



premeditato una maggiore pericolosità oggettiva (in ragione della più accurata preparazione del delitto e delle ridotte possibilità di difesa della vittima), sia quelle incentrate su stati affettivo-caratteriali (la freddezza e pacatezza dell'animo), la dottrina più recente è sostanzialmente concorde nel considerare la premeditazione una forma particolarmente intensa di dolo, alla quale si attribuisce rilevanza aggravante nei reati di sangue per ragioni politico-criminali. Resta affidata alla riflessione sulla riforma della parte generale il tema dell'inserimento della premeditazione nel catalogo delle circostanze comuni (cfr. l'art. 21, n. 7 del Progetto Ferri, che menzionava «la preparazione ponderata del delitto»).

La seconda questione attiene invece all'opportunità di stabilire per legge i profili strutturali della premeditazione. Nel riprendere sostanzialmente gli esiti interpretativi della dottrina dominante, la Cassazione individua due requisiti della premeditazione: «un apprezzabile intervallo temporale tra l'insorgenza del proposito criminoso e l'attuazione di esso, tale da consentire una ponderata riflessione circa l'opportunità del recesso (elemento di natura cronologica), e la ferma risoluzione criminosa, perdurante senza soluzioni di continuità nell'animo dell'agente fino alla commissione del crimine (elemento di natura ideologica)» (cfr. da ultimo Cass., sez. I, 18 dicembre 2019, n. 17494).

Trattandosi di una massima tratatizia, la sua formalizzazione legislativa non sortirebbe effetti apprezzabili sulla prassi. Si potrebbe però specificare la durata minima dell'elemento cronologico, che la giurisprudenza riduce talvolta a poche ore. Oltre al remoto precedente del bando pontificio che richiedeva un intervallo di almeno sei ore (Carrara, *Pensieri sul progetto di Codice penale italiano del 1874*, Pisa, 1878, 207), si può citare il limite minimo delle ventiquattro ore previsto dall'art. 132° del codice penale portoghese (ai sensi del quale costituisce *homicídio qualificado* «*Agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou ter persistido na intenção de matar por mais de vinte e quatro horas*»). C'è però da dubitare che una riforma del genere sarebbe in grado di vincolare la prassi, considerando che il limite cronologico sarebbe facilmente aggirabile per via argomentativa (sul compito del giudice di stabilire la congruità dell'intervallo temporale, Cass., sez. I, 9 luglio 2019, n. 574).

*h) Le circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61.*

Sebbene si tratti di un rinvio a circostanze comuni, tali ipotesi meritano una considerazione specifica nell'ambito dell'omicidio in ragione del condiviso coefficiente di disvalore che esprimono. Si afferma tradizionalmente che la differenza tra sevizie e crudeltà risiede nel tipo di sofferenze provocate, fisiche nel primo caso e morali nel secondo. Considerando che chi adopera sevizie agisce sicuramente con crudeltà, si potrebbe semplificare la formulazione dell'ipotesi aggravante e parlare esclusivamente di crudeltà, specificando però che la condotta crudele deve essere realizzata ai danni della persona uccisa. Resterebbe quindi affidata alla disciplina dell'art. 61 numero 4 c.p. l'ipotesi in cui la crudeltà si rivolge a persone diverse, come nel caso dell'uccisione del figlio sotto gli occhi della madre.

## 9. Una proposta di formulazione

Art. XXX. Assassinio.

1. È punito con la pena da ...a ...chiunque cagiona la morte di una persona:

- 1) quando si tratta dell'ascendente o del discendente, del fratello o della sorella, dell'adottante o dell'adottato, del coniuge, della parte di una unione civile tra persone dello stesso sesso, oppure quando sussiste uno stabile rapporto sentimentale. La disposizione di cui al presente numero si applica anche in caso di divorzio o di annullamento del matrimonio, di cessazione dell'unione civile o di interruzione della relazione sentimentale, a condizione che il fatto sia stato commesso in ragione della

- preesistenza di uno di tali rapporti tra il colpevole e la persona offesa;
- 2) quando sussiste un rapporto di stabile convivenza;
  - 3) agendo nei suoi confronti con crudeltà;
  - 4) con premeditazione;
  - 5) per motivi abietti o futili;
2. Se concorrono due o più delle ipotesi previste dai numeri precedenti, la pena è aumentata.
3. Il tentativo è punibile.

## 5. PROSPETTIVE DI RIFORMA IN MATERIA DI SUICIDIO ASSISTITO E OMICIDIO *PIETATIS CAUSA*

Gianluca Gentile<sup>1</sup>

### 1. Introduzione. Il valore dell'ordinanza n. 207 del 2018

Il presente intervento riguarderà le disposizioni penali che interferiscono con le problematiche inerenti all'omicidio *pietatis causa* e al suicidio assistito, e cioè gli articoli 575, 579 e 580 c.p. Il Gruppo, che nel frattempo prosegue i lavori sulla riforma di tutti i reati dolosi contro la vita e l'integrità personale, ha deciso di presentare a questo Convegno le sue riflessioni su questo tema in considerazione dello scenario aperto dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale.

Com'è noto, la Corte costituzionale non ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 580 c.p., «almeno allo stato», ma ha annunciato che lo potrà fare nel caso in cui il Parlamento resti inerte oppure non regoli la materia in conformità alle esigenze di tutela evidenziate nell'ordinanza n. 207 del 2018: in estrema sintesi, il legislatore sarebbe chiamato a delineare entro il 24 settembre 2019 una disciplina che circoscriva la sfera applicativa dell'art. 580 c.p. e dichiari non punibile l'agevolazione al suicidio di «persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

Il primo tema che abbiamo discusso riguarda appunto il valore da attribuire all'ordinanza della Consulta. Come illustrato da Antonio Vallini nella sua relazione al Convegno di Torino, il Gruppo aveva deciso di «considerare validi a priori bilanciamenti tra beni, e indicazioni di disciplina, desumibili dalle decisioni (fossero pure opinabili) della Corte costituzionale e delle Corti europee». Senonché, Luciano Eusebi ci ha invitato a compiere un supplemento di riflessione su questa linea metodologica, evidenziando due profili problematici dell'ordinanza n. 207, il primo di ordine politico-istituzionale, il secondo di tipo contenutistico.

L'ordinanza n. 207 ha infatti inaugurato un'inedita tipologia decisoria che detta al Parlamento tempi e modi dell'intervento legislativo: in altri termini, commenta ancora Eusebi, una sorta di inedita legge-delega della Consulta dall'incerto statuto costituzionale. Inoltre, dato che la Corte non può vincolare le proprie decisioni future, nulla esclude che il 24 settembre 2019 torni sui suoi passi prendendo in considerazione l'evolversi del dibattito.

Per quanto attiene invece al profilo contenutistico, la Corte solleciterebbe il Parlamento a mettere in discussione una propria legge emanata pochi mesi prima, e cioè la l. n. 219 del 2017, che: a) ha ritenuto legittime le sole scelte di fine vita che riguardano l'attivazione e la prosecuzione dei trattamenti medici; b) ha viceversa mantenuto lo stigma dell'illiceità su quelle condotte che comportino il decesso del paziente attraverso modalità diverse dall'astensione del medico. Invece l'indicazione della Corte di ammettere, a certe condizioni, forme di suicidio assistito andrebbe a rompere questo punto di equilibrio individuato dal Parlamento, e soprattutto andrebbe a scuotere un principio fondamentale dell'ordinamento, quello «secondo cui la relazione con l'altro non può mai legittimamente estrinsecarsi (fatte salve le circostanze che escludono la pena di cui agli artt. 52 ss. c.p.) nell'elidere il suo stesso *essere*» (L. Eusebi):

---

<sup>1</sup> Si tratta della relazione presentata all'VIII Convegno dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto penale (*La riforma dei reati contro la persona*, Napoli, 30-31 maggio 2019). Nei contenuti, il testo rappresenta una sintesi delle varie opinioni emerse dall'ampio dibattito sviluppatosi all'interno del gruppo di ricerca.

secondo una preoccupazione riferita, fra l'altro, a evitare dinamiche di implicita sollecitazione dei soggetti deboli a operare scelte di conclusione anticipata della loro vita<sup>2</sup>.

Traendo le fila del ragionamento sul terreno delle prospettive di riforma, una possibile opzione è pertanto quella di consapevole presa di posizione politica del Parlamento, dalla quale emerga la volontà di confermare l'impianto della l. n. 219 del 2017 e di negare legittimità a qualunque forma di suicidio assistito (senza che ciò precluda, come vedremo, un eventuale intervento di riduzione o diversificazione dei carichi sanzionatori).

La questione sollevata da Luciano Eusebi tocca un nervo sensibilissimo dei rapporti tra

---

<sup>2</sup> Sollecitato anche dal coordinatore del gruppo a precisare la sua riflessione, Luciano Eusebi l'ha sintetizzata in questi termini: «La finalità, condivisa dalla Commissione, di operare un'esposizione delle modalità (e dei problemi connessi) con cui potrebbe realizzarsi un intervento legislativo a seguito dell'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale non può comportare che si escluda di considerare in senso problematico lo stesso passaggio giuridico di fondo, ipotizzato dalla Corte, consistente nell'introdurre un ambito di ammissibilità della cooperazione alla decisione altrui di provocare la propria morte.

Ciò sia perché restano tra gli scenari possibili, nell'ambito di un rapporto delicatissimo fra i poteri dello Stato che sta animando un serrato dibattito tra i costituzionalisti, quello di un non intervento del legislatore oppure di un intervento del medesimo inteso a differenziare fra diverse situazioni le conseguenze (che potrebbero essere di diversa entità o natura) della suddetta cooperazione, ribadendo in tal modo il punto di equilibrio a suo tempo espresso con la legge n. 219/2017 (incentrato sulla salvaguardia del principio dell'*habeas corpus* anche con riguardo a trattamenti salvavita, ma con esclusione, come costantemente ribadito dalla relatrice di maggioranza alla Camera, dell'apertura a forme di cooperazione alla morte); sia perché, quale che sia la portata da attribuirsi all'ordinanza della Corte costituzionale, ciascuno di noi resta interpellato (e tanto più nel momento in cui si rifletta sulla riforma dei delitti contro la persona) rispetto al quesito se ritenga o meno di condividere un passaggio – ammettere la cooperazione al darsi la morte – del più grande spessore problematico: un passaggio che, personalmente, non posso condividere né, dunque, avallare e rispetto al quale, nell'ambito stesso della Commissione sussistono alcune altre posizioni (quantomeno) di perplessità: secondo un quadro diversificato che è lecito ritenere riprodursi in un contesto giuridico più generale (come emerge anche in taluni tra gli scritti del volume, sul tema in oggetto, a cura di Cupelli e Marini).

Del resto, il punto di equilibrio realizzatosi con la legge n. 219 risulta molto ragionevole. Da un lato garantisce che la vita possa concludersi, comunque, senza sofferenza ricorrendo, ove la terapia del dolore non risulti sufficiente, alla sedazione palliativa profonda, e ciò anche nel caso in cui il malato rinunci a trattamenti di sostegno vitale. Mentre il limite rappresentato dalla non autorizzazione di condotte cooperative al prodursi innaturale di un'anticipazione della morte garantisce che la relazione con la persona sofferente resti incentrata sull'investimento di risorse umane e materiali nei confronti della medesima e che non si determinino trend – oggi tutt'altro che teorici – di sollecitazione, per ragioni economiche, a scelte consensuali di rinuncia alla vita da parte di soggetti deboli. Un rischio, quest'ultimo, di portata così ampia e di così forte incidenza potenziale sui livelli sostanziali di *democraticità* della nostra convivenza civile da consigliare ogni cautela nell'aprire all'ingerenza di terzi nell'iter di determinazione della morte altrui. Considerando, fra l'altro, il pressoché automatico passaggio, una volta ammesso uno spazio per simile ingerenza, a richiederne un'estensione sempre più lata, senza il limite stesso dell'essere in atto trattamenti di sostegno vitale del malato e, dunque, sulla base dei soli riferimenti del tutto indefiniti a una patologia irreversibile e a sofferenze soggettivamente intollerabili (piuttosto che, p. es., a livelli valutabili delle sintomatologie dolorose): fino a discutere dell'ammissione di condotte eutanasiche, muovendo dal caso del malato non in grado di autosomministrarsi un farmaco letale. Come illustra chiaramente nel suo prosieguo questa stessa relazione.

Ora, la Corte costituzionale avrebbe avuto gli strumenti per intervenire sull'art. 580 c.p., anche descrivendo puntualmente gli ambiti della cooperazione in oggetto che avesse ritenuto di ammettere. Ma non lo ha fatto, ritenendo implicitamente necessario uno scrutinio, a tal fine, di natura non soltanto giudiziaria. E tuttavia proponendo al Parlamento, con quella che appare una palese forzatura, l'assunto secondo cui simile passaggio sarebbe già stato compiuto dalla legge n. 219/2017, in quanto la medesima ammette la richiesta di interrompere pure trattamenti di sostegno vitale (il che rende impossibile al medico procrastinare i trattamenti stessi: ben altra cosa dall'attivarsi per procurare artificialmente la morte). Così che la Corte sembra prospettare al Parlamento una sorta di mero adeguamento legislativo rispetto a un passaggio ormai acquisito: laddove invece quel passaggio, finora, non lo si è affatto compiuto. Per cui appare importante che il Parlamento concentri in primis la sua attenzione sulla opportunità di compiere tale passaggio e di avallare il summenzionato assunto. Posto che una presa di posizione, in proposito, del Parlamento, in quanto organo costituzionale prioritariamente deputato a definire gli assetti normativi anche su temi che coinvolgono beni fondamentali, non potrebbe rimanere affatto priva di rilievo per la stessa Corte costituzionale».

poteri dello Stato e si inquadra nel dibattito sul c.d. dilemma contro maggioritario, e cioè sulla legittimazione della Corte costituzionale, organo non eletto dal popolo, a decidere su questioni squisitamente politiche come quelle eticamente sensibili. Preso atto di ciò, altri componenti del Gruppo hanno comunque espresso l'idea che in sede scientifica lo studioso sia pienamente legittimato a criticare argomenti e soluzioni delle sentenze delle Corti supreme, senza esserne in nessun modo vincolato; viceversa, quando si ragiona in prospettiva di riforma bisognerebbe formulare proposte che, nel caso in cui venissero approvate dal Parlamento, non si esponessero all'elevata probabilità di essere successivamente invalidate dalla Corte costituzionale.

A questo punto, se accettiamo di dar seguito alla decisione della Corte, appare essenziale comprendere quali siano gli spazi di manovra dell'aspirante legislatore. Su questo aspetto, tuttavia, l'ordinanza n. 207 presenta un'ambiguità di fondo: posto che l'art. 580 c.p. è collegato al dovere dello Stato di tutelare la vita, e non all'autodeterminazione del singolo, lo spazio di liceità ritagliato dalla Corte si fonda sul diritto a rifiutare i trattamenti di sostegno vitale oppure sul diritto del malato sofferente a morire?

L'ordinanza sembra lasciare spazio a entrambe le opzioni, perché il divieto generalizzato di aiuto al suicidio è considerato nella stessa frase prima come un limite posto al malato nella «scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze», poi come l'imposizione di «un'unica modalità per congedarsi dalla vita». Oppure si afferma che il suicidio assistito sarebbe in alcuni casi «l'unica via d'uscita per sottrarsi» alle cure, e allo stesso tempo si dice che «la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua».

In altri termini, nella prima prospettiva, il diritto da garantire è quello all'autodeterminazione terapeutica e il suicidio assistito sarebbe il mezzo per assicurarne l'effettività in alcuni casi particolari; nella seconda la rinuncia ai trattamenti vitali sarebbe una delle modalità di realizzazione del diritto a lasciarsi morire, ma non l'unica. Vedremo in seguito che esiste anche una terza possibilità, sulla quale stanno ragionando in particolare Ombretta Di Giovine e Antonio Vallini, e cioè che le scelte esistenziali relative al morire e al soffrire si collochino in uno spazio di libertà regolamentata che non legittima pretese verso terzi, come invece il diritto soggettivo, ma che allo stesso tempo deve essere tendenzialmente libero dal diritto penale (beninteso, non dal diritto *tout court*).

Il problema del fondamento del suicidio assistito è di cruciale importanza. Se esso va ravvisato nel principio di autodeterminazione terapeutica, l'aiuto al suicidio sarà lecito solo quando riguardi un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale. Per intenderci, sarebbe il caso di chi, come Fabiano Antoniani, è affetto da una patologia irreversibile, patisce sofferenze «incoercibili», dipende parzialmente da un respiratore artificiale ed è capace di esprimere un valido rifiuto di cure; ma non anche il caso di chi, come Davide Trentini, è altrettanto capace, ha una patologia irreversibile che procura dolori lancinanti (nel caso di specie, la SLA secondaria progressiva) ma non dipende da trattamenti di sostegno vitale; con la conseguenza che Marco Cappato, il quale ha aiutato entrambi a morire in Svizzera, dovrebbe essere punito per la vicenda di Trentini ma non per quella di Antoniani. La soluzione sarebbe invece diversa se ragionassimo in termini di diritto o di libertà a scegliere come morire, perché a questo punto il requisito del sostegno vitale non sarebbe più necessario.

Di fronte a questa pluralità di opzioni (in primo luogo se dare seguito all'ordinanza n. 207; in seconda battuta, come), il Gruppo non ha raggiunto un accordo su un'unica soluzione normativa e ha preferito sottoporre al dibattito tutte le possibili opzioni di riforma.

Un'ultima avvertenza. Il Gruppo è consapevole del fatto che, di regola, una richiesta di morte non proviene da soggetti accuditi e intellettualmente strutturati come ad esempio Piergiorgio Welby, Walter Piludu o Fabiano Antoniani, ma da persone «più deprivate economicamente,

socialmente e soprattutto affettivamente, in situazioni di abbandono anche emotivo»: in questi casi, osserva Ombretta Di Giovine, «il diritto di morire [...] rischia di trascendere insensibilmente in un atroce dovere». Da parte sua, Maria Beatrice Magro ci ricorda che dietro una richiesta di morte si nasconde molto spesso un bisogno di «compassione, di amore, di salvezza; ancora, Luciano Eusebi ci mette in guardia dalla «rottamazione, formalmente consensuale, di soggetti deboli». È altrettanto vero, nondimeno – ci tiene a ricordare Antonio Vallini - che come insegnano molte biografie, le narrative degli stessi interessati, o le testimonianze dei medici palliativisti, in tanti casi la richiesta di aiuto al morire non è indotta da condizioni di abbandono, di solitudine, di trascuratezza o di scarsa capacità di intendere, ed è bensì “semplicemente” motivata dall’esigenza di porre termine a un dolore globale, a un intollerabile senso di offesa alla propria soggettiva dignità o, ancora, all’angoscia indotta da un’esistenza che ormai è soltanto afflizione e attesa della fine, sicché appare problematico frapporre ostacoli “assoluti” a tale domanda, quali quelli determinati dai divieti penali attualmente vigenti, in nome della salvaguardia di esigenze che non sono quelle rilevanti nel caso specifico; pena, altrimenti, il rischio di strumentalizzare il sofferente per fini che lo trascendono, indebitamente comprimendo lo spazio di libertà su se medesimo che ancora gli compete. Vanno insomma considerate le parole di Loris Bertocco, che dopo aver lottato per 40 anni contro una malattia sfociata nella paralisi e nella cecità ha spiegato in un lucido e toccante memoriale le ragioni che lo hanno portato a togliersi la vita in una clinica svizzera nel 2017: «Sono convinto che, se avessi potuto usufruire di assistenza adeguata [...] avrei vissuto meglio la mia vita, soprattutto questi ultimi anni, e forse avrei magari rinviato di un po’ la scelta di mettere volontariamente fine alle mie sofferenze. Ma questa scelta l’avrei compiuta comunque, data la mia condizione fisica che continua progressivamente a peggiorare e le sue prospettive».

Quello su cui tutti i membri della commissione convengono, è che qualunque disciplina futura non potrà prescindere da cospicui investimenti finanziari nell’assistenza ai malati e dovrà valorizzare, e nel caso anche potenziare, soluzioni già previste dalla legge n. 219 del 2017: le azioni di sostegno e l’assistenza psicologica al paziente che rifiuta le cure salvavita (art. 1, co. 5); la pianificazione delle cure condivisa (art. 5, co. 4); l’erogazione delle cure palliative (art. 2). In linea di principio, un ordinamento di matrice solidarista deve tendere a evitare i suicidi, non ad agevolarli.

## **2. Il suicidio assistito nei casi espressamente stabiliti dall’ordinanza n. 207 del 2018**

L’ordinanza n. 207 è molto chiara nel delineare il contenuto minimo dell’auspicato intervento di riforma: si ritiene illegittimo punire chi ha aiutato Fabiano Antoniani a morire e chi in futuro aiuterà a morire persone che si troveranno nella stessa tragica condizione.

Beninteso, parlo di contenuto minimo perché vedremo che i progetti in discussione vanno molto al di là di quanto richiesto dalla Corte costituzionale, ma non intendo occultare la portata, tutt’altro che minima, del passo che si chiede di compiere. Se dal punto di vista del paziente sofferente il rifiuto dei trattamenti vitali e la richiesta di suicidio assistito possono sembrare equivalenti, non lo sono dal punto di vista del medico, il quale è vincolato al suo codice deontologico, come ha ricordato di recente il Presidente della Federazione nazionale degli Ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (art. 17: «il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte»): per dirla con Roberto Bartoli, a seguito della rinuncia ai trattamenti la morte sopraggiunge perché la malattia non è più contrastata; nel caso di suicidio assistito, invece, è necessario fornire al paziente una sostanza letale che attiva un decorso causale diverso dal progredire della patologia.

Oltre a stabilire l’obiettivo della riforma, la Corte individua anche alcuni profili della futura regolamentazione, «ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte

discrezionali». Vediamoli rapidamente.

A) *La collocazione topografica*. La Corte osserva che la disciplina del suicidio assistito potrebbe essere inserita nel contesto della legge n. 219 del 2017, in modo da inscrivere nel quadro della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico» (in questo senso si è mossa la proposta di legge Cecconi e altri, Camera n. 1586). Come detto, il Gruppo sottolinea la differenza tra la rinuncia di trattamenti e suicidio assistito e, e quindi osserva che un intervento sulla legge n. 219 del 2017 potrebbe sembrare incompatibile con l'immagine tradizionale del medico e dei suoi doveri. Senza rinunciare a una procedura che valorizzi il dialogo tra gli esperti e il paziente, la normativa potrebbe trovare spazio nel codice penale oppure in un testo legislativo apposito (così il disegno di legge Mantero e altri, Senato n. 912), magari inserendo una disposizione di richiamo nel codice penale sul modello dell'art. 590-*sexies* c.p.

B) *Il prerequisito della terapia del dolore*. La Corte sottolinea che il paziente deve essere messo nelle condizioni di «vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza», paventa che l'introduzione del suicidio assistito faccia venir meno l'impegno delle strutture sanitarie nell'offrire cure idonee ad alleviare o eliminare la sofferenza e pertanto suggerisce di prevedere la terapia del dolore come prerequisito delle successive scelte del paziente.

Il Gruppo condivide i timori della Corte. Dal quadro che ci ha illustrato Stefano Canestrari sulla scorta del recentissimo *Rapporto sullo stato di attuazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010 "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore"* (31 gennaio 2019) emerge infatti che la carenza di medici palliativisti e la scarsa diffusione della cultura della medicina palliativa rendono l'erogazione delle cure palliative disomogenea sul territorio nazionale.

Va allo stesso tempo ricordato che «anche il miglior sistema di cure palliative, seppure efficace nel ridurre grandemente le richieste di eutanasia e di suicidio medicalmente assistito, non è però in grado di annullarle» (L. Orsi), e quindi non basterebbe a superare il profilo di legittimità costituzionale evidenziato dall'ordinanza n. 207 (si ricordi che Antoniani scelse la strada del suicidio assistito ritenendo insoddisfacente sia l'opzione della terapia del dolore, perché non voleva passare gran parte del suo tempo privo di coscienza, sia quella del distacco dal respiratore artificiale accompagnato dalla sedazione palliativa profonda, perché la morte non sarebbe sopraggiunta istantaneamente).

Una particolare specie di terapia del dolore è data appunto dalla sedazione palliativa profonda, che consiste nella somministrazione di farmaci che hanno l'effetto di ridurre il livello di coscienza fino ad annullarla, eliminando così la percezione della sofferenza. È importante sottolineare che la sedazione palliativa profonda si distingue concettualmente dall'eutanasia indiretta perché persegue esclusivamente la finalità di alleviare la sofferenza, non quella di abbreviare la vita. Apprendiamo infatti da un parere del Comitato nazionale di bioetica che «la durata media della sopravvivenza dei pazienti sedati in fase terminale non differisce da quella dei pazienti non sedati» e che anzi in alcuni casi i pazienti sedati sono sopravvissuti addirittura più a lungo (Comitato nazionale di bioetica, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016).

Nel riprendere una raccomandazione del già citato parere del Comitato nazionale di bioetica, l'art. 2, legge n. 219 del 2017, prevede che il medico possa ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua nei casi di paziente consenziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte. Il disegno di legge Marcucci e altri, Senato n. 966, estende la sedazione palliativa profonda anche ai pazienti sofferenti ma non terminali («soggetti maggiorenni, capaci di intendere e di volere, affetti da patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale, o con disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari»). Parte del Gruppo guarda con interesse a questa soluzione, che avrebbe il pregio di essere un compromesso

virtuoso tra l'esigenza di risolvere il problema della sofferenza del malato e quella di tutelare il bene della vita. Altri componenti osservano però che le linee guida in materia prevedono il requisito dell'imminenza della morte perché la gestione di una sedazione prolungata comporterebbe notevoli difficoltà di ordine clinico e relazionale. Di conseguenza, un'eventuale opzione legislativa volta a estendere per via legislativa i presupposti della sedazione palliativa profonda ai pazienti non terminali potrebbe incontrare molte resistenze da parte dei medici. Inoltre va considerato il rischio che una sedazione profonda continua a lungo termine sfoci in pratiche di eutanasia occulta, perché la morte può essere accelerata se viene utilizzato un dosaggio dei farmaci sedativi sproporzionato alla necessità di diminuire o abolire il dolore.

C) *La verifica medica dei presupposti per richiedere l'aiuto e la disciplina della procedura.* Dei quattro requisiti enunciati dalla Corte, due presentano minori difficoltà di accertamento perché possono rifarsi a parametri più oggettivi: alludo alla irreversibilità della malattia e al mantenimento in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale. Molto più delicata, invece, la verifica degli altri due presupposti, e cioè la presenza di sofferenze fisiche o psicologiche provocate dalla patologia e ritenute assolutamente intollerabili dal paziente e la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli.

A ben vedere, anche il grado di intollerabilità delle sofferenze fisiche può avere un riscontro oggettivo. Per fare un esempio, Fabiano Antoniani era vittima di contrazioni ingovernabili, nell'ordine di 60/70 al giorno, che non potevano essere controllate se non con la sedazione («non dico un coma farmacologico, ma quasi», dirà in dibattimento la consulente del PM); analogamente, le giornate di Davide Trentini erano funestate da spasmi dolorosissimi che le pasticche all'oppio non riuscivano più a lenire. Per quanto attiene alle sofferenze psicologiche, Maria Beatrice Magro ci informa su alcuni studi che hanno esplorato le condizioni che determinano la «sofferenza insopportabile» attraverso le analisi di interviste a pazienti terminali o incurabili. Da tali interviste emerge, in sintesi, che tutte le emozioni si intensificano quando la fine è prossima; che il paziente si sente di dipendere totalmente dalla famiglia e dagli amici «e ne percepisce più acutamente ansia, dolore, incomprensione, rabbia» (si ricordi che Fabiano Antoniani non ha chiesto il distacco dal respiratore per il dolore che avrebbero provato i suoi cari nel vederlo agonizzare); che subentra la paura del dolore o di non essere in grado di affrontarlo; la paura di essere dipendenti e di essere di peso, la paura di perdere la vita e le persone più importanti; lo sconforto per gli obiettivi non raggiunti o lasciati a metà; e così via. Occorre pertanto accostarsi a questo groviglio emotivo con grande sensibilità, non per sindacarne il grado di tollerabilità, che spetta al paziente misurare, ma per capire se è possibile offrire un supporto materiale e psicologico in grado di incidere su qualcuna di queste cause.

Passando alla capacità di prendere decisioni libere e consapevoli, Stefano Canestrari è scettico in merito all'esistenza di un esperto in grado di «valutare l'intensità e la «curabilità» delle ferite della nostra anima». Non esistono regole che consentano di capire se un impulso suicida è libero o no, né sarebbe possibile identificare categorie di persone più vulnerabili: «poiché la scelta suicida è ambivalente e poiché la conoscenza che ne abbiamo è assai limitata, ogni classificazione appare parziale». Invece, nel caso ritagliato dall'ordinanza n. 207 la sussistenza di presupposti oggettivi (la patologia irreversibile, le sofferenze intollerabili, il sostegno vitale) renderebbe più agevole l'accertamento della libertà di autodeterminazione del paziente. Secondo Canestrari, inoltre, nelle tragiche situazioni prese in considerazione dalla Corte, l'utilizzo del termine suicidio appare improprio: «il suicidio è un attacco letale alla vita di sé e in queste drammatiche vicende concrete non si vuole in realtà «uccidere se stessi», ma liberarsi da un corpo che è diventato una prigione».

Mostra maggiore scetticismo sulla possibilità di un riscontro oggettivo Luciano Eusebi, che ci mette in guardia dal rischio che la volontà del paziente, sebbene formalmente valida, subisca l'influenza delle istanze sociali, veicolate anche dai mass media, orientate a presentare come scelte dignitose le sole decisioni implicanti il determinarsi ravvicinato della morte: senza



dimenticare che queste sollecitazioni culturali si inseriscono in un contesto in cui il sistema sanitario è economicamente in affanno, sicché la formalizzazione del diritto a morire potrebbe andare di pari passo con l'obiettivo di ridurre le spese sanitarie destinate alla cura di soggetti deboli.

Riprendendo alcune di queste considerazioni sui requisiti di validità del consenso, Ombretta Di Giovine e Antonio Vallini ritengono cruciale che la procedura non si limiti a un burocratico accertamento delle condizioni di salute del paziente e a una verifica formale *ex post* della richiesta del paziente, ma tenda alla formazione di una volontà consapevole anche attraverso la prospettazione di alternative reali e disponibili (quali ad es., appunto, forme di sedazione palliativa), allo scopo, quando possibile, di prevenire o rimandare la scelta estrema, non mediante coercizioni o minaccia di pena per chi assiste, bensì con gli strumenti del dialogo con il malato "rispettoso della profondità che gli compete" (S.Ambroset – L.Orsi), quali quelli già noti a buone prassi di cure palliative. Si deve quindi avere «un processo (che si forma nel tempo) cui partecipino anche soggetti diversi dal malato e in cui, soprattutto, sia garantito - già a livello legislativo - un supporto psicologico e il confronto con il personale sanitario» (che a sua volta potrebbe chiamare in causa, se utile allo scopo, familiari, servizi sociali od ogni altro soggetto che offra valide possibilità di sostegno morale o materiale).

Un cenno infine agli aspetti più specificamente procedurali. La proposta di legge Cecconi e altri prevede che le condizioni di liceità siano attestate dal medico che procede e confermate dal responsabile della struttura sanitaria e rinvia a un futuro regolamento l'individuazione delle modalità di accertamento; il disegno di legge Mantero e altri parla invece genericamente di un altro medico.

Sarebbe preferibile specificare che il secondo medico consultato «non deve aver avviato alcun contatto precedente con il paziente, neanche di tipo personale, deve assicurare la propria indipendenza di giudizio nei confronti del medico curante e deve essere competente rispetto alla patologia esaminata» e si potrebbe pensare a una Commissione di controllo istituita a livello nazionale che esamini la documentazione di tutti i casi di suicidio assistito (così la proposta di legge Camera n. 2218 del 24 marzo 2014, Di Salvo e altri, che riprende il modello olandese).

D) *L'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale e l'obiezione di coscienza.* Le due questioni sono strettamente legate tra loro e rinviano a loro volta alla qualificazione giuridica del suicidio assistito. L'assegnazione di tale pratica al Servizio sanitario nazionale prospettata dal DDL Cecconi deporrebbe a favore dell'esistenza di un diritto del malato sofferente a essere aiutato a morire, del quale dovrebbe farsi carico la fiscalità generale. Si dovrebbe però concedere l'obiezione di coscienza a quei medici che ritengono il suicidio assistito in contrasto con il loro quadro di valori. Siamo infatti dinanzi a una fattispecie diversa dal rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, che invece è pienamente radicata nel terreno del consenso informato e quindi della relazione terapeutica tra medico e paziente: non a caso, la legge n. 219 del 2017 non concede spazio all'obiezione di coscienza.

Un sistema di strutture private regolamentate sarebbe invece coerente con una qualificazione del suicidio assistito in termini di libertà e non renderebbe necessaria la clausola dell'obiezione di coscienza perché prestare servizio in dette strutture sarebbe una facoltà, non un obbligo. Certo, l'addossare i costi sul paziente potrebbe operare una selezione di matrice sgradevolmente classista, come ci ricorda la vicenda di Davide Trentini, rivoltosi a Mina Welby e a Marco Cappato anche per raccogliere i soldi necessari a pagare la clinica svizzera.

Teniamo presente che l'inquadramento del suicidio assistito nell'ambito del Servizio sanitario nazionale avrebbe l'effetto di escludere gli stranieri non residenti, che non hanno diritto a tutte le prestazioni erogate dalla Sanità pubblica, e quindi limiterebbe il problema del c.d. turismo del suicidio (in questa direzione si è mossa la legislazione canadese). Tuttavia, una soluzione del genere potrebbe essere adottata anche nel sistema privato, tenendo presente che

alcune cliniche private svizzere offrono il suicidio assistito ai soli residenti svizzeri.

E) *La disciplina delle vicende pregresse.* Solo il DDL Marcucci dedica un cenno fugace alla questione, precisando che la causa di non punibilità che si intende introdurre riguarda anche le condotte realizzate prima dell'entrata in vigore della legge. Gli altri si affidano interamente alla disciplina dell'art. 2 c.p. Tuttavia, considerando che potrebbero sorgere dei dubbi sull'applicabilità del comma 2 o del comma 4 a seconda della qualificazione dommatica che si intenderà attribuire alla futura opzione legislativa (esclusione della tipicità, scriminante procedurale, causa di non punibilità in senso stretto, ecc.), sarebbe pertanto opportuna una disposizione transitoria che, sul modello dell'art. 22 l. n. 194/1978, disciplini la sorte delle sentenze passate in giudicato e sancisca che non è punibile ai sensi dell'art. 580 c.p. chi abbia commesso il fatto prima dell'entrata in vigore della legge quando il giudice accerti che sussistevano i presupposti fattuali di ammissibilità prescritti dalla nuova disciplina (non anche che sia stata rispettata una procedura inesistente al momento della commissione del reato).

### 3. Al di là dell'ordinanza n. 207 del 2018

Fino ad ora abbiamo ragionato sulla fattispecie delineata dalla Corte costituzionale, ritenendo che il sostegno a mezzo di trattamenti vitali sia un requisito di ammissibilità essenziale del suicidio assistito. Inoltre, ci siamo confrontati esclusivamente con l'art. 580 c.p., il reato contestato a Marco Cappato: è stato infatti Fabiano Antoniani a darsi la morte attivando il meccanismo dell'iniezione letale con l'unica parte del corpo che riusciva ancora a muovere, la bocca. Ci siamo insomma strettamente attenuti al dettato dell'ordinanza n. 207. Dobbiamo ora riprendere l'interrogativo postoci all'inizio, e cioè se il legislatore possa intraprendere passi ulteriori.

Un primo problema potrebbe porsi quando il paziente presenta tutti i requisiti menzionati dall'ordinanza n. 207, ma non può darsi la morte da solo perché totalmente paralizzato. In questo caso, quella morte rapida «corrispondente alla propria visione della dignità nel morire» di cui parla la Corte dovrebbe essere cagionata da un terzo e di conseguenza non sarebbe più configurabile l'art. 580 c.p., ma l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.). Anche in questo caso andrebbe esclusa la punibilità? Si potrebbe rispondere di no osservando che l'art. 579 c.p. stigmatizza una condotta più grave dell'art. 580 c.p., quella di chi assume su di sé la responsabilità di cagionare la morte di un terzo, e quindi non merita il trattamento di favore previsto per il suicidio assistito. D'altro canto, ciò porrebbe problemi di compatibilità con l'art. 3 Cost., perché la differenza tra l'impunità del fatto e la reclusione da 6 a 15 anni sarebbe esclusivamente incentrata sulla condizione personale del malato. Infatti, il malato che è in grado di attivare il meccanismo di iniezione letale potrebbe esercitare il suo diritto alla sospensione dei trattamenti vitali anche quando il processo di morte non fosse rapido, grazie alla via strumentale del suicidio assistito; invece, sarebbe preclusa la via strumentale dell'omicidio del consenziente e quindi il malato totalmente paralizzato non godrebbe pienamente dello stesso diritto per la sola ragione di trovarsi in una condizione particolarmente sfortunata.

Un secondo problema, che investe un numero di casi di gran lunga più frequente, riguarda il paziente affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che trova assolutamente intollerabili, capace di prendere decisioni libere e consapevoli ma non tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale: è il caso, già citato, di Davide Trentini, al momento *sub iudice* presso il Tribunale di Massa.

Torniamo così alla questione del fondamento del suicidio assistito. Se quest'ultimo va considerato uno strumento per garantire nella sua pienezza il diritto all'autodeterminazione terapeutica, il requisito della dipendenza dai trattamenti salvavita sarebbe un elemento essenziale dello spazio di liceità che la Corte sottrae all'altrimenti pervasivo divieto di

assistenza al suicidio, a sua volta espressione del dovere dello Stato di tutelare la vita ai sensi dell'art. 2 Cost. In questa prospettiva, i presupposti della malattia irreversibile e delle sofferenze, che di solito non incidono sul diritto all'autodeterminazione terapeutica – si pensi alla donna che rifiuta di farsi tagliare la gamba in cancrena –, si potrebbero spiegare nell'ottica di circoscrivere il più possibile una forma di rinuncia alle cure che, diversamente dal solito, necessita di un terzo che agevoli la morte, e non la lasci semplicemente accadere. La Corte avrebbe così stabilito non solo un contenuto minimo, ma anche un limite massimo alla discrezionalità del Parlamento, al quale sarebbe precluso introdurre forme lecite di suicidio assistito per chi si trova nelle condizioni di Davide Trentini.

Esiste però un'altra possibilità, e cioè che il suicidio assistito sia espressione del diritto o della libertà di morire per evitare sofferenze, al momento solo abbozzati, e che l'ordinanza n. 207 non abbia inteso individuare una volta per tutte il novero delle eccezioni al dovere di tutelare la vita, ma solo circoscrivere il più possibile la fattispecie in vista di un'eventuale inerzia del legislatore.

Nel Gruppo sono emerse posizioni differenti, ma a mio avviso la Corte potrebbe risolvere il caso Cappato dichiarando incostituzionale l'art. 580 c.p. laddove incrimina l'aiuto al suicidio a favore di chi si trova nelle condizioni di Fabiano Antoniani; un precedente in tal senso potrebbe ritrovarsi nella celebre sentenza n. 27/1975, che ritagliò dal divieto generalizzato di aborto di donna consenziente l'ipotesi della gravidanza dannosa o gravemente pericolosa per la salute della madre (per inciso senza previamente concedere al legislatore la possibilità di regolare la materia).

Va detto che i progetti di riforma presentati in Parlamento vanno al di là di quanto espressamente chiesto dall'ordinanza n. 207 perché prescindono dal requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale.

Il DDL Marcucci interviene sul solo art. 580 c.p. e richiede quali presupposti di liceità la maggiore età, la capacità di intendere e di volere, «una patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale», oppure una disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari. Per un errore di coordinamento, che sicuramente non corrisponde all'*intentio legislatoris* ma non mi pare sanabile in via interpretativa, diverrebbe lecito anche l'aiuto al suicidio di una persona affetta da una «patologia dolorosa cronica da moderata a severa». Si tratta di una disciplina insoddisfacente perché si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio senza preoccuparsi di istituire una procedura di verifica delle condizioni richieste, tra l'altro non particolarmente stringenti (la capacità di intendere e di volere non comporta anche che la scelta sia libera e ponderata). Tra l'altro, la causa di non punibilità (così la rubrica dell'art. 4) sarebbe destinata a chiunque, e non solo ai medici.

Il DDL Mantero, il DDL Cecconi e il DDL Senato n. 900, Cerno e Pittella, dispongono invece che gli articoli 575, 579, 580 e 593 c.p. non si applicano ai medici e al personale sanitario che abbiano preso parte a un trattamento eutanasi, consistente nella somministrazione da parte del personale medico di farmaci aventi lo scopo di provocare, con il consenso del paziente, la sua morte immediata e indolore. Nel DDL Mantero si deve trattare di paziente maggiorenne, che abbia espresso una valida richiesta, che non si trovi in stato neppure temporaneo di incapacità di intendere e di volere, che sia affetto da una patologia caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta o affetto da sofferenze fisiche o psichiche insostenibili e irreversibili (si noti che i due requisiti sembrano alternativi, diversamente da quanto previsto nell'ordinanza n. 207), che sia stato adeguatamente informato sulle alternative terapeutiche e sulle cure palliative. I requisiti posti dal DDL Cecconi e dal DDL Cerno e Pittella sono simili, ma si precisa che dev'essere una malattia inguaribile o con prognosi infausta inferiore a diciotto mesi a provocare gravi sofferenze e si inserisce nella procedura un momento di dialogo con i parenti del paziente, se egli lo desidera.

Ci troviamo pertanto di fronte a proposte di riforma che renderebbero lecito non solo il suicidio assistito, ma anche l'omicidio *pietatis causa*; si potrebbe perfino prescindere dall'attualità del consenso del paziente, il quale potrebbe esprimere una richiesta anticipata di trattamento eutanasi, accompagnata dalla nomina di un fiduciario, per i casi di successiva incapacità di manifestare la propria volontà.

Si aprono scenari da valutare con grande cautela. Qualcuno avrà motivo di vedere una conferma dello *slippery slope*, del pendio scivoloso che inevitabilmente si imbecca nel momento in cui si rinuncia al principio dell'inviolabilità della vita: il principio di autodeterminazione terapeutica ha portato alla rinuncia di cure salvavita, e attraverso il caso Antoniani al suicidio assistito in casi particolari; il suicidio assistito fa balenare un diritto o una libertà a morire per evitare sofferenze, il quale potrebbe sfociare nell'omicidio *pietatis causa* del paziente non attualmente consenziente.

Altri insisteranno sulla differenza tra suicidio assistito e trattamento eutanasi, ritenendo accettabile il primo e non il secondo perché il paziente mantiene fino all'ultimo il dominio sulla propria vita e non addossa su un terzo la responsabilità di ucciderlo. A ciò si potrebbe ribattere che ciò andrebbe a discriminare chi non è in grado di darsi la morte perché totalmente paralizzato. Ma se bisogna considerare le condizioni fisiche del malato dovremmo negare il suicidio assistito a chi può farla finita da solo, ad esempio buttandosi dal balcone come diceva Davide Trentini? In definitiva, si deve riconoscere maggior peso alla prospettiva del paziente sofferente, e quindi a un diritto o a una libertà di coinvolgere terze persone nella scelta più personale possibile, quella di porre fine alla propria vita? Oppure alla prospettiva di non intaccare ulteriormente il principio secondo cui, al di fuori degli art. 52 ss. c.p., le relazioni interpersonali non devono sfociare in comportamenti che agevolano o addirittura cagionano la morte altrui?

La complessità e la delicatezza di questi interrogativi richiedono probabilmente un tempo di riflessione maggiore dei pochi mesi che si separano dal 24 settembre 2019, la data fissata nell'ordinanza n. 207. Ciò potrebbe suggerire di escludere, almeno per il momento, l'omicidio *pietatis causa* dalle prospettive di riforma e di concentrarsi sul suicidio assistito, che costituisce il fulcro dell'ordinanza n. 207.

#### **4. La riforma degli articoli 575, 579 e 580 c.p.**

L'unico dei progetti in esame che propone una modifica dell'assetto codicistico è il DDL Marcucci, il quale propone di riscrivere l'art. 580 c.p. Sulla scia di un'opzione autorevolmente prospettata in dottrina e ripresa anche dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano sul caso Cappato, il DDL Marcucci differenzia sul piano sanzionatorio l'istigazione dall'aiuto, prevedendo nel secondo una sanzione di gran lunga minore (da due a sei anni se il suicidio avviene, invece che da cinque a dodici anni).

Indubbiamente l'istigazione incide sull'autodeterminazione della vittima, e quindi da questo punto di vista presenta un maggior tasso di disvalore rispetto all'aiuto. Ma se si adotta la chiave di lettura della Corte costituzionale, e cioè che l'art. 580 c.p. fornisce una «cintura protettiva» nei confronti del rischio suicidario e si colloca nell'ottica di tutela del bene della vita, la distanza tra l'istigazione e l'aiuto potrebbe ridursi, forse svanire. Osserva a tal riguardo Antonio Vallini che le probabilità di concretizzazione del proposito autodistruttivo sono tanto più alte quanto più si riduce il divario tra ideazione e esecuzione: e ciò può avvenire o influenzando sulla motivazione o rendendo più facile l'attuazione.

A ben vedere, l'art. 580 c.p. offre materia per altre riflessioni *de iure condendo*. Innanzitutto, ci sembra da rivedere la disciplina delle aggravanti, fissando a 18 anni la soglia al di sotto della quale si applicano le disposizioni relative all'omicidio: oltre a essere più coerente con il sistema

(che ad esempio non considera rilevante il consenso dell'infradiciottenne ad avere rapporti sessuali a pagamento: art. 600-bis, co. 2, c.p.), si sanerebbe il discutibile divario sanzionatorio con l'art. 579 c.p., che invece inserisce tra i requisiti di validità del consenso la maggiore età: con la conseguenza che risponde di omicidio chi somministra una sostanza venefica a un infradiciottenne, di aiuto aggravato chi si limita a consegnargliela. Restando sul piano dell'ampliamento della sfera di tutela, si potrebbe riflettere anche sull'eventualità di punire l'istigazione non accolta, che allo stato non integra neppure il tentativo punibile (Cass., Sez. V, 22 dicembre 2017, n. 57503, relativa al caso Blue Whale, quella pratica che coinvolge soprattutto gli adolescenti nella quale un "curatore" impone una serie di prove che si concludono con il suicidio).

Più in generale, abbiamo rilevato sulla scorta della dottrina praticamente unanime che la reazione sanzionatoria prevista per i fatti eutanasi è sproporzionata per eccesso. Sappiamo che per una precisa scelta politica del legislatore del 1930, gli articoli 575, 579 e 580 c.p. non disciplinano esplicitamente le ipotesi caratterizzate sul piano oggettivo dalla condizione di malattia e di sofferenza del soggetto passivo e su quello soggettivo dal movente della pietà. Ad avviso del Guardasigilli Rocco, il codice aveva seguito «una linea di equilibrio e moderazione»: invece di riconoscere una causa di esclusione della punibilità per i casi di «cosiddetta eutanasia», era stata introdotta un'ipotesi speciale di omicidio, punita meno gravemente, che dava rilievo al consenso della vittima (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V-2, Roma, 1929, p. 373); gli eventuali motivi di pietà, «da accertarsi sempre con la massima circospezione e da valutarsi con una intelligente diffidenza», avrebbero semmai potuto integrare la circostanza attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale (art. 62, n. 1, c.p.) (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VII, Roma, 1930, p. 136).

Ebbene, in dottrina si è subito osservato che l'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (e quindi determinato da un motivo egoistico) è punito con la reclusione da 4 a 12 anni, mentre l'uccisione per pietà del neonato sofferente potrebbe integrare gli estremi dell'omicidio aggravato dal rapporto di parentela, punibile con l'ergastolo; inoltre, come sottolineò lo stesso Rocco, la sofferenza del malato può essere intesa come causa di una deficienza psichica, e quindi rendere invalido il consenso all'uccisione lasciando spazio alle più severe sanzioni previste per l'omicidio volontario; per quanto riguarda l'attenuante dei motivi, la giurisprudenza è andata ben al di là di quella «intelligente diffidenza» auspicata da Rocco, giungendo ad affermare che nella «attuale coscienza sociale il sentimento di compassione o di pietà è incompatibile con la condotta di soppressione della vita umana» e che non «può quindi essere ritenuta di particolare valore morale la condotta di omicidio di persona che si trovi in condizioni di grave ed irreversibile sofferenza fisica» (Cass., sez. I, 7 giugno 2018, n. 50378). Attualmente gli eccessi sanzionatori sono contenuti dal rito abbreviato (ma dovremo fare i conti con la nuova disciplina che ne ha escluso l'applicabilità in caso di reati puniti con l'ergastolo) e dall'istituto della grazia, come dimostra il recente intervento del Presidente Mattarella a favore di due anziani pensionati che avevano ucciso le mogli malate di Alzheimer.

Quanto più ampia sarà l'opzione procedurale, quanto più i problemi del fine vita non saranno di pertinenza dei tradizionali delitti contro la vita, e viceversa. Un'eventuale disciplina del suicidio assistito e dell'omicidio *pietatis causa* potrebbe essere accompagnata dall'introduzione di alcuni illeciti (penali o amministrativi) *ad hoc* che assicurino il rispetto della procedura, mentre gli articoli 575, 579 e 580 c.p. resterebbero a sanzionare i casi in cui mancano i presupposti di ammissibilità (la malattia, le gravi sofferenze, ecc.).

Si potrebbe a questo punto pensare a figure autonome di reato punite meno gravemente o a circostanze attenuanti speciali a effetto speciale non bilanciabili per i casi che non rientrano nella sfera di liceità presidiata dalla procedura. Se il legislatore decidesse di autorizzare a certe condizioni sia il suicidio assistito sia l'omicidio *pietatis causa*, si potrebbe pensare a figure

attenuate in cui è presente il movente di pietà, ma mancano i requisiti oggettivi che consentirebbero di accedere alla procedura. Se invece si ritenesse di mantener ferma l'illiceità del suicidio assistito e dell'omicidio *pietatis causa*, si dovrebbero inserire tra i presupposti della figura attenuata anche quelli della malattia e delle gravi sofferenze. A questo punto, si dovrebbe compiere una scelta politica sulla cornice edittale, in particolare sul minimo, e decidere se consentire in casi estremi la sospensione condizionale della pena, come suggeriva un rigoroso difensore del principio dell'intangibilità della vita come Ferrando Mantovani.

## 5. Postilla di aggiornamento (30.6.2020)

L'appello formulato dall'ordinanza n. 207 del 2018 è purtroppo caduto nel vuoto. La Corte costituzionale ha pertanto dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione – , agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente» (sentenza 242/2019).

L'elaborato dispositivo fa intuire il carattere paralegislativo della sentenza, la quale ha cercato di risolvere tutti i problemi che aveva puntualmente sottoposto all'attenzione del Parlamento (cfr. § 3):

a) per quanto attiene alla questione topografica, la Corte è intervenuta direttamente sull'art. 580 c.p., senza toccare l'impianto della l. n. 219 del 2017 (ma probabilmente non avrebbe potuto agire altrimenti);

b) in merito all'opportunità di subordinare l'accesso al suicidio assistito alla previa offerta delle terapie del dolore e delle cure palliative, la Corte ha opportunamente richiamato l'art. 2, l. n. 219 del 2017, dal quale discende l'obbligo del medico di alleviare le sofferenze del paziente, anche nel caso di rifiuto o di revoca del consenso ai trattamenti;

c) le modalità procedurali di accertamento dei requisiti sostanziali di liceità della pratica sono state tratte dall'art. 1, l. n. 219 del 2017;

d) in relazione ai fatti successivi alla pubblicazione della sentenza, spetta al Servizio sanitario nazionale, previo parere del Comitato etico territorialmente competente, verificare la presenza dei requisiti sostanziali di liceità del suicidio assistito e il rispetto delle relative modalità di esecuzione, con la precisazione che i medici non sono obbligati ad accogliere la richiesta del paziente; non si pone pertanto un problema di obiezione di coscienza, che per definizione presuppone il conflitto tra un obbligo giuridico, qui assente, e un imperativo della coscienza;

e) il giudice deve invece accertare se i suicidi assistiti avvenuti prima della pubblicazione della sentenza si siano svolti «con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti» (i presupposti sostanziali di liceità dell'aiuto al suicidio devono essere stati riscontrati in ambito medico; la volontà dell'interessato deve essere stata manifestata in modo chiaro e univoco; il paziente deve essere stato adeguatamente informato sulla sua condizione e sulle possibili opzioni alternative al suicidio assistito, con particolare riguardo all'accesso alle cure palliative ed eventualmente alla sedazione profonda continua).

La sentenza della Corte non preclude un futuro intervento legislativo, anzi lo evoca in più occasioni.

Restano quindi sul tappeto alcuni dei nodi problematici individuati nella presente relazione.

Innanzitutto, continua a non essere del tutto chiaro il fondamento della liceità del suicidio assistito (cfr. § 1). La Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 580 c.p. per violazione degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., e cioè i tradizionali referenti costituzionali del principio di autodeterminazione terapeutica. Allo stesso tempo, la disciplina del diritto a interrompere i trattamenti non è stata estesa *tout court* al suicidio assistito, essendosi previsto per il secondo delle condizioni ulteriori e una regolamentazione parzialmente diversa, solo in parte mutuata dalla l. n. 219 del 2017.

Infatti, i requisiti della malattia irreversibile e delle sofferenze intollerabili non sono coerenti con l'ambito di operatività del diritto a rifiutare le cure, che secondo l'opinione maggioritaria prescinde dallo stadio della malattia e dalle condizioni del paziente (si pensi al caso del testimone di Geova che rifiuta la trasfusione di sangue).

D'altro canto, la prospettiva del diritto a morire per non soffrire trova un ostacolo importante nel requisito del mantenimento in vita per mezzo di trattamenti *life - sustaining*, che esclude dal novero dei pazienti abilitati a richiedere il suicidio assistito chi si trova nelle condizioni di Davide Trentini, e cioè è affetto da una patologia che provoca intense sofferenze non lenibili dalle cure palliative ma riesce a vivere senza presidi sanitari salva-vita (cfr. § 3).

Ad avviso di Stefano Canestrari, l'introduzione di tale requisito ha consentito alla Corte di «risolvere (*rectius*: di “non affrontare”) le questioni più complesse che emergono nel dibattito mondiale relativo alla legalizzazione o alla depenalizzazione del suicidio medicalmente assistito e delle condotte eutanasiche»: si pensi al problema della definizione di malattia irreversibile, che nel caso di rinuncia ai trattamenti vitali sarebbe semplificato perché il paziente entra in una fase terminale oggettivamente verificabile; alla tipologia delle sofferenze patite, perché se per un verso la Corte menziona sia quelle fisiche sia quelle psicologiche, per un altro sarebbero le prime a prevalere quando siamo di fronte a «un corpo dominato da tecnologie biomediche»; alla verificabilità del carattere libero e consapevole della richiesta di suicidio, che sarebbe meno problematico in presenza di «sofferenze del corpo»; alla tipologia dei pazienti interessati, perché chi è tenuto in vita artificialmente «non è di regola in grado di far cessare da sola la propria esistenza».

A prescindere dalla valenza ‘politica’ del requisito in discorso, resta da chiedersi se il futuro legislatore sia obbligato a prevederlo in un’auspicabile disciplina del suicidio assistito.

Luciano Eusebi ritiene di sì, ferma restando la sua netta opposizione all’idea che l’aiuto a morire possa essere considerata «una risposta plausibile ai problemi di un essere umano»: se «la Corte avesse ritenuto ipotizzabile un ambito di incostituzionalità della norma più esteso, nel momento in cui s’interrogava sui criteri dell’eccezione possibile, non avrebbe fatto altro che descrivere quei limiti in maniera meno rigorosa»; del resto, l’argomento decisivo della sentenza 242/2019 starebbe proprio nell’affermazione secondo cui non si potrebbe proibire il suicidio assistito al paziente che avrebbe il diritto di ottenere l’interruzione dei trattamenti salvavita.

Di diverso avviso Antonio Vallini. Il parallelo tra rifiuto di trattamenti vitali e suicidio assistito sarebbe stato tracciato dalla Corte per «evitare di colorare la propria decisione di una discrezionalità politica che, istituzionalmente, non le compete», ma non varrebbe a comprimere la discrezionalità del legislatore. La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale non si spiegherebbe infatti né nell’ottica dell’autodeterminazione terapeutica (art. 32 Cost.), perché un tale limite non è richiesto nei casi ordinari di rifiuto di cure, né in quella della libertà di morire con dignità (art. 2 e 13 Cost.), non andando a segnare «alcuno spartiacque né tra condizioni di dignità, né tra condizioni di vulnerabilità, o di dolore, diversamente qualificabili».

Passando agli aspetti procedurali, suscita qualche perplessità il riferimento al parere dei Comitati etici. Oltre a esprimere valutazioni sulla sperimentazione dei farmaci, i Comitati

possono anche svolgere «ulteriori funzioni consultive in relazione a questioni etiche connesse con le attività scientifiche e assistenziali, allo scopo di proteggere e promuovere i valori della persona» (art. 1, co. 2, D.M. 8 febbraio 2013). Il Comitato nazionale di Bioetica (*I comitati per l'etica della clinica*, 31 marzo 2017, 18) ha ritenuto a suo tempo che il parere sulle suddette questioni (in cui andrebbero a collocarsi anche i problemi del fine vita e della tutela dei soggetti vulnerabili) non debba essere vincolante perché altrimenti si andrebbe a interferire nel rapporto tra medico e paziente. All'interno del gruppo si registrano però opinioni diverse, in particolare quella di Luciano Eusebi, il quale ritiene che il medico debba astenersi dal procedere in presenza di un parere negativo del Comitato. Resta in ogni caso il problema del carattere localistico di tali Comitati, che potrebbe dar luogo a disparità di trattamento. In prospettiva di riforma si potrebbe riflettere se non sia preferibile affidare l'essenziale ruolo di verifica a una Commissione nazionale (cfr. § 2).

Un ultimo rilievo a proposito delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto della procedura. La Corte ha dato una risposta chiara in relazione ai fatti anteriori alla data di pubblicazione della sentenza, affidando al giudice il compito di verificare il rispetto, ma non si è pronunciata espressamente sui casi futuri. *De iure condendo* la soluzione più equilibrata mi sembra essere quella di prevedere illeciti specifici volti a garantire il rispetto della procedura, come suggerito tra gli altri da Antonio Vallini.



## 6. RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO ALLA PROPOSTA DI RIFORMA DEGLI ARTT. 579-580 C.P.

Maria Beatrice Magro<sup>1</sup>

### 1. La vocazione originaria dell'art. 579 c.p.

Il reato di omicidio del consenziente, quale figura autonoma di delitto, costituisce un'assoluta novità del codice Rocco. Esso è posto a tutela della vita umana, ma non dell'autodeterminazione della vittima, il cui peso - privato dell'effetto scriminante generalmente previsto per gli atti di disposizione di beni a carattere individuale - viene degradato ad elemento specializzante attenuante, senza alcuna altra specificazione in ordine alle condizioni in cui verte la vittima o il reo.

Perciò la *ratio* della norma rinvia in tutto e per tutto a quella generale sottesa all'incriminazione dell'omicidio, tanto che - si è osservato in passato - sarebbe stata più consona la collocazione come attenuante specifica dell'omicidio comune.

A dispetto di quanto si legge nella relazione ministeriale sul progetto del codice penale, in verità il *novum* legislativo non riflette l'esigenza di mitigare il rigore sanzionatorio dell'omicidio *pietatis causa*, ma piuttosto quella di correggere la troppo indulgente prassi liberale che si era diffusa nella vigenza del precedente codice, incline a punire la fattispecie concreta come aiuto al suicidio piuttosto che come omicidio. Da qui la scelta di introdurre una fattispecie speciale con una cornice edittale inferiore (da sei a quindici anni) rispetto a quella prevista per l'omicidio comune, ma leggermente superiore a quella prevista per l'istigazione o aiuto al suicidio.

Le ragioni tecnico-giuridiche dichiaratamente addotte a favore dell'attenuazione della risposta sanzionatoria sono dal Legislatore individuate nella «*indiscutibile influenza minoratrice del consenso dell'offeso sulla gravità del delitto di omicidio, sotto il profilo dell'elemento psicologico e della capacità a delinquere del reo*».

Tuttavia, proprio queste ragioni che hanno ispirato il legislatore a riconoscere l'indiscutibile influenza attenuante del consenso della vittima sul dolo (meglio: sulla colpevolezza) e sulla pericolosità del reo, non sono così facilmente desumibili ad una attenta analisi della struttura della fattispecie astratta. Anzi, la norma sembrerebbe negarle.

Infatti, a ben vedere, l'omicidio con il consenso della vittima tratteggiato nel primo comma dell'art. 579 c.p. è totalmente avulso da qualunque contesto sociale e relazionale che ne denoti una minore gravità e pericolosità, dai motivi e dalle condizioni che inducono la vittima a prestare il consenso, dai motivi che animano l'agire dell'autore ad assecondare tale volere e che attenuano il disvalore del suo agire. Ciò che la norma punisce in modo più attenuato è - semplicemente - l'omicidio realizzato con il consenso di una persona libera, capace, perfettamente sana nella mente e nel corpo che, per qualunque motivo e in qualsiasi contesto di vita, accetti lucidamente di morire per mano altrui, prestando il suo consenso.

Ritengo che questa valorizzazione dell'autodeterminazione della vittima non sia affatto sintomatica di una minore colpevolezza o di una minore pericolosità del reo: nulla si specifica quanto alle condizioni della vittima né a quelle del reo; nulla trapela in ordine al contesto di vita - e psicologico - in cui matura questo insolito "accordo" tra autore e vittima.

Non possiamo trarre elementi che consentano di contestualizzare e ricostruire la

---

<sup>1</sup> Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

drammaticità della vicenda umana sottesa - sintomatica di una minore colpevolezza e capacità a delinquere del reo - neppure dalla lettura del comma secondo, che pone il divieto di applicazione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 61 c.p. (peraltro richiamato nella sua interezza, non sempre in modo pertinente), dettato unicamente dalla ragione tecnica di consentire una effettiva diminuzione della pena che non sia compensata dal bilanciamento con eventuali circostanze aggravanti. La neutralizzazione delle aggravanti e l'irrelevanza di contesti di vita, compresi quelli che denotano una maggiore capacità a delinquere del reo e una maggiore colpevolezza, può spiegarsi solo assumendo una concezione pseudo-liberale in cui la autodeterminazione "autolesionista" della vittima, ferma restando la assoluta indisponibilità della vita, sia espressione di una sorta di "limitata disponibilità negoziale" che incide solo sul trattamento sanzionatorio.

Ne segue che l'omicidio del consenziente, quale figura speciale e attenuata rispetto quella comune, così come scolpito nel primo comma dall'art. 579, ben può comprendere tanto quello animato da motivi altruistici e/o pietistici, contestualizzato in vicende di vita di "sofferenza insopportabile" del paziente affetto da patologia irreversibile, che chiede e vuole la sua morte, ormai imminente e straziante, tanto quello che si svolge in un teatro ben diverso, innescato da un'iniziativa dell'autore, mosso da motivi egoistici, di lucro, di gioco, di sfida, di onore, abietti o futili (pensiamo all'ipotesi dell'anziano che consente la propria morte per lasciare i propri beni all'erede, etc.).

Peraltro, proprio la scelta terminologico-linguistica operata dal nostro legislatore - di tipo negoziale- paternalistico - sembra supporre una sorta di "iniziativa" interessata dell'autore che propone o quantomeno *chiede* e, dall'altra parte, una mera, *passiva accettazione* della vittima, che si limita ad acconsentire al programma criminoso, senza partecipare in alcun modo alla sua ideazione (così anche relazione al Codice). Non è un caso che la giurisprudenza più tradizionale, nel tratteggiare i confini tra 580 e 579, richiedeva un ruolo attivo del reo, oltre che "*sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva*" (Cass. Sez. I, 6 febbraio 1998, n. 3147).

Invero, la condotta del reo sembra comprendere un *quid pluris* rispetto una mera obbediente esecuzione materiale della volontà della vittima e tratteggiare un'attività di proposta, di progettazione, di blando convincimento e suggerimento, se non ancora - ma ciò segna i labili confini di applicabilità della norma a favore della fattispecie generale - di violenza, minaccia, induzione in errore, istigazione, determinazione e persino di suggestione, a conferma dell'ipotesi ricostruttiva secondo cui la condotta del reo ben può essere animata da un interesse egoistico a cagionare la morte della vittima, a prescindere da motivi altruistici o pietistici.

Coerentemente ad una logica di formale liberismo, in omaggio ad una sorta di libertà negoziale in cui vi è una parte proponente e una parte accettante, la libertà di autodeterminazione della vittima esplica il suo effetto attenuante solo a condizione che sia espressione del suo libero arbitrio e che il consenziente non verta in condizioni di infermità di mente o di capacità cognitive e volitive affievolite. Il maggiore disvalore dell'azione connotata da violenza, minaccia, induzione in errore e suggestione, a fronte di una più compromessa autodeterminazione della vittima, costituisce il *discrimen* tra omicidio comune e fattispecie speciale, a cui si ispira il comma 3 che rinvia alle disposizioni relative all'omicidio, operando come causa di esclusione della tipicità della norma speciale e lasciando riemergere tutte le potenzialità punitive delle circostanze aggravanti previste dall'art. 61 c.p. Al di là di queste ipotesi di omicidio comune, si conferma e riacquista la sua specialità la fattispecie attenuata, che ben può essere calata in un contesto di vita connotato da un malevolo e egoistico interesse del proponente a cagionare la morte della vittima con il suo consenso.

Dunque, il quadro che si desume da queste osservazioni è abbastanza spiazzante e contraddice la vocazione pietistica -altruistica dichiarata dal legislatore dell'epoca. La norma prescinde da qualunque particolare fenomenologia di sofferenza, anzi, sembra meglio attagliarsi

solo a situazioni alquanto improbabili e comunque assai lontane da quelle concernenti il tema dell'evoluzione tecnologica e delle scelte di fine vita e di autodeterminazione del paziente.

## 2. Segue: la cintura di protezione della vittima e le sue condizioni di vulnerabilità. I confini tra omicidio del consenziente e omicidio comune

Le disposizioni contenute nei commi 2 e 3 confermano l'ipotesi di un malevolo interesse egoistico del proponente che approfitta delle condizioni di vulnerabilità della vittima o che persino le provoca. La tecnica del rinvio alla norma generale è comune anche al reato di istigazione o aiuto al suicidio, perciò sarà utile un veloce confronto.

Sono richiamate le norme sull'omicidio comune se:

1) la vittima consenziente è – giustamente – indicata nel minore di anni 18, diversamente dall'art. 580 c.p. che richiama l'omicidio solo se la vittima è minore di anni 14, mentre per i minori degli anni 18 prevede un aumento della pena base.

2) la vittima consenziente è “*inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica determinata da un'altra infermità o dall'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti*”. Il legislatore ripristina le disposizioni dell'omicidio ogni qual volta che la manifestazione di volontà del consenziente sia viziata in conseguenza di presunzione legale o di accertamento in fatto. Anche in questo caso il raffronto con l'art. 580 è di grande utilità. Nell'art. 580 c.p. è richiamata la disciplina dell'omicidio comune se la persona è *incapace di intendere o di volere*, mentre nei casi di *infermità di mente o deficienza psichica* più blanda o atipica si prevede solo un aggravamento della pena. Il dato ci consente di ritenere che il legislatore, nell'art. 579 c.p. abbia voluto allargare la “cintura di protezione” dei soggetti vulnerabili rispetto l'art. 580 c.p., ricorrendo a un'espressione assai più generica, meno tecnica e più ampia rispetto quella di “*capacità di intendere e di volere*”.

Non va dimenticato inoltre che il riferimento alle condizioni di “*deficienza psichica determinate da un'altra infermità*” sembra ampliare il rinvio alla norma generale dell'art. 576 c.p. a tutti i casi di individui consenzienti, terminali o affetti da malattie incurabili e irreversibili, trattati con analgesici narcotici, la cui qualità della vita è assai compromessa.

Infine, così come formulata, sembra che non occorra affatto verificare se il consenso della vittima sia stato condizionato o causato dallo stato cognitivo e volitivo affievolito, o sia del tutto indipendente da esso. La conseguenza è, ancora una volta, una forte mutilazione della rilevanza del consenso del paziente proprio nell'ambito dei trattamenti medici di fine vita.

3) Terza ipotesi di rinvio alla norma generale che punisce l'omicidio è l'ipotesi in cui il consenso sia l'effetto voluto dell'attività di coazione, convincimento, induzione, persuasione, promozione dell'autore, inclusa l'istigazione e la determinazione. Come si diceva, la condotta di suggestione apre il varco ad ogni attività persuasiva che fiacchi la volontà della vittima al punto da renderla succube (c.d. omicidio dell'apparente consenziente), la cui verifica di fatto ridimensiona fortemente l'applicazione del comma 1 dell'art. 579.

Tuttavia, proprio l'inclusione delle condotte di “*suggestione*” (più blande di quelle di istigazione o determinazione) sembra rimettere pericolosamente in discussione la coerenza del quadro appena tratteggiato e ridefinire i rapporti tra norma generale e norma speciale, negando l'applicazione della seconda proprio ogni qual volta vi sia stata un'attività di convincimento messa in atto dall'autore.

Il che rende la comprensione della *ratio* mitigatrice del “consenso” ancora più oscura e avulsa da qualunque contesto plausibile.

### **3. L' Omicidio *pietatis causa* del non consenziente**

Il c.d. omicidio *pietatis causa* si estrinseca nella uccisione della vittima a causa del particolare sentimento di compassione, insito nell'animo del soggetto agente, verso la condizione di profonda sofferenza della vittima, afflitta da una grave malattia degenerativa e/o particolarmente invalidante, senza il consenso di questa. In questa fenomenologia, il reo realizza la condotta omicidiaria col dichiarato fine di sottrarre la vittima ad ulteriori ed patimenti cagionati dallo stato patologico dal quale è affetta, e dunque con l'intima ambizione di strapparla ad una gratuita ed ineluttabile sofferenza.

L'omicidio *pietatis causa* non trova alcuna disciplina nel nostro sistema penale vigente.

E' infatti del tutto pacifico l'orientamento giurisprudenziale che ha negato l'applicazione dell'art. 579 nelle ipotesi di omicidio *pietatis causa* senza consenso o con il consenso erroneamente presunto, richiedendosi la prova della sussistenza di un consenso espresso validamente, serio, esplicito e perdurante (Cass. Sez. I, 13.11.2013 n. 37246; Cass, sez. I, 17.11.2010 n.43954). In ordine all'erroneo convincimento della sussistenza del consenso della vittima e alla necessità di una sua prova inoppugnabile, in quanto espressione della personale, soggettiva e insostituibile percezione della qualità della sua vita, si è pronunciata anche recentemente la Corte di Cassazione, Sez. I, 24 gennaio 2018, n. 3392.

Inoltre, nei casi di omicidio *pietatis causa* (con consenso o senza consenso della vittima) è anche controversa la compatibilità della attenuante di cui all'art. 62 n.1, la quale presuppone che l'autore abbia agito sulla scorta di uno slancio interiore reputato meritevole di tutela secondo l'etica dominante. Infatti, anche qui l'orientamento interpretativo più accreditato sostiene che, mentre il valore "morale" caratterizza quello slancio motivazionale informato ai caratteri più nobili della coscienza etica, il valore "sociale" connota un motivo reputato meritevole secondo le concezioni finalistiche che permeano la collettività. Per queste ragioni, si afferma il principio secondo cui «*Nella attuale coscienza sociale il sentimento di compassione o di pietà è incompatibile con la condotta di soppressione della vita umana verso la quale si prova il sentimento medesimo. Non può quindi essere ritenuta di particolare valore morale la condotta di omicidio di persona che si trovi in condizioni di grave ed irreversibile sofferenza fisica*».

Ciò a maggior riprova della totale irrilevanza della condizione di sofferenza in cui si trova la vittima e in generale, da particolari drammatici contesti di vita.

### **4. Differenze tra omicidio del consenziente e suicidio assistito.**

Il confine tra omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio viene tradizionalmente rinvenuto sul piano causale, e in particolare nella misura dell'apporto causale della vittima, affinché la morte possa essere qualificata come suicidio, e non come omicidio. Questo criterio suppone una rigida e schematica ripartizione dei ruoli, in cui l'evento morte è interamente riconducibile alla condotta dell'agente nel 579, mentre all'inverso, nell'assistenza al suicidio, esso è riconducibile primariamente all'azione della medesima vittima, ove il concorrente fornisce un supporto necessario, ma non sufficiente, a cagionare la morte. Così per fare una esemplificazione, se la vittima chiede di morire e fornisce il mezzo letale ad un terzo che lo usa per cagionare la sua morte, è omicidio del consenziente, mentre se la vittima usa da sola il medesimo strumento stavolta fornito dal terzo si configura l'art. 580 c.p.

Tuttavia, è il caso di interrogarsi se, sotto il profilo del disvalore dell'azione, la scelta di morire tramite l'agire altrui non sia prossima a quella del suicidio. Se assumiamo la prospettiva di osservazione della vittima, prestare il consenso ad essere ucciso o suicidarsi potrebbero esprimere la medesima, drammatica, esperienza esistenziale. Perciò, la differenza

criminologica tra cagionare la morte con il consenso della vittima e prestare assistenza materiale al suicidio si coglie solo assumendo la prospettiva del terzo osservatore, ove l'agire del reo, a parità di disvalore dell'evento (si tratta in entrambi i casi di offesa autodeterminata al bene vita), assume una diversa connotazione in forza del suo diverso contributo materiale; ma dal punto di vista soggettivo-qualitativo, ovvero dal punto di vista dell'esperienza soggettiva della vittima coinvolta nella vicenda, la distinzione sotto il profilo pratico, e in casi estremi, può essere molto flebile, soprattutto se si fa riferimento a condizioni di scarsa autonomia della vittima.

Non si può negare, dal punto di vista etico-pratico, che in un contesto fortemente medicalizzato, la distinzione tra omicidio e assistenza materiale al suicidio possa svanire: si pensi ai casi caratterizzati da una notevole frammentazione della condotta principale suicida, in cui solo l'ultimissimo atto viene realizzato in autonomia dalla vittima. È sufficiente fornire un piccolissimo e minimo contributo, affinché la fenomenologia possa essere, francamente e senza finzioni terminologiche, qualificata come un vero e proprio suicidio? Quell'atto finale minimo, l'unico possibile ad paziente le cui condizioni di autonomia e di comunicazione con l'esterno sono ridotte all'osso, può qualificarsi ancora come "suicidio"?

Di queste difficoltà si fanno carico alcuni sistemi giuridici che mettono a nudo la rigidità della differenziazione: ad esempio nell'ordinamento austriaco le due fattispecie di omicidio del consenziente e aiuto al suicidio sono perfettamente equiparate sotto il profilo sanzionatorio (con una pena peraltro assai più mite rispetto i livelli draconiani previsti dal codice Rocco), a conferma della indiscutibile difficoltà pratica di distinguere con precisione le due ipotesi criminose, soprattutto nei casi in cui la realizzazione causale dell'evento è talmente frammentata da rendere artificiosa la distinzione tra agire di mano propria o di mano altrui, ove il vittima sia un paziente affetto da patologie irreversibili, ospedalizzato, dipendente da supporti artificiali, in cui manca il dominio dell'azione a causa della malattia.

## **5. Autodeterminazione del paziente e art. 579 c.p.: il nuovo contesto normativo**

A livello teorico, l'art. 579 ben potrebbe essere richiamato in contesti medicalizzati, qualora il processo causale che conduce alla morte avvenga per mano del medico, e il paziente consenziente sia ormai prossimo alla morte o affetto da processi patologici irreversibili, straziato da una "sofferenza insopportabile": ovvero quando a "chiedere" o a "proporre" la morte non è l'autore (il medico), ma la vittima-paziente che manifesta la propria autodeterminazione in ordine al proprio stato di salute nelle fasi finali della propria vita. Si tratta di contesti fenomenologici assai complessi, in cui è necessaria una maggiore attenzione verso la libertà di autodeterminazione individuale, già menomata dalle condizioni di dipendenza dai supporti terapeutici (Corte cost., n.242/2019, p.4).

E' inevitabile constatare che l'evoluzione del sistema giuridico in favore di una massima esplicitazione dell'autodeterminazione terapeutica anche nelle fasi finali della vita in prossimità della morte imprime una forte deviazione all'originaria vocazione repressiva della norma, assai lontana da una prospettiva di tutela della vita umana di tipo personalistico, quale interesse volto a consentire il pieno sviluppo della persona.

Contestualizzato il frammento di esperienza umana nell'ambito dei trattamenti medici di fine vita, occorre riconoscere che la linearità del quadro normativo è ormai compromessa dall'evoluzione del diritto vivente, che ha espunto dall'ambito di applicazione della norma le ipotesi il cui la morte sia cagionata dal medico con un comportamento omissivo puro, o omissivo mediante azione, previo rifiuto di cure salvavita del paziente, annullando la distinzione tra agire e omettere. In caso di rifiuto di trattamenti medici salvavita, *ab initio* o già intrapresi, l'omicidio del consenziente non si configura, prima per l'operatività della causa di giustificazione *ex art. 51 c.p.*, poi per dettato normativo (l. 219/2017).

Ne segue che, per quanto concerne i trattamenti di fine vita, le proposte di riforma dell'art. 579 c.p. devono tenere conto dell'evoluzione normativa che ha *di fatto* delimitato l'ambito applicativo della norma alle sole ipotesi in cui la condotta del medico (omissiva pura o impropria) di interruzione di terapie salvavita, cagioni, direttamente ed esclusivamente per suo tramite, la morte del paziente che rifiuta tali cure, ove questi sia condannato ad una morte lenta e dolorosa dopo l'interruzione di terapie salvavita.

Inoltre, la specificità del contesto mal si addice al lessico tipico dell'art. 579 c.p. e all'asettico schema dello scambio tra proposta -accettazione, poiché la relazione terapeutica tra medico e paziente è improntata a principi di alleanza, comunicazione, fiducia, informazione.

Perciò l'applicazione del 579 c.p. in ambito medico può richiedere un adeguamento rispetto queste nuove realtà.

## **6 Lacune di tutela e identità di *ratio*: il paziente consenziente totalmente incapace di autoprocurarsi una morte immediata**

A questo proposito si colloca il tema dei rapporti tra assistenza materiale al suicidio e omicidio su richiesta realizzato mediante la somministrazione di un farmaco che produca più velocemente la morte di un paziente dipendente da un sostegno vitale, sottraendolo ad una lunga agonia o ad una vita in stato di incoscienza.

Come a tutti noto, con la sentenza n. 242 del 2019 la Corte costituzionale ha individuato una circoscritta area di non conformità dell'art. 580 c.p. qualora la persona sia a) affetta da una patologia irreversibile b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche per lui intollerabili c) tenuta in vita a mezzo di trattamento di sostegno vitale, ma d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli, condizioni in cui il divieto indiscriminato di aiuto al suicidio punito dall'art. 580 c.p. finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, imponendogli un'unica modalità per congedarsi dalle vita. L'esclusione della anti-giuridicità della norma che punisce l'aiuto al suicidio è subordinata ai casi in cui il paziente sia dipendente da supporti artificiali che ne consentono la respirazione, l'alimentazione e idratazione artificiale, la cui autonomia fisica, assai compromessa a causa della malattia, si riduce nella facoltà ormai residua di compiere l'ultimo atto finale (ingerire il farmaco, spingere lo stantuffo, etc.) solo con l'assistenza materiale di altri e in un contesto medicalizzato.

In sostanza, pur non sussistendo un diritto a rinunciare alla propria vita, la Corte costituzionale riconosce la libertà di essere assistito al proprio suicidio ove la morte naturale sia inevitabile e dolorosa, e l'unica risposta medica alla sofferenza intollerabile sia la soluzione – non sempre e non da tutti accettabile- della sedazione terminale profonda, cioè la perdita irreversibile della coscienza per un tempo incommensurabile, in attesa della morte, ovvero in tutti i casi in cui l'interruzione di cure non determini una morte immediata, ma costringa il paziente forzatamente a quella che per lui è una "*sofferenza intollerabile*": rimanere sedato in attesa della morte naturale. La sedazione palliativa profonda costituisce un trattamento sanitario in piena regola, l'ultimo consentito quando curare la patologia non è più possibile, ma non perciò naturale e non sempre conforme con alla individuale percezione di dignità umana. Con l'attivazione di una sedazione palliativa profonda e continua, infatti, ad essere indotta è la cessazione dell'individuo, della sua capacità di relazione ed interazione con il mondo, mentre a sopravvivere, benché per poco ancora, è il mero organismo con le sue funzioni vegetative, un corpo senza coscienza fenomenica, una mente imprigionata dentro il corpo. Esigenze di ragionevolezza potrebbero indurre a ritenere che, a maggiore ragione, in caso di dipendenza totale da trattamenti di sostegno vitale, in cui al paziente manchi totalmente la facoltà materiale (e libertà) di compiere anche solo l'ultimo frammento finale della catena causale e di cooperare

alla realizzazione della propria morte (per esempio sia in stato *locked -in*), ma sia in grado di comunicare ed esprimere le proprie volontà anche attraverso raffinate tecnologie, il diritto all'autodeterminazione terapeutica possa comprendere anche la somministrazione del farmaco letale, in alternativa all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale e alla sedazione terminale profonda, in attesa che sopraggiunga la morte naturale. Anche in questi casi (come in quelli di assistenza al suicidio) l'unica risposta medica alla richiesta di aiuto sarebbe la soluzione, non da tutti accettabile, della sedazione terminale profonda, cioè la perdita totale e irreversibile dello stato di coscienza fino al momento del decesso, in associazione alla terapia del dolore e all'interruzione di terapie salvavita.

In prospettiva *de iure condendo* è possibile supporre che, nelle medesime condizioni fattuali (o persino più gravi) *latu sensu* scriminanti poste dalla sentenza della Corte costituzionale, possa essere tratteggiata una altrettanto circoscritta area di esclusione della tipicità dell'art. 579 c.p., qualora il paziente, totalmente dipendente da un supporto vitale privo di qualunque residuo di autonomia fisica, ma lucido e pienamente capace, esprima una seria e determinata richiesta affinché il medico, nell'interrompere i trattamenti di supporto vitale, somministri egli direttamente, senza co-partecipare in alcun modo alla causazione della propria morte, non essendo in grado di porre in essere neppure l'atto finale, i farmaci che provocano la morte.

## **7. Proposta di articolato**

In prospettiva *de iure condendo*, le scelte ipotizzabili si dirigono verso più direzioni, che prevedono la coesistenza della attuale norma, sfrondata di alcune ambiguità, ma inserita in un contesto normativo rinnovato e più sensibile alle esigenze manifestate nella prassi sia sul versante del fine vita che dell'omicidio *pietatis causa*.

a) Innanzitutto, si potrebbe mantenere l'impianto originario della norma riservandola alla generalità di casi di consenso della vittima al di fuori di un contesto medico e di situazioni di fine vita. Mantenendo l'originario impianto, che vede l'art. 579 come una norma punita appena meno gravemente di quella dell'omicidio comune, ma comunque assai gravemente, la riscrittura dell'art. 579 impone un ampliamento della tutela delle vittime più vulnerabili, che potrebbe essere realizzato mediante una migliore descrizione della condotta del reo che comprenda ogni forma di interferenza, pressione, iniziativa, proposta, induzione, convincimento. Occorrerebbe inoltre apportare alcuni aggiustamenti volti ad ampliare al massimo la cintura di protezione dei soggetti incapaci o vulnerabili e a definire in modo più chiaro i rapporti con l'omicidio comune.

Onde evitare possibili confusioni tra norma generale e speciale, includerei nell'ambito del primo comma (cioè dell'omicidio del consenziente) tutte le condotte di "suggerione" (al limite tra una semplice richiesta o consiglio); esse dovrebbero essere espunte dal n.3 del comma 3. Verrebbero così in modo più chiaro e tassativo delineati i rapporti tra omicidio comune e omicidio del consenziente, soprattutto qualora l'autore non si sia limitato ad eseguire ciecamente la volontà di morire, ma abbia partecipato alla pianificazione del fatto.

Per contro, sarebbe invece opportuno definire in modo più tecnico le condizioni di validità del consenso, utilizzando una nozione più appropriata da sostituire a quella di «*persona inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica*».

In questi termini, la norma potrebbe conservare il suo lessico e la sua generalità di applicazione.

b) Contestualmente, con riferimento ai casi specifici di pazienti in fine vita, sarebbe opportuno introdurre una norma penale che preveda e rinvii ad una prossima normativa extrapenale di regolamentazione della giustificazione procedimentale, che ne disciplini presupposti e modalità di applicazione, alla stregua dei contenuti essenziali scolpiti dalla sentenza della Corte costituzionale in tema di suicidio assistito.

c) Inoltre, occorrerebbe introdurre una nuova fattispecie di omicidio *pietatis causa* in totale assenza di consenso della vittima che contestualizzi in modo quanto più possibile preciso quelle condizioni di malattia grave e di sofferenze insopportabili in cui si trovi la vittima da cui scaturisce la condotta del familiare o del convivente mossa da motivi pietistici. Tale reato dovrebbe essere punito con una pena inferiore a quella dell'omicidio del consenziente, in modo che i casi giurisprudenziali di omicidio *pietatis causa* in assenza di consenso della vittima non vengano ricondotti alla norma generale dell'art. 576.

d) Infine, per quanto riguarda il contesto dei trattamenti di fine vita e i trattamenti medico-chirurgici, in previsione dell'introduzione di una scriminante procedurale che, nel richiamare le condizioni di esclusione dell'antigiuridicità della condotta di agevolazione al suicidio posta in essere nell'ambito di un trattamento di fine vita da un medico equipari la condizione del paziente suicida dotato di una sia pur minima autonomia con quella del paziente che ne sia totalmente privo ma sia capace di manifestare la propria volontà. Si profila quindi l'idea di estendere in via normativa tutte le condizioni di giustificazione scolpite dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242 del 2019 a casi eticamente identici, che verrebbero altrimenti irragionevolmente discriminati.

L'ulteriore rinvio alla futura normativa extrapenale di regolamentazione della causa di giustificazione procedimentale dovrebbe quindi concernere i casi di realizzazione della condotta di omicidio del consenziente punibile ex art. 579, qualora il paziente richiedente non sia assolutamente in grado, per le condizioni fisiche di inabilità e dipendenza in cui si trova, a realizzare neppure quel minimo atto finale che consente di qualificare, sotto il profilo giuridico, quella morte come suicidio.

In tal senso, occorrerebbe quanto meno esplicitare il requisito della richiesta espressa del paziente, che meglio descrive la fattispecie criminologica segnata da uno stato d'animo di stanchezza o rassegnazione o di sofferenza intollerabile.



## **6-BIS. NOTE A MARGINE ALLA RELAZIONE E PROPOSTA DI ARTICOLATO ELABORATA DALLA PROF.SSA BEATRICE MAGRO, AVENTE AD OGGETTO LE FATTISPECIE DI “OMICIDIO DEL CONSENZIENTE” E “ISTIGAZIONE O AIUTO AL SUICIDIO”**

*Antonio Vallini*<sup>1</sup>

Condivido l'impianto di fondo della relazione di Beatrice Magro, nella quale, d'altronde, già vengono recepiti spunti e indicazioni emersi nel dibattito interno al gruppo.

Intendo, perciò, soltanto proporre brevi osservazioni con particolare riferimento all'articolato.

1. Sarebbe preferibile non descrivere direttamente nella norma incriminatrice presupposti e passaggi delle procedure che, per indicazione della Corte costituzionale, possono eccezionalmente legittimare il suicidio medicalmente assistito, e che, secondo l'opinione di Beatrice Magro, potrebbero altresì legittimare, in taluni limitati casi, forme di omicidio del consenziente. Detti presupposti e passaggi, oltre che bisognosi di essere attentamente differenziati a seconda che si riferiscano a forme di aiuto al suicidio ovvero di omicidio del consenziente (fattispecie, in realtà, non del tutto equiparabili, per ragioni non solo “fenomenologiche” ma, soprattutto, relazionali e di principio, che qui non si possono esplicitare), richiedono comunque una rimediazione ispirata da un'assunzione di responsabilità politica, particolare dettaglio, precise attribuzioni di ruoli e sviluppi ben congegnati, allo scopo di garantire massima tutela a soggetti vulnerabili, aderenza alle specificità organizzative del sistema sanitario, certezze operative a chi sia coinvolto in vicende di tanta delicatezza. Una simile disciplina sembra, dunque, trovare collocazione elettiva in una “legge speciale organica”, i cui contenuti vadano ben oltre le (per forza) laconiche indicazioni della Consulta, potendo, oltretutto, variare nel tempo; legge speciale rispetto alla quale le disposizioni che incriminano l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente dovrebbero coordinarsi in virtù di una “clausola di riserva” aperta ed elastica (come, in parte, già viene proposto nell'articolato). A stretto rigore, un simile rinvio neppure sarebbe necessario, posto che detta disciplina potrebbe comunque operare come causa di giustificazione ex art.5 1 c.p., o – secondo altra lettura, forse preferibile – come limite sistematico di tipicità. Peraltro, chi scrive è dell'opinione che la violazione della disciplina in tema di suicidio medicalmente assistito dovrebbe tendenzialmente essere sanzionata da apposite disposizioni “a tutela di funzioni”, da inserire, anch'esse, a chiusura della “legge speciale organica” – su modello della l. 194/78 – senza comportare di per sé la applicazione delle figure criminose codicistiche “a tutela di beni”, in linea di principio riferibili a situazioni e dinamiche psichiche e relazionali in radice differenti.

2. Inserire nella disposizione incriminatrice dell'omicidio del consenziente un riferimento al consenso “in qualunque modo acquisito”, significa arricchire la fattispecie di un elemento costitutivo sinora non contemplato: appunto la necessaria, consapevole e volontaria “acquisizione” del consenso da parte del soggetto attivo (non essendo immaginabile una acquisizione...inconsapevole). Tale scelta avrebbe ricadute decisive e innovative in tema di

---

<sup>1</sup> Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione.

dolo, circa gli spazi applicativi della fattispecie (pur sussistendo un consenso pieno e indubbio del soggetto passivo, il soggetto attivo risponderebbe di omicidio volontario “comune”, laddove non abbia provveduto ad “acquisire” quel consenso, o qualora non ne fosse neppure consapevole), e sulla complessa questione dell’errore sugli elementi differenziali che segnano il confine tra omicidio del consenziente e omicidio. La “minor pena” dipenderebbe, dunque, da un atteggiamento supplementare, esteriore e interiore, del soggetto attivo, non dalla mera adesione del soggetto passivo alla propria uccisione, talché la ratio della fattispecie acquisirebbe una coloritura nettamente “soggettivizzante” (si punisce meno non perché il fatto è meno grave, stante l’oggettività del consenso, ma perché chi causa la morte si è procurato piena consapevolezza di quel consenso ed è dunque, in qualche modo, meno rimproverabile). Non è un’opzione per forza censurabile, ma è senz’altro netta e impegnativa, quindi, nella relazione, sarebbe forse opportuno darne conto.

Più censurabile è, forse, come nel concetto di “acquisizione in qualunque modo” sembri rientrare anche l’acquisizione mediante istigazione (eccettuato il solo caso del consenso “estorto con violenza o minaccia o carpito con l’inganno”, espressamente considerato al fine di rendere applicabile la figura generale dell’omicidio volontario); condotta che, invece, si ritiene ancora meritevole di pena quando tesa a provocare l’altrui suicidio, così da dar luogo ad una disparità di trattamento dalla dubbia razionalità.

3. Almeno rispetto alle ipotesi sub nn. 1 e 2 del riformulato art. 579 c.p., bisognerebbe prevedere la possibilità di un’applicazione della nuova fattispecie di omicidio *pietatis causa*, ove ne sussistano i presupposti, e non necessariamente, e soltanto, della fattispecie di omicidio volontario.

4. Ho più di un dubbio riguardo all’opportunità di rendere ipso facto applicabile la figura dell’omicidio volontario quando il consenso provenga da soggetti «le cui capacità cognitive e volitive siano affievolite», al pari di quando il consenso provenga da soggetti «incapaci di intendere o di volere». La prima situazione rinvia ad un indefinito “qualcosa di meno” dell’incapacità di intendere e di volere, e appare troppo sfumata per poter fungere da confine di tipicità tra due fattispecie criminose. Forte il rischio che soggetti che stanno sperimentando i dolori e le alterazioni psichiche, esistenziali e percettive di un “fine vita” doloroso, o di malattie gravemente invalidanti, - cioè proprio quelle situazioni che, normalmente, stanno dietro alla richiesta pienamente consapevole di essere uccisi - siano, per ciò soli, ritenuti affetti da un “affievolimento” delle capacità cognitive e volitive. Sappiamo a quali aberrazioni, sul piano applicativo e della risposta sanzionatoria, analoghe letture già hanno condotto de iure condito – aberrazioni che, de iure condendo, sarebbero solo in parte mitigate dalla nuova fattispecie di omicidio *pietatis causa*. Una possibile soluzione, su modello dell’art. 609-bis c.p., sarebbe quella di precisare che il soggetto attivo debba rispondere di omicidio volontario solo qualora abbia abusato della inferiorità psichica del soggetto passivo.

## **7. OSSERVAZIONI SU COLPA IN ATTIVITÀ ILLECITA, OMICIDIO PRETERINTENZIONALE E ART. 586 C.P.**

*Stefano Canestrari, con la collaborazione di Matteo Leonida Mattheudakis<sup>1</sup>*

In alcuni settori dell'ordinamento, la responsabilità penale viene ancora oggi affermata giudizialmente in termini non compatibili con il principio di colpevolezza. Ciò è piuttosto evidente nelle pronunce sull'omicidio preterintenzionale, in cui è possibile constatare una speciale vitalità della responsabilità oggettiva, agevolmente riconoscibile anche laddove si presenti sotto mentite spoglie.

Al fine di rendere realmente rimproverabile l'imputazione dell'evento più grave di quello voluto, pare ineludibile una riforma del dato normativo, la quale potrebbe essere eventualmente estesa anche alla parte generale del codice, eliminando così la possibilità di strumentalizzare le ambiguità che finora hanno alimentato la laconica definizione di preterintenzione, sì da riconoscere apertamente la possibilità di ambientare un'imputazione colposa anche in contesti di base illeciti. Tuttavia, sembra preferibile, nel contesto di un impegno comune dedicato alla riforma della parte speciale, tradurre le nostre riflessioni in una proposta di articolato riguardante la fattispecie dell'omicidio preterintenzionale.

### **Il *versari in re illicita* doloso e il superamento dell'ascrizione *etiam pro casu* dell'evento diverso da quello voluto**

La dottrina penalistica pare concorde nel constatare un privilegio giurisprudenziale piuttosto consolidato nei confronti della responsabilità oggettiva quale criterio di imputazione dell'evento più grave di quello voluto nelle applicazioni dell'art. 584 c.p. Nonostante la terminologia impiegata ambisca ad occultare tale privilegio,

non sembra possibile negare che la responsabilità oggettiva venga di fatto imposta quando si afferma – così la massima dell'orientamento che pare prevalente – che «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato» (ad esempio, Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2016, n. 44986).

Non può lasciare indifferenti come un simile “principio di diritto”, innanzitutto, mini in radice la sua stessa ambizione nomofilattica, in quanto affermare che «la disposizione di cui all'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato» significa pronunciarsi in termini che definire criptici è forse fin troppo generoso. L'equilibrio verbale è del resto necessario per tentare di sottrarsi all'obiezione di accogliere il paradigma inaccettabile della responsabilità oggettiva. Tuttavia, è difficile non accorgersi che si tratta di un tentativo davvero debole, di mera facciata. Il velo apposto per coprire la responsabilità oggettiva in questi casi è talmente sottile che la dottrina, la quale pure esprime una pluralità di sensibilità, non esita comunque a denunciare l'ipocrisia dell'orientamento giurisprudenziale corrente, che, in definitiva, si limita – se ben si intende – a una impacciata rievocazione delle risalenti tesi del dolo misto a “colpa” in astratto, quindi, a patrocinarne quello che ormai è noto

---

<sup>1</sup> Marco Pelissero e Sergio Bonini aderiscono espressamente ai contenuti di questa relazione.

come un travestimento verbale della responsabilità oggettiva.

Evidentemente, non è risultato sufficiente il percorso della Corte costituzionale inaugurato nel 1988, quando con le celebri sentenze nn. 364 e 1085 si è esclusa la responsabilità oggettiva quantomeno rispetto agli «elementi più significativi della fattispecie tipica» – non può non essere tale un evento che è capace di stravolgere il *quantum* della responsabilità, determinando il passaggio da una pena che può essere anche solo pecuniaria (in caso di percosse) fino alla reclusione per 18 anni; il che fa riflettere anche sulla scarsa plausibilità di una lettura in termini circostanziali di simili fattori aggravanti – e si è denunciata chiaramente l'illegittimità dei meccanismi di responsabilità penale per cui *qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu*.

Ignorata è rimasta anche la più recente pronuncia n. 322 del 2007 (sulla precedente versione dell'art. 609- *sexies* c.p.), con cui la “Consulta” ha imposto all'interprete una autonoma e immediata rilettura in senso costituzionalmente conforme degli istituti tradizionalmente concepiti quali ipotesi di responsabilità oggettiva, con il solo limite della radicale inconciliabilità dell'interpretazione *secundum Constitutionem* con il testo legale. Ciò ha sortito qualche effetto quasi esclusivamente nell'ermeneusi della disciplina dell'art. 586 c.p., forse grazie al suo riferimento esplicito, per quanto controverso, alla colpa: per l'esattezza, tale riferimento («a titolo di colpa») è contenuto nell'art. 83 c.p., a cui l'art. 586 c.p. rinvia.

Nemmeno è bastata, quale elemento a cui volgere lo sguardo in una prospettiva di ragionevolezza, cioè di coerenza del sistema, la riforma dell'art. 59 c.p. del 1990, che ha imposto un'imputazione quantomeno colposa delle circostanze aggravanti. Si tratta di un aspetto assai significativo, dal quale dedurre, a maggior ragione, la necessità di un superamento della responsabilità oggettiva per gli elementi costitutivi dell'illecito.

Quanto finora considerato fornisce inequivocabilmente la prova dell'opportunità di un intervento del legislatore, volto ad affermare realmente il principio di colpevolezza in questo contesto.

Calandosi appieno in una prospettiva *de iure condendo*, occorre dare conto dell'esistenza di una significativa divisione della letteratura penalistica sui dettagli dell'imputazione dell'evento qualificante *in re illicita* in termini compatibili con l'art. 27 Cost. Le sfumature dottrinali sono molteplici e in questa sede non è certo possibile prenderle tutte in esame, potendosi però ricondurre le posizioni che paiono oggi avere maggiore seguito a due filoni principali (entrambi autorevolmente rappresentati), senza che ciò significhi negare non trascurabili differenze di sensibilità all'interno di ciascuno dei due. Alla posizione per cui non vi sarebbero ostacoli ad ambientare in contesti intrinsecamente criminosi una vera e propria colpa generica, da accertarsi in concreto, si contrappone una linea di pensiero per cui ci si dovrebbe limitare all'accertamento di una concreta prevedibilità dell'evento da parte dell'agente, perché parlare di colpa e di regole precauzionali sarebbe inappropriato, non potendosi immaginare – si afferma – come doverose modalità caute di realizzazione di un comportamento penalmente illecito.

Non vi è dubbio che imporre al giudice un accertamento della prevedibilità in concreto dell'evento *praeter intentionem* rappresenterebbe comunque un guadagno sul piano delle garanzie rispetto all'attualità e, a ben vedere, in termini pratici, in alcuni casi cambierebbe poco rispetto ad esigere l'accertamento di una vera e propria colpa; ciò in quanto la prevedibilità dell'evento è indubbiamente uno dei fattori più importanti per l'edificazione della regola cautelare che alimenta la colpa. Tuttavia, è bene non accontentarsi di criteri di imputazione dimidiati, che rischiano di non sgombrare sufficientemente il campo da ambiguità le quali potrebbero continuare a veicolare forme di responsabilità oggettiva.

Pare in realtà possibile superare il pregiudizio rispetto all'ambientazione di regole cautelari in contesti criminosi. Non si comprende, in particolare, perché non si possa parlare di doverosità subordinata (rispetto alla radicale astensione dalla commissione dell'illecito di base) di comportamenti diversi da quelli che rendano concretamente prevedibile l'evento qualificante. Se all'agente a cui si renda prevedibile l'evento ulteriore come conseguenza della propria

condotta illecita è possibile muovere un ulteriore rimprovero, significa che egli non solo poteva, ma, in definitiva, doveva comportarsi diversamente. In generale, la prevedibilità non rileva giuridicamente di per sé, ma, evidentemente, nella misura in cui alimenti una prospettiva deontica, la quale non si esaurisce nel vietare (rimanendo nell'ambito dell'omicidio preterintenzionale) condotte di percosse o di lesioni personali. Altrimenti anche il messaggio generalpreventivo sarebbe parziale e non garantirebbe quella necessaria tutela ad oltranza e quindi logicamente collegata di beni giuridici posti in contiguità sul piano offensivo.

Tra i vantaggi di un riferimento esplicito alla colpa vi è una valorizzazione dei nessi tra violazione cautelare ed evento, in particolare del criterio della necessaria congruenza tra il rischio iniziale e l'evento finale, non a caso a lungo appannato nell'esperienza giurisprudenziale di quei Paesi d'oltralpe dove in sede applicativa la mera prevedibilità è stata spesso preferita alla colpa.

Se è vero che il criterio dell'evitabilità sembra poter svolgere un ruolo piuttosto limitato *in re illicita*, al criterio dello scopo della regola cautelare si deve però prestare la massima attenzione, recependo sul punto le acquisizioni maturate nel contesto dei reati puramente colposi. Diversamente, si accrediterebbe un'affermazione della responsabilità per l'evento soltanto apparentemente colposa, in realtà carente già sul piano del fatto proprio.

Il riferimento esplicito alla colpa rappresenterebbe anche una base maggiormente adeguata nella direzione di considerare i profili di colpevolezza colposa, ancora poco valorizzati persino nei contesti leciti, nonostante la crescente attenzione della dottrina e qualche manifestazione di sensibilità al problema da parte della giurisprudenza. Si potrà al limite discutere sulle eventuali particolarità dell'atteggiarsi *in re illicita* della c.d. misura soggettiva della colpa, ma non vi sono ragioni per precluderne *a priori* un apprezzamento, che invece il criterio della mera prevedibilità, specie se ricostruito in termini particolarmente oggettivi, tende a estromettere dal giudizio.

In favore della colpa pare peraltro orientata anche la tradizione dei progetti di riforma sviluppati negli ultimi decenni, sia esplicitamente, cioè prevedendo la colpa come criterio di imputazione di conseguenze più gravi necessariamente non volute di condotte illecite dolose, sia implicitamente, cioè prendendo posizione in favore del dolo e della colpa quali unici due criteri possibili di imputazione penale.

### **Le condizioni che potrebbero giustificare la conservazione di fattispecie preterintenzionali e il nodo del trattamento sanzionatorio più severo di quello del concorso di reati**

Quanto precede ha l'obiettivo di mettere a fuoco il generale criterio di imputazione delle conseguenze ulteriori non volute di un comportamento illecito doloso. Si tratta di considerazioni che possono essere accreditate anche immaginando l'eliminazione di fattispecie come quelle degli artt. 584 e 586 c.p., perché, in tal caso, quasi sempre l'effetto non sarebbe l'impunità per la conseguenza qualificante ma il concorso tra l'illecito doloso di base e quello anche nominalmente colposo che fa perno sulla verifica dell'evento non voluto: pensando alle più classiche conseguenze aggravanti, cioè quelle mortali o lesive, le fattispecie colpose di riferimento sarebbero quelle degli artt. 589 e 590 c.p. e la colpa sarebbe indubitabilmente il criterio di imputazione degli eventi menzionati.

Non si tratta certo di negare che la colpa *in re illicita* abbia in parte una fisionomia diversa rispetto a quella che matura in contesti leciti – peraltro, pure con riferimento alle attività lecite è ormai diffusa l'idea che si debba parlare, piuttosto, di «colpe» – ma quanto appena sopra constatato evidenzia ancora una volta l'opportunità di mantenere il più possibile un aggancio alle garanzie che sono state nel tempo faticosamente sviluppate in tema di imputazione colpevole dell'evento.

La conservazione di fattispecie autonome come quella di omicidio preterintenzionale e quella di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, entrambe riconducibili a un concetto di preterintenzione in senso ampio, potrebbe essere giustificata soltanto alla condizione che nella combinazione strutturale di tali illeciti vi sia una saldatura pregnante, nel senso che il delitto doloso di base deve rappresentare un illecito di pericolo astratto nei confronti dei beni giuridici di elevato rango che vengono compromessi al momento della verifica dell'evento qualificante. Sulla valorizzazione di questo legame, che comunque non sostituisce ma si somma all'accertamento concreto della colpa – è bene precisarlo, onde scongiurare in radice l'equivoco che si voglia legittimare una colpa in astratto – converge peraltro anche parte di quella dottrina che pure non crede nella possibilità di edificare vere e proprie regole cautelari *in re illicita*. Si tratta, in altre parole, di un'intuizione che sembra fare emergere un'apprezzabile differenza rispetto alle ipotesi di occasionale e più "anonimo" combinarsi di un illecito doloso e di uno colposo, rendendo, in misura corrispondente, plausibile non solo il "diritto di esistere" dell'illecito preterintenzionale, ma anche l'applicazione di una sanzione più severa di quella che altrimenti deriverebbe dal ricorso alla disciplina del concorso di reati.

Una fattispecie come quella dell'art. 584 c.p. pare in ogni caso poter conservare una precisa funzione sul piano politico-criminale, nel senso di arginare gli effetti espansivi del dolo eventuale, di cui la giurisprudenza non manca di fornire esempi: si pensi alla eliminazione di ogni spazio per la colpa con previsione dell'evento. È frequente leggere massime in cui si afferma che l'omicidio preterintenzionale può trovare applicazione soltanto in assenza di qualsiasi rappresentazione della conseguenza ulteriore (così, tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 12/03/2014, n. 14647).

Il trattamento sanzionatorio è comunque da ripensare, perché il massimo edittale dell'art. 584 c.p. si avvicina troppo al minimo previsto per l'omicidio doloso. Resta evidente che proporre invece di fare ricorso alla pena prevista per il concorso di reati, al di là delle problematiche legate all'individuazione della pena per una malattia la cui esatta entità è spesso oscurata dal sopraggiungere pressoché immediato dell'evento mortale, significherebbe decretare la cancellazione dell'illecito preterintenzionale; con l'esito di una prevedibile, se non "automatica", dilatazione degli spazi applicativi dell'omicidio volontario per dolo eventuale.

### **L'art. 586 c.p. in particolare e le (dubie) condizioni per una sua conservazione**

Parte della dottrina suggerisce un superamento dell'art. 586 c.p. È un'ipotesi che si può prendere in considerazione, così come, analogamente a quanto detto rispetto all'art. 584 c.p., si può pure pensare a una conservazione della fattispecie, ma sottoponendola a una revisione orientata da alcune specifiche istanze.

In primo luogo, sarebbe consigliabile abbandonare il rinvio alla disciplina dell'art. 83 c.p., che delinea un istituto anacronistico e quantomeno ambiguo, questo sì da eliminare senza esitazioni. I profili di ambiguità, come è noto, riguardano l'inciso «a titolo di colpa», che tradizionalmente ha consentito di leggere l'istituto come un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Nonostante ciò, va comunque dato atto alla giurisprudenza di aver consolidato un orientamento sensibile al principio di colpevolezza, in particolare a partire dalla pronuncia "Ronci" delle Sezioni unite della Cassazione del 2009, richiedendo l'accertamento di una colpa in concreto nell'applicazione dell'art. 586 c.p.

Sarebbe poi opportuno – senza nascondersi, tuttavia, la difficoltà di un simile impegno – arginare la tendenza ad una indiscriminata applicazione della fattispecie sfruttando la mancata predeterminazione dell'illecito di base. Occorrerebbe cioè limitarne l'impiego alle sole ipotesi in cui il delitto doloso di base si ponga realmente in termini di pericolo astratto nei confronti dei beni giuridici della vita e dell'incolumità individuale, così da esigere un legame che non sia

soltanto puramente occasionale, quale invece pare essere, ad esempio, quello tra minaccia ed evento-morte involontario: come ha posto in evidenza, in effetti, una controversa vicenda giudiziale in cui all'art. 586 c.p. si è fatto ricorso a fronte del decesso di una persona anziana per lo spavento provocato dal lancio di un gavettone da parte di un vicino di casa sentitosi disturbato (Cass. pen., Sez. III, 28 settembre 2016, n. 47979). Come già detto rispetto all'art. 584 c.p., si dovrebbe trattare di un accertamento non già sostitutivo ma ulteriore rispetto a quello della colpa in concreto.

Alle suddette condizioni si potrebbe forse pensare di mantenere la fattispecie dell'art. 586 c.p., che avrebbe ragione di esistere soltanto se presidiata, come avviene già oggi, da una pena non eccessiva, ma comunque superiore a quella prevista per il concorso di reati; altrimenti, rispetto a quest'ultimo, essa perderebbe dignità autonoma. Resta comunque il fatto che la difficoltà di "selezionare" già in astratto le fattispecie dolose rilevanti accentua i dubbi sulla possibilità di prospettare una soddisfacente riformulazione della disposizione incriminatrice qui in discussione.

## 8. LINEAMENTI DI UNA RIFORMA DELLE FATTISPECIE QUALIFICATE DALL'OFFESA ALLA VITA E ALL'INCOLUMITÀ PERSONALE

Giovannangelo De Francesco<sup>1</sup>

Una futura riforma concernente la preterintenzione e le altre fattispecie dolose aggravate da morte o lesioni della persona offesa deve fondarsi, a mio parere, sulle seguenti linee di indirizzo:

- 1) necessità di postulare un coefficiente di colpevolezza rispetto all'evento non voluto;
- 2) identificazione di tale coefficiente con il requisito della colpa;
- 3) eliminazione del rilievo circostanziale dell'evento aggravatore;
- 4) riconduzione del trattamento penale a quello proprio di un concorso di reati;
- 5) adozione della scelta di cui al punto 4 per tutte le fattispecie, ad eccezione di quella relativa all'omicidio preterintenzionale;
- 6) espunzione dal sistema dell'art. 586 c.p.

\*\*\*

Quanto ai punti 1 e 2, deve osservarsi che non può essere condivisa la tesi secondo la quale non si potrebbe configurare la colpa, per la ragione preminente che non sarebbe concepibile una regola cautelare per chi già *versis in illicito*.

In primo luogo, qualora la colpa venisse ritenuta inammissibile, si dovrebbe arrivare all'assurdo di conservare per simili casi il paradigma della responsabilità oggettiva (ed anzi, di introdurlo, anche qualora il sistema faccia attualmente richiamo all'elemento della colpa).

In secondo luogo – e soprattutto – v'è da notare come l'esclusione dell'ammissibilità di regole cautelari rischi di apparire condizionata da una pregiudiziale dommatica (quella dommatica che viene da molti ripudiata, ma ... soltanto quando non corrisponda alle opinioni di chi la rinnega). E la pregiudiziale risiede nel fatto che l'identificazione delle regole cautelari viene collegata al momento della tipicità, e dunque ritenuta possibile soltanto quando tali regole risultino in grado di caratterizzare le modalità di svolgimento di un'attività. Se, viceversa, si muove dall'assunto in base al quale la colpa non può andare disgiunta dai suoi riflessi sul rimprovero di colpevolezza, niente impedisce di ricollegarla ad un atteggiamento di negligenza (et similia), ora nell'esplicazione di una qualsiasi condotta, ed ora nel fatto di non attivare i poteri-doveri strumentali di conoscenza in ordine al contesto in cui la condotta s'inserisce (come, ad es., il trascurare le condizioni del cessionario di sostanze stupefacenti, o quelle relative alla persona aggredita mediante una condotta di lesioni, o quelle della persona maltrattata o abbandonata, e così via dicendo).

Ed anzi, a ben guardare, il secondo criterio di valutazione risulta decisivo anche per la caratterizzazione di un eventuale profilo rilevante sul piano esecutivo e "modale". Ad es., quando si ritiene incongruo prospettare una regola del tipo "colpisci la vittima con cautela", si trascura di considerare che la colpa non si esaurisce nella mancanza di cautela, ma si accompagna necessariamente al fatto di colpire sapendo o potendo rappresentarsi il quantum di energia sprigionato dal colpo e dunque essendo in grado di prevedere l'entità delle relative conseguenze. Detto ciò, ben venga, quanto ai parametri della colpa, anche la nota chiarificazione ulteriore, secondo la quale la prevedibilità dell'esito di maggiore gravità

---

<sup>1</sup> Marco Pelissero e Sergio Bonini aderiscono espressamente ai contenuti di questa relazione.



dovrebbe essere stimata in concreto e in relazione alle potenzialità rappresentative del soggetto agente (alla luce dei parametri opportunamente tracciati dalle Sezioni Unite nella fondamentale pronuncia del 22 gennaio 2009, n. 22676).

\*\*\*

Quanto ai punti 3 e 4, a noi sembra che il ricorso a figure di carattere circostanziale si riveli fortemente discutibile. Alcuni Autori (tra di essi, ad es., Domenico Pulitanò) hanno messo in guardia contro l'uso e l'abuso del modello circostanziale.

Nel nostro campo, tale modello presenta una duplice incongruenza.

Da un lato, esso può offrire il destro - come l'esperienza legislativa ha dimostrato - per un accrescimento oltre misura delle cornici edittali (in quanto riferite a circostanze 'indipendenti' dalla pena-base), complice anche l'influenza della categoria del 'dolo indiretto', da cui è germinata - in ossequio al sovradimensionamento del dolo del reato-base e alla relativa (e sia pur 'occulta') proiezione sugli sviluppi ulteriori - la categoria delle fattispecie dolose aggravate; non senza aggiungere che - come ha osservato Tullio Padovani - le comminatorie di pena sancite in proposito soffrono di un persistente arbitrio nel 'dislocare' i livelli di incremento sanzionatorio da fattispecie a fattispecie.

In secondo luogo, ed a fronte del rischio di soluzioni disorganiche e per lo più irragionevolmente severe, si ripropongono i ben noti pericoli derivanti dal regime di 'bilanciamento' tra circostanze, risultando questo foriero di un possibile stravolgimento delle scelte punitive ad opera del giudice, con conseguenti disparità di trattamento o comunque frequenti 'abbattimenti' dell'entità delle pene, in ispregio, non di rado, dell'importanza degli interessi in gioco.

È ben vero, d'altronde, che anche la previsione normativa dell'art. 69 c.p. andrebbe ripensata, allo scopo di limitarne il ruolo incentivante rispetto ad un'incontrollata 'politica penale giudiziaria'. Ma, ancor prima di domandarsi se si debba procedere ad una riforma globale (addirittura, in ipotesi, ad una radicale soppressione del meccanismo di bilanciamento), ovvero ad un'estensione delle 'deroghe' alla suddetta previsione generale (non senza, tuttavia, interrogarsi in merito alla ragionevolezza della portata settoriale delle eccezioni introdotte), sembra davvero miglior partito quello consistente nel fare ricorso alle regole stabilite per il concorso di reati, oltre tutto con il vantaggio di esaltare il riferimento alla colpa come criterio di attribuzione del (fatto produttivo) del risultato ulteriore.

\*\*\*

Volgendo infine lo sguardo al punto 5, sembra di dover dire come la soluzione incentrata sul concorso di reati potrebbe dar luogo ad alcune difficoltà, laddove s'intendesse farne comunque applicazione anche all'omicidio preterintenzionale.

Ed invero, è difficile negare come una soluzione del genere presti il fianco all'obiezione secondo la quale gli eventi di lesione e di morte configurano (almeno a certe condizioni) due risultati tra loro incompatibili.

La riflessione in merito a tale circostanza si rivela a tutt'oggi carente dei necessari approfondimenti; un deficit, a ben guardare, che risulta debitore della tendenza più generale ad attribuire un'importanza marginale (se si eccettua il revival del principio del *ne bis in idem*, ma in un'ottica ancora lontana da un reale impegno teorico-scientifico) allo studio sistematico del concorso di norme penali, nonostante l'indiscutibile centralità di una siffatta problematica. Il che non significa, beninteso, che tale problematica possa oggi fare a meno di essere opportunamente rivisitata ed 'aggiornata' (si pensi, proprio ai nostri fini, al progressivo tramonto di modelli normativi a base dolosa, ma qualificati dalla rilevanza oggettiva di eventi

ulteriori, come tale destinata ad incidere indefettibilmente sulle relative fattispecie), come si cercherà anche noi di fare in questa sede, nei limiti delle nostre competenze e dello spazio disponibile.

Orbene, e per comprendere i termini del problema, non sembra inutile muovere, anzitutto, da un breve sguardo alla relazione sistematica tra la fattispecie di lesioni personali e quella che incrimina il delitto di percosse (e salvo quanto si dirà tra breve circa un eventuale superamento dell'autonomia di tale figura). In proposito, deve notarsi, per vero, come le fattispecie in questione si rivelino perfettamente compatibili, non

essendovi alcun ostacolo ad ipotizzare l'esistenza di un concorso tra una condotta violenta e l'esito della malattia, di cui la lesione consta. In particolare, l'inciso contenuto nel primo comma dell'art. 581 c.p., il quale viene ad impedire la coesistenza tra i due reati, lungi dal presupporre un rapporto d'incompatibilità, si spiega avendo riguardo alla scelta del secondo comma del medesimo articolo, la quale è volta ad escludere l'autonoma rilevanza delle percosse, nei casi in cui la 'violenza' concorra a formare una diversa fattispecie atta ricomprenderla: nel senso che, risultando in tal modo sancito l'assorbimento delle percosse in un reato a base violenta, si sarebbe allora potuto dubitare, in mancanza di detta clausola, circa l'impunità delle percosse che fossero state causa di lesioni personali, non figurando come elemento essenziale di queste l'elemento della violenza.

D'altra parte, e per motivi specularmente antitetici, niente può impedire che la fattispecie dell'art. 581 possa coesistere con quella di omicidio (salva, in caso di dolo rispetto a tale delitto, la necessità di un chiarimento ulteriore circa il tipo di concorso); mancando l'esclusione esplicita della fattispecie sulle percosse, non sussistono, invero, ragioni ostative del tipo di quella che la clausola ora ricordata impone di rispettare. Né, peraltro, appare inconcepibile (al di là di quanto statuito dall'art. 584 c.p.) un concorso tra percosse ed omicidio colposo, come pure tra percosse e lesioni colpose.

\*\*\*

Nell'ambito della preterintenzione – una volta ch'essa venga 'risolta' in un concorso di reati – non sembra invece ragionevole ipotizzare in ogni caso un concorso tra lesioni ed omicidio colposo, dato che i due esiti, per l'appunto, potrebbero rivelarsi tra loro incompatibili, a prescindere dalla differenza tra i titoli di responsabilità. Si faccia l'ipotesi in cui la vittima abbia subito una ferita. Ebbene, avendo riguardo alle ipotesi codicistiche in cui il tipo di lesione viene apprezzato sulla base della 'durata' della malattia, quale di dette ipotesi dovrebbe venire imputata in concorso con l'omicidio colposo? Più in particolare: sarebbe davvero plausibile ritenere che, essendo la morte sopravvenuta in tempi ravvicinati, debba applicarsi la figura delle lesioni nella sua forma più lieve (od al limite, quella sulla percosse), non avendo la malattia avuto modo di svilupparsi?

Diverso potrebbe risultare il quadro d'insieme, qualora, sulla scia di altri ordinamenti (come accade, almeno in parte, in Germania, Spagna o Portogallo), l'offesa all'incolumità della vittima venisse concepita (unificando, altresì, percosse e lesioni e prevedendo una pena congruamente elevata) alla stregua di una condotta rivolta in danno dell'integrità personale del destinatario, prescindendo dal richiamo indefettibile ad una malattia e alla durata di questa; potendosi, inoltre, fare eventualmente ricorso alla previsione di una figura criminosa più grave, opportunamente riformulando rispetto al caso di specie l'ipotesi (evocata dall'attuale art. 583) che sussista un pericolo per la vita della persona offesa.

Resta tuttavia da considerare che la previsione di un'unitaria fattispecie preterintenzionale si presta forse (diciamo 'forse', perché anche la scelta a favore del concorso non potrebbe, a questo punto, ritenersi improponibile) a corrispondere in maniera più adeguata alle valutazioni inerenti al contesto complessivo della vicenda lesiva. In effetti, una volta definito opportunamente il

fatto-base, il significato di tale vicenda sembra pur sempre debitore della possibilità di cogliere un nesso particolarmente stringente tra tale fatto e la causazione della più grave offesa (ossia, la morte), in presenza di una concreta prevedibilità della sua verificazione. Il che non impedisce, peraltro, che il carattere 'unitario' della fattispecie possa pur sempre ammettere una graduazione del relativo disvalore in ragione di ulteriori valutazioni 'interne' alla medesima. Ad es., è difficile negare come, quanto più intenso venga a presentarsi il livello dell'aggressione, tanto più agevole possa risultare il riscontro circa la prevedibilità – e la maggior prevedibilità – rispetto al risultato ulteriore prodottosi; come pure è evidente che tale incremento di disvalore non potrà non derivare anche dal fatto che il colpevole abbia intenzionalmente perseguito un'offesa di particolare gravità (ad es., nelle forme della perdita di un arto, di gravi mutilazioni, dello sfregio arrecato mediante sostanze ad alto potenziale distruttivo), non essendo possibile trascurare il più accentuato livello di rimproverabilità insito nella finalità di incidere in maniera ancor più penetrante sulla salute della vittima. Ne discende, come necessaria conseguenza, che dell'insieme di tali possibili circostanze non si potrà non tener conto in sede di comminatoria edittale per la fattispecie di omicidio preterintenzionale: nel senso che – pur riconoscendo il carattere eccessivo della misura attuale delle pene, e pur dando ormai atto di un'intrinseca 'coesistenza' tra un fatto doloso ed uno colposo (come tale, non più oggetto di una sorta di 'dolo presunto', quale quello all'origine della figura) – non si potrà evitare di configurare la cornice sanzionatoria in modo tale da renderla sensibile alle variazioni di cui si è detto, in vista di un adeguato 'dosaggio' della pena da applicare in concreto.

Alla luce del quadro complessivo finora delineato, pare dunque giustificata la scelta, contenuta nell'articolato che si propone, incentrata sul richiamo ad uno stretto nesso di collegamento tra una condotta violenta – che, per salvaguardare più rigorosamente l'autonomia della figura, dovrebbe ritenersi comunque realizzata (e non solo tentata) – e lo sviluppo ulteriore non voluto, alla stregua di una (ovviamente concreta) prevedibilità del medesimo sulla base di quella violenza; prevedibilità che, peraltro, non implicherà come tale il definitivo riconoscimento dell'imputazione del risultato ulteriore, nel senso che, come si è detto fin dall'inizio, ad essa dovrà comunque accompagnarsi un coefficiente di colpa, al fine di non lasciare nell'ombra il momento 'personale' del contesto cognitivo riferibile all'agente, modellando anche su questo il potere di 'signoria' sull'evolversi dell'accadimento lesivo.

Quanto osservato finora dovrebbe dunque valere con riferimento ai casi in cui l'intera fattispecie debba essere imputata. Nei casi in cui, viceversa, manchi in ogni caso la colpa, la responsabilità dovrebbe necessariamente riguardare la sola fattispecie di lesioni. E qui, l'importanza di un'opportuna riforma della medesima – nei termini poc'anzi delineati – non può non tornare a riproporsi: una riforma che, tra l'altro, potrebbe tradursi nella previsione, accanto al reato-base, di autonome e più gravi fattispecie di lesioni, con l'aggiunta, eventualmente, di ulteriori elementi 'di contesto' (come quelli evocati dalla norma sulle lesioni 'pericolose' di cui al par. 223a StGB) atti a rendere più severa la risposta sanzionatoria (senza che ciò debba implicare, sia detto chiaramente, alcuna 'presunzione di colpa' rispetto all'evento più grave).

Sarebbe certo eccessivo impegnarsi in una simile riforma, (soltanto) in vista dell'esigenza di armonizzarla (magari, per fini 'occulti' di prevenzione generale) con l'eventualità che dell'evento-morte il soggetto non debba rispondere. Ma – occorre ribadirlo – dovrebbe già bastare la circostanza che altri sistemi adottino una disciplina meno complicata e tortuosa rispetto a quella del nostro codice; una disciplina che dovrebbe, in effetti, contribuire a sciogliere il groviglio interpretativo che – ben prima delle 'interferenze' con la preterintenzione – continua ad affliggere le disposizioni attualmente in vigore.

\*\*\*

Per concludere con il punto 6, soltanto due parole sull'art. 586 c.p. Premesso che appare condivisibile il richiamo (pur se implicito) alla disciplina sul concorso di reati – e che a tal fine il rinvio all'art. 83 sarebbe comunque da eliminare (come da eliminare sarebbe la stessa disposizione, ormai del tutto inutile e fuorviante, sull'*aberratio delicti*) – non ci si può nascondere, tuttavia, come la previsione di pene aggravate per le lesioni o l'omicidio risenta ancora dell'influenza giocata dalla volontà colpevole alla base del delitto da cui l'esito ulteriore è derivato. Se sono vere tali premesse, è allora difficile negare che la previsione in esame si riveli fondamentalmente anacronistica; e che essa, per di più, soffra dell'eccessiva ampiezza dei fatti dolosi suscettibili di generare la responsabilità aggravata per la morte o le lesioni, essendo questa suscettibile di incentivare l'affermazione di una colpa *ex illicito* disancorata da una valutazione in concreto dei presupposti di riconoscibilità del pericolo dell'evento non voluto.

## 9. PROGETTO DI RIFORMA DEI DELITTI DI LESIONI

Annamaria Peccioli<sup>1</sup>

### *Premessa*

La progettazione di una revisione del catalogo e della disciplina della sistematica dei delitti di lesioni dolose deve necessariamente confrontarsi con le problematiche che le fattispecie nell'odierna formulazione (anche a seguito del provvedimento della legge 69/2019) hanno sollevato e a cui la giurisprudenza ha tentato in talune occasioni di dare soluzione nel silenzio del legislatore.

Tre sono gli aspetti da tenere sotto la lente di ingrandimento in una prospettiva di riforma: la definizione di malattia (da cui dipende anche la linea di demarcazione rispetto alla fattispecie delle percosse e il corretto inquadramento della natura giuridica delle lesioni gravi e gravissime), il regime di procedibilità delle lesioni comuni e, da ultimo, il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti.

### *La nozione di malattia*

Secondo l'art. 582 c.p. l'elemento oggettivo della figura criminosa in esame consiste nel cagionare una lesione da cui deriva una malattia. Secondo il tenore letterale sembrerebbe doversi ritenere che due siano gli eventi naturalistici: in una prima fase una lesione come conseguenza della condotta umana; in un secondo momento, una malattia quale conseguenza della lesione. A bene vedere il delitto in esame non ha due eventi, ma uno soltanto: la malattia. La lesione non può essere considerata un evento, ma unicamente il *nomen iuris* tradizionale del reato che inopportunamente è stato introdotto nella definizione della figura criminosa. In considerazione del fatto che la componente violenta non è elemento necessario ai fini della configurabilità della lesione, il riferimento ad essa nella definizione del reato non pone in essere un ulteriore elemento strutturale oltre la condotta umana. Si deve ritenere, pertanto, che nella formula legislativa l'espressione «cagionare una lesione da cui deriva una malattia» equivalga a «produrre in qualsiasi modo una malattia». Non si rinviene una definizione legislativa dell'evento *malattia*, che, come è noto, contraddistingue sul piano oggettivo le lesioni rispetto alle percosse. In un primo momento la giurisprudenza aveva delineato un concetto estremamente ampio di detto evento con il risultato di dilatare lo spazio del delitto di lesione a scapito delle percosse. Si considerava, infatti, malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali (in tal senso fra tutte Cass., sez. V, 30 settembre 2009, n. 38828 che considerava lesione anche un semplice urto o ancora Cass., Sez. IV, 19 dicembre 2005, n. 2433 che riconduceva all'evento malattia anche le mere ecchimosi).

L'orientamento, ad oggi dominante, condiviso dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008 -21 gennaio 2009, n. 243, in tema di rilevanza penale dell'intervento chirurgico con esito fausto eseguito in assenza di consenso) ha rimodulato la nozione di malattia, limitandola, correttamente, a quelle ipotesi in grado di provocare un'alterazione funzionale

---

<sup>1</sup> Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

dell'organismo. Pertanto, si ritiene che la malattia consista in quel *processo patologico, acuto o cronico, localizzato o diffuso, che determina una apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo*. Se il processo morboso investe l'organismo fisico, si ha quella che il codice chiama «malattia nel corpo»; se investe l'organismo psichico, determinando un turbamento nelle funzioni dell'intelletto o della volontà, si ha «malattia nella mente».

Pertanto, ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali, la nozione di malattia non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica (che possono anche mancare) bensì solo quelle da cui deriva una limitazione funzionale o un significativo processo patologico o l'aggravamento di esso oppure la significativa compromissione delle funzioni dell'organismo ancorché non definitiva (come bene evidenziato da Cass. 14 maggio 2019, n. 33492).

A titolo esemplificativo rientrano nella nozione di malattia (Cass., 18 maggio 2015, n.34390) l'acufene quando il disturbo, caratterizzato dalla percezione di suoni non legati a stimoli esterni, è in grado di alterare funzionalmente l'organismo o ancora la cervicalgia (Cass., 18 maggio 2015, n. 34387) in quanto dolore localizzato nella parte posteriore del collo che comporta sofferenza, ridotta motilità del collo e alterazione funzionale dell'organismo)

Non dovrebbero rientrarvi neppure le ecchimosi, dipendenti dalla rottura di vasi sanguigni, perché esse non determinano una menomazione funzionale dell'organismo degna di rilievo.

La definizione della malattia quale alterazione anatomica e funzionale consente di superare definitivamente quell'interpretazione in base alla quale tra le ipotesi contemplate nell'articolo successivo vi siano alcune che possano presentarsi anche senza il tramite di una malattia, come ad esempio il n. 1 della prima parte dell'art. 583, il quale prevede, fra l'altro, l'ipotesi che dal fatto derivi «una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni». La disgiuntiva «o», che figura nel testo della norma, sembra ad una prima lettura evidenziare che l'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni possa essere intesa come qualcosa di diverso ed alternativo rispetto alla malattia: tale interpretazione induceva a considerare le ipotesi stesse come forme autonome di reato in assenza di un rapporto di specialità tra l'art. 582 c.p. e l'art. 583 c.p. Alla luce dell'interpretazione ad oggi prevalente in giurisprudenza in relazione ai tratti identificativi della nozione di malattia l'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni può essere intesa quale “deriva funzionale” di un processo patologico che si distingue dalla malattia di cui all'art. 582 c.p. per la durata.

In una prospettiva *de iure condendo* si potrebbe suggerire di modificare il tenore della circostanza aggravata di cui all'art. 583 c.p. n.1 eliminando la disgiuntiva “o” che separa la malattia dall'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni sostituendola con la congiunzione “e”. Inoltre si potrebbe suggerire di eliminare nel primo comma dell'art.582 c.p. sul modello del progetto della Commissione Pagliaro in cui all'art.59 - il riferimento al doppio evento lesione e malattia, con la contestuale introduzione di una definizione espressa di malattia quale «*processo patologico, acuto o cronico, localizzato o diffuso, che determina una menomazione funzionale*».

L'introduzione di una nozione di malattia con l'indicazione della necessità di una “ricaduta di ordine funzionale” consentirebbe di distinguere sul piano qualitativo le diverse offese all'incolumità fisica senza rendere più sovrapponibili i delitti di lesioni e percosse. Verrebbe, pertanto, esclusa quell'interpretazione che in qualche, seppur isolata, pronuncia è emersa nella giurisprudenza di legittimità, che, in maniera non convincente, ha affermato l'unicità del dolo di lesioni e di percosse. Tale soluzione sembra, ad oggi, essere legittimata anche dalla giurisprudenza più recente (Cass., sez. II, 21 febbraio 2019, n. 22534) in base alla quale le lesioni si configurano solo nelle ipotesi di superamento della mera ed eventuale sensazione dolorosa tipica delle percosse, determinando un'alterazione delle normali funzioni fisiologiche dell'organismo, che richiede un processo terapeutico e specifiche cure mediche.

Inoltre la previsione di una “deriva funzionale” quale requisito espresso di fattispecie rappresenterebbe un dato normativo stringente a cui potrebbe far riferimento la giurisprudenza

che, talvolta, nonostante la pronuncia delle Sezioni unite del 2008, ha continuato a considerare malattia la mera alterazione anatomica.

### ***La procedibilità dei delitti di lesione dolosa***

Un ulteriore aspetto da considerare in una prospettiva *de iure condendo* è l'eventuale ripensamento del regime di *procedibilità* dei delitti di lesione: sarebbe auspicabile l'estensione della procedibilità a querela anche all'ipotesi di lesione comune di cui al primo comma dell'art. 582 c.p. La variazione del regime di procedibilità a querela si inserirebbe nella logica che aveva giustificato la *L. 24 novembre 1981, n. 689*, che aveva mutato l'originario regime di procedibilità delle ipotesi di lesioni originariamente perseguibili d'ufficio, posti a tutela di interessi di natura privata, con l'effetto di ricollocarne il relativo disvalore sul piano dei rapporti tra privati.

Sul punto interessanti sono gli spunti offerti dai lavori della *Commissione Fiorella* per la revisione del sistema penale che in un'ottica di deflazione del sistema processuale progettava un ampliamento delle ipotesi incriminatrici di parte speciale assoggettate al regime della procedibilità a querela di parte. Come ben sottolineato dalla Relazione la procedibilità a querela rappresenta un punto di equilibrio e di mediazione fra due esigenze contrapposte: da un lato, quella di scongiurare che, nel rispetto del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, si determinino automatismi sanzionatori che impediscano qualsiasi possibilità di selezionare la punibilità dei fatti realmente offensivi e meritevoli di tutela penale; dall'altro, quello di far emergere e valorizzare l'interesse privato alla punizione del colpevole onde evitare che restino impuniti fatti comunque lesivi di beni primari o che resti frustrata l'esigenza di ristoro, anche morale, della vittima del reato.

Ampliando la procedibilità a querela si può ottenere anche l'effetto secondario ma non meno importante, in una logica di riduzione dei carichi processuali, di favorire le ipotesi conciliative che spesso riescono a perfezionarsi proprio nelle fasi preliminari del giudizio. A modello dell'**art. 5** dell'articolato della Commissione Fiorella si potrebbe prevedere che nel secondo comma dell'articolo 582 del codice penale, le parole «Se la malattia ha una durata non superiore a venti giorni e non ricorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 583 e 585» siano sostituite dalle seguenti: «Se non ricorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 583 e 585.» La *ratio* è quella di estendere la logica dell'"azione" privata in relazione al livello della gravità sostanziale della lesione, procedendo in una logica di progressione rispetto all'intervento già operato dal legislatore del 1981.

In quest'ottica può ritenersi un'occasione mancata in merito all'estensione della procedibilità a querela il d. lgs. 36/2018. La legge Orlando (l. 103/2017) all'art.1, co. 16, lett. a e b aveva delegato il Governo ad adottare decreti legislativi per la modifica della disciplina del regime di procedibilità per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, salva in ogni caso la procedibilità d'ufficio qualora, tra l'altro, la persona offesa sia incapace per età o per infermità.

In sede di attuazione della delega si è ritenuto di mantenere, invece, la procedibilità d'ufficio per le ipotesi di lesioni volontarie a cui segua una malattia superiore a venti giorni ma inferiore o uguale a quaranta sulla base di un'erronea interpretazione delle ipotesi di incapacità ed infermità- Infatti l'esclusione per i casi di incapacità avrebbe dovuto riguardare le ipotesi in cui detta condizione sia preesistente o indipendente dall'evento lesivo.

La modifica del regime della procedibilità delle lesioni potrebbe giustificare un ripensamento in merito alla natura giuridica delle attuali ipotesi aggravate di cui all'art. 583 c.p che potrebbero essere trasformate in autonome ipotesi incriminatrici: una tale opzione

interpretativa deve essere ovviamente coordinata con un eventuale ripensamento della disciplina generale delle circostanze del reato.

### **Il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti**

Con la legge 69 del 2019 il legislatore ha ampliato il catalogo delle norme incriminatrici dei delitti di lesioni dolose. A dimostrazione che nessun elemento è per definizione circostanza aggravante o elemento costitutivo di fattispecie, l'originaria circostanza aggravante della lesione gravissima rappresentata dallo sfregio permanente e dalla deformazione del viso (art.583, co. 2, n. 4 c.p.) è stata trasformata in un reato autonomo (art.583 *quinquies* c.p.). La modifica appare giustificata dall'intento di inasprire il trattamento sanzionatorio di ipotesi ritenute di particolare allarme sociale attraverso la previsione di una sanzione più severa (reclusione da otto a quattordici anni ) rispetto al passato (reclusione da sei a dodici anni), che si riflette anche sui tempi di prescrizione, e, soprattutto, attraverso l' esclusione dal giudizio di bilanciamento (l'ipotesi circostanziale pregressa, in linea astratta, avrebbe potuto essere dichiarata soccombente o al limite equivalente ad eventuali circostanze attenuanti). In una prospettiva *de jure condendo* si ritiene di non suggerire alcuna modifica in merito alla previsione dell'autonomia della fattispecie incriminatrice dello sfregio e della deformazione.

Ulteriore elemento di distinzione rispetto alla disciplina pregressa è rappresentato dal profilo soggettivo in quanto ad oggi il soggetto attivo deve rappresentarsi e volere (anche a titolo di dolo eventuale) la realizzazione dello sfregio o della deformazione. Mentre prima, alla luce del regime di imputazione delle circostanze aggravanti *ex art. 59 c.p.*, lo sfregio poteva essere voluto o al limite imputato al soggetto solo a titolo di colpa, da intendersi quale sviluppo logicamente prevedibile ed evitabile di un contesto aggressivo doloso. L'intervento legislativo con la contestuale abrogazione della previgente aggravante ha, però, comportato un problema di ordine sistematico dal momento che nel caso di ipotesi di sfregi (o deformazioni) non voluti ma scaturenti da una colluttazione dolosa l'unica norma applicabile sarà pertanto l'ipotesi di lesioni gravi con una notevole diminuzione del trattamento sanzionatorio e la contestuale applicabilità della disciplina del bilanciamento: ciò rappresenterebbe un effetto preterintenzionale della riforma e di segno diametralmente opposto rispetto ai propositi del legislatore del 2019. Inoltre il legislatore del 2019 non ha introdotto nell'art- 590 (lesioni personali colpose) alcun riferimento all'art. 583 *quinquies* c.p. : si potrebbe, in una prospettiva *de lege ferenda*, suggerire l'introduzione di un nuovo comma nell'art. 590 relativo allo sfregio *colposo*.

La fattispecie ricalca, sul piano oggettivo, l'originaria ipotesi circostanziata senza la previsione di una differenziazione sul piano della risposta sanzionatoria per le due forme lesive. Come emerge dalla giurisprudenza, seppur non particolarmente ampia sul punto, lo sfregio e la deformazione si presentano in un rapporto di progressione sul piano dell'intensità offensiva. Lo sfregio rappresenta l'ipotesi di minor disvalore che comporta un turbamento irreversibile dell'armonia e dell'euritmia delle linee del viso, con effetto sgradevole o d'ilarità, anche se non di ripugnanza, secondo un osservatore comune, di gusto normale e di media sensibilità; la deformazione rappresenta, invece, l'evento più grave e si realizza quando il turbamento irreversibile dell'armonia del viso si attesta su un livello superiore (Cass., 18 aprile 2016, n. 21394; Cass., 7 ottobre 2014, n.5326; Cass., 16 giugno 2014, n. 32984). Attualmente la distinzione della dimensione offensiva delle due ipotesi è rimessa alla scelta discrezionale del giudice nella fase di commisurazione giudiziale della pena.

Sul piano oggettivo la fattispecie di nuovo conio riproduce l'ambigua e criticabile formulazione dell'art. 582 c.p. con l'indicazione di una duplicità apparente di eventi naturalistici.



In una prospettiva *de jure condendo* sarebbe auspicabile oltre ad una differenziazione del trattamento sanzionatorio in considerazione della diversa gravità offensiva dello sfregio e della deformazione e all'eliminazione del riferimento all'ambiguo doppio evento.

### **Suggerimenti per una riforma dei delitti di lesioni: una prospettiva comparata**

È possibile ricavare alcune suggestioni per la revisione progettuale della disciplina vigente delle lesioni dolose da uno sguardo alla normativa di alcuni ordinamenti dell'Unione europea. Particolarmente rigorosa è la disciplina prevista dal *Code pénal* francese che prevede due diverse forme di lesioni in scala di gravità distinguendo in due ipotesi incriminatrici (art. 222-9 e art. 222-11) la violenza che comporta mutilazioni o invalidità permanente (per cui è prevista la reclusione di dieci anni e una multa di centocinquanta mila euro) e quella che ha produce una totale incapacità di lavorare per un tempo superiore ad otto giorni (per cui è prevista la reclusione di tre anni e una multa di 75.000 euro).

I successivi artt. 222-10 e 222-12 prevedono un regime sanzionatorio aggravato (anche recentemente modificato da *Loi* n. 2018-703) quando la violenza è commessa su particolari soggetti (minore di quindici anni, persona di particolare vulnerabilità per ragioni di età, malattia, infermità, disabilità fisica o mentale o gravidanza, ascendente legittimo o naturale o su padre o madre adottivi, pubblico ufficiale); quando la lesione venga commessa dal coniuge o dal convivente della vittima; con premeditazione o agguato oppure con l'uso o la minaccia di un'arma o, ancora, da più persone riunite. Ulteriori aumenti di pena sono previsti nel caso in cui la violenza sia commessa su un minore di quindici anni di età da un ascendente legittimo, naturale o adottivo o da qualsiasi altra persona che abbia autorità sul minore (lett. a) oppure mentre un minore è presente (cd. violenza assistita) ed è commesso dal coniuge o dal partner della vittima o dal partner collegato alla vittima da un patto di solidarietà civile (lett. b). Completa la disciplina, infine, la previsione del terzo comma dell'art. 222-10 che rende inapplicabile ai fatti di lesioni gravi o permanenti le previsioni di cui all'art. 132-23 del *Code pénal*, in base alle quali la persona condannata non può beneficiare, durante il periodo di carcerazione, della sospensione e della liberazione condizionale della pena o ai permessi premi o di lavoro. L'art. 222-13 prevede, infine, la rilevanza penale delle lesioni lievissime nel caso in cui la violenza comporti un'incapacità lavorativa di soli otto giorni o nessuna deriva funzionale.

Il sistema francese si caratterizza per un estremo rigorismo sanzionatorio e per un catalogo estremamente ampio di fattispecie speciali aggravate (che corrispondono ad ipotesi che nel nostro ordinamento sono inserite in disposizioni circostanziali anche di parte generale). Si sottolinea come non trovi espressa previsione l'autonoma incriminazione della deformazione e dello sfregio che rientrano, pertanto, nell'ipotesi base (di maggior disvalore offensivo) dell'art. 222-9. Un ulteriore indice del rigorismo sanzionatorio della disciplina francese è rappresentato dalla circostanza che, diversamente dalla disciplina italiana (alla luce dell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione) viene prevista anche la rilevanza penale delle condotte lesive prive di una ricaduta funzionale.

Il *Código penal* spagnolo disciplina le lesioni nel Titolo III del Libro II (come recentemente modificato dalla *Ley Orgánica* 1/2015 e dalla *Ley Orgánica* 2/2019) agli artt. 147-156. Analogamente al codice penale italiano le lesioni vengono classificate come quei comportamenti in grado di incidere negativamente sull'integrità o sulla salute fisica o mentale di una persona: si specifica, peraltro, che possono assumere rilevanza penale solo quelle lesioni di una particolare dimensione offensiva, ossia quelle che richiedono oltre ad una prima assistenza un trattamento medico o chirurgico.

Gli artt. 148 – 151 prevedono un innalzamento del trattamento sanzionatorio, tra cui si può

ricordare il primo comma dell'art-149 che contempla la 'grave deformità', prevedendo la pena della reclusione da sei a dodici anni. L'art. 150 stabilisce che chiunque cagiona la perdita o rende inutile un organo o un arto non principale, o una deformità, è punito con la reclusione da tre a sei anni.

La disciplina tedesca delle lesioni dolose è contenuta nei paragrafi 223-228 StGB. Il paragrafo 223 sanziona con la reclusione non superiore ad anni cinque chi aggredisca o danneggi la salute di una persona. I paragrafi 224- 225 contengono una serie di circostanze aggravanti e il paragrafo 226 disciplina le lesioni gravi sanzionando con la reclusione da uno a dieci anni la lesione che cagiona una perdita di uno o entrambi gli occhi, del linguaggio o della capacità riproduttiva (comma 1, n. 1), la perdita o l'utilizzabilità permanente di arto (comma 1, n. 2), oppure quando il fatto cagiona un significativo e permanente deturpamento (comma 1 n. 3). Il secondo comma prevede che la pena non possa essere inferiore ai tre anni quando la lesione, nei casi previsti dal n. 1, sia commessa intenzionalmente o consapevolmente. La disposizione di cui al comma successivo stabilisce, nei casi meno gravi di cui al paragrafo 1.1, la pena detentiva da sei mesi a cinque anni.

## 10. INTERVENTO MEDICO IN ASSENZA DI CONSENSO

Marco Pelissero<sup>1</sup>

**Sommario:** 1. La ricognizione delle questioni emerse nella prassi applicativa. – 2. Progetti di riforma. – 3. Profili di diritto comparato. – 3.1. Francia. – 3.2. Germania. – 3.3. Spagna. – 3.4. Austria. – 3.5. Portogallo. – 4. Proposta di riforma.

### 1. La ricognizione delle questioni emerse nella prassi applicativa.

Il consenso informato in ambito medico costituisce da tempo il perno centrale della relazione medico- paziente, capace di assolvere ad una «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative» (Corte cost. 438/2008). Questa centralità presenta precisi referenti costituzionali (artt. 2, 13, 32 Cost.) ed è stata valorizzata *in primis* dalla giurisprudenza, che considera il consenso come condizione di liceità dell'intervento medico (giurisprudenza costante: v. Cass., sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, Caneschi), e, più recentemente, è stata recepita dal legislatore nella L. 22 dicembre 2017, n. 219, intitolata appunto “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*” il cui art. 1 stabilisce che «la presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». Il consenso diventa elemento imprescindibile all'interno della relazione di cura e fiducia tra medico e paziente (v. art.1, comma 2 della stessa legge).

Il legislatore, pur valorizzando il consenso informato, la cui assenza impedisce al medico di iniziare o proseguire un trattamento sanitario, non ha disciplinato i casi, che pur si sono presentati nella prassi applicativa, dell'intervento medico arbitrario, ossia praticato in assenza o contro la volontà del paziente. Dottrina e giurisprudenza hanno proposto una pluralità di soluzioni, dalla più severa (omicidio preterintenzionale) alla meno severa (irrilevanza penale del fatto), per passare a soluzioni che potrebbero essere considerate “mediane” quanto ad effetti sul piano sanzionatorio (art. 610 c.p. ed eventuale applicazione dell'art. 586 c.p.). I diversi inquadramenti giuridici riflettono anche la diversità delle questioni concrete che si possono porre nella prassi.

La questione centrale e dirimente ai fini di qualsiasi opzione di riforma legislativa, è chiedersi se l'intervento arbitrario del medico sia meritevole di assumere rilevanza penale già in quanto violazione della sfera di libertà della persona rispetto a qualsiasi ingerenza non autorizzata o se debba rilevare solo qualora produca un'offesa all'incolumità fisica. Questo profilo è dirimente rispetto alle scelte di inquadramento giuridico ed è, quindi, di fondamentale importanza in prospettiva di riforma.

---

<sup>1</sup> Stefano Canestrari, Luciano Eusebi, Antonio Vallini e Sergio Bonini aderiscono espressamente ai contenuti di questa relazione.

Alla luce delle soluzioni emerse in dottrina e giurisprudenza, è possibile tracciare alcune coordinate di fondo, distinguendo:

- a) intervento medico senza la volontà del paziente;
- b) intervento medico in caso di dissenso del paziente;
- c) intervento medico in caso di consenso ritenuto valido;
- d) intervento medico a fine non terapeutico.

*a) Trattamento medico in assenza di consenso.*

Si tratta delle situazioni che trovano prevalente riscontro nella prassi applicativa e che spesso nascono da una valutazione del medico in corso di intervento con un trattamento diverso da quello inizialmente prospettato e autorizzato dal paziente.

Escluso l'inquadramento giuridico originariamente avanzato (caso Massimo: Cass., sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639) delle lesioni dolose e, in caso di morte del paziente, dell'omicidio preterintenzionale, le soluzioni prospettabili si muovono su due possibili fronti.

Il primo, espresso da ultimo dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, 21 gennaio 2009, n. 2437), esclude la rilevanza penale della condotta del medico intervenuto in assenza di consenso, laddove non vi sia stato l'esito infausto dell'intervento, ossia quanto l'intervento non abbia cagionato una malattia (quest'ultima, tra l'altro, considerata dalle Sezioni unite sulla base di criteri oggettivi e tenendo conto di una nozione di malattia quale alterazione funzionale dell'organismo, più ristretta, dunque, rispetto a quella di alterazione anatomica proposta in passato dalla giurisprudenza). Questo inquadramento giuridico della condotta del medico è l'effetto della prevalenza del bene "incolumità fisica" rispetto alla "libertà di autodeterminazione" del paziente. Eventuali profili di responsabilità penale potranno essere semmai apprezzati in presenza di una colpa professionale per violazione delle *leges artis*, tra le quali la giurisprudenza e la prevalente dottrina non includono mai l'acquisizione del consenso, a meno che la mancata sollecitazione dello stesso «abbia impedito di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo» (Cass., sez. un., 18 dicembre 2008-21 gennaio 2009, n. 2437).

Se, invece, si facesse prevalere nell'intervento medico arbitrario l'offesa alla libertà di autodeterminazione del paziente, il fatto andrebbe inquadrato nel delitto di violenza privata (art. 610 c.p.), con applicazione, in casi di morte o lesioni personali, dell'art. 586 c.p., sempre che si accertino elementi di colpa.

*b) Intervento medico in caso di dissenso del paziente*

In quest'ipotesi, la giurisprudenza è giunta alla conclusione che «l'agire del chirurgo sulla persona del paziente contro la volontà di costui, salvo l'imminente pericolo di morte o di danno sicuramente irreparabile ad esso vicino, non altrimenti superabile, esita in una condotta illecita capace di configurare più fattispecie di reato, quali violenza privata (art. 610 c.p., la violenza essendo insita nella violazione della contraria volontà), lesione personale dolosa (art. 582 c.p.) e, nel caso di morte, omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.)»; dunque «il medico chirurgo non può manomettere l'integrità fisica del paziente, salvo pericolo di vita o di altro danno irreparabile altrimenti non ovviabile, quando questi abbia espresso dissenso» (Cass., sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519, Cicarelli, e nello stesso senso le Sezioni unite del 2008).

*c) Intervento medico con consenso ritenuto valido*

Possono sussistere elementi di colpa in capo al medico proprio in relazione alla corretta acquisizione del consenso: la Cassazione afferma che «il criterio di imputazione dovrà essere .... di carattere colposo ... qualora il sanitario, in assenza di valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso» (Cass., sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, Firenzani).

*d) Intervento medico a fini non terapeutici*

Si può, infine prospettare un ultimo caso, quello dell'intervento medico privo di finalità terapeutiche (es. carattere puramente sperimentale; finalità esclusivamente economiche): la liceità dell'atto medico è, infatti, condizionata al carattere terapeutico dell'atto. In tal caso, l'intervento sul paziente integra il delitto di violenza privata (art. 610 c.p.), se non seguono eventi infausti, o i delitti di lesioni personali o, in caso di morte del paziente, di omicidio preterintenzionale o doloso, a seconda della specifica componente soggettiva in concreto presente.

## **2. Progetti di riforma**

Si è occupato in modo specifico dell'intervento medico arbitrario il progetto di riforma del codice penale della Commissione Pagliaro, che prevedeva una specifica fattispecie di reato:

*«attività medica o chirurgica su persona non consenziente, consistente nel compimento di un'attività medica o chirurgica, anche sperimentale, su una persona senza il consenso dell'avente diritto (e sussistente se il fatto non costituisce un reato più grave).*

*Escludere la punibilità quando il fatto compporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona»* (art. 70).

La fattispecie presente in questo progetto è costruita in modo da attribuire rilevanza specifica all'offesa alla libertà di autodeterminazione del paziente, ma con esclusione della punibilità:

- se il fatto integra una più grave fattispecie di reato che prevale in forza del principio di assorbimento (es. lesioni personali e omicidio colposi o dolosi);
- se il fatto comporta comunque per il paziente vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona: sul punto la norma offre una soluzione in linea con l'orientamento seguito da ultimo dalle Sezioni unite della Corte di cassazione che rimettono al giudice la valutazione in ordine all'esito fausto o infausto dell'intervento.

## **3. Profili di diritto comparato**

Alla luce della comparazione, emerge un quadro non unitario. In prevalenza, i sistemi europei non presentano norme specifiche che sanzionano penalmente l'intervento medico in assenza di consenso.

### **3.1. Francia**

In Francia, l'art. 16-3 code civil stabilisce:

*«il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité "médicale" pour la personne mais le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir».*

La responsabilità penale del medico in caso di intervento medico in assenza di consenso opera solo in presenza di profili di responsabilità professionale, la cui presenza comporta l'applicazione delle fattispecie poste a tutela dell'incolumità fisica o della vita. Una disposizione specifica che dà rilevanza penale ad un atto medico in assenza di consenso è, tuttavia, prevista in materia di sperimentazione biomedica. L'art. 223-8 del codice penale francese prevede:

«Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 ou sur un essai clinique mentionné à l'article L. 1124-1 du code de la santé publique sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et, le cas échéant, écrit de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par le code de la santé publique ou par les articles 28 à 31 du règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche interventionnelle est pratiquée alors que le consentement a été retiré.

Les mêmes peines sont applicables lorsqu'une recherche non interventionnelle est pratiquée alors que la personne s'y est opposée.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou à son identification par ses empreintes génétiques effectués à des fins de recherche scientifique».

### 3.2. Germania

In Germania non è prevista una disciplina specifica e la questione è risolta attraverso l'applicazione dei delitti contro la vita e l'integrità fisica che vanno esclusi nei casi di:

- a) consenso presunto (*mutmaßliche Einwilligung*), quanto il paziente non è in grado di esprimere un consenso, perché si trova in stato di incoscienza e sussiste la necessità medica di intervenire;
- b) consenso ipotetico (*hypothetische Einwilligung*), ossia quando il consenso dato dal paziente è inefficace (es. è stato dato per un intervento diverso da quello eseguito; non adeguata informazione preventiva), ma si può affermare che il paziente avrebbe dato il proprio consenso all'intervento medico di fatto eseguito (si tratta di una figura elaborata dalla giurisprudenza che, tuttavia, è ampiamente controversa in dottrina).

### 3.3. Spagna

Non è prevista una disposizione specifica e la giurisprudenza applica la disciplina dei delitti contro la vita e l'incolumità fisica, qualora l'intervento non acconsentito abbia comportato un pregiudizio per la salute del paziente.

### 3.4. Austria

Il § 110 del codice penale austriaco prevede, tra i delitti contro la libertà, una fattispecie specifica riferita all'intervento medico arbitrario, punibile a querela della persona offesa. Si segnala la scelta di prevedere la punibilità del trattamento medico in assenza di consenso, affiancando al contempo la previsione di casi di non punibilità.

«(1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht

bestanden hat und er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt hätte bewußt sein können.

(3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu».

Il § 110, comma 2 prevede la non punibilità nel caso in cui il consenso non sia stato acquisito, in quanto il differimento del trattamento avrebbe messo seriamente in pericolo la vita o la salute del paziente, salvo che si accerti la mancanza del supposto pericolo, mancanza della quale il medico avrebbe potuto rendersi conto facendo applicazione della necessaria diligenza.

### 3.5. Portogallo

Anche il codice penale portoghese prevede all'art. 156 il reato di «Interventi e trattamenti medico- chirurgici arbitrari» (*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*), punito con una pena analoga a quella del codice penale austriaco. La norma è collocata tra i delitti contro la libertà (*Dos crimes contra a liberdade pessoal*):

«1. As pessoas indicadas no artigo 150 que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. O facto não é punível quando o consentimento:

- a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou
- b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3. Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

4. O procedimento criminal depende de queixa».

La disciplina è strutturata in modo analogo a quella del codice penale austriaco: alla previsione della punibilità si affiancano casi di non punibilità.

Il medico che interviene per un fine terapeutico senza il consenso del paziente è punito con reclusione (sino a tre anni) o con pena pecuniaria. Il fatto non è punibile se il rinvio dell'intervento, finalizzato ad acquisire il consenso, avrebbe comportato un grave pericolo per la vita o la salute del paziente oppure se il trattamento o intervento praticato sia stato necessitato, sulla base dell'esperienza medica, per evitare un pericolo per la vita, l'integrità fisica o la salute del paziente e non sussistevano elementi per ritenere che il consenso, se richiesto, sarebbe stato rifiutato.

Una pena più elevata (sempre alternativa, ma con la reclusione sino a sei mesi) è prevista in presenza di profili di colpa grave in sede di acquisizione del consenso.

Anche questo reato è punibile a querela della persona offesa.

### 4. Proposta di riforma

Con la l. 219/2017 il legislatore, dopo un travagliato iter legislativo, ha espressamente dato rilevanza al consenso informato come condizione di legittimazione dell'atto medico, non prevedendo alcuna disposizione specifica in tema di intervento medico in assenza o contro la

volontà del paziente. La giurisprudenza italiana ha raggiunto una consolidata ed equilibrata soluzione nel rapporto tra attività medica e libertà di autodeterminazione del paziente nell'inquadramento giuridico della pluralità di situazioni che si possono verificare nella prassi e che appaiono di difficile formalizzazione. I delitti contro la libertà morale e contro la persona costituiscono i necessari e sufficienti riferimenti per l'inquadramento giuridico dell'intervento medico arbitrario.

In conclusione, in ragione dell'equilibrio raggiunto dalla l. 219/2017 e della giurisprudenza consolidata, si ritiene non opportuna la previsione di una fattispecie specifica che sanzioni l'intervento medico in assenza o contro la volontà del paziente.



## 11. DOPING: STATO DELL'ARTE E FUTURIBILI

Sergio Bonini

### **Art. 586-bis c.p. (Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti)**

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2582 a euro 51645 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze.

2. La pena di cui al primo comma si applica, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a chi adotta o si sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste dalla legge non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche.

3. La pena di cui al primo e secondo comma è aumentata:

- a) se dal fatto deriva un danno per la salute;
- b) se il fatto è commesso nei confronti di un minore;
- c) se il fatto è commesso da un componente o da un dipendente del Comitato olimpico nazionale italiano ovvero di una federazione sportiva nazionale, di una società, di un'associazione o di un ente riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.

4. Se il fatto è commesso da chi esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione.

5. Nel caso previsto dal terzo comma, lettera c), alla condanna consegue l'interdizione permanente dagli uffici direttivi del Comitato olimpico nazionale italiano, delle federazioni sportive nazionali, società, associazioni ed enti di promozione riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.

6. Con la sentenza di condanna è sempre ordinata la confisca dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere il reato.

7. Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi indicate dalla legge, che siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero idonei a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente destinati alla utilizzazione sul paziente, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 5164 a euro 77468.

### **1. Premessa**

Doping e diritto penale come *ultima ratio*. Nel panorama europeo e transnazionale, l'Italia rappresenta uno dei primi Paesi ad aver introdotto una legislazione volta a contrastare organicamente la diffusione di pratiche dopanti nel mondo dello sport: in precedenza, si erano munite di leggi speciali antidoping Svezia, Francia e alcuni Stati nordamericani; negli ultimi

anni, si segnala l'esperienza austriaca, interessante per l'approccio "selettivo" e "scalare" sanzione disciplinare/sanzione penale.

Va peraltro osservato come la via maestra per contrastare il doping nello sport, anche con riguardo al piano comparatistico, risulti certamente quella dell'utilizzo di sanzioni disciplinari, apprezzabili quanto a "simmetria" fra "motivazioni a delinquere" e contenuto punitivo e teoricamente molto temibili per i tesserati in ragione dell'"impatto" in termini di onorabilità e di conseguenze patrimoniali e di vita. Ciononostante, se dal piano di un'astratta logica normativa scendiamo sul terreno concreto della realtà effettuale, ci si avvede che in un Paese come il nostro dirigenti, medici sportivi e atleti hanno potuto finora agire in un contesto di sostanziale impunità posto che, complessivamente, i «controlli a sorpresa» sono svolti dalle varie federazioni in maniera cronicamente disomogenea ovvero in base a un regime di pratica "facoltatività"; con la conseguenza di una marginalità dell'ipotesi di essere scoperti e vedersi applicate le relative sanzioni, sino a farlo apparire come rischio sensatamente affrontabile secondo una filosofia di costi e benefici.

Anche accogliendo del principio di *extrema ratio* la preferibile accezione "ulteriormente selettiva" secondo cui non basta, per ricorrere alla previsione penalistica, che altri tipi di intervento minaccino di non poter fornire idonea protezione agli interessi in gioco ma occorre che abbiano già dimostrato tale inadeguatezza, pare di poter dire che, nei confronti del doping, l'intervento disciplinare avesse dato chiare prove di una simile insufficienza.

Se si riflette dunque sull'«inaffidabilità» delle sanzioni disciplinari-sportive, sull'inconfigurabilità di altre funzionali alternative (per es., civilistiche), così come sulle difficoltà applicative riscontrate rispetto al doping dalla frode in competizioni sportive di cui alla l. 401/1989, si può ragionevolmente concludere come una tutela penale specifica contro il doping si presentasse in linea di principio giustificata (impregiudicato con quest'osservazione un giudizio circa la bontà politico-criminale e tecnico-normativa delle singole opzioni incriminatrici adottate con la l. 14 dicembre 2000, n. 376).

## **2. Inserimento nel codice degli aspetti penalistici concernenti il doping in forza del d.lgs. 21/2018 (con modifiche rispetto all'art. 9 l. 376/2000).**

Solo di recente, i profili penalistici del doping hanno fatto ingresso nell'ambiente del codice penale. Il d.lgs. 1.3.2018, n. 21 [«Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, co. 85, lett. q), della legge 23 giugno 2017, n. 103»], all'art. 7, co. 1, lett. n), ha infatti abrogato l'art. 9 della l. 14.12.2000, n. 376, recante le disposizioni penali in materia di sostanze dopanti, e ha contestualmente introdotto [art. 2, co. 1, lett. d)], un art. 586-*bis* rubricato «Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti».

Non è questa la sede per discutere il tema più trasversale, e ben precedente il d.lgs. 21/2018, circa vantaggi e punti critici legati al "trapianto" di una norma dalla legislazione extracodicistica a quella codicistica. Basti osservare che, se l'inserimento nel codice produce sicuri benefici in termini, per dir così, socio-pedagogici (ovvero, in termini generalpreventivi negativi e positivi, grazie alla riconduzione di una data norma all'interno del più "unitario" ed "evidente" corpus codicistico), tale inserzione di per sé però non assicura una maggiore protezione agli interessi coinvolti, dando luogo per giunta all'effetto collaterale spesso poco desiderabile di rendere più sottile il cordone ombelicale che lega disposizioni penali e disposizioni extrapenali.

Si può solo aggiungere che, nello specifico della materia del doping, uno studioso del rapporto soluzione codicistica/soluzione extracodicistica fra i più qualificati ha espresso un giudizio drasticamente negativo intorno alle «quasi 500 parole» del nuovo art. 586-*bis* c.p.: «500 parole strappate al paese natò, la legge 376 del 2000, e riversate nel cuore del codice

penale»; una norma, l'art. 586-*bis*, che, si prosegue non senza enfasi polemica, trova «come vicino di casa, l'art. 586 (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto), una norma asciutta e aristocratica, nota per l'assidua presenza nei salotti dell'alta dogmatica», mentre l'art. 586-*bis*, con il suo «profluvio di parole», «sembra invece un habitué dei talk show sportivi» (M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, 145 s.).

### **3. Linee generali della disciplina vigente**

Sul piano del fatto tipico delineato nell'art. 586 c.p., bisogna tripartire: condotte di «eterodoping»/condotte di «autodoping»/commercio di sostanze dopanti.

Le condotte di eterodoping o «doping per mano altrui» – laddove la mano allude a una condizione di «signoria finalistica sull'accadimento» – si presentano a loro volta legislativamente in una quadruplici formula: procacciamento, somministrazione, favoreggiamento dell'uso di sostanze vietate, adozione di pratiche mediche proibite (art. 586-*bis*, co. 1).

Con le due ipotesi di autodoping (art. 586 *bis*, co. 2) si sanziona per contro l'atleta che assume sostanze illecite o che si sottopone a pratiche mediche vietate. Fino all'entrata in vigore del citato d.lgs. 21/2018, era possibile scrivere come, in rapporto ai sei commi (dell'art. 9 l. 376/2000) dedicati a etero e autodoping, meno spinosi, e racchiusi in unico e non esteso comma (il settimo), fossero gli spunti dogmatici e le questioni esegetiche sollevati dall'ipotesi di commercio; questo peraltro non doveva far pensare a una secondarietà di tale figura delittuosa, trattandosi anzi del reato più grave contenuto nella l. 376 e fornito di una proiezione di tutela riferita a una più ampia sfera di potenziali vittime. Oggi, invece, il commercio (art. 586-*bis*, sempre co. 7) risulta improvvidamente «depotenziato».

Infatti: il co. 7 dell'art. 586-*bis* sostituisce il dolo generico che nella legge 376 caratterizzava la condotta di commercio con il dolo specifico, dato dal «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti»: un'introduzione del dolo specifico fortemente discutibile, perché sembra escludere dalla tutela lo sportivo non professionista (il quale, *rectius*, non risulta privato di qualsiasi generale tutela, ma certamente di quella assicurata da fattispecie di pericolo ad hoc, verosimilmente da considerare opportune sul piano politico- criminale: S. BONINI, *Doping e diritto penale*, Cedam, 2006, 60 ss., 242 ss.).

Un altro aspetto, fra quelli «fondanti» il fatto tipico e l'ambito di disciplina, riguarda invero proprio il tema dell'arretramento della tutela. Si osservi a riguardo che nei co. 1 e 2 dell'art. 586-*bis* risulta inserito un elemento di fattispecie – l'«idoneità» dei farmaci e delle pratiche mediche «a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo» – il quale sembra interpretabile come presupposto contrassegnante l'anticipazione della tutela allo stadio del pericolo. In questo senso, convergono un parallelismo con gli atti «idonei» (oltre che univoci) contrassegnanti la tipicità del tentativo, quale modello «generale» di arretramento della soglia di punibilità; la coerenza della locuzione prevista con istanze di tutela e dinamiche probatorie, che per la lotta al doping rendono percorribile e anzi probabilmente necessitata la strada del pericolo: a opinare diversamente, basti pensare alle pressoché insormontabili difficoltà di determinazione del nesso causale fra uso di metodiche dopanti e l'evento di danno rappresentato dalla micidiale patologia, capace di devastare l'apparato muscolare, definita «morbo di Lou Gehrig»; e, infine, la previsione di una circostanza aggravante operante «se dal fatto deriva un danno per la salute» [co. 3, lett. a), art. 586-*bis*], che testualmente conferma la «progressione» pericolo/danno. Pericolo che sarà, ragionevolmente, da intendersi come astratto nel c.d. eterodoping, e concreto nel c.d. autodoping (senza potersi dilungare in questa sede).

Un ultimo aspetto su cui, in chiave di ampia sintesi prospettica, conviene fermare l'attenzione è relativo proprio al citato dolo specifico.

Rispetto al «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti» vi è chi, già in riferimento all'art. 9, co. 1 e 2, l. 376/2000, ha pazientemente proceduto a “scomporre” la formulazione in esame per mostrare, dizionario alla mano, che le rispettive nozioni di «prestazione», di «agonismo» e di «atleta» consentirebbero di individuare quale referente teleologico delle incriminazioni anche la «performance sportiva con carattere, ad es., meramente dimostrativo od estetico» (e per desumere sul piano sistematico che non di autentico scopo subiettivo si tratterebbe, ma di indicazione legislativa circa l'«effettiva e concreta idoneità» delle sostanze e metodologie proibite). Peraltro, anche a voler accedere a questa «interpretazione estensiva» della formula normativa, resterebbe uno scoglio, ben presente allo studioso qui citato, che rileva come «nei fatti, l'emersione dei singoli episodi di drogaggio difficilmente possa verificarsi in ambiti non professionali, rispetto ai quali non sono praticabili test sull'atleta *contra voluntatem* da parte dei laboratori accreditati». È pur vero, come altresì si nota, che potranno aversi alterazioni psicofisiche talmente evidenti e univoche da essere dimostrabili anche per via testimoniale o mediante l'accertamento occasionale di quadri tipici del doping (così, nel contesto di indagini mediche dovute ad altre ragioni) [A. VALLINI, *Doping. L. 14 dicembre 2000, n. 376*, in F. PALAZZO – C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Cedam, 2007, 1748 ss.]. Ma il rischio, a intendere in senso ampio il concetto di «prestazioni agonistiche degli atleti», è ugualmente quello di ammettere una previsione «dai piedi d'argilla» ovvero, persino peggio, quello di legittimare scoperte casuali o verifiche “a campione” con esiti di strumentalizzazione del singolo somministratore o assuntore in chiave di capro espiatorio [convergono su un'interpretazione del dolo specifico come “limite” a una tipicità circoscritta allo sport professionistico A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode. Integrato con le disposizioni penali speciali in tema di sostanze alimentari, medicinali e sicurezza dei prodotti*, Giuffrè, 2013, 654 s.; e E. APRILE, *Il contrasto al traffico di sostanze dopanti: il punto della situazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 148 s.]. Fattispecie comuni, e in primis omicidio e lesioni colposi, potranno in ogni caso assicurare incisiva tutela a ogni forma di pratica sportiva, seppure col difetto di “tardività” dell'intervento, che affligge ogni reato di danno; peraltro, reati di pericolo risultano compatibili con il principio di offensività, e prima ancora con l'esigenza di una loro riscontrabilità probatoria, solo se assistiti dalla pre-condizione di requisiti anche organizzativi che ne assicurino l'operatività (il che, come detto, non pare avvenire nello sport dilettantistico).

#### 4. Prospettive de iure condendo

Conclusivamente, e per quanto più interessa in questa sede. L'attenzione del legislatore meriterebbe probabilmente di rivolgersi ad alcuni “futuribili” della materia:

a) L'introduzione di un'autonoma e più rigorosa cornice di pena in relazione alla condotta del medico che pratici il doping.

*De iure condito*, la possibilità di inasprimenti sanzionatori nell'ipotesi di comportamento posto in essere da un sanitario è triplicemente rapportabile alla circostanza di cui alla lett. c del comma 3 dell'art. 586-*bis* quando si tratti di medico sociale legato da rapporto di lavoro subordinato a una federazione o a un ente sportivo; alla circostanza dell'abuso di prestazione d'opera (art. 61, n. 11, c.p.); ovvero alla circostanza dell'abuso dei poteri o della violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio (art. 61, n. 9, c.p.).

In prospettiva di riforma, la più impegnativa soluzione della previsione di un reato proprio che sanzioni la condotta medica attraverso livelli edittali autonomi (nei confronti di quelli

attualmente previsti ai commi 1 e 2 dell'art. 586-*bis*) consentirebbe di perseguire la meta di una più calibrata rimproverabilità personale del disvalore oggettivo e soggettivo del fatto senza scontare le “genetiche” oscillazioni applicative di cui al giudizio di “bilanciamento” ex art. 69 c.p.

In questa direzione, spinge in particolare da una parte la ragionevole esigibilità che le conoscenze superiori del sanitario in ordine alla pericolosità di date sostanze siano “curvate” nel senso di una “dissuasione qualificata” del doping e non all'opposto sfruttate per indicare metodiche “innovative”, catastrofiche per la salute dell'atleta; dall'altra, l'esigenza di contrastare abusi nell'evocazione della «cura di condizioni patologiche» ai sensi dell'art. 1, co. 4, l. 376/2000 e dei commi 1 e 2 dell'art. 586-*bis*: quando l'accertamento giudiziale abbia rigorosamente escluso la sussistenza di questa causa di esclusione della tipicità, pare emergere una nota di peculiare disvalore nel comportamento di chi abbia approfittato dello «schermo» dell'esigenza curativa, ovvero si sia fatto scudo della possibilità di prescrizioni off label, allo scopo di praticare manipolazioni altamente pregiudizievoli per l'integrità fisica.

Ecco dunque che un comma 2-*bis* dell'art. 586-*bis* c.p. potrebbe essere così formulato: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da [...] a [...] l'esercente una professione sanitaria che, prestando la propria assistenza od opera, prescrive, procura ad altri, somministra, favorisce comunque l'utilizzo dei farmaci ricompresi nelle classi di cui all'articolo 2, comma 1, legge 376/2000 o adotta pratiche mediche ricomprese nelle classi di cui all'articolo 2, comma 1 della medesima legge, allorché si tratti di farmaci non giustificati da condizioni patologiche e idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, con il fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti o di modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze».

b) Una specificazione sulla natura del pericolo nel doping “autogeno”.

Questa novella, in specie, presuppone una duplice adesione: alla tesi del bene economico-patrimoniale quale bene protetto dalla fattispecie (per la cui argomentazione, e la prospettazione di tesi contrarie, S. BONINI, *op. ult. cit.*, 156 ss.) da una parte e alla “corrispondente” qualificazione del pericolo come concreto dall'altra; nonché la convinzione che tale bene sia meritevole e bisognoso di tutela anche *de lege ferenda*, opzione che appare persuasiva alla luce di quelle concezioni che leggono dinamicamente il patrimonio (e la concorrenza) come strumento funzionale allo sviluppo della libertà del singolo (vale forse comunque la pena ribadire – v. *supra*, paragrafo 1 – che la via maestra in chiave di contrasto del doping, e in specie dell'autodoping, parrebbe riconoscibile nell'impiego di sanzioni disciplinari; ma ciò solo se, con un capovolgimento della situazione attuale, questa tipologia di sanzione raggiungesse livelli di accettabile effettività).

Si potrebbe, accolta quest'ottica, dare valore non solo ermeneutico alla tipologia della concreta pericolosità tipizzandosi la condotta di autodoping descritta nei commi 1 e 2 dell'art. 586-*bis* come «concretamente idonea a procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale».

c) Un'integrazione del delitto di commercio così da inglobare la condotta realizzata all'interno di farmacie e altre strutture che detengono farmaci.

La necessità ex art. 586-*bis*, comma 7, che il commercio illegale avvenga al di fuori dei canali ufficiali di distribuzione dei farmaci lascia infatti “scoperta” l'ipotesi (presumibilmente non frequente, ma non inverosimile) del farmacista che sistematicamente venda prodotti e sostanze destinati a finalità “alternative” rispetto a quelle codificate, in mancanza di prescrizione medica e in circostanze totalmente estranee alla disciplina di settore.

In tali casi, mancando appunto uno dei presupposti della condotta richiesti dal comma 7, sarà tecnicamente integrabile solo il procacciamento di cui al comma 1 dello stesso art. 586-*bis*; e pertanto il farmacista-trafficante si troverà a beneficiare di un trattamento inspiegabilmente più benevolo in rapporto a qualsiasi altro soggetto attivo trafficante.

Non potrà anzi nemmeno applicarsi la figura del procacciamento allorché, come appare nella natura delle cose, il farmacista non sia mosso dallo scopo di alterare l'esito di qualche manifestazione agonistica ma piuttosto e unicamente da un movente di profitto; in tale situazione, potrà venire in rilievo la sola somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica (art. 445 c.p.), delitto tuttavia sanzionato (nel massimo) ancora più blandamente.

Può quindi suggerirsi l'aggiunta nell'art. 586-bis di un comma 8 del seguente tenore, con il quale si punisca anche «l'esercente la professione di farmacista che commercia preparazione galeniche, officinali o magistrali, contenenti principi attivi o eccipienti appartenenti alle classi farmacologiche di cui all'articolo 2, co. 1, legge 376/2000, in assenza di prescrizione medica o senza osservare le prescrizioni dettate dalla presente legge e da altre disposizioni di legge in tema di vigilanza e controllo sulla distribuzione e la commercializzazione dei farmaci».

d) Un intervento sulla sanzione interdittiva a carico dell'esercente una professione sanitaria.

Sembra infatti una differenziazione poco giustificata – nel segno di un intollerabile atteggiamento di favore verso la classe medica – il carattere rispettivamente perpetuo e temporaneo della pena interdittiva operante nelle ipotesi di fatto commesso da componente del Coni o figure assimilate e in quelle di fatto commesso da esercente professione sanitaria.

Quelle stesse ragioni che sollecitano l'introduzione di una figura di eterodoping che veda il medico come soggetto attivo (*supra*, a) paiono infatti fondare una revisione della sanzione interdittiva a suo carico in chiave di maggiore rigore.

Una maggiore severità che non dovrebbe peraltro spingersi fino a una radicale modifica dell'interdizione da temporanea a perpetua, modifica che risulterebbe draconiana e spiegabile solo in ottica di prevenzione speciale «negativa»: ben difficile immaginare che l'esercente la professione sanitaria abbia in parallelo sviluppato abilità e competenze che gli consentano di “riciclarsi” in altri campi di attività; dovendosi inoltre considerare la grande cautela con cui il legislatore ha provveduto a introdurre deroghe alla normale temporaneità che connota in forza dell'art. 30, co. 2, c.p. l'interdizione professionale.

e) L'introduzione di altra pena accessoria.

All'art. 586-*bis* andrebbe anche aggiunto un co. 5-*bis* dalla formulazione: «La condanna per i delitti di cui ai commi 1, 2, 2-*bis*, 7 e 8 comporta altresì la pubblicazione della sentenza, per una sola volta, in uno o più giornali designati dal giudice».

La pubblicazione della condanna rappresenta del resto strumento general- e specialpreventivamente consigliabile in termini di “contrappasso” e di “discredito” nei confronti dell'autore (discredito, s'intende, legittimo e non infangante come nelle situazioni di c.d. “condanna massmediatica anticipata”).

f) Una puntualizzazione rispetto al raggio di operatività della confisca obbligatoria.

*De iure condito*, e in particolare alla stregua del co. 6 dell'art. 586-*bis* c.p., risulta infatti incerto se la confisca delle cose servite o destinate a commettere «il reato» riguardi tutte le fattispecie criminose contenute nell'art. 586-*bis* e quindi anche l'ipotesi di commercio contemplata nel comma 7, oppure le esclusive ipotesi di etero- e autodoping previste nei commi 1 e 2.

In questo secondo senso, milita la collocazione topografica: la confisca è contenuta in un comma che precede la disposizione sul commercio illegale, e tale elemento potrebbe non implausibilmente essere considerato ostativo rispetto a una riferibilità della misura ablativa al commercio.

Se si vuole invece che il contrasto della pericolosità della cosa sia «sempre» assicurato rispetto a ogni delitto della l. 376, nel qual senso spingono istanze specialpreventive e lato sensu repressive (che si presentano anzi rafforzate rispetto al commercio), e volendosi evitare le incertezze derivanti dall'attuale ubicazione “a mezza via” del disposto sulla confisca, si

dovrebbe specificare nel seno del comma 6 che «Con la sentenza di condanna è sempre ordinata la confisca dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere i reati di cui ai commi 1, 2, 2-bis, 7, 8».

g) L'inclusione dei delitti in materia di doping nella "parte speciale" della responsabilità "da reato" degli enti.

Pure rispetto al doping, vale infatti l'esigenza di impedire che l'"organizzazione delle responsabilità" tipica delle strutture complesse si trasformi in "irresponsabilità organizzata"; con la relativa opportunità di prevedere moduli di consapevolizzazione dell'ente i quali mirino a contrastare, attraverso la congrua adozione di regole "precauzionali" interne, quello specifico "rischio d'impresa" costituito dal reato commesso da soggetto in posizione apicale o subordinata.

Un comma 9 dell'art. 586-bis potrebbe dunque stabilire: «Dopo l'articolo 25-quindecim del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente: Art. 25-sedecim (Pratiche di doping) 1. In relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 586-bis del codice penale si applicano all'ente la sanzione pecuniaria da [...] a [...] quote e le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, co. 2, per una durata non inferiore a [...]. 2. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei delitti indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, co. 3».

h) Trattandosi di reati di pericolo, onde evitare un'eccessiva anticipazione della soglia della punibilità, in contrasto con il principio di necessaria lesività dell'illecito penale, andrebbe esclusa la sanzionabilità del tentativo.

## **11-BIS. NOTE A MARGINE IN TEMA DI OMICIDIO DEL CONSENZIENTE E ISTIGAZIONE O AIUTO AL SUICIDIO, OMICIDIO PRETERINTENZIONALE, AGGRAVANTI DELL'OMICIDIO, ATTO MEDICO ARBITRARIO, DELITTI DI DOPING**

*Luciano Eusebi*<sup>1</sup>

Circa l'art. 579, non ritengo che le problematiche del fine vita possano essere affrontate attraverso meri interventi sulle norme penali. In assenza di una normativa organica, penserei che sia preferibile rimanere alla decisione della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale (fra l'altro, la proposta di 'ripresa' di quei requisiti sia rispetto all'art. 579, sia rispetto all'art. 580 c.p. lascia fuori ulteriori condizioni previste dalla Corte: parere comitato etico, previa attivazione in concreto delle cure palliative, verifica della sussistenza dei requisiti stessi in sede di SSN).

Credo che ci possa essere spazio – ma ciò richiederebbe uno studio ad hoc – per modulare le risposte sanzionatorie, ma con gli stessi problemi che si danno per le cause di non punibilità: altro è comprendere ex post determinate situazioni, altro è accreditare ex ante che certe condotte siano, in sostanza, ammissibili.

Ciò premesso, le stesse considerazioni che svolgevo in senso contrario all'ammissione di una condotta cooperativa alla morte altrui in tema di aiuto al suicidio si propongono a maggior ragione circa la condotta eutanasi diretta.

L'agire diretto, nonostante un confine pratico che può essere labile con l'aiuto al suicidio, implica un passaggio del massimo spessore: l'aver completamente in mano, da parte del soggetto agente, la causazione della morte di un altro. Laddove, invece, nell'aiuto al suicidio resta la 'garanzia' che l'attivazione del processo immediato di morte avvenga solo se il soggetto coinvolto continui a volerlo (si pensi solo ai problemi che si porrebbero, nel caso di un omicidio del consenziente autorizzato, circa i profili dell'errore sul consenso).

Né si può negare che l'autorizzare quell'aver completamente in mano, dal punto di vista oggettivo, il provocare la morte di taluno (legittimato solo dal suo consenso soggettivo, ad accertamento comunque problematico) rappresenti un passaggio molto forte, anche in termini di messaggio sociale: nient'affetto indifferente per quanto concerne la sua incidenza circa la percezione del ruolo della vita altrui nei rapporti intersoggettivi.

Rispetto all'esigenza di un freno circa esiti con un significato anche culturale che va ben oltre la stessa casistica specifica, riterrei che il bilanciamento tra divieto di "uccidere" e possibilità del ricorso alla sedazione palliativa profonda (annullando ogni sofferenza) nel caso di rinuncia a terapie salvavita sia sostenibile. Se di bilanciamenti si deve parlare, come oggi così spesso avviene, non riterrei che – in tutti i casi – ciò debba condurre al soccombere del ruolo che riveste il bene vita.

In merito, poi, all'introduzione di una fattispecie ad hoc di c.d. omicidio *pietatis causa* riterrei, da un lato, ben più opportuno muoversi, per eventuali differenziazioni ai fini sanzionatori, entro l'ambito della norma generale, dall'altro che sia necessaria un'attentissima riflessione sui requisiti rilevanti e sulla loro oggettiva accertabilità.

Non si trascuri che, in questo caso, abbiamo un'uccisione senza alcun consenso

---

<sup>1</sup> Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione.



dell'interessato. Non si deve dare l'idea, dunque, che l'uccidere (addirittura) senza l'altrui consenso, in certe condizioni, sia poco grave. Un messaggio di questo genere sarebbe devastante.

Una differenziazione sanzionatoria può essere connessa a una situazione di stress personale, ma dev'esser ben chiaro che uccidere, addirittura senza consenso, è cosa del tutto inaccettabile.

E proprio da questo punto di vista il riferimento al *pietatis causa* rischia, anche terminologicamente, di essere quanto mai equivoco e fuorviante. Sposta infatti l'attenzione su un'equivoca 'pietà' verso il malato (anche se questi non ha chiesto nulla, non ha redatto DAT, né ha nominato un fiduciario), quando si tratta invece, essenzialmente, di un problema esistenziale di chi uccide, in merito al rapporto con la situazione di malattia di un'altra persona (per inciso: nemmeno rileverebbe, nell'ipotesi formulata, che l'uccisore 'pietoso' si sia preoccupato di assicurare al malato cure palliative, oltre ad assistenza medica e quant'altro?).

Per quanto riguarda la fattispecie principale, concordo sul fatto che l'introduzione, come elemento della medesima, del fatto che il consenso sia stato 'acquisito' conduce a palesi incongruenze.

Circa l'inopportunità dell'introduzione di un reato di attività medica arbitraria concordo in tal senso, nelle conclusioni, con quanto scrive Marco Pelissero.

Circa i vari problemi concernenti le aggravanti e l'eventuale trasformazione delle medesime in reati autonomi, credo che forse potrebbe segnalarsi (senza, tuttavia, poterlo risolvere) un problema teorico di fondo: vale a dire come ormai ogni tentativo di razionalizzazione, anche dal punto di vista politico-criminale, sia condizionato da vincoli puramente formali. Il che rende difficilissima qualsiasi progettazione seria.

Mi riferisco al fatto che bisogna fare lo slalom (vedi p. es. il lavoro di Gentile) – per capire effetti e controeffetti di determinati interventi – tra l'incidenza del rilievo doloso o colposo di un certo fattore se inteso come reato autonomo o circostanza, la disciplina con le relative eccezioni dell'art. 69 c.p., gli eventuali riflessi ai fini di una messa alla prova o ai fini delle norme processuali, ecc. ecc.

Sarebbe necessaria, in realtà, una riforma totale del sistema (oggi ingovernabile) delle circostanze.

Con riguardo, per lo meno, all'omicidio preterintenzionale, mi domando, peraltro, se potrebbe esservi il coraggio – a parte ogni altra valutazione – di andare oltre il requisito della prevedibilità, che spesso si risolve in una presunzione funzionale alla condanna, lasciando nella sostanza inalterata la responsabilità oggettiva. Mi riferisco all'eventuale recepimento in proposito, data l'incidenza sanzionatoria pesantissima di quanto previsto dall'art. 584 c.p. (ma ciò potrebbe valere anche per l'art. 116 c.p.), dell'ipotesi formulata in dottrina di richiedere, piuttosto, il requisito della previsione dell'evento, che esigerebbe comunque dal giudice un maggior impegno in sede di accertamento e di motivazione.

Circa il doping (Bonini), mi pare che nel testo revisionato non emerga interamente, ma è del tutto legittimo, quanto era stato detto nella nostra discussione. Fra l'altro – ma posso sbagliare io – si parla di "autodoping" solo in riferimento al secondo comma dell'art. 586-bis, quando invece la condotta dell'«assumere» fa comunque parte del primo comma.

Personalmente resto del tutto convinto che il bene tutelato debba essere reperito, in materia, nella salute, conformemente alla convenzione antidoping (del resto, se così non fosse sarebbero poco comprensibili le marcate differenze sanzionatorie rispetto alla frode sportiva).

Ciò che io ipotizzavo non era tanto un'estensione tout court della responsabilità agli enti (che, *rebus sic stantibus*, certamente ci può stare), bensì – in materia di 'autodoping' – un'eventuale depenalizzazione intesa a minare il *pactum sceleris* con il pusher (fatte salve sanzioni sportive serie nei confronti dell'atleta), con previsione di una forma di severa responsabilità amministrativa diretta delle società sportive (pur sempre sul modello 231) per il tesserato che risulti essersi dopato.

Il che, peraltro, imporrebbe pur sempre di interrogarsi su come agire rispetto all'atleta che ricorra al doping, senza essere tesserato in una società sportiva: si potrebbe giungere a imporre il tesseramento per partecipare ad attività agonistiche? (resterebbe comunque l'interrogativo se e come debba intervenire penalmente anche con riguardo ad attività sportive non agonistiche o svolte in modo del tutto privato, con pericolo soprattutto per le persone giovani e meno consapevoli).

Infine, vorrei sottolineare, e non solo per una mia sensibilità su questi temi, che è difficile far progetti sulla parte speciale senza raccordarsi con una riflessione sulla riforma dell'apparato sanzionatorio, vale a dire sugli strumenti disponibili per 'gestire' i fatti di reato. Il rischio è di rimanere ancorati alle tradizionali dosimetrie inerenti alla pena detentiva, senza alcun chiarimento sul disegno politico-criminale perseguito.

## 12. CRITICITÀ E PROPOSTE DI SOLUZIONE *DE IURE CONDENDO* IN ORDINE AI DELITTI DI CUI AGLI ARTT. 588, 591, 593 C.P.

Fabio Basile<sup>1</sup>

### Art. 588 - Delitto di rissa

**Premessa.** Nel porre mano ad una riforma del delitto di rissa, occorrerà tener presente che l'art. 588 trova attualmente *assai frequente applicazione giurisprudenziale*; o, per essere più precisi, oggetto di frequente applicazione giurisprudenziale è la *rissa aggravata* di cui al secondo comma, mentre non si ha notizia di procedimenti avviati e, men che meno, di sentenze di condanna per il delitto di rissa semplice.

Possiamo congetturare che il motivo della non-applicazione giurisprudenziale della rissa semplice risieda, prima di tutto, nella sua *rilevanza meramente bagatellare* (per una rissa semplice potrebbe essere inflitta anche una multa di poche decine di euro!), tanto più che ben raramente agli organi delle indagini giungerà una *notitia criminis* relativa a tale reato. La rissa semplice, infatti, non cagiona eventi lesivi che richiedano cure mediche (sicché non vi saranno referti sanitari che possano innescare le indagini); d'altra parte, chi, partecipando ad una rissa semplice, si è preso qualche percossa – qualche spinta, qualche schiaffo – ben si guarderà dal denunciare il fatto, onde evitare di autodenunciarsi.

1. Una gravissima criticità presentata dall'attuale art. 588 consiste nella *manca di una definizione di rissa*. Il legislatore usa il termine "rissa", ma né fornisce una definizione della stessa, né indica elementi dai quali possa univocamente risalirsi ad una definizione di rissa.

La conseguenza di ciò è costituita da una interpretazione giurisprudenziale e dottrinale in cui emergono numerose incoerenze, ambiguità e divergenze. Suonano, in effetti, purtroppo ancora attuali le parole di Ettore Gallo a proposito della rissa: «*chiunque abbia consuetudine colle aule d'udienza conosce i tormenti e gli ondeggiamenti giurisprudenziali che questa fattispecie ha subito, sì che ancor oggi il cittadino non riesce a sapere quando e perché la sua condotta assuma rilevanza penale*».

Tale criticità potrebbe essere superata attraverso una riformulazione della norma incriminatrice, la quale dia rilievo, almeno implicitamente, ai seguenti elementi costitutivi di una rissa:

- 1) l'uso della violenza fisica;
- 2) la reciprocità dell'uso della violenza fisica;
- 3) l'unicità del contesto spazio-temporale all'interno del quale devono collocarsi gli atti reciproci di violenza fisica.

Occorrerà, poi, precisare un quarto elemento, per evitare che lo stesso sia rimesso alla valutazione discrezionale dei giudici:

- 4) il numero minimo dei partecipanti, il quale potrebbe essere opportunamente individuato in "almeno tre persone": almeno tre, perché con il coinvolgimento di tre o più persone la rissa raggiunge: *i*) un certo livello di diffusività della violenza fisica, capace di mettere in pericolo anche la vita e l'incolumità di eventuali soggetti terzi (il che costituisce una delle ragioni di sua autonoma incriminazione); *ii*) un certo livello di non dominabilità della violenza fisica, che può

---

<sup>1</sup> Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

portare ad esiti più gravi di quelli inizialmente voluti dal soggetto agente (il che costituisce una ulteriore ragione dell'autonoma incriminazione della rissa).

Si propone, pertanto, la seguente riformulazione dell'art. 588 co. 1:

«Quando tre o più persone danno luogo ad una rissa attraverso una violenta colluttazione fisica, tutte sono punite con la pena xxxx».

La pena xxxx dovrà assestarsi su valori leggermente superiori alla pena per le percosse.

2. Ulteriori gravi criticità sono attualmente connesse al secondo comma, dove si prevede la c.d. *rissa aggravata dagli eventi morte o lesione personale* (di fatto, l'unica ipotesi di rissa che trova effettiva applicazione giurisprudenziale, giacché i repertori giurisprudenziali non riportano sentenze di condanna per rissa semplice).

Le criticità sono connesse:

- all'ambigua qualificazione degli eventi morte o lesione personale come elementi costitutivi di un autonomo reato, o come circostanze aggravanti;
- al criterio di imputazione soggettiva degli eventi morte o lesione personale;
- al concorso di reati tra i delitti di omicidio doloso o lesioni dolose, e rissa (attualmente la soluzione giurisprudenziale assolutamente prevalente è nel senso di chiamare a rispondere l'autore dell'omicidio doloso ai sensi degli artt. 575 e 588 co. 2: in tal modo, tuttavia, l'evento morte viene accollato due volte al soggetto agente, in spregio alla regola del *ne bis in idem* sostanziale, con conseguente indebito *surplus* sanzionatorio; lo stesso vale, *mutatis mutandis*, in caso di lesioni personali, nonché nelle ipotesi di colpa).

Per superare siffatte criticità, si propone la seguente riformulazione dell'art. 588 co. 2:

«Chi, nella rissa, cagiona la morte o le lesioni personali di una o più persone, risponde, oltre che ai sensi del comma primo [rissa semplice], ai sensi dell'art. 575 o dell'art. 582, se morte o lesioni personali sono cagionate dolosamente; ai sensi, invece, dell'art. 589 o dell'art. 590, se morte o lesioni personali sono cagionate colposamente».

In tal modo morte o lesioni personali acquisterebbero inequivocabilmente il ruolo di eventi del reato (senza rischio, quindi, di una loro “bagatellizzazione” per effetto del bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti), e si assicurerebbe al contempo la piena vigenza del principio di colpevolezza, sia sotto il profilo dell'*an* della pena (*nulla poena sine culpa*: si dovrà sempre procedere, rispetto a ciascun singolo corrispondente, ad un'effettiva indagine sul dolo e, soprattutto, sulla colpa, che non potrà più dirsi “implicita” nel fatto stesso di partecipare alla rissa), sia sotto il profilo del *quantum* della pena (*nulla maior poena sine maiore culpa*: si eviteranno indebiti *surplus* sanzionatori, comminando pene proporzionate alla gravità oggettiva e alla colpevolezza complessiva espressa dal fatto).

Vero è che a tali risultati potrebbe forse pervenirsi anche sulla base dei principi generali, previa rinuncia ad una espressa previsione della c.d. “rissa aggravata” (in mancanza dell'art. 588, co. 2, infatti, dovrebbero “per forza” applicarsi gli artt. 575 e ss. citt. e le regole del concorso di reati). La presenza, tuttavia, dell'art. 588, co. 2 così riformulato eliminerebbe qualsiasi dubbio e incertezza, evitando ritorni al passato agevolati dalla vischiosità delle interpretazioni, e nel contempo conferirebbe una fisionomia meglio stagliata – a livello anche solo meramente simbolico – all'ipotesi della “rissa che cagiona morte o lesioni personali”.

### **Art. 591 - Delitto di abbandono di minori o incapaci.**

**Premessa.** Nel porre mano ad una riforma del delitto di abbandono di minori o incapaci, occorrerà tener presente quella *sorta di evoluzione giurisprudenziale* che l'art. 591 c.p. ha conosciuto negli ultimi decenni.

Infatti, se sotto la vigenza del codice Zanardelli e nei primi decenni di applicazione del

codice Rocco, la casistica in tema di abbandono di minori o incapaci era, per lo più, costituita da *episodi di rilevanza "intra-familiare"*, in cui genitori snaturati si disinteressavano dei propri figli, o figli ingrati lasciavano senza assistenza i propri genitori anziani, a partire dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso – anche in considerazione dei cambiamenti dei costumi familiari e sociali, nonché delle accresciute possibilità, ed aspettative, di assistenza offerte da strutture pubbliche e private –, i confini applicativi del delitto in esame hanno decisamente travalicato le mura domestiche, ed oggi, come acutamente rilevato da Francesco Palazzo, “la maggior parte di applicazioni dell’art. 591 concerne situazioni di ricoveri e presenze in case di cura o strutture ospedaliere”.

In effetti, negli ultimi anni sono divenute assai numerose le sentenze in cui si fa questione dell’applicazione dell’art. 591, co. 1 nei confronti dei *dirigenti sanitari o amministrativi ovvero del personale medico o infermieristico di istituti di cura e/o di ricovero* per anziani, per disabili o per altri malati.

1. Una prima criticità legata all’attuale formulazione del delitto di abbandono concerne la sua *struttura di reato di pericolo* rispetto al bene giuridico “vita o incolumità individuale”.

Un primo orientamento, ampiamente consolidato nell’attuale giurisprudenza, ritiene che si tratti di delitto di pericolo “potenziale”, senza, tuttavia, che sia ben chiaro che cosa tale inusuale e ambigua espressione significhi: di fatto, però, nelle applicazioni giurisprudenziali spesso il pericolo potenziale viene a coincidere col pericolo astratto.

Per contro, l’interpretazione sistematica (rispetto all’art. 570 c.p., violazione degli obblighi di assistenza familiare) e l’interpretazione costituzionalmente conforme (conforme, segnatamente, ai principi di offensività e precisione) induce a ricostruire il reato in termini di pericolo concreto, esigendo un pericolo effettivo da accertarsi caso per caso da parte del giudice.

Per evitare ambiguità e incertezze e per assicurare una piena conformità del delitto di abbandono ai principi costituzionali, si propone pertanto di adottare in futuro la seguente formula:

«*chiunque (...) abbandona (...) mettendo in pericolo la vita o l’incolumità della persona abbandonata*».

2. Una seconda criticità concerne l’esatta individuazione del soggetto attivo: tale individuazione presuppone, infatti, rispetto alla formulazione attuale, l’interpretazione della formula “*della quale abbia la “custodia” o debba avere cura*”.

Tale formula ha posto, alla dottrina e alla giurisprudenza, due nodi problematici:

1) essa si riferisce *solo* alla persona incapace, oppure si riferisce *anche alla persona minore degli anni quattordici*? E, quindi, la relazione di custodia o di cura è presupposto della condotta *solo* quando il soggetto passivo è una persona incapace, oppure *anche* quando il soggetto passivo è una persona minore degli anni quattordici?

In virtù dell’interpretazione sistematica rispetto all’art. 593, co. 1 – nel delitto di abbandono il soggetto attivo *produce* lo stato di abbandono del minore; nel delitto di omissione di soccorso, invece, egli *permette che permanga* lo stato di abbandono del minore, già altrimenti prodottosi (per cause umani o naturali), e tale fondamentale differenza nel fatto si rispecchia anche nella dosimetria sanzionatoria – l’opinione preferibile riferisce la relazione di cura e custodia *anche* al minore;

2) *in presenza di quali condizioni* si può affermare che il soggetto attivo “*abbia la custodia o debba avere cura*” del soggetto passivo? In particolare, è sempre a tal fine necessario che il soggetto attivo abbia un *obbligo giuridico* – derivante, cioè, da una valida fonte giuridica in senso formale – di custodire e/o di curare il soggetto passivo, o è sufficiente anche un mero *rapporto fattuale*? La seconda opzione non solo è conforme al dato testuale attuale (la formula “*abbia la custodia*” pare sottendere una mera relazione fattuale), ma consente di applicare l’art.

591 anche in ipotesi in cui la relazione di custodia sorga da una situazione di fatto, prodottasi per volontà del soggetto abbandonante o anche casualmente e perfino per un suo fatto illecito: di conseguenza, sarà possibile applicare l'art. 591 – e non il più “benevolo” art. 593, nel caso dell'amico del genitore che si offre di accompagnare il bambino a scuola; del genitore che, pur privato della responsabilità genitoriale da un provvedimento giudiziario, trattenga presso di sé il figlio; del ladro che ruba un'auto in sosta, sul cui sedile posteriore dorme un infante, qualora i suddetti soggetti poi abbandonino il soggetto passivo.

Affinché in futuro le predette criticità non riemergano con le consequenziali incertezze interpretative, si propone di individuare per il futuro il soggetto attivo nei seguenti termini:

«colui che, avendo, anche solo di fatto, la custodia, o dovendo avere la cura di una persona incapace di provvedere a sé stessa, per età, malattia, disabilità o altra causa, l'abbandona (...), è punito».

La formulazione sopra proposta consente, peraltro, di individuare anche meglio il *soggetto passivo*, al di fuori di qualsiasi presunzione legale di incapacità: se il soggetto è incapace risulterà dalla situazione concreta, dalle circostanze di fatto, dal luogo e dal tempo dell'abbandono, etc. Questa indagine, in concreto, sulla incapacità del soggetto si salda, d'altra parte, con l'indagine in concreto sul pericolo derivante dall'abbandono.

3. La previsione di cui all'attuale secondo comma, la quale punisce come autonomo reato colui che *abbandono all'estero di un cittadino italiano infradiciottenne*, fatto emigrare per ragioni di lavoro, ormai da tempo non è più coerente con l'attuale quadro legislativo e con la realtà socio-economica.

Del resto, essa non risulta mai essere stata applicata: né nei decenni passati, quando poteva avere ancora una sua attualità, né, *a fortiori*, in tempi più recenti, quando risulta assolutamente anacronistica. Pare, pertanto, opportuno non riproporre in futuro tale previsione.

4. Il destino dell'attuale terzo comma dell'art. 591 c.p. – che prevede aumenti di pena *se dal fatto di abbandono derivi una lesione personale o la morte* – dipenderà dalla soluzione che si intende adottare, in linea generale, per i delitti dolosi aggravati dall'evento non voluto della morte o della lesione. Da parte di chi si scrive si auspica che tale soluzione assicuri:

- l'imputazione dell'evento morte o lesione *per colpa* (una colpa vera e propria, da accertarsi caso per caso, come ben ha statuito la giurisprudenza in relazione all'evento morte o lesione di cui all'art. 586);

- la qualificazione di morte o lesione in termini di *eventi del reato*, e non di mere circostanze aggravanti. A quest'ultima soluzione (natura circostanziale) si oppone, peraltro, un argomento tecnico-sistematico, come ben evidenziato da Ferrando Mantovani: tra il delitto-base di abbandono e la figura aggravata dalla morte o dalla lesione *non* intercorre quel *rapporto di genere a specie* che costituisce, invece, la condizione necessaria (anche se non sufficiente) per poter individuare, nella morte o nella lesione, altrettante circostanze del delitto-base. A ben guardare, infatti, qui un danno (la morte, la lesione) *si sostituisce* al pericolo prodotto dal delitto-base; conseguentemente, tra figura aggravata e delitto-base, lungi dall'esservi un rapporto di specialità, vi è un rapporto di reciproca esclusione.

Si consideri inoltre che la qualificazione di morte o lesioni in termini di circostanze le espone al *rischio di bagatellizzazione*: il loro disvalore potrebbe, infatti, scomparire senza lasciare tracce sulla pena per effetto di un giudizio di bilanciamento, *ex art. 69*, che riconosca su di essi prevalente o equivalente una qualsivoglia circostanza attenuante, presente nel caso di specie.

5. La circostanza aggravante prevista dall'attuale *quarto comma dell'art. 591* (il quale stabilisce che la pena è aumentata «se il fatto è commesso dal *genitore*, dal *figlio*, dal *tutore* o dal *coniuge*, ovvero dall'*adottante* o dall'*adottato*») per il futuro potrebbe anche essere

soppressa, sia nell'ottica generale di una drastica riduzione del numero delle circostanze del reato, sia in considerazione della "parzialità" di tale circostanza che punisce ingiustificatamente di più talune situazioni confronto ad altre (non è forse altrettanto grave, ad es., l'abbandono commesso dal personale socio-sanitario preposto alla cura o alla custodia di un malato o di un disabile?).

6. Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte, il delitto di abbandono potrebbe in futuro essere così formulato:

«colui che, avendo, anche solo di fatto, la custodia, o dovendo avere la cura di una persona incapace di provvedere a sé stessa, per età, malattia, disabilità o altra causa, l'abbandona mettendone in pericolo la vita o l'incolumità, è punito ...».

Da valutare la sistemazione (e la stessa previsione) dell'ipotesi aggravata dall'evento morte o lesioni personali.

### **Art. 593 - Delitto di omissione di soccorso**

**Premessa.** Nel porre mano ad una riforma del delitto di omissione di soccorso – che riguardi, prima di tutto, la stessa sopravvivenza di tale delitto nel futuro codice – occorrerà tener presente la seguente circostanza: *sul piano teorico*, il delitto di omissione di soccorso svolge un fondamentale ruolo, per così dire, didascalico (essendo assunto ad ipotesi paradigmatica di tutti i reati omissivi propri) e simbolico-culturale (per la sua funzione di presidio penalistico del valore della solidarietà); *a livello prasseologico*, invece, occorre registrare una macroscopica divaricazione tra la comune percezione di plurimi, quotidiani casi di omessa assistenza a persone in pericolo, da un lato, e *l'assai esiguo numero di applicazioni giurisprudenziali dell'art. 593 c.p.* (segnatamente, del solo secondo comma), dall'altro: una divaricazione in gran parte dovuta alla inutilizzabilità 'di fatto' di tale norma a causa della sua *formulazione letterale, imprecisa e obsoleta*, fonte di non pochi dubbi interpretativi e difficoltà applicative.

1. Una prima criticità legata all'attuale formulazione del delitto di abbandono concerne la sua struttura di reato di pericolo rispetto al bene giuridico "vita o incolumità individuale". La norma incriminatrice andrebbe pertanto riformulata in modo che emerga inequivocabilmente che:

- il bene giuridico protetto consiste nella *vita* e nell'*incolumità individuale*, e non già nel "dovere morale" di solidarietà (il che creerebbe una pericolosa sponda a interpretazione della norma in termini di "violazione di un dovere") o nel corretto svolgimento delle funzioni della polizia mortuaria (come è stato sostenuto in relazione all'ipotesi del «corpo inanimato»);
- tale bene giuridico si trova esposto ad un *pericolo concreto* (da qualsiasi fonte derivante) che la condotta omissiva non rimuove e lascia persistere.

2. In coerenza con quanto detto al precedente punto 1, occorre riformulare anche l'elenco dei *soggetti passivi*, eliminando ipotesi che lascino il dubbio circa l'effettiva sussistenza di un pericolo per la vita o l'incolumità individuale («corpo inanimato», in passato inteso, da una parte della dottrina e della giurisprudenza, anche come «corpo di un morto»), e mettendo in evidenza, invece, la situazione di pericolo – meglio se si aggiunge «attuale» – in cui il soggetto passivo concretamente versa.

3. Solo nel caso di *fanciulli* potrà operarsi una deroga alla necessità di un accertamento giudiziale del pericolo nel caso concreto, e adottare *una formulazione letterale che consenta di presumere, sul fondamento di affidabili conoscenze empiriche, la presenza di un pericolo*

(pericolo astratto).

Si consideri, d'altra parte, che l'attuale comma 1 non ha mai trovato applicazione. Già in sede di elaborazione del codice Zanardelli era stato osservato, in relazione al corrispondente primo comma dell'art. 389 c.p. 1889 (che fissava l'età a sette, anziché dieci anni) che una previsione del genere risultasse di “*impossibile applicazione*. Quando si incontra un bambino per la strada, come si fa a sapere se ha compiuto oppur no i sette anni, se è smarrito o abbandonato?”.

Per evitare anche in futuro una siffatta inapplicabilità, ma preservare l'utilità di una previsione specificamente destinata ad offrire tutela a soggetti particolarmente vulnerabili, si propone, da un lato, di abbassare la soglia di età a 8 anni (bambini più grandi potranno comunque essere soggetti passivi del reato in virtù della previsione “persona che per età versi in una situazione di pericolo”) e, dall'altro, di aggiungere l'avverbio “evidentemente” prima dei predicati “smarrito e privo di custodia”: si pensi a Tizio che ritrova un bambino di tenera età disperso nel bosco e in lacrime.

4. Quanto alla *condotta doverosa omessa*, l'attuale art. 593, co. 2 sembra prospettare l'avviso all'autorità come perfettamente alternativo ed equivalente all'assistenza occorrente, mentre la giurisprudenza, forzando la *littera legis*, ritiene che il soggetto ritrovatore sia obbligato a prestare l'assistenza occorrente e solo ove questa non sia possibile, possa optare per l'avviso all'autorità.

Né l'interpretazione strettamente letterale, né, tanto meno, quella fornita dalla giurisprudenza sono oggi soddisfacenti. Occorre, infatti, considerare che l'art. 593 è stato originariamente formulato:

- in un'epoca in cui ancora limitatissima era la diffusione del telefono – negli anni Trenta del secolo scorso ancora raro da trovarsi in una casa o in un locale pubblico, mentre ai nostri giorni è raro da non trovarsi, sotto forma di cellulare, nelle tasche di ogni persona;

- all'epoca, inoltre, i feriti e gli altri pericolanti bisognosi di cure mediche dovevano essere trasportati a mano, su carretti o, nei casi più fortunati (ma poco frequenti), su provvidenziali automobili; oggi, a parte la diffusione di massa dell'automobile, possono intervenire attrezzate autoambulanze, se non addirittura eliambulanze, la cui disponibilità ha abbattuto, in termini impensabili negli anni Trenta del secolo scorso, i tempi di intervento e trasporto;

- ancora: all'epoca, il soccorso era affidato alla buona volontà di singole persone, “buoni samaritani” che dovevano dedicare mezzi, tempo ed energie propri per fornire assistenza; oggi, invece, esiste un servizio pubblico di assistenza per le emergenze, un'organizzazione evoluta a livello ospedaliero, un'istituzionalizzazione capillare di servizi di pronto soccorso;

- infine, di pari passo a questa maggiore disponibilità di servizi di soccorso ospedalizzati o, comunque, medicalizzati, nei decenni più recenti si è sempre più consolidata e diffusa, anche tra i “profani”, l'esatta cognizione che in plurime circostanze l'intervento di una persona non esperta, che solleva, trasporta, manipola il corpo di un ferito, può risultare ben più dannoso dell'attesa di qualche minuto in più di un soccorso da parte di soggetti competenti.

Oggi, pertanto, la modalità più adeguata (oltre che più agevole per il soccorritore) per prestare un efficace e tempestivo soccorso ad una persona consiste, nella gran maggioranza dei casi, in *una telefonata al 118 o al 113*, o nell'avvertire un poliziotto o un vigile che si trovi nelle immediate vicinanze.

Solo in casi residui una “telefonata” potrebbe essere inidonea a rimuovere tempestivamente la situazione di pericolo: se in alta montagna Tizio stesse precipitando in un burrone, una telefonata potrebbe essere inutile; molto più utile lanciargli una corda, ove disponibile e ove la manovra di soccorso risulti possibile, senza rischio personale, per il soccorritore.

Alla luce delle precedenti considerazioni si propone la seguente riformulazione della norma



incriminatrice dell'omissione di soccorso:

«Chiunque, trovando un fanciullo minore degli anni otto evidentemente smarrito e privo di custodia, o una persona che per età, malattia, disabilità o altra causa versì in una situazione di pericolo attuale per la sua vita o la sua incolumità fisica, omette di prestare soccorso dando immediato avviso all'autorità ovvero, qualora l'avviso risulti inidoneo a rimuovere tempestivamente il pericolo, in altro modo suggerito dalle circostanze concrete e da lui ragionevolmente esigibile, è punito».

5. Quanto all'ipotesi aggravata dalla *lesione personale* o dalla morte, attualmente prevista dal terzo comma, occorre prima di tutto considerare quanto segue. A differenza della maggior parte dei reati che subiscono aumenti di pena in caso di produzione di morte o lesioni (ad es., rissa, abbandono di minori o incapaci, maltrattamenti, etc.) e in cui tali eventi devono necessariamente essere *non voluti*, nemmeno a titolo di dolo eventuale, perché altrimenti l'agente risponderebbe per il delitto doloso di omicidio o lesioni personali in concorso con il delitto base, ai fini dell'art. 593 co. 3 gli eventi morte o lesione possono, invece, essere *indifferentemente voluti o non voluti*. Il ritrovatore che omette il soccorso, infatti, non solo non produce la situazione di pericolo che poi degenera in danno, ma nemmeno riveste una posizione di garanzia rispetto ai beni vita o incolumità del soccorrendo; la sua l'eventuale volontà rispetto agli eventi morte o lesione non potrebbe, pertanto, in alcun caso comportare l'applicazione dei delitti dolosi di omicidio o di lesione personale

A tal proposito Cadoppi bene esemplifica nei seguenti termini: «se Tizio, in giro in campagna, trova in luogo deserto il proprio peggior nemico Caio ferito, e, desiderando che egli muoia, non lo soccorre, anche in caso di morte di Caio in conseguenza dell'omissione, egli non commette un omicidio, né doloso né colposo. Sarà solo punibile in applicazione dell'ultimo capoverso dell'art. 593».

Per il resto, valgono le medesime considerazioni già formulate in relazione agli eventi morte o lesioni, conseguenti al delitto di abbandono di minori o incapaci (auspicio che essi assumano il ruolo di "eventi" di un reato autonomo, e non già di circostanze aggravanti; auspicio che la loro imputazione sia subordinata almeno alla "colpa")

6. Operate tutte le predette modifiche sull'art. 593 c.p., andrà infine curato il coordinamento della nuova previsione del delitto di omissione di soccorso con la figura speciale di *omissione di soccorso stradale* di cui all'art. 189, co. 7 del codice della strada, di cui si segnala – a differenza di quanto avvenuto per l'art. 593 c.p. – un'applicazione giurisprudenziale non infrequente.

## **12-BIS. NOTE A MARGINE ALLE PROPOSTE DI RIFORMA DEI DELITTI IN ORDINE AI DELITTI DI CUI AGLI ARTT. 588, 591, 593 C.P.**

*Antonio Vallini*<sup>1</sup>

Concordo con la prescelta (non) definizione di rissa, anche perché corrisponde alla nozione “comune” del concetto, e dunque corrisponde ad esigenze di conoscibilità e prevedibilità del precetto penale. D’accordo con quanto rilevato da Marco Pelissero, per descrivere la condotta riproporrei tuttavia l’espressione, “tradizionale”, “partecipare ad una rissa”

Il secondo comma della fattispecie di rissa, per come proposto dall’autore, costituisce semplicemente un rinvio a regole di parte generale e, dunque, appare superfluo, oltre che non facilmente conciliabile con quanto proposto da Stefano Canestrari e Giovannangelo De Francesco in tema di omicidio preterintenzionale. Riterrei dunque preferibile non inserire quel secondo comma.

Rispetto alla formulazione della “omissione di soccorso”, concordo con la sostanza di quanto proposto da Fabio Basile, ma riterrei preferibile una formulazione più sintetica, sia per esigenze di intelligibilità (ad es., non mi sembra necessario precisare “per malattia, disabilità o altra causa”, trattandosi di locuzione onnicomprensiva e dunque priva di capacità selettiva della tipicità), sia perché può essere motivo di complicazioni inserire clausole che rischiano di creare “cortocircuiti” con regole di parte generale (ad es., uno stato di necessità, che renda inesigibile il soccorso, indubbiamente escluderebbe la punibilità dell’omissione: è dunque davvero opportuno porre già nella fattispecie incriminatrice un limite di rilevanza penale di analogo tenore, correlato alla “ragionevole esigibilità”?

Quanto alla formulazione del reato di “abbandono”, come ad altri del gruppo appare problematico – in quanto in contrasto con logiche di legalità del fatto tipico omissivo - il riferimento ad una sorta di posizione di garanzia originante da situazioni di “fatto”. La scelta andrebbe coordinata con altra da compiere sul piano della parte generale.

---

<sup>1</sup> Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione

## **12-TER. NOTE A MARGINE IN TEMA DI DELITTI CONTRO L'EMBRIONE UMANO E LA MATERNITÀ, DI REATI DI OMICIDIO E FATTISPECIE A STRUTTURA PRETERINTENZIONALE, DI ABBANDONO DI PERSONA INCAPACE**

*Marco Pelissero*<sup>1</sup>

### **Nozione di prossimo congiunto**

Avevamo convenuto di provare a prevedere due fattispecie di omicidio in luogo delle attuali figure circostanziali e Gianluca Gentile ha fatto un ottimo lavoro. Ho un rilievo su un punto<sup>2</sup>.

Sono prossimi congiunti sia il convivente di fatto che la persona legata da una stabile relazione sentimentale: credo che la nozione di prossimo congiunto non possa dare ingresso a rapporti di mera convivenza di fatto (sono tali, ad esempio, due studenti che condividono un appartamento durante la frequenza dell'università). L'allargamento della nozione di prossimo congiunto, in modo da comprendere i congiunti "di fatto" è del tutto ragionevole, purché mantenga la ratio che sta alla base della definizione fondata sui rapporti formali di parentela. Sono i rapporti affettivi ad essere rilevanti e non il mero dato della convivenza di fatto (in tal caso siamo di fronte a soggetti sì "prossimi", ma non "congiunti"). Anche la nozione di violenza domestica di cui al d.l. 93/2013 dà rilevanza al rapporto affettivo a prescindere dalla convivenza (per violenza domestica si intendono «uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima»).

Questo rilievo non esclude che nella fattispecie di assassinio possa essere data rilevanza all'uccisione del convivente di fatto: semplicemente darei rilevanza a questa situazione, inserendo una lettera aggiuntiva dopo quella che riguarda i prossimi congiunti.

### **Art. 584 e connesse questioni relative all'art. 586 c.p. ed ai reati aggravati dall'evento**

Si tratta di un punto centrale, per il rilievo teorico e pratico, nella riflessione dei delitti contro la persona. Anche se non vi è stato il tempo per una approfondita discussione, la soluzione proposta da Canestrari e De Francesco, unitamente al coordinamento di Vallini (abrogazione art. 586 c.p. e ipotesi di delitti aggravati dall'evento), mi pare molto convincente. Sviluppo un rilievo formale per dare maggior forza alla proposta.

Quanto all'art. 584 c.p. entrambe le relazioni convergono sulla plausibilità del mantenimento dell'omicidio preterintenzionale e sulla necessità di individuare nella colpa il criterio di imputazione soggettivo dell'evento morte; quanto al profilo oggettivo, si sottolinea che «il

---

<sup>1</sup> Sergio Bonini aderisce espressamente ai contenuti di questa relazione.

<sup>2</sup> Rilievi che si riferiscono ad una prima proposta di Gianluca Gentile circa la definizione di "prossimi congiunti", successivamente riconsiderata anche in considerazione delle osservazioni di Marco Pelissero (v. *supra*, nota 21).

delitto doloso di base deve rappresentare un illecito di pericolo astratto nei confronti dei beni giuridici di elevato rango che vengono compromessi al momento della verifica dell'evento qualificante». Mi convincono pienamente entrambi i profili, ma mi chiedo se il testo proposto rischi di non rendere ben evidente la connotazione oggettiva del rapporto tra violenza di base ed offesa più grave. La «violenza alla persona» deve essere «tale da rendere prevedibile un'offesa più grave»: l'espressione «tale da rendere prevedibile» non rischia di essere letta in chiave di prevedibilità soggettiva e quindi assorbita dalla colpa? La prevedibilità a cui hanno pensato i redattori della proposta è di tipo oggettivo, perché deve avere una funzione di selezione delle fattispecie-base penalmente rilevanti. Mi chiedo se, per evitare i dubbi a cui potrebbe andare incontro la norma, non sarebbero preferibili espressioni più marcatamente oggettive: «Chiunque, commettendo una violenza alla persona idonea a svilupparsi in un'offesa più grave, cagiona per colpa la morte di un uomo, è punito»; «Chiunque, commettendo violenza alla persona, quando dal fatto è oggettivamente prevedibile un'offesa più grave, cagiona per colpa la morte di un uomo, è punito».

### **Abbandono di persona incapace**

Continua a non convincermi la previsione della rilevanza penale della custodia di fatto che rappresenta la legittimazione della giurisprudenza che amplia le posizioni di garanzia alle situazioni di fatto da c.d. contatto sociale. A mio avviso, va eliminato l'inciso «anche solo di fatto».

### **Tutela dell'embrione, della maternità e interruzione della gravidanza**

#### **Maternità surrogata**

Ritengo convincente la proposta n. 2 del testo elaborato da Vallini.

#### **Interruzione della gravidanza**

Va chiarito nell'articolato che rimane ferma la disciplina delle fattispecie costruite in termini di inosservanza alla procedura di interruzione della gravidanza ex l. 194/1978, altrimenti non si comprende che fine facciano queste fattispecie che l'attuazione della riserva di codice ha lasciato nella legge complementare.

Sono convinto che sulla l. 194/1978 non si debba intervenire, specie in relazione alla procedura prevista per l'interruzione (suggerisce invece modifiche alla disciplina del colloquio Eusebi): non abbiamo tra l'altro preso posizione in relazione alla scriminante procedurale prevista per il delitto di aiuto al suicidio e mi pare che si debba qui procedere allo stesso modo.

#### **Lesioni fetali dolose e colpose**

Se si opta per il mantenimento di queste due ipotesi di reato, andrebbe rivista la punibilità della madre in caso di lesioni dolose, che la proposta si limiti ad assoggettare ad una pena più bassa: si consideri il caso di una donna in stato di gravidanza, psicologicamente fragile e assuntrice di psicofarmaci e sostanze stupefacenti, alla quale il medico abbia indicato di interrompere l'uso delle sostanze che hanno un effetto nocivo sulla salute del feto; la madre,

nonostante le indicazioni, continua ad assumere le sostanze. Siamo davvero sicuri che si tratti di una condotta sorretta da colpa cosciente con conseguente non punibilità della madre, o non piuttosto di dolo eventuale, con conseguente punibilità? A mio avviso bisognerebbe prevedere che il giudice “tenuto conto della condizione psichica della madre, possa escludere” la punibilità anche in caso di condotta dolosa.



Sezione II – Atti del seminario di discussione

28 ottobre 2021

Università degli studi di Padova





## PRETERINTENZIONE E REATI AGGRAVATI DALL'EVENTO

Guido Piffer

1. La proposta di riforma dei reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica redatta dall'AIPDP<sup>1</sup> verrà esaminata, nella parte relativa alla preterintenzione ed ai reati aggravati dall'evento, alla luce dei problemi applicativi e delle scelte interpretative emergenti dal diritto vivente<sup>2</sup>.

Una riflessione *de iure condendo* sui temi indicati, che voglia essere realistica, deve infatti prendere le mosse dall'individuazione dei punti fermi e delle questioni aperte nell'interpretazione della normativa vigente, al fine di individuare le problematiche concrete con le quali deve confrontarsi la proposta di riforma.

2. Quanto ai punti fermi, viene innanzitutto in rilievo la giurisprudenza della Corte costituzionale: all'esito di un'evoluzione segnata dapprima da alcune sentenze interpretative di rigetto<sup>3</sup> e culminata poi nelle ben note sentenze di incostituzionalità 24 marzo 1988, n. 364 e 13 dicembre 1988, n. 1085, la Corte ha affermato esplicitamente che il principio costituzionale di colpevolezza (art. 27, co. 1, Cost.) richiede quanto meno la colpa rispetto agli elementi più significativi della fattispecie, cioè agli elementi che fondano il disvalore del fatto.

Tale fondamentale affermazione di principio è stata declinata dalla Corte soltanto con riferimento a fattispecie diverse da quelle preterintenzionali<sup>4</sup>: rispetto a queste ultime è dunque compito dell'interprete verificare la praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme, come del resto sollecitato dalla stessa Corte con la sentenza 24 luglio 2007, n. 322, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 609-*sexies* c.p., nel testo anteriore alla modifica introdotta dalla l. 1 ottobre 2012, n. 172.

Quanto ai reati aggravati dall'evento, la modifica dell'art. 59, co. 2 c.p., ad opera della l. 7 febbraio 1990, n. 19, ha invece risolto il problema della legittimità costituzionale di tale categoria di reati, con riferimento al criterio di imputazione dell'evento aggravante: forzando il tenore letterale del nuovo testo dell'art. 59, co. 2, la giurisprudenza lo ha da subito interpretato come richiedente quanto meno la colpa rispetto a tutte le circostanze aggravanti, comprese quelle integrate da un evento successivo al reato, come accade appunto nei reati aggravati dall'evento<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> L'articolato e le relazioni di accompagnamento sono pubblicati in questo *Libro*.

<sup>2</sup> La dottrina si pone spesso in termini critici rispetto a taluni orientamenti della giurisprudenza: v. ad es. F. BASILE, *La responsabilità oggettiva nella più recente giurisprudenza della cassazione relativa agli artt. 116, 584 e 586 c.p.*, in *Dir. pen. cont. - Riv.trim.*, 2013, n. 3, 346 ss.

<sup>3</sup> Corte cost., sent. 31 maggio 1965, n. 42 (sull'art. 116 c.p.); Corte cost., sent. 17 febbraio 1971, n. 21 (sull'art. 588, co. 2 c.p.); Corte cost., sent. 19 gennaio 1972, n. 6 (sull'art. 583 c.p.).

<sup>4</sup> Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364 (sull'art. 5 c.p.); Corte cost., sent. 13 dicembre 1988, n. 1085 (sull'art. 626, co. 1, n. 1 c.p. e, in motivazione, sulla categoria delle condizioni obiettive di punibilità estrinseche); Corte cost., sent. 24 luglio 2007, n. 322 (sull'art. 609-*sexies* c.p.).

<sup>5</sup> Cass., Sez. 5, 18 febbraio 1992, n. 3952, in *CED Cass.*, n. 189816-01: «Il nuovo sistema di valutazione delle circostanze aggravanti, introdotto dall'art. 1 della legge 7 febbraio 1990 n. 19, che ha modificato il disposto dell'art. 59 c.p., riguarda tutte le circostanze aggravanti e quindi non solo quelle antecedenti o contemporanee alla condotta dell'agente, ma anche quelle successive. Peraltro, atteso che grammaticalmente si può parlare di 'conoscenza' o di 'ignoranza per colpa' in relazione al dato già esistente e non a quello che viene ad essere integrato in un momento successivo alla condotta, deve ritenersi che, in relazione alle circostanze aggravanti successive alla condotta, la 'conoscenza' o 'ignoranza per colpa' significhino 'previsione' o 'prevedibilità' del fatto-circostanza aggravante».

Altro punto fermo riguarda i principi affermati dalla sentenza Sez. Un. 22 gennaio 2009, n. 22676<sup>6</sup>, imputato Ronci, che costituisce la più completa ed argomentata applicazione del paradigma dell'interpretazione conforme al principio costituzionale di colpevolezza, declinato rispetto alla fattispecie di cui all'art. 586 c.p. Di tale disposizione le Sez. Un. hanno fornito un'interpretazione antitetica al principio di responsabilità oggettiva, affermando con forza la piena equiparazione alla colpa *in re licita* della colpa *in re illicita*, in quanto anch'essa fondata sulla violazione di una norma cautelare e sulla prevedibilità in concreto dell'evento, da valutarsi in base al criterio dell'agente modello razionale<sup>7</sup>.

Sul piano più specifico della qualificazione dogmatica degli istituti, si deve infine ricordare che la giurisprudenza costante qualifica come titolo autonomo di reato il delitto preterintenzionale e come circostanziati i reati aggravati all'evento, sia nel caso in cui l'evento non deve essere voluto (c.d. evento preterintenzionale), sia nel caso in cui è indifferente che esso sia voluto o non voluto dall'agente<sup>8</sup>.

Da notare che la giurisprudenza qualifica come reati aggravati dall'evento anche quei reati in cui l'aumento della pena è conseguente al verificarsi di un evento necessariamente voluto, in quanto oggetto di dolo specifico: è ad esempio il caso dell'art. 434, co. 2 c.p.<sup>9</sup>. Si tratta tuttavia di fattispecie estranee al problema riguardante il rispetto del principio di colpevolezza, che non rilevano dunque in questa sede.

**3.** Accanto agli esposti punti fermi si devono però menzionare anche i profili problematici riscontrabili nella giurisprudenza e nella dottrina.

In proposito, va innanzitutto evidenziato il radicale contrasto esistente fra i principi affermati dalla citata sentenza Sez. Un. Ronci e la giurisprudenza assolutamente prevalente riguardante l'omicidio preterintenzionale, la quale individua nella colpa *in re ipsa* il criterio di imputazione dell'evento morte, affermando che nell'omicidio preterintenzionale “la disposizione di cui all'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato”, sicché l'elemento soggettivo è costituito “unicamente dal dolo di percosse o lesioni”<sup>10</sup>.

Sul piano dogmatico, una questione aperta riguarda il contrasto esistente in dottrina sul contenuto della colpa in contesti di base illeciti. In estrema sintesi e prescindendo dalle tesi intermedie, è sufficiente ricordare che all'orientamento che ritiene trattarsi di vera e propria colpa, la quale non può dunque prescindere dalla violazione di una norma cautelare<sup>11</sup>, si

---

<sup>6</sup> In *CED Cass.*, n. 243381-01.

<sup>7</sup> Questa la massima ufficiale tratta dalla sentenza: «In tema di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, la morte dell'assuntore di sostanza stupefacente è imputabile alla responsabilità del cedente, sempre che, oltre al nesso di causalità materiale, sussista la colpa in concreto per violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma che incrimina la condotta di cessione) e con prevedibilità ed evitabilità dell'evento, da valutarsi alla stregua dell'agente modello razionale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale».

<sup>8</sup> Trattasi di orientamenti ormai dati per pacifici in giurisprudenza. Per la qualificazione dei reati aggravati dall'evento come titolo autonomo v. invece G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Giuffrè, 2021, 638.

<sup>9</sup> V. ad es. Cass., Sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, in *CED Cass.*, 262788-01.

<sup>10</sup> *E.p.* Cass., Sez. II, 12 marzo 2021, n. 21372, in *DeJure* («la valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento da cui dipende l'esistenza del delitto è nella stessa legge, essendo assolutamente probabile che da una azione violenta contro una persona possa derivare la morte della stessa»); Cass., Sez. I, 22 giugno 2017, n. 14776, in *DeJure*; Cass., Sez. V, 21 settembre 2016, n. 44986, in *CED Cass.* 268299-01; Cass., Sez. V, 18 ottobre 2012, n. 791, in *CED Cass.*, n. 254386-01. Non erano mancate, in epoca meno recente, sentenze che avevano affermato invece la necessità della colpa come prevedibilità in concreto: così Cass., Sez. I, 26 aprile 2006, n. 19611, in *DeJure*.

<sup>11</sup> V. tra gli altri, senza alcuna pretesa di completezza nella citazione, F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 2005; ID, voce *Colpa in attività illecita*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 133 ss.; G.

contrappone l'orientamento che ritiene la colpa *in re illicita* una tipologia ridotta di colpa, imperniata sulla sola prevedibilità ed evitabilità dell'evento, non essendo possibile prospettare *in re illicita* vere e proprie regole cautelari, anche perché ciò comporterebbe l'elaborazione dell'inaccettabile categoria del *delinquente modello*<sup>12</sup>.

Si pone poi il problema dell'individuazione del parametro in base al quale, a seconda della tesi accolta, individuare la norma cautelare o valutare la prevedibilità dell'evento (agente modello dell'*homo eiusdem conditionis ac professionis*, agente modello razionale, uomo mediamente avveduto, persona ragionevole, ecc.), nonché l'ulteriore e connesso problema del ruolo svolto dall'evitabilità dell'evento, se cioè essa si risolve nella mera verifica che l'astensione dalla condotta illecita avrebbe evitato l'evento, o se debba essere in qualche modo collegata alle conseguenze derivanti dalla mancata osservanza dell'ipotizzata norma cautelare.

Con riferimento alla colpa *in re illicita*, tema centrale dell'argomento in esame, è però utile ricordare che di essa si riscontrano nuovi casi normativamente previsti.

La l. 11 gennaio 2018, n. 3 ha infatti introdotto nell'art. 589 c.p. il co. 3 e nell'art. 590 c.p. il co. 4, che prevedono un aggravamento di pena, rispettivamente per l'omicidio colposo e per le lesioni gravi o gravissime colpose, se tali reati sono commessi nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o nell'esercizio di un'arte sanitaria. Si tratta di fattispecie *testuali* di colpa *in re illicita*, rispetto alle quali si pone il problema se siano applicabili i principi e le norme in tema di colpa in ambito sanitario, compreso l'art. 590-*sexies* c.p., un problema che fino ad ora non è giunto all'attenzione della giurisprudenza.

Ma c'è un'altra fattispecie emergente dal diritto vivente che, sempre in tema di colpa *in re illicita*, conviene tenere presente: l'omicidio preterintenzionale commesso dal medico nel contesto di un'attività chirurgica realizzata senza finalità terapeutica<sup>13</sup>. Anche in questo caso si pone il problema del contenuto della colpa, dovendosi stabilire se si applicano gli stessi criteri utilizzati per accertare la colpa del medico nello svolgimento dell'attività connotata da finalità terapeutica: anche in questo caso la giurisprudenza adotta il già ricordato criterio della colpa *in re ipsa*<sup>14</sup>.

---

MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 435; G.A. DE FRANCESCO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, 462.

<sup>12</sup> V. tra gli altri, senza alcuna pretesa di completezza nella citazione, R. BARTOLI, "Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1049 s.; S. CAMAIONI, *Evanescenza del dolo eventuale, incapienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 544 s.; A. CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, 4588 ss.; G.P. DE MURO, *La combinazione dolo-colpa. Un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 559 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato*, Cedam, 1996, 369 s.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, 1993, 195 s.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 324 ss.; C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, *Enc. dir. – Annali X*, Giuffrè, 2015, 257 s. La categoria, prospettata polemicamente, del *delinquente modello* non è poi così teorica, se di considera che nella motivazione della sentenza Corte ass. Sassari, 14 febbraio 2022, n. 2, in *Sistemapenale.it*, si legge che l'imputato «avrebbe potuto porre in essere condotte violente meno pericolose e in particolare tali da non comportare la caduta all'indietro» della persona offesa: la sentenza ha infatti condannato per omicidio preterintenzionale l'imputato, per avere cagionato la morte di un uomo - al di fuori di qualunque ipotesi di legittima difesa - sferrandogli un calcio che aveva determinato una caduta all'indietro della persona colpita, la quale aveva battuto la testa, riportando un trauma cranico produttivo di varie fratture che ne avevano cagionato la morte.

<sup>13</sup> V. Cass., Sez. V, 24 settembre 2020, n. 34983, in *CED Cass.*, n. 280480-01; Cass., Sez. V, 26 maggio 2010, n. 34521, in *CED Cass.*, n. 249818-01; Cass., Sez. V, 16 gennaio 2008 n. 11335, in *CED Cass.*, n. 238967-01.

<sup>14</sup> V. Cass., Sez. I, 22 giugno 2017, n. 14776, cit.: dopo avere affermato che il dolo di lesioni assorbe la prevedibilità dell'evento morte, la Corte osserva: «soltanto se la condotta non sia *ab origine* diretta volutamente a ledere e provocare inutili sofferenze al paziente, ma sia riconducibile al perseguimento di una finalità terapeutica, anche in assenza di un valido consenso informato e anche se esplicatasi in violazione delle *leges artis*, potrà configurarsi a carico del medico-chirurgo, in rapporto all'accertata violazione colposa delle regole cautelari, la diversa ipotesi di cui all'art. 589 c.p.».

Una riflessione sull'omicidio preterintenzionale, in una prospettiva *de iure condendo*, deve dunque tenere presente queste problematiche emergenti dall'esperienza applicativa.

4. Conviene a questo punto chiedersi quale sia il reale contenuto della colpa *in re illicita* secondo la giurisprudenza. La risposta non è agevole, perché le scelte interpretative della giurisprudenza non sono uniformi.

Vi è innanzitutto un orientamento che, ai fini dell'applicazione dell'art. 59, co. 2 c.p., genericamente richiede l'accertamento della colpa, senza particolari approfondimenti sul suo contenuto: sono le sentenze nelle quali la S.C. si limita ad affermare che l'ignoranza dell'aggravante deve essere dovuta a colpa o che la ritenuta inesistenza dell'aggravante deve essere dovuta ad un errore determinato da colpa<sup>15</sup>, mentre qualche sentenza parla genericamente di evento prevedibile<sup>16</sup>.

È tuttavia riscontrabile in giurisprudenza un diverso orientamento interpretativo, che adotta esplicitamente il criterio della prevedibilità in concreto, in conformità a quanto statuito dalla sentenza Sez. Un. Ronci.

Vengono innanzitutto in considerazione le sentenze riguardanti il criterio di imputazione del reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, ai sensi dell'art. 116 c.p.: si tratta delle sentenze valorizzate dalla Corte costituzionale nella sentenza 31 marzo 2021, n. 55<sup>17</sup>, quando ha osservato che, secondo la più recente giurisprudenza, il criterio di imputazione del reato diverso consiste nella "prevedibilità in concreto, tenuto conto di tutte le peculiarità del caso di specie"<sup>18</sup>.

Va poi ricordata la prima sentenza della S.C. relativa al caso Ciontoli, pronunciata nel 2020<sup>19</sup>, la quale ha affermato che la fattispecie di cui agli artt. 589 e 40, co. 2 e la fattispecie di cui all'art. 593, co. 3 c.p. si differenziano solo perché nella prima il soggetto è titolare di una posizione di garanzia, che manca invece nella seconda, mentre si tratta di fattispecie identiche dal punto di vista oggettivo e soggettivo, essendo richiesta la colpa, secondo i criteri elaborati dalle Sez. Un. Ronci.

E ancora: rispetto all'aggravante di cui all'art. 572, co. 3 c.p., la prevedibilità in concreto è richiesta dalla costante giurisprudenza, che variamente richiama: l'art. 59, co. 2 c.p., la sentenza Sez. Un. Ronci e la giurisprudenza costituzionale sul principio di colpevolezza<sup>20</sup>.

Infine, va ricordato che nell'interpretazione dell'art. 586 c.p. la giurisprudenza successiva alle Sez. Un. Ronci ne ha confermato l'impostazione, ripetendone la massima ufficiale e richiedendo la prevedibilità in concreto dell'evento morte<sup>21</sup>.

---

<sup>15</sup> E.p. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2014, n. 25191, in *CED Cass.*, n. 259589-01; Cass., Sez. IV, 28 novembre 2019, n. 1351, in *CED Cass.*, n. 277954-01; Cass., Sez. II, 4 ottobre 2018, n. 50172, in *CED Cass.*, n. 274689-01.

<sup>16</sup> Cass., Sez. V, 14 novembre 2012, n. 18490, in *CED Cass.*, n. 256239-01.

<sup>17</sup> Con tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4, c.p., come sostituito dall'art. 3 della l. 5 dicembre 2005, n. 251, «nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 116, co. 2, c.p., sulla recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p.».

<sup>18</sup> V. Cass., Sez. II, 6 ottobre 2016, n. 45446, in *CED Cass.*, 268564-01 (in mot.); Cass., Sez. II, 3 ottobre 2018, n. 49443, in *CED Cass.*, n. 274467-01; Cass., Cass., Sez. II, 18 giugno 2013, n. 32644, in *CED Cass.*, n. 256841-01. Sulla necessità della prevedibilità in concreto del reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti v. anche le successive sentenze Cass., Sez. V, 3 maggio 2021, n. 27905, in *CED Cass.*, 281817-02 (in mot.) e Cass., Sez. V, 18 novembre 2020, n. 306, in *CED Cass.*, n. 280489-01.

<sup>19</sup> Cass., Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 9049, in *CED Cass.*, N. 278501-01.

<sup>20</sup> E.p. Cass., Sez. IV, 13 marzo 2018, n. 21533, in *CED Cass.*, n. 272930; Cass., Sez. VI, 20 novembre 2012, n. 46848, in *CED Cass.*, n. 254275; Cass., Sez. VI, 29 novembre 2007, n. 12129, in *CED Cass.*, N. 239585-01; Cass., Sez. VI, 15 ottobre 2009, n. 44492, in *CED Cass.*, n. 245478-01; Cass., Sez. VI, 29 novembre 2007, n. 12129, in *CED Cass.*, n. 239585-01.

<sup>21</sup> E.p. Cass., Sez. VI, 4 aprile 2019, n. 38060, in *CED Cass.*, n. 277286-02; Cass., Sez. VI, 19 settembre 2018, n. 49573, in *CED Cass.*, n. 274277-01; Cass., Sez. IV, 15 maggio 2018, n. 41874, in *CED Cass.*, n. 274713-01;

5. L'analisi della giurisprudenza che adotta il criterio della prevedibilità in concreto nell'accertamento della colpa *in re illicita* rivela che tale criterio si sostanzia nella conoscenza o nella conoscibilità del fattore costituente l'anello intermedio della serie causale, che, muovendo dalla condotta illecita posta in essere dall'agente, sfocia poi nell'evento morte o lesioni non voluto: tale fattore è decisivo nel giudizio di prevedibilità, perché solo il riferimento ad esso permette di non fondare l'imputazione dell'evento sulla generica ed astratta pericolosità della condotta e quindi, nella sostanza, sul *versari in re illicita*.

Particolarmente significativa appare in proposito la giurisprudenza sull'art. 586 c.p.

Quanto alla responsabilità dello spacciatore per l'evento morte dell'assuntore dello stupefacente, il fattore causale intermedio, sul quale si fonda il giudizio di prevedibilità in concreto, viene individuato: nell'elevata concentrazione di principio attivo presente nella sostanza ceduta; nelle patologie dell'assuntore; nell'essere l'acquirente alla sua prima esperienza di assunzione di droga o nell'aver nuovamente assunto sostanza stupefacente dopo essersi disintossicato; nella concomitante assunzione di alcool o psicofarmaci.

Quanto invece alla responsabilità dell'usuraio o dell'estorsore per il suicidio della vittima del reato, il fattore causale intermedio viene individuato: nella fragilità psichica della vittima; nella sua condizione di tossicodipendenza; nel suo stato di prostrazione cagionato dal reato<sup>22</sup>.

Il criterio della prevedibilità in concreto implica dunque che tali fattori concausali siano conosciuti o conoscibili dall'agente.

La giurisprudenza segue in proposito un'impostazione corretta: prima accerta la causalità con valutazione *ex post* sulla base delle conoscenze disponibili al momento del giudizio e poi verifica se sussisteva la prevedibilità *ex ante*, tenendo conto della descrizione dell'evento prevedibile, includente anche i tratti caratterizzanti il processo causale sfociato nell'evento, fondati sul fattore causale intermedio.

La sentenza Sez. Un. Ronci e la giurisprudenza successiva che ne ha confermato i principi hanno dunque evidenziato la grande rilevanza del problema della descrizione dell'evento prevedibile nell'accertamento della colpa *in re illicita*: si tratta della riproposizione, rispetto a tale particolare ipotesi di colpa, di un problema che, come è ben noto, la giurisprudenza ha affrontato con riferimento alla colpa in generale, avendo riconosciuto, con orientamento ormai costante, che la prevedibilità dell'evento costituisce un elemento imprescindibile sia della colpa generica che della colpa specifica<sup>23</sup>.

Non è dunque casuale che, dopo avere confermato tale orientamento, le Sez. Un. 24 aprile 2014, n. 38343 (caso ThyssenKrupp)<sup>24</sup> abbiano affrontato esplicitamente il problema della descrizione dell'evento prevedibile<sup>25</sup>.

La massima ufficiale recita: «In tema di colpa, la necessaria prevedibilità dell'evento, anche sotto il profilo causale, non può riguardare la configurazione dello specifico fatto in tutte le sue più minute articolazioni, ma deve mantenere un certo grado di categorialità, nel senso che deve riferirsi alla classe di eventi in cui si colloca quello oggetto del processo».

Tale massima va però letta alla luce della motivazione, nella quale si afferma che la descrizione dell'evento, ai fini del giudizio di prevedibilità, «è funzionale all'individuazione di un esito lesivo, che costituisca espressione del rischio specifico che una determinata disciplina

---

Cass., Sez. IV, 23 settembre 2016, n. 8058, in *CED Cass.*, 269127-01; Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 41462, in *CED Cass.*, n. 253606-01; Cass., Sez. V, 6 luglio 2006, n. 1795, in *CED Cass.*, n. 236298-01.

<sup>22</sup> V. Cass, Sez. Un. Ronci, cit., nonché le sentenze indicate nella nota precedente.

<sup>23</sup> *E.p.* Cass, Sez. IV, 1° ottobre 2008, n. 39882, in *CED Cass.*, n. 242124; Cass., Sez. IV, 22 maggio 2008, n. 25648, in *CED Cass.*, n. 240859; Cass., Sez. IV, 26 maggio 2006, n. 31462, in *CED Cass.*, n. 235423. Sull'argomento, di recente, G. CIVELLO, voce *Prevedibilità e reato colposo*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 1004.

<sup>24</sup> In *CED Cass.*, n. 261106-01.

<sup>25</sup> V. tra gli altri G. FORTI, *La descrizione dell'evento prevedibile nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1559 s.

cautelare era chiamata a governare»; pertanto la verifica della prevedibilità dell'evento implica «l'elaborazione di una generalizzazione, una descrizione nella quale siano incluse certe particolarità del caso e non altre», ma tra esse non può mancare lo sviluppo causale che sfocia nell'evento, pena il disperdere «la fondamentale istanza (...) afferente alla congruenza tra ragioni della regola cautelare e cause dell'evento»; dunque la prevedibilità non deve essere «accertata rispetto al solo evento finale, ma anche in relazione al decorso causale, almeno nelle sue linee essenziali»; «si tratta di porre a confronto il decorso causale che ha originato l'evento concreto conforme al tipo con la regola di diligenza violata e di controllare se tale evento sia la realizzazione del pericolo in considerazione del quale il comportamento dell'agente è stato qualificato come contrario a diligenza».

6. Da quanto esposto emerge dunque con evidenza il contrasto, esistente in giurisprudenza, tra l'orientamento che accoglie il criterio della prevedibilità in concreto rispetto ad alcune fattispecie di colpa *in re illicita* e l'orientamento che, nell'omicidio preterintenzionale, individua il criterio di imputazione dell'evento morte nel dolo del delitto base che "assorbe" la prevedibilità dell'evento. Quest'ultimo orientamento si accorda del resto con l'interpretazione estensiva dell'art. 584 c.p. fornita dalla giurisprudenza: non si richiede che gli atti diretti a ledere o percuotere raggiungano la soglia del tentativo ai sensi dell'art. 56 c.p.<sup>26</sup>; è applicabile anche nel caso di *aberratio ictus*<sup>27</sup>; l'evento morte può riguardare anche una persona diversa da quella attinta dalla condotta di lesioni o percosse<sup>28</sup>; l'evento morte non deve essere lo sviluppo dello stesso evento di lesioni e percosse<sup>29</sup>; l'interruzione del nesso causale è ipotesi rarissima se non inesistente nella casistica giurisprudenziale<sup>30</sup>.

All'indicato criterio di imputazione dell'evento morte sembra attagliarsi perfettamente l'osservazione della sentenza Sez. Un. Ronci, secondo la quale la prevedibilità in astratto "si sostanzia, nella quasi totalità dei casi, in un richiamo ad un criterio di prevedibilità *in re ipsa*, meramente formale e di stile, senza che sia condotta in realtà nessuna indagine, in concreto, sul decorso causale e sull'evento finale, per ricostruire le specifiche modalità di verifica dell'evento, che, nel caso di specie, avrebbero reso prevedibili la morte o le lesioni". Si tratta, nella sostanza, dello svuotamento della colpa ridotta alla violazione della norma che vieta la condotta dolosa base.

Tuttavia, se questa è la posizione della giurisprudenza ora prevalente, cristallizzata nelle massime ufficiali tratte dalle sentenze del S.C., si deve ricordare, per completezza di esposizione, che alcune sentenze recenti della Cassazione si discostano dall'orientamento dominante<sup>31</sup> e che alcune sentenze di giudici di merito, pur dando atto di tale orientamento,

---

<sup>26</sup> Cass., Sez. V, 17 marzo 1982, n. 3737, in *CED Cass.*, n. 153514-01.

<sup>27</sup> *E.p.* Cass., Sez. V, 14 dicembre 1999, n. 2146, in *CED Cass.*, n. 215478-01.

<sup>28</sup> *E.p.* Cass., Sez. V, 11 dicembre 2018, n. 13192, in *CED Cass.*, n. 275504-01.

<sup>29</sup> *E.p.* Cass., Sez. V, 12 luglio 2012, n. 41017, in *CED Cass.*, n. 253744-01.

<sup>30</sup> *E.p.* Cass., Sez. V, 19 ottobre 2021, n. 45241, in *CED Cass.*, n. 282285-01, sull'esclusione, quale fattore interruttivo del nesso causale, dell'errore anche grave dei sanitari.

<sup>31</sup> È il caso di Cass., Sez. I, 27 novembre 2018, n. 12452, in *DeJure* (non massimata), nella quale si afferma che: «si deve precisare che i principi affermati dalla sentenza Ronci, con specifico riferimento alla fattispecie di cui all'art. 586 c.p., vanno applicati anche nell'interpretazione della fattispecie di cui all'art. 584 c.p., in quanto in entrambe le fattispecie è richiesta la non volontà dell'evento morte, conseguenza di un delitto doloso. L'elemento speciale presente nell'art. 584 c.p. - la specifica condotta di percosse o lesioni volontarie - giustifica il diverso, e più grave, trattamento sanzionatorio rispetto a quello previsto dall'art. 586 c.p., ma non una distinta definizione dell'elemento soggettivo con riferimento all'evento morte. In particolare, l'orientamento secondo cui la fattispecie di cui all'art. 584 c.p. richiederebbe unicamente il dolo di lesioni o percosse, senza altra considerazione in ordine all'evento morte, perché già ritenuto dalla legge sempre prevedibile come conseguenza della condotta di lesioni o percosse (...), finisce per addebitare la responsabilità per l'evento non voluto a prescindere dall'accertamento in concreto di una relazione soggettiva con il soggetto agente, invece elemento necessario nella definizione del

contengono un'esplicita motivazione sulla sussistenza, nel caso esaminato, della prevedibilità in concreto dell'evento morte<sup>32</sup>.

Di più: dall'esame delle sentenze del S.C. sull'omicidio preterintenzionale emerge che in molti casi tale prevedibilità poteva essere agevolmente motivata<sup>33</sup> e se ciò non è accaduto è perché la ricordata formula dell'"assorbimento della prevedibilità dell'evento nella intenzione di risultato" evita al giudice l'onerosa dimostrazione della colpa, che richiede un rigoroso approfondimento in punto di fatto: al giudice è richiesto solo di provare il dolo dell'ipotesi base e questo semplifica molto la motivazione.

**7.** Ferma restando questa articolata ed in parte contraddittoria posizione della giurisprudenza, è necessario a questo punto individuare le ragioni per le quali gli stessi giudici che nell'interpretazione dell'art. 586 c.p. e di alcuni reati aggravati dall'evento adottano il criterio della colpa come prevedibilità in concreto, quando poi interpretano l'art. 584 c.p. abbandonano tale criterio, quanto meno a livello teorico.

Si tratta di una scelta consapevole, perché varie sentenze affrontano espressamente il problema e motivano la non applicabilità dei principi elaborati dalla sentenza Sez. Un. Ronci all'omicidio preterintenzionale, affermando che trattasi di fattispecie delittuosa peculiare, in quanto la condotta diretta a ledere o percuotere non raramente sfocia nell'evento morte<sup>34</sup>, è cioè un comportamento "vicino alla morte"; mentre in altre sentenze si afferma che, diversamente da quanto accade nell'ipotesi prevista dall'art. 586 c.p., nell'omicidio preterintenzionale tra la condotta dolosa base e la morte della persona aggredita sussiste una stretta relazione, non solo eziologica, ma anche funzionale, nell'ottica della progressione criminosa, stante l'omogeneità degli interessi offesi, attinenti all'incolumità della persona<sup>35</sup>.

**8.** Alla base dell'esposta interpretazione dell'art. 584 c.p., antitetica a quella adottata rispetto all'art. 584 c.p., vi è dunque una diversa ricostruzione dell'oggetto della prevedibilità, che evidenzia la centralità del problema della descrizione dell'evento prevedibile.

Prima di esaminare tale problema è però utile ricordare che la prevedibilità è categoria che si presta a manipolazioni<sup>36</sup>, come emerge dalla giurisprudenza in tema di colpa, la quale talora vanifica il contenuto garantista della più avanzata elaborazione dottrinale, pur teoricamente accolta.

Come si è già accennato, la giurisprudenza riconosce la necessità della prevedibilità dell'evento sia nel caso di colpa generica, sia nel caso di colpa specifica ed afferma che la prevedibilità deve avere ad oggetto l'evento che la norma cautelare mirava a prevenire, anche in funzione della concretizzazione del rischio e dell'accertamento della causalità della colpa.

---

giudizio di colpevolezza conforme al dettato costituzionale»; la sentenza ha confermato la condanna per omicidio preterintenzionale, osservando che: «i giudici di merito hanno accertato che la condotta aggressiva dell'imputato (la colluttazione) era avvenuta in un luogo pericoloso, in quanto, da un lato, aperto senza reali protezioni e situato ad una altezza di m. 3,26», sicché la vittima della condotta violenta era caduta nel vuoto riportando lesioni letali.

<sup>32</sup> V. ad es. Corte ass. Brescia, 13 maggio 2019, n. 18518, in *Sistemapenale.it.*; Corte ass. Sassari, 14 febbraio 2022, n. 2, cit.

<sup>33</sup> V. ad es., tra le sentenze più recenti, Cass., Sez. I, 16 febbraio 2021, n. 14381, in *DeJure*; Cass., Sez. V, 3 dicembre 2020, n. 9789, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 27 marzo 2019, n. 21411, in *DeJure*; Cass., Sez. V, 29 gennaio 2019, n. 14365, in *DeJure*; Cass., Sez. V, 11 dicembre 2018, n. 13192, cit.

<sup>34</sup> *E.p.* Cass., Sez. V, 11 novembre 2019, n. 15630, in *DeJure*; Cass., Sez. V, 18 ottobre 2012, n. 791, in *CED Cass.*, n. 254386-01.

<sup>35</sup> *E.p.* Cass., Sez. V, 4 aprile 2018, n. 23606, in *DeJure*; Cass., Sez. V, 27 giugno 2012, n. 35582, in *CED Cass.*, n. 253536.

<sup>36</sup> Sottolinea l'equivocità della categoria della prevedibilità di taglio psicologico, per la sua ampia modulabilità "alla bisogna", C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, cit., 258.

Tuttavia la stessa giurisprudenza descrive talora l'evento in termini così generici da farlo coincidere con l'evento astratto previsto dalla norma incriminatrice: ad esempio in tema di responsabilità per colpa per esposizione a fattori nocivi, descrive genericamente l'evento come danno alla salute, prescindendo dunque dalla descrizione dell'evento sulla base della cornice di rischio in relazione alla quale è stata elaborata la norma cautelare, così vanificando la funzione selettiva della colpa<sup>37</sup>.

È ben nota l'obiezione mossa a questo orientamento: la sostanziale identificazione dell'evento previsto dalla fattispecie astratta con l'evento che la norma cautelare mirava a prevenire finisce con il riproporre la logica del *versari in re illicita*<sup>38</sup>.

E' proprio questa problematica generale che si ripropone rispetto all'argomento specifico del criterio di imputazione dell'evento morte nell'omicidio preterintenzionale: il problema cruciale è ancora una volta quello della descrizione dell'evento prevedibile, tanto più che il rischio di identificarlo con l'evento astratto previsto dalla norma incriminatrice (la morte), prescindendo da qualunque profilo attinente al decorso causale, è particolarmente elevato in una fattispecie caratterizzata da un rilevante disvalore della condotta, implicante già in sé una diretta aggressione dell'incolumità personale.

9. La posizione della giurisprudenza sull'art. 584 c.p. sollecita dunque una riflessione realistica sulla prevedibilità in concreto dell'evento morte nell'omicidio preterintenzionale e quindi sulla descrizione dell'evento prevedibile, tanto più se viene in rilievo la proposta di una modifica normativa finalizzata a favorire un adeguamento della giurisprudenza ai principi affermati dalle Sez. Un. Ronci. Proprio tale sentenza contiene al riguardo due preziose indicazioni.

Innanzitutto le Sez. Un. - in un passo che non viene sempre valorizzato adeguatamente - affermano che, con riferimento alla responsabilità dello spacciatore, ai sensi dell'art. 586 c.p. si richiede a questi "un grado di attenzione ed un obbligo di conoscenza maggiori di quelli normalmente richiesti", "sia per la rilevanza costituzionale dei beni (vita ed incolumità fisica) tutelati, sia perché la natura astrattamente e genericamente pericolosa dell'attività è legislativamente segnalata dall'art. 81 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, il quale prevede la possibilità che l'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope possa cagionare la morte o lesioni personali dell'assuntore e che in tal caso possano essere configurabili i reati di cui agli artt. 586, 589 o 590 c.p.".

Pertanto, osservano ancora le Sez. Un., «la colpa non potrà essere ravvisata nella prevedibilità in astratto dell'evento morte, desunta dalla presunta frequenza, o dalla notorietà, o dalla ordinarietà di tale evento in seguito alla assunzione di sostanza stupefacente, o in un pericolo che sarebbe presuntivamente insito in qualsiasi cessione della sostanza, ovvero nella natura di talune sostanze più pericolose di altre», ma all'agente è "richiesto un particolare livello di attenzione e di prudenza, sicché lo stesso potrà essere ritenuto in colpa qualora non si sia astenuto dal cedere lo stupefacente dinanzi ad una circostanza dal significato equivoco o

---

<sup>37</sup> E.p. Cass., Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, in *CED Cass.*, n. 235660-01: «In tema di delitti colposi, nel giudizio di prevedibilità, richiesto per la configurazione della colpa, va considerata anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni sia pure indistinta potenzialmente derivante dal suo agire, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad astenersi o ad adottare più sicure regole di prevenzione: in altri termini, ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione *ex ante* dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione».

<sup>38</sup> V. tra gli altri E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 882; V. FURNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 719 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale - Profili dogmatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, 407 s.



comunque quando abbia ignorato una circostanza pericolosa o sia caduto in errore sul suo significato e l'ignoranza o l'errore siano determinati da colpa, e siano quindi a lui rimproverabili perché non inevitabili».

È agevole osservare che si tratta di principi che valgono a maggior ragione per la fattispecie dell'omicidio preterintenzionale, stante le caratteristiche della condotta dolosa base. Del resto la stessa dottrina riconosce che nella colpa il grado del giudizio di prevedibilità – e quindi la diligenza richiesta - è condizionato dalla gravità del pericolo insito nella condotta e dall'importanza dei beni coinvolti<sup>39</sup>.

Un ulteriore contributo ad un approccio realistico alla prevedibilità dell'evento morte le Sez. Un. Ronci lo forniscono affermando che l'agente è “tenuto a prendere in considerazione tutte le eventuali circostanze del caso concreto che facciano prevedere l'evento morte ed a desistere dall'azione, sia quando una di queste circostanze evidenzia un concreto pericolo per l'incolumità dell'assuntore, sia quando rimanga in concreto un dubbio in ordine alla effettiva pericolosità della stessa”.

Dunque, per le Sez. Un., il problema della prevedibilità è il problema dell'individuazione delle *circostanze* in base alle quali formulare il giudizio di prevedibilità. Si torna alla descrizione dell'evento prevedibile e non sembra un caso che nella sentenza l'affermazione di principio secondo la quale è necessaria la violazione di una regola cautelare, trattandosi di vera colpa, non sia concretamente declinata: lungi dall'indicare le asserite norme cautelari rilevanti rispetto alla fattispecie della responsabilità dello spacciatore per la morte dell'assuntore dello stupefacente, la sentenza contiene invece una dettagliata e puntuale elencazione delle circostanze che fanno ritenere prevedibile l'evento morte, in funzione della declinazione del giudizio di prevedibilità in concreto.

Di più: la sentenza svaluta completamente la categoria dell'evitabilità, risolvendola puramente e semplicemente nella verifica che l'astensione dalla condotta dolosa avrebbe evitato il verificarsi dell'evento. Nulla di più lontano dalla rigorosa verifica (caratterizzante la colpa *in re licita*) che la condotta conforme alla norma cautelare avrebbe evitato, anche solo in termini probabilistici, il verificarsi dell'evento<sup>40</sup>.

Tirando le fila del ragionamento, il superamento del paradigma del *versari in re illicita* richiede dunque un attento e non sempre agevole lavoro di declinazione della categoria della prevedibilità in concreto basata sulla descrizione dell'evento, che tenga conto dei processi causali prevedibili che possono sfociare nell'evento stesso<sup>41</sup>. Inoltre, rispetto all'omicidio preterintenzionale, il problema della colpa come prevedibilità in concreto dell'evento morte si atteggia in termini peculiari rispetto alle altre ipotesi di colpa *in re illicita*, perché la condotta dolosa base ha già in sé una peculiare e più marcata dimensione di pericolosità.

Conviene dunque andare oltre lo scontato richiamo alla necessità del rispetto del principio di colpevolezza e del superamento del *versari in re illicita*, per misurarsi invece sul terreno dell'individuazione delle circostanze che possono fondare il giudizio di prevedibilità, un terreno spesso accidentato se si vuole coniugare principio di colpevolezza e senso di giustizia.

In proposito possono essere formulate alcune osservazioni che tengono conto della casistica giurisprudenziale.

*Nulla questio* rispetto a condotte di lesione o di percosse (o rispetto a condotte a ciò finalizzate) che, anche se non particolarmente violente, assumono un evidente connotato di

---

<sup>39</sup> V. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, 530 s.

<sup>40</sup> Come ricorda G. P. DEMURO, *La combinazione dolo-colpa*, cit., 563, il criterio dell'evitabilità è nato con funzione di integrazione e correzione del criterio della prevedibilità con esclusivo riguardo al settore delle attività intrinsecamente rischiose, ma autorizzate dall'ordinamento.

<sup>41</sup> V. G. P. DEMURO, *La combinazione dolo-colpa*, cit., 563: «nel delitto preterintenzionale si risponde solo se un uomo ragionevole poteva rappresentarsi l'intervento del fattore causale che ha fatto degenerare le percosse o le lesioni nell'evento concreto morte della vittima».

pericolosità per la vita stessa, a causa della loro modalità di realizzazione (es. la semplice spinta che fa perdere l'equilibrio alla persona, la quale cade all'indietro, "di schiena", sbattendo la testa su una superficie dura o su uno spigolo) o a causa del contesto in cui sono poste in essere (es. la semplice spinta di una persona in un luogo in cui la perdita dell'equilibrio può comportare una rovinosa caduta su una scala o la caduta da una altezza significativa).

Come valutare però l'ipotesi della morte cagionata da atti diretti a ledere o percuotere, magari di estrema gravità, rispetto alla quale costituisce concausa una patologia cardiaca della parte offesa, in ipotesi nemmeno conosciuta dalla stessa? E come valutare l'incidenza sull'evento morte delle specifiche patologie delle quali è affetta una persona anziana, vittima di lesioni o percosse, posto che già in sé la condizione di persona anziana implica una maggiore vulnerabilità? E ancora: rientra nella descrizione dell'evento morte prevedibile la concausa costituita dal comportamento scomposto e irrazionale posto in essere dalla persona offesa per sfuggire ad un'aggressione?

In questi casi l'accertamento della prevedibilità in concreto richiede di stabilire se la descrizione dell'evento prevedibile debba includere anche tali peculiari modalità di sviluppo del nesso causale: la risposta positiva a tale problema appare tutt'altro che scontata, anche in una prospettiva di valorizzazione del principio di colpevolezza.

Sono solo alcuni esempi, che comunque appaiono già sufficienti a spiegare il diverso approccio della giurisprudenza in tema di omicidio preterintenzionale, rispetto ad altre ipotesi di causazione, in un contesto illecito, dell'evento morte non voluto, ipotesi nelle quali la condotta dolosa base non presenta una pregnante dimensione di pericolosità per la vita e l'incolumità fisica come accade nell'omicidio preterintenzionale.

Un realistico esame della giurisprudenza fa emergere dunque come decisivo un chiarimento sulla descrizione dell'evento agli effetti dell'accertamento della colpa *in re illicita* ed esige una soluzione soddisfacente del problema della descrizione dell'evento in concreto prevedibile, problema nel quale subito ci si imbatte se si abbandona il riferimento all'evento astrattamente previsto dalla norma incriminatrice e quindi la logica del *versari in re illicita*.

Come già accennato, la sentenza Sez. Un. Ronci contiene una dettagliata casistica sulla prevedibilità e sulla non prevedibilità in concreto dell'evento morte nel caso di cessione di sostanza stupefacente, basata sull'individuazione dei processi causali prevedibili: la stessa operazione interpretativa andrebbe fatta rispetto all'evento morte nell'omicidio preterintenzionale e non sembra azzardato ipotizzare che essa porterebbe ad una notevole "sdrammatizzazione" del problema del rispetto del principio di colpevolezza, come del resto dimostra l'analisi della giurisprudenza che non si ferma allo "sbarramento" della formula della colpa *in re ipsa*, ma accerta la prevedibilità in concreto dell'evento<sup>42</sup>.

**10.** Sulla base delle esposte considerazioni, possono essere formulate alcune riflessioni sull'articolato nel quale si concretizza la proposta di riforma.

L'articolato opta per la soluzione della non abrogazione della fattispecie di omicidio preterintenzionale ed adotta questa formula: "Chiunque, commettendo violenza alla persona, tale da rendere prevedibile un'offesa più grave, cagiona per colpa la morte di un uomo ...". È una formula che esprime la preoccupazione di affermare esplicitamente che anche nell'omicidio preterintenzionale si ha "vera colpa" rispetto all'evento morte.

Sotto il profilo del rispetto del principio di determinatezza, suscita però qualche perplessità la formula "commettendo violenza alla persona", che potrebbe permettere alla giurisprudenza di ravvisare gli estremi del reato anche in casi ora non riconducibili alla vigente fattispecie di omicidio preterintenzionale (si pensi ad es. alla violenza morale).

---

<sup>42</sup> *Supra*, nn. 31 e 32.

Ma è soprattutto il riferimento alla *colpa* a meritare una riflessione. Posto infatti che non è pacifico nemmeno in dottrina quale sia il reale contenuto della colpa *in re illicita* e considerato che dalla prassi giurisprudenziale emerge – come si è cercato di dimostrare – che il problema centrale da risolvere è quello della descrizione dell'evento prevedibile, potrebbe essere inserito nella norma un esplicito riferimento agli “sviluppi causali prevedibili”: “chiunque commettendo violenza alla persona” o “chiunque, con atti diretti a ledere o percuotere”, “cagiona per colpa la morte di un uomo, quale esito di un processo causale prevedibile al momento del fatto”.

Questo costringerebbe la giurisprudenza ad affrontare il problema della descrizione dell'evento, premessa indispensabile per un'adeguata (e controllabile) applicazione della categoria della prevedibilità in concreto.

Si tratterebbe certo di una scelta profondamente innovativa, ma a fronte dell'esigenza di evitare lo “svuotamento” pratico della categoria della colpa, la formula indicata sicuramente favorirebbe il soddisfacimento di tale esigenza ed avrebbe anche evidenti ricadute positive su una rigorosa applicazione del parametro della colpa ben oltre il limitato campo di applicazione dell'art. 584 c.p.

L'esplicito riferimento alla colpa può inoltre fornire utili spunti per risolvere i problemi relativi all'accertamento della colpa nelle ricordate ipotesi di responsabilità del sanitario *in re illicita* (art. 589, co. 3 e 590, co. 4 c.p.; omicidio preterintenzionale del medico che agisce senza finalità terapeutica), orientando verso l'applicazione dei generali parametri della colpa in campo medico. Si deve però tenere presente che in queste ipotesi viene in considerazione una condotta illecita che presenta comunque aspetti peculiari: non si tratta di una condotta assolutamente vietata, ma di una condotta che viene normalmente realizzata in forma lecita, tanto che rispetto ad essa sono state elaborate norme cautelari specifiche, attinenti soprattutto al profilo della perizia, e sono altresì normativamente previsti limiti alla responsabilità per colpa.

**11.** Quanto alla proposta abrogazione dell'art. 586 c.p., è dubbio che convenga abrogare la norma sulla quale sono intervenute le Sez. Un. con la più volte ricordata sentenza Ronci, che ha affermato con forza alcuni principi fondamentali in tema di colpa *in re illicita*.

Sembra infatti quanto meno inopportuna tale abrogazione, se si vuole favorire un consolidamento, nella giurisprudenza, dei principi affermati dalle Sez. Un.: lo dimostra il fatto che con tale sentenza la giurisprudenza è costretta a confrontarsi, come dimostrano le sentenze sull'art. 584 c.p., che esplicitamente motivano la non applicabilità di tali principi all'omicidio preterintenzionale<sup>43</sup>.

È noto che una critica mossa all'art. 586 c.p. riguarda la natura circostanziale dell'aumento di pena, che comporta un potere discrezionale del giudice nel giudizio di valenza.

È però utile ricordare che la già citata sentenza della Corte costituzionale 31 marzo 2021, n. 55 ha valorizzato la previsione dell'attenuante di cui al secondo comma dell'art. 116 c.p. ed il correlato potere discrezionale del giudice, per escludere l'incostituzionalità dell'art. 116.

Infatti tale sentenza non ha affrontato direttamente il problema della legittimità costituzionale della responsabilità anomala prevista dall'art. 116 c.p. (al concorrente c.d. anomalo è imputato un reato a titolo di dolo, pur a fronte di una condotta solo colposa), ma ha precisato che “alla tenuta costituzionale della norma contribuiscono da una parte l'interpretazione adeguatrice, costituzionalmente orientata, accolta fin dalla (...) sentenza n. 42 del 1965 e dalla (...) giurisprudenza di legittimità (...), e d'altra parte proprio l'attenuante prevista dal secondo comma dell'art. 116 c.p., che ha una funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio”.

Tali considerazioni possono essere valorizzate – con i necessari adattamenti – rispetto all'art.

---

<sup>43</sup> *Supra* nn. 34, 35.

586 c.p.: l'aggravante prevista da tale norma, da un lato si giustifica per il maggior disvalore della condotta, ma dall'altro può essere neutralizzata con il giudizio di valenza in presenza di circostanze attenuanti concorrenti, il che può favorire l'irrogazione di una pena adeguata alle peculiarità del caso concreto.

**12.** Con riferimento all'eliminazione di quelle che, in una notazione contenuta nell'articolato, vengono indicate come "alcune fattispecie a struttura preterintenzionale – ad es., reati aggravati dall'evento", tale scelta si declina nell'eliminazione delle aggravanti previste negli artt. 588, 591, 593 e 533 *ter* c.p., consistenti nella causazione della morte o di lesioni.

Tuttavia nella disposizione che prevede il reato di "utilizzo e somministrazione di farmaci e altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti", al quarto comma, lett. a) è prevista una circostanza aggravante che si sostanzia nella causazione di un evento ("se dal fatto deriva un danno per la salute").

Si tratta dunque di un reato aggravato dall'evento, la cui previsione appare significativa: quando si imposta una modifica normativa emergono esigenze di tutela che talora inducono a stemperare il rigore e l'astrattezza di alcune impostazioni teoriche.

Questo induce ad osservare che la prospettata abrogazione delle fattispecie di reati aggravati dall'evento deve essere quanto meno sorretta da una motivazione adeguata, che non è sempre agevole individuare. Si pensi ad alcuni reati aggravati dall'evento che presentano una pregnante connessione, basata su solidi dati di esperienza, fra condotta dolosa base ed evento aggravatore costituito da morte o lesioni (ad es. la rissa): in questi casi è necessario verificare attentamente se la sostituzione dell'aggravante con la disciplina del concorso di reati non rischi di essere letta come un messaggio controproducente rispetto alla tutela di interessi fondamentali della persona, tanto da comportare la mancanza di qualunque realistica possibilità di approvazione di una riforma di tal genere.

Né va dimenticato che reati aggravati dall'evento preterintenzionale di morte o lesioni sono previsti in categorie diverse da quella dei reati dolosi contro la vita e l'incolumità fisica: si vedano ad es. gli artt. 289-*bis*, co. 2, 289-*ter*, co. 2, 630, co. 2 c.p. (fattispecie di sequestro di persona); l'art. 452-*ter*, co. 1 c.p. (inquinamento ambientale); l'art. 572, co. 3 c.p. (maltrattamenti contro familiari e conviventi); l'art. 591, co. 3 c.p. (abbandono di minori e incapaci); l'art. 613-*bis*, co. 4 e 5 c.p. (tortura); gli artt. 9-*bis*, co. 2 e 9-*ter*, co. 2 c.d.s. (gare automobilistiche).

In proposito, la proposta di riforma dei reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica pone un problema di coordinamento dell'affermata necessità di eliminare i reati aggravati dall'evento con le proposte di riforma di altre categorie di reati<sup>44</sup>, dalle quali sembra emergere invece l'opposta prospettiva del mantenimento ed in taluni casi addirittura dell'ampliamento delle fattispecie di reati aggravati da un evento preterintenzionale: ciò vale con riferimento alle proposte di riforma degli artt. 452-*ter*, 572, 613-*bis* c.p., nonché degli artt. 9-*bis*, co. 2 e 9-*ter*, co. 2 c.d.s.

È infine necessario valutare se non si introducano elementi di incongruenza nel sistema qualora vengano eliminati i reati aggravati da un evento preterintenzionale, mentre vengono mantenuti i reati aggravati da un evento rispetto al quale è irrilevante la volontà dell'evento (v. ad es. l'art. 368, co. 3 c.p., che prevede la calunnia aggravata).

**13.** Lo stimolante dibattito e gli approfondimenti generati dalla proposta di riforma dei reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica dimostrano come anche in questo campo sia richiesto

---

<sup>44</sup> Pubblicate in questo *Libro*.

uno sforzo di elaborazione di categorie rigorose, conformi ai principi costituzionali, ma praticabili e controllabili nella loro dimensione applicativa.



# I DELITTI DI OMICIDIO E LE QUESTIONI DI FINE VITA

Antonella Massaro

**Sommario:** 1. La “semplicità complessa” dei delitti dolosi di omicidio e l’esigenza di una razionalizzazione del sistema; 2. L’introduzione di una fattispecie autonoma di assassinio; 3. La riforma del delitto di infanticidio; 4. La proposta di riforma in materia di fine vita; 5. L’omicidio per motivi di pietà; 6. L’omicidio del consenziente e l’istigazione o aiuto al suicidio: l’introduzione della scriminante procedurale per le questioni di fine vita; 6.1. Gli elementi costitutivi della causa di non punibilità; 7. Possibili scenari ulteriori: a) dagli elementi negativi (o dall’antigiuridicità) agli elementi positivi (o alla tipicità) del fatto di reato?; 7.1. b) il rafforzamento della normativa extrapenale; 8. Considerazioni conclusive.

## 1. La “semplicità complessa” dei delitti dolosi di omicidio e l’esigenza di una razionalizzazione del sistema

La proposta di riforma elaborata dal *Gruppo di ricerca sui reati dolosi contro la vita e l’integrità fisica*, costituito nell’ambito dell’*Associazione Italiana Professori di Diritto Penale* e che ha concluso i suoi lavori nel luglio 2020, si affida, con particolare riguardo ai delitti di omicidio, a una linea direttrice chiaramente riconoscibile, che emerge tanto dall’articolato quanto dalla Relazione di accompagnamento: l’obiettivo è quello di una complessiva razionalizzazione del sistema, che, a sua volta, si inserisce nella cornice di un assetto più lineare e “sistematicamente coerente” rispetto a quello attuale.

Sebbene l’omicidio rappresenti il delitto naturale per eccellenza e, quindi, la “costante” più costante del diritto penale<sup>1</sup>, è innegabile che gli ultimi anni siano stati caratterizzati da istanze volte a una sempre più marcata particolareggiatura della tutela, da cui è proliferato, attorno alle fattispecie “base” di omicidio doloso e colposo, un groviglio normativo (legislativo e giurisprudenziale) in cui non sempre è agevole districarsi.

Sul versante delle fattispecie dolose, sono almeno due i fattori di “complicazione” dell’assetto originario previsto dal codice penale. Anzitutto, si è registrato un progressivo ampliamento delle circostanze aggravanti previste dagli articoli 576 e 577 c.p., da coordinare tanto con le aggravanti *extra codicem* quanto, ovviamente, con le aggravanti comuni di cui all’art. 61 c.p.<sup>2</sup>.

In secondo luogo, l’intervento della Corte costituzionale, con la sentenza n. 242 del 2019<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Cedam, 2019, 96, il quale aggiunge che «[...] per la sua ontologica essenzialità di delitto naturale per eccellenza, l’omicidio trova, nelle più diverse legislazioni, una unitarietà, semplicità, linearità di formulazione, incomparabili».

<sup>2</sup> Si rinvia sul punto alle esaustive considerazioni di G. GENTILE, *La riforma delle circostanze aggravanti dell’omicidio*, in *Relazione di accompagnamento alla proposta di articolato*, 42 ss.

<sup>3</sup> Corte cost., sent. 22 novembre 2019, n. 242 ha dichiarato «l’illegittimità costituzionale dell’art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del

sulla fattispecie di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) ha alimentato il dibattito relativo alle questioni di fine vita con riflessioni che, inevitabilmente, si sono estese anche alla “contigua” fattispecie di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.).

## 2. L'introduzione di una fattispecie autonoma di assassinio

Il sistema delineato dal codice penale, come noto, si caratterizza per la presenza di una fattispecie “generale” di omicidio volontario (art. 575 c.p.), cui si aggiungono un ampio apparato di circostanze aggravanti (artt. 576 e 577 c.p.) e le fattispecie autonome meno gravi (art. 578 e 579 c.p.).

Nella proposta elaborata dal *Gruppo di ricerca AIPDP* l'omicidio volontario resta sostanzialmente invariato, con la sola transizione terminologica, sul versante del soggetto passivo, dall'*uomo* alla *persona*.

Si suggerisce, poi, l'introduzione di una fattispecie autonoma di assassinio, secondo un modello di tutela che già si registra in molti ordinamenti europei ed extraeuropei: il riferimento è, per esempio, alla distinzione tra *Mord* e *Totschlag* (Germania), tra *Homicidio* e *Asesinato* (Spagna), *Meurtre* e *Assassinat* (Francia)<sup>4</sup>.

Questa, in particolare, la formulazione proposta:

### *Assassinio*

1. È punito con la pena da ...a ...chiunque cagiona la morte di una persona:
  - 1) quando si tratta dell'ascendente o del discendente, del fratello o della sorella, dell'adottante o dell'adottato, del coniuge, della parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, oppure quando sussiste una stabile relazione sentimentale. La disposizione di cui al presente numero si applica anche in caso di divorzio o di annullamento del matrimonio, di cessazione dell'unione civile o di interruzione della relazione sentimentale, a condizione che il fatto sia stato commesso in ragione della preesistenza di uno di tali rapporti tra il colpevole e la persona offesa;
  - 2) quando sussiste un rapporto di stabile convivenza;
  - 3) agendo nei suoi confronti con crudeltà;
  - 4) con premeditazione;
  - 5) per motivi abietti o futili.
2. Se concorrono due o più delle ipotesi previste dai numeri precedenti, la pena è aumentata.
3. Il tentativo è punibile.

Nel nuovo articolo confluirebbero, come fattispecie autonome, alcune ipotesi attualmente previste come circostanziate, tra cui l'omicidio premeditato, contro il discendente o l'ascendente, per motivi abietti o futili.

Con particolare riguardo alle circostanze che valorizzano i rapporti tra l'autore e la vittima, la proposta distingue l'ipotesi della *stabile relazione sentimentale* (n. 1) da quella dello *stabile rapporto di convivenza* (n. 2). Si sarebbe potuto optare, forse, per una formulazione congiunta (*quando sussiste uno stabile rapporto di convivenza o una stabile relazione sentimentale*), se non altro per evidenziare la comune *ratio* sottesa alle due previsioni.

---

comitato etico territorialmente competente». Sulla pronuncia in questione si rinvia, fin da ora, all'ampia serie di contributi raccolti in AA.VV., *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, a cura di G. D'ALESSANDRO - O. DI GIOVINE, Giappichelli, 2020.

<sup>4</sup> G. GENTILE, *La riforma delle circostanze aggravanti dell'omicidio*, cit., 50.



Rispetto all'attuale catalogo di aggravanti, poi, scompare il riferimento all'omicidio realizzato in occasione della commissione dei delitti di cui agli articoli 572, 583-*bis*, 609-*bis* e ss. e 612-*bis* c.p.; l'idea di fondo, si precisa nella relazione, è che siccome i casi di c.d. femminicidio riguardano di solito il partner o l'ex partner, le aggravanti in esame potrebbero essere eliminate in quanto sovrapponibili a quelle inerenti ai rapporti tra autore e vittima<sup>5</sup>.

Anche a voler tralasciare la recente presa di posizione delle Sezioni unite della Corte di cassazione favorevole alla configurabilità, a certe condizioni, di un reato complesso in caso di morte cagionata a danno della stessa vittima di atti persecutori<sup>6</sup>, sembrerebbe, in realtà, che la previsione di un aggravamento di pena per fatti che, nella maggior parte dei casi, si inseriscono nella più ampia cornice della violenza di genere e/o della violenza domestica non risulti né ridondante né irragionevole.

Non si tratterebbe di una previsione superflua perché, in particolare, non sempre sussisterebbe il requisito minimo della relazione sentimentale stabile. Si pensi, per esempio, ai casi di violenza sessuale "tra sconosciuti", ma soprattutto a quelle ipotesi in cui la relazione sentimentale, pur sussistente, non abbia il carattere della stabilità<sup>7</sup>.

Quanto al profilo della ragionevolezza, la questione coinvolge, in maniera più generale, la possibilità di introdurre uno statuto penale differenziato per condotte riconducibili alla categoria della violenza di genere<sup>8</sup>, almeno nel contesto dei delitti di omicidio. La proposta elaborata dal *Gruppo di Ricerca AIPDP* risolve l'interrogativo in maniera indiretta o, se si preferisce, "implicita", ampliando e rafforzando la portata del pregresso legame affettivo tra la vittima e l'autore del reato. La soluzione proposta, detto altrimenti, valorizza il legame "oggettivo" tra vittima e autore, senza prendere in considerazione anche un possibile intervento "in chiave soggettiva", che, più esattamente, potrebbe condurre a punire più severamente l'omicidio commesso per ragioni determinate da discriminazione di genere. Le considerazioni in questione, evidentemente, rimandano in maniera immediata e diretta al dibattito sulla possibile introduzione di una fattispecie autonoma che punisca il c.d. femminicidio e che, come precisato, concentri il fuoco del disvalore sul versante "soggettivo".

Una delle soluzioni possibili, ferma restando la complessità tecnico-giuridica e politico-criminale della questione, potrebbe consistere nell'introduzione di una circostanza aggravante che valorizzi la "finalità" del reo, da inserire però nel catalogo generale *ex art. 61 c.p.*<sup>9</sup>: in questo

---

<sup>5</sup> G. GENTILE, *La riforma delle circostanze aggravanti dell'omicidio*, cit., 54.

<sup>6</sup> Cass., Sez. un., 15 luglio 2021, n. 38402, in *CED Cass.*, n. 281973 ha precisato che il reato di omicidio aggravato *ex art. 576*, comma 1, n. 5.1, c.p., commesso a seguito di quello di atti persecutori da parte dell'agente nei confronti della stessa vittima, integra un reato complesso circostanziato, se, oltre agli elementi strutturali esplicitamente indicati dall'art. 84, comma 1, c.p., risulti integrato anche un ulteriore elemento sostanziale, costituito dalla unitarietà del fatto. Quest'ultimo requisito può ritenersi sussistente in ragione non solo della contestualità spaziale e temporale tra i singoli fatti che costituiscono il reato complesso, ma anche nella collocazione degli stessi in una comune direzione finalistica, nel senso che convergono in direzione di un unico risultato finale. *Amplius*, S. BERNARDI, *Le Sezioni Unite sui profili dogmatici dell'istituto del reato complesso: escluso il concorso tra l'omicidio aggravato ex art. 576 c. 1 n. 5.1. c.p. e il delitto di stalking*, in *Sist. pen.*, 3 novembre 2021.

<sup>7</sup> Cfr. la vicenda portata all'attenzione della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 98 del 2021, ha contribuito a meglio definire i rapporti tra l'art. 572 c.p. e l'art. 612-*bis* c.p.: in quel caso si trattava proprio di condotte poste in essere nell'ambito di una relazione sentimentale né duratura né stabile. Sulla pronuncia in questione, per un commento più generale, F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 1218 ss.

<sup>8</sup> Per tutti, A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio. Le norme penali di contrasto e la legge n. 119 del 2013 (c.d. legge sul femminicidio)*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 14 ss.; F. POGGI, *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2017, 51 ss.

<sup>9</sup> Cfr., sia pur in riferimento ad aggravanti di tipo "relazionale" e che, quindi, valorizzano il dato oggettivo del rapporto tra reo e vittima, E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Editoriale Scientifica, 2017, 224 ss.; B. SPINELLI, *Femminicidio e responsabilità di Stato*, in *www.giuristidemocratici.it*, 9 settembre 2013, 22. Una valorizzazione della "volontà di assoggettamento" si trova,

modo si darebbe conto della eterogeneità e dell'ampiezza delle condotte astrattamente riconducibili alla violenza di genere, senza limitarsi ai soli casi più gravi e affidandosi a strumenti che, valorizzando la discrezionalità del giudice, consentirebbero concedere lo spazio necessario alle peculiarità del caso concreto.

Una modulazione della risposta sanzionatoria che, in qualche modo, risulti *gender sensitive*, potrebbe poi completarsi con l'introduzione di una circostanza attenuante per chi, fuori dai casi previsti dall'art. 52 c.p., commetta il fatto reagendo a condotte inquadrabili come "violenza di genere".

### 3. La riforma del delitto di infanticidio

Sul versante delle fattispecie meno gravi, il *Gruppo di Ricerca AIPDP* propone anzitutto una riforma del delitto di infanticidio, da realizzarsi attraverso una disposizione così formulata:

#### *Infanticidio*

La madre che, durante o immediatamente dopo il parto ed essendo ancora sotto l'influenza perturbatrice di questo, uccide il figlio, è punita...

Il nodo preliminare da sciogliere, in riferimento all'infanticidio, attiene alla stessa opportunità di mantenere il trattamento di favore attualmente previsto per la madre o, per contro, di eliminarlo del tutto, parificando il trattamento sanzionatorio a quello dell'omicidio comune.

Il *Gruppo di Ricerca*, anche in ragione dell'evidente rigore sanzionatorio che caratterizza il codice penale italiano, si orienta a favore del mantenimento di una fattispecie meno grave di omicidio, ma con elementi costitutivi diversi da quelli attorno ai quali ruota l'attuale art. 578 c.p.

La formulazione proposta si caratterizza, più esattamente, per la sostituzione delle *condizioni di abbandono morale e materiale connesse al parto* che abbiano *determinato* il fatto, con *l'influenza perturbatrice del parto*.

L'obiettivo è quello di ancorare il trattamento di favore a presupposti più marcatamente "soggettivi", anche allo scopo di arginare quell'interpretazione rigorosa, registratasi in giurisprudenza in riferimento alle condizioni di abbandono morale e materiale, che ha sostanzialmente condotto a una *interpretatio abrogans* dell'attuale art. 578 c.p.<sup>10</sup>.

Pur trattandosi di una soluzione nel complesso equilibrata che, del resto, si pone in linea con quanto già previsto da alcuni codici europei (austriaco e portoghese), il rischio è quello di riproporre, attraverso la nuova fattispecie, lo stereotipo per cui la donna che partorisce sarebbe, sempre e comunque, un soggetto vulnerabile.

Muovendo, invece, dalla premessa per cui l'influenza perturbatrice al parto, tale da "determinare" l'uccisione del neonato, rappresenti una circostanza eventuale, potrebbe prevedersi che la fattispecie si applichi *quando il parto abbia cagionato un grave turbamento della donna*.

Potrebbe poi valutarsi l'opportunità di mantenere, eventualmente riviste, le attuali disposizioni relative al concorso dell'*extraneus* nell'infanticidio commesso dalla madre.

---

invece, nella proposta di S. MASSI, *Assoggettamento e violenza sulla donna nei rapporti di coppia. La proposta di una fattispecie autonoma di reato*, in *Arch. pen.*, 2018, 25-26, relativa, però, all'introduzione di una fattispecie autonoma di femminicidio.

<sup>10</sup> E. AMBROSETTI, *La riforma dei delitti di omicidio doloso (art. 575, 576, 577 e 578 c.p.). Brevi considerazioni*, in *Relazione di accompagnamento*, cit., 41-42.

#### 4. La proposta di riforma in materia di fine vita

Quanto alle questioni di fine vita, il diritto penale è chiamato indubbiamente a svolgere un ruolo cruciale, che però non può considerarsi né esclusivo né risolutivo.

Il diritto penale, detto altrimenti, è solo la tessera di un mosaico più ampio e policromo, nella cui composizione è coinvolto l'ordinamento giuridico nel suo complesso. Si tratta, probabilmente, della tessera più luminosa e meglio riconoscibile, se non altro perché le scelte di (non) incriminazione sono destinate, pressoché inevitabilmente, a generare un'eco percepibile anche all'esigente uditorio dell'opinione pubblica. Le spalle del diritto penale, però, non sono così robuste da poter sostenere l'onere di un fardello tanto gravoso, il cui peso, necessariamente, deve ripartirsi coinvolgendo anche la legge diversa da quella penale.

La prima strada da percorrere, come evidenziato anche dalla *Relazione di accompagnamento*, è quella di valorizzare e potenziare soluzioni già previste dalla legge n. 219 del 2017, a partire dall'assistenza psicologica del paziente che rifiuti le cure, dalla pianificazione condivisa della cura, dalla somministrazione di cure palliative<sup>11</sup>: non si tratta, beninteso, di un'alternativa a una disciplina del fine vita, ma del suo necessario presupposto.

In secondo luogo, la procedimentalizzazione dei trattamenti di fine vita, vista la strutturale complessità degli stessi, non può esaurirsi nelle norme penali e/o confluire integralmente nel codice penale<sup>12</sup>: l'obiettivo dovrebbe essere quello di una formulazione "più semplice" possibile delle fattispecie incriminatrici di riferimento, capace di adattarsi alla normativa extrapenale, anche, eventualmente, seguendone le eventuali modifiche.

La modifica del codice penale ipotizzata dal *Gruppo di Ricerca ADIPP* in materia di fine vita si sviluppa attorno a tre proposte fondamentali:

1) *mantenere* nel codice penale tanto l'*omicidio del consenziente* quanto l'*istigazione o aiuto al suicidio*, introducendo alcune modifiche relative agli elementi costitutivi attuali (per l'art. 580 c.p., il riferimento è agli elementi costitutivi antecedenti alla dichiarazione di illegittimità costituzionale), ma con un impianto sostanzialmente inalterato rispetto al passato;

2) *introdurre* una *causa di giustificazione procedimentale*, tanto per l'istigazione o aiuto al suicidio quanto per l'omicidio del consenziente, che, sostanzialmente, "codifica" le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 2019;

3) *introdurre* una *fattispecie autonoma di omicidio per motivi di pietà*, punito meno gravemente rispetto all'omicidio del consenziente e capace di comprendere i casi che attualmente rilevano come omicidio volontario aggravato *ex art. 576 c.p.*

#### 5. L'omicidio per motivi di pietà

La fattispecie di omicidio *pietatis causa* o, per evitare l'uso di espressioni latine nel codice penale<sup>13</sup>, per motivi di pietà, risulta così formulata:

Chiunque cagiona per motivi di pietà la morte di un prossimo congiunto o di un

---

<sup>11</sup> G. GENTILE, *Prospettive di riforma in materia di suicidio assistito e omicidio pietatis causa*, in *Relazione di accompagnamento*, cit., 61.

<sup>12</sup> Cfr. A. VALLINI, *Note a margine alla relazione e proposta di articolato elaborata dalla prof.ssa Beatrice Magro, avente ad oggetto le fattispecie di "omicidio del consenziente" e "istigazione o aiuto al suicidio"*, in *Relazione di accompagnamento*, cit., 84, il quale auspica che la complessa disciplina extrapenale in materia di fine vita confluisca in una "legge speciale organica", rispetto alla quale la fattispecie incriminatrici dovrebbero coordinarsi, anzitutto, attraverso lo strumento della clausola di riserva.

<sup>13</sup> Si tratta dell'osservazione di Marco Pelissero, riportata nell'*Articolato* della proposta di riforma, nota 52.

convivente affetto da malattia irreversibile, che a lui cagiona sofferenze persistenti e insopportabili, senza alcuna prospettiva di miglioramento e di altra soluzione terapeutica, è punito con la reclusione.

Il tentativo è punibile.

La scelta di inserire la fattispecie autonoma di omicidio per motivi di pietà risulta ampiamente condivisibile, anche a fronte della vocazione “non (necessariamente) altruistica” dell’art. 579 c.p.<sup>14</sup>.

Un reato di questo tipo consentirebbe di prevedere spazi di “pena attenuata” anche per quelle condotte che, pur inscrivendosi nella più ampia area delle questioni di fine vita, si collocano in contesti diversi dalla relazione medico-paziente, a partire da quello familiare. Ciò consentirebbe, da una parte, di superare l’“imbarazzo” relativo ai rapporti tra le uccisioni per pietà e l’attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale<sup>15</sup> e, dall’altra parte, di ribadire che un’eventuale non punibilità per le fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione e aiuto al suicidio resterebbe nel solo perimetro delle procedure medicalizzate.

Potrebbe discutersi sulla necessità della precisazione che la malattia risulti *senza alcuna prospettiva di miglioramento e di altra soluzione terapeutica*, posto che, forse, si tratta di requisiti già impliciti nel carattere irreversibile della malattia.

## **6. L’omicidio del consenziente e l’istigazione o aiuto al suicidio: l’introduzione della scriminante procedurale per le questioni di fine vita**

Quanto alle fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio, come precisato, la proposta più significativa avanzata dal *Gruppo di Ricerca AIPDP* consiste nell’introduzione di una causa di giustificazione procedimentale, applicabile, con quale necessario adattamento, a entrambe le fattispecie.

### *Causa di giustificazione procedimentale*

Non è punibile ai sensi dell’art. [istigazione o aiuto al suicidio] il medico che agevola l’esecuzione di un proposito suicida autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da patologie irreversibili, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che il paziente reputa intollerabili, pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli e che abbia rinunciato a trattamenti salvavita, purché siano rispettati i presupposti e le modalità esecutive previste dalla legge.

Non è punibile ai sensi dell’art. [omicidio del consenziente] il medico che somministri un farmaco che accelera un processo di morte su richiesta espressa, autonomamente e liberamente formulata da parte di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da patologie irreversibili, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che il paziente reputa intollerabili, pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, ma totalmente dipendente da sostegno vitale e

---

<sup>14</sup> Circostanza chiaramente evidenziata da M.B. MAGRO, *Relazione di accompagnamento alla proposta di riforma degli artt. 579-580 c.p.*, in *Relazione di accompagnamento*, cit., 76.

<sup>15</sup> Per un’esclusione dell’art. 61, n. 4 c.p. in caso di “uccisioni pietose” in ambito familiare, Cass., Sez. I, 7 giugno 2018, n. 50378, in *CED Cass.*, n. 274514; Cass., sez. I, 17 novembre 2010, n. 43954, in *Riv. pen.*, 2011, 308; Cass., sez. I, 11 dicembre 2007, n. 40749. Favorevoli a una possibile applicazione dell’attenuante G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2021, 659.

privo di qualunque forma di autonomia, che abbia rinunciato a trattamenti salvavita, purché siano rispettati i presupposti e le modalità esecutive previste dalla legge.

La scelta di procedere alla codificazione della scriminante procedurale, in un articolo apposito e distinto rispetto a quelli che prevedono le fattispecie cui la causa di non punibilità si applicherebbe, produrrebbe una serie di conseguenze immediate, che indubbiamente si muovono nella direzione di una complessiva razionalizzazione del sistema.

Si otterrebbe, anzitutto, un riallineamento della tutela offerta dagli attuali artt. 579 e 580 c.p., che, del resto, era anche uno degli obiettivi cui tendeva la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207 del 2018<sup>16</sup>.

L'esplicito riferimento, sia pur nella sola rubrica, alle cause di giustificazione consentirebbe, poi, di superare i dubbi relativi alla natura giuridica della causa di non punibilità, che, come noto, hanno caratterizzato il dibattito successivo alla dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.<sup>17</sup>.

La chiara individuazione della natura giuridica sarebbe chiaramente funzionale a rendere applicabile, senza incertezze, l'intero statuto di disciplina delle cause di giustificazione. Il riferimento è non solo alle "regole di imputazione" contenute nell'art. 59 c.p. (rilevanza oggettiva delle scriminanti ed esclusione del dolo in caso di erronea supposizione)<sup>18</sup>, ma anche alla formula di assoluzione applicabile nel caso in cui la scriminante risulti integrata ("perché il fatto non costituisce reato")<sup>19</sup>.

## 6.1. Gli elementi costitutivi della causa di non punibilità

---

<sup>16</sup> Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, punto 9 del *Considerato in diritto*, evidenziava il rischio di una vera e propria disparità di trattamento tra il soggetto per cui l'unica via praticabile sia quella dell'interruzione *tout court* di un trattamento in atto (come, per intendersi, nel "caso Welby", per il quale la fattispecie di cui si era ipotizzata l'applicazione era quella di omicidio del consenziente) e il soggetto per il quale questa via, pur materialmente percorribile, cagionerebbe sofferenze chiaramente più atroci di quelle che conseguirebbero all'intervento di un soggetto terzo che lo "aiuti a morire". Neppure potrebbe opporsi, continua la Corte, l'ostacolo della particolare vulnerabilità di soggetti che si trovino in una condizione assimilabile a quella di Fabiano Antoniani: «è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze sono solitamente ascrivibili a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione». Sulle criticità di questo passaggio argomentativo, M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sist. pen.*, 10 febbraio 2020, 5 ss.

<sup>17</sup> Per un riferimento alla categoria delle scriminanti procedurali, già prima della sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. MARINI - C. CUPELLI, ESI, 2019, 126 ss.; A. SESSA, *Il processo all'art. 580 c.p. nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione*, in *Leg. pen.*, 11 ottobre 2019, 20 ss. Dopo l'intervento della Corte costituzionale, tra gli altri, M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 3 e 14 ss.; A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *disCrimen*, 26 maggio 2020, 5.

<sup>18</sup> Per più ampie considerazioni sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *Questioni di fine vita e diritto penale*, Giappichelli, 2020, 60 ss.

<sup>19</sup> Cfr. Corte ass. Milano, 20 gennaio 2020, n. 8, in *Giurisprudenza penale web*, 30 gennaio 2020, che, ritenendo Marco Cappato non punibile dopo l'intervento della Consulta, lo aveva assolto "perché il fatto non sussiste".

La scriminante procedurale di cui si propone l'introduzione ruota attorno a requisiti "oggettivi" e "soggettivi".

Gli elementi oggettivi sono costituiti, essenzialmente, dai trattamenti di sostegno vitale da cui il paziente sarebbe "dipendente" e dalla sussistenza di una patologia irreversibile.

Gli elementi soggettivi, invece, consistono nel proposito suicida autonomamente e liberamente formatosi o nella richiesta espressa, autonomamente e liberamente formulata; nel fatto che il paziente sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli; nelle sofferenze fisiche o psicologiche che il paziente reputa intollerabili; nel rifiuto di trattamenti salvavita.

Se i requisiti in questione venissero sottoposti alla prova di resistenza dell'implacabile lama del rasoio di Occam, più di uno faticerebbe a di-mostrare la propria "non superfluità".

Muovendo dai *trattamenti di sostegno vitale*, si tratta di uno degli elementi più discussi della causa di non punibilità prima proposta e poi introdotta dalla Corte costituzionale<sup>20</sup>. Se, inizialmente, sembrava costituire una parte integrante di quell'abito cucito "su misura" attorno al "caso Antoniani", già il "caso Trentini" ha mostrato chiaramente quanto ampio possa risultare l'ambito applicativo di un elemento che, affrancato dalla necessaria presenza di un sostegno "meccanico", si espone al rischio di una vera e propria *interpretatio abrogans*<sup>21</sup>.

Il requisito in questione, forse, potrebbe essere eliminato, vista la presenza di altri elementi adeguatamente "selettivi".

Quanto alla *decisione libera e consapevole*, anche in questo caso, a ben vedere, ci si trova di fronte a un requisito ridondante. Si tratta di una precisazione che, indubbiamente, risponde alla (comprensibile) cautela e/o alla (legittima) diffidenza a fronte della richiesta di morte di un soggetto sofferente e quindi potenzialmente vulnerabile, ma, a ben vedere, individua un requisito strutturale e irrinunciabile dello stesso concetto di consenso penalmente rilevante. Il consenso capace di rilevare come manifestazione di volontà rilevante a fini penali o è consapevole o non è: *tertium non datur*.

Analoghe considerazioni valgono per la *rinuncia a una cura salvavita*: potrebbe ritenersi, cioè, che l'elemento in questione sia già insito nel concetto di "scelta" o che, comunque, individuerrebbe un requisito già previsto (e disciplinato) dalla disciplina extrapenale di riferimento.

Dalla lama, particolarmente affilata per l'occasione, del rasoio di Occam, allora, sfuggirebbe essenzialmente l'elemento delle *patologie irreversibili* (sul versante oggettivo), che siano *fonte di sofferenze che il paziente reputa intollerabili* (sul versante soggettivo). Da una parte, un elemento la cui definizione è essenzialmente affidata alla scienza medica e, dall'altra parte, un

---

<sup>20</sup> M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 224-225: «il richiamo a trattamenti di sostegno vitale quali presupposti per la richiesta di aiuto appare un limite arbitrario perché anche se legato a una soglia minima di impegno costituzionale, soglia sopra la quale è ben possibile una legislazione più liberalizzante, nondimeno presenta una ratio di difficile giustificazione per la forte capacità escludente rispetto a importanti patologie analogamente atroci. La prima osservazione che pare ovvia è che non ha certo senso che il malato sia "attaccato a una macchina". Il trattamento di sostegno vitale potrebbe essere anche chirurgico, ma in tal caso sarebbe sicuramente terapeutico. E quindi perché non potrebbe provenire anche da terapie farmacologiche come la chemioterapia? Ma allora la terapia o lo strumento medico non presenta di per sé valore indiziante le buone ragioni o l'impellenza della richiesta di congedo. I confini si fanno incerti. Occorre dunque andare oltre. Se ci si fermasse a trattamenti senza i quali si "muore subito" non ci sarebbe bisogno di suicidarsi, bastando la loro rinuncia».

<sup>21</sup> Corte ass. Massa, 27 luglio 2020, n. 1, in *Giurisprudenza penale web*, 30 gennaio 2020 ha precisato che il trattamento di sostegno vitale idoneo a integrare la causa di non punibilità rispetto all'art. 580 c.p. è costituito da «qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici» e, quindi, in «qualsiasi trattamento sanitario interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida». *Amplius*, A. MASSARO, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridefinizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*, in *Giurisprudenza penale trim.*, 2020, n. 3, 106 ss.

requisito modellato sul singolo paziente e, quindi, sul singolo caso concreto.

## **7. Possibili scenari ulteriori: a) dagli elementi negativi (o dall'antigiuridicità) agli elementi positivi (o alla tipicità) del fatto di reato?**

Una soluzione parzialmente differente da quella proposta dal *Gruppo di Ricerca AIPDP* è quella che, abbandonando il terreno, arato fino a questo momento (senza troppa convinzione), dell'antigiuridicità, si sposti sulle terre ancora incolte della tipicità: o che, se si preferisce, trasferisca la questione dagli elementi negativi a quelli positivi del fatto di reato.

La via in questione passerebbe, in buona sostanza, per una ridescrizione degli elementi costitutivi attorno a cui ruotano le fattispecie incriminatrici, a partire dai concetti di consenso, suicidio e omicidio.

Il consenso, come anticipato, dovrebbe consistere nella sola manifestazione di volontà libera e consapevole. Il suicidio e, conseguentemente, l'omicidio, non dovrebbero comprendere anche la morte cagionata nell'ambito di un contesto "medicalmente assistito". Così come, *mutatis mutandis* e spostandosi su un altro tema tradizionale del paternalismo penale, la prostituzione dovrebbe riferirsi al solo mercimonio del proprio corpo esercitato in uno stato di soggezione<sup>22</sup>.

Si tratta di soluzioni non scontate che, se in alcuni casi potrebbero essere perseguite per via interpretativa (come per la ri-definizione del consenso), in altri casi richiederebbero un intervento legislativo indubbiamente complesso. I fiumi di inchiostro versati in occasione della riscrittura per via giurisprudenziale dell'art. 580 c.p., tuttavia, offrono ormai un paracadute sufficientemente affidabile a un legislatore che, anziché lanciarsi precipitosamente nel vuoto, avrebbe tutti gli strumenti e l'esperienza per planare, senza incidenti, su un obiettivo dai contorni sempre più definiti.

### **7.1. b) il rafforzamento della normativa extrapenale**

Lo strumento ulteriore che, soprattutto Antonio Vallini sottolinea a più riprese nella *Relazione di accompagnamento*<sup>23</sup>, è quello di "puntare maggiormente" sulla normativa extrapenale di riferimento.

Se, in particolare, si valorizzasse la via di una procedimentalizzazione extrapenale delle questioni di fine vita, mettendo a sistema in una legge organica (anche) le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale, la fattispecie di istigazione o aiuto al suicidio e, eventualmente, quella di omicidio del consenziente potrebbero essere costruite "semplicemente" mediante una clausola di riserva (*fuori dai casi disciplinati...*), che le renda applicabili solo al di fuori dalla cornice di liceità ritagliata dal legislatore.

In questo modo si otterrebbe un duplice risultato virtuoso.

In primo luogo, si ritaglierebbe la tipicità delle fattispecie incriminatrici, escludendone a monte l'operatività alle ipotesi di richiesta di morte medicalmente assistita e senza passare per il filtro della causa di non punibilità.

In secondo luogo, si perverrebbe a una semplificazione delle disposizioni del codice penale, assicurandone anche un più agevole adattamento a eventuali modifiche che dovessero interessare la legge organica.

---

<sup>22</sup> Cfr. F.C. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 705.

<sup>23</sup> A. VALLINI, *Note a margine*, cit., 84 ss.

## 8. Considerazioni conclusive

Per concludere queste mie riflessioni, desidero anzitutto ringraziare il *Gruppo di ricerca AIPDP*, coordinato dai Professori Roberto Bartoli e Antonio Vallini, per il prezioso lavoro svolto e i numerosi spunti di riflessione offerti dalla proposta di riforma con la quale sono stata chiamata a confrontarmi per questo incontro di studio.

Desidero poi affidarmi alle parole di Piergiorgio Welby, che, nella *Lettera aperta di Piergiorgio Welby al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano*, chiariva, in maniera mirabile, come la riflessione sulla “morte” sia, prima di tutto e in maniera inevitabile, una riflessione sulla “vita”: «[s]tarà pensando, Presidente, che sto invocando per me una “morte dignitosa”. No, non si tratta di questo. E non parlo solo della mia, di morte. La morte non può essere “dignitosa”; dignitosa, ovvero decorosa, dovrebbe essere la vita, in special modo quando si va affievolendo a causa della vecchiaia o delle malattie incurabili e inguaribili. La morte è altro. Definire la morte per eutanasia “dignitosa” è un modo di negare la tragicità del morire. È un continuare a muoversi nel solco dell’occultamento o del travisamento della morte che, scacciata dalle case, nascosta da un paravento negli ospedali, negletta nella solitudine dei gerontocomi, appare essere ciò che non è».

Il nostro dovere di giuristi e, prima ancora, di cittadini, diviene, allora, quello di tutelare chi desidera porre fine a una vita che non considera più degna, con l’ulteriore obiettivo di “difendere”, ancora più distintamente, chi, nonostante tutto, chiede solo di continuare a vivere, rivendicando il diritto di farlo in maniera dignitosa.



# **PROSPETTIVE DI RIFORMA DEI REATI IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA: LE SOLUZIONI SUGGERITE DAL GRUPPO DI RICERCA PER LA RIFORMA DEI REATI DOLOSI E PRETERINTENZIONALI CONTRO LA VITA E L'INTEGRITÀ FISICA**

*Vincenzo Tigano*

**Sommario:** 1. Una ragionevole alternativa al sistema punitivo della legge n. 40/2004: le fattispecie delineate nell'articolato; 2. La necessità di una definizione legislativa del concetto di "embrione" ai fini di una ragionevole delimitazione dell'intervento penale in materia; 3. Le criticità del delitto di sperimentazione sugli embrioni umani: le soluzioni correttive suggerite dall'articolato; 4. Le ragioni a sostegno dell'introduzione delle fattispecie di lesioni embrionali e di embrionicidio; 5. Il delitto di realizzazione della surrogazione di maternità: il deficit di determinatezza della fattispecie e le alternative proposte; 5.1. Il reato di dissociazione della maternità; 5.2. Il reato di contrattazione per fini procreativi; 5.3. La collocazione della surrogazione di maternità nello spazio libero dal diritto penale; 6. Conclusioni.

## **1. Una ragionevole alternativa al sistema punitivo della legge n. 40/2004.**

La proposta di articolato del Gruppo di ricerca sui reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica, coordinato dai professori Roberto Bartoli e Antonio Vallini, vede il suo *incipit* nella prefigurazione di un nuovo complesso di delitti contro l'embrione umano, il nascituro e la maternità, che porta la firma dello stesso Vallini, ma in cui emerge il dibattito sorto nel gruppo di lavoro intorno a quelli che innegabilmente restano dei temi a forte connotazione ideologica, sintetizzabile nel confronto tra chi sostiene l'esigenza, eticamente orientata, di una protezione assoluta dell'embrione umano e chi ritiene necessario, più laicamente, bilanciare gli interessi giuridicamente imputabili allo stesso con i diritti e le libertà costituzionali che affiorano come interessi antagonisti.

L'ideale opera di riforma ivi suggerita si colloca a valle dei numerosi interventi "demolitori" e manipolativi che la Corte costituzionale ha finora apportato sulla struttura della legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", a seguito dei quali la stessa è rimasta monca di alcune importanti previsioni, alcune delle quali di carattere sanzionatorio<sup>1</sup>; e si traduce in una coraggiosa spinta verso la rimozione di alcuni perduranti ostacoli normativi all'esercizio delle libertà in materia, nell'ambito dei quali la tutela del concepito ha sovrastato ogni altro controinteresse in gioco, anche quando dotato di base costituzionale<sup>2</sup>. Sbilanciamento che – anche dopo i numerosi interventi di *restyling* della Consulta con cui è stata riaffermata la priorità della salute materna sulla tutela del concepito<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Si veda: Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 151, sull'art. 14, commi 2 e 3; Corte cost., sent. 10 giugno 2014, n. 162, sugli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1; Corte cost., sent. 5 giugno 2015, n. 96, sugli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1; Corte cost., sent. 11 novembre 2015, n. 229, sull'art. 13, comma 3, lett. b).

<sup>2</sup> Tra le sentenze di rigetto della Consulta, si segnalano in particolare Corte cost., sent. 13 aprile 2016, n. 84, sugli artt. 6, comma 3, e 13, comma 1; Corte cost., sent. 23 ottobre 2019, n. 221, sugli artt. 5 e 12, comma 2.

<sup>3</sup> La Corte costituzionale, quasi cinquanta anni fa, aveva già rilevato che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione

– emerge in tutto il suo simbolismo nel caso in cui la tutela dell’embrione prescindendo dalle reali *chances* di sopravvivenza dello stesso, a discapito delle esigenze di progresso della ricerca scientifica a fini terapeutici; e che suscita numerose perplessità anche laddove il contrasto riguardi il presunto diritto del nascituro a venire al mondo in un contesto familiare “tradizionale”, bigenitoriale ed eterogenitoriale, e la contrapposta libertà procreativa degli aspiranti genitori, che trova fondamento negli artt. 2, 3, 31 e 32 della Costituzione.

Le proposte formulate nell’articolato tentano efficacemente di trovare dei rimedi a tali criticità attraverso un’ideale opera di riduzione e razionalizzazione delle fattispecie incriminatrici a tutela dell’embrione, a cui sono state accostate altre figure illecite – alcune delle quali omologhe a quelle attualmente previste dalla legge 40 – poste a protezione dell’identità genetica del nascituro, della titolarità di gameti ed embrioni, e della maternità.

## **2. La necessità di una definizione legislativa del concetto di “embrione” ai fini di una ragionevole delimitazione dell’intervento penale in materia**

La più imponente e persistente criticità della legge 40 riguarda la mancata introduzione di una definizione legislativa del concetto di embrione umano, entità che costituisce sia l’oggetto materiale della maggior parte dei delitti previsti dalla legge sia il centro soggettivo di imputazione del bene giuridico dagli stessi tutelato (la salute, la vita e la dignità dello stesso), e la cui interpretazione, in senso più o meno ampio, non può che influenzare l’individuazione del campo di applicazione delle medesime fattispecie incriminatrici. In tal senso, mentre secondo correnti di stampo prevalentemente cattolico l’embrione sarebbe da intendersi come il prodotto del concepimento fin dall’iniziale momento dell’incontro dei gameti maschili e femminili, così attribuendosi la massima estensione applicativa ai reati posti a sua tutela<sup>4</sup>, secondo correnti più laiche, e tendenti ad assecondare una ragionevole estensione della tutela dei controinteressi connessi a queste pratiche, l’inizio dell’esistenza dell’embrione può essere posticipata a stadi evolutivi successivi (cd. teorie posticipative) – alternativamente individuati nella fusione del corredo cromosomico dei due gameti (momento a partire dal quale potrebbe parlarsi di “zigote”)<sup>5</sup>, nella comparsa della cd. “stria primitiva”<sup>6</sup>, nella formazione del sistema nervoso

---

che persona deve ancora diventare»: Corte cost., sent. 18 febbraio 1975, n. 27.

<sup>4</sup> Nella dottrina penalistica, si vedano M. ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona umana (Contributo alla revisione del Titolo XII del Codice penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 70; R. Riz, *Bioetica - Fivet - Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen.*, 2000, 463; F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.*, 2005, 330; L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, *ivi*, 359.

<sup>5</sup> Si tratta della cd. “singamia”, talvolta definita come fusione dei due pronuclei, alla cui stregua l’inizio della vita embrionale può essere identificata nella formazione dello zigote. Tra i principali propugnatori di questa tesi, si veda C. FLAMIGNI, *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. CELOTTO - N. ZANON, Franco Angeli, 2004, 11 ss., che ha recepito l’omologa enunciazione di Adriano Bompiani, ma che tuttavia critica l’accezione del termine “singamia” nel senso da ultimo indicato (fusione dei “pronuclei”). Nella dottrina penalistica, si vedano E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 470 ss.; ID., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, 2008, 111; nonché L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 679; ID., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Giappichelli, 2008, 69.

<sup>6</sup> Si tratta, cioè, della formazione dell’asse caudale, da cui poi si originerà la spina dorsale. In tale direzione, N. FORD, *When did I begin? Conception of the human individual in history, philosophy and sciences*, Cambridge University Press, 1989, 172; M. MORI, *La tutela del pre-embrione formato “in vitro”*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1435; ID., *Come, quanto e perché tutelare il pre-embrione formato in vitro*, *ivi*, 1997, p. 395. Nella dottrina penalistica, così E. MEZZETTI, *Le manipolazioni genetiche dalla deregulation legislativa all’intervento normativo invasivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 320.

centrale<sup>7</sup> o nell'organogenesi<sup>8</sup> –, in tal modo giungendosi ad escludere che le condotte realizzate sul prodotto del concepimento prima di tali fasi di sviluppo possano essere sussunte nel fatto tipico delle fattispecie poste a tutela dell'embrione. Il problema non è stato finora mai posto dinnanzi agli alti organi giudiziari nazionali, per cui, nel silenzio della legge, la giurisprudenza tende implicitamente a considerare l'embrione come il prodotto del concepimento fin dal suo primo istante, così inibendo ogni concreto tentativo di ridimensionamento della portata applicativa delle proibizioni della legge 40.

È interessante notare come persino l'ordinamento tedesco – contraddistinto da un rigore ideologico che ha avuto riflesso nell'introduzione di norme che, similmente alle nostre, hanno conferito assoluta priorità alla protezione del concepito – presenta una disposizione che traccia il concetto di embrione umano individuando il momento iniziale del suo venire in essere in una fase successiva a quella del concepimento: l'art. 8 dell'*Embryonenschutzgesetz* definisce “embrione” «l'ovulo umano fecondato e vitale fin dal momento della cariogamia», ossia della fusione dei due pronuclei, collocato in segmento temporale successivo all'attivazione dell'oocita, «ed inoltre ogni cellula totipotente che, in presenza delle condizioni necessarie, sia in grado di dividersi e di svilupparsi per dare origine a un individuo». Non si tratta, peraltro, dell'unico formale intervento di “posticipazione” dello stadio iniziale dell'embrione umano, rinvenibile nell'ambito delle legislazioni europee, riscontrandosi diverse altre definizioni normative che si sono mosse lungo tale direzione in altri ordinamenti vicini al nostro<sup>9</sup>.

Ispirandosi sia a tali slanci del legislatore straniero, sia a consolidate posizioni scientifiche e giuridiche che già da tempo sostengono la necessità di individuare l'inizio dell'esistenza dell'embrione nel momento della formazione di un unico patrimonio genetico in grado di conferirvi individualità e autonomia rispetto a quello genitoriale<sup>10</sup>, l'articolato mira ad ovviare alla lacuna della legge italiana, stabilendo che «*Ai fini della legge penale, è embrione umano un organismo ai primi stadi di sviluppo, successivi alla cariogamia, appartenente alla specie umana e dotato della intrinseca capacità, indipendente da ulteriori interventi tecnici, di svilupparsi in uomo se destinato alla gestazione*»<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Così J.M. GOLDENING, *The brain-life theory: towards a consistent biological definition of humaneness*, in *Journal of medical ethics*, 1985, 11, 198 ss.; nonché M.C. SHEA, *Embryonic life and human life*, *ivi*, 205 ss.

<sup>8</sup> Si veda J.F. DONCEEL, *A liberal catholic's view*, in *Abortion in a changing world*, vol. I, ed. by R. Hall, Columbia University Press, 1970, 40.

<sup>9</sup> Per restare nel contesto europeo, si pensi anche alla legge spagnola (*Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, in <http://noticias.juridicas.com>), che all'art. 1, comma 2, stabilisce che per “preembrione” si intende «il gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovocita dal momento della sua fecondazione e fino ai quattordici giorni successivi», per cui è implicito che di “embrione” si potrà parlare soltanto a partire dal quindicesimo giorno dalla fecondazione; alla legge svizzera (Legge federale, 18 dicembre 1998, n. 810.11, concernente la procreazione con assistenza medica, in [www.admin.ch](http://www.admin.ch)), che delinea, all'art. 2, lett. h) e i), la differenza concettuale tra ovocita impregnato ed embrione, definendo il primo come «oocita fecondato prima della fusione dei nuclei», il secondo come il «frutto risultante dopo la fusione dei nuclei e fino alla conclusione dell'organogenesi»; alla legge britannica (*Human Fertilization and Embriology Act 1990*, così come riformata dallo *Human Fertilization and Embriology Act 2008*, in <https://www.legislation.gov.uk>), che riferisce, all'art. 1, comma 1, il concetto di “embrione” all'embrione umano vivo, identificabile nell'ovocita in fase di fecondazione o che sta subendo qualsiasi altro processo in grado di dare origine a un embrione, pur tenendo conto che l'accezione ristretta del concetto è adeguatamente compensata dalla presenza di un sistema di norme e divieti di tipo elastico, in cui la maggior parte delle condotte tipicamente attuabili nel contesto dell'assistenza medica alla procreazione è lecita se autorizzata dalla competente *Authority*. Per una disamina della disciplina penale della procreazione medicalmente assistita nel Regno Unito, si consenta il rinvio a V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli, 2019, 81 ss.

<sup>10</sup> Si veda *supra*, nota 5.

<sup>11</sup> Ma si veda l'opinione dissenziente di L. EUSEBI, *Note a margine delle proposte in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica – interruzione di gravidanza*, in *Relazione di accompagnamento n. 2-bis alla proposta di articolato del Gruppo di ricerca sui reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica*, 36-37, secondo cui anche una definizione “posticipativa” dell'embrione umano

Se la definizione contenuta nell'articolato venisse effettivamente recepita dal legislatore, tutte le norme incriminatrici poste a tutela dell'embrione andrebbero necessariamente interpretate in senso restrittivo, finendo per punire unicamente le condotte realizzate sullo zigote, mentre il prodotto del concepimento nelle fasi anteriori alla fusione del corredo genetico genitoriale potrebbe essere oggetto di azioni non coperte dai divieti e dalle relative sanzioni penali. Si potrebbe così circoscrivere l'ingresso del diritto penale nel campo delle libertà e dei diritti coinvolti dagli interventi medici e scientifici nell'ambito della procreazione medicalmente assistita (P.M.A.), secondo il principio di *extrema ratio*<sup>12</sup>, dando modo agli stessi di venire esercitati entro uno spazio di ragionevole bilanciamento con i diritti attribuibili all'embrione.

### 3. Le criticità del delitto di sperimentazione sugli embrioni umani: le soluzioni correttive.

La ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali è, tra le libertà costituzionali coinvolte dalle tecniche di fecondazione artificiale, quella che più di ogni altra ha subito limitazioni a causa della mancanza di una definizione legislativa del concetto di "embrione".

La sperimentazione sugli embrioni umani è vietata dal primo comma dell'art. 13, e punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro (comma 4), oltre che con la sanzione accessoria della sospensione da uno a tre anni dall'esercizio della professione sanitaria (comma 5). Interpretare il termine "embrione" secondo la predetta accezione estensiva finirebbe per precludere qualunque intervento di ricerca sul prodotto del concepimento, in tal modo conferendo una tutela assoluta alla salute del concepito e al contempo comprimendo del tutto la libertà della ricerca scientifica, che trova fondamento costituzionale negli artt. 9 e 33 e, nei casi in cui sia finalizzata al rinvenimento di cure o terapie basate sull'utilizzo delle cellule staminali embrionali, anche nell'art. 32 della Legge fondamentale. Soprattutto tenendo conto dei possibili benefici sanitari della ricerca, appare estremamente rigorosa, e a tratti irragionevole, la formulazione di una fattispecie in termini talmente ampi e onnicomprensivi, da consentire di includere nel suo oggetto materiale sia il prodotto del concepimento fin dal suo primissimo stadio, in cui la sperimentazione potrebbe avvenire in tempi e con modalità tali da non precludere la rigenerazione delle cellule totipotenti prelevate, e da non comportare così un concreto pericolo per la sopravvivenza del concepito, sia gli embrioni irreversibilmente malati e quindi non più utilizzabili in un percorso procreativo<sup>13</sup>.

Si tratta di una norma incriminatrice rimasta in vigore secondo la sua previsione originaria, nonostante la Corte costituzionale<sup>14</sup> – e in un caso persino la Corte di Strasburgo<sup>15</sup> – sia stata chiamata a pronunciarsi sulla ragionevolezza della scelta legislativa di precludere ogni sperimentazione sugli embrioni «che non sia finalizzata alla tutela dell'embrione stesso», e cioè per scopi di ricerca scientifica; censura non accolta<sup>16</sup> in virtù della proclamata preminenza della

---

porterebbe con sé il rischio di derive ideologiche: «se, dunque, non si vogliono fare affermazioni sul pieno riconoscimento della realtà umana dalla fecondazione, non se ne devono fare (laicamente) nemmeno in senso opposto».

<sup>12</sup> Sull'*extrema ratio* come criterio guida nell'auspicabile riforma degli illeciti in materia di P.M.A. si veda A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1 alla proposta di articolato del Gruppo di ricerca sui reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica*, 8.

<sup>13</sup> Sulla questione si consenta il rinvio a V. TIGANO, *La rilevanza penale della sperimentazione sugli embrioni tra la tutela del diritto alla vita e la libertà della ricerca scientifica*, in *Ind. Pen.*, 2011, 150 ss.

<sup>14</sup> Corte cost., n. 84/2016, cit.

<sup>15</sup> Corte EDU, G.C., 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, ric. n. 46470/11.

<sup>16</sup> V. Corte cost., n. 84/2016, cit.: «l'utilizzo e la manipolazione dell'embrione umano, come oggetto di ricerca,

dignità della vita dell'embrione rispetto a qualunque altro controinteresse<sup>17</sup>, a prescindere dalla circostanza che il primo sia ancora destinabile a un progetto di procreazione. Questo aprioristico rifiuto di sindacare le scelte del legislatore e di esercitare il giudizio di ragionevolezza attraverso il bilanciamento tra gli interessi in gioco nel settore della sperimentazione sull'embrione, conferma che, in questo particolare ambito, il ricorso alla sanzione penale sia risultato funzionale ad accogliere le istanze di chi ritiene indiscutibile la preminenza spettante alla tutela degli embrioni *in vitro*, rifiutando pertanto ogni distinzione di valore tra quelli che abbiano effettive *chances* di svilupparsi nel percorso gestazionale e quelli comunque destinati a estinguersi. Scelta la cui razionalità sembra vacillare se si rifletta anche sulla circostanza che le suddette pretese di assolutezza di tutela non sono state supportate né dalla previsione di una pena detentiva di entità tale da consentire di prescindere dalla richiesta del Ministro della giustizia ai fini della perseguibilità del reato in caso di realizzazione all'estero, né dall'introduzione di una connessa fattispecie di importazione di cellule staminali prelevate in uno Stato straniero<sup>18</sup>.

Verso un'apertura alla libertà della ricerca scientifica in questo settore pare muoversi la proposta di riforma, che consente di affrontare la questione della liceizzazione della sperimentazione sotto tre diverse possibili prospettive.

La prima si evince dal testo dell'articolato e si fonda implicitamente sull'abrogazione del delitto di sperimentazione e sull'opportuna valorizzazione di una nuova fattispecie incriminatrice di "Lesioni embrionali", attraverso cui punire «*Salvo che il caso costituisca più grave reato, chiunque, al di fuori dei casi disciplinati dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita e sulla interruzione volontaria di gravidanza, danneggia un embrione umano*». Quest'ultima, costruita come reato causale puro<sup>19</sup>, consentirebbe di punire chiunque, in qualsiasi modo, cagioni un danno all'embrione, potendo dunque trovare applicazione anche nel contesto della realizzazione di condotte sperimentali particolarmente invasive sullo stesso. Si giungerebbe, così, a circoscrivere ragionevolmente l'intervento del diritto penale alla repressione dei risultati effettivamente lesivi per l'embrione, senza per questo impedire l'esercizio della libertà costituzionale della ricerca scientifica, qualora attuato mediante metodiche applicative non pregiudizievoli per la sua integrità. Sul piano dogmatico, poi, la scelta di ricorrere a una fattispecie di danno consentirebbe di superare ogni criticità relativa all'anticipazione della tutela penale sottesa al delitto di sperimentazione sull'embrione, formulato come reato di pericolo presunto (posta l'individuazione del bene giuridico protetto nella vita embrionale)<sup>20</sup>, pur in assenza di una legge scientifica in grado di dimostrare, secondo

---

implicherebbe la sua distruzione in evidente contrasto con l'idea che esso possa essere considerato come un soggetto che ha fin dall'inizio la dignità di persona» (§ 11); per cui «il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova [...] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista» (§ 8.2.). Invece, Corte EDU, 27 agosto 2015, cit., non ha preso espressamente posizione sulla titolarità di un diritto alla dignità o alla vita dell'embrione, limitandosi a rilevare che esiste un collegamento tra la protezione dell'embrione e la tutela delle istanze morali, dei diritti e della libertà di "altri" soggetti, e astenendosi da qualunque valutazione «sul fatto che la parola "altri"» – menzionata nel paragrafo 2 dell'art. 8 CEDU – «possa essere estesa agli embrioni umani» (§ 167 ss.).

<sup>17</sup> In tal senso, potrebbe attribuirsi alla dignità della vita dell'embrione la dimensione ontologica di "diritto-tiranno" Sul concetto di "tirannia della dignità", si veda U. NEUMANN, *Die Tyrannie der Würde*, in *ARSP - Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1998, 2, 153 ss.

<sup>18</sup> Sulla questione si veda E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 450 ss.

<sup>19</sup> Allo stesso modo di quanto poteva affermarsi in relazione al delitto di danneggiamento previsto dall'art. 635, comma 1, c.p., prima della riforma apportata dal d.lgs. 19 gennaio 2016, n. 7: così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, 8<sup>a</sup> ed., Cedam, 2021, 139.

<sup>20</sup> In tal senso, si consenta il rinvio a V. TIGANO, *La rilevanza penale della sperimentazione sugli embrioni tra la tutela del diritto alla vita e la libertà della ricerca scientifica*, cit., 141 ss. *Contra* A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 254, secondo cui la fattispecie non sarebbe diretta a tutelare l'incolumità o la vita dell'embrione, ma la dignità (dell'embrione o, più

*l'id quod plerumque accidit*, che qualunque atto invasivo condotto sullo stesso possa pregiudicarne la sopravvivenza<sup>21</sup>.

La seconda prospettiva presuppone la permanenza dell'attuale fattispecie di sperimentazione sugli embrioni, pur non riprodotta nella proposta di articolato, e si fonda sulla già analizzata definizione "ristretta" di embrione, la cui introduzione potrebbe consentire di sperimentare sul cd. pre-zigote<sup>22</sup>. In tale direzione, proprio in rapporto al contesto degli interventi di sperimentazione, la relazione di accompagnamento n. 1 alla proposta di articolato, anch'essa redatta da Vallini, sottolinea come nel concetto normativo di embrione non andrebbero ricomprese nemmeno quelle entità biologiche prive di una capacità intrinseca di svilupparsi nel contesto di una gestazione umana, ma necessitanti di ulteriori manipolazioni o sollecitazioni a tal fine, come il partenope o lo pseudo-zigote ottenuto mediante clonazione nucleare, sui quali, quindi, sarebbe pure lecito sperimentare; presa di posizione che prende esplicitamente spunto da quanto stabilito nel 2014 dalla Corte di giustizia UE nell'ambito dell'interpretazione della Direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche<sup>23</sup>.

Anche la terza prospettiva non trova esplicita traccia nell'articolato, ma affonda le sue radici nella soluzione prospettata in via generale nella relazione di accompagnamento n. 1 come alternativa al modello rigido del divieto assoluto, presidiato dalla sanzione penale in caso di inosservanza: il sistema di regolazione tramite procedimentalizzazione, attraverso cui subordinare la valutazione di liceità dell'intervento di sperimentazione embrionale al rispetto di una serie di condizioni procedurali previamente stabilite dalla legge e/o al parere positivo di un'autorità amministrativa *ad hoc*<sup>24</sup>, così come rispettivamente previsto nell'ordinamento spagnolo<sup>25</sup> e in quello britannico<sup>26</sup>. Sotto il profilo sanzionatorio, si potrebbe garantire il rispetto di tale sistema procedimentale attraverso la previsione di illeciti amministrativi punitivi o penali

---

probabilmente, del genere umano), offesa da «forme di strumentalizzazione impropria dei processi vitali umani».

<sup>21</sup> Invero, affinché possa dirsi verificato un pericolo per la vita dell'embrione, occorrerebbe tenere conto delle modalità esecutive dell'intervento e dello stadio evolutivo raggiunto dal concepito. Se si volesse mantenere in vita l'attuale delitto di sperimentazione sugli embrioni, sarebbe dunque ragionevole includere il pericolo per la vita embrionale tra gli elementi costitutivi della fattispecie, secondo lo schema del reato di pericolo concreto. Sul punto, si consenta il rinvio a V. TIGANO, *La rilevanza penale della sperimentazione sugli embrioni tra la tutela del diritto alla vita e la libertà della ricerca scientifica*, cit., 143 ss.

<sup>22</sup> Cfr. A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 19.

<sup>23</sup> Corte giust. UE, G. C., 18 dicembre 2014, *International Stem Cell c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*: «L'articolo 6, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 1998, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, deve essere interpretato nel senso che un ovulo umano non fecondato il quale, attraverso la partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi, non costituisce un "embrione umano", ai sensi della suddetta disposizione, qualora, alla luce delle attuali conoscenze della scienza, esso sia privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare». Si veda A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 18-19.

<sup>24</sup> Cfr. A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 18.

<sup>25</sup> L'art. 15 della *Ley n. 14/2006*, cit., prescrive che la sperimentazione sui preembrioni soprannumerari residuati da tecniche di procreazione assistita è autorizzata a condizione che vi sia il consenso scritto della coppia o della donna ricorrente, che il preembrione sia giunto a uno stadio di sviluppo non superiore a quattordici giorni dalla fecondazione dell'ovocita, che gli interventi di ricerca siano realizzati da *équipes* specializzate presso centri autorizzati, che tali interventi si realizzino sulla base di progetti debitamente presentati e autorizzati dall'autorità sanitaria competente.

<sup>26</sup> L'*HFE Act* del 1990, all'art. 3, prevede che nessuno può utilizzare un embrione se non in presenza di una licenza dell'apposita Autorità amministrativa (*HFE Authority*) e con il consenso dei soggetti da cui esso derivi (Appendice 3), fermo il divieto di autorizzare l'uso di embrioni dopo l'apparizione della stria primitiva. Il rilascio della licenza è subordinato alla condizione che la ricerca scientifica in cui utilizzare l'embrione persegua uno degli obiettivi alternativamente indicati nell'Appendice 2, tra cui figura quello di sviluppare trattamenti sanitari per le patologie gravi.

*stricto sensu*, nei quali la tutela immediata della funzione amministrativa risulti strumentale alla protezione dei beni giuridici “finali” che vengono in gioco in tali contesti situazionali, come l’incolumità e la vita dell’embrione, o anche la libertà individuale dei soggetti da cui il concepito derivi geneticamente, nel caso in cui tra le condizioni da osservare venga prevista anche la ricezione del consenso di costoro<sup>27</sup>.

Infine, nell’articolato vengono previste come fattispecie autonome alcuni dei reati che la legge 40 già contempla come aggravanti del delitto di sperimentazione embrionale<sup>28</sup>: l’illecita generazione di embrioni<sup>29</sup>, l’ectogenesi<sup>30</sup> e l’alterazione genetica<sup>31</sup>. Queste fattispecie, come può evincersi anche dalla loro collocazione sistematica all’interno dell’articolato, sarebbero dirette a tutelare la dignità dell’embrione<sup>32</sup> – rispettivamente concretizzabile nella non strumentalizzabilità dello stesso per scopi extraprocreativi, nella sua collocabilità nell’ambito di percorsi gestazionali esclusivamente umani, o nell’intangibilità della sua identità genetica –, da intendersi sia secondo un’autonoma accezione individuale<sup>33</sup> sia secondo una dimensione assiologica strumentale alla tutela della dignità dell’intero genere umano<sup>34</sup>, nell’ambito di

---

<sup>27</sup> Va rilevato che la libertà individuale dei soggetti da cui i gameti e gli embrioni derivano geneticamente ha ricevuto autonoma considerazione in seno all’articolato, come bene protetto dalle fattispecie contro la titolarità di gameti ed embrioni umani. Si tratta, specificamente, del delitto di traffico e commercio e di quello di uso arbitrario di gameti ed embrioni. Si veda A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell’embrione – tutela dell’identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 16-17, secondo cui «in quest’ambito, invero, entrano in gioco interessi che vanno al di là di quello soltanto alla autodeterminazione in ambito sanitario, ma riguardano proiezioni profonde della personalità».

<sup>28</sup> Il delitto di clonazione riproduttiva, anch’esso previsto nel testo dell’articolato, è invece attualmente formulato nel settimo comma dell’art. 12 della legge 40, rubricato “Divieti generali e sanzioni”.

<sup>29</sup> Con la delineata fattispecie di “Illecita generazione di embrioni”, si mira a punire «*Chiunque genera uno o più embrioni umani per fini diversi dalla gestazione*». La produzione di embrioni a fini di ricerca, sperimentazione o comunque per scopi extraprocreativi è attualmente incriminata dall’art. 13, comma 3, lett. a) della legge 40.

<sup>30</sup> Con la delineata fattispecie di “Ectogenesi e generazione extramaterna”, si suggerisce di punire «*Chiunque impianta un embrione umano in un corpo animale o in un corpo umano maschile, oppure lo colloca in una macchina, al fine, anche soltanto sperimentale, della gestazione*». Gli interventi di ectogenesi, sia a fini procreativi sia a fini di ricerca, sono *de iure condito* puniti dall’art. 13, comma 3, lett. c) della legge 40, dove tuttavia – a differenza di quanto si rinviene nell’articolato – è assente una definizione legislativa degli stessi.

<sup>31</sup> Con la delineata fattispecie di “Alterazione genetica” embrionale, si propone di punire «*Chiunque, per fini non terapeutici, e con esclusione dei casi di diagnosi e selezione preimpianto disciplinati dalla legge, altera o predetermina il patrimonio genetico di un embrione umano destinato alla gestazione, anche intervenendo sui gameti utilizzati per la generazione dell’embrione stesso*». Gli interventi diretti ad alterare o a predeterminare il patrimonio genetico dell’embrione o del gamete sono attualmente incriminati dall’art. 13, comma 3, lett. b), congiuntamente alla selezione a scopo eugenetico di gameti ed embrioni.

<sup>32</sup> Nonostante nell’inquadramento sistematico dei delitti proposto nell’articolato non venga menzionato il bene della dignità, l’embrione appare evidentemente come destinatario finale della tutela apprestata da tali fattispecie: l’illecita generazione di embrioni e l’ectogenesi sono incluse nei delitti contro l’embrione, mentre l’alterazione genetica è inserita tra i delitti contro l’identità genetica del nascituro.

<sup>33</sup> Sulla specifica accezione individuale della dignità intesa come «irripetibilità genetica e morale dell’essere umano», si veda L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, cit., 67-68.

<sup>34</sup> Si veda J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, 2002, 38 ss., 71 ss. secondo cui le strumentalizzazioni dell’embrione umano per scopi a esso estranei potrebbero essere censurate, anche a prescindere dalla questione dell’inizio della vita umana da tutelare, in quanto offensive dell’autocomprensione etica dell’intero genere umano. Sul genere umano come destinatario della tutela da apprestare contro le indebite forme di strumentalizzazione umana realizzate dalle tecniche di bioingegneria, si veda M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 20. In tal senso, ma in modo dubitativo, si veda anche A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell’embrione – tutela dell’identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 6. Si vedano, inoltre, i quattro profili contenutistici della dignità umana in senso collettivo, rilevati da C.M. ROMEO CASABONA, *I reati relativi alle manipolazioni genetiche nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 208: «1) l’inalterabilità e l’intangibilità del patrimonio genetico non patologico dell’essere umano, per garantire l’integrità e la diversità della specie umana: 2) l’identità e

interventi sperimentali in grado di sortire effetti diffusi sulla collettività, anche nel lungo termine, rispetto ai quali la contrapposta libertà della ricerca scientifica potrebbe subire una ragionevole compressione.

In un'ottica di ragionevole bilanciamento della tutela dell'embrione con quella spettante alla salute materna, si è prospettata, in alternativa all'inserimento di una clausola di esclusione della tipicità delle ipotesi di diagnosi e di selezione preimpianto disciplinate dalla legge, ovvero l'introduzione di una definizione legislativa del concetto stesso di "eugenetica", attraverso cui fugare il rischio di sussumere sotto la prefigurata fattispecie di alterazione genetica – che punirebbe chi altera o predetermina il patrimonio genetico di un embrione destinato alla gestazione – la selezione preimpiantatoria finalizzata a prevenire la trasmissione di gravi malattie cromosomiche al nascituro<sup>35</sup>. A questo risultato è già pervenuta la Consulta con la sentenza costituzionale n. 229 del 2015<sup>36</sup>, con cui la Consulta ha dichiarato illegittima la norma incriminatrice della selezione eugenetica di embrioni, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato anche la selezione esclusivamente finalizzata ad evitare il trasferimento in utero di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili, pur con un problematico rinvio ai criteri di gravità indicati nell'art. 6, comma 1, lett. b), della legge 22 maggio 1978, n. 194<sup>37</sup>.

#### 4. Le ragioni a sostegno dell'introduzione delle fattispecie di lesioni embrionali e di embrionicidio

Si è già rilevato che il gruppo di ricerca ha suggerito l'introduzione di una nuova fattispecie delittuosa di lesioni embrionali, punita anche nella forma colposa, che andrebbe così ad arricchire il novero dei reati a tutela dell'embrione umano, attualmente stabiliti all'interno dell'art. 14 della legge 40. Questi ultimi, a loro volta, hanno subito un drastico ridimensionamento nel corpo dell'articolato, ove è stato sostanzialmente mantenuto il solo delitto di embrionicidio – attualmente incriminato come "soppressione di embrioni" – mentre non sono state riprodotte le fattispecie di crioconservazione, di produzione di un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, e di riduzione embrionaria di gravidanze multiple.

L'effetto di queste modifiche – verosimilmente dettate dall'esigenza di non incriminare alcune delle condotte del sanitario fisiologicamente connesse all'esecuzione della F.I.V.E.T.<sup>38</sup>

---

irripetibilità caratteristica di ciascun essere umano, quale condizione dell'individualità e della condizione di diversità di ciascuno da tutti gli altri; 3) la dotazione genetica doppia, delle linee genetiche maschili e femminili; 4) la sopravvivenza stessa del genere umano». Sulla dignità del genere umano come bene giuridico protetto dalle fattispecie circostanziate del delitto di sperimentazione sugli embrioni, formulate nell'art. 13, comma 3, della legge n. 40/2004, si consenta il rinvio a V. TIGANO, *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1758 ss.

<sup>35</sup> Cfr. A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 18. Ma si veda L. EUSEBI, *Note a margine delle proposte in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica – interruzione di gravidanza*, in *Relazione di accompagnamento n. 2-bis*, cit., 37, che sottolinea la necessità di punire l'alterazione o la predeterminazione genetica degli embrioni selezionati, o più verosimilmente scartati, a seguito della diagnosi e della selezione preimpianto, «posto, fra l'altro, che proprio in quel caso, essendo sottoposti gli embrioni a prelievi cellulari precoci estremamente invasivi, il rischio di manipolazioni del loro stesso genoma, o di quello dei gameti di provenienza, potrebbe essere maggiore».

<sup>36</sup> Corte cost., n. 229/2015, cit.

<sup>37</sup> Sulla questione si veda A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1480-1481; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., 148 ss., 213 ss., e, in particolare, sul significato attribuibile al concetto di "eugenetica", 202 ss.

<sup>38</sup> L'acronimo F.I.V.E.T sta a indicare l'espressione *Fecondazione In Vitro ed Embryo Transfer*.



e della diagnosi preimpianto, in modo da garantire la coerenza interna della normativa<sup>39</sup> – non sarebbe quello di privare la vita dell’embrione della necessaria tutela penale: i fatti attualmente incriminati dalla legge 40, infatti, potrebbero ricadere nel campo applicativo dei nuovi delitti di lesioni embrionali o di embrionicidio, se procurino un danno al concepito o la sua morte, ed essere comunque puniti, sempre che non vi siano ragioni terapeutiche – per lo più attinenti alla necessità di impedire un grave danno alla salute materna – che rendano inevitabile il sacrificio dell’integrità dell’embrione. Da questo punto di vista, l’eventuale introduzione delle due suddette fattispecie di evento, non cambierebbe più di tanto le conclusioni a cui è già giunta la giurisprudenza costituzionale in relazione ai limiti di punibilità dei fatti oggetto delle attualmente vigenti fattispecie penali<sup>40</sup>, ma gioverebbe, più che altro, ad orientare i consociati verso una stigmatizzazione dell’esito avverso anziché delle condotte in sé, che andrebbero piuttosto collocate nell’*iter* da seguire nell’assistenza medica alla procreazione per garantire la prioritaria tutela dell’aspirante madre.

Si tenga inoltre conto che la clausola di esclusione della tipicità contenuta in entrambe le due norme incriminatrici delineate, «*al di fuori dei casi disciplinati dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita e sulla interruzione volontaria di gravidanza*», se venisse opportunamente corredata da un’apposita regolamentazione legislativa della diagnosi preimpianto, delle sue successive fasi attuative, e della destinazione degli embrioni non utilizzati nel processo procreativo, potrebbe escludere *a priori* che l’effettuazione di indagini diagnostiche invasive, la crioconservazione degli embrioni malati o soprannumerari, o la sperimentazione sugli stessi, possano dar luogo a conseguenze penalmente rilevanti. A questo risultato potrebbe già giungersi con riguardo alla riduzione embrionaria di gravidanze multiple, per la necessità di un raccordo con quanto attualmente consentito dalla legge n. 194/1978 sull’interruzione di gravidanza<sup>41</sup>.

Focalizzando l’attenzione sulla fattispecie di lesioni embrionali, si può notare come essa trovi corrispondenza, nel contesto dei reati contro la maternità formulati all’interno dell’articolato, in quella di lesioni fetali cagionate durante la gravidanza, che andrebbe ad arricchire il *corpus* di incriminazioni già previste dalla legge n. 194/1978 e dagli artt. 593-*bis* e 593-*ter* c.p.

Va, a tal proposito, messo in luce come il reato di lesioni embrionali sia stato modellato attraverso una terminologia accostabile a quella a cui il legislatore penale ha tradizionalmente fatto ricorso nel contesto dei reati contro il patrimonio – come emerge dall’uso dell’espressione «danneggia» per individuare la condotta incriminata –, a dimostrazione dell’intenzione di attribuire all’embrione una connotazione assiologica non pienamente assimilabile a quella spettante alla persona umana. Di contro, il reato di lesioni fetali è stato formulato in modo simile a quello di lesioni personali di cui all’art. 582 c.p., incentrandosi il disvalore della fattispecie nella causazione di una «malattia» del feto, a riprova della natura umana già riconoscibile al concepito negli stadi più avanzati di sviluppo, raggiungibili durante la gestazione.

Quanto al delineato reato di “Embrionicidio” – con cui si mira a punire «*chiunque, al di fuori*

---

<sup>39</sup> In questo senso, già alla luce dell’intervento della Corte cost., n. 151/2009, cit., sulle attuali fattispecie incriminatrici previste dall’art. 14, si vedano E. DOLCINI, *Embrioni nel numero “strettamente necessario”: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 963-964; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, 2012, 226 ss., 287 ss.; ID., *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all’aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1465 ss.

<sup>40</sup> Si vedano, in particolare, Corte cost., n. 229/2015, cit.; Corte cost., n. 151/2009, cit.

<sup>41</sup> Con riferimento al necessario coordinamento tra l’attuale fattispecie prevista dall’art. 14, comma 4, e la disciplina contenuta nella legge n. 194/1978, esplicitamente richiamata dalla norma incriminatrice, si vedano i rilievi di A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 246-247.

dei casi disciplinati dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita e sulla interruzione volontaria di gravidanza, cagiona l'estinzione di un embrione umano», e che sostituirebbe quello di soppressione di embrioni, previsto dall'art. 14, comma 1, della legge 40 –, è evidente che ci si trova non di fronte a una mera modifica nominalistica, ma al cospetto di una figura illecita costruita con una tecnica di normazione del tutto differente da quella attuale, con importanti risvolti sul piano dell'individuazione del fatto tipico e del coefficiente psicologico. Difatti, il concetto di “soppressione” presenta un significato pregnante, che ne segna la differenza con la clausola generale attraverso cui è incriminato l'omicidio o si auspica di incriminare l'embrionicidio: esso presenterebbe una valenza comportamentale selettiva tale da essere riferibile esclusivamente a delle condotte attive<sup>42</sup>; rimanderebbe, inoltre, a «un'azione finalisticamente orientata alla distruzione dell'embrione»<sup>43</sup>, o comunque consapevolmente diretta alla realizzazione di tale risultato, potendo pertanto consentire l'incriminazione delle sole azioni sorrette dal dolo intenzionale o da quello diretto. La prefigurata fattispecie di embrionicidio, invece, è evidentemente costruita come reato causalmente orientato, per cui anche un'eventuale omissione non impeditiva dell'evento morte dell'embrione, da parte del sanitario garante, potrebbe essere ivi sussumibile. Quanto all'elemento soggettivo, non si intravedono ostacoli testuali alla punibilità della causazione dell'evento avverso pure quando sorretta da dolo eventuale; andrebbe anzi salutata con favore la previsione di una fattispecie di embrionicidio colposo.

Un ultimo appunto va fatto sull'utilizzo del termine «*estinzione*», funzionale a descrivere l'evento materiale in luogo della più tradizionale espressione «*morte*». Si tratta, probabilmente, di una scelta in linea con la già rilevata intenzione di delineare un discrimine concettuale e valoriale tra la persona in atto e l'embrione: quasi come dire che quest'ultimo, anche se è titolare del diritto alla vita – come dimostra la fattispecie in esame, che mirerebbe a tutelarla –, non possiede lo stesso statuto ontologico spettante alla prima.

## **5. Il delitto di realizzazione della surrogazione di maternità: il deficit di determinatezza della fattispecie e le alternative proposte.**

Nell'ambito degli “illeciti di concepimento”<sup>44</sup>, la pratica sulla cui necessità di incriminazione è probabilmente emerso il più ampio dibattito nel gruppo di ricerca, è la surrogazione di maternità, fenomeno di carattere sociale, medico e privatistico, che viene in essere laddove due *partners* committenti (o un singolo) prendano accordi con una donna affinché quella si sottoponga a un intervento di P.M.A., porti avanti la gravidanza e, dopo il parto, affidi a loro il minore, così da consentirgli l'assunzione di un rapporto di genitorialità sociale. Nell'articolato non è stata invece riprodotta la fattispecie che attualmente punisce l'applicazione delle tecniche procreative su soggetti privi dei requisiti soggettivi indicati nell'art. 5 della legge 40<sup>45</sup>, sia sulla

---

<sup>42</sup> A. VALLINI, *Procreazione assistita*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. PADOVANI, Giuffrè, 2007, 646; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO - G. PALIERO, 2ª ed., Cedam, 2007, 2071.

<sup>43</sup> G. LOSAPPIO, *ibidem*.

<sup>44</sup> L'espressione è presa a prestito da A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 63, con cui l'A. definisce delle figure illecite prive di un tangibile bene giuridico, ma eticamente fondate su «valutazioni negative riguardanti il tipo di famiglia che mediante il concepimento si finirebbe col realizzare».

<sup>45</sup> Secondo l'art. 5 della legge n. 40/2004, «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». La congiunta clausola sanzionatoria formulata nell'art. 12, comma 2, stabilisce che «Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non

base della difficoltà di individuare un bene giuridico meritevole di tutela nel futuro benessere del minore, declinato in relazione al suo inserimento in un contesto familiare “tradizionale”<sup>46</sup>, sia per via dell’ostacolo che l’art. 3 Cost. opporrebbe alla previsione di «divieti volti a impedire il raggiungimento di esiti invece liberamente perseguibili mediante procreazione c.d. “naturale”»<sup>47</sup>.

La principale criticità della normativa penale vigente – che punisce chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità (art. 12, comma 6, della legge 40) – attiene alla mancanza di una definizione normativa dell’espressione “surrogazione di maternità”, la cui realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione è oggetto di incriminazione ex art. 12, comma 6. Si tratta di un concetto, la cui complessità si coglie se si pensa alla molteplicità delle fasi in cui il fenomeno si articola: il suo momento iniziale è segnato da un accordo tra le parti coinvolte; vi sarà poi la sottoposizione della donna reclutata a un intervento di P.M.A. nell’interesse esclusivo dei committenti; infine, in seguito alla gestazione e al parto, si avrà la consegna del minore a questi ultimi, con carattere di definitività. È quindi chiara la difficoltà di superare l’omissione del legislatore in via interpretativa.

A fronte di una lacuna evidentemente espressiva di uno stringente contrasto con il principio

---

*conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro». Alla sanzione pecuniaria si aggiunge poi la sanzione interdittiva della sospensione da uno a tre anni dall’esercizio della professione sanitaria per il condannato (comma 9) e quella della sospensione per un anno dell’autorizzazione alla struttura al cui interno è stata compiuta la pratica illecita (comma 10).*

<sup>46</sup> Tale interesse è valorizzato, invece, da F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il «diritto alla prole» e il «diritto ai due genitori»*, in *Ind. pen.*, 1990, 417 ss., che, a tal proposito, invoca il diritto del minore «ad essere inserito in una famiglia normale»; ID., *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., 326; S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni (Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40)*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 419, che, pur ritenendo non sussistente un diritto del minore alla coincidenza tra genitori genetici e genitori sociali, afferma invece che il diritto del minore alla doppia figura genitoriale sia costituzionalmente riconducibile agli artt. 2, 30 e 31, oltre che “solidamente ancorato” alle scienze psicopedagogiche. In opposizione a questa linea di pensiero, e in particolare sulla difficoltà di individuare un bene giuridico incardinato in capo a un centro di imputazione soggettiva (il nascituro) inesistente al momento del compimento dell’azione vietata, si vedano le riflessioni di G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, 1999, p. 334 ss.; C. LALLI, *Libertà procreativa*, Liguori, 2004, 20 ss.; F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, a cura di P. STANZIONE - G. SCIANCALEPORE, Giuffrè, 2004, p. 64; M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Le Lettere, 2010, p. 232 ss.; R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 99 ss.; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 50 ss. Sulla mancanza di consolidate massime di esperienza in grado di avvalorare le tesi che fanno derivare effetti negativi sulla salute psicofisica del nascituro dal suo inserimento in un contesto familiare “atipico”, si vedano S. MOCCIA, *Un infelice compromesso: il Testo Unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Critica dir.*, 1998, 4, 250-251, con specifico riferimento alla ricorrente *single*; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, vol. I, t. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO - M. FORTINO - F. RUSCELLO, II ed., Giuffrè, 2011, 53; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 63; V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 280 ss.; ID., *Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 641 ss., anche per un opportuno rinvio agli studi psicopedagogici in materia. Tali critiche sono state recepite da A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell’embrione – tutela dell’identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 6, 9.

<sup>47</sup> A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell’embrione – tutela dell’identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 6. Tuttavia, secondo F. MANTOVANI, *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 679, certi fenomeni, pur tollerati dall’ordinamento se attuati direttamente dal soggetto interessato, possono essere proibiti se agevolati dall’intervento di un terzo, come il medico. Sul punto, si vedano le riflessioni critiche dello stesso A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, 38 ss.

di necessaria determinatezza della fattispecie penale<sup>48</sup>, su cui la Corte costituzionale non è stata finora mai chiamata a pronunciarsi, gli studiosi si sono interrogati in ordine all'individuazione dell'elemento materiale e del momento consumativo del delitto di realizzazione della surrogazione di maternità. Nonostante qualche voce autorevole si fosse pronunciata a favore della punibilità della semplice conclusione dell'accordo<sup>49</sup>, la dottrina dominante ha ritenuto che la fattispecie incrimini il medico che applichi le tecniche a una donna diversa da colei che intenda assumere lo *status* di madre del minore<sup>50</sup>, degradando la prima a mero organismo riproduttore<sup>51</sup> e dando vita – nel caso in cui si tratti di surrogazione “totale” – a un potenziale contrasto giuridico sull'individuazione della donna a cui spetti lo *status* materno<sup>52</sup>; in questo senso, si tratterebbe di un reato proprio del sanitario, rispetto a cui i committenti e la donna reclutata potrebbero assumere la veste di concorrenti eventuali<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> In tal senso, E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ - P. ZATTI, vol. II, t. II, *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI, Giuffrè, 2011, 1551; A. VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 902; ID., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di “gestazione per altri” in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, 233 ss.; T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1395; M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trimestr.*, 2021, 2, 32.

<sup>49</sup> Così S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., 420, che parla di «divieto assoluto di stipulare contratti di accordi di maternità surrogata presidiato in sede penale»; C. CASINI - M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. *Commentario*, Giappichelli, 2004, 169. In questo senso, si era già mosso il progetto Pagliaro per un nuovo codice penale, in *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge delega al Governo*, a cura di N. PISANI, Cedam, 1993, 73, che prevedeva l'incriminazione della «contrattazione per fini procreativi, consistente nel fatto di impegnarsi a porre a disposizione il proprio corpo al fine della gestazione di un embrione umano per conto di altra persona».

<sup>50</sup> Così, anche sulla base di quanto (non) previsto dall'art. 12, comma 8, E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., 1553; ID., *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, in *Notizie di Politeia*, 2014, 115, 81-82; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 145; ID., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, cit., 906. In tale direzione pare collocarsi anche D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, 1366: «Tutti i divieti di cui all'art. 12 sono rivolti in via diretta agli operatori».

<sup>51</sup> In tal senso, alcuni autorevoli Autori rilevano che il bene giuridico protetto sia la dignità della gestante, a prescindere dalla circostanza che il suo apporto biologico sia stato oggetto di mercimonio o sia stato reso gratuitamente: cfr. F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 337, che individua il bene protetto anche nella dignità del nato e nel suo interesse alla corretta costituzione dello *status filiationis*; L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, cit., p. 367. Invece, ritengono che l'offesa alla dignità della gestante possa concretizzarsi qualora la sottoposizione della stessa alle tecniche sia avvenuta a causa dell'uso di mezzi coercitivi o dietro promessa o dazione di una somma di denaro o di altra utilità, S. MOCCIA, *Un infelice compromesso: il Testo Unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 253; A. MANNA, voce *Sperimentazione medica*, in *Enc. del dir.*, Agg., vol. IV, Giuffrè, 2000, 1132; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ - P. ZATTI, vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ - M.C. TALLACHINI, Giuffrè, 2010, 251; S. CANESTRARI, *Biodiritto (diritto penale)*, in *Enc. del dir.*, *Annali*, vol. VIII, Giuffrè, 2015, 110; D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, cit., 1372.

<sup>52</sup> In questo senso, si veda A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 153, secondo cui la fattispecie è finalizzata a «prevenire l'instaurarsi di una situazione non pienamente giuridicizzabile e per intima vocazione esposta al rischio di contenziosi non riducibili in termini costituzionalmente compatibili». Conf. ID., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, cit., 904; ID., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di “gestazione per altri” in argomentazioni privatistiche*, cit., 242 ss.

<sup>53</sup> Non potrebbe individuarsi, invece, un concorso necessario dei committenti e della donna reclutata, se si segue l'opinione di chi ritiene che il fatto possa avvenire anche all'insaputa delle parti direttamente coinvolte nella

Tuttavia, l'esigenza di cogliere l'intero disvalore del fenomeno, che trova compiutezza soltanto con la fase attuativa in cui la committente subentra alla partorienta nel ruolo di madre sociale del minore<sup>54</sup>, ha talora indotto la dottrina a spostare in avanti il momento perfezionativo della fattispecie e a rinvenirlo nella consegna del minore ai committenti<sup>55</sup>. Seguendo questo diverso orientamento, il bene giuridico protetto potrebbe concretizzarsi nello stato civile del minore, messo in pericolo dall'incidenza dell'esecuzione di tali accordi illeciti sulla regolare formalizzazione giuridica dei rapporti familiari<sup>56</sup>.

È soprattutto su queste problematiche che si è focalizzata l'attenzione del gruppo di ricerca, proponendo addirittura tre soluzioni alternative nell'articolato.

### 5.1. Il reato di dissociazione della maternità

La prima soluzione si basa sulla sostituzione dell'attuale delitto di realizzazione della surrogazione di maternità con una serie di fattispecie incriminatrici della "dissociazione di maternità", riconducibili, attraverso la formulazione tipica delle disposizioni a più norme, agli illeciti di concepimento (fattispecie previste dal primo e dal sesto comma) e ai reati-contratto (fattispecie di cui al terzo e al quarto comma).

Nel primo comma si punisce chiunque «produce un embrione con gameti di una donna che ha commissionato ad altra donna la gestazione, in virtù di un precedente accordo stando al quale la donna committente assumerà il ruolo di madre del nascituro». Si tratta di una fattispecie cardinale poiché, oltre a delineare la relativa condotta incriminata, introduce anche una definizione del fenomeno oggetto di incriminazione – a cui, difatti, fanno rinvio i successivi commi –, così tentando di rimediare al deficit di determinatezza della legge 40. Secondo questa prima proposta, la surrogazione di maternità consiste nella dissociazione della maternità biologica e sociale attuata dal sanitario e fondata su un precedente patto stipulato tra due donne, con cui una si sia impegnata a sottoporsi all'impianto dell'embrione creato con gli ovociti

---

successiva assunzione di genitorialità, in tal senso la fattispecie atteggiandosi come repressiva di «ogni caso di "dissociazione" tra originaria appartenenza dell'embrione e gravidanza, anche contro o a prescindere dalla piena consapevolezza delle persone coinvolte»: A. VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, cit., 906.

<sup>54</sup> Così A. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1543 ss., che ha parlato di "doppia sostituzione materna". Conf. V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 366 ss.; M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., 33, secondo cui «La realizzazione include non solo l'intervento medico assistito, ma la complessa procedura che si completa con la consegna del neonato ai committenti».

<sup>55</sup> Si vedano G. ROCCHI, *Procreazione assistita: sanzioni e controlli*, in *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, a cura di A. BUCCELLI, Firenze University Press, 2006, 280; A. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, cit., 1548-1549; T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, cit., 1402-1403; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 374 ss.; ID., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1061-1062. Si veda anche, pur se meno esplicitamente, E.M. AMBROSETTI, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., vol. IV, *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. RIONDATO, 2ª ed., Giuffrè, 2011, 917, secondo cui, con l'espressione "surrogazione di maternità", «si fa riferimento all'obbligazione di una donna di portare a termine una gravidanza e di consegnare il neonato alla coppia "committente"».

<sup>56</sup> In questo senso, si veda F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., 337, secondo cui «il suo stato di figlio verrebbe a dipendere [...] dall'osservanza o inosservanza del patto tra le parti contraenti [...], dalla sopravvivenza della parte committente o da un esito processuale». Si consenta, inoltre, il rinvio a V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 368 ss.; ID., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., 1063 ss.

dell'altra per poi consegnare a quest'ultima il bambino dopo il parto.

Allo stesso modo di quanto può dirsi per la norma incriminatrice configurata nel primo comma, anche quella descritta nel sesto comma – in cui si punisce chi «trasferisce nell'utero della donna che si è impegnata alla gestazione l'embrione prodotto nei modi e in virtù dell'accordo di cui al primo comma» –, pur in assenza di una testuale menzione, considera implicitamente come soggetto attivo il medico, l'ostetrica o comunque l'esercente la professione sanitaria competente a creare l'embrione. Si tratta, quindi, di due ipotesi di reato proprio che, sul piano della colpevolezza, esigerebbero la piena consapevolezza del previo accordo tra le donne da parte del sanitario, che ne diventerebbe volontario esecutore materiale.

Va sottolineato come la proposta circoscriva il fenomeno illecito al solo caso in cui l'intervento di P.M.A. abbia ad oggetto un embrione prodotto con l'ovocita della donna committente la gravidanza, di modo che colei che aspiri a diventare madre sociale del minore ne sia anche la madre genetica (surrogazione "totale"). Se, invece, fosse stata affermata la necessità di incriminare le condotte del sanitario anche nell'ipotesi del concepimento avvenuto con l'utilizzo degli ovociti della stessa gestante su commissione (surrogazione "parziale"), si sarebbe attribuito autonomo disvalore – essenzialmente ricollegabile all'artificialità del metodo procreativo – a un fenomeno assimilabile a quello della dissociazione naturale della maternità, che si realizza qualora una donna decida di restare incinta in via naturale, o comunque di portare avanti una gravidanza naturalmente avviata, al solo scopo di cedere successivamente il nato a un'altra; pratica, quest'ultima, di per sé lecita, salvo l'intervento penale nella successiva fase dell'illegittimo affidamento definitivo del minore a terzi. Tuttavia, non potrebbe ritenersi ragionevole punire il fatto solo perché realizzato in via artificiale, tranne che l'applicazione della tecnica cagioni un'offesa non egualmente verificabile naturalmente<sup>57</sup>. Si spiega, dunque, la ragione per cui si è ritenuta meritevole di incriminazione la surrogazione "totale" di maternità, e non quella "parziale": la sola forma di dissociazione di maternità realizzabile unicamente attraverso l'esecuzione delle metodiche di P.M.A., può rinvenirsi nella gestazione su commissione di una donna che abbia fornito i propri ovociti per il concepimento, in cui affiora l'interesse a evitare un «conflitto potenziale, irriducibile in termini costituzionalmente adeguati, tra due maternità entrambe biologiche, relazionali ed affettive»<sup>58</sup>.

Si segnala, poi, la previsione di due ipotesi di reato-contratto, nell'ambito delle quali l'accordo tra le due donne, da mero presupposto delle fattispecie incriminatrici a carico dei sanitari precedenti, assurge ad autonoma ipotesi delittuosa. Viene così prevista la responsabilità penale sia della donna che abbia commissionato la gravidanza (terzo comma) sia della donna che abbia accettato di sottoporvisi (quarto comma), purché l'embrione sia stato già prodotto e, a tal fine, sia stato utilizzato un ovocita donato dalla donna committente<sup>59</sup>; con l'ulteriore previsione di un'aggravante a carico della prima e di una causa di non punibilità a favore della seconda – sostanzialmente riconducibile al piano delle scusanti legalmente riconosciute – laddove l'accordo sia stato stipulato approfittando delle condizioni di vulnerabilità di quest'ultima. Colui che abbia commissionato la gestazione insieme alla compagna, o per conto

---

<sup>57</sup> Motiva così la necessità di punire la sola surrogazione di maternità "totale", A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 154; ID., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, cit., 903; ID., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, cit., 244 ss.

<sup>58</sup> A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 15. Così già ID., *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 153; ID., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, cit., 904; ID., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, cit., 242 ss.

<sup>59</sup> Lo specifica lo stesso articolato, alle note 21 e 22.

di essa, potrebbe rispondere come concorrente eventuale nel reato proprio formalmente incardinato sulla figura della donna committente.

È doveroso segnalare che la proposta non ha contemplato alcuna fattispecie che punisca l'uomo che commissioni la gravidanza per conto proprio, in quanto *single* o in coppia con un altro uomo<sup>60</sup>. Il senso di questa omissione può cogliersi prestando opportunamente attenzione sia al titolo attribuito al delitto nell'articolato, alternativamente definito come “surrogazione di maternità” o, più propriamente, come “dissociazione di maternità”, sia alla definizione contenuta nel primo comma, ove il fenomeno delittuoso viene declinato come inizio dell'esecuzione di un patto intercorrente tra le due donne coinvolte nella sostituzione materna. È coerente, quindi, ritenere che quando sia un uomo ad accordarsi con una donna affinché essa si sottoponga alle tecniche procreative nel suo interesse e gli consegni il bambino dopo il parto, non si realizzi alcuna forma di dissociazione della maternità, anche alla luce del bene giuridico che si intende proteggere, ossia l'interesse a impedire l'insorgere di conflitti morali e giuridici tra due donne, dato che l'unica ad essere coinvolta nell'atto procreativo rimarrebbe la madre biologica, mentre risulterebbe assente un'aspirante madre sociale<sup>61</sup>.

Bisogna chiedersi, conclusivamente, se questa configurazione del reato non rischi di confliggere con il principio di offensività: se non si realizzi il trasferimento nell'utero materno, se il trasferimento avvenga ma l'embrione non si impianti, o se la gravidanza non abbia successo, le condotte rimarrebbero punibili pur non potendosi più prospettare alcun conflitto di maternità<sup>62</sup>. Sarebbe quindi forse preferibile optare per un avanzamento della soglia di incriminazione, così da coprire condotte più prossime all'esecuzione finale del patto – ossia la consegna del minore alla committente<sup>63</sup> –, o per subordinare la punibilità delle condotte alla condizione che si verifichi la nascita del bambino.

## 5.2. Il reato di contrattazione per fini procreativi

La seconda proposta incentra il disvalore delle fattispecie nell'accordo tra il committente e la gestante, avente ad oggetto la «“commercializzazione” di vicende e relazioni genitoriali»<sup>64</sup>.

La formulazione di quello che è definito nell'articolato come reato di “contrattazione per fini procreativi” riflette la struttura della disposizione a più norme, così come rilevato per la previsione oggetto della prima proposta; ma punisce condotte negoziali differenti, ossia la promessa e la dazione di denaro o altra utilità, da parte del committente, e la correlativa accettazione, da parte della donna reclutata, affinché quest'ultima conduca a termine una gestazione a favore del primo, a cui si impegna a consegnare il nato per consentirgli di assumerne il ruolo di genitore. Conseguentemente il bene giuridico protetto potrebbe essere

---

<sup>60</sup> A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 15, segnala opportunamente come, in questa ipotesi, non si verificherebbe una disparità di trattamento a favore dell'uomo *single*, o in coppia con un altro uomo, che abbia fornito i suoi spermatozoi per la fecondazione, «per il semplice fatto che egli è effettivamente padre del bambino che verrà, e tale esito non muta in ragione del fatto che quell'uomo sia parte di una coppia etero- o omosessuale (o sia *single*)».

<sup>61</sup> Si consenta il rinvio a V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 394.

<sup>62</sup> Così A. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, cit., 1546; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 364; ID., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., 1061.

<sup>63</sup> Si veda *supra*, nota 55

<sup>64</sup> A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 11. Si veda *supra*, nota 51, per gli opportuni riferimenti bibliografici.

identificato nella dignità della donna oggetto di mercificazione<sup>65</sup>, venendo accantonato ogni riferimento alla dissociazione di maternità. Tanto che, in questa seconda proposta, il relativo reato-contratto non è realizzabile esclusivamente da una donna committente, potendone essere autore anche l'uomo, *single* o in coppia *same-sex*, che corrisponda un compenso alla donna estranea per condurre a termine la gestazione nel suo interesse.

Prendendo di mira un fenomeno di ampia portata, trascendente il ristretto ambito della gestazione mediante ricorso alle tecniche procreative, la seconda proposta mira a punire qualunque forma di accordo oneroso finalizzato a strumentalizzare il corpo della gestante, e dunque anche nel contesto del concepimento in via naturale.

L'unico espresso riferimento alla P.M.A. si ha nella fattispecie di cui al quinto comma, ove si punisce il medico che trasferisce l'embrione frutto del predetto sinallagma. Qualche difficoltà probatoria potrebbe riscontrarsi nella dimostrazione del dolo del sanitario, perché in questa seconda proposta non è richiesto che l'ovocita appartenga all'eventuale donna committente; per cui, in caso di surrogazione "parziale" (laddove, cioè, la designata gestante abbia anche fornito il proprio ovocita per la fecondazione), il medico potrebbe dichiararsi ignaro dell'esistenza di un accordo alla base del ricorso alle metodiche procreative, asserendo di essersi rappresentato l'esecuzione di un normale trattamento di P.M.A. omologa a favore dei soggetti richiedenti<sup>66</sup>. Ma anche laddove si riesca a dimostrare la rappresentazione dell'esistenza di un soggetto committente la gravidanza (prova più agevolmente acquisibile nel caso della surrogazione "totale"), il sanitario potrebbe andare esente da pena se non si riesca ad accertare che esso fosse pure a conoscenza della previa corresponsione di un mercimonio a favore della gestante. Il carico probatorio necessario per l'accertamento della colpevolezza del medico rischia, insomma, di ridurre il tasso di effettività della fattispecie incriminatrice specificamente configurata a suo carico.

Qualche perplessità sorge, infine, rivolgendo l'attenzione all'offensività delle condotte negoziali nel contesto della procreazione naturale, risultando difficilmente individuabile una violazione della dignità della donna nel fatto in sé di retribuirla affinché porti volontariamente a termine una gravidanza, naturalmente iniziata, nell'interesse altrui (ferma la punibilità delle successive condotte, speculari, di illecito affidamento del minore a terzi e di accoglimento dello stesso dietro dazione o promessa di denaro o altra utilità, *ex art. 71, commi 1 e 5, della legge 4 maggio 1983, n. 184*). Tale violazione sarebbe più agevolmente riscontrabile nel caso specifico in cui la stessa versi in condizioni di bisogno economico tali da costringerla ad aderire all'accordo; ipotesi che, nell'articolato, costituisce una circostanza aggravante per il committente e una causa di non punibilità per la gestante su commissione.

Discorso apparentemente diverso, con riferimento al distinto piano della procreazione assistita, potrebbe farsi circa la corresponsione di denaro finalizzata a indurre la donna estranea a ricorrere alle tecniche nell'interesse di altri, dato che in questo caso il pagamento condizionerebbe la sottoposizione della stessa a un intervento medico a cui altrimenti non sarebbe andata incontro, venendosi così a esprimere la sua strumentalizzazione per fini che le sono estranei. Tuttavia, anche in questa ipotesi emergono seri interrogativi sulla concepibilità di un'offesa alla dignità della gestante, che emergerebbe nello specifico caso in cui vi sia stato approfittamento di una condizione di bisogno economico della stessa, tale da condizionarne inesorabilmente il processo decisionale<sup>67</sup>, ma che sarebbe più discutibile nell'ipotesi in cui detto

---

<sup>65</sup> Seguendo questa impostazione, la norma potrebbe rappresentare un esempio di paternalismo diretto e indiretto. Su tale distinzione, si veda, tra gli altri, A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, 2 ss.

<sup>66</sup> Per quanto riguarda il requisito del coniugio o della convivenza, che, in base all'art. 5, deve sussistere in capo alla coppia ricorrente, il medico che applichi le tecniche ha il diritto avvalersi di una dichiarazione sottoscritta dai richiedenti (art. 12, comma 3, della legge 40).

<sup>67</sup> Così V. TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., 1053 ss.



bisogno non vi sia e l'accettazione del denaro non costituisca, quindi, manifestazione di una distorsione della libertà di autodeterminazione della donna<sup>68</sup>.

### 5.3. La collocazione della surrogazione di maternità nello spazio libero dal diritto penale.

La terza proposta muove dall'interrogativo circa la necessità di incriminare il fenomeno in esame qualora venga riconosciuto il medesimo disvalore alla surrogazione "totale" e a quella "parziale". Se l'eventuale dissociazione tra maternità genetica e maternità biologica venga considerata irrilevante ai fini del giudizio normativo di rilevanza penale della pratica – così come, d'altronde, sembra affermare la legge vigente, che punisce la surrogazione di maternità «*in qualsiasi forma*» –, il divieto finirebbe per coprire generalmente il reclutamento di una donna affinché si sottoponga a un intervento di P.M.A. e, successivamente al parto, consegni il minore allo stesso reclutante. Tale percorso argomentativo, tuttavia, comporterebbe il duplice rischio di pregiudicare ogni sforzo di rinvenimento di un'omogenea dimensione offensiva delle condotte da incriminare, e di lasciare irrisolta la questione circa la ragionevolezza dell'incriminazione della surrogazione "parziale", a fronte dell'irrilevanza penale della gestazione su commissione nel caso in cui il concepimento sia avvenuto attraverso le vie naturali.

La soluzione suggerita nella relazione di accompagnamento n. 1 per superare le predette criticità, è stata quella di non prevedere alcuna fattispecie che incrimini la surrogazione di maternità, a prescindere che la si intenda come stipulazione dell'accordo tra le parti coinvolte o come conseguente applicazione della tecnica procreativa sulla donna appositamente reclutata, e conseguentemente di attrarre il fenomeno nello spazio libero dal diritto penale.

Al contempo, tuttavia, si è messa in luce la necessità di garantire la repressione della fase successiva, relativa alla consegna del minore ai soggetti committenti la gravidanza e all'eventuale alterazione del suo *status filiationis*; esito attualmente non scontato alla luce sia dei perduranti dubbi sull'ambito applicativo del delitto di cui all'art. 12, comma 6, della legge 40, sia della formulazione delle fattispecie incriminatrici che il nostro ordinamento contempla a tutela della famiglia.

In particolare, il delitto di illecito affidamento del minore in violazione delle norme sull'adozione, ex art. 71 l. n. 184/1983, non potrebbe consentire di punire l'affidatario che non abbia corrisposto un qualche compenso alla gestante per la cessione del minore (quinto comma) e, a monte, presenta una clausola di illiceità speciale – «*in violazione delle norme di legge in materia di adozione*» (primo comma) – che potrebbe rendere inoperante la fattispecie qualora il minore venga affidato al suo legittimo padre biologico e alla sua compagna, entrambi committenti la gestazione<sup>69</sup>.

Quanto al delitto di alterazione di stato civile mediante falsità, di cui all'art. 567, comma 2,

---

<sup>68</sup> Sul conflitto tra la libertà di autodeterminazione individuale (dignità in senso soggettivo) e la concezione di dignità etero-imposta dal contesto sociale (dignità in senso oggettivo), nello specifico contesto dei reati in materia di prostituzione, si vedano A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili. Osservazioni a margine di Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018, Tarantini e altri*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 3, 181 ss.; ID., *Il "bicchiere mezzo pieno". Un tentativo di lettura costruttiva delle sentenze della Corte costituzionale in tema di favoreggiamento della prostituzione*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 3, 4 ss.; F. PARISI, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin? Sulla sentenza 141/2019 della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in *Legisl. pen.*, 21 novembre 2019, 38. Per una proiezione della questione sul piano della surrogazione di maternità, si veda A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 5.

<sup>69</sup> Sul punto, si consenta il rinvio a V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 372-373.

c.p., la specifica nota modale richiesta dalla fattispecie non potrebbe dirsi integrata qualora la partoriente, anziché mentire all'ufficiale di stato civile sulle circostanze del concepimento, si limiti ad ometterle, così esercitando illegittimamente il diritto a non essere nominata nell'atto di nascita, previsto dall'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (esercizio invero proibito dall'art. 9, comma 2, della legge 40, alla madre del nato a seguito di P.M.A.)<sup>70</sup>.

È su una riforma in senso "generalizzante" di queste due ultime fattispecie, che la terza proposta punta. Una riforma che dovrebbe rimodularle, epurandole da quegli elementi specifici – l'espreso riferimento alla violazione della legge sulle adozioni, per la prima, le condotte di falso, per la seconda – che attualmente impedirebbero di ricorrervi allo scopo di incriminare le condotte attuative degli accordi di maternità surrogata<sup>71</sup>.

È vero, tuttavia, che, qualora il legislatore decidesse di introdurre norme specificamente volte a regolare lo stato civile del nato in seguito al ricorso a una pratica di gestazione nell'interesse altrui, ed eventualmente attributive dello *status* genitoriale al committente o ai committenti, a certe condizioni – sulla scorta di quanto già accade nell'ordinamento britannico con i *parental orders*<sup>72</sup> –, verrebbe meno la stessa necessità di tutelare lo stato civile del minore partorito da una madre surrogata attraverso una riforma delle suddette norme incriminatrici a tutela della famiglia.

## 6. Conclusioni

In conclusione, può rilevarsi che la proposta di articolato si è mossa nella direzione di un equo contemperamento tra la tutela del concepito e la salvaguardia dei controinteressi affioranti nell'ambito delle questioni di inizio vita, anche attraverso la prospettazione di diverse soluzioni per il superamento delle criticità delle vigenti disposizioni penali in materia, con particolare riguardo ai deficit di determinatezza e di ragionevolezza che le stesse presentano: in questo senso si motiva il razionale ricorso alle definizioni legislative e a una formulazione estremamente precisa delle fattispecie incriminatrici, oltre che la sostituzione di molti dei reati di condotta attualmente in vigore con reati di evento, attraverso cui reprimere il risultato dannoso senza per questo paralizzare l'esercizio delle libertà costituzionali che si estrinsecano attraverso i comportamenti oggi vietati.

In una prospettiva forse ancora più liberale – peraltro più volte segnalata nella principale relazione di accompagnamento all'articolato – è anche auspicabile che una riforma delle fattispecie in materia possa essere accompagnata dall'introduzione di un complesso di norme amministrative, mediante cui regolare le procedure per l'accesso alle tecniche e per l'utilizzo dei gameti e degli embrioni. In questa direzione, il ricorso al modello normativo dei divieti rigidi e inderogabili e alla sanzione penale come strumento direttamente finalizzato al presidio di beni giuridici, potrebbe essere razionalmente ridimensionato e parzialmente sostituito da un sistema di regolamentazione flessibile, più adatto a conformarsi all'evoluzione delle tecniche e alla considerazione delle peculiarità del caso concreto, ove il rimedio punitivo sarebbe diretto a rispondere alla logica della tutela di funzioni, così garantendo il ragionevole bilanciamento

---

<sup>70</sup> Sul punto, si consenta il rinvio a V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 359, 372.

<sup>71</sup> Si veda A. Vallini, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 16. In particolare, si veda la prefigurata fattispecie di "Affidamento illegittimo", attraverso cui la proposta di articolato mira a punire «Chiunque affida ad altri, o riceve in affidamento, o comunque riceve con l'intenzione di assumere il ruolo di genitore, un minore al di fuori dei casi previsti dalla legge».

<sup>72</sup> Si consenta il rinvio a V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 98, spec. nota 199.

degli interessi in gioco<sup>73</sup>.

È infine improcrastinabile – come indirettamente risulta dalla più recenti pronunce della Corte costituzionale<sup>74</sup> – la previsione di opportuni precetti civilistici attraverso cui addivenire a una disciplina dello stato civile del nascituro, che sia idonea a garantire al meglio i suoi interessi giuridici, anche quando il suo concepimento sia stato originato dal ricorso a metodiche vietate, così come d'altronde è già accaduto con le norme sull'attribuzione della paternità al ricorrente geneticamente estraneo al minore, che l'art. 9 della legge 40 ha dettato ancor prima della dichiarazione di incostituzionalità del divieto della fecondazione eterologa.

---

<sup>73</sup> Cfr. A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, in *Relazione di accompagnamento n. 1*, cit., 3-4, 8.

<sup>74</sup> In questa direzione, si veda il monito al legislatore formulato nelle pronunce di inammissibilità della Corte cost., sent. 9 marzo 2021, n. 33 (sullo stato civile dei nati all'estero in seguito al ricorso alla surrogazione di maternità), e della Corte cost., sent. 9 marzo 2021, n. 32 (sull'attribuzione dello *status* materno anche alla compagna della donna ricorrente all'estero a un intervento di P.M.A. eterologa). Più di recente, si veda Corte cost., sent. 28 marzo 2022, n. 79, con cui è stato dichiarato incostituzionale l'art. 55 della l. n. 184/1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.



## RIFORMA DEI REATI COLPOSI CONTRO LA PERSONA

### Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro

Gruppo per la riforma dei reati colposi contro la persona: Andrea Castaldo e Sergio Seminara (coord.), Matteo Caputo, Alberto De Vita, Giuseppe Losappio, Stefano Preziosi, Domenico Pulitanò.



## PROPOSTA DI ARTICOLATO

### Indice:

Artt. 589-*bis* fino a 589-*quinqüies* (Omicidio stradale)

Art. 590 (Lesioni personali colpose)

Artt. 590-*bis* fino a 590-*undecies* (Lesioni personali stradali)

Art. 589-*sexies* (Omicidio sul lavoro)

Art. 590-*duodecies* (Lesioni sul lavoro)

Art. 590-*terdecies* (Causa di non punibilità)

Art. 589-*septies* (Non punibilità dell' esercente le professioni sanitarie)

Art. 25-*septies* d.lgs. n. 231/2001 (Omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime sul lavoro)

Art. 25-*sexiesdecies* d.lgs. n. 231/2001 (Omicidio stradale e lesioni stradali)

### Art. 589-*bis* (Omicidio stradale)

«Chiunque per colpa dipendente dalla violazione di norme sulla disciplina della circolazione stradale cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da ... a ...».

### Art. 589-*ter* (Fatti di speciale gravità)

«I fatti preveduti dai due articoli precedenti sono di speciale gravità e la pena è della reclusione, con riferimento all' art. 589, da ... a ... e, con riferimento all' art. 589-*bis*, da ... a ..., in relazione alle concrete esigenze di protezione dei beni tutelati o alle concrete circostanze di tempo e di luogo».

### Art. 589-*quater* (Omicidio stradale qualificato)

«Chiunque, alla guida di un veicolo a motore, per colpa dipendente dallo stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psico-fisica conseguente all' assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi, rispettivamente, degli articoli 186, 186-*bis* e 187 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da ... a ...».

### Art. 589-*quinqüies* (Concorso di reati)

«Se il conducente cagiona la morte di più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non può superare gli anni ...».

### Art. 590 (Lesioni personali colpose)

«Chiunque per colpa cagiona ad altri una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un' incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni, ovvero l' indebolimento permanente di un senso o di un organo, è punito con la reclusione da ... a ... .

Se la malattia è certamente o probabilmente insanabile, ovvero è cagionata la perdita di un senso o di un arto, o una mutilazione che renda l' arto inservibile, o la perdita dell' uso di un organo o della capacità di procreare, o la permanente e grave difficoltà della favella, la pena è della reclusione da ... a ...».

### Art. 590-*bis* (Lesioni personali stradali)

«Chiunque per colpa dipendente dalla violazione di norme sulla disciplina della circolazione stradale, cagiona ad altri uno degli eventi previsti dal primo comma dell' articolo precedente è

punito con la reclusione da ... a ... .

Se è cagionato uno degli eventi previsti dal secondo comma dell'articolo precedente, la pena è della reclusione da ... a ...».

*Art. 590-ter (Querela di parte)*

«I delitti previsti dal primo comma dell'articolo 590 e dal primo comma dell'articolo 590-bis sono punibili a querela della persona offesa.

Se la persona offesa muore prima che sia decorso il termine per proporre la querela, possono proporla i prossimi congiunti, l'adottante e l'adottato.

Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi”<sup>1</sup>.

*Art. 590-quater (Fatti di speciale gravità)*

«I fatti previsti negli articoli 590 e 590-bis sono di speciale gravità in relazione alle concrete esigenze di protezione dei beni tutelati o alle concrete circostanze di tempo e di luogo e per essi la pena è, rispettivamente, della reclusione da ... a ... e della reclusione da ... a ...».

*Art. 590-quinquies (Lesioni personali stradali qualificate)*

«Chiunque, alla guida di un veicolo a motore, per colpa dipendente dallo stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi, rispettivamente, degli articoli 186, 186-bis e 187 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, commette il fatto preveduto dall'art. 590-bis, è punito con la reclusione da ... a ...».

*Art. 590-sexies (Concorso di reati)*

«Se il conducente cagiona lesioni ai danni di più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non può superare gli anni ...».

*Art. 590-septies (Revoca della patente di guida)*

«Alla condanna, anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i reati di cui agli articoli 589-bis, 589-ter, 589-quater, 590-bis, 590-quater e 590-quinquies consegue la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285. Tale disposizione si applica anche se sia stata concessa la sospensione condizionale della pena. Le sanzioni amministrative previste dagli articoli 186, 186bis e 187 del Codice della Strada sono applicate con la sentenza di condanna. È sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato».

*Art. 590-octies (Circostanze aggravanti e attenuanti)*

«Le pene previste per i reati di cui agli articoli 589-bis, 589-ter, 589-quater, 590-bis, 590-quater e 590-quinquies, sono aumentate da un terzo alla metà:

1) se il conducente si dà alla fuga;

2) se il fatto è commesso da persona non munita di patente di guida o con patente sospesa o revocata, ovvero nel caso in cui il veicolo a motore sia di proprietà dell'autore del fatto e sia sprovvisto di assicurazione obbligatoria.

Le concorrenti circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti e le diminuzioni operano sulla quantità di pena

---

<sup>1</sup> Corrispondentemente andrebbe introdotta la seguente modifica: all'art. 4, lett. a), d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, le parole da «590» fino a «venti giorni» sono soppresse.



determinata ai sensi delle predette circostanze aggravanti».

*Art. 590-nonies (Omissione di soccorso stradale)*

«Chiunque, in caso di incidente stradale comunque ricollegabile al suo comportamento, non ottempera all'obbligo di fermarsi e di prestare l'assistenza occorrente a coloro che abbiano riportato lesioni di qualsiasi tipo, è punito con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo non inferiore ad un anno e sei mesi e non superiore a cinque anni, ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285. Tale disposizione si applica anche se sia stata concessa la sospensione condizionale della pena.

Se da siffatta condotta del colpevole deriva una lesione personale ai sensi dell'art. 590, la pena è aumentata; se ne deriva la morte, la pena è raddoppiata».

*Legenda per gli articoli seguenti: per chiarezza espositiva le parti fra parentesi quadre riproducono il testo attualmente vigente che dovrebbe essere eliminato; quelle in corsivo non grassetto coincidono (sostanzialmente) al testo normativo vigente del Codice della Strada; quelle in grassetto corsivo sono di nuovo conio (eccettuate le rubriche degli articoli), mentre il grassetto semplice indica passaggi esplicativi.*

*Art. 590-decies (Organizzazione di competizioni non autorizzate in velocità con veicoli a motore e partecipazione alle gare) (già art. 9-bis C.d.S.)*

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque organizza, promuove, dirige o comunque agevola una competizione sportiva in velocità con veicoli a motore senza esserne autorizzato ai sensi dell'articolo 9 decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da euro 25.000 a euro 100.000. La stessa pena si applica a chiunque prende parte alla competizione non autorizzata.

Se dallo svolgimento della competizione deriva, comunque, la morte di una o più persone, si applica la pena della reclusione da sei a dodici anni; se ne deriva una lesione personale *ai sensi dell'art. 590* la pena è della reclusione da tre a sei anni.

Le pene indicate ai commi 1 e 2 sono aumentate fino ad un anno se le manifestazioni sono organizzate a fine di lucro o al fine di esercitare o di consentire scommesse clandestine, ovvero se alla competizione partecipano minori di anni diciotto.

Chiunque effettua scommesse sulle gare di cui al comma 1 è punito con la reclusione da tre mesi ad un anno e con la multa da euro 5.000 a euro 25.000.

Nei confronti di coloro che hanno preso parte alla competizione, *[all'accertamento del reato]* alla sentenza di condanna consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente da uno a tre anni ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285. La patente è sempre revocata se dallo svolgimento della competizione sono derivate lesioni personali *ai sensi degli articoli 590, 590-bis, 590-quater, 590-quinquies* [gravi o gravissime] o la morte di una o più persone. Con la sentenza di condanna è sempre disposta la confisca dei veicoli dei partecipanti, salvo che appartengano a persona estranea al reato, e che questa non li abbia affidati a questo scopo».

*Art. 590-undecies (Divieto di gareggiare in velocità con veicoli a motore) (già art. 9 ter C.d.S.)*

«Fuori dei casi previsti dall'articolo precedente, chiunque gareggia in velocità con veicoli a motore è punito con la reclusione da sei mesi ad un anno e con la multa da euro 5.000 a euro 20.000.

Se dallo svolgimento della competizione deriva, comunque, la morte di una o più persone, si applica la pena della reclusione da sei a dieci anni; se ne deriva una lesione personale *ai sensi degli articoli 590, 590-bis, 590-quater, 590-quinquies*, la pena è della reclusione da due a

cinque anni.

*[All'accertamento del reato] Alla sentenza di condanna* consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente da uno a tre anni. La patente è sempre revocata se dallo svolgimento della competizione sono derivate lesioni personali *di cui al comma precedente* o la morte di una o più persone. Con la sentenza di condanna è sempre disposta la confisca dei veicoli dei partecipanti, salvo che appartengano a persona estranea al reato e che questa non li abbia affidati a questo scopo»<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Depenalizzazione di tutte le ipotesi di reato di cui agli artt. 186, 186-bis e 187 del Codice della Strada (*Guida sotto l'influenza dell'alcool e Guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti*), rimodulando le sanzioni amministrative con riferimento alle ipotesi attualmente previste come reati contravvenzionali e prevedendone una ulteriore per il caso in cui il conducente in stato di ebbrezza o di stupefazione provochi un incidente stradale in cui taluno riporti *lesioni personali non costituenti reato* (modificando, rispettivamente, l'art. 186, comma 2-bis e l'art. 187, comma 1-bis), in base alla certificazione, *estesa alla prognosi delle lesioni accertate*, rilasciata dalla struttura sanitaria agli organi di polizia stradale (cfr. art. 186, comma 5).

Abrogazione del comma 9-bis dell'art. 186 e del comma 8-bis dell'art. 187 del Codice della Strada (*Guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti*), riguardanti le sanzioni sostitutive del lavoro di pubblica utilità in caso di condanna per il reato contravvenzionale ivi previsto.

Abrogazione – senza depenalizzazione – dei commi 6 e 7 dell'art. 189 del Codice della Strada, che confluiscono nell'art. 590-nonies (*Omissione di soccorso stradale*), con alcune modifiche volte a razionalizzare la fattispecie e ad armonizzarla con l'art. 593.

Sostituzione dell'art. 186 del C.d.S. (*Guida sotto l'influenza dell'alcool*) con il seguente (sostanzialmente corrispondente, salvo che per le sanzioni, a quello attualmente vigente):

«1. È vietato guidare in stato di ebbrezza **alcolica** [in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche]. [Per l'irrogazione della pena è competente il tribunale]

2. Chiunque guida in stato di ebbrezza è punito, ove il fatto non costituisca [più grave] reato:

a) con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 544 a euro 2.174, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 e non superiore a 0,8 grammi per litro (g/l). All'accertamento della violazione consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da tre a sei mesi;

b) con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma [con l'ammenda] da euro 800 a euro 3.200 [e l'arresto fino a sei mesi], qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,8 e non superiore a 1,5 grammi per litro (g/l). All'accertamento [del reato] della violazione consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da sei mesi ad un anno;

c) con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma [con l'ammenda] da euro 1.500 a euro 6.000, [l'arresto da sei mesi ad un anno,] qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (g/l). All'accertamento [del reato] della violazione consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni. Se il veicolo appartiene a persona estranea al reato, la durata della sospensione della patente di guida è raddoppiata. La patente di guida è sempre revocata [ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI], in caso di recidiva nel biennio. [Con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti, anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena,] È sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stata commessa [il reato] la violazione, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea all'illecito. Ai fini del sequestro si applicano le disposizioni di cui all'articolo 224-ter.

2-bis. Se il conducente in stato di ebbrezza provoca un incidente stradale, le sanzioni di cui al comma 2 del presente articolo e al comma 3 dell'articolo 186-bis sono raddoppiate ed è disposto il fermo amministrativo del veicolo per centottanta giorni, salvo che il veicolo appartenga a persona estranea all'illecito. Qualora per il conducente che provochi un incidente stradale sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (g/l), fatto salvo quanto previsto dal quinto e sesto periodo della lettera c) del comma 2 del presente articolo, la patente di guida è sempre revocata [ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI]. [È fatta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 222].

[2-ter. Competente a giudicare dei reati di cui al presente articolo è il tribunale in composizione monocratica].

[2-quater. Le disposizioni relative alle sanzioni accessorie di cui ai commi 2 e 2-bis si applicano anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti].

2-quinquies. Salvo che non sia disposto il sequestro ai sensi del comma 2, il veicolo, qualora non possa essere guidato da altra persona idonea, può essere fatto trasportare fino al luogo indicato dall'interessato o fino alla più vicina autorimessa e lasciato in consegna al proprietario o al gestore di essa con le normali garanzie per la custodia. Le spese per il recupero ed il trasporto sono interamente a carico del trasgressore.

---

2-sexies. La sanzione pecuniaria prevista dal comma 2 è aumentata da un terzo alla metà quando la violazione è commessa dopo le ore 22 e prima delle ore 7.

[2-septies. Le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante di cui al comma 2-sexies non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa. Le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante].

2-octies. Una quota pari al venti per cento delle [ammenda] sanzioni pecuniarie irrogate [con la sentenza di condanna che ha ritenuto sussistente l'aggravante di cui al comma 2-sexies] è destinata ad alimentare il Fondo contro l'incidentalità notturna di cui all' articolo 6-bis del decreto-legge 3 agosto 2007, n. 117, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 ottobre 2007, n. 160, e successive modificazioni.

3. Al fine di acquisire elementi utili per motivare l'obbligo di sottoposizione agli accertamenti di cui al comma 4, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, secondo le direttive fornite dal Ministero dell'Interno, nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica, possono sottoporre i conducenti ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili.

4. Quando gli accertamenti qualitativi di cui al comma 3 hanno dato esito positivo, in ogni caso d'incidente ovvero quando si abbia altrimenti motivo di ritenere che il conducente del veicolo si trovi in stato di alterazione psicofisica derivante dall'influenza dell'alcool, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, anche accompagnandolo presso il più vicino ufficio o comando, hanno la facoltà di effettuare l'accertamento con strumenti e procedure determinati dal regolamento.

5. Per i conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, l'accertamento del tasso alcolemico viene effettuato, su richiesta degli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, da parte delle strutture sanitarie di base o di quelle accreditate o comunque a tali fini equiparate. Le strutture sanitarie rilasciano agli organi di Polizia stradale la relativa certificazione, estesa alla prognosi delle lesioni accertate, assicurando il rispetto della riservatezza dei dati in base alle vigenti disposizioni di legge. Copia della certificazione di cui al periodo precedente deve essere tempestivamente trasmessa, a cura dell'organo di polizia che ha proceduto agli accertamenti, al prefetto del luogo della commessa violazione per gli eventuali provvedimenti di competenza. Si applicano le disposizioni del comma 5-bis dell'articolo 187.

6. Qualora dall'accertamento di cui ai commi 4 o 5 risulti un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 grammi per litro (g/l), l'interessato è considerato in stato di ebbrezza ai fini dell'applicazione delle sanzioni di cui al comma 2.

7. Salvo che il fatto costituisca [più grave] reato, in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3, 4 o 5, il conducente è punito, per il solo rifiuto, con le sanzioni pecuniarie [le pene] di cui al comma 2, lettera c). La condanna per [il reato] l'illecito di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2, lettera c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione. Con l'ordinanza con la quale è disposta la sospensione della patente, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica secondo le disposizioni del comma 8. [Se il fatto è commesso da soggetto già condannato nei due anni precedenti per il medesimo reato] In caso di recidiva nel biennio, è sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI.

8. Con l'ordinanza con la quale viene disposta la sospensione della patente ai sensi dei commi 2 e 2-bis, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica ai sensi dell'articolo 119, comma 4, che deve avvenire nel termine di sessanta giorni. Qualora il conducente non vi si sottoponga entro il termine fissato, il prefetto può disporre, in via cautelare, la sospensione della patente di guida fino all'esito della visita medica.

9. Qualora dall'accertamento di cui ai commi 4 e 5 risulti un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro, ferma restando l'applicazione delle sanzioni di cui ai commi 2 e 2-bis, il prefetto, in via cautelare, dispone la sospensione della patente fino all'esito della visita medica di cui al comma 8.

[9-bis. Al di fuori dei casi previsti dal comma 2-bis del presente articolo, la pena detentiva e pecuniaria può essere sostituita, anche con il decreto penale di condanna, se non vi è opposizione da parte dell'imputato, con quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000, secondo le modalità ivi previste e consistente nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, o presso i centri specializzati di lotta alle dipendenze. Con il decreto penale o con la sentenza il giudice incarica l'ufficio locale di esecuzione penale ovvero gli organi di cui all'articolo 59 del decreto legislativo n. 274 del 2000 di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. In deroga a quanto previsto dall'articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000, il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria ragguagliando 250 euro ad un giorno di lavoro di pubblica utilità. In caso di svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilità, il giudice fissa una nuova udienza e dichiara estinto il reato, dispone la riduzione alla metà della sanzione della sospensione della patente e revoca la confisca del veicolo sequestrato. La decisione è ricorribile in cassazione. Il ricorso non sospende l'esecuzione a meno che il giudice che ha emesso la

decisione disponga diversamente. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, il giudice che procede o il giudice dell'esecuzione, a richiesta del pubblico ministero o di ufficio, con le formalità di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, tenuto conto dei motivi, della entità e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena sostitutiva con ripristino di quella sostituita e della sanzione amministrativa della sospensione della patente e della confisca. Il lavoro di pubblica utilità può sostituire la pena per non più di una volta]».

*Sostituzione dell'art. 186-bis del C.d.S. (Guida sotto l'influenza dell'alcool per conducenti di età inferiore a ventuno anni, per i neo-patentati e per chi esercita professionalmente l'attività di trasporto di persone o di cose) con il seguente (sostanzialmente corrispondente, salvo che per le sanzioni, a quello attualmente vigente):*

«1. È vietato guidare dopo aver assunto bevande alcoliche e sotto l'influenza di queste per:

a) i conducenti di età inferiore a ventuno anni e i conducenti nei primi tre anni dal conseguimento della patente di guida di categoria B;

b) i conducenti che esercitano l'attività di trasporto di persone, di cui agli articoli 85, 86 e 87;

c) i conducenti che esercitano l'attività di trasporto di cose, di cui agli articoli 88, 89 e 90;

d) i conducenti di autoveicoli di massa complessiva a pieno carico superiore a 3,5 t, di autoveicoli trainanti un rimorchio che comporti una massa complessiva totale a pieno carico dei due veicoli superiore a 3,5 t, di autobus e di altri autoveicoli destinati al trasporto di persone il cui numero di posti a sedere, escluso quello del conducente, è superiore a otto, nonché di autoarticolati e di autosnodati.

2. I conducenti di cui al comma 1 che guidino dopo aver assunto bevande alcoliche e sotto l'influenza di queste sono puniti con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 168 a euro 679, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0 (zero) e non superiore a 0,5 grammi per litro (gli). Nel caso in cui il conducente, nelle condizioni di cui al periodo precedente, provochi un incidente, le sanzioni di cui al medesimo periodo sono raddoppiate.

3. Per i conducenti di cui al comma 1 del presente articolo, ove incorrano negli illeciti di cui all'articolo 186, comma 2, lettera a), le sanzioni ivi previste sono aumentate di un terzo; ove incorrano negli illeciti di cui all'articolo 186, comma 2, lettere b) e c), le sanzioni ivi previste sono aumentate da un terzo alla metà.

4. Le circostanze attenuanti concorrenti con le aggravanti di cui al comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste. Le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.]

5. La patente di guida è sempre revocata [ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI], qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (g/l) per i conducenti di cui alla lettera d) del comma 1, ovvero in caso di recidiva nel triennio per gli altri conducenti di cui al medesimo comma. È fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui [al quinto e] al sesto periodo della lettera c) del comma 2 dell'articolo 186.

6. Si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 6, 8 e 9 dell'articolo 186. Salvo che il fatto costituisca [più grave] reato, in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3, 4 o 5 dell'articolo 186, il conducente è punito con le [pene] sanzioni previste dal comma 2, lettera c), del medesimo articolo, aumentate da un terzo alla metà. L'accertamento della violazione [condanna per il reato] di cui al periodo precedente comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal citato articolo 186, comma 2, lettera c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea al reato. Se il veicolo appartiene a persona estranea al reato, la durata della sospensione della patente di guida è raddoppiata. Con l'ordinanza con la quale è disposta la sospensione della patente di guida, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica secondo le disposizioni del comma 8 del citato articolo 186. [Se il fatto è commesso da soggetto già condannato nei due anni precedenti] In caso di recidiva nel biennio per il medesimo [reato] fatto, è sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI.

7. Il conducente di età inferiore a diciotto anni, per il quale sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0 (zero) e non superiore a 0,5 grammi per litro (g/l), non può conseguire la patente di guida di categoria B prima del compimento del diciannovesimo anno di età. Il conducente di età inferiore a diciotto anni, per il quale sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 grammi per litro (g/l), non può conseguire la patente di guida di categoria B prima del compimento del ventunesimo anno di età. Il conducente di età inferiore a diciotto anni, per il quale sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 grammi per litro (g/l), non può conseguire la patente di guida di categoria B prima del compimento del ventunesimo anno di età».

*Sostituzione dell'art. 187, commi da 1 a 1-quater (attualmente contravvenzionale) del C.d.S., con il seguente (sostanzialmente corrispondente, salvo che per le sanzioni, a quello attualmente vigente):*

«Chiunque guida in stato di alterazione psico-fisica dopo aver assunto sostanze stupefacenti o psicotrope è

Art. 589-sexies (Omicidio sul lavoro)

«1. Chiunque cagiona la morte di una persona per colpa dipendente dalla violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali è punito con la reclusione ... .

2. Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, a chiunque cagiona la morte di più persone, ovvero la morte di una o più persone e le lesioni personali di cui all'art. 590 commi 1 e 2 si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata ...».

---

punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da ... a ... . All'accertamento della violazione consegue in ogni caso la sospensione della patente di guida da uno a due anni.

Se il veicolo appartiene a persona estranea al reato, la durata della sospensione della patente è raddoppiata. Per i conducenti di cui al comma 1 dell'articolo 186-bis del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, le sanzioni di cui al primo [e al secondo periodo del presente] comma sono aumentate da un terzo alla metà.

Si applicano le disposizioni del comma 4 dell'articolo 186-bis del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285. La patente di guida è sempre revocata [ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI, del predetto decreto legislativo], quando il fatto è commesso da uno dei conducenti di cui alla lettera d) del citato comma 1 dell'articolo 186-bis, ovvero in caso di recidiva nel triennio.

[Con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti, anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena, è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato].

[Ai fini del sequestro si applicano le disposizioni di cui all'articolo 224-ter.1-bis del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285].

Se il conducente in stato di alterazione psico-fisica dopo aver assunto sostanze stupefacenti o psicotrope provoca un incidente stradale, le sanzioni di cui al comma 1 sono raddoppiate e [fatto salvo quanto previsto dal settimo e dall'ottavo periodo del comma 1,] [la patente di guida è sempre] *si applica sempre la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida* [revocata] [ai sensi del capo H, sezione H, del titolo VI. È fatta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 222. 1-ter]. [Competente a giudicare dei reati di cui al presente articolo è il tribunale in composizione monocratica]. [Si applicano le disposizioni dell'articolo 186, comma 2-quater. 1-quater].

La [pena] **sanzione** prevista dal comma 1 è aumentata da un terzo alla metà quando il reato è commesso dopo le ore 22 e prima delle ore 7. [Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 186, commi 2-septies e 2-octies].

*Modifiche di coordinamento:*

*Art. 219 (C.d.S.), comma 3-ter:* «3-ter. Quando la revoca della patente di guida è disposta a seguito delle violazioni di cui agli articoli 186, 186-bis e 187, non è possibile conseguire una nuova patente di guida prima di tre anni a decorrere dalla data di accertamento del reato, fatto salvo quanto previsto dai commi 3-bis e 3-ter dell'articolo 222».

*Art. 219 (C.d.S.), comma 3-quater:* «3-quater. La revoca della patente di guida ad uno dei conducenti di cui all'articolo 186-bis, comma 1, lettere b), c) e d), che consegue all'accertamento [di uno dei reati] di una delle violazioni di cui agli articoli 186, comma 2, lettere b) e c), e 187, *nonché la revoca della patente di guida disposta con la sentenza di condanna per i reati indicati dall'art. 222*, costituisce giusta causa di licenziamento ai sensi dell'articolo 2119 del codice civile».

*Art. 222 (C.d.S.), comma 2:* «2. Quando dal fatto derivi una lesione personale colposa **non costituente reato** la sospensione della patente è da quindici giorni a tre mesi. [Quando dal fatto derivi una lesione personale colposa [grave o gravissima] *ai sensi degli articoli 590-bis, 590-quater e 590-quinquies del codice penale*, la sospensione della patente è fino a due anni. Nel caso di omicidio colposo *ai sensi degli articoli 589-bis, 589-ter e 589-quater del codice penale alla condanna ovvero all'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale*, consegue la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida.] [Alla condanna, ovvero all'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i reati di cui agli articoli 589-bis e 590-bis del codice penale consegue la revoca della patente di guida. La disposizione del quarto periodo si applica anche nel caso in cui sia stata concessa la sospensione condizionale della pena]. Il cancelliere del giudice che ha pronunciato la sentenza *di condanna a norma degli articoli 589-bis, 589-ter, 589-quater, 590-bis, 590-quater, 590-quinquies del Codice penale*, divenuta irrevocabile ai sensi dell'articolo 648 del codice di procedura penale, nel termine di quindici giorni ne trasmette copia autentica al prefetto competente per il luogo della commessa violazione, che emette provvedimento [di sospensione o] di revoca della patente e di inibizione alla guida sul territorio nazionale [per un periodo corrispondente a quello per il quale si applica la revoca della patente] nei confronti del soggetto contro cui è stata pronunciata la sentenza».

Art. 590-*duodecies* (Lesioni sul lavoro)

«1. Chiunque cagiona ad una persona le lesioni personali di cui all'art. 590, comma 1, per colpa dipendente dalla violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali è punito con la reclusione ... .

2. Chiunque cagiona ad una persona le lesioni personali di cui all'art. 590, comma 2, per colpa dipendente dalla violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali è punito con la reclusione ... .

3. Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, a chiunque cagioni la lesione di più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata ...».

Art. 590-*terdecies* (Causa di non punibilità)

«1. Nei casi previsti dagli articoli 589-*sexies* e 590-*duodecies* non è punibile chi ha adempiuto le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, ha osservato le buone pratiche validate ai sensi dell'art. 6, ottavo comma, lettera *d*), del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida e le buone pratiche risultino applicabili alla specificità del caso concreto».

Art. 589-*septies* (Non punibilità dell' esercente le professioni sanitarie)

«1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-*bis* non è punibile l' esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un' attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.

2. La colpa è grave<sup>3</sup> quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l' inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell' evento.

3. Se la causazione dell' evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell' esercente la professione sanitaria non è grave.

4. La carenza organizzativa è grave quando l' ente nel quale si svolge l' attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente<sup>4</sup> attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all' erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l' osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure»<sup>5</sup>.

### Decreto legislativo n. 231/2001

Art. 25-*septies* (Omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime sul lavoro)

«1. In relazione al delitto di cui all' articolo 589-*sexies* del codice penale si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a ... . Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all' articolo 9, comma 2, per una durata.

2. In relazione ai delitti di cui all' articolo 590-*duodecies*, commi 1 e 2 del codice penale si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a ... quote. Nel caso di condanna per i delitti di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all' articolo 9,

---

<sup>3</sup> Si è proposto di inserire l' inciso: «ai sensi del primo comma».

<sup>4</sup> Per soddisfare esigenze di armonizzazione con quanto previsto nella proposta di modifica dell' art. 25-*septies*, comma 3, D. Lgs. 231/01, è stata proposta l' eliminazione dell' avverbio «efficacemente».

<sup>5</sup> Resta da valutare l' opportunità di prevedere il regime di procedibilità per esigenze di armonizzazione con le corrispondenti ipotesi in ambito stradale e antinfortunistico.

comma 2, per una durata ...

3. L'ente non è punibile se ha adottato e attuato il documento di cui all'art. 17, comma 1, lett. a) del d.lgs. 81 del 2008».

*Art. 25-sexiesdecies (Omicidio stradale e lesioni stradali)*

«1. In relazione ai delitti di cui agli articoli 589-bis, 589-ter e 589-quater del codice penale, quando una delle persone indicate nell'art. 5, comma 1, violando nell'interesse o a vantaggio dell'ente specifiche norme in materia di sicurezza sul lavoro, o di sicurezza stradale inerenti alla guida di veicoli a motore o di velocipedi, renda possibile la causazione della morte di una persona con violazione di norme sulla disciplina della circolazione stradale, ferma restando ogni altra disposizione del presente decreto, si applica all'ente la sanzione ... .

2. In relazione ai delitti di cui agli articoli 590-bis, 590-quater e 590-quinquies del codice penale, quando una delle persone indicate nell'art. 5, comma 1, violando nell'interesse o a vantaggio dell'ente specifiche norme in materia di sicurezza sul lavoro, o di sicurezza stradale inerenti alla guida di veicoli a motore o di velocipedi, renda possibile la causazione della lesione a un'altra persona con violazione di norme sulla disciplina della circolazione stradale, ferma restando ogni altra disposizione del presente decreto, si applica all'ente la sanzione ...».





*Sottogruppo AIPDP coordinato dal prof. Sergio Seminara  
e composto dai proff. Domenico Pulitanò e Matteo Caputo*

## **RELAZIONE SULLA NUOVA BOZZA DI ARTICOLATO<sup>1</sup>**

*Matteo Caputo*  
(a cura di)

Lo scorso 1° ottobre la bozza di articolato elaborata dal sottogruppo AIPDP incaricato di formulare una proposta di riforma del regime di responsabilità per colpa degli esercenti le professioni sanitarie è stata presentata e sottoposta al dibattito nel corso di un *webinar* organizzato dal prof. A. Castaldo, in collaborazione con DiPLaP - Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale.

Preziose osservazioni sono giunte dal Presidente della IV sezione della Corte di Cassazione, dott. Giacomo Fumu, dall'avv. Gaetano Scalise, dai dott. Matteo Leonida Mattheudakis e Andrea Perin.

Sulla scorta degli spunti migliorativi raccolti, il sottogruppo è tornato a riunirsi il 17 novembre 2021, in una composizione allargata ai dott. Mattheudakis e Perin.

Sono stati ricapitolati i punti qualificanti del progetto di riforma:

1) in linea con le indicazioni ricevute dal Consiglio direttivo dell'AIPDP, volte ad attuare il dettame dell'*extrema ratio* dell'intervento punitivo (anche) nel campo sanitario, àncora la punibilità della colpa medica alla soglia della colpa grave in rapporto a tutte le matrici della colpa generica e della colpa specifica;

2) consapevole dei limiti insiti in ogni tentativo definitorio, prova a fornire una definizione del concetto di colpa grave in ambito sanitario, debitrice della formulazione coniata dal Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale dell'Università Cattolica del Sacro Cuore;

3) si prefigge di valorizzare l'incidenza del contesto, mercé un richiamo esplicito al testo dell'art. 2236 c.c., in dialogo con la dottrina e la giurisprudenza della IV sezione della Cassazione, che da tempo ha rimarcato l'importanza da annettere in via interpretativa alla regola di giudizio sottesa alla disposizione codicistica, allo scopo di dare spazio a valutazioni che riguardano sia la misura oggettiva sia la misura soggettiva dell'illecito colposo;

4) si congeda dal riferimento alle linee guida, in ragione degli scarsi risultati prodotti dall'ingresso dei saperi codificati nell'art. 590-*sexies* c.p. e nell'interpretazione giurisprudenziale, che ha coltivato l'artificiosa distinzione tra errori nella fase di individuazione e nella fase di applicazione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, conducendo a una sterilizzazione applicativa della causa di non punibilità;

5) apre a una più diffusa considerazione dell'impatto prodotto dall'agire od omettere delle organizzazioni complesse sulla colpa del singolo operatore.

Nel quadro di un largo consenso addensatosi intorno all'impostazione prescelta, le proposte correttive sono state per lo più indirizzate a enfatizzare la necessità che la colpa si accerti sempre in concreto, attraverso un'analisi approfondita del contesto nel quale si svolge la prestazione

---

<sup>1</sup> Le precedenti bozze e rispettive relazioni devono intendersi integralmente richiamate.

sanitaria, in modo da mettere in evidenza non solo le difficoltà dell'atto dell'esercente le professioni sanitarie, ma anche una serie di ulteriori situazioni che possono incidere sul tasso di esigibilità del comportamento alternativo doveroso.

L'esigenza di meglio coniugare, all'interno dell'articolato, la concretizzazione della cautela con l'individualizzazione del giudizio ha sospinto il sottogruppo ad accogliere una proposta di riscrittura del testo che, facendo tesoro del recente esempio incarnato dall'art. 3-*bis* d.l. 1° aprile 2021, n. 44, aggiunge alla definizione della colpa grave (comma 2) una serie di indici sintomatici, non esaustivi, suscettibili di aiutare il giudice nella valutazione del grado della colpa (comma 3).

Al netto di taluni ritocchi formali che hanno interessato la rubrica, il comma 1 e il comma 2 (dove si è preferito ricorrere alla sintetica locuzione di «regola cautelare», senza riproporre le definizioni di colpa generica e di colpa specifica presenti nel vigente art. 43 c.p.), il sottogruppo ha dunque condiviso l'utilità di una più articolata specificazione dei fattori che possono complicare la prestazione sanitaria, anche quella routinaria, sì da rendere legittimo il ricorso alla pena solo in caso di colpa grave.

Per altro verso, e nonostante le autorevoli sollecitazioni provenienti dal Presidente Fumu e dall'avv. Scalise, è stata mantenuta ferma la scelta di non inserire le linee guida nell'elenco delle fonti la cui violazione dà vita a una contestazione a titolo di colpa specifica, nella persuasione che siano troppe le incertezze che avvolgono l'affidabilità cautelare delle raccomandazioni di comportamento clinico e non trascurabili i rischi per la libertà terapeutica e di deresponsabilizzazione del personale sanitario connessi alla loro ipostatizzazione normativa.

Del pari, pur apparendo stimolante la prospettiva di dedicare un'apposita previsione alle prestazioni plurisoggettive, rimarcando il ruolo fondamentale giocato dal principio di affidamento, il sottogruppo ha concluso che siffatto principio dispieghi una valenza non settoriale, che merita di essere esplicitata in una norma di parte generale.

«Non punibilità dell’ercente le professioni sanitarie»	«Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario»
<p>«1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-<i>bis</i> non è punibile l’ercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un’attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.</p> <p>2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l’inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell’evento.</p> <p>3. Se la causazione dell’evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell’ercente la professione sanitaria non è grave.</p> <p>4. La carenza organizzativa è grave quando l’ente nel quale si svolge l’attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all’erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l’osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure».</p>	<p>«1. Se i fatti di cui agli articoli 589, 590 e 593-<i>bis</i> sono commessi nell’esercizio delle professioni sanitarie, la responsabilità penale è esclusa salvo che la colpa sia grave.</p> <p>2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole cautelari è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell’evento.</p> <p>3. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della speciale difficoltà dei problemi affrontati, delle condizioni di lavoro e delle risorse disponibili, del tipo di rischio da gestire e della concreta situazione operativa, del livello di esperienza e di conoscenze tecnicoscientifiche possedute, delle motivazioni della condotta, delle gravi carenze organizzative.</p> <p>4. La carenza organizzativa è grave quando l’ente nel quale si svolge l’attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all’erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l’osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure».</p>



# IL REGIME DI RESPONSABILITÀ PENALE DELL'ESERCENTE UNA PROFESSIONE SANITARIA

Matteo Caputo

**Sommario:** 1. Lo stato dell'arte; 2. Una interessante prospettazione dottrinale; 3. Le indicazioni emerse nel Convegno AIPDP di Napoli; 4. Le direttrici di fondo di un'altra possibile opzione riformatrice; 5. La proposta di articolato: il "nuovo" art. 590-*sexies* c.p.; 6. Obiettivi politico-criminali e peculiarità della disciplina abbozzata: un'analisi comma per comma; 7. Appendice di comparazione.

## 1. Lo stato dell'arte

Animati dallo scopo di arginare il fenomeno della medicina difensiva, gli interventi normativi in campo penale-sanitario – d.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. "d.l. Balduzzi"); l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. "l. Gelli-Bianco") – hanno alimentato una tendenza politico-criminale di sostanziale favore nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie, che ruota intorno a due capisaldi: la comparsa delle linee guida come elemento da considerare con particolare attenzione nella valutazione della responsabilità penale dell'operatore sanitario (soluzione che costituisce un *unicum* nel panorama dell'Europa continentale, mentre trova significativi appigli nell'esperienza di *Common Law*, come documentato nel Convegno AIPDP di Torino del 9-10 novembre 2018) e la punibilità subordinata alla prova di un grado della colpa che attesti una marcata distanza dalla regola cautelare che doveva osservarsi.

Sotto questo profilo, è a tutti noto che le Sezioni Unite, con sentenza del 22 febbraio 2018, n. 8770, pronunciandosi sul significato da annettere all'art. 590-*sexies* c.p., introdotto dall'art. 6 della l. Gelli-Bianco, hanno suggellato una interpretazione a un tempo "creativa" – per il ritorno di una soglia di graduazione della colpa, assente nel testo della disposizione – e "restrittiva", in quanto la non punibilità è stata confinata esclusivamente all'errore lieve da imperizia nella fase di esecuzione di linee guida selezionate correttamente.

Un risultato assai modesto in termini di deflazione processuale, e che non pare possa seriamente contribuire a diminuire la mole delle pratiche difensivistiche, atteso che il "vecchio" e abrogato art. 3 del c.d. decreto Balduzzi, come comprovato dalla giurisprudenza, si mostra più favorevole della nuova disposizione sotto svariati aspetti (v. Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770).

Deve inoltre rilevarsi come l'art. 590-*sexies* c.p. sia rimasto pressoché inapplicato, se si eccettua una sentenza del Tribunale di Parma<sup>1</sup>. Il deludente riscontro è da ricondursi, oltre che alla non immediata intellegibilità dell'enunciato normativo, alla scarsa vitalità dell'art. 5 della l. Gelli-Bianco, che attribuisce all'Istituto Superiore di Sanità il compito di validare le linee guida elaborate dalle associazioni scientifiche e che, ove rispettate e adeguate alle specificità del caso concreto, consentono di guadagnare l'esonero da responsabilità penale<sup>2</sup>.

Nel frattempo, la giurisprudenza, recependo alcune proposte dottrinali, e al fine di dare

---

<sup>1</sup> Cfr. Trib. Parma, 4 marzo 2019, n. 1584, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 aprile 2019, con nota di M.L. MATTHEUDAKIS, *Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-*sexies*, co. 2, c.p.*

<sup>2</sup> Sono solo tre le linee guida che l'Istituto Superiore di Sanità ha finora ritenuto munite di requisiti tali da autorizzarne un impiego processuale in favore degli esercenti le professioni sanitarie ai sensi degli artt. 5 e 6 della l. Gelli-Bianco (ultimo controllo svolto sul sito dell'Istituto in data 10 gennaio 2020).

concreta attuazione al disposto dell'art. 590-*sexies* c.p., altrimenti inservibile per l'assenza di un sufficiente numero di linee guida "di legge" cui appellarsi, ha problematicamente ammesso la possibilità di equiparare alle buone pratiche le linee guida che non abbiano ancora superato il sindacato dell'Istituto Superiore di Sanità (v. Cass., Sez. IV, 21 marzo 2019, n. 28102).

## 2. Una interessante prospettazione dottrinale

Per fronteggiare l'insoddisfazione conseguente a un primo bilancio della novella, non mitigata dai *dicta* delle Sezioni Unite, il prof. Cristiano Cupelli ha recentemente formulato una pregevole proposta di riforma, pubblicata sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, impegnandosi a riscrivere l'art. 590-*sexies* c.p. in modo da rimuovere le criticità riscontrate nell'analisi del testo vigente e nella lettura offerta dalla Corte regolatrice:

«L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si attiene alle raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, alle buone pratiche clinico-assistenziali, non risponde penalmente per colpa lieve, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida o buone pratiche risultino adeguate alle specificità del caso concreto»<sup>3</sup>.

Tra gli aspetti qualificanti da ascrivere alla nuova formulazione si contano:

- a) l'eliminazione del riferimento esclusivo all'imperizia, che comporta oggi una retrocessione delle altre due matrici della colpa generica;
- b) l'esplicitazione del limite della colpa lieve, con ripresa della soluzione contenuta nell'art. 3 del d.l. Balduzzi;
- c) l'adesione all'opzione legislativa che ha attribuito rilievo primario alle linee guida di cui all'art. 5 della l. Gelli-Bianco.

## 3. Le indicazioni emerse nel Convegno AIPDP di Napoli

Nel corso del Convegno AIPDP svoltosi a Napoli (30-31 maggio 2019), è affiorata una sostanziale condivisione circa la fragilità della scelta di affidare al rispetto o meno delle linee guida la selezione delle condotte colpose penalmente rilevanti.

La maggiore determinatezza connessa alla predeterminazione di parametri di riferimento dell'agire clinico non sembra superare una serie di obiezioni concernenti:

- a) i numerosi limiti manifestati dal genere "linee guida" (inutile ripercorrerne qui l'elenco);
- b) l'impossibilità di predicare una loro connaturata vocazione cautelare;
- c) le dispute su cosa realmente debba intendersi per "osservare/attenersi/rispettare le linee guida" e, più nello specifico, l'artificialità di una distinzione tra errore nella fase di individuazione/selezione della linea guida pertinente ed errore nella fase di applicazione della linea guida adeguata alle circostanze del caso concreto, fortemente contestata in ambito medico-legale perché poco rispondente alla pratica clinica.

Venendo alla *pars construens*, un elemento che il Sottogruppo ha ritenuto meritevole di

---

<sup>3</sup> Cfr. C. CUPELLI, *L'anamorfofi dell'art. 590-*sexies* c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1994 ss. La proposta è poi confluita nel d.d.l. S. 1533, presentato in data 8 ottobre 2019, dal titolo "Modifica dell'articolo 590-*sexies* del codice penale in materia di responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario", a firma dell'on. G. PITTELLA.

considerazione risiede nella valorizzazione che la giurisprudenza ha conferito alla regola di giudizio inglobata nell'art. 2236 c.c., e al conseguente rilievo che nella valutazione della *malpractice* deve essere riconosciuto al contesto nel quale si è svolta la prestazione, alla natura e al livello di rischio che ha inciso sulla difficoltà del compito, ai fattori soggettivi e organizzativi che possono aver influenzato la condotta: tutti aspetti che impongono – *ça va sans dire*, ma è bene rimarcarlo – la necessità di procedere sempre a un accertamento della colpa *ex ante* e in concreto (v. Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770).

Nel dibattito seguito all'esposizione delle relazioni, degne di attenzione sono state le raccomandazioni del prof. Adelmo Manna - che ha invitato il Sottogruppo a cimentarsi con l'impresa di definire il concetto di colpa grave – e dell'avv. Gaetano Scalise – che ha sottolineato l'importanza di non disperdere i punti qualificanti la «Proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico», formulata dal Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale dell'Università Cattolica del Sacro Cuore nel 2010.

#### 4. Le direttrici di fondo di un'altra possibile opzione riformatrice

Preso atto dell'incoraggiamento a procedere su questa strada, ricalcato nella relazione conclusiva del convegno napoletano dal prof. Massimo Donini, e fatto tesoro dei suggerimenti poc'anzi ricordati, il Sottogruppo – giovatosi più di recente del consulto del prof. Gabrio Forti – ha confermato la scelta di battere una pista diversa da quella seguita nelle novelle legislative, privilegiando il tentativo di profilare una elaborazione alternativa dei parametri di imputazione della responsabilità per colpa degli esercenti le professioni sanitarie, attraverso la messa in discussione della centralità finora assegnata alle linee guida dagli artt. 5 e 6 della l. Gelli-Bianco, e prima ancora dall'art. 3 del d.l. Balduzzi.

Sulla scorta del confronto con l'esperienza comparatistica, dell'analisi della letteratura (anche extra-penale) e della giurisprudenza, il Sottogruppo ha provato ad allestire un nuovo regime di responsabilità penale per gli esercenti le professioni sanitarie coerente con le coordinate di seguito dettagliate:

I) tenuto conto di quanto elaborato in termini generali nel progetto del sen. prof. Roland Riz<sup>4</sup>, prevedere una cristallizzazione nel campo penale della regola di razionalità contenuta nell'art. 2236 c.c., in modo da realizzare tre significativi risultati:

a) mantenere nell'area del penalmente rilevante solo la colpa grave, anche per meglio distinguerla dalla colpa civile;

b) dare spazio a una valutazione del contesto, del tipo di rischio creato dalla violazione della cautela e della misura soggettiva della colpa, nel quadro di un accertamento da condurre in una prospettiva *ex ante* e in concreto, e aperto alla valutazione delle prestazioni rese in forma plurisoggettiva;

c) rendere la riforma della responsabilità medica un laboratorio per sperimentare una soluzione che, incentrata sul rapporto tra difficoltà/complessità della prestazione e tipo di rischio per la salute del paziente, si candidi a essere esportata anche in altri settori professionali, a prescindere dalla presenza o meno di saperi positivizzati.

Si confida per tale via di riuscire a sdrammatizzare le tensioni con il principio di eguaglianza, poiché la proposta aspira a dar vita a una “norma pilota” pensata in prima battuta per il settore sanitario, ma dalle evidenti potenzialità espansive (si pensi ad altri campi di materie, come la sicurezza sul lavoro; e ad altre branche professionali, come il controllo del volo aereo, la

---

<sup>4</sup> «Se l'evento è conseguenza di prestazione d'opera che implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, l'imperizia deve essere grave» (art. 39 del d.d.l. n. 2038, presentato al Senato il 2 agosto 1995).

protezione civile etc.), una volta che si radichi il convincimento per cui alla speciale difficoltà della prestazione deve sempre corrispondere un atteggiamento giudiziale comprensivo, che inneschi la reazione penale solo al sostanzarsi di un livello di colpa elevato.

II) Prevedere che la valorizzazione della regola di giudizio ricavabile dall'art. 2236 c.c. sia sganciata dalla natura strettamente "tecnica" del problema, in modo da assicurare la non punibilità anche a ipotesi di negligenza o imprudenza non gravi, così ampliando notevolmente il perimetro della irrilevanza penale. Rimane ferma, del resto, la responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria, come previsto dalle normative in vigore in numerosi altri ordinamenti.

III) Prevedere che, affrancandosi dal rilievo diretto delle linee guida, l'impianto normativo prescindendo dalla controversa distinzione tra momento selettivo e momento esecutivo, in modo da favorire un'equiparazione, quanto a gradiente di difficoltà, all'attività terapeutica dell'attività diagnostica, irragionevolmente discriminata dal vigente art. 590-*sexies* c.p.

IV) Prevedere un recupero del ruolo delle linee guida sul piano processuale e organizzativo. Senza frustrare l'impegno dell'Istituto Superiore di Sanità, è forse possibile valorizzare i saperi positivizzati sui terreni della prova della colpa professionale e della costruzione di modelli di gestione del rischio clinico.

In questa prospettiva, l'aderenza alla linea guida non comunica l'osservanza di regole cautelari, ma contribuisce a dimostrare l'inserimento dell'attività sanitaria all'interno di una sfera di rischio consentito e, per tale via, a fornire elementi utili alla valutazione di un diverso bilanciamento tra rischio e responsabilità, cui possa seguire una eventuale riduzione della perizia/diligenza/prudenza esigibile, e quindi una indicazione non trascurabile circa il grado della colpa.

Anche la dimensione organizzativa può giovare delle linee guida, là dove esse contengano indicazioni che si rivelino utili alla gestione del rischio clinico all'interno delle organizzazioni sanitarie, contribuendo a ridurre il numero degli eventi avversi evitabili.

V) Prevedere che il riconoscimento di un grave deficit organizzativo dell'ente sanitario possa fondare l'esclusione della responsabilità per colpa grave dell'esercente le professioni sanitarie. La crescente consapevolezza della genesi organizzativa di numerosi errori commessi in ambito diagnostico e terapeutico consiglia di mettere fine alla ricerca del capro espiatorio e di rilanciare la lezione delle scienze della sicurezza che invitano a favorire l'apprendimento dagli errori incentivando il *self reporting*, mercé una marginalizzazione del ricorso alla sanzione, foriera di chiusure opportunistiche che non aiutano a stabilire l'eziologia multifattoriale degli incidenti, né fanno progredire sulla strada della prevenzione.

Anziché chiedere «Chi è stato?», pare più promettente domandare «Com'è successo?», e il passaggio da una "cultura della colpa" di stampo inquisitorio a una "cultura della prevenzione" di stampo organizzativo si realizza normativamente, in deroga all'art. 41 c.p., con l'espressa negazione della gravità della colpa imputabile al singolo, ove si dimostri l'esistenza di una grave, concomitante o pregressa carenza organizzativa dell'ente nel quale l'esercente le professioni sanitarie svolge i propri compiti e che ha determinato la verifica dell'evento avverso.

La configurazione di una imputazione penale per colpa grave a carico dell'individuo come residuale rispetto a una ricostruzione sistemica dell'incidente, nella quale sia possibile scomporre l'insieme degli elementi che hanno portato alla causazione dell'evento, fa sì che il rimprovero alla persona fisica possa mantenersi vivo solo allorché, pur essendosi accertato che il soggetto si sia discostato dalle regole di diligenza-prudenza-perizia nascenti da giudizi di prevedibilità-evitabilità formulati secondo il punto di vista del c.d. agente modello, siano altresì da escludere, in base a un'analisi del decorso causale allargato al piano organizzativo, fattori significativamente ascrivibili a tale piano.



## 5. La proposta di articolato: il “nuovo” art. 590-*sexies* c.p.

«Non punibilità dell’ esercente le professioni sanitarie»

«1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-*bis* non è punibile l’ esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un’ attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.

2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l’ inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell’ evento.

3. Se la causazione dell’ evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell’ esercente la professione sanitaria non è grave.

4. La carenza organizzativa è grave quando l’ ente nel quale si svolge l’ attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all’ erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l’ osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure».

## 6. Obiettivi politico-criminali e peculiarità della disciplina abbozzata: un’ analisi comma per comma

L’ ambizione della proposta – che implica l’ abrogazione dell’ attuale art. 590-*sexies* c.p., con effetti positivi sotto il profilo della successione di leggi nel tempo – è duplice e risiede, per un verso, nel riconoscimento accordato alle insidie che contornano la sfida professionale per garantire la sicurezza delle cure attraverso una corretta gestione del rischio clinico, tra le quali spiccano le complicazioni derivanti dalla esecuzione delle prestazioni sanitarie in ambienti complessi e contraddistinti da notevole “turbolenza organizzativa”; e, per l’ altro, nello sforzo di fronteggiare la medicina difensiva conferendo sostanza al dettame dell’ *extrema ratio*.

Rispetto al passato, il cambio di passo sta in una più coraggiosa “depenalizzazione”, da ottenere attraverso una ragionevole restrizione dell’ area dei comportamenti colposi ai quali agganciare la responsabilità penale nell’ area della *malpractice*. Si badi: questa depenalizzazione è per molti versi già in atto, basti guardare al numero esiguo di sentenze di condanna pronunciate dalla Corte di Cassazione, o, al contrario, alla quantità di decreti di archiviazione resi nella fase delle indagini preliminari e di sentenze di non luogo a procedere pronunciate al termine dell’ udienza preliminare. Una depenalizzazione prasseologica che fa rilevare come il sistema abbia già, nei fatti, assorbito l’ idea del *nulla poena sine culpa medica gravi*, sintonizzandosi, in modo non sempre lineare e pienamente avveduto, con le soluzioni da tempo praticate in altri ordinamenti presi a confronto.

Al contempo, l’ occasione per ripensare il regime di responsabilità penale di un particolare settore della criminalità colposa si presta – come osservato prima – a essere sfruttata per affermare un principio di politica criminale intorno al quale circola un consenso diffuso: nel campo dei reati colposi commessi nell’ esercizio di attività professionali che esibiscano elevati coefficienti di difficoltà, il ricorso a sanzioni privative della libertà personale si giustifica solo in presenza di situazioni venute da colpa grave, ovvero da errori intollerabili, marchiani e che denotano un atteggiamento di profonda indifferenza e inaccettabile superficialità nei confronti dei rischi fatti correre al bene tutelato.

Il principio in parola è puntellato da acquisizioni di teoria della pena: non è soltanto la risaputa insufficienza della comminatoria edittale a incidere sulla prevenzione dei reati colposi

a consigliare un graduale congedo dalla pena detentiva. Anche sotto il versante della rieducazione, bisogna ammettere come oggi un esercente le professioni sanitarie che abbia scontato il carcere per una colpa non grave, avendo smarrito la domestichezza con il *day by day* operativo, finisca per tramutarsi in un professionista che espone a maggior pericolo i futuri pazienti.

La promessa della non punibilità, come detto, mostra invece di essere recettiva di quelle impostazioni teoriche che assumono come dato fondamentale la consapevolezza della fallibilità umana e della corresponsabilità delle organizzazioni nella causazione e prevenzione degli errori.

Non solo: il “nuovo” art. 590-*sexies* c.p. vorrebbe contribuire a spostare il fuoco dell’attenzione da approcci tipici del c.d. *Value Based Healthcare*, nei quali il paziente è posto al centro dell’assistenza sanitaria e viene... prima di tutto («*Patient First*») ad approcci ispirati al c.d. *Human Value Based*, nei quali l’essere umano è parte di una visione globale inclusiva. Ne discende che è la relazione paziente-operatori sanitari ad assumere preminenza, poiché tanto i pazienti quanto il personale sono visti come esseri umani “in relazione”, portatori di esigenze diverse ma complementari.

In sintesi: è riconoscendo anche i problemi, le attese e i limiti degli esercenti le professioni sanitarie che si tutelano i pazienti. In questo senso, la nuova disposizione si propone di intercettare il valore della relazione di cura e di bilanciare l’irrinunciabile interesse alla tutela della salute con una impegnativa valorizzazione degli spazi di libertà e di errore dell’agire clinico (in questa direzione pare collocarsi, ad esempio, la l. 22 dicembre 2017, n. 219).

## **I) Le novità della rubrica.**

«Non punibilità dell’esercente le professioni sanitarie».

Si segnala all’attenzione del lettore:

1) la rubrica attesta l’esistenza di una fattispecie di non punibilità, il cui fondamento sostanziale, come detto *supra*, sta *in primis* nella presa d’atto delle particolari caratteristiche che conformano l’agire clinico, e che conducono a rivendicare l’esigenza di un trattamento differenziato in ragione delle difficoltà affrontate nell’esecuzione della prestazione.

Accanto a siffatta motivazione, vi è un argomento di opportunità politico-criminale, che fa ravvisare nella leva penale un meccanismo disfunzionale al contrasto di pratiche difensivistiche e, in ultima analisi, rischioso per la tutela della salute dei pazienti;

2) La coesistenza delle due *rationes* – riconsiderazione del livello di esigibilità della prestazione/ricerca di un livello avanzato di sicurezza delle cure per il tramite di una maggiore serenità professionale da infondere alle classi di esercenti le professioni sanitarie – segna la creazione di una fattispecie complessa, tra la causa di esclusione della colpevolezza e la causa di non punibilità *tout court*.

Quale che sia la configurazione prescelta – il Sottogruppo si esprime in favore della prima, rilevando come risultino preminenti i sintomi tipici delle scusanti – la fattispecie esibisce una conformazione soggettiva che non consente un’automatica trasposizione ad altri esercenti le professioni sanitarie che interagiscano con l’autore (si pensi al caso dell’*équipe*). Nondimeno, costoro potranno invocarla a titolo personale, purché ne ricorrano tutti i requisiti.

## **II) Le novità del primo comma.**

«Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-bis non è punibile l’esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un’attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave».

Si segnala all'attenzione del lettore:

1) in esordio la disposizione opera un rinvio ai casi di cui agli artt. 589, 590 e 593-*bis* c.p. La menzione esplicita dell'interruzione colposa di gravidanza tra i fatti contemplati dalla legge come reato esprime una particolare attenzione per le situazioni critiche che possono manifestarsi nei reparti di ostetricia e ginecologia;

2) il diretto rimando all'enunciato del già evocato art. 2236 c.c. risolve la dibattuta questione della diretta applicazione nel campo penale di una regola di giudizio propria della responsabilità civile, ma che in realtà si fa portavoce di un principio generale dell'ordinamento, autorizzando una deroga espressa all'art. 43 c.p.

Il sintagma trasmette l'intenzione del Sottogruppo di aderire a quella giurisprudenza di legittimità che ha rimarcato, sulla scia dell'insegnamento della Corte Costituzionale, il valore da riconoscere al contesto nel quale è stata eseguita la prestazione: la "speciale difficoltà" può scaturire da numerosi fattori, di tipo personale, gestionale, economico (si pensi alle risorse a disposizione) etc., e si apre alla considerazione della esigibilità della prestazione e alla possibilità di riconnettere la c.d. misura soggettiva della colpa anche a dati anagrafico/biografici o alla situazione psicologica vissuta in concreto dall'esercente le professioni sanitarie (si pensi alla responsabilità del medico specializzando);

3) la proposta sceglie di puntare sul concetto di colpa grave, anziché sul concetto di colpa lieve, codificato invece dal d.l. Balduzzi.

Solo la colpa grave è dunque punibile, mentre resta non punibile ogni forma di colpa inferiore alla grave: una soluzione – il Sottogruppo ne è pienamente consapevole – che amplia di molto gli spazi della irresponsabilità penale e che, facendosi carico di attivare il penale all'occorrenza di una misura elevata di colpa, sancisce una ragionevole equivalenza con l'intervento della responsabilità per danno erariale, anch'essa subordinata alla prova (del dolo o) della colpa grave (v. art. 9 della l. 24/2017);

4) la scomparsa del qualificativo "tecnici" riferito al sostantivo "problemi ... di speciale difficoltà" mira a ottenere un ulteriore allargamento dell'area della non punibilità, vietando all'interprete di allegare l'esonero da responsabilità penale ai soli casi di "colpa speciale", ossia di imperizia.

L'estensione della non punibilità segna una tangibile variazione di percorso rispetto all'itinerario avviato dalla Corte costituzionale (sulla scorta di un'importante intuizione del prof. Alberto Crespi), poi vivificato da un robusto filone della Corte di Cassazione, e in ultimo precipitato nel vigente art. 590-*sexies* c.p., che ancora l'impunità alla sfera della sola "colpa tecnica".

Le difficoltà di discernere in concreto fra le tre "sorelle" della colpa generica (sulla intrinseca opinabilità, nella distinzione tra i diversi profili della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentano di delineare, in termini tassativi, ontologiche diversità nelle regole cautelari, v. Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283), con le disparità di trattamento che ne seguono, suggeriscono di estendere il limite della colpa grave anche ai casi di negligenza e imprudenza: una soluzione poi ribadita nel comma 2 attraverso l'evocazione dei compendi di colpa generica e colpa specifica di cui all'art. 43 c.p. Il *mix* tra minaccia della pena solo per colpa grave ed eliminazione di filtri tra le *species* di colpa generica concorre a restringere ulteriormente il perimetro dell'area di rischio penale.

Si tratta di un... "passo più lungo della gamba"? Prendere sul serio l'*extrema ratio* significa sapere che all'arretramento del penalmente rilevante non corrisponde un'assenza di tutela. La comparazione insegna che civile e assicurativo sono in grado di occupare efficacemente gli spazi lasciati vuoti dal penale, senza che se ne avverta la mancanza, in relazione a un fascio di

attività non solo lecite, ma di fondamentale utilità sociale.

### III) Le novità del secondo comma.

«La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento».

Si segnala all'attenzione del lettore:

1) il comma ospita una definizione di colpa grave, largamente debitrice del summenzionato Progetto del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale (ora Alta Scuola "Federico Stella" sulla Giustizia Penale). Pur nella consapevolezza che: 1) *omnis definitio in iure periculosa est*; 2) che è estremamente difficile approdare a una descrizione della categoria della colpa grave definitivamente appagante; 3) che ben si poteva limitare la futura novella alla enucleazione di una disposizione contenente il solo primo comma, per affidare alla giurisprudenza di merito la concretizzazione dei casi di gravità della colpa, da individuare sulla base dei criteri forniti dalla giurisprudenza di legittimità (v. Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770); nondimeno, il Sottogruppo ha reputato preferibile soddisfare esigenze di precisione e tassatività, allineandosi alle richieste del Consiglio Direttivo dell'AIPDP, e ha così fornito una indicazione all'interprete che si regge su due diversi elementi, quello di cospicua violazione di una regola cautelare e quello di rischio irragionevole che si rispecchia nell'evento.

Come emerso nel Progetto di ricerca cui si faceva cenno, si è ritenuto anche in questa sede «di dare spazio, dal punto di vista concettuale, alla distinzione – ben nota alla dottrina di lingua tedesca – tra *Leichtfertigkeit* e *grobe Fahrlässigkeit*: mentre la *Leichtfertigkeit* rappresenta sostanzialmente la “mancata percezione di un rischio prevedibile e alto”, la *grobe Fahrlässigkeit* si presenta come la violazione di una regola cautelare di ampio spettro e perciò come una violazione crassa, un discostamento molto rilevante dalla regola cautelare. La formulazione proposta mostra di tenere in considerazione entrambi i profili, parametrando la valutazione in tema di gravità della colpa tanto sotto il profilo “qualitativo/intensivo”, ancorato alla natura della regola cautelare violata, quanto sotto l'aspetto “quantitativo/estensivo”, da verificare in rapporto sia alla entità del discostamento dal comportamento doveroso, sia alla frequenza (o addirittura sistematicità) delle violazioni commesse».

Con riferimento allo scarto dalla regola preventiva, onde evitare che si contesti la colpa grave per violazioni minime, epperò foriere di eventi di danno che possono assumere macro-dimensioni, si richiede che la deviazione/inosservanza si colori della “particolare rilevanza”. Si tratta di una soluzione terminologica impiegata nel Progetto di riforma del Codice penale elaborato dalla Commissione presieduta dall'on. avv. Giuliano Pisapia (art. 13, comma 1, lett. e) dell'articolato)<sup>5</sup>. Ergo, non qualsivoglia discostamento dalla regola cautelare, ricorrendo gli

---

<sup>5</sup> «Art. 13 - Dolo, colpa, colpa grave -

1. Prevedere che:

a) nessuno sia punito per un fatto previsto dalla legge come reato se non lo abbia commesso con dolo, salvo i casi di reato colposo espressamente previsti dalla legge;

b) il reato sia doloso quando l'agente si rappresenti concretamente e voglia il fatto che lo costituisce;

c) il reato sia doloso anche quando l'agente voglia il fatto, la cui realizzazione sia rappresentata come altamente probabile, solo per averlo accettato, e ciò risulti da elementi univoci, salva in tal caso l'applicazione di un'attenuante facoltativa;

d) il reato sia colposo quando il fatto, anche se rappresentato, non sia voluto dall'agente e questi lo realizzi come conseguenza concretamente prevedibile ed evitabile dell'inosservanza di regole di diligenza, di prudenza o di perizia o di altre regole cautelari stabilite da leggi, regolamenti, ordini o atti di autonomia privata;

e) la colpa sia grave quando, tenendo conto della concreta situazione anche psicologica dell'agente, sia

altri requisiti della definizione, potrà fondare un rimprovero a titolo di colpa grave, ma solo uno iato profondo, apprezzabile dal giudice di merito, che –in linea con la giurisprudenza sull’art. 2236 c.c. – segnali un errore macroscopico, grossolano, un tradimento madornale e inaccettabile delle *leges artis*.

In relazione al concetto di “rischio irragionevole”, poi, va rilevato come si tratti di nozione ampiamente esplorata dalla giurisprudenza penale, con risultati convincenti e largamente condivisibili, alla quale si salda l’esplicitazione di una necessaria “ricaduta”, la prova della “concretizzazione del rischio” nell’evento lesivo.

Per l’operatività del nuovo art. 590-*sexies* c.p. occorrerà assicurare che il soggetto sia rimproverato e punito “proprio” perché il rischio generato dalla sua condotta gravemente colposa si è effettivamente concretizzato nell’evento oggetto di contestazione.

Perché venga pienamente rispettato il principio di colpevolezza, l’accusa dovrà quindi dimostrare – secondo il consueto canone probatorio dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” – che l’evento dannoso sia stato proprio la conseguenza della violazione (marchiana) di una regola cautelare la cui finalità era appunto quella di prevenire eventi del tipo di quello verificatosi a danno del paziente. In questo modo, i test sul c.d. scopo della norma violata e sull’efficienza causale del c.d. comportamento alternativo doveroso trovano una spessa evidenza normativa, alla quale non potranno sottrarsi né le parti né il giudice.

L’enunciato, infine, fa mostra di essere conforme agli ultimi approdi giurisprudenziali, che considerano la valutazione della natura e del livello di rischio innescato dalla condotta uno snodo da approfondire processualmente con particolare attenzione (v. Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770; Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343);

2) la formulazione ricalca con minime variazioni la disposizione “a coppia” (colpa generica/colpa specifica) alloggiata nell’art. 43 c.p., che “occupa” il posto lasciato libero dall’eliminazione del riferimento alle linee guida e alle buone pratiche. La riproduzione ha un doppio valore: aggancia il *safe harbour* a qualunque *species* di colpa, superando l’imbuto dell’imperizia, e riconfigura il rilievo delle linee guida come elemento che, insieme ad altri, può contribuire a delimitare la soglia del rischio consentito, senza che l’osservanza/inosservanza del sapere positivizzato si traduca automaticamente in un esonero/affermazione di responsabilità penale, assecondando tracciati argomentativi presenti in dottrina e nella giurisprudenza più avvertita (v. Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237);

3) a ben vedere, la “dialettica” tra primo e secondo comma fa sì che, ancorché la prova del grado della colpa s’incentri sulla valutazione dello scarto dalla cautela dovuta e sulla correlazione tra evento e tipo di rischio, entrambi i test non possano non risentire di quanto previsto dal primo comma, con riguardo ai “problemi di speciale difficoltà”.

È questa locuzione che consente di innervare un’indagine *prima facie* oggettivistica, come quella richiesta dal comma 2, di componenti di tipo personalistico, oltre che di tipo contestuale e organizzativo.

4) una parte significativa del Progetto del Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale riguardava la promozione di programmi di giustizia riparativa, il cui svolgimento, a determinate condizioni, comportava nei casi di colpa grave la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero per estinzione del reato, previa audizione della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa.

Il Sottogruppo ha deciso di non introdurre nell’articolato la complessa e analitica disciplina, anche di taglio processualistico, che permette di conseguire un esito liberatorio nonostante la gravità della colpa ascritta all’esercente la professione sanitaria, ma ritiene tale congegno

---

particolarmente rilevante l’inosservanza delle regole ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili;

f) quando da un fatto previsto come reato derivi per colpa un’ulteriore conseguenza, si applichino le regole del concorso formale di reati, se per la conseguenza ulteriore la legge preveda la responsabilità per colpa».

meritevole di approfondimento e rinvia al dibattito che seguirà la pubblicazione del presente documento la valutazione circa l'opportunità di arricchire la regolamentazione dei casi di *malpractice* di ulteriori previsioni dedicate alle impegnative modalità da osservare per impedire l'inflazione della pena detentiva a fronte di condotte venute da un grado di colpa particolarmente elevato.

#### **IV) Le novità del terzo comma.**

«Se la causazione dell'evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell'esercente la professione sanitaria non è grave».

Si segnala all'attenzione del lettore:

1) si istituisce una sorta di equazione normativa, o presunzione assoluta, in favore dell'esercente la professione sanitaria, stabilendo che la colpa della persona fisica non è mai grave, e da ciò deriva l'ottenimento della non punibilità, se l'evento è stato determinato da fattori causali di natura organizzativa imputabili all'ente nel quale si è svolta l'attività sanitaria.

La grave carenza impedisce di punire un soggetto che pure, in ipotesi, versi in colpa grave, se si dimostra che con essa concorre un grave deficit ascrivibile all'organizzazione. Va da sé che l'evento lesivo dovrà risultare una concretizzazione del rischio creato dalla lacuna organizzativa: come per la persona fisica, occorrerà dunque provare che le carenze addebitabili alla struttura abbiano attivato un rischio che si sia rispecchiato nell'evento;

2) la previsione rappresenta una deroga alla disciplina delle concause di cui all'art. 41 comma 2 c.p., perché parifica i deficit organizzativi preesistenti o simultanei alle cause sopravvenute, conferendo espressa rilevanza a trame causali di matrice organizzativa che, qualora ne si provi l'effettiva incidenza rispetto all'evento avverso, vengono accreditate della capacità di escludere il rapporto di causalità fra l'azione o l'omissione e l'evento, a onta delle intersezioni con condotte umane anche gravemente colpose di esercenti le professioni sanitarie.

Anche questa soluzione concorre ad ampliare lo spettro della non punibilità e risponde, peraltro, all'opportunità politico-criminale di delocalizzare quote di responsabilità in capo agli enti, impegnandoli in tal modo a investire sul piano della gestione e formazione del personale, dell'alimentazione dei flussi informativi, del rispetto delle procedure, dei sistemi di controllo interno (riferiti anche all'uso delle risorse) – in due parole: a investire nella “prevenzione sistemica” – se vogliono evitare di essere... “investiti” da un aumento del contenzioso da responsabilità della struttura;

3) il concetto di “grave carenza organizzativa” presenta (almeno) due significativi addentellati normativi. Uno diretto, l'art. 13 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (gli artt. 17 e 25 parlano di “carenza organizzativa”), che il terzo comma riproduce in larga parte, dando risalto al contributo dell'ente nella causazione dell'evento lesivo. E uno indiretto, l'art. 9 comma 5 della l. Gelli-Bianco, il quale precisa come ai fini della quantificazione del danno, nell'azione di responsabilità amministrativa, per dolo o colpa grave, sostenuta nei confronti dell'esercente la professione sanitaria dal pubblico ministero presso la Corte dei Conti, si debba tener conto «delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato».

#### **V) Le novità del quarto comma.**

«La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e

gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure».

Si segnala all'attenzione del lettore:

1) il Sottogruppo non si è sottratto al compito di fornire una definizione di grave carenza organizzativa, e ha inteso agganciarla alle violazioni del c.d. *clinical risk management* e al conseguente inadempimento dell'impegno a garantire "cure sicure" per rendere effettivo il diritto alla salute. Non a caso, la formulazione dell'art. 1 della l. Gelli-Bianco viene ripresa nell'articolato allo scopo di caratterizzare la specificità e l'importanza dei modelli di gestione del rischio clinico<sup>6</sup>;

2) il riferimento ai modelli organizzativi da adottare ed efficacemente attuare rende palese l'assonanza con i *compliance programs* che fungono da perno della disciplina della responsabilità degli enti dipendente da reato *ex d.lgs. 231/2001*. Occorre considerare che tale indicazione apre a un possibile, futuro collegamento con il d.lgs. 231/2001, ma che tale collegamento deve intendersi tutt'altro che obbligato, poiché la disposizione funziona così com'è, senza far leva sull'ennesimo ampliamento del catalogo degli illeciti fonte di imputazione per l'ente. La previsione dà vita a un'autonoma causa di responsabilità per l'organizzazione, abbia essa natura pubblica o privata, da verificare sul fronte del risarcimento del danno, e non preclude l'emersione di profili di responsabilità individuale, anche penale, dei dirigenti cui siano da ricondurre le gravi mancanze della persona giuridica che hanno determinato la causazione dell'evento avverso;

3) la mancata adozione e inefficace attuazione di modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, non costituisce l'unico oggetto di prova per predicare l'esistenza di una ipotesi di grave carenza organizzativa. Perché venga esclusa la rilevanza penale della persona fisica a titolo di colpa grave, occorrerà dimostrare, altresì, che la condotta dell'ente costituisce un fattore di rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.

L'enunciato trae spunto dalla nozione di "prodotto sicuro" contenuta nell'art. 103, comma 1, lett. a) del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), e imperniata sulla necessità che il prodotto «non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e di sicurezza delle persone».

Spostando l'asse della valutazione dalla persona fisica alla persona giuridica, si è preferito qualificare il rischio in termini di "compatibilità/incompatibilità", anziché in termini di "ragionevolezza/irragionevolezza", come avviene nel comma 2. Ne segue che la lacuna organizzativa non sarà grave se, oltre all'adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi di prevenzione e gestione del rischio clinico – che ogni struttura sanitaria degna di questo nome dovrebbe già possedere – si accerterà che l'evento avverso è concretizzazione di un rischio compatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.

---

<sup>6</sup> «Art. 1 - Sicurezza delle cure in sanità -

1. La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività.

2. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative.

3. Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale».

Si potrà opinare che a sostanziare il concetto di grave carenza organizzativa sarebbe bastato l'inadempimento del "dovere modellistico", senza bisogno di inserire un requisito aggiuntivo, in quanto l'adozione ed efficace attuazione del *compliance program* dovrebbe di per sé garantire sulla compatibilità dei rischi con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.

Premesso che non tutte le carenze organizzative sono necessariamente intercettate dai modelli di gestione del rischio clinico, a parere del Sottogruppo l'inciso svolge due funzioni significative: tiene alto l'impegno alla prevenzione degli eventi prevedibili ed evitabili da parte della struttura (da parametrare in concreto, come lo stesso art. 103 c. cons. dispone nei commi successivi), sul presupposto che l'organizzazione è a un tempo fonte di maggiori rischi, ma anche capace di maggiore sicurezza rispetto ai pur apprezzabili sforzi individuali; ribadisce l'esistenza di una quota di rischio ineliminabile, e quindi consente, che nessuna dedizione organizzativa potrà mai debellare: è il caso, per fare un esempio, delle infezioni nosocomiali, che la letteratura medico-legale ammonisce essere inevitabili entro una certa quota di tolleranza.

Sotto quest'ultimo aspetto, la proposta ambisce a costruire un argine normativo agli automatismi giurisprudenziali registrati in "materia 231", alla stregua dei quali se un reato è stato commesso ciò è dipeso dal fatto che il modello era sicuramente inadeguato. Per fronteggiare la pernicioso logica del *post hoc propter hoc*, si è ritenuto di vincolare le parti e il giudice a uno scrutinio maggiormente scrupoloso, volto ad acclarare l'esistenza di un rischio clinico che l'organizzazione aveva il dovere di prevedere e governare sulla base di riconosciuti standard di sicurezza delle cure (si pensi, per fare un esempio, alle acquisizioni dell'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità di cui all'art. 5 della l. Gelli-Bianco);

4) ove la carenza organizzativa non sia grave, ma abbia influito significativamente sulla colpa grave dell'esercente la professione sanitaria, la penale rilevanza della condotta della persona fisica non sarà esclusa, sebbene il giudice potrà tenere in debito conto l'incidenza del fattore organizzativo ai fini della commisurazione della pena;

5) si consideri, infine, che nella valutazione degli standard organizzativi esigibili dalla struttura sanitaria ben potranno tornare utili linee guida di settore: uscite dalla porta della (diretta) responsabilità penale dell'esercente le professioni sanitarie, possono contribuire alla strutturazione e all'analisi dei modelli di *clinical risk management*, come anche a riempire di contenuto il concetto di compatibilità/incompatibilità con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.

## 7. Appendice di comparazione

Proposta del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale	Art. 3 d.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv. con modific. in l. 8 novembre 2012, n. 189	Art. 590- <i>sexies</i> c.p.	Proposta del prof. Cristiano Cupelli	Proposta dell'AIPDP
Morte o lesioni come conseguenze di condotta colposa in ambito sanitario	Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie	Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario	Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario	Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie
1. L'esercente una professione	1. L'esercente la professione	1. Se i fatti di cui agli articoli 589 e	1. L'esercente la professione	1. Nei casi previsti dagli artt.



<p>sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli artt. 589 e 590 solo in caso di colpa grave.</p> <p>2. Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.</p>	<p>sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. [...]</p>	<p>590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.</p> <p>2. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.</p>	<p>sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si attiene alle raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, alle buone pratiche clinico — assistenziali, non risponde penalmente per colpa lieve, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida o buone pratiche risultino adeguate alle specificità del caso concreto.</p>	<p>589, 590 e 593-bis non è punibile l'esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un'attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.</p> <p>2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.</p> <p>3. Se la causazione dell'evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell'esercente la professione sanitaria non è grave.</p> <p>4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività</p>
--	---	---	---	---

*Risultati del gruppo di lavoro*

				sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.
--	--	--	--	--

# **TUTELA PENALE DELLA SICUREZZA SUL LAVORO, LINEE-GUIDA E “BUONE PRASSI”.**

## **Considerazioni per una proposta di modifica degli artt. 589 e 590 c.p. in materia di infortuni sul lavoro**

*Alberto De Vita*

**Sommario:** 1. La costruzione dei sistemi complementari e integrati di tutela penale e amministrativa nei contesti leciti di base; 2. Le conseguenze del ricorso ai modelli “complementari” e “integrati” di tutela penale-amministrativa: il «reato come rischio sociale» e la crisi del principio di responsabilità colpevole; 3. Il diritto penale del lavoro come sistema “misto” di tutela penale-amministrativa; 4. Proposte per la rivalutazione dell’elemento psicologico e per la riaffermazione della selettività penale nei contesti leciti di base: il paradigma della responsabilità medica e il modello delle “linee-guida”.

### **8. La costruzione dei sistemi complementari e integrati di tutela penale e amministrativa nei contesti leciti di base**

Il Testo Unico della sicurezza sul lavoro (Tusl) emanato con il D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, ha inaugurato un “nuovo corso” del sistema di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Aderendo all’impostazione offerta dalla normativa europea, è stato attribuito un ruolo preminente alle procedure organizzative dirette ad una più efficace ed efficiente organizzazione e gestione della prevenzione in azienda<sup>1</sup>.

Tale approccio, nell’ambito del quale particolare rilevanza ha assunto l’elaborazione di “buone prassi” dirette alla migliore e più efficace valutazione dei rischi<sup>2</sup>, ha determinato un processo di aggiornamento dei modelli sanzionatori operanti nei settori “a rischio di base consentito”<sup>3</sup>, elaborati dal legislatore soprattutto nel corso degli anni Novanta.

Proprio nel 1990, quando l’uso di modelli sanzionatori diretti alla costruzione di «aree complementari» o di «aree integrate» di tutela per il controllo di talune attività umane rilevanti<sup>4</sup> non aveva ancora raggiunto la massima diffusione, una nota e lungimirante ricerca<sup>5</sup> già avvertì che la conseguenza dell’espansione di tali costruzioni legislative sarebbe stata — ed era già — la trasformazione del reato in un pervasivo «rischio sociale», con il conseguente (ulteriore) smottamento del terreno sul quale si fondano le garanzie penalistiche.

Pochi anni dopo, in occasione del citato studio sul ruolo che possono giocare le sanzioni amministrative nel controllo e nella repressione della criminalità economica<sup>6</sup>, fu definita come «area complementare» di tutela il modello d’interazione tra controllo penale e amministrativo

---

<sup>1</sup> In tal senso, G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata*, in AA. VV., *Salute e sicurezza sul lavoro*, a cura di G. NATULLO, Utet, 2015.

<sup>2</sup> V. *infra*, par. 4.

<sup>3</sup> Sull’argomento, con riferimento precipuo alla responsabilità medica, v. R. BLAIOTTA, *Colpa e gestione del rischio in situazioni complesse* (intervento all’incontro “Chi valuta, chi decide, chi giudica” organizzato presso il Dipartimento della Protezione Civile a Roma il 14 ottobre), in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2012.

<sup>4</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. Trim. Dir. pen. econ.*, 1993, 1021 ss.

<sup>5</sup> F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Il Mulino, 1990.

<sup>6</sup> C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, cit.

nel quale alla sanzione amministrativa compete un ruolo, appunto, di *complementarità* rispetto alla sanzione penale. Questo modello può realizzarsi in due modi: nel primo la tutela apprestata può definirsi “polarizzata”, «si impernia, cioè, su alcune macro-fattispecie (penali) espressive delle modalità di aggressione tipicamente più lesive dei beni giuridici, contornate da una “rete”, distesa intorno ai medesimi beni giuridici, di precetti “ordinatori” o “preventivi” (figure di pericolo astratto, omissioni pure, illeciti di mera disobbedienza), tutti presidiati dalla sanzione amministrativa»<sup>7</sup>; un secondo tipo di «area complementare di tutela» predisponde per uno stesso interesse, una tutela “stratificata” dove fattispecie amministrative e penali si avvicendano, senza soluzione di continuità, «secondo una progressione regolata da parametri *quantitativi* (spesso, addirittura secondo soglie di valore — di gravità — *monetizzate*)»<sup>8</sup>.

Nel modello dell’area *integrata* di tutela, invece, alla sanzione penale-criminale viene attribuita la funzione di “strumento di chiusura” del sistema di controllo<sup>9</sup>. In tale sistema, il ruolo centrale viene riconosciuto all’organo di controllo che esercita una supervisione diretta delle attività ad esso soggette e non si limita ad intervenire solo *ex post*, con la sanzione penale o amministrativa. In tale contesto l’organo può utilizzare anche le potenzialità che lo strumento amministrativo offre per la prevenzione dell’illecito *ex ante*, esercitando una pressione diretta sui destinatari delle regole stesse<sup>10</sup> affinché vi si adeguino.

## **9. Le conseguenze del ricorso ai modelli “complementari” e “integrati” di tutela penale-amministrativa: il «reato come rischio sociale» e la crisi del principio di responsabilità colpevole**

Anche per effetto del ricorso a tali tecniche di tutela, è nell’ambito della legislazione speciale che il principio della responsabilità penale colpevole conosce importanti deroghe. Invero, l’esigenza che il soggetto sia chiamato a rispondere soltanto del fatto proprio, che sia a lui ascrivibile anche psicologicamente, in quanto posto in essere con dolo o, quanto meno, con colpa, risulta difficile da soddisfare nell’ambito dei modelli “misti” di tutela penale, essenzialmente incentrati su paradigmi istituzionali di governo e di controllo di attività umane lecite ma potenzialmente lesive di interessi collettivi o individuali, attraverso la predisposizione di regole tecniche<sup>11</sup>.

I modelli di governo delle attività umane, in molti settori regolati dalla legislazione penale speciale (legislazione antinfortunistica, diritto finanziario, antiriciclaggio, normativa antinquinamento, regolamentazione urbanistica ecc.), sono costruiti sulla base di norme

---

<sup>7</sup> C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa*, cit., 1031. Un esempio di tale modello, secondo l’Autore, poteva essere rappresentato proprio dal sistema sanzionatorio delineato all’epoca nella legge delega n. 499/93 in materia di lavoro. Le leggi di attuazione della delega, tuttavia, in alcuni casi hanno creato un sistema più complesso, nel quale sono presenti, oltre alle “classiche” fattispecie penali e amministrative, meccanismi di “incentivazione” all’osservanza (tardiva) del precetto, come nel sistema delle prescrizioni delineato dal D. Lgs. 19 dicembre 1994 n.758.

<sup>8</sup> C.E. PALIERO, *op. ult. cit.*, 1031.

<sup>9</sup> C.E. PALIERO, *op. ult. cit.*, 1034; cfr. altresì D. PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del Crs, Giuffrè, 1987, 38, il quale, proprio in materia di reati a soggetto passivo indeterminato, assegna alla pena criminale una funzione di «sanzione di chiusura» per la repressione di comportamenti incompatibili con il modello di governo di volta in volta programmato per determinate attività ma, sembra di poter dire, attribuendovi un significato diverso: v. *infra*, nel testo.

<sup>10</sup> In termini, C.E. PALIERO, *op. ult. cit.*, 1033-1034.

<sup>11</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, cit., 39.

extrapenali il cui complesso costituisce dei veri e propri «ordini pubblici tecnologici»<sup>12</sup>. In tali ambiti, la violazione delle regole che presidiano il *modello di governo* delle attività è punita con incriminazioni che, pertanto, assumono il ruolo di “norme di chiusura” idonee a garantire la “tenuta” del modello, assolvendo ad una funzione meramente sanzionatoria. L’ordinamento e la norma penale diventano funzionali alla conservazione o raggiungimento dell’equilibrio materiale espresso dalle suddette regole tecniche: l’obiettivo consiste nell’osservanza della regola in quanto conformità oggettiva alla regola stessa. La *trasgressione* viene punita come dato disfunzionale — “disutile” — rispetto al perseguimento dell’utilità e del fine prefissato. Esula da tale schema qualsiasi profilo “moralistico” di rimprovero della disobbedienza<sup>13</sup>: *la violazione assume una natura impersonale*, interessa soltanto l’avvenuta trasgressione oggettivamente considerata ed accertata.

D’altra parte, anche l’esame degli indirizzi giurisprudenziali elaborati con riferimento a questi sistemi di tutela, costruiti attorno alla combinazione di sanzioni amministrative e penali, dimostra lo stretto legame esistente tra le tecniche di tutela adottate dal legislatore penale complementare e la svalutazione, in termini sia politico-criminali sia dogmatici, dell’elemento soggettivo del reato.

Vi sono poi settori, come quello riguardante la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, nei quali gli illeciti di pericolo astratto sono puniti, senza una vera progressione, sia con sanzioni amministrative, sia con fattispecie contravvenzionali. Il delitto interviene solo nei casi di pericolo concreto o di danno. In questo modello, che potremmo definire “misto”, a differenza di quanto avviene nelle aree “integrata” e “complementare” di tutela, manca una reale ed esplicita “divisione di compiti” tra diritto penale-criminale e diritto penale-amministrativo. La conseguenza è che il diritto penale in senso stretto vede mortificato il proprio ruolo, perde tendenzialmente qualsiasi efficacia stigmatizzante e finisce, inconsapevolmente, con l’essere considerato come uno strumento di controllo sociale come gli altri (anzi, talvolta meno severo degli altri). Ciò che oggi minaccia realmente la “selettività” del diritto penale in senso stretto è l’utilizzazione della sanzione criminale per funzioni di “governo” delle attività umane invece che di tutela di beni, funzioni che non gli sono proprie e che producono il fenomeno noto con il nome di “amministrativizzazione” della tutela penale<sup>14</sup>. Il diritto penale diventa strumento di governo come gli altri, intercambiabile magari con essi: «*sanzione penale ed imposta finiscono così col coincidere per struttura e per funzione*»<sup>15</sup>.

Per una reale selettività dell’intervento *stricto sensu* penale (o penale-criminale) è necessaria una previa presa di coscienza della perseguibilità di funzioni (soprattutto preventive), che finora sono state attribuite esclusivamente alla sanzione penale-criminale, anche attraverso altri strumenti sanzionatori. In questo senso, l’affinità di natura, l’«osmosi» del diritto punitivo parapenale con i principi strettamente penalistici dovrebbe rendere più consapevole il legislatore dell’opportunità di scelta tra diversi tipi di sanzione. Una scelta che, ovviamente, non può essere

---

<sup>12</sup> F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, 1990, 19.

<sup>13</sup> Cfr. F. D’AGOSTINO, *Sanzione e pena nell’esperienza giuridica*, Giappichelli, 1987, 16 ss.

<sup>14</sup> Sul punto cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale*, Vol 1: *Delitti contro la persona*, Cedam, 1995, 5, dove l’illustre Autore nel definire l’attuale stato della legislazione penale, la descrive come una «“nebulosa” delle leggi penali, usate come strumento di governo della società e non di tutela di beni; delle leggi compromissorie, dalla formulazione indeterminata, e valutative; delle leggi privilegianti potenti gruppi sociali; delle leggi vuote, simboliche, magiche, volte soltanto a declamare la sollecitudine nella lotta contro certe forme di criminalità; delle leggi “ermafrodite”, aventi la forma di legge, ma la sostanza di atti amministrativi; delle “leggine” clientelari, corporative, per lo scambio del voto elettorale con privilegi particolari; delle leggi-espediente, del caso per caso, per sopravvivere giorno per giorno e pressoché sempre male; delle leggi “burocratiche”, meramente sanzionatorie di generici precetti extrapenali; nonché delle leggi tecnicamente sciatte, ispirantisi alla “logorrea legislativa”, allo “spreco delle fattispecie”, alla “libertà di parola” (per non dire “alla parola in libertà”), e di sempre più ardua comprensione».

<sup>15</sup> F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 36 (i corsivi sono aggiunti).

arbitraria ma che dev'essere operata guardando all'*offensività* del fatto, criterio idoneo, seppure non da solo, a fungere da "pietra angolare" della selettività penalistica.

In questa prospettiva va letto anche il riferimento al valore paradigmatico del nuovo diritto penale dell'economia, poiché le disposizioni punitive, in questo settore ancora più che in altri, rappresentano il risultato di *bilanciamenti d'interessi* sui quali fondano la loro stessa legittimazione. Invero, le cd. esternalità negative<sup>16</sup>, che derivano dalla gran parte delle attività produttive, rappresentano altrettanti pericoli o lesioni di beni giuridici appartenenti, il più delle volte, a comunità indeterminate di persone<sup>17</sup>. Ne deriva che, accanto alla finalità di tutela di tali beni giuridici fondamentali, messi in pericolo da attività, al tempo stesso, "pericolose" ma anche socialmente necessarie, c'è l'esigenza di consentirne comunque lo svolgimento, almeno entro certi limiti. L'individuazione di tali limiti è il risultato del bilanciamento.

Appare chiaro, a questo punto, il motivo per il quale proprio *nel settore degli illeciti economici il diritto penale-amministrativo trova il proprio terreno elettivo di sperimentazione e di realizzazione*. Invero, è qui che l'orizzonte classico della politica criminale viene stravolto: nei «contesti leciti di base» costituiti dalle attività economiche, infatti, il "problema penale" non consiste più nel verificare fino a che punto la "devianza" può essere tollerata, ovvero nel risolvere i conflitti che ne derivano in modi diversi dalla coercizione<sup>18</sup>. Non si tratta, in altri termini, di evitare che vengano poste in essere determinate condotte, bensì di *governare* alcune attività umane in modo che non mettano in pericolo (ovvero, più realisticamente, non mettano *troppo* in pericolo) i beni giuridici sui quali incidono o possono incidere. E poiché *governare* è, per definizione, un'attività *amministrativa*, ecco allora che il problema "classico" dei limiti della politica criminale viene capovolto: la questione che si pone, invero, non è più quella di ricercare dei «sostitutivi penali»<sup>19</sup> diretti a prevenire attività devianti, ma è la stessa pena criminale che diventa (*deve* diventare) un "sostitutivo" del controllo amministrativo su attività umane dal canto loro perfettamente lecite e, anzi, necessarie<sup>20</sup>.

In tali settori d'intervento, dunque, la «politica penale»<sup>21</sup> dev'essere connessa «con un orizzonte politico più vasto: come tecnica giuridica specifica, la pena (la coercizione) ha uno spazio non determinabile in modo autonomo, ma solo all'interno di una politica sociale complessiva, in cui altri piani d'intervento vengono o possono venire in considerazione»<sup>22</sup>. Se dunque il diritto penale è «la forma nella quale obiettivi di politica criminale vengono tradotti in termini giuridicamente validi»<sup>23</sup>, quando tali obiettivi riguardano il governo complessivo di

<sup>16</sup> Sulla relativa nozione cfr. F. PICA, *Economia pubblica*, Giappichelli, 1987, 151, il quale definisce le «esternalità» come effetti esterni, vantaggiosi o svantaggiosi per la comunità, che sono connessi a scelte di consumo o di produzione di un individuo, senza che chi compie la scelta sia, a seconda dei casi, compensato, o paghi un indennizzo.

<sup>17</sup> Sia consentito rinviare a A. DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato*, Jovene, 1999, 17 ss.

<sup>18</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in AA. VV., *Diritto penale in trasformazione*, cit., 49.

<sup>19</sup> In tal modo capovolgendo il significato della tradizionale terminologia di E. FERRI, *Dei sostitutivi penali*, in *Arch. psych. antrop. crim. e sc. pen.*, 1880 (I), 80 s.; ID., *Sociologia criminale*, vol. I, Fratelli Bocca, 1929, 472 s.

<sup>20</sup> Si tratta infatti di condotte che, all'interno dell'ordine pubblico tecnologico, vengono inserite in un'area di «liceità condizionata» dove ciò che conta per determinarne l'illiceità non è l'offesa al bene, bensì il mero rispetto dell'ordine normativo creato (cfr. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 13 ss.).

<sup>21</sup> Intesa come «politica del diritto penale» e quindi in un'accezione più ridotta rispetto alla «politica criminale» che, viceversa, non ha come oggetto i soli strumenti della giustizia penale, bensì l'intera gamma degli interventi idonei ad incidere sul fenomeno sociale della criminalità: sul punto cfr. F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in *Quest. crim.*, 1975, 221 ss.; cfr. altresì G. VASSALLI, *Politica criminale e sistema penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, 1006 ss.; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., 6 ss.

<sup>22</sup> D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 48.

<sup>23</sup> Secondo l'icastica definizione di C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, ESI, 1998, 68. Sul punto cfr. le considerazioni di F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 10, e di L. PETTOELLO MANTOVANI, *Pensieri sulla politica criminale*, ivi, 1998, 22 ss.

attività umane lecite (per lo più di attività produttive), essi non possono trovare una “formalizzazione” appropriata nelle sole sanzioni penali in senso stretto, bensì in un sistema sanzionatorio articolato ed integrato composto da strumenti sanzionatori diversi. L’aver voluto “forzare” tali obiettivi di “governo” entro la forma rigida del diritto penale-criminale è all’origine del fenomeno noto come “ipertrofia” del diritto penale<sup>24</sup>.

## 10. Il diritto penale del lavoro come sistema “misto” di tutela penale-amministrativa

Nella materia della prevenzione degli infortuni sul lavoro, come si è accennato, è stata costruita un’«area complementare» di tutela, nella quale illeciti amministrativi e contravvenzionali puniscono “a tappeto” tutte le condotte “disfunzionali”, mentre i delitti intervengono solo per sanzionare le fattispecie più pericolose o gravemente lesive e connotate da un maggiore disvalore d’evento. Si tratta di un *leit motiv* che segna la continuità della legislazione in materia dal D. Lgs. 626/1994 al vigente Tusl.

Come si è più volte rilevato, nonostante le impegnative e ricorrenti professioni di fede nei principi di offensività e di colpevolezza da parte del legislatore — e taluni vincoli in tal senso provenienti dai criteri di criminalizzazione contenuti nelle periodiche leggi comunitarie — l’obiettivo della vigente legislazione penale speciale sembra essere ancora, come già in passato, la mera salvaguardia degli *scopi* dell’ordinamento, che viene perseguita talvolta secondo valutazioni del tutto slegate dalla concreta lesività del fatto<sup>25</sup> e, soprattutto, dalla verifica circa l’esistenza di un nesso psicologico tra la condotta dell’agente e l’evento. *Il profilo soggettivo del fatto viene riassunto nella posizione di garanzia rivestita dal soggetto*, come appare evidente, ad esempio, da una sia pur rapida ricognizione della normativa in materia antinfortunistica.

Nella materia antinfortunistica — sotto questo profilo davvero emblematica — la rilevata marginalità della partecipazione psicologica dell’autore al reato, comune ai diversi campi del diritto penale complementare, assurge a vero e proprio paradigma di riferimento per l’imputazione del fatto. Una delle caratteristiche di tale tipo di normazione, infatti, è la creazione di una legislazione “precaria” perché «nasce come manufatto semilavorato che viene elaborato, approvato, pubblicato, diventa sì vigente ma viene poi affidato alla realtà pratica per il suo rodaggio», sicché «la legge nasce come sperimentale»<sup>26</sup>.

Si sviluppa in questo modo, anche nel sistema di prevenzione degli incidenti sul lavoro, un diritto giurisprudenziale che vive delle interazioni tra legislazione penale e processo, e che può essere meglio compreso attraverso un approccio al «sistema penale» (diritto sostanziale, diritto processuale, discipline criminologiche) improntato alla teoria generale dei sistemi, in modo da cogliere le interazioni tra i singoli elementi. In particolare, anche dopo la riforma del D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, si conferma l’idea per la quale *la “marginalizzazione” del ruolo giocato dall’elemento psicologico deriva, più che da consapevoli opzioni politico-criminali, da esigenze strettamente processuali di soluzione delle difficoltà probatorie poste dalla dimostrazione della partecipazione psicologica dell’autore al fatto*. Tale finalità si aggiunge all’ulteriore motivo della svalutazione dell’elemento psicologico nell’ambito degli elementi del reato, rappresentato dall’orientamento della legislazione penale diretto alla punizione di illeciti di mera trasgressione, nei quali il precetto risulta privo di qualsiasi dimensione o *ratio*

---

<sup>24</sup> Sull’argomento, tra gli altri, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 29 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Perdita di legittimazione*, cit., 26 ss.; C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit., *passim*.

<sup>25</sup> Con alcune significative eccezioni, tra le quali è da annoverare la riforma del diritto penale societario operata dal D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, sulla cfr. A. ALESSANDRI, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 993 ss.

<sup>26</sup> In tal senso, F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1194 ss.

prenormativa, poiché non mira né ad orientare i comportamenti umani in funzione della protezione di beni, né in funzione dell'acquisizione di fedeltà ai valori. Invero, in una legislazione penale di tal genere *il nesso psicologico tra soggetto e fatto, inteso come rappresentazione o rappresentabilità di un risultato dannoso quale conseguenza del comportamento dell'agente, viene meno, poiché il precetto non ha alcuna funzione di tutela effettiva di beni giuridici*: di conseguenza non c'è alcun risultato della propria condotta, dannoso o pericoloso, che il soggetto possa rappresentarsi.

In tale contesto, l'effettività delle previsioni normative non può essere affidata ai paradigmi del "diritto penale incerto ed efficace" perché la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori non si realizza solo con astratte previsioni normative ma garantendo l'effettività di quelle tutele nei luoghi di lavoro. Proprio a questa esigenza di effettività risponde la previsione di articolati percorsi procedurali nella predisposizione e implementazione di sistemi di prevenzione in azienda (in particolare, la valutazione dei rischi) e la rilevanza attribuita ai modelli organizzativi e gestionali idonei a garantire un effettivo perseguimento di elevati livelli di prevenzione e di sicurezza del lavoro<sup>27</sup>. Si tratta quindi di seguire il percorso indicato dalle disposizioni e strategie europee che individuano nella programmazione e della prevenzione lo strumento per assicurare il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza anche attraverso l'adozione di codici di condotta e "buone prassi", accentuando il ruolo del fattore organizzativo a fini prevenzionali.

## **11. Proposte per la rivalutazione dell'elemento psicologico e per la riaffermazione della selettività penale nei contesti leciti di base: il paradigma della responsabilità medica e il modello delle "linee-guida"**

L'estensione dell'operatività delle linee guida e delle "buone prassi" alla materia antinfortunistica trova già oggi un riferimento normativo nell'art. 6 del Tusi<sup>28</sup> che prevede

---

<sup>27</sup> Così G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., 16 ss.

<sup>28</sup> Il testo attuale dell'art. 6 Tusi è il seguente: «Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro

1. Presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è istituita la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro. La Commissione è composta da:

- a) un rappresentante del Ministero del lavoro e delle politiche sociali con funzioni di presidente;
- b) un rappresentante del Ministero della salute;
- c) un rappresentante del Ministero dello sviluppo economico;
- d) un rappresentante del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- e) un rappresentante del Ministero dell'interno;

f) un rappresentante del Ministero della difesa, un rappresentante del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, un rappresentante del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca o un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica quando il Presidente della Commissione, ravvisando profili di specifica competenza, ne disponga la convocazione;

g) sei rappresentanti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, designati dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano;

h) sei esperti designati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale;

i) sei esperti designati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale;

- l) tre esperti in medicina del lavoro, igiene industriale e impiantistica industriale;
- m) un rappresentante dell'ANMIL.

...

4. La Commissione si avvale della consulenza degli istituti pubblici con competenze in materia di salute e sicurezza sul lavoro e può richiedere la partecipazione di esperti nei diversi settori di interesse.

...

8. La Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro ha il compito di:



l'istituzione presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali di una «Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro» alla quale sono attribuiti, per quanto interessa in questa sede, compiti di validazione di buone prassi in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 6, co. 8, lett. *d*) Tusl) e di elaborazione di procedure standardizzate di effettuazione della valutazione dei rischi per le microimprese, per le piccole imprese e per le imprese che operano in settori di attività a basso rischio di infortuni e malattie professionali (art. 6, co. 8, lett. *f*) Tusl). Si tratta di un organismo che eredita, incrementandoli, i compiti della «Commissione consultiva permanente per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro», di cui agli artt. 393 e 394 del d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547, come sostituiti dall'art. 26 del d. lgs. 19 settembre 1994, n. 626.

Inoltre, l'approccio prevenzionistico fondato sull'instaurazione di *rule based behaviours* è chiaramente espresso dall'art. 16, co. 3, Tusl che, con riferimento al dovere di vigilanza del datore di lavoro in caso di delega di funzioni, prevede che «l'obbligo di cui al primo periodo si

---

a) esaminare i problemi applicativi della normativa di salute e sicurezza sul lavoro e formulare proposte per lo sviluppo e il perfezionamento della legislazione vigente;

b) esprimere pareri sui piani annuali elaborati dal Comitato di cui all'articolo 5;

c) definire le attività di promozione e le azioni di prevenzione di cui all'articolo 11;

d) validare le buone prassi in materia di salute e sicurezza sul lavoro;

e) redigere annualmente, sulla base dei dati forniti dal sistema informativo di cui all'articolo 8, una relazione sullo stato di applicazione della normativa di salute e sicurezza e sul suo possibile sviluppo, da trasmettere alle commissioni parlamentari competenti e ai presidenti delle regioni;

f) elaborare, entro e non oltre il 31 dicembre 2010, le procedure standardizzate di effettuazione della valutazione dei rischi di cui all'articolo 29, comma 5, tenendo conto dei profili di rischio e degli indici infortunistici di settore. Tali procedure vengono recepite con decreto dei Ministeri del lavoro e della previdenza sociale, della salute e dell'interno acquisito il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e province autonome di Trento e di Bolzano. La Commissione procede al monitoraggio dell'applicazione delle suddette procedure al fine di un'eventuale rielaborazione delle medesime;

g) elaborare i criteri finalizzati alla definizione del sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi di cui all'articolo 27. Il sistema di qualificazione delle imprese è disciplinato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro del Lavoro e delle politiche sociali, acquisito il parere della Conferenza per i rapporti permanenti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, da emanarsi entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto;

h) valorizzare sia gli accordi sindacali sia i codici di condotta ed etici, adottati su base volontaria, che, in considerazione delle specificità dei settori produttivi di riferimento, orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente;

i) valutare le problematiche connesse all'attuazione delle direttive comunitarie e delle convenzioni internazionali stipulate in materia di salute e sicurezza del lavoro;

i-bis) redigere ogni cinque anni una relazione sull'attuazione pratica della direttiva 89/391/CEE del Consiglio e delle altre direttive dell'Unione europea in materia di salute e sicurezza sul lavoro, comprese le direttive del Consiglio 83/477/CEE, 91/383/CEE, 92/29/CEE e 94/33/CE, con le modalità previste dall'articolo 17-bis della direttiva 89/391/CEE del Consiglio.

l) promuovere la considerazione della differenza di genere in relazione alla valutazione dei rischi e alla predisposizione delle misure di prevenzione;

m) indicare modelli di organizzazione e gestione aziendale ai fini di cui all'articolo 30. La Commissione monitora ed eventualmente rielabora le suddette procedure, entro 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto con il quale sono stati recepiti i modelli semplificati per l'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese.

m-bis) elaborare criteri di qualificazione della figura del formatore per la salute e sicurezza sul lavoro, anche tenendo conto delle peculiarità dei settori di riferimento;

m-ter) elaborare le procedure standardizzate per la redazione del documento di valutazione dei rischi di cui all'articolo 26, comma 3, anche previa individuazione di tipologie di attività per le quali l'obbligo in parola non operi in quanto l'interferenza delle lavorazioni in tali ambiti risulti irrilevante;

m-quater) elaborare le indicazioni necessarie alla valutazione del rischio da stress lavoro correlato. La Commissione monitora l'applicazione delle suddette indicazioni metodologiche al fine di verificare l'efficacia della metodologia individuata, anche per eventuali integrazioni alla medesima».

intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4».

A questo punto, per elaborare una proposta di modifica, appare opportuno rifarsi ai precedenti, più volte citati, rappresentati dall'art. 3 del Decreto Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012 n.158) come modificato dalla Legge di conversione 8 novembre 2013, n. 189, e dall'art. 590-sexies c.p. introdotto dalla Legge Gelli-Bianco (L. 8 marzo 2017, n. 24):

<p><b>Legge 8 novembre 2012, n. 189</b> (conversione del d.l. 158/2012, cd. decreto Balduzzi)</p> <p><b>Art. 3</b> (come riformulato in sede di conversione del DL)</p> <p><i>[1] L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.</i></p> <p>...</p>	<p><b>Codice penale</b></p> <p><b>Art. 590-sexies*</b> Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario</p> <p><i>[1] Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma</i></p> <p><i>[2] Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle <u>linee guida</u> come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le <u>buone pratiche</u> clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino <u>adeguate alle specificità del caso concreto.</u></i></p> <p>* Articolo inserito dall'art. 6, co. 1, L. 8 marzo 2017, n. 24.</p>
---	---

Com'è noto, le Sezioni Unite penali<sup>29</sup> hanno ritenuto che la Legge Gelli-Bianco, a differenza della legge di conversione del Decreto Balduzzi, non abbia derogato ai principi generali della responsabilità per colpa ma si sia limitata ad un'opera di specificazione.

Parafrasando quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità nel settore della responsabilità medica<sup>30</sup>, la differenza tra linee-guida e buone prassi si pone sotto il profilo sia concettuale, sia tecnico-operativo. Le linee-guida sono norme di contenuto molto diverso da una semplice buona pratica, perché si sostanziano in raccomandazioni di comportamento, sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto a offrire indicazioni utili agli operatori del settore nel decidere quali siano le misure di tutela più appropriate in specifiche circostanze concrete, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà del lavoro da svolgere<sup>31</sup>. Esse consistono dunque nell'indicazione di standards prevenzionistici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza ed esperienza del momento, a garanzia della salute e sicurezza del lavoratore<sup>32</sup> e costituiscono il condensato delle

<sup>29</sup> Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 8770.

<sup>30</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 21 marzo 2019, n. 28102.

<sup>31</sup> In tal senso, con riferimento alla responsabilità medica, Cass., Sez. IV, 16 novembre 2018, n. 412; Cass., Sez. IV, 5 novembre 2013, n. 18430.

<sup>32</sup> In tal senso nella prospettiva dell'attività sanitaria, *mutatis mutandi*, Cass., Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493; Cass., Sez. IV, 8 ottobre 2013, n. 7951.

acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi<sup>33</sup>.

Sulla base di quanto rilevato, la codificazione delle linee-guida e delle buone pratiche in materia di infortuni sul lavoro attraverso una procedura di elaborazione e validazione svolta da una apposita istituzione governativa, e quindi tendente a formare un sistema con connotati pubblicistici, consente di attribuire a tali regole un valore cogente più e meglio di quanto (non) avviene nell'ambito dell'attività sanitaria che sconta, invece, una maggiore variabilità dovuta alla particolarissima natura della "materia viva" sulla quale agisce l'operatore sanitario.

Il beneficio in termini di determinatezza del precetto, di tassatività nell'applicazione della norma e di prevedibilità delle decisioni è evidente.

Anche nella prospettiva antinfortunistica, infatti, si può ripetere quanto sostenuto dalle Sezioni Unite Mariotti: «la configurazione delle linee-guida con un grado sempre maggiore di affidabilità e quindi di rilevanza - derivante dal processo di formazione - si pone nella direzione di offrire una plausibile risposta alle istanze di maggiore determinatezza che riguardano le fattispecie colpose qui di interesse. Fattispecie che, nella prospettiva di vedere non posto in discussione il principio di tassatività del precetto, integrato da quello di prevedibilità del rimprovero e di prevenibilità della condotta colposa, hanno necessità di essere etero-integrate da fonti di rango secondario concernenti la disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo»<sup>34</sup>.

Resta tuttavia fermo, allo stato della legislazione, un considerevole fattore limitante: infatti, mentre l'art. 6, co. 8, lett. *d*), Tusl non circoscrive in alcun modo l'ambito di operatività delle «buone prassi» validate, la successiva lett. *f*) confina l'elaborazione delle «procedure standardizzate» alla sola attività di valutazione dei rischi che si svolga in microimprese, nelle piccole aziende e nelle realtà che operano in settori di attività a basso rischio di infortuni e malattie professionali.

Proposta di inserimento dell'art. 590-*septies* nel c.p.:

1. Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma
2. Non può essere punito chi ha adempiuto le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, ha applicato le buone pratiche validate ai sensi dell'art. 6, ottavo comma, lettera *d*), del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida e le buone pratiche risultino adeguate alle esigenze prevenzionistiche [o *specificità*] del caso concreto.

---

<sup>33</sup> Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit.

<sup>34</sup> Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit.



## OMICIDIO E LESIONI SUL LAVORO

Giuseppe Losappio

Il diritto penale del lavoro intreccia svariate questioni di carattere generale, di parte speciale e di responsabilità da reato degli enti, di per sé non certo “semplici”, la cui soluzione sfugge almeno in parte alle prospettive della (ri-)codificazione, sia essa della parte speciale che della parte generale. Un indice, anche solo cursorio, dei temi salienti di questa parte della parte speciale, “multilivello”<sup>1</sup> e “iper-specializzata”<sup>2</sup>, è sufficiente per avvalorare l’ipotesi che la *reductio ad unitatem* nel codice è una meta non solo chimerica ma anche non necessariamente auspicabile, salvo che, alla stessa stregua di novelli “tolemaici”, si concepisca l’idea codicentrica quale unico ed esclusivo modulo organizzativo del sistema penale compatibile con il firmamento costituzionale<sup>3</sup>.

Quanto alla teoria del reato si considerino: la relazione tra colpa generica e colpa specifica, la definizione e i limiti della *culpa in eligendo* e della *culpa in vigilando*, l’estensione e requisiti della delega di funzioni, la delimitazione del principio di affidamento, la definizione e delimitazione delle fonti dell’obbligazione di garanzia, i limiti del concorso colposo (cooperazione colposa), della combinazione e dell’interferenza delle forme di manifestazione del reato, le correlazioni tra colpa penale “personale”, colpa di organizzazione e politica di impresa.

Quanto ai temi di parte speciale si considerino: la riforma delle incriminazioni in materia di omicidio e lesioni personali (anche in relazione al delitto dell’art. 603-*bis* c.p.), l’eventuale previsione di un titolo del codice specificamente dedicato alla tutela del lavoro (ed eventualmente delle relazioni sindacali), le prospettive di ricodificazione completa o perlomeno parziale di alcune contravvenzioni contenute nelle leggi penali speciali.

Quanto alla responsabilità da reato degli enti si considerino i rapporti tra MOGC e DUVRI, le connessioni tra colpa di organizzazione e requisiti di imputazione della responsabilità da reato all’ente e, in ogni caso, la riscrittura dell’art. 25-*septies* del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (interesse e vantaggio).

Nei limiti di un discorso incentrato sulla riforma della parte speciale i temi di discussione non eccentrici riguardano il destino degli artt. 589 e 590 cpv e l’introduzione di un nuovo titolo del libro secondo del codice penale (magari l’VIII-*bis*) nel quale potrebbero confluire alcuni delitti già contemplati dal codice (es. i reati ex artt. 437, 451, 603-*bis* e quelli ex artt. 503, 504,

---

<sup>1</sup> D. CASTRONUOVO, *Le fonti della disciplina penale della sicurezza sul lavoro: un sistema a più livelli*, in D. CASTRONUOVO - F. CURI - S. TORDINI CAGLI - V. TORRE - V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, 2019, 29.

<sup>2</sup> G. MARRA, *Razionalità delle regole, regolazione del rischio e sistema penale. Un’introduzione*, in ID., *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2009, 27.

<sup>3</sup> Sulla “tirannia” della codificazione sia consentito rinviare G. LOSAPPPIO, *La riforma del diritto penale. Codice e leggi penali speciali. “Critica rimozionale”, “codificazione”, “policentrismo”*, in *Ind. pen.*, 2003, 109; ID., *Il sottosistema nel diritto penale. Definizioni e ridefinizione*, *ivi*, 2005, 3; ID., *Riforma del codice e diritto penale dell’economia*, in *L’unità del sapere giuridico ed eterogeneità dei saperi del giudice. Quaderni del Dipartimento di Diritto Penale, di Diritto Processuale Penale e di Filosofia del Diritto dell’Università degli Studi di Bari*, a cura di V. GAROFOLI, Giuffrè, 2005, 203-213; ID., *Complessità e sistema penale. Prime riflessioni sul “nichilismo” penale*, *ivi*, 214; ID., *La riserva di codice. La ri-codificazione che decodifica (codex reloaded)*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di C. PIERGALLINI – G. MANNOZZI – C. SOTIS – C. PERINI – M. SCOLETTA – F. CONSULICH, Giuffrè Francis Levefre, 2022, p. 1803.

505, e 506 salvo che non si intenda disporre l'abrogazione per la parte che non è già stata falciata dalla Consulta).

Quest'ultimo ambito di intervento, tuttavia, esula dal perimetro della ricerca assegnata al nostro sottogruppo e, quindi, non resta che concentrarsi sulle prospettive di riforma dell'omicidio e delle lesioni "sul lavoro".

In primo luogo, si tratta di decidere se mantenere l'impostazione attuale ovvero assecondare il trend della differenziazione della risposta sanzionatoria agli eventi lesivi o letali colposi più frequenti e più spiccatamente tipizzati. Le tracce di specializzazione già presenti nel sistema (si pensi, oltre all'aggravamento della pena previsto dai capoversi degli artt. 589 e 590 c.p., al raddoppio dei termini prescrizionali, alla previsione dell'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231/2001) e l'evidenza di un formante, sufficientemente profilato e di devastante impatto casistico, potrebbero suggerire di optare per l'ennesimo *spin off*.

A seguire si porrebbero – tra gli altri – cinque problemi di variabile complessità/difficoltà:

- la scelta tra l'istituzione di un'autonoma fattispecie incriminatrice ovvero la conferma dell'opzione "circostanziale" (a.);
- il destino penale delle lesioni colpose, perlomeno, di quelle lievissime e lievi (b.);
- l'eventuale profilatura degli autori del reato (o comunque dei soggetti cui sarebbe riferibile la circostanza) (c.);
- la formulazione dei profili soggettivi della fattispecie (d.);
- la previsione o meno di circostanze speciali (e.).

#### *Summa capita*

A. A favore dell'introduzione di un'inedita fattispecie incriminatrice milita l'interazione sinergica di tre fattori: le (già accennate) ragioni della medesima (ennesima) "partenogenesi" de(gl)i eventuali artt. 589-*quater* e 590-*septies* (specificità della disciplina, evidenza del formante, casistica tragicamente poderosa, trend politico-criminale); ulteriori considerazioni come la fittissima intelaiatura cautelare-prevenzionistica extrapenale; effetti sul piano dell'omogeneità/ragionevolezza del sistema espressi dalla "sussidiarizzazione" degli artt. 589 e 590 c.p. corrispondente al processo di differenziazione della disciplina delle lesioni/omicidio stradale e della responsabilità colposa dell'esercente le professioni sanitarie. Un'aggravante (sia pure ad effetto speciale), di per sé esposta al rischio di annichilimento nel giudizio di bilanciamento, non sembrerebbe offrire una risposta adeguata. Per contro, la previsione di una super-aggravante, più o meno ampiamente sottratta alla comparazione con le concorrenti circostanze di segno opposto, non sembra preferibile alla previsione di un'autonoma fattispecie criminosa per le ben note frizioni con il principio-criterio di ragionevolezza che una soluzione di questo tipo comporterebbe.

B. Si conferma anche in materia di infortuni sul lavoro l'indirizzo, espresso con riferimento alle lesioni "stradali", di depenalizzare le lesioni lievissime e lievi.

C. È noto che i reati di lesioni e omicidio "sul lavoro", nonostante la formulazione tipica dei reati comuni (alla quale allude il pronome "chiunque"), nella maggior parte dei casi si manifestano nella forma di reati propri del datore di lavoro (di fatto o di diritto) e degli altri soggetti che nel sistema di prevenzione e protezione (SPP) sono titolari di posizioni di garanzia. In rapporto a questa considerazione rischierebbe di essere persino controproducente la previsione di una definizione del datore di lavoro, ad uso esclusivamente

penalistico, diversa da quella del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. L'esperienza delle aule giudiziarie, del resto, insegna che le criticità "applicative" non sorgono in relazione alla identificazione di questa figura quanto piuttosto alla perimetrazione dell'obbligo di impedire l'evento soprattutto nel caso molto frequente di plurisoggettività sincronica e diacronica. La parte speciale del codice non sembra essere la sede più idonea per risolvere questi problemi che non inquadrano affatto una questione specifica ed esclusiva del diritto penale del lavoro ma un tema di parte generale che si manifesta con frequenza nel diritto penale del lavoro ma con altrettanta frequenza si manifesta anche in altri plessi della responsabilità colposa.

D. Quello della definizione dei profili soggettivi è l'aspetto più delicato dal punto di vista dogmatico ma non manca certo di spinosi versanti politico-criminali. In estrema sintesi (semplificando, anche brutalmente, il ventaglio delle soluzioni possibili), si possono ipotizzare tre alternative:

- a) mantenere la formulazione attuale che, secondo l'interpretazione giurisprudenziale dominante, riferisce l'aggravamento di pena alla circostanza che l'evento sia (anche labilmente) collegato all'attività lavorativa, quale che sia la pertinenza della regola cautelare violata con il set, peraltro fittissimo, di regole cautelari specifiche ed esclusive del SSP;
- b) adottare una formulazione più selettiva, analoga alla definizione di colpa circolatoria elaborata dalla giurisprudenza della Suprema Corte, sancendo l'insufficienza della mera violazione di regole di generica prudenza o che si limitano a porre un generico obbligo di garanzia, essendo invece necessaria la violazione di specifiche norme sulla circolazione stradale che contengano regole cautelari altrettanto strettamente correlate ai rischi propri di questa attività<sup>4</sup>;
- c) adottare una formulazione ispirata a quella dell'art. 590-*sexies* con esclusione della punibilità qualora l'evento si sia verificato nonostante il rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida approvate dall'Inail ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. z) del d.lgs. n. 81/2008 (la formula potrebbe essere estesa ai *best standard* dell'Ohsas, in particolare 18001:07, e alle buone prassi).

E. Quanto alle circostanze nel sottogruppo non è emerso un indirizzo unitario. Non si è registrata unanimità di vedute circa la proposta di introdurre le aggravanti della violazione dell'art. 17, co. 1, lett. a) e b) del d.lgs. n. 81/2008 (omessa adozione del DUVRI e nomina del RSPP), ovvero di violazione dell'art. 603-*bis* c.p. (ovviamente nell'ipotesi che la morte non sia la conseguenza della condotta delittuosa) che potrebbero essere formulate come segue:

«La pena è aumentata se il datore di lavoro ha violato una soltanto o entrambe le disposizioni delle lettere a) e b) dell'art. 17, co. 1, lett. a) del d.lgs. n. 81 del 2008 anche se è stata dichiarata l'estinzione del reato dell'art. 55, co. 1, del d.lgs. n. 81. La pena è altresì aumentata se il rapporto di lavoro con la vittima si era costituito o si svolgeva in violazione dell'art. 603-bis c.p.»

---

<sup>4</sup> Cfr. ad es. Cass., Sez. IV, 5 giugno 2018, n. 41350, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 4, 510, con nota di E. PENCO, *Novità interpretative in tema di colpa "con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale"*.

È stata invece condivisa la proposta di non prevedere una specifica attenuante (ad effetto speciale o meno) per il caso che concausa dell'evento sia stata la condotta del lavoratore (colposa o meramente concausale). Si è preferito rinviare l'esame delle complesse e delicate questioni esegetiche e politico-criminali che pone una scelta di campo in questa materia ad una fase successiva del lavoro. È stata condivisa invece l'ipotesi di aggravamento della responsabilità nel caso di pluralità di eventi lesivi/letali.

«Art. 589-*quater*. – (Omicidio sul lavoro). – Chiunque cagiona la morte di una persona per colpa dipendente dalla violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali è punito con la reclusione ... Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, a chiunque cagiona la morte di più persone, ovvero la morte di una o più persone e le lesioni personali di cui all'art. 590 commi 1 e 2 si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata ...»

«Art. 590-*septies*. – (Lesioni sul lavoro). – Chiunque cagiona ad una persona le lesioni personali di cui all'art. 590, co 1, c.p., per colpa dipendente dalla violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali è punito con la reclusione ...

Chiunque cagiona ad una persona le lesioni personali di cui all'art. 590, co 2, c.p., per colpa dipendente dalla violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali è punito con la reclusione ...

Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, a chiunque cagioni la lesione di più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata ...»

L'ipotesi dello *spin off* degli artt. 589-*quater* e 590-*septies* impone un intervento di coordinamento dell'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231/2001. L'occasione è propizia per superare alcune mende testuali e difettosità di coordinamento rilevate nella formulazione in vigore. Anche in questo caso si è ritenuto di non affrontare questioni di carattere generale, come, in particolare, quella relativa ai criteri di imputazione del reato all'ente nel caso di delitto colposo che non riguarda solo la materia degli infortuni sul lavoro. Si è ritenuto, invece, di affrontare la questione dei rapporti tra DUVRI e MOGC.

Art. 25-*septies*. – (Omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime sul lavoro) – «1. In relazione al delitto di cui all'articolo 589-*quater* del Codice penale si applica una sanzione pecuniaria in misura pari .... Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata ...

2. In relazione ai delitti di cui all'articolo 590-*septies*, commi 1 e 2 si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote. Nel caso di condanna per i delitti di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata ....

3. L'ente non è punibile se ha adottato ed ha efficacemente attuato il documento di cui all'art. 17, co. 1, lett. a) del d.lgs. 81 del 2008».



## OMICIDIO E LESIONI STRADALI \*

Stefano Preziosi

Si è optato per soluzioni più nette possibile, in sintonia con i principi di *extrema ratio*, di sussidiarietà, di offensività e di colpevolezza, ma anche pensando ad un efficace presidio in chiave di prevenzione generale e speciale. Restringere l'area della punibilità rendendola più efficace, in poche parole.

Il tema della circolazione stradale, infatti, per quanto non particolarmente *a la page* in questo momento, risulta essere estremamente caldo e di grande impatto giudiziario, se non altro per il fatto che il *trend* di vittime della strada non sembra da ultimo in flessione (attorno a 3.500 morti l'anno, oltre alle vittime di altro genere) e che i riflessi socio economici della sinistrosità stradale (in particolare con danni alle persone) sono rilevantissimi, sia come "capitale" umano, sia economicamente: oneri sul sistema sanitario nazionale, oneri assicurativi (che, presumibilmente, non producono maggiori profitti per le imprese di assicurazione, ma soltanto maggiori oneri per gli utenti, che incidono negativamente sui consumi e, quindi, producono effetti sfavorevoli sulla crescita, in un periodo, peraltro, di conclamata stagnazione, se non di vera e propria recessione) e molto altro ancora.

Dunque: depenalizzazione consistente, apparato sanzionatorio penale concentrato nel Codice, articolazione tipologica degli illeciti che riporti dignità al principio di tipicità in materia penale e che rifletta l'effettivo grado di offesa dei fatti punibili e l'effettiva intensità della corrispondente colpevolezza, anche allo scopo di contenere la notevole afasia giurisprudenziale (ma pure dottrinale, talvolta) cui spesso è dato assistere.

Si è poi proceduto ad un raccordo con le disposizioni del Codice della Strada, in modo da tentare di fornire un "prodotto" spendibile e "pronto per l'uso", evitando proposte decontestualizzate i cui collegamenti potrebbero risultare assai problematici. Inoltre, proprio sulla base di tale lavoro di raccordo, si è trasferita tutta la materia penale "stradale" nel Codice penale (residuerebbero soltanto le falsificazioni di targhe automobilistiche e l'uso di targhe manomesse o falsificate, ipotesi di reato rispetto alle quali, però, il Codice della Strada – art. 100, comma 14 – rinvia espressamente al Codice penale: «è punito ai sensi del codice penale»).

Si è dovuto, per necessità di cose, date le premesse, riformulare per intero la fattispecie comune di lesioni colpose, non essendo stato possibile intervenire isolando le disposizioni in materia stradale.

Più in particolare, i punti salienti dell'auspicato intervento riformatore sono i seguenti.

- 1) Vengono depenalizzate le lesioni colpose lievi e lievissime, tanto stradali che non.
- 2) Sono previsti *fatti di speciale gravità* secondo un parametro che guarda all'*elevato quoziente di protezione della regola precauzionale violata* e all'*elevato quoziente di rischio modale della condotta*, ma in una prospettiva *concreta* – con ciò modificando, sulla base di un ampio dibattito interno, alcune precedenti versioni –, non dipendente, cioè, dal tipo di violazione astrattamente considerato ma dalle esigenze concrete di protezione del bene tutelato e dalle concrete modalità di realizzazione della condotta, in modo da valorizzare sia il profilo del *disvalore complessivo del reato*, sia quello della *colpevolezza*. In tale prospettiva – e seguendo un'indicazione già formulata in linea generale nella comunicazione del Presidente dell'Associazione, volta a contenere l'impiego delle *circostanze* – si dovrebbe escludere la qualificazione di tali fatti di speciale gravità come circostanze del reato, che vengono peraltro muniti di cornice autonoma di pena. Tuttavia si è preferito evitare una loro espressa esclusione dal novero delle circostanze del reato (con una formula del tipo «ai casi previsti in questo

articolo non sono applicabili le disposizioni in materia di circostanze del reato») non perché non fosse astrattamente ammissibile, ma per ragioni di ordine sistematico, ossia per evitare che laddove non compaia una simile formula l'interprete debba qualificare il "caso speciale" come elemento accessorio. Del resto, che si tratti di fattispecie autonome di reato si evince chiaramente dall'art. 590-*octies*, disciplinante appunto le circostanze aggravanti e attenuanti specifiche. Si è voluto con tali fattispecie, dal punto di vista delle finalità pratiche, contemplare casi di *frontiera* con il dolo eventuale, lasciandone inalterata la loro collocazione nell'ambito dell'illecito colposo. Originariamente si era espressamente contemplata fra di essi l'ipotesi della *previsione dell'evento* congiunta alla mancanza di *ragionevole certezza di poterlo evitare*, in cui l'evento lesivo appare collocarsi nella zona grigia dell'*imponderabile*. Tuttavia si è preferito fare a meno di una simile previsione, per le implicazioni che essa avrebbe avuto sulla parte generale e perché la sua formulazione non trovava l'accordo di tutti in considerazione delle diverse opzioni ricostruttive in ordine alla struttura del dolo. Si è infine ritenuto opportuno estendere queste fattispecie anche alle *lesioni e all'omicidio non stradali*, trovando esse fondamento in una *ratio* che assume una connotazione di ordine generale nel quadro del reato colposo.

3) Si è prevista, poi (pure in questo caso dopo ampio dibattito), un'unica ipotesi *qualificata*, tanto per l'omicidio quanto per le lesioni, consistente in un fatto che presenta una *duplice connotazione di illiceità a carattere penale* (ancorché, come vedremo, si proponga la depenalizzazione con rafforzamento delle sanzioni amministrative per la violazione che rimane assorbita in tale ipotesi di reato): l'evento morte deve realizzarsi per colpa dipendente dallo stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti da parte del soggetto che è alla guida del veicolo. In tal caso, che trattasi di fattispecie autonome non dovrebbero esservi dubbi, stante anche la diversità soggettiva rispetto all'omicidio colposo "comune" (e alla corrispondente ipotesi di lesioni colpose "comuni"): siamo infatti qui in presenza di un *reato di mano propria* che può essere commesso solo da colui che si trovi *alla guida* del veicolo, a differenza delle altre ipotesi.

4) In sintesi, nell'ottica di dare la massima attuazione possibile ai *principi di offensività e di colpevolezza*, si è voluto, da un lato, introdurre *specifici parametri di qualificazione della colpa*, legati al grado di pericolosità della violazione della regola precauzionale, formulati come *fatti di speciale gravità* connotati da *elevato quoziente di rischio modale della condotta*; ipotesi, queste, che dovrebbero sostanzialmente designare un *grado particolarmente elevato di colpevolezza colposa*, sia con riferimento al disvalore complessivo del reato (l'evento lesivo è conseguenza/concretizzazione di una condotta altamente rischiosa, in considerazione delle circostanze concrete in cui si è verificato il fatto, e, pertanto, il suo disvalore risulta particolarmente elevato), sia con riferimento al grado di rimproverabilità della condotta stessa, che appare sintomatica di scarsa considerazione per il bene giuridico leso dal reato, in quanto *l'agente ha accettato l'alea di un esito lesivo*, pur non avendo propriamente accettato l'evento stesso nella propria sfera intenzionale. In questa prospettiva i suddetti *fatti di speciale gravità* si presentano quali fattispecie autonome, volendosi seguire il criterio che tutto ciò che attiene alla dimensione della colpevolezza e dell'offensività deve rimanere estraneo alle circostanze del reato, per ricadere nell'ambito della sua stessa essenza. Queste fattispecie, inoltre, come già si accennava devono svolgere il ruolo pratico di contemplare quei fatti che, pur non assurgendo alla colpevolezza dolosa, si collocano verso il limite superiore di quella colposa e intorno alla zona di confine di quest'ultima con il dolo eventuale, rappresentando una risposta adeguata alle forme più gravi di colpa ed evitando al contempo il rischio di soluzioni interpretative volte ad abbassare la "soglia d'ingresso" nel dolo. Tali fattispecie sono costruite guardando al disvalore del reato colposo non solo dal versante della rimproverabilità astratta della condotta in relazione alla portata preventiva della regola precauzionale o del dovere di diligenza violati (ad es. oltrepassamento della doppia striscia in un tratto stradale pericoloso, superamento dei limiti di

velocità in misura estremamente elevata, guida oggettivamente pericolosa etc.), ma anche al quoziente di rischio modale della condotta, ossia alle *concrete esigenze di protezione dei beni tutelati e alle circostanze di tempo e di luogo*, di guisa che l'evento verificatosi rappresenti la realizzazione di un rischio *in concreto* particolarmente elevato.

Dall'altro lato si propone, oltre ai fatti di speciale gravità, l'introduzione di una *fattispecie qualificata*, caratterizzata dalla doppia illiceità (penale o amministrativo-penale) ed espressione di un livello di offensività molto elevato che assomma in sé il disvalore d'azione tipico di un illecito formale e quello di uno di evento/conseguenza del primo, laddove l'evento sia funzionalmente collegato all'elemento qualificante (guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o in stato di ebbrezza alcolica che abbia determinato l'evento lesivo).

Si è poi ritenuto che fosse più coerente in sede sistematica estendere l'ambito previsionale di tali ipotesi anche oltre l'omicidio e le lesioni stradali.

5) Vengono depenalizzate la *guida in stato di ebbrezza* e la *guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti*, rafforzando le relative sanzioni amministrative. Tali ipotesi, infatti, non giovano al sistema né in termini di razionalità politico-criminale né in termini di efficacia ed effettività delle sanzioni. La pendenza dei numerosi procedimenti penali per questi reati tende infatti a sterilizzare la sanzione amministrativa, producendo un effetto opposto a quello desiderato. In attesa della definizione in sede penale del procedimento, la sanzione amministrativa nel migliore dei casi arriva con enorme ritardo rispetto al fatto, rischiando così di divenire inefficace o di essere elusa ricorrendo a meccanismi sospensivi che a distanza di molto tempo dalla contestazione trovano facile applicazione. Molto meglio, pertanto, rafforzare le sanzioni amministrative depenalizzando e rendendone possibile l'immediata applicazione con provvedimento definitivo dell'autorità amministrativa, con l'ulteriore vantaggio di sfoltire il carico giudiziario da processi la cui celebrazione appare del tutto inutile e ingiustificata.

6) Le lesioni personali colpose sono state concepite in modo da valorizzare il più possibile il *nesso strutturale e funzionale* fra violazione della regola precauzionale (e, nel caso delle lesioni e dell'omicidio stradali, della regola *sulla disciplina della circolazione stradale*) ed evento del reato e fissando i termini di tale nesso negli eventi che specificamente connotano le lesioni costituenti reato (già gravi e gravissime, secondo le norme vigenti). Questa scelta si è resa peraltro necessaria con la depenalizzazione delle lesioni lievi e lievissime, che impone evidentemente la riformulazione della fattispecie (penale) base.

7) In un'ottica di deflazione si è poi ritenuto di proporre la procedibilità a querela per le lesioni corrispondenti alle attuali lesioni gravi, lasciandola d'ufficio per le attuali gravissime (come è noto, invece, poiché secondo l'indirizzo giurisprudenziale ormai affermatosi, le lesioni stradali tanto gravi quanto gravissime costituiscono autonome fattispecie di reato, risultano attualmente perseguibili d'ufficio: soluzione opposta sarebbe scaturita dalla loro qualificazione circostanziale, ai sensi dell'art. 4, lett. a), d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274). Tale scelta, però, si è inteso "mitigare" con un termine più lungo (sei mesi) di quello ordinario per la proposizione della querela e assegnando comunque la competenza al tribunale (in composizione monocratica), attraverso una modifica del citato art. 4, lett. a), sopprimendo le parole da «590» fino a «venti giorni» (il tenore così risultante di questa disposizione si armonizza con la proposta di carattere più generale di depenalizzazione delle lesioni lievi e lievissime in ogni ambito colposo). Da un lato, dunque, si è ritenuto che la perseguibilità delle lesioni colpose più gravi non possa essere rimessa ad una valutazione della persona offesa (anche per ragioni legate ad una effettiva tutela dei soggetti più deboli, in primo luogo minori, che si trovano costretti a "subire" la rappresentanza); dall'altro, anche per le (attuali) lesioni gravi, pur rimettendone la procedibilità all'iniziativa della persona offesa, è parso opportuno allungare il termine di decadenza e riservarne l'accertamento al tribunale, pure in vista dei delicati profili medico-legali e tecnici che spesso accompagnano le vicende giudiziarie relative a questo reato. D'altronde non si è nemmeno ritenuto di prevedere la procedibilità a querela per i fatti di

speciale gravità e per le lesioni qualificate, a motivo, in particolare, della rilevante esigenza di prevenzione speciale sottesa alla commissione di essi, che verrebbe elusa ove la procedibilità fosse rimessa all'iniziativa della persona offesa e ove il contenzioso si giocasse, in ultima istanza, sul terreno del risarcimento del danno, peraltro in un settore in cui vi è l'assicurazione obbligatoria.

8) Allo scopo di garantire l'efficienza del sistema e l'efficacia delle sanzioni, si è confermato che la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida e le sanzioni amministrative pecuniarie siano applicate direttamente dal giudice penale (come avviene attualmente), per evitare duplicazioni di procedimenti e possibili violazioni del principio del *ne bis in idem*, trattandosi di sanzioni aventi *natura penale* ed essendo quindi corretto prevederne un *procedimento di accertamento e di irrogazione integrato (connessione materiale e temporale*, secondo le indicazioni provenienti dalla Corte e.d.u.), evitando, così, una duplicazione di giudizi e di attività "processuali". Si è poi ritenuto che all'accertamento dei reati *de quibus* segua sempre la *revoca della patente di guida*, per rafforzarne l'effetto generale e special preventivo.

Tuttavia, a questo riguardo, si deve tener conto della recente sentenza della Corte costituzionale (17 aprile 2019, n. 88) e, pertanto, la questione merita un approfondimento, anche in conseguenza del quadro estremamente farraginoso della normativa contenuta nel Codice della Strada in materia di sospensione e revoca della patente di guida. Si deve poi considerare che, nel caso, vanno apportate delle modifiche di coordinamento a carattere formale – che non alterano la sostanza dell'impianto normativo – agli artt. 222 e 223 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della Strada), di cui si propone già in questa sede una riformulazione. L'assetto procedurale rimarrebbe comunque immutato: in caso di lesioni o omicidio stradali l'organo accertatore della violazione procede al ritiro immediato della patente e il prefetto ne dispone la sospensione provvisoria della validità (salve le ipotesi di revoca della sospensione provvisoria disciplinate dal Codice della Strada); con la pronuncia della sentenza di condanna e della revoca della patente in sede penale, il prefetto adotta il corrispondente provvedimento amministrativo (art. 224 C.d.S.).

9) Si è prevista la *revoca della patente di guida* come sanzione amministrativa accessoria, per tutte le ipotesi di lesioni e omicidio stradali, allo scopo di rafforzare l'effetto generale e special preventivo.

10) È stata introdotta la fattispecie di *omissione di soccorso stradale* coordinandola con l'art. 593.

11) Quanto alle circostanze, sono state mantenute in relazione a quegli elementi che non hanno una diretta incidenza sul piano della *offesa* e della *colpevolezza per il fatto*, ma assumono rilievo con riferimento ad un *ambito periferico della fattispecie*: la fuga del conducente, circa le possibili (ma generiche) conseguenze dannose che essa può produrre successivamente alla condotta del reato e in connessione a questa; il fatto commesso da persona non munita di patente di guida o con patente sospesa o revocata, o il cui veicolo sia sprovvisto di assicurazione obbligatoria, riguardo alla pericolosità in astratto e alla antidoverosità della guida in mancanza di valida autorizzazione o di autorizzazione sospesa o revocata e alle conseguenze pregiudizievoli per le vittime del reato che possono scaturire dalla mancanza di copertura assicurativa: si tratta pur sempre, però, di elementi che sicuramente possono assumere rilievo ai fini della dosimetria sanzionatoria, ma che non hanno, in quanto tali, alcuna portata offensiva né un rilievo diretto sulla *colpevolezza per il fatto*, sebbene possano essere indicativi di un maggior grado di rimproverabilità e di meritevolezza della pena.

Si è poi optato per non introdurre l'attenuante ad effetto speciale «quando l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole (e dipenda anche dal concorso dell'azione od omissione della vittima)», poiché *se non è conseguenza dell'azione od omissione del colpevole (o dei colpevoli cooperanti fra loro), è ricollegabile al fortuito (o alla*

*condotta della persona offesa*). Ma il collegamento con il fortuito sarebbe oltremodo pernicioso, perché dimostrerebbe che il fortuito non può escludere la colpa (specifica). Onde evitare simili esiti interpretativi, è allora sembrato preferibile non introdurre una simile circostanza. Certo è, tuttavia, che una simile diminuzione si giustificerebbe negli ambiti in cui anche alla vittima del reato si richieda una diligenza secondo parametri generalizzabili, come è il caso della condotta stradale da parte di ogni possibile utente. Diversamente, in altri ambiti, come, ad esempio, quello della responsabilità del sanitario, non sembra possibile individuare un parametro di diligenza oggettiva inerente alla vittima del reato (il paziente o fruitore della prestazione sanitaria).



Sezione II – Atti del seminario di discussione

1° ottobre 2021  
Università degli studi di Salerno





## PREVENZIONE ANTINFORTUNISTICA E SELETTIVITÀ DELLA “RISPOSTA” PENALE

Alberto De Vita

**Sommario:** 1. L'intervento penale nei contesti leciti di base tra sistemi complementari e sistemi integrati di tutela penale e amministrativa; 2. Le ricadute dei sistemi di tutela penale-amministrativa sulla crisi del principio di personalità della responsabilità penale; 3. Il modello di tutela penale del lavoro come sistema “misto” di tutela penale-amministrativa; 4. Il possibile ricorso al paradigma della responsabilità medica e al modello delle “linee-guida” per rivalutare l'elemento psicologico e riaffermare la selettività penale nei contesti leciti di base.

### 12. L'intervento penale nei contesti leciti di base tra sistemi complementari e sistemi integrati di tutela penale e amministrativa

Il Testo Unico della sicurezza sul lavoro (Tusl) emanato con il d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81, ha inaugurato un “nuovo corso” del sistema di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Aderendo all'impostazione offerta dalla normativa europea, è stato attribuito un ruolo preminente alle procedure organizzative dirette ad una più efficace ed efficiente organizzazione e gestione della prevenzione in azienda<sup>1</sup>.

Tale approccio, nell'ambito del quale particolare rilevanza ha assunto l'elaborazione di “buone prassi” dirette alla migliore e più efficace valutazione dei rischi<sup>2</sup>, ha determinato un processo di aggiornamento dei modelli sanzionatori operanti nei settori «a rischio di base consentito»<sup>3</sup>, elaborati dal legislatore soprattutto nel corso degli anni Novanta.

Proprio nel 1990, quando l'uso di modelli sanzionatori diretti alla costruzione di «aree complementari» o di «aree integrate» di tutela per il controllo di talune attività umane rilevanti<sup>4</sup> non aveva ancora raggiunto la massima diffusione, una nota e lungimirante ricerca<sup>5</sup> già avvertì che la conseguenza dell'espansione di tali costruzioni legislative sarebbe stata — ed era già — la trasformazione del reato in un pervasivo “rischio sociale”, con il conseguente (ulteriore) smottamento del terreno sul quale si fondano le garanzie penalistiche.

Pochi anni dopo, in occasione del citato studio sul ruolo che possono giocare le sanzioni amministrative nel controllo e nella repressione della criminalità economica<sup>6</sup>, fu definita come «area complementare» di tutela il modello d'interazione tra controllo penale e amministrativo nel quale alla sanzione amministrativa compete un ruolo, appunto, di *complementarità* rispetto alla sanzione penale. Questo modello può realizzarsi in due modi: nel primo la tutela apprestata

---

<sup>1</sup> In tal senso, G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata*, in AA. VV., *Salute e sicurezza sul lavoro*, a cura di G. NATULLO, Utet, 2015, 16.

<sup>2</sup> V. *infra*, § 4.

<sup>3</sup> Sull'argomento, con riferimento precipuo alla responsabilità medica, v. R. BLAIOTTA, *Colpa e gestione del rischio in situazioni complesse* (intervento all'incontro «Chi valuta, chi decide, chi giudica» organizzato presso il Dipartimento della Protezione civile a Roma il 14 ottobre 2011), in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2012.

<sup>4</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1021 ss.

<sup>5</sup> F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, 1990.

<sup>6</sup> C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, cit.

può definirsi “*polarizzata*”, «si impernia, cioè, su alcune macro-fattispecie (penali) espressive delle modalità di aggressione tipicamente più lesive dei beni giuridici, contornate da una “rete”, distesa intorno ai medesimi beni giuridici, di precetti “ordinatori” o “preventivi” (figure di pericolo astratto, omissioni pure, illeciti di mera disobbedienza), tutti presidiati dalla sanzione amministrativa»<sup>7</sup>; un secondo tipo di «area complementare di tutela» predisponde per uno stesso interesse, una tutela “*stratificata*” dove fattispecie amministrative e penali si avvicinano, senza soluzione di continuità, «secondo una progressione regolata da parametri *quantitativi* (spesso, addirittura secondo soglie di valore — di gravità — *monetizzate*)»<sup>8</sup>.

Nel modello dell’area *integrata* di tutela, invece, alla sanzione penale-criminale viene attribuita la funzione di “strumento di chiusura” del sistema di controllo<sup>9</sup>. In tale sistema, il ruolo centrale viene riconosciuto all’organo di controllo che esercita una supervisione diretta delle attività ad esso soggette e non si limita ad intervenire solo *ex post*, con la sanzione penale o amministrativa. In tale contesto l’organo può utilizzare anche le potenzialità che lo strumento amministrativo offre per la prevenzione dell’illecito *ex ante*, esercitando una pressione diretta sui destinatari delle regole stesse<sup>10</sup> affinché vi si adeguino.

### 13. Le ricadute dei sistemi di tutela penale-amministrativa sulla crisi del principio di personalità della responsabilità penale

Anche per effetto del ricorso a tali tecniche di tutela, è nell’ambito della legislazione speciale che il principio della responsabilità penale colpevole conosce importanti deroghe. Invero, l’esigenza che il soggetto sia chiamato a rispondere soltanto del fatto proprio, che sia a lui ascrivibile anche psicologicamente, in quanto posto in essere con dolo o, quanto meno, con colpa, risulta difficile da soddisfare nell’ambito dei modelli “misti” di tutela penale, essenzialmente incentrati su paradigmi istituzionali di governo e di controllo di attività umane lecite ma potenzialmente lesive di interessi collettivi o individuali, attraverso la predisposizione di regole tecniche<sup>11</sup>.

I modelli di governo delle attività umane, in molti settori regolati dalla legislazione penale speciale (legislazione antinfortunistica, diritto finanziario, antiriciclaggio, normativa antinquinamento, regolamentazione urbanistica ecc.), sono costruiti sulla base di norme extrapenali il cui complesso costituisce dei veri e propri «ordini pubblici tecnologici»<sup>12</sup>. In tali ambiti, la violazione delle regole che presidiano il *modello di governo* delle attività è punita con incriminazioni che, pertanto, assumono il ruolo di “norme di chiusura” idonee a garantire la “tenuta” del modello, assolvendo ad una funzione meramente sanzionatoria. L’ordinamento e

---

<sup>7</sup> C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa*, cit., 1031. Un esempio di tale modello, secondo l’Autore, poteva essere rappresentato proprio dal sistema sanzionatorio delineato all’epoca nella Legge delega 6 dicembre 1993, n. 499 in materia di lavoro. Le leggi di attuazione della delega, tuttavia, in alcuni casi hanno creato un sistema più complesso, nel quale sono presenti, oltre alle “classiche” fattispecie penali e amministrative, meccanismi di “incentivazione” all’osservanza (tardiva) del precetto, come nel sistema delle prescrizioni delineato dal d. lgs. 19 dicembre 1994, n. 758.

<sup>8</sup> C.E. PALIERO, *op. ult. cit.*, 1031.

<sup>9</sup> C.E. PALIERO, *op. ult. cit.*, 1034; cfr. altresì D. PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del Crs, Franco Angeli, 1987, 38, il quale, proprio in materia di reati a soggetto passivo indeterminato, assegna alla pena criminale una funzione di «sanzione di chiusura» per la repressione di comportamenti incompatibili con il modello di governo di volta in volta programmato per determinate attività ma, sembra di poter dire, attribuendovi un significato diverso: v. *infra*, nel testo.

<sup>10</sup> In termini, C.E. PALIERO, *op. ult. cit.*, 1033-1034.

<sup>11</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., 39.

<sup>12</sup> F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 19.

la norma penale diventano funzionali alla conservazione o raggiungimento dell'equilibrio materiale espresso dalle suddette regole tecniche: l'obiettivo consiste nell'osservanza della regola in quanto conformità oggettiva alla regola stessa. La *trasgressione* viene punita come dato disfunzionale — “disutile” — rispetto al perseguimento dell'utilità e del fine prefissato. Esula da tale schema qualsiasi profilo “moralistico” di rimprovero della disobbedienza<sup>13</sup>: *la violazione assume una natura impersonale*, interessa soltanto l'avvenuta trasgressione oggettivamente considerata ed accertata.

D'altra parte, anche l'esame degli indirizzi giurisprudenziali elaborati con riferimento a questi sistemi di tutela, costruiti attorno alla combinazione di sanzioni amministrative e penali, dimostra lo stretto legame esistente tra le tecniche di tutela adottate dal legislatore penale complementare e la svalutazione, in termini sia politico-criminali sia dogmatici, dell'elemento soggettivo del reato.

Vi sono poi settori, come quello riguardante la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, nei quali gli illeciti di pericolo astratto sono puniti, senza una vera progressione, sia con sanzioni amministrative, sia con fattispecie contravvenzionali. Il delitto interviene solo nei casi di pericolo concreto o di danno. In questo modello, che potremmo definire “misto”, a differenza di quanto avviene nelle aree “integrata” e “complementare” di tutela, manca una reale ed esplicita “divisione di compiti” tra diritto penale-criminale e diritto penale-amministrativo. La conseguenza è che il diritto penale in senso stretto vede mortificato il proprio ruolo, perde tendenzialmente qualsiasi efficacia stigmatizzante e finisce, inconsapevolmente, con l'essere considerato come uno strumento di controllo sociale come gli altri (anzi, talvolta meno severo degli altri). Ciò che oggi minaccia realmente la “selettività” del diritto penale in senso stretto è l'utilizzazione della sanzione criminale per funzioni di “governo” delle attività umane invece che di tutela di beni, funzioni che non gli sono proprie e che producono il fenomeno noto con il nome di “amministrativizzazione” della tutela penale<sup>14</sup>. Il diritto penale diventa strumento di governo come gli altri, intercambiabile magari con essi: «*sanzione penale ed imposta finiscono così col coincidere per struttura e per funzione*»<sup>15</sup>.

Per una reale selettività dell'intervento *stricto sensu* penale (o penale-criminale) è necessaria una previa presa di coscienza della perseguibilità di funzioni (soprattutto preventive), che finora sono state attribuite esclusivamente alla sanzione penale-criminale, anche attraverso altri strumenti sanzionatori. In questo senso, l'affinità di natura, l'«osmosi» del diritto punitivo penale con i principi strettamente penalistici dovrebbe rendere più consapevole il legislatore dell'opportunità di scelta tra diversi tipi di sanzione. Una scelta che, ovviamente, non può essere arbitraria ma che dev'essere operata guardando all'*offensività* del fatto, criterio idoneo, seppure non da solo, a fungere da “pietra angolare” della selettività penalistica.

In questa prospettiva va letto anche il riferimento al valore paradigmatico del nuovo diritto penale dell'economia, poiché le disposizioni punitive, in questo settore ancora più che in altri, rappresentano il risultato di *bilanciamenti d'interessi* sui quali fondano la loro stessa

---

<sup>13</sup> Cfr. F. D'AGOSTINO, *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, 1987, 16 ss.

<sup>14</sup> Sul punto cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte speciale, *Delitti contro la persona*, Cedam, 1995, 5, dove l'illustre Autore, nel definire l'attuale stato della legislazione penale, la descrive come una «“nebulosa” delle leggi penali, usate come strumento di governo della società e non di tutela di beni; delle leggi compromissorie, dalla formulazione indeterminata, e valutative; delle leggi privilegianti potenti gruppi sociali; delle leggi vuote, simboliche, magiche, volte soltanto a declamare la sollecitudine nella lotta contro certe forme di criminalità; delle leggi “ermafrodite”, aventi la forma di legge, ma la sostanza di atti amministrativi; delle “leggine” clientelari, corporative, per lo scambio del voto elettorale con privilegi particolari; delle leggi-espedito, del caso per caso, per sopravvivere giorno per giorno e pressoché sempre male; delle leggi “burocratiche”, meramente sanzionatorie di generici precetti extrapenalici; nonché delle leggi tecnicamente sciatte, ispirantisi alla “logorrea legislativa”, allo “spreco delle fattispecie”, alla “libertà di parola” (per non dire “alla parola in libertà”), e di sempre più ardua comprensione».

<sup>15</sup> F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 36 (i corsivi sono aggiunti).

legittimazione. Invero, le cd. esternalità negative<sup>16</sup>, che derivano dalla gran parte delle attività produttive, rappresentano altrettanti pericoli o lesioni di beni giuridici appartenenti, il più delle volte, a comunità indeterminate di persone<sup>17</sup>. Ne deriva che, accanto alla finalità di tutela di tali beni giuridici fondamentali, messi in pericolo da attività, al tempo stesso, “pericolose” ma anche socialmente necessarie, c’è l’esigenza di consentirne comunque lo svolgimento, almeno entro certi limiti. L’individuazione di tali limiti è il risultato del bilanciamento.

Appare chiaro, a questo punto, il motivo per il quale proprio *nel settore degli illeciti economici il diritto penale-amministrativo trova il proprio terreno elettivo di sperimentazione e di realizzazione*. Invero, è qui che l’orizzonte classico della politica criminale viene stravolto: nei «contesti leciti di base» costituiti dalle attività economiche, infatti, il “problema penale” non consiste più nel verificare fino a che punto la “devianza” può essere tollerata, ovvero nel risolvere i conflitti che ne derivano in modi diversi dalla coercizione<sup>18</sup>. Non si tratta, in altri termini, di evitare che vengano poste in essere determinate condotte, bensì di *governare* alcune attività umane in modo che non mettano in pericolo (ovvero, più realisticamente, non mettano *troppo* in pericolo) i beni giuridici sui quali incidono o possono incidere. E poiché *governare* è, per definizione, un’attività *amministrativa*, ecco allora che il problema “classico” dei limiti della politica criminale viene capovolto: la questione che si pone, invero, non è più quella di ricercare dei «sostitutivi penali»<sup>19</sup> diretti a prevenire attività devianti, ma è la stessa pena criminale che diventa (*deve* diventare) un “sostitutivo” del controllo amministrativo su attività umane dal canto loro perfettamente lecite e, anzi, necessarie<sup>20</sup>.

In tali settori d’intervento, dunque, la «politica penale»<sup>21</sup> dev’essere connessa «con un orizzonte politico più vasto: come tecnica giuridica specifica, la pena (la coercizione) ha uno spazio non determinabile in modo autonomo, ma solo all’interno di una politica sociale complessiva, in cui altri piani d’intervento vengono o possono venire in considerazione»<sup>22</sup>. Se dunque il diritto penale è «la forma nella quale obiettivi di politica criminale vengono tradotti in termini giuridicamente validi»<sup>23</sup>, quando tali obiettivi riguardano il governo complessivo di attività umane lecite (per lo più di attività produttive), essi non possono trovare una “formalizzazione” appropriata nelle sole sanzioni penali in senso stretto, bensì in un sistema sanzionatorio articolato ed integrato composto da strumenti sanzionatori diversi. L’aver voluto “forzare” tali obiettivi di “governo” entro la forma rigida del diritto penale-criminale è all’origine del fenomeno noto come “ipertrofia” del diritto penale<sup>24</sup>.

<sup>16</sup> Sulla relativa nozione cfr. F. PICA, *Economia pubblica*, Utet, 1987, 151, il quale definisce le «esternalità» come effetti esterni, vantaggiosi o svantaggiosi per la comunità, che sono connessi a scelte di consumo o di produzione di un individuo, senza che chi compie la scelta sia, a seconda dei casi, compensato, o paghi un indennizzo.

<sup>17</sup> Sia consentito rinviare a A. DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato*, Jovene, 1999, 17 ss.

<sup>18</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in AA. VV., *Diritto penale in trasformazione*, cit., 49.

<sup>19</sup> In tal modo capovolgendo il significato della tradizionale terminologia di E. FERRI, *Dei sostitutivi penali*, in *Arch. psych. antrop. crim. e sc. pen.*, 1880, n. 1, 80 ss.; ID., *Sociologia criminale*, vol. I, Fratelli Bocca, 1929, 472 ss.

<sup>20</sup> Si tratta infatti di condotte che, all’interno dell’ordine pubblico tecnologico, vengono inserite in un’area di «liceità condizionata» dove ciò che conta per determinarne l’illiceità non è l’offesa al bene, bensì il mero rispetto dell’ordine normativo creato (cfr. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 13 ss.).

<sup>21</sup> Intesa come «politica del diritto penale» e quindi in un’accezione più ridotta rispetto alla «politica criminale» che, viceversa, non ha come oggetto i soli strumenti della giustizia penale, bensì l’intera gamma degli interventi idonei ad incidere sul fenomeno sociale della criminalità: sul punto cfr. F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico*, in *Quest. crim.*, 1975, 221 ss.; cfr. altresì G. VASSALLI, *Politica criminale e sistema penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, 1006 ss.; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., 6 ss.

<sup>22</sup> D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 48.

<sup>23</sup> Secondo l’icastica definizione di C. ROXIN, *Politica criminale*, cit., 68. Sul punto cfr. le considerazioni di F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 10, e di L. PETTOELLO MANTOVANI, *Pensieri sulla politica criminale*, *ivi*, 1998, 22 ss.

<sup>24</sup> Sull’argomento, tra gli altri, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 29 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO,

#### 14. Il modello di tutela penale del lavoro come sistema “misto” di tutela penale-amministrativa

Nella materia della prevenzione degli infortuni sul lavoro, come si è accennato, è stata costruita un’«area complementare» di tutela, nella quale illeciti amministrativi e contravvenzionali puniscono “a tappeto” tutte le condotte “disfunzionali”, mentre i delitti intervengono solo per sanzionare le fattispecie più pericolose o gravemente lesive e connotate da un maggiore disvalore d’evento. Si tratta di un *leit motiv* che segna la continuità della legislazione in materia dal d. lgs. 626/1994 al vigente TUSL.

Come si è più volte rilevato, nonostante le impegnative e ricorrenti professioni di fede nei principi di offensività e di colpevolezza da parte del legislatore — e taluni vincoli in tal senso provenienti dai criteri di criminalizzazione contenuti nelle periodiche leggi comunitarie — l’obiettivo della vigente legislazione penale speciale sembra essere ancora, come già in passato, la mera salvaguardia degli *scopi* dell’ordinamento, che viene perseguita talvolta secondo valutazioni del tutto slegate dalla concreta lesività del fatto<sup>25</sup> e, soprattutto, dalla verifica circa l’esistenza di un nesso psicologico tra la condotta dell’agente e l’evento. *Il profilo soggettivo del fatto viene riassunto nella posizione di garanzia rivestita dal soggetto*, come appare evidente, ad esempio, da una sia pur rapida ricognizione della normativa in materia antinfortunistica.

Nella materia antinfortunistica — sotto questo profilo davvero emblematica — la rilevata marginalità della partecipazione psicologica dell’autore al reato, comune ai diversi campi del diritto penale complementare, assurge a vero e proprio paradigma di riferimento per l’imputazione del fatto. Una delle caratteristiche di tale tipo di normazione, infatti, è la creazione di una legislazione “precaria” perché «nasce come manufatto semilavorato che viene elaborato, approvato, pubblicato, diventa sì vigente ma viene poi affidato alla realtà pratica per il suo rodaggio», sicché «la legge nasce come sperimentale»<sup>26</sup>.

Si sviluppa in questo modo, anche nel sistema di prevenzione degli incidenti sul lavoro, un diritto giurisprudenziale che vive delle interazioni tra legislazione penale e processo, e che può essere meglio compreso attraverso un approccio al «sistema penale» (diritto sostanziale, diritto processuale, discipline criminologiche) improntato alla teoria generale dei sistemi<sup>27</sup>, in modo da cogliere le interazioni tra i singoli elementi. In particolare, anche dopo la riforma del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81, si conferma l’idea per la quale *la “marginalizzazione” del ruolo giocato dall’elemento psicologico deriva, più che da consapevoli opzioni politico-criminali, da esigenze strettamente processuali di soluzione delle difficoltà probatorie poste dalla dimostrazione della partecipazione psicologica dell’autore al fatto*. Tale finalità si aggiunge all’ulteriore motivo della svalutazione dell’elemento psicologico nell’ambito degli elementi del reato, rappresentato dall’orientamento della legislazione penale diretto alla punizione di illeciti di mera trasgressione, nei quali il precetto risulta privo di qualsiasi dimensione o *ratio* pre-normativa, poiché non mira né ad orientare i comportamenti umani in funzione della protezione di beni, né in funzione dell’acquisizione di fedeltà ai valori. Invero, in una legislazione penale di tal genere *il nesso psicologico tra soggetto e fatto, inteso come rappresentazione o rappresentabilità di un risultato dannoso quale conseguenza del comportamento dell’agente, viene meno, poiché il precetto non ha alcuna funzione di tutela effettiva di beni giuridici: di*

---

*Perdita di legittimazione*, cit., 26 ss.; C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit., *passim*.

<sup>25</sup> Con alcune significative eccezioni, tra le quali è da annoverare la riforma del diritto penale societario operata dal d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61, cfr. A. ALESSANDRI, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*. In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 993 ss.

<sup>26</sup> In tal senso, F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1194 ss.

<sup>27</sup> L. von BERTALANFFY, *General system theory*, George Braziller, 1968 (tr. it.: *Teoria generale dei sistemi*, Mondadori, 1973), p. 54.

conseguenza non c'è alcun risultato della propria condotta, dannoso o pericoloso, che il soggetto possa rappresentarsi.

In tale contesto, l'effettività delle previsioni normative non può essere affidata ai paradigmi del "diritto penale incerto ed efficace"<sup>28</sup> perché la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori non si realizza solo con astratte previsioni normative ma garantendo l'effettività di quelle tutele nei luoghi di lavoro. Proprio a questa esigenza di effettività risponde la previsione di articolati percorsi procedurali nella predisposizione e implementazione di sistemi di prevenzione in azienda (in particolare, la valutazione dei rischi) e la rilevanza attribuita ai modelli organizzativi e gestionali idonei a garantire un effettivo perseguimento di elevati livelli di prevenzione e di sicurezza del lavoro<sup>29</sup>. Si tratta quindi di seguire il percorso indicato dalle disposizioni e strategie europee che individuano nella programmazione e della prevenzione lo strumento per assicurare il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza anche attraverso l'adozione di codici di condotta e "buone prassi", accentuando il ruolo del fattore organizzativo a fini prevenzionali.

## **15. Il possibile ricorso al paradigma della responsabilità medica e al modello delle "linee guida" per rivalutare l'elemento psicologico e riaffermare la selettività penale nei contesti leciti base**

L'estensione dell'operatività delle linee guida e delle "buone prassi" alla materia antinfortunistica trova già oggi un riferimento normativo nell'art. 6 del Tusl<sup>30</sup> che prevede

---

<sup>28</sup> Secondo la nota definizione di F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit.

<sup>29</sup> Così G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., p. 16 s.

<sup>30</sup> Il testo attuale dell'art. 6 Tusl è il seguente: «Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro

1. Presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è istituita la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro. La Commissione è composta da:

- a) un rappresentante del Ministero del lavoro e delle politiche sociali con funzioni di presidente;
- b) un rappresentante del Ministero della salute;
- c) un rappresentante del Ministero dello sviluppo economico;
- d) un rappresentante del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- e) un rappresentante del Ministero dell'interno;

f) un rappresentante del Ministero della difesa, un rappresentante del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, un rappresentante del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca o un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica quando il Presidente della Commissione, ravvisando profili di specifica competenza, ne disponga la convocazione;

g) sei rappresentanti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, designati dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano;

h) sei esperti designati delle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale;

i) sei esperti designati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale;

l) tre esperti in medicina del lavoro, igiene industriale e impiantistica industriale;

m) un rappresentante dell'ANMIL.

...

4. La Commissione si avvale della consulenza degli istituti pubblici con competenze in materia di salute e sicurezza sul lavoro e può richiedere la partecipazione di esperti nei diversi settori di interesse.

...

8. La Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro ha il compito di:

a) esaminare i problemi applicativi della normativa di salute e sicurezza sul lavoro e formulare proposte per lo sviluppo e il perfezionamento della legislazione vigente;

b) esprimere pareri sui piani annuali elaborati dal Comitato di cui all'articolo 5;

c) definire le attività di promozione e le azioni di prevenzione di cui all'articolo 11;

d) validare le buone prassi in materia di salute e sicurezza sul lavoro;

l'istituzione presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali di una «Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro» alla quale sono attribuiti, per quanto interessa in questa sede, compiti di validazione di buone prassi in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 6, co. 8, lett. d) TUSL) e di elaborazione di procedure standardizzate di effettuazione della valutazione dei rischi per le microimprese, per le piccole imprese e per le imprese che operano in settori di attività a basso rischio di infortuni e malattie professionali (art. 6, co. 8, lett. f) TUSL). Si tratta di un organismo che eredita, incrementandoli, i compiti della «Commissione consultiva permanente per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro», di cui agli artt. 393 e 394 del d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547, come sostituiti dall'art. 26 del d. lgs. 19 settembre 1994, n. 626.

Inoltre, l'approccio prevenzionistico fondato sull'instaurazione di *rule based behaviours* è chiaramente espresso dall'art. 16, co. 3, TUSL che, con riferimento al dovere di vigilanza del datore di lavoro in caso di delega di funzioni, prevede che «l'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4».

A questo punto, per elaborare una proposta di modifica, appare opportuno rifarsi ai precedenti, più volte citati, rappresentati dall'art. 3 del Decreto Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158) come modificato dalla Legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, e dall'art.

---

e) redigere annualmente, sulla base dei dati forniti dal sistema informativo di cui all'articolo 8, una relazione sullo stato di applicazione della normativa di salute e sicurezza e sul suo possibile sviluppo, da trasmettere alle commissioni parlamentari competenti e ai presidenti delle regioni;

f) elaborare, entro e non oltre il 31 dicembre 2010, le procedure standardizzate di effettuazione della valutazione dei rischi di cui all'articolo 29, comma 5, tenendo conto dei profili di rischio e degli indici infortunistici di settore. Tali procedure vengono recepite con decreto dei Ministeri del lavoro e della previdenza sociale, della salute e dell'interno acquisito il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e province autonome di Trento e di Bolzano. La Commissione procede al monitoraggio dell'applicazione delle suddette procedure al fine di un'eventuale rielaborazione delle medesime;

g) elaborare i criteri finalizzati alla definizione del sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi di cui all'articolo 27. Il sistema di qualificazione delle imprese è disciplinato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro del Lavoro e delle politiche sociali, acquisito il parere della Conferenza per i rapporti permanenti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, da emanarsi entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto;

h) valorizzare sia gli accordi sindacali sia i codici di condotta ed etici, adottati su base volontaria, che, in considerazione delle specificità dei settori produttivi di riferimento, orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente;

i) valutare le problematiche connesse all'attuazione delle direttive comunitarie e delle convenzioni internazionali stipulate in materia di salute e sicurezza del lavoro;

i-bis) redigere ogni cinque anni una relazione sull'attuazione pratica della direttiva 89/391/CEE del Consiglio e delle altre direttive dell'Unione europea in materia di salute e sicurezza sul lavoro, comprese le direttive del Consiglio 83/477/CEE, 91/383/CEE, 92/29/CEE e 94/33/CE, con le modalità previste dall'articolo 17-bis della direttiva 89/391/CEE del Consiglio.

l) promuovere la considerazione della differenza di genere in relazione alla valutazione dei rischi e alla predisposizione delle misure di prevenzione;

m) indicare modelli di organizzazione e gestione aziendale ai fini di cui all'articolo 30. La Commissione monitora ed eventualmente rielabora le suddette procedure, entro 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto con il quale sono stati recepiti i modelli semplificati per l'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese.

m-bis) elaborare criteri di qualificazione della figura del formatore per la salute e sicurezza sul lavoro, anche tenendo conto delle peculiarità dei settori di riferimento;

m-ter) elaborare le procedure standardizzate per la redazione del documento di valutazione dei rischi di cui all'articolo 26, comma 3, anche previa individuazione di tipologie di attività per le quali l'obbligo in parola non operi in quanto l'interferenza delle lavorazioni in tali ambiti risulti irrilevante;

m-quater) elaborare le indicazioni necessarie alla valutazione del rischio da stress lavoro correlato. La Commissione monitora l'applicazione delle suddette indicazioni metodologiche al fine di verificare l'efficacia della metodologia individuata, anche per eventuali integrazioni alla medesima.

590-*sexies* c.p. introdotto dalla Legge Gelli-Bianco (L. 8 marzo 2017, n. 24):

<p><b>Legge 8 novembre 2012, n. 189</b> (conversione del d.l. 158/2012, cd. decreto Balduzzi)</p> <p><b>Art. 3</b> (come riformulato in sede di conversione del DL)</p> <p>[1] L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.</p> <p>...</p>	<p><b>Codice penale</b></p> <p><b>Art. 590-<i>sexies</i>*</b> <i>Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario</i></p> <p>[1] Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma</p> <p>[2] Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle <u>linee guida</u> come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le <u>buone pratiche</u> clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino <u>adeguate alle specificità del caso concreto</u>.</p> <p>* Articolo inserito dall'art. 6, co. 1, L. 8 marzo 2017, n. 24.</p>
--	---

Com'è noto, le Sezioni Unite penali<sup>31</sup> hanno ritenuto che la Legge Gelli-Bianco, a differenza della legge di conversione del Decreto Balduzzi, non abbia derogato ai principi generali della responsabilità per colpa ma si sia limitata ad un'opera di specificazione.

Parafrasando quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità nel settore della responsabilità medica<sup>32</sup>, la differenza tra linee-guida e buone prassi si pone sotto il profilo sia concettuale, sia tecnico-operativo. Le linee-guida sono norme di contenuto molto diverso da una semplice buona pratica, perché si sostanziano in raccomandazioni di comportamento, sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto a offrire indicazioni utili agli operatori del settore nel decidere quali siano le misure di tutela più appropriate in specifiche circostanze concrete, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà del lavoro da svolgere<sup>33</sup>. Esse consistono dunque nell'indicazione di standards prevenzionistici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza ed esperienza del momento, a garanzia della salute e sicurezza del lavoratore<sup>34</sup> e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi<sup>35</sup>.

Sulla base di quanto rilevato, la codificazione delle linee-guida e delle buone pratiche in materia di infortuni sul lavoro attraverso una procedura di elaborazione e validazione svolta da una apposita istituzione governativa, e quindi tendente a formare un sistema con connotati

<sup>31</sup> Cass., SS.UU., 21 dicembre 2017, n. 8770.

<sup>32</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 21 marzo 2019, n. 28102.

<sup>33</sup> In tal senso, con riferimento alla responsabilità medica, Cass., Sez. IV, 16 novembre 2018, n. 412; Cass., Sez. IV, 5 novembre 2013, n. 18430.

<sup>34</sup> In tal senso nella prospettiva dell'attività sanitaria, *mutatis mutandi*, Cass., Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493; Cass., Sez. IV, 8 ottobre 2013, n. 7951.

<sup>35</sup> Cass., SS.UU., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit.



pubblicistici, consente di attribuire a tali regole un valore cogente più e meglio di quanto (non) avviene nell'ambito dell'attività sanitaria che sconta, invece, una maggiore variabilità dovuta alla particolarissima natura della "materia viva" sulla quale agisce l'operatore sanitario.

Il beneficio in termini di determinatezza del precetto, di tassatività nell'applicazione della norma e di prevedibilità delle decisioni è evidente.

Anche nella prospettiva antinfortunistica, infatti, si può ripetere quanto sostenuto dalle Sezioni Unite Mariotti: «la configurazione delle linee-guida con un grado sempre maggiore di affidabilità e quindi di rilevanza - derivante dal processo di formazione - si pone nella direzione di offrire una plausibile risposta alle istanze di maggiore determinatezza che riguardano le fattispecie colpose qui di interesse. Fattispecie che, nella prospettiva di vedere non posto in discussione il principio di tassatività del precetto, integrato da quello di prevedibilità del rimprovero e di prevenibilità della condotta colposa, hanno necessità di essere etero-integrate da fonti di rango secondario concernenti la disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo»<sup>36</sup>.

Resta tuttavia fermo, allo stato della legislazione, un considerevole fattore limitante: infatti, mentre l'art. 6, co. 8, lett. *d*), TUSL non circoscrive in alcun modo l'ambito di operatività delle «buone prassi» validate, la successiva lett. *f*) confina l'elaborazione delle «procedure standardizzate» alla sola attività di valutazione dei rischi che si svolga in microimprese, nelle piccole aziende e nelle realtà che operano in settori di attività a basso rischio di infortuni e malattie professionali.

Proposta di inserimento dell'art. 590-*septies* nel c.p.:

- 1) Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.
- 2) Non può essere punito chi ha adempiuto le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, ha applicato le buone pratiche validate ai sensi dell'art. 6, ottavo comma, lettera *d*), del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida e le buone pratiche risultino adeguate alle esigenze prevenzionistiche [*o specificità*] del caso concreto.

---

<sup>36</sup> Cass., SS.UU., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit.



# LA RIFORMA DEI REATI COLPOSI CONTRO LA PERSONA NELLE PROSPETTIVE DI RIFORMA DELLA COLPA

Giuseppe Losappio

1. Definire una cornice dell'ampia discussione sulla riforma dei reati colposi contro la persona – *sub specie*, in particolare – di lesioni o morte riferibili all'attività lavorativa, a quella sanitaria e alla circolazione stradale – non è affatto semplice per molteplici ragioni. Si pensi all'eterogeneità dei formanti, alle “disarticolazioni” (per dirla in modo *soft*) della disciplina, alle incertezze dell'esperienza applicativa, alle oscillazioni della politica-criminale. Ma l'aspetto forse ancora più problematico è un altro. Quando si riflette nella prospettiva di riforma dei reati colposi si finisce inevitabilmente per parlare della colpa e quindi si attinge una dimensione nella quale si rispecchiano molti temi fondamentali dell'universo penalistico: dall'alternativa tra delitti e contravvenzioni alla dialettica codificazione/decodificazione, dalla causalità alla dimensione della plurisoggettività, dalla linea d'ombra con il dolo eventuale fino ad aspetti diversi della punibilità, la procedibilità a querela di parte, in primo luogo ma non solo.

2. È stato il taglio della ricerca ad operare una prima selezione, focalizzando innanzitutto l'attenzione sulle prospettive delle interazioni tra *codificazione* e *depenalizzazione* sotto due versanti: la *depenalizzazione “indotta”* o “*alternativa*” (alla codificazione) e la *depenalizzazione “elettivo-selettiva”*: la *prima* rappresenta una sorta di reazione all'insuccesso dell'esperimento (per lo più mentale) di trasferire nel codice gli illeciti contravvenzionali previsti nelle leggi penali speciali (in materia di circolazione stradale e nella disciplina della sicurezza sul lavoro) per ripristinare nella stessa matrice codicistica una rappresentazione unitaria della disciplina punitiva di un certo campo di materia. È un'ipotesi alla quale risulta quasi istintivo opporre due obiezioni: la tendenza a ridurre la presenza delle contravvenzioni nel codice (codificare le contravvenzioni, da sempre considerate reati “spuri” contraddice l'idea ingenua e mitologica stessa della codificazione quale “tabernacolo” del penale in purezza) e i rischi impliciti in questo processo di “delocalizzazione” sul piano della “riconoscibilità” del precetto, laddove il versante sanzionatorio della fattispecie fosse separato dalla fonte che descrive il comportamento vietato. Depenalizzazione, quindi, quale alternativa all'impraticabilità della codificazione. In altri termini, si depenalizza perché non si può codificare. La direttrice politico-criminale è la codificazione, mentre la depenalizzazione è semplicemente un corollario di questa scelta.

La *depenalizzazione “elettivo-selettiva”*, invece, declina un'opzione politico-criminale che procede dalla considerazione dell'assenza di un'adeguata giustificazione del ricorso alla sanzione penale rispetto a delitti che non presentano indici di meritevolezza o bisogni di pena adeguati. Si pensi alle lesioni colpose lievi o lievissime. Sul piano delle opzioni politico-criminali questi paradigmi restano sullo sfondo mentre sembra prevalere la tattica di una *depenalizzazione “spannometrica”* e in concreto, emblematicamente incarnata dall'art. 1, co. 15, lett. b) della l. n. 134 del 2021 con il quale l'esecutivo è stato delegato ad estendere il regime di procedibilità a querela di parte nei confronti di ulteriori (rispetto alle lesioni stradali gravi o gravissime) specifici reati contro la persona o contro il patrimonio puniti con pena edittale detentiva non superiore nel minimo a due anni.

Il *secondo vettore selettivo*, emerso nell'elaborazione del progetto della riforma, è, senza dubbio, la *differenziazione*. Il solco è la tendenza a separare i destini della colpa della parte

generale dalla colpa – forse dovremmo dire dalle colpe – della parte speciale.

Lo scenario sono le tensioni del paradigma liquesciente della complessità. Nello specifico della responsabilità colposa distinguerei due direttive: la “iper-differenziazione” e la differenziazione “standard”.

La prima è quella – in chiave più che altro *simbolico-rassicurativa* – degli artt. 3 e 3-bis del d.l. n. 44 del 2021 in materia di responsabilità penali (e non) riferibili alla cura della malattia da c.d. covid ovvero alla vaccinazione. Si tratta per lo più di disposizioni destinate ad avere un effetto che sarà “placebo” in misura inversamente proporzionale all’efficacia sul piano della disincentivazione di indagini ed iniziative giudiziarie del pur ridondante “messaggio” positivo che replica contenuti già consacrati nel “diritto vivente”.

Discorso ben diverso riguarda le *tre forme* di differenziazione “standard” che possono essere individuate.

La differenziazione di “parte speciale” corrisponde all’introduzione di figure di reato a sé stanti che tendenzialmente sono la consolidazione in forma autonoma di ipotesi aggravate dell’omicidio colposo. Il riferimento è innanzitutto agli artt. 589-bis e 590-bis c.p. e all’eventuale introduzione di *nuove specifiche incriminazione* degli infortuni sul lavoro.

La differenziazione di *parte generale* si manifesta con la sovrapposizione alla regola dell’art. 43 c.p. di una disciplina più circoscritta, esterna al codice. Si pensi, oltre alla c.d. “iper-differenziazione”, cui si è già fatto cenno, all’ormai abrogato D.L. “Balduzzi”.

Il *terzo profilo* invece *combina* i due precedenti. A questa classificazione corrisponde la formula dell’art. 590-sexies c.p. che ha introdotto una definizione a sé stante della colpa in una nuova fattispecie di parte speciale.

Mi sembra questo, in estrema sintesi, il quadro nel quale si è mossa la riflessione dei gruppi.

## OMICIDIO E LESIONI STRADALI

Stefano Preziosi

Nell'approfondita discussione svoltasi all'interno del gruppo di lavoro, è maturata la convinzione di adottare soluzioni il più nette possibile, in particolare in direzione della *extrema ratio* dell'intervento penale, in sintonia con i principi di *sussidiarietà*, di *offensività*, di colpevolezza e favorendo, per quanto ragionevole, interventi di parziale depenalizzazione. Quindi si è prospettato anche un accorpamento all'interno del Codice penale di tutta la materia penale relativa alla circolazione stradale; accorpamento finalizzato alla razionalizzazione della stessa materia, in modo che i richiamati principi possano trovare effettiva applicazione e non rimanere sulla carta, anche pensando ad un efficace presidio in chiave di prevenzione generale e speciale. Restringere l'area della punibilità rendendola più efficace, in poche parole.

Il tema della circolazione stradale, infatti, per quanto non particolarmente *a la page* in questo momento, risulta essere estremamente caldo e di grande impatto giudiziario e sociale, se non altro per il fatto che il trend di vittime della strada non sembra da ultimo in flessione (attorno a 3.500 morti l'anno, oltre alle vittime di altro genere) e che i riflessi socio economici della sinistrosità stradale (in particolare con danni alle persone) sono rilevantissimi, sia come "capitale" umano, sia economicamente: oneri sul sistema sanitario nazionale, oneri assicurativi (che, presumibilmente, non producono maggiori profitti per le imprese di assicurazione, ma soltanto maggiori oneri per gli utenti, che incidono negativamente sui consumi e, quindi, producono effetti sfavorevoli sulla crescita, in un periodo, peraltro, di conclamata stagnazione, se non di vera e propria recessione) e molto altro ancora.

Dunque: depenalizzazione consistente, apparato sanzionatorio penale concentrato nel Codice, articolazione tipologica degli illeciti che riporti dignità al principio di tipicità in materia penale e che rifletta l'effettivo grado di offesa dei fatti punibili e l'effettiva intensità della corrispondente colpevolezza, anche allo scopo di contenere la notevole afasia giurisprudenziale (ma pure dottrinale, talvolta) cui spesso è dato assistere.

Si è poi proceduto ad un raccordo con le disposizioni del Codice della Strada, in modo da tentare di fornire un "prodotto" spendibile e "pronto per l'uso", evitando proposte decontestualizzate i cui collegamenti potrebbero risultare assai problematici. Inoltre, proprio sulla base di tale lavoro di raccordo, si è trasferita tutta la materia penale "stradale" nel Codice penale (residuerrebbero soltanto le falsificazioni di targhe automobilistiche e l'uso di targhe manomesse o falsificate, ipotesi di reato rispetto alle quali, però, il Codice della Strada – art. 100, comma 14 – rinvia espressamente al Codice penale: «è punito ai sensi del codice penale»).

Si è dovuto riformulare per intero la fattispecie comune di lesioni colpose, non essendo stato possibile intervenire isolando le disposizioni in materia stradale. Ciò si è reso necessario perché se era chiaro l'obiettivo di circoscrivere il nostro intervento alla parte speciale che ci era stata affidata come gruppo di studio, quindi alle specifiche ipotesi di reato di cui ci stavamo occupando, era altrettanto chiaro che non era possibile non interferire, rimanere del tutto neutrali sia rispetto ad altre fattispecie di parte speciale, sia relativamente ad alcune questioni di parte generale.

Più in particolare, i punti salienti dell'auspicato intervento riformatore sono i seguenti.

- 1) Vengono depenalizzate le lesioni colpose lievi e lievissime, tanto stradali che non.
- 2) Sono previsti *fatti di speciale gravità* secondo un parametro che guarda all'*elevato quoziente di protezione della regola precauzionale violata* e all'*elevato quoziente di rischio modale della condotta*, ma in una prospettiva *concreta* – con ciò modificando, sulla base di un

ampio dibattito interno, alcune precedenti versioni –, non dipendente, cioè, dal tipo di violazione astrattamente considerato ma dalle esigenze concrete di protezione del bene tutelato e dalle concrete modalità di realizzazione della condotta, in modo da valorizzare sia il profilo del *disvalore complessivo del reato*, sia quello della *colpevolezza*. In tale prospettiva – e seguendo un’indicazione già formulata in linea generale nella comunicazione del Presidente dell’Associazione, volta a contenere l’impiego delle *circostanze* – si dovrebbe escludere la qualificazione di circostanze del reato per tali fatti di speciale gravità, che vengono peraltro muniti di cornice autonoma di pena. Tuttavia, si è preferito evitare una loro espressa esclusione dal novero delle circostanze del reato (con una formula del tipo «ai casi previsti in questo articolo non sono applicabili le disposizioni in materia di circostanze del reato») non perché non fosse astrattamente ammissibile, ma per ragioni di ordine sistematico, ossia per evitare che laddove non compaia una simile formula l’interprete debba qualificare il “caso speciale” come elemento accessorio. Del resto, che si tratti di fattispecie autonome di reato si evince chiaramente dall’art. 590-*octies*, disciplinante appunto le circostanze aggravanti e attenuanti specifiche. Si è voluto con tali fattispecie, dal punto di vista delle finalità pratiche, contemplare casi di *frontiera* con il dolo eventuale, lasciandone inalterata la loro collocazione nell’ambito dell’illecito colposo. Originariamente si era espressamente contemplata fra di essi l’ipotesi della *previsione dell’evento* congiunta alla mancanza di *ragionevole certezza di poterlo evitare*, in cui l’evento lesivo appare collocarsi nella zona grigia dell’*imponderabile*. Tuttavia, si è preferito fare a meno di una simile previsione, per le implicazioni che essa avrebbe avuto sulla parte generale e perché la sua formulazione non trovava l’accordo di tutti in considerazione delle diverse opzioni ricostruttive in ordine alla struttura del dolo. Si è infine ritenuto opportuno estendere queste fattispecie anche alle *lesioni e all’omicidio non stradali*, trovando esse fondamento in una *ratio* che assume una connotazione di ordine generale nel quadro del reato colposo.

3) Si è prevista, poi (pure in questo caso dopo ampio dibattito), un’unica ipotesi *qualificata*, tanto per l’omicidio quanto per le lesioni, consistente in un fatto che presenta una *duplice connotazione di illiceità a carattere penale* (ancorché, come vedremo, si proponga la depenalizzazione con rafforzamento delle sanzioni amministrative per la violazione che rimane assorbita in tale ipotesi di reato): l’evento morte deve realizzarsi per colpa dipendente dallo stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psico-fisica conseguente all’assunzione di sostanze stupefacenti da parte del soggetto che è alla guida del veicolo. In tal caso, che trattasi di fattispecie autonome non dovrebbero esservi dubbi, stante anche la diversità soggettiva rispetto all’omicidio colposo “comune” (e alla corrispondente ipotesi di lesioni colpose “comuni”): siamo infatti qui in presenza di un *reato di mano propria* che può essere commesso solo da colui che si trovi *alla guida* del veicolo, a differenza delle altre ipotesi.

4) In sintesi, nell’ottica di dare la massima attuazione possibile ai *principi di offensività e di colpevolezza*, si è voluto, da un lato, introdurre *specifici parametri di qualificazione della colpa*, legati al grado di pericolosità della violazione della regola precauzionale, formulati come *fatti di speciale gravità* connotati da *elevato quoziente di rischio modale della condotta*; ipotesi, queste, che dovrebbero sostanzialmente designare un *grado particolarmente elevato di colpevolezza colposa*, sia con riferimento al disvalore complessivo del reato (l’evento lesivo è conseguenza/concretizzazione di una condotta altamente rischiosa, in considerazione delle circostanze concrete in cui si è verificato il fatto, e, pertanto, il suo disvalore risulta particolarmente elevato), sia con riferimento al grado di rimproverabilità della condotta stessa, che appare sintomatica di scarsa considerazione per il bene giuridico leso dal reato, in quanto *l’agente ha accettato l’alea di un esito lesivo*, pur non avendo propriamente accettato l’evento stesso nella propria sfera intenzionale. In questa prospettiva i suddetti *fatti di speciale gravità* si presentano quali fattispecie autonome, volendosi seguire il criterio che tutto ciò che attiene alla dimensione della colpevolezza e dell’offensività deve rimanere estraneo alle circostanze

del reato, per ricadere nell'ambito della sua stessa essenza. Queste fattispecie, inoltre, come già si accennava devono svolgere il ruolo pratico di contemplare quei fatti che, pur non assurgendo alla colpevolezza dolosa, si collocano verso il limite superiore di quella colposa e intorno alla zona di confine di quest'ultima con il dolo eventuale, rappresentando una risposta adeguata alle forme più gravi di colpa ed evitando al contempo il rischio di soluzioni interpretative volte ad abbassare la "soglia d'ingresso" nel dolo. Tali fattispecie sono costruite guardando al disvalore del reato colposo non solo dal versante della rimproverabilità astratta della condotta in relazione alla portata preventiva della regola precauzionale o del dovere di diligenza violati (ad es. oltrepassamento della doppia striscia in un tratto stradale pericoloso, superamento dei limiti di velocità in misura estremamente elevata, guida oggettivamente pericolosa etc.), ma anche al quoziente di rischio modale della condotta, ossia alle *concrete esigenze di protezione dei beni tutelati e alle circostanze di tempo e di luogo*, di guisa che l'evento verificatosi rappresenti la realizzazione di un rischio *in concreto* particolarmente elevato.

L'intento del gruppo di lavoro è stato quello di valorizzare il profilo offensivo, oltre che la colpevolezza, anche nell'ambito dei delitti colposi. L'evento è il fulcro di questo profilo. Il delitto colposo, privato del momento effettuale diviene mera violazione di un dovere di osservanza di una regola precauzionale. Allora si deve partire dalla valorizzazione dell'evento nell'economia del delitto colposo. Pertanto, si deve concepire l'evento come *concretizzazione di un rischio disapprovato dall'ordinamento*. Per tale motivo abbiamo lavorato nella direzione della valorizzazione del nesso fra violazione della regola precauzionale ed evento del delitto colposo, quindi della concretizzazione di un rischio disapprovato dall'ordinamento. Un rischio che ha un suo coefficiente quantitativo *variabile*; un rischio, cioè, che può indicare un maggiore o minor grado di *prossimità all'evento*.

Dunque, il *rischio modale della condotta* e il *quoziente di protezione della regola precauzionale* sono variabili nel delitto colposo. Non ogni violazione di regola precauzionale, evidentemente, è omogenea rispetto ad un'altra, ma questo non in base ad un asserito disvalore della condotta, ma in relazione proprio all'evento, che deve rappresentare la concretizzazione di uno specifico rischio. E tale specifico rischio ha anche un coefficiente più o meno elevato. Il quoziente di protezione è dato proprio dal rapporto fra la violazione della regola precauzionale e l'evento (si tratta di un rapporto di rischio: quanto ha inciso, in termini di entità del rischio, quella violazione sull'evento che si è verificato). Facciamo un esempio: se supero la doppia striscia effettuando un sorpasso e invadendo la semicarreggiata nel senso di marcia opposto, in una strada stretta priva di visibilità e provo una collisione da cui deriva la morte di una o più persone, evidentemente il quoziente di protezione di quella regola precauzionale che ho violato è molto elevato ma non solo per la tipologia di regola precauzionale, ma anche per le concrete modalità della violazione e quindi per il rischio specifico che è stato realizzato con quella violazione e che si "incorpora" nell'evento effettivamente verificatosi.

Questo ci porta ad ammettere dei casi di speciale gravità che, però, non siano basati sulla tipologia astratta della violazione ma sul rischio rappresentato dalla concreta modalità della condotta antidoverosa, cioè dalle esigenze di protezione del bene tutelato nella concreta realizzazione del fatto. Quindi i casi di speciale gravità dovrebbero esprimere un elevato *disvalore oggettivo del delitto colposo*, proprio perché l'evento è la concretizzazione di un rischio specifico ed effettivo, valorizzando il nesso fra condotta antidoverosa ed evento e polarizzando il disvalore oggettivo del delitto colposo sul versante dell'evento, anziché su quello della condotta. Il che si rende possibile costruendo delle fattispecie *ad hoc* che recepiscano questo disvalore.

Per tutto ciò che attiene alla dimensione della colpevolezza in senso stretto, d'altronde, si è optato – corrispondentemente a quanto detto in relazione al disvalore oggettivo del reato – per la valorizzazione, sempre relativamente ai casi di speciale gravità, non della rimproverabilità astratta della condotta e quindi della rimproverabilità esclusivamente in riferimento alla portata

preventiva della regola precauzionale, ma al *rischio modale* della condotta. È chiaro che una regola precauzionale può avere una portata preventiva diversa, più o meno elevata rispetto ad un'altra, ma con riferimento alla colpevolezza colposa in particolare cosa deve venire propriamente in considerazione ai fini di un giudizio di speciale gravità? La risposta, a nostro avviso, è il rischio modale, che deve riflettere, sul versante soggettivo, il coefficiente di protezione della regola precauzionale violata, nei termini sopra descritti e che può cogliersi, pertanto, solo in una dimensione concreta.

Dall'altro lato si propone, oltre ai fatti di speciale gravità, l'introduzione di una *fattispecie qualificata*, caratterizzata dalla doppia illiceità (penale o amministrativo-penale) ed espressione di un livello di offensività molto elevato che assomma in sé il disvalore d'azione tipico di un illecito formale e quello di uno di evento/conseguenza del primo, laddove l'evento sia funzionalmente collegato all'elemento qualificante (guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o in stato di ebbrezza alcolica che abbia determinato l'evento lesivo).

Si è poi ritenuto che fosse più coerente in sede sistematica estendere l'ambito previsionale di tali ipotesi anche oltre l'omicidio e le lesioni stradali.

5) Vengono depenalizzate la *guida in stato di ebbrezza* e la *guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti*, rafforzando le relative sanzioni amministrative. Tali ipotesi, infatti, non giovano al sistema né in termini di razionalità politico-criminale né in termini di efficacia ed effettività delle sanzioni. La pendenza dei numerosi procedimenti penali per questi reati tende infatti a sterilizzare la sanzione amministrativa, producendo un effetto opposto a quello desiderato. In attesa della definizione in sede penale del procedimento, la sanzione amministrativa nel migliore dei casi arriva con enorme ritardo rispetto al fatto, rischiando così di divenire inefficace o di essere elusa ricorrendo a meccanismi sospensivi che a distanza di molto tempo dalla contestazione trovano facile applicazione. Molto meglio, pertanto, rafforzare le sanzioni amministrative depenalizzando e rendendone possibile l'immediata applicazione con provvedimento definitivo dell'autorità amministrativa, con l'ulteriore vantaggio di sfoltire il carico giudiziario da processi la cui celebrazione appare del tutto inutile e ingiustificata.

6) Le lesioni personali colpose sono state concepite in modo da valorizzare il più possibile il *nesso strutturale e funzionale* fra violazione della regola precauzionale (e, nel caso delle lesioni e dell'omicidio stradali, della regola *sulla disciplina della circolazione stradale*) ed evento del reato e fissando i termini di tale nesso negli eventi che specificamente connotano le lesioni costituenti reato (già gravi e gravissime, secondo le norme vigenti). Questa scelta si è resa peraltro necessaria con la depenalizzazione delle lesioni lievi e lievissime, che impone evidentemente la riformulazione della fattispecie (penale) base.

7) In un'ottica di deflazione si è poi ritenuto di proporre la procedibilità a querela per le lesioni corrispondenti alle attuali lesioni gravi, lasciandola d'ufficio per le attuali gravissime (come è noto, invece, poiché secondo l'indirizzo giurisprudenziale ormai affermatosi, le lesioni stradali tanto gravi quanto gravissime costituiscono autonome fattispecie di reato, risultano attualmente perseguibili d'ufficio: soluzione opposta sarebbe scaturita dalla loro qualificazione circostanziale, ai sensi dell'art. 4, lett. a), d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274). Tale scelta, però, si è inteso "mitigare" con un termine più lungo (sei mesi) di quello ordinario per la proposizione della querela e assegnando comunque la competenza al tribunale (in composizione monocratica), attraverso una modifica del citato art. 4, let. a), sopprimendo le parole da «590» fino a «venti giorni» (il tenore così risultante di questa disposizione si armonizza con la proposta di carattere più generale di depenalizzazione delle lesioni lievi e lievissime in ogni ambito colposo). Da un lato, dunque, si è ritenuto che la perseguibilità delle lesioni colpose più gravi non possa essere rimessa ad una valutazione della persona offesa (anche per ragioni legate ad una effettiva tutela dei soggetti più deboli, in primo luogo minori, che si trovano costretti a "subire" la rappresentanza); dall'altro, anche per le (attuali) lesioni gravi, pur rimettendone la procedibilità all'iniziativa della persona offesa, è parso opportuno allungare il termine di



decadenza e riservarne l'accertamento al tribunale, pure in vista dei delicati profili medico-legali e tecnici che spesso accompagnano le vicende giudiziarie relative a questo reato. D'altronde non si è nemmeno ritenuto di prevedere la procedibilità a querela per i fatti di speciale gravità e per le lesioni qualificate, a motivo, in particolare, della rilevante esigenza di prevenzione speciale sottesa alla commissione di essi, che verrebbe elusa ove la procedibilità fosse rimessa all'iniziativa della persona offesa e ove il contenzioso si giocasse, in ultima istanza, sul terreno del risarcimento del danno, peraltro in un settore in cui vi è l'assicurazione obbligatoria.

8) Allo scopo di garantire l'efficienza del sistema e l'efficacia delle sanzioni, si è confermato che la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida e le sanzioni amministrative pecuniarie siano applicate direttamente dal giudice penale (come avviene attualmente), per evitare duplicazioni di procedimenti e possibili violazioni del principio del *ne bis in idem*, trattandosi di sanzioni aventi *natura penale* ed essendo quindi corretto prevederne un *procedimento di accertamento e di irrogazione integrato (connessione materiale e temporale, secondo le indicazioni provenienti dalla Corte e.d.u.)*, evitando, così, una duplicazione di giudizi e di attività "processuali". Si è poi ritenuto che all'accertamento dei reati *de quibus* segua sempre la *revoca della patente di guida*, per rafforzarne l'effetto generale e special preventivo. Tuttavia, a questo riguardo, si deve tener conto della recente sentenza della Corte costituzionale (17 aprile 2019, n. 88) e, pertanto, la questione merita un approfondimento, anche in conseguenza del quadro estremamente farraginoso della normativa contenuta nel Codice della Strada in materia di sospensione e revoca della patente di guida. Si deve poi considerare che, nel caso, vanno apportate delle modifiche di coordinamento a carattere formale – che non alterano la sostanza dell'impianto normativo – agli artt. 222 e 223 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della Strada), di cui si propone già in questa sede una riformulazione. L'assetto procedurale rimarrebbe comunque immutato: in caso di lesioni o omicidio stradali l'organo accertatore della violazione procede al ritiro immediato della patente e il prefetto ne dispone la sospensione provvisoria della validità (salve le ipotesi di revoca della sospensione provvisoria disciplinate dal Codice della Strada); con la pronuncia della sentenza di condanna e della revoca della patente in sede penale, il prefetto adotta il corrispondente provvedimento amministrativo (art. 224 C.d.S.).

9) Si è prevista la *revoca della patente di guida* come sanzione amministrativa accessoria, per tutte le ipotesi di lesioni e omicidio stradali, allo scopo di rafforzare l'effetto generale e special preventivo.

10) È stata introdotta la fattispecie di *omissione di soccorso stradale* coordinandola con l'art. 593.

11) Quanto alle circostanze, sono state mantenute in relazione a quegli elementi che non hanno una diretta incidenza sul piano della *offesa* e della *colpevolezza per il fatto*, ma assumono rilievo con riferimento ad un *ambito periferico della fattispecie*: la fuga del conducente, circa le possibili (ma generiche) conseguenze dannose che essa può produrre successivamente alla condotta del reato e in connessione a questa; il fatto commesso da persona non munita di patente di guida o con patente sospesa o revocata, o il cui veicolo sia sprovvisto di assicurazione obbligatoria, riguardo alla pericolosità in astratto e alla antidoverosità della guida in mancanza di valida autorizzazione o di autorizzazione sospesa o revocata e alle conseguenze pregiudizievoli per le vittime del reato che possono scaturire dalla mancanza di copertura assicurativa: si tratta pur sempre, però, di elementi che sicuramente possono assumere rilievo ai fini della dosimetria sanzionatoria, ma che non hanno, in quanto tali, alcuna portata offensiva né un rilievo diretto sulla *colpevolezza per il fatto*, sebbene possano essere indicativi di un maggior grado di rimproverabilità e di meritevolezza della pena.

Si è poi optato per non introdurre l'attenuante ad effetto speciale «quando l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole (e dipenda anche dal

concorso dell'azione od omissione della vittima)», poiché se non è conseguenza dell'azione od omissione del colpevole (o dei colpevoli cooperanti fra loro), è ricollegabile al fortuito (o alla condotta della persona offesa). Ma il collegamento con il fortuito sarebbe oltremodo pernicioso, perché dimostrerebbe che il fortuito non può escludere la colpa (specificata). Onde evitare simili esiti interpretativi, è allora sembrato preferibile non introdurre una simile circostanza. Certo è, tuttavia, che una simile diminuzione si giustificherebbe negli ambiti in cui anche alla vittima del reato si richieda una diligenza secondo parametri generalizzabili, come è il caso della condotta stradale da parte di ogni possibile utente. Diversamente, in altri ambiti, come, ad esempio, quello della responsabilità del sanitario, non sembra possibile individuare un parametro di diligenza oggettiva inerente alla vittima del reato (il paziente o fruitore della prestazione sanitaria).

12) Un ultimo aspetto: si è prevista la responsabilità da reato degli enti. Laddove il sinistro sia causato nell'ambito di attività lavorative, di prestazione d'opera o comunque da parte di soggetti che operano per conto di enti, l'opportunità di introdurre la responsabilità da reato sembra molto concreta, anche per evitare incertezze interpretative. Pensiamo a quegli eventi, lesioni o morte, che si realizzino in conseguenza della violazione di norme del Codice stradale, le quali abbiano, però, anche una valenza prevenzionistica in ambito lavorativo. Ad esempio, la violazione di norme sul carico dei mezzi di trasporto. Ecco, qual è la natura di queste norme? Dalla risposta a tale domanda dipende attualmente la possibilità di applicare la disciplina del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Quindi si è prospettata, con un articolato specifico, l'introduzione della responsabilità da reato, seppure con dei contenuti ben specifici che hanno formato oggetto di riflessione all'interno del Gruppo di studio, per le ipotesi di omicidio e di lesioni stradali.

\*\*\*\*\*

Mi sia consentita, infine, una riflessione conclusiva personale sul sistema dei reati colposi in generale, peraltro maggiormente inerente ad ambiti estranei all'omicidio e alle lesioni stradali.

Nell'accertamento di qualsiasi reato colposo la deviazione dai principi sta nel *creare la regola precauzionale a posteriori*. Questa sottolineatura è estremamente importante; però, a mio avviso, necessita di qualcosa in più.

Una simile deviazione si collega con un'altra e forse ancor più grave patologia, quella di non concepire un'area di rischio permesso. La regola precauzionale correttamente intesa come regola *ex ante* e, quindi, come regola di condotta valutata *prognosticamente* in chiave preventiva, non può mai coprire l'intero rischio legato ad una attività pericolosa, ancorché lecita. Bisogna, cioè, distinguere il *potere di riconoscere* dal *dovere di riconoscere e agire con un comportamento diverso da quello che si è concretamente tenuto*. E mi collego telegraficamente, a questo proposito – ed entrando in un campo che esula, come già ho avvertito, dalla tematica dell'omicidio e delle lesioni stradali –, alla questione delle *linee guida* che, a mio avviso, non dovrebbero essere concepite come regole precauzionali, ma piuttosto come dei presidi posti allo svolgimento di attività rischiose in funzione della delimitazione o, meglio, della individuazione di un'area di rischio consentito. In altri termini, la linea guida dovrebbe consentire all'operatore di compiere la sua attività in un'area di rischio che è consentito, cioè in cui è possibile ed è ammessa l'evenienza lesiva ma, tuttavia, questa evenienza rientra nel rischio permesso, in quanto, nel contemperare l'utilità sociale di una determinata attività e i rischi ad essa connessi, si ammette una determinata porzione di rischio lecito, definita proprio dalle linee guida. Quindi: linee guida come delimitazione, individuazione di aree di rischio lecito e, invece, regola precauzionale come dovere imposto *al netto* di quell'area di rischio lecito, come dovere imposto in chiave preventiva nello svolgimento di una determinata attività.

Credo che tutta la tematica inerente alla funzione e alla natura delle linee guida nel reato colposo andrebbe impostata in tale prospettiva.



# **LA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI ESERCENTI LE PROFESSIONI SANITARIE. LA PROPOSTA DI RIFORMA DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE**

*Matteo Caputo*

**Sommario:** 1. Un indispensabile riepilogo; 2. I nodi da sciogliere; 3. Approdi intermedi; 3.1 Un'interessante indicazione dottrinale; 3.2. Le assunzioni alla base di un'altra possibile opzione riformatrice: i dubbi sulle linee guida; 4. Le sollecitazioni emerse nel Convegno di Napoli; 5. Le direttrici di fondo del primo articolato; 6. La proposta di primo articolato; 7. Obiettivi politico-criminali e peculiarità della disciplina abbozzata; 7.1. Le novità del primo comma; 7.2. Le novità del secondo comma; 7.3. Le novità del terzo comma; 7.4. Le novità del quarto comma; 8. Prima appendice di comparazione; 9. L'impatto dell'emergenza sanitaria e il *webinar* del 1° ottobre 2021; 10. La proposta di secondo articolato e l'appendice di comparazione aggiornata.

## **1. Un indispensabile riepilogo**

Nel quadro dei lavori sulla riforma dei reati contro la persona, il sottogruppo coordinato dal prof. Sergio Seminara e composto dal prof. Domenico Pulitanò e dallo scrivente, è stato incaricato dal Consiglio Direttivo dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale di approntare una proposta di riforma della disciplina in materia di responsabilità per colpa degli esercenti le professioni sanitarie. Le conclusioni alle quali il sottogruppo è progressivamente giunto sono state illustrate in due sedi convegnistiche: presso l'Università di Torino, 9-10 ottobre 2018; e presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, 9-10 maggio 2019.

Successivamente il sottogruppo, che nel frattempo si è giovato del contributo del prof. Gabrio Forti, ha presentato e sottoposto al dibattito una prima bozza di articolato nel corso di un *webinar* organizzato dal prof. Andrea Castaldo, in collaborazione con DiPLaP - Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale, tenutosi il 1° ottobre 2021.

In quella sede, preziose osservazioni sono giunte dal Presidente della IV sezione della Corte di Cassazione, dott. Giacomo Fumu, dall'avv. Gaetano Scalise, dai dott. Matteo Leonida Mattheudakis e Andrea Perin.

Sulla scorta degli spunti migliorativi raccolti, il sottogruppo è tornato a riunirsi il 17 novembre 2021, in una composizione allargata ai dott. Mattheudakis e Perin, pervenendo alla elaborazione di un articolato aggiornato, pubblicato sul sito internet dell'AIPDP nella veste che può considerarsi definitiva.

Le note che seguono danno conto del percorso svolto e delle ragioni sottese alle scelte maturate in seno al sottogruppo, poi cristallizzate nel secondo articolato. Si precisa che, nell'impossibilità di riprodurre la ricchezza e la varietà della letteratura e della giurisprudenza fiorite intorno al tema della "responsabilità penale del medico", le citazioni sono strettamente funzionali al testo e non inseguono alcun ideale di completezza, impossibile da traguardare nell'economia del presente scritto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Per un inquadramento generale della materia cfr. M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 153 ss., e *ivi* i necessari riferimenti.

## 2. I nodi da sciogliere

Dopo un'approfondita attività di ricerca, volta a esaminare, oltre allo stato della legislazione e della giurisprudenza interne, le soluzioni adottate in Francia, Portogallo, Spagna, Germania, Inghilterra e Stati Uniti, nonché i progetti di riforma avanzati in Italia, il sottogruppo ha concentrato la propria attenzione su alcune questioni preliminari, ritenendole dirimenti rispetto allo scopo di addivenire alla redazione di una bozza di articolato.

a) Il sottogruppo si è innanzi tutto domandato quale ruolo il diritto penale possa seriamente svolgere nella prevenzione di fatti colposi inerenti alla sfera sanitaria. La riduzione del penalmente rilevante, nella prospettiva politico-criminale coltivata dall'ultimo legislatore, è stata curvata al contrasto della c.d. medicina difensiva, anche se si continua a ritenere la minaccia di pena funzionale a garantire la sicurezza delle cure e a presidiare la c.d. gestione del rischio clinico. Al contempo, è ormai un dato acquisito che l'eziologia degli eventi avversi poggia non di rado su componenti organizzative e sistemiche che meritano di essere attentamente considerate: solo l'apprendimento dall'errore favorisce ripensamenti dell'organizzazione in grado di prevenire il ripetersi di fatti di morte e lesioni evitabili, ma tale apprendimento richiede la circolazione di una cultura del *reporting* rispetto alla quale la minaccia di pena si rivela, in prima battuta, disfunzionale.

b) Il sottogruppo si è chiesto, pertanto, se abbia senso, sulla scia delle acquisizioni della scienza dell'organizzazione, conferire rilievo ai fattori organizzativi nella definizione del rimprovero colposo o si tratti di vicende che possono incidere solo sul piano causale, senza afferire al piano dell'esigibilità. In questa direzione, ci si è posti il tema dell'opportunità, in una prospettiva di riduzione delle contestazioni alle persone fisiche, di introdurre una forma di responsabilità delle persone giuridiche operanti nel settore sanitario per fatti colposi riconducibili a *deficit* organizzativi che attentano alla sicurezza delle cure (si pensi, in particolare, al fenomeno delle infezioni nosocomiali).

c) La convalida del *trend* politico criminale di delimitazione dell'area di esenzione da pena ("non punire la colpa non grave" o "punire solo la colpa grave") in favore degli esercenti le professioni sanitarie passa attraverso una scelta circa l'ampiezza del raggio dell'esenzione<sup>2</sup>. Il sottogruppo si è chiesto se una ragionevole restrizione debba essere circoscritta all'imperizia – come avviene nell'art. 590-*sexies* c.p. e in linea con l'insegnamento della Corte costituzionale (sulla scorta di un'importante intuizione del prof. Alberto Crespi) – o meriti di contemplare la negligenza e l'imprudenza<sup>3</sup>.

d) La l. 8 marzo 2017, n. 24, ha inaugurato un complesso sistema di validazione delle linee guida, agganciando tale sistema all'art. 590-*sexies* c.p. e riproponendo la questione del coefficiente cautelare presente nel sapere codificato. In giurisprudenza, la natura precaria e non vincolante del sapere "raccomandato" fa sì che l'osservanza della linea guida non segni automaticamente l'impunità all'esercente la professione sanitaria, lasciando sopravvivere margini di contestazione a titolo di colpa generica. Anche ammettendo la natura cautelare delle linee guida – la giurisprudenza preferisce una verifica caso per caso, negando che la violazione della linea guida dia vita di per sé a ipotesi di colpa specifica – resta aperto il quesito circa l'opportunità di inserire un espresso riferimento alle *guidelines* in sede di riforma, in caso di risposta affermativa collocandosi l'eventuale novella sulla scia del d.l. Balduzzi e della l. Gelli-Bianco.

e) Un'autonoma regolamentazione della responsabilità colposa degli esercenti le professioni

---

<sup>2</sup> Sul significato e sulla punibilità della colpa grave v. gli stimolanti svolgimenti di P.F. POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Giuffrè, 2021.

<sup>3</sup> Cfr. Corte cost., sent. 22 novembre 1973, n. 166.

sanitarie solleva problemi di disparità di trattamento rispetto ad altri professionisti del rischio da attività lecite e socialmente utili. Le franchigie hanno sempre generato frizioni col principio di eguaglianza e, nel corpo sociale, la sensazione di un privilegio ingiustificato, ancorché sussistano ottime ragioni per sostenere le peculiarità dell'*ars medica*. Come anticipato *sub c)*, in dottrina vi è largo consenso sulla opportunità, in una prospettiva attenta all'*extrema ratio*, di allocare la punibilità nel comparto sanitario solo a fronte di fatti connotati da colpa grave. Vi è da chiedersi se tale delimitazione debba valere solo per gli esercenti le professioni sanitarie o possa prescindere dalla qualifica professionale, sulla base dei coefficienti di problematicità e di rischio connessi a un criterio oggettivo quale, ad esempio, la natura della prestazione, come suggerisce l'art. 2236 c.c.

f) Il concetto di colpa grave è parso utile a centrare l'obiettivo di una selezione dei fatti meritevoli di punizione, ma difficile da definire. La dottrina si è cimentata in alcuni tentativi definitivi, mentre la giurisprudenza ha per lo più elaborato una serie di indicatori da verificare sul piano probatorio, poi ripresi dal legislatore dell'emergenza sanitaria attraverso il comma 2 dell'art. 3-*bis* del d.l. 1 aprile 2021, n. 44. Il progetto è chiamato a prendere posizione anche su questo aspetto, per quanto non sfuggano al sottogruppo gli ostacoli che circondano il tentativo di pervenire a una definizione appagante.

g) *Last but not least*, se si percorre la strada della punibilità della sola colpa grave, resta da sciogliere il nodo delle pene da minacciare/infliggere agli esercenti le professioni sanitarie che realizzino comportamenti gravemente colposi, affrontando una riflessione sulla perdurante necessità della pena detentiva e sull'opportunità di ricorrere a sanzioni interdittive che rischiano di riconsegnare in reparto/studio un professionista che ha disimparato l'arte, aumentando il rischio di reiterazione del reato. Il sottogruppo ritiene importante sollevare la questione, demandandone la definizione a una più ampia e improcrastinabile riforma del sistema sanzionatorio, che pure ha impegnato di recente i lavori dell'AIPDP<sup>4</sup>.

### 3. Approdi intermedi

È a tutti noto che l'intervento delle Sezioni Unite, con sentenza del 21 dicembre 2017, n. 8770, sul significato da annettere all'art. 590-*sexies* c.p., introdotto dall'art. 6 l. 8 marzo 2017, n. 24, ha suggellato una interpretazione a un tempo "creativa" – per il ritorno di una soglia di graduazione della colpa, assente nel testo della disposizione – e "restrittiva", in quanto la non punibilità viene confinata esclusivamente all'errore lieve da imperizia nella fase di esecuzione di linee guida selezionate correttamente.

Un risultato tutto sommato modesto in termini di deflazione processuale, e che non pare possa seriamente contribuire a diminuire la mole delle pratiche c.d. difensivistiche, atteso che, tra l'altro, il "vecchio" e abrogato art. 3 del c.d. decreto Balduzzi si è mostrato da subito più favorevole del "nuovo" art. 590-*sexies* c.p.

Deve inoltre rilevarsi come l'art. 590-*sexies* c.p., già prima della "tempesta Covid", sia rimasto pressoché inapplicato. Nel frattempo, la giurisprudenza, recependo alcune proposte dottrinali, e al fine di dare concreta attuazione al disposto dell'art. 590-*sexies* c.p., altrimenti inservibile, ha problematicamente ammesso la possibilità di equiparare alle buone pratiche le linee guida che non abbiano ancora superato il *test* dell'Istituto Superiore di Sanità<sup>5</sup>.

#### a. Una interessante indicazione dottrinale

---

<sup>4</sup> Cfr. AA.VV., *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, a cura di E. DOLCINI - A. DELLA BELLA, Giuffrè, 2020.

<sup>5</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 21 marzo 2019, n. 28102, inedita.

Per fronteggiare l'insoddisfazione conseguente a un primo bilancio della novella, non mitigata dalla soluzione escogitata dalle Sezioni Unite, il prof. Cristiano Cupelli ha formulato una pregevole proposta di riforma, impegnandosi a riscrivere l'art. 590-*sexies* c.p. in modo da rimuovere le criticità rilevate nell'analisi del testo vigente e nella lettura offerta dalla Corte di legittimità: «*L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si attiene alle raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, alle buone pratiche clinico-assistenziali, non risponde penalmente per colpa lieve per i fatti di cui agli articoli 589 e 590, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida o buone pratiche risultino adeguate alle specificità del caso concreto*»<sup>6</sup>.

Tra gli aspetti qualificanti da ascrivere alla nuova formulazione si contano: a) l'eliminazione della distinzione fra le tre matrici della colpa generica; b) l'esplicitazione del limite della colpa lieve; c) l'ancoraggio all'opzione legislativa di valorizzare primariamente il rilievo delle linee guida di cui all'art. 5 l. Gelli-Bianco.

## **b. Le assunzioni alla base di un'altra possibile opzione riformatrice: i dubbi sulle linee guida**

All'interno del sottogruppo è parallelamente affiorata la propensione a valutare l'opportunità di battere una pista differente, in controtendenza rispetto alla temperie legislativa che ha propiziato il varo degli artt. 5 e 6 l. Gelli-Bianco, e prima ancora dell'art. 3 d.l. Balduzzi, e caratterizzata dal tentativo di profilare una elaborazione alternativa dei parametri di imputazione della responsabilità per colpa degli esercenti le professioni sanitarie, attraverso la messa in discussione della centralità finora assegnata alle linee guida.

Il dato di partenza è il franco riconoscimento del *favor* accordato negli ultimi anni dal legislatore alle linee guida, una "promozione" che ha reso queste ultime una sorta di *totem*, determinando una curvatura del dibattito su un tema di sicuro rilievo, ma che ha impresso una discutibile riduzione della complessità e varietà delle prestazioni mediche, dotate di caratteristiche irriducibili a gabbie normative costruite con le "inferriate" delle linee guida.

Sul piano dei riflessi penalistici, peraltro, va riconosciuto che la scelta legislativa si sia fatta apprezzare per alcuni, non trascurabili motivi: 1) la capacità di colmare gli ammanchi di tipicità che affliggono l'illecito colposo, con un miglioramento in termini di certezza del diritto e prevedibilità delle conseguenze normative; 2) la capacità di generare un affidamento negli operatori che orientino il proprio agire all'insegna di saperi codificati e autorevoli; 3) la capacità di contribuire a definire il perimetro del rischio consentito.

Altrettanto chiari, però, devono essere i limiti dello strumentario.

Il rinvio alla "migliore scienza ed esperienza" condensata nelle raccomandazioni cliniche allo scopo di etero-integrare il contenuto precettivo della fattispecie colposa presenta inconvenienti epistemologici e pratici che non sembrano fugati dal sistema di validazione istituzionale di cui all'art. 5 (si pensi, per fare un esempio, all'età media sempre più elevata della popolazione, rappresentata in gran parte da soggetti con situazioni di comorbilità, che rendono molto difficile applicare indicazioni generali studiate per pazienti ideali).

Seri problemi, inoltre, si colgono sotto il profilo della libertà terapeutica, senza contare

---

<sup>6</sup> Cfr. C. CUPELLI, *L'anamorfose dell'art. 590-*sexies* c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1994 ss. La proposta è confluita nel d.d.l. S. 1533, presentato in data 8 ottobre 2019, dal titolo "Modifica dell'articolo 590-*sexies* del codice penale in materia di responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario", a firma dell'on. G. PITTELLA.



l'esistenza di settori della medicina "allergici" alla formalizzazione di cautele standardizzate (come la psichiatria) che si vedono esposti a ingiustificate disparità di trattamento, vedendosi sottratti all'applicazione dell'art. 590-*sexies* c.p., a meno che non residuino buone pratiche surrogatorie.

In modo ancor più radicale, ci si deve chiedere, per un verso, se sia appropriato che il codice penale sposi apertamente un determinato paradigma scientifico – l'*evidence based medicine* – in un momento in cui la scienza medica è percorsa da notevoli cambiamenti (si pensi alla medicina personalizzata o di precisione, al movimento di *rethinking medicine*, o al ruolo dell'intelligenza artificiale) che, se non portano a un ripudio della medicina basata sulle evidenze, ne reclamano una relativizzazione e contaminazione con altre correnti epistemologiche.

Per altro verso, occorre poi domandarsi se sia desiderabile puntare su un sistema centralizzato di linee-guida in funzione di esenzione della responsabilità penale, trascurando che analoghe piattaforme, pubbliche e private, sono state realizzate in altri ordinamenti al solo scopo di offrire meta-analisi e protocolli che aspirano a fornire *standard* clinici universali, ma senza l'ambizione di concepire tali sistemi di *guidelines* come unitari ed esaustivi, e senza che a essi si combini l'irresponsabilità penale dei professionisti.

A ciò si aggiunga che una rapida consultazione del sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità, incaricato di validare le linee guida ex art. 5 l. Gelli-Bianco, restituisce un risultato che deve far riflettere: sono ancora poche le linee guida che hanno superato il sindacato dell'Istituto, anche perché il procedimento disegnato dall'art. 5 risulta oneroso, senza che siano state attribuite dalla legge risorse aggiuntive all'Istituto per l'attività di vaglio; e anche lento, con il rischio che la linea guida, dopo essere stata predisposta dall'associazione scientifica iscritta nell'apposito albo e aver superato lo *screening* istituzionale si riveli poi... obsoleta, considerato che si stima in diciotto mesi il tempo sufficiente a raddoppiare il volume della conoscenza medica.

Sempre sul sito dell'Istituto si leggono le seguenti, significative affermazioni: «La creazione di un *safe harbour* dove i professionisti sanitari possano tutelarsi dall'impennata di contenziosi e contrastare con successo la deriva difensivistica reca con sé il rischio di spostare l'accento dal valore ottativo e discrezionale delle LG (come pure i metodologi ed estensori di LG si affannano, in tutte le lingue, a sottolineare) a un loro uso più pedissequamente prescrittivo (e irriflessivo), incentivando paradossalmente la medicina difensiva. Non è peraltro certo che questo approccio possa condurre a una riduzione dei contenziosi medico legali».

Da ultimo, sul punto, non possono sottacersi ulteriori aspetti critici: a) il rischio di una eterogeneità dei fini, una specie di responsabilità oggettiva a carico del medico che si discosti dalle linee guida (della serie: "siccome non hai osservato le linee guida, allora sei colpevole"); b) il rischio che le linee guida diventino altrettante euristiche, scorciatoie mentali per decisioni stereotipate, rischio poco mitigato dalla previsione che debbano essere adeguate alle specificità del caso concreto; c) il rischio di linee guida compromissorie, e quindi poco orientative, scaturite dal bisogno di non scontentare nessuna "scuola", e frutto del tentativo di predisporre testi condivisi tra le diverse associazioni o società scientifiche che presidiano la medesima disciplina; d) la necessità, ancora non pienamente soddisfatta, di conferire alle linee guida una patente di c.d. "fattibilità", considerando una serie di fattori come la variabilità della pratica clinica, in dipendenza da differenze economiche e organizzative tra regioni; la disponibilità di evidenze di alta qualità; il tasso di contenziosi su specifici argomenti.

Se, dunque, in linea astratta, può convenirsi con l'idea di una validazione "dall'alto" per emarginare la circolazione di linee guida fondate su "scienza spazzatura" o ad aperta vocazione economicistica, devono ribadirsi le riserve che investono l'adeguatezza di raccomandazioni dal carattere generale e astratto a funzionare da parametro di imputazione in sede penale.

Né può passare sotto silenzio l'impossibilità, salvo specifici casi da valutare in concreto, di

riconoscere natura cautelare alle predette linee guida, stante la sostanza di mere raccomandazioni, prive della vincolatività propria delle regole cautelari.

In altre parole, l'art. 590-*sexies* c.p. pare trasformare autoritativamente quelle che al più possono fungere da regole di condotta (*rectius*: da suggerimenti di condotta), espressive di un sapere caduco, in altrettante regole di giudizio, quando la stessa classe medica si guarda bene dall'additarle a unico paradigma di approccio al caso clinico, conscia della complessità dell'atto medico, della pluralità di scuole, della necessità talvolta di adottare comportamenti ispirati a stilemi non ancora codificati, ma promettenti e avanguardisti, che testimoniano il progresso scientifico nell'interesse di cura del paziente.

In aggiunta, l'art. 590-*sexies* c.p. sembra affetto da una "irragionevole ragionevolezza". Si mostra ragionevole quando esclude dalla promessa della non punibilità un medico che non conosca bene le linee guida specialistiche ed erri nella scelta, ma trascura che l'ambito diagnostico, nel quale vive la selezione delle linee guida, si contraddistingue per la maggior complessità del *decision making* rispetto all'ambito esecutivo o terapeutico, a causa della plurivocità dei sintomi e della pluralità di approcci, sicché mal si giustifica un atteggiamento penalizzante per la fase dove è maggiore la probabilità di errore a causa della maggiore difficoltà della prestazione.

#### 4. Le sollecitazioni emerse nel Convegno di Napoli

Nel Convegno AIPDP svoltosi a Napoli è affiorata una sostanziale condivisione in ordine alla opinabilità della scelta di affidare al rispetto o meno delle linee guida la selezione delle condotte colpose penalmente rilevanti.

La maggiore determinatezza connessa alla predeterminazione di parametri di riferimento dell'agire clinico non sembra superare una serie di obiezioni concernenti: a) i numerosi limiti manifestati dal genere "linee guida" (inutile ripercorrerne qui l'elenco); b) l'impossibilità di predicare una loro connaturata vocazione cautelare; c) le dispute su cosa realmente debba intendersi per "osservare/attenersi/rispettare le linee guida" e, più nello specifico, l'artificialità di una distinzione tra errore nella fase di individuazione/selezione della linea guida pertinente ed errore nella fase di applicazione della linea guida adeguata alle circostanze del caso concreto, fortemente contestata in ambito medico-legale perché poco rispondente alla pratica clinica<sup>7</sup>.

Venendo alla *pars construens*, un elemento che il sottogruppo ha ritenuto meritevole di considerazione risiede nella valorizzazione che la giurisprudenza ha conferito alla regola di giudizio inglobata nell'art. 2236 c.c., e al conseguente rilievo che nella valutazione della *malpractice* deve essere riconosciuto al contesto nel quale si è svolta la prestazione, alla natura e al livello di rischio che ha inciso sulla difficoltà del compito, ai fattori soggettivi e organizzativi che possono aver influenzato la condotta: tutti aspetti che impongono – *ça va sans dire*, ma è bene rimarcarlo – la necessità di procedere sempre a un accertamento della colpa *ex ante* e in concreto.

Nel dibattito seguito all'esposizione delle relazioni, degne di attenzione sono state le raccomandazioni del prof. Adelmo Manna – che ha invitato il sottogruppo a cimentarsi con l'impresa di definire il concetto di colpa grave – e dell'avv. Gaetano Scalise – che ha sottolineato l'importanza di non disperdere i punti qualificanti la "*Proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*", formulata dal Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e

---

<sup>7</sup> Distinzione presente in giurisprudenza a far data, almeno, da Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, su cui v. F. VIGANÒ, *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 aprile 2013.

la Politica criminale dell'Università Cattolica del Sacro Cuore nel 2010<sup>8</sup>.

## 5. Le direttrici di fondo del primo articolato

Preso atto dell'incoraggiamento a procedere su questa strada, ricalcato nella relazione conclusiva del convegno napoletano dal prof. Massimo Donini, e fatto tesoro dei suggerimenti poc'anzi ricordati, il sottogruppo ha provato ad allestire la bozza di un nuovo regime di responsabilità penale per gli esercenti le professioni sanitarie coerente con le coordinate di seguito dettagliate:

I) tenuto conto di quanto elaborato in termini generali nel progetto del sen. prof. Roland Riz<sup>9</sup>, prevedere un esplicito rimando nel campo penale alla regola di razionalità contenuta nell'art. 2236 c.c., in modo da realizzare tre significativi risultati:

a) mantenere nell'area del penalmente rilevante solo la colpa grave, anche per meglio distinguerla dalla colpa civile;

b) dare spazio a una valutazione del contesto, nel quadro di un accertamento da condurre in una prospettiva *ex ante* e in concreto;

c) rendere la riforma della responsabilità medica un laboratorio per sperimentare una soluzione che, incentrata sul rapporto tra difficoltà/complessità della prestazione e tipo di rischio per la salute del paziente, si candidi a essere esportata anche in altri settori professionali, a prescindere dalla presenza o meno di saperi positivizzati.

Per tale via, il sottogruppo ritiene di poter sdrammatizzare le tensioni con il principio di eguaglianza, poiché la proposta aspira a dar vita a una "norma pilota" pensata in prima battuta per il settore sanitario, ma dalle evidenti potenzialità espansive (si pensi ad altri campi di materie, come la sicurezza sul lavoro; e ad altre branche professionali, come il controllo del volo aereo, la protezione civile *etc.*), una volta che si radichi il convincimento per cui alla speciale difficoltà della prestazione deve sempre corrispondere un atteggiamento giudiziale comprensivo, che inneschi la reazione penale solo al sostanzarsi di un livello di colpa elevato.

II) Prevedere che la valorizzazione della regola di giudizio ricavabile dall'art. 2236 c.c. sia sganciata dalla natura strettamente "tecnica" del problema, in modo da assicurare la non punibilità anche a ipotesi di negligenza o imprudenza non gravi, così ampliando notevolmente il perimetro della irrilevanza penale. Rimane ferma, del resto, la responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria, come previsto dalle normative in vigore in numerosi altri ordinamenti.

III) Prevedere che, affrancandosi dal rilievo diretto delle linee guida, l'impianto normativo prescindendo dalla controversa distinzione tra momento selettivo e momento esecutivo, in modo da favorire un'equiparazione, quanto a gradiente di difficoltà, all'attività terapeutica dell'attività diagnostica, irragionevolmente discriminata dal vigente art. 590-*sexies* c.p.

IV) Prevedere un recupero del ruolo delle linee guida sul piano processuale e organizzativo. Senza frustrare l'impegno dell'Istituto Superiore di Sanità, è possibile valorizzare i saperi positivizzati sui terreni della prova della colpa professionale e della costruzione di modelli di gestione del rischio clinico.

In questa prospettiva, l'aderenza alla linea guida non comunica l'osservanza di regole cautelari, ma contribuisce a dimostrare l'inserimento dell'attività sanitaria all'interno di una sfera di rischio consentito, in modo da fornire elementi utili alla valutazione di un diverso bilanciamento tra rischio e responsabilità, cui possa seguire una eventuale riduzione della

---

<sup>8</sup> Cfr. G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, Edizioni ETS, 2010.

<sup>9</sup> «Se l'evento è conseguenza di prestazione d'opera che implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, l'imperizia deve essere grave» (art. 39 del d.d.l. n. 2038, presentato al Senato il 2 agosto 1995).

perizia/diligenza/prudenza esigibile, e quindi una indicazione non trascurabile circa il grado della colpa.

Anche la dimensione organizzativa può giovare delle linee guida, là dove esse contengano indicazioni che si rivelino utili alla gestione del rischio clinico all'interno delle organizzazioni sanitarie, contribuendo a ridurre il numero degli eventi avversi evitabili.

V) Prevedere che il riconoscimento di un grave *deficit* organizzativo dell'ente sanitario possa fondare l'esclusione della responsabilità per colpa grave dell'esercente le professioni sanitarie. L'acquisita consapevolezza della genesi organizzativa di numerosi errori commessi in ambito diagnostico e terapeutico consiglia di mettere fine alla ricerca del capro espiatorio e di rilanciare la lezione delle scienze della sicurezza che invitano a favorire l'apprendimento dagli errori incentivando il *self reporting*, grazie a una marginalizzazione del ricorso alla sanzione, foriera di chiusure opportunistiche che non aiutano a stabilire l'eziologia multifattoriale degli incidenti, né fanno progredire sulla strada della prevenzione.

Anziché chiedere «Chi è stato?», pare più promettente domandare «Com'è successo?», e il passaggio da una «cultura della colpa» di stampo inquisitorio a una «cultura della prevenzione» di stampo organizzativo si realizza normativamente con l'espressa negazione della gravità della colpa imputabile al singolo, ove si dimostri l'esistenza di una grave, concomitante o pregressa carenza organizzativa dell'ente nel quale l'esercente le professioni sanitarie svolge i propri compiti e che ha determinato la verifica dell'evento avverso.

La configurazione di una imputazione penale per colpa grave a carico dell'individuo come residuale rispetto a una ricostruzione sistemica dell'incidente, nella quale sia possibile scomporre l'insieme degli elementi che hanno portato alla causazione dell'evento, fa sì che il rimprovero alla persona fisica possa mantenersi vivo solo allorché, pur essendosi accertato che il soggetto si sia discostato dalle regole di diligenza-prudenza-perizia, siano altresì da escludere, in base a un'analisi del decorso causale allargato al piano organizzativo, fattori significativamente ascrivibili a tale piano.

## 6. La proposta di primo articolato: il “nuovo” art. 590-*sexies* c.p.

«Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie»

«1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-*bis* non è punibile l'esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un'attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.

2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.

3. Se la causazione dell'evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell'esercente la professione sanitaria non è grave.

4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure».

## 7. Obiettivi politico-criminali e peculiarità della disciplina abbozzata

L'ambizione della proposta – che implica l'abrogazione dell'attuale art. 590-*sexies* c.p., con effetti positivi sotto il profilo della successione di leggi nel tempo – è duplice e risiede, per un verso, nel riconoscimento accordato alle insidie che contornano la sfida professionale per garantire la sicurezza delle cure attraverso una corretta gestione del rischio clinico, tra le quali spiccano le complicazioni derivanti dalla esecuzione delle prestazioni sanitarie in ambienti complessi e contraddistinti da notevole “turbolenza organizzativa”; e, per l'altro, nello sforzo di fronteggiare la medicina difensiva conferendo sostanza al dettame dell'*extrema ratio*.

Rispetto al passato, il cambio di passo sta in una più coraggiosa “depenalizzazione”, da ottenere attraverso una ragionevole restrizione dell'area dei comportamenti colposi ai quali allacciare la responsabilità penale nell'area della *malpractice*. Si badi: questa depenalizzazione è per molti versi già in atto, basti guardare al numero esiguo di sentenze di condanna pronunciate dalla Corte di Cassazione, o, al contrario, alla quantità di decreti di archiviazione resi nella fase delle indagini preliminari e di sentenze di non luogo a procedere pronunciate al termine dell'udienza preliminare. Una depenalizzazione prasseologica che fa rilevare come il sistema abbia già, nei fatti, assorbito l'idea del *nulla poena sine culpa medica gravi*, sintonizzandosi, in modo non sempre lineare e pienamente avveduto, con le soluzioni da tempo praticate negli altri ordinamenti presi a confronto.

Al contempo, l'occasione per ripensare il regime di responsabilità penale di un particolare settore della criminalità colposa si presta – come osservato prima – a essere sfruttata per affermare un principio di politica criminale intorno al quale circola un consenso diffuso: nel campo dei reati colposi commessi nell'esercizio di attività professionali che esibiscano elevati coefficienti di difficoltà, il ricorso a sanzioni privative della libertà personale si giustifica solo in presenza di situazioni venute da colpa grave, ovvero da errori intollerabili, marchiani e che denotano un atteggiamento di profonda indifferenza e inaccettabile superficialità nei confronti dei rischi fatti correre al bene tutelato.

Il principio in parola è puntellato da acquisizioni di teoria della pena: non è soltanto la risaputa insufficienza della comminatoria edittale a incidere sulla prevenzione dei reati colposi a consigliare un graduale congedo dalla pena detentiva. Anche sotto il versante della rieducazione, bisogna ammettere come oggi un esercente le professioni sanitarie che abbia scontato il carcere per una colpa non grave, avendo smarrito la domestichezza con il *day by day* operativo, finisca per tramutarsi in un professionista che espone a maggior pericolo i futuri pazienti.

La promessa della non punibilità, come detto, mostra invece di essere recettiva di quelle impostazioni teoriche che assumono come dato fondamentale la consapevolezza della fallibilità umana e della corresponsabilità delle organizzazioni nella causazione e prevenzione degli errori.

Non solo: il “nuovo” art. 590-*sexies* c.p. vorrebbe contribuire a spostare il fuoco dell'attenzione da approcci tipici del c.d. *Value Based Healthcare*, nei quali il paziente è posto al centro dell'assistenza sanitaria e viene... prima di tutto («*Patient First*») ad approcci ispirati al c.d. *Human Value Based*, nei quali l'essere umano è parte di una visione globale inclusiva. Ne discende che è la relazione paziente-operatori sanitari ad assumere preminenza, poiché tanto i pazienti quanto il personale sono visti come esseri umani “in relazione”, portatori di esigenze diverse ma complementari.

In sintesi: è riconoscendo anche i problemi, le attese e i limiti degli esercenti le professioni sanitarie che si tutelano i pazienti. In questo senso, la nuova disposizione si propone di intercettare il valore della relazione di cura e di bilanciare l'irrinunciabile interesse alla tutela della salute con una impegnativa valorizzazione degli spazi di libertà e di errore dell'agire clinico.

## a. Le novità del primo comma

«Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-*bis* non è punibile l'esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un'attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave».

Si segnala all'attenzione del lettore:

1) in esordio la disposizione opera un rinvio ai casi di cui agli artt. 589, 590 e 593-*bis* c.p. La menzione esplicita dell'interruzione colposa di gravidanza tra i fatti contemplati dalla legge come reato esprime una particolare attenzione per le situazioni critiche che possono manifestarsi nei reparti di ostetricia e ginecologia;

2) il diretto rinvio all'enunciato del già evocato art. 2236 c.c. risolve la dibattuta questione della diretta applicazione nel campo penale di una regola di giudizio propria della responsabilità civile, ma che in realtà si fa portavoce di un principio generale dell'ordinamento, autorizzando una chiara deroga all'art. 43 c.p.

Il sintagma trasmette l'intenzione del sottogruppo di aderire a quella giurisprudenza di legittimità che ha rimarcato il valore da riconoscere al contesto nel quale è stata eseguita la prestazione: la «speciale difficoltà» può scaturire da numerosi fattori, di tipo personale, gestionale, economico (si pensi alle risorse a disposizione) *etc.*, e si apre alla considerazione della esigibilità della prestazione e alla possibilità di riconnettere l'individualizzazione del giudizio anche a dati anagrafico/biografici o alla situazione psicologica vissuta in concreto dall'esercente le professioni sanitarie (si pensi alla responsabilità del medico specializzando);

3) la proposta sceglie di puntare sul concetto di colpa grave, anziché sul concetto di colpa lieve, codificato invece dal d.l. Balduzzi.

Solo la colpa grave è dunque punibile, mentre resta non punibile ogni forma di colpa inferiore alla grave: una soluzione – il sottogruppo ne è pienamente consapevole – che amplia di molto gli spazi della irresponsabilità penale e che, facendosi carico di attivare il penale all'occorrenza di una misura elevata di colpa, sancisce una ragionevole equivalenza con l'intervento della responsabilità per danno erariale, anch'essa subordinata alla prova (del dolo o) della colpa grave (v. art. 9 l. n. 24/2017);

4) la scomparsa del qualificativo «tecnici» riferito al sostantivo «problemi ... di speciale difficoltà» mira a ottenere un ulteriore allargamento dell'area della non punibilità, vietando all'interprete di allegare l'esonero da responsabilità penale ai soli casi di “colpa speciale”, ossia di imperizia.

L'estensione della non punibilità segna una tangibile variazione di percorso rispetto all'itinerario avviato dalla Corte costituzionale nel 1973, poi vivificato da un robusto filone della Corte di Cassazione, e in ultimo precipitato nel vigente art. 590-*sexies* c.p., che connette l'impunità alla sfera della sola “colpa tecnica”<sup>10</sup>.

Le difficoltà di discernere in concreto fra le tre “sorelle” della colpa generica, con le disparità di trattamento che ne seguono, suggeriscono di estendere il limite della colpa grave anche ai casi di negligenza e imprudenza: una soluzione poi ribadita nel comma 2 attraverso l'evocazione dei compendi di colpa generica e colpa specifica di cui all'art. 43 c.p. Il *mix* tra minaccia della pena solo per colpa grave ed eliminazione di filtri tra le *species* di colpa generica concorre a restringere ulteriormente il perimetro dell'area di rischio penale.

---

<sup>10</sup> Sul significato da anettere al concetto di imperizia v. adesso Cass., Sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 15258, su cui v. P. BERTELLONI, *La discrezionalità 'vincolata' del giudice nell'accertamento processuale della colpa medica: la Corte di Cassazione elabora una guida ermeneutica per sindacare l'operato dell'esercente la professione sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 1593 ss.

Si tratta di un... “passo più lungo della gamba”? Prendere sul serio l'*extrema ratio* significa sapere che all'arretramento del penalmente rilevante non corrisponde un'assenza di tutela. La comparazione insegna che “civile” e “assicurativo” sono in grado di occupare efficacemente gli spazi lasciati vuoti dal penale, senza che se ne avverta la mancanza, in relazione a un fascio di attività non solo lecite, ma di fondamentale utilità sociale.

## b. Le novità del secondo comma

«La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento».

Si segnala all'attenzione del lettore:

1) il comma ospita una definizione di colpa grave, largamente debitrice del summenzionato *Progetto* del Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale (ora Alta Scuola “Federico Stella” sulla Giustizia Penale). Pur nella consapevolezza che: 1) *omnis definitio in iure periculosa est*; 2) è estremamente difficile approdare a una descrizione della categoria della colpa grave definitivamente soddisfacente; 3) ben si poteva limitare la futura novella alla enucleazione di una disposizione contenente il solo primo comma, per affidare alla giurisprudenza di merito la concretizzazione dei casi di gravità della colpa, da individuare sulla base dei criteri forniti dalla giurisprudenza di legittimità<sup>11</sup>; nondimeno, il sottogruppo ha reputato preferibile soddisfare esigenze di precisione e tassatività, allineandosi alle richieste del Consiglio Direttivo dell'AIPDP, e ha così fornito una indicazione all'interprete che si regge su due diversi elementi: la cospicua violazione di una regola cautelare e il rischio irragionevole che si rispecchia nell'evento.

Come emerso nel *Progetto* cui si faceva cenno, si è ritenuto anche in questa sede «di dare spazio, dal punto di vista concettuale, alla distinzione – ben nota alla dottrina di lingua tedesca – tra *Leichtfertigkeit* e *grobe Fahrlässigkeit*: mentre la *Leichtfertigkeit* rappresenta sostanzialmente la “mancata percezione di un rischio prevedibile e alto”, la *grobe Fahrlässigkeit* si presenta come la violazione di una regola cautelare di ampio spettro e perciò come una violazione crassa, un discostamento molto rilevante dalla regola cautelare. La formulazione proposta mostra di tenere in considerazione entrambi i profili, parametrando la valutazione in tema di gravità della colpa tanto sotto il profilo “qualitativo/intensivo”, ancorato alla natura della regola cautelare violata, quanto sotto l'aspetto “quantitativo/estensivo”, da verificare in rapporto sia alla entità del discostamento dal comportamento doveroso, sia alla frequenza (o addirittura sistematicità) delle violazioni commesse»<sup>12</sup>.

Con riferimento allo scarto dalla regola preventiva, onde evitare che si contesti la colpa grave per violazioni minime, epperò foriere di eventi dannosi che possono assumere macro-dimensioni, si richiede che la deviazione/inosservanza si colori della “particolare rilevanza”. Si tratta di una soluzione terminologica impiegata nel progetto di riforma del Codice penale elaborato dalla Commissione presieduta dall'on. avv. Giuliano Pisapia (art. 13, comma 1, lett. e) dell'articolato)<sup>13</sup>. *Ergo*, non qualsivoglia discostamento dalla regola cautelare, ricorrendo gli

<sup>11</sup> V. la già citata Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 8770.

<sup>12</sup> Cfr. G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, cit., 223.

<sup>13</sup> «Art. 13 - Dolo, colpa, colpa grave -  
1. Prevedere che:

altri requisiti della definizione, potrà fondare un rimprovero a titolo di colpa grave, ma solo uno iato profondo, apprezzabile dal giudice di merito, che – in linea con la giurisprudenza sull’art. 2236 c.c. – segnali un errore macroscopico, grossolano, un tradimento madornale e inaccettabile delle *leges artis*.

In relazione al concetto di “rischio irragionevole”, poi, va rilevato come si tratti di nozione che punta a umanizzare la valutazione sul rischio, e alla quale si salda l’esplicitazione di una necessaria “ricaduta”, la prova della concretizzazione del rischio nell’evento lesivo.

Per l’operatività del nuovo art. 590-*sexies* c.p. occorrerà assicurare che il soggetto sia rimproverato e punito proprio perché il rischio generato dalla sua condotta gravemente colposa si è effettivamente concretizzato nell’evento oggetto di contestazione.

Affinché venga pienamente rispettato il principio di colpevolezza, l’accusa dovrà quindi dimostrare – secondo il consueto canone dell’oltre ogni ragionevole dubbio – che nell’evento dannoso si sia tradotta la violazione (marchiana) di una regola cautelare la cui finalità era appunto quella di prevenire eventi del tipo di quello verificatosi a danno del paziente. In questo modo, i *test* sul c.d. scopo della norma violata e sull’efficienza causale del c.d. comportamento alternativo doveroso trovano una spessa evidenza normativa, alla quale non potranno sottrarsi né le parti né il giudice.

L’enunciato, infine, fa mostra di essere conforme a recenti approdi giurisprudenziali, che considerano la valutazione della natura e del livello di rischio innescato dalla condotta uno snodo da approfondire processualmente con particolare attenzione<sup>14</sup>;

2) la formulazione ripete con minime variazioni la disposizione “a coppia” (colpa generica/colpa specifica) alloggiata nell’art. 43 c.p., che “occupa” il posto lasciato libero dall’eliminazione del riferimento alle linee guida e alle buone pratiche. La riproduzione ha un doppio valore: aggancia il *safe harbour* a qualunque *species* di colpa, superando l’imbuto dell’imperizia, e riconfigura il rilievo delle linee guida come elemento che, insieme ad altri, può contribuire a delimitare la soglia del rischio consentito, senza che l’osservanza/inosservanza del sapere positivizzato si traduca automaticamente in un esonero/affermazione di responsabilità penale, assecondando tracciati argomentativi presenti in dottrina e nella giurisprudenza più avvertita<sup>15</sup>;

3) a ben vedere, la “dialettica” tra primo e secondo comma fa sì che, ancorché la prova del grado della colpa s’incentri sulla valutazione dello scarto dalla cautela dovuta e sulla correlazione tra evento e tipo di rischio, entrambi i *test* non possano non risentire di quanto previsto dal primo comma, con riguardo ai «problemi di speciale difficoltà».

È questa locuzione che consente di innervare un’indagine *prima facie* oggettivistica, come quella richiesta dal comma 2, di componenti di tipo personalistico, oltre che di tipo contestuale e organizzativo.

---

a) nessuno sia punito per un fatto previsto dalla legge come reato se non lo abbia commesso con dolo, salvo i casi di reato colposo espressamente previsti dalla legge;

b) il reato sia doloso quando l’agente si rappresenti concretamente e voglia il fatto che lo costituisce;

c) il reato sia doloso anche quando l’agente voglia il fatto, la cui realizzazione sia rappresentata come altamente probabile, solo per averlo accettato, e ciò risulti da elementi univoci, salva in tal caso l’applicazione di un’attenuante facoltativa;

d) il reato sia colposo quando il fatto, anche se rappresentato, non sia voluto dall’agente e questi lo realizzi come conseguenza concretamente prevedibile ed evitabile dell’inosservanza di regole di diligenza, di prudenza o di perizia o di altre regole cautelari stabilite da leggi, regolamenti, ordini o atti di autonomia privata;

e) la colpa sia grave quando, tenendo conto della concreta situazione anche psicologica dell’agente, sia particolarmente rilevante l’inosservanza delle regole ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili;

f) quando da un fatto previsto come reato derivi per colpa un’ulteriore conseguenza, si applichino le regole del concorso formale di reati, se per la conseguenza ulteriore la legge preveda la responsabilità per colpa».

<sup>14</sup> Ancora Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit.

<sup>15</sup> V. Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, cit.



4) una parte significativa del *Progetto* del Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale riguardava la promozione di programmi di giustizia riparativa, il cui svolgimento, a determinate condizioni, comportava nei casi di colpa grave la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero per estinzione del reato, previa audizione della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa.

Il sottogruppo ha deciso di non introdurre nell’articolato la complessa e analitica disciplina, anche di taglio processualistico, che permette di conseguire un esito liberatorio nonostante la gravità della colpa ascritta all’ esercente la professione sanitaria, ma ritiene tale congegno meritevole di approfondimento e rinvia al dibattito che seguirà la pubblicazione del presente documento la valutazione circa l’opportunità di arricchire la regolamentazione dei casi di *malpractice* di ulteriori previsioni dedicate alle impegnative modalità da osservare per impedire l’inflizione della pena detentiva a fronte di condotte venute da un grado di colpa particolarmente elevato.

### c. Le novità del terzo comma

«Se la causazione dell’evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell’ esercente la professione sanitaria non è grave».

Si segnala all’attenzione del lettore:

1) si istituisce una sorta di equazione normativa, o presunzione assoluta, in favore dell’ esercente la professione sanitaria, stabilendo che la colpa della persona fisica non è mai grave – e da ciò deriva l’ottenimento della non punibilità – se l’evento è stato determinato da fattori causali di natura organizzativa imputabili all’ente nel quale si è svolta l’attività sanitaria.

La grave carenza impedisce di punire un soggetto che pure, in ipotesi, versi in colpa grave, se si dimostra che con essa concorre un grave *deficit* ascrivibile all’organizzazione. Va da sé che l’evento lesivo dovrà risultare una concretizzazione del rischio creato dalla lacuna organizzativa: come per la persona fisica, occorrerà dunque provare che le carenze addebitabili alla struttura abbiano attivato un rischio che si sia riflesso nell’evento;

2) la previsione rappresenta una deroga alla disciplina delle concause di cui all’art. 41, comma 2, c.p., perché parifica i *deficit* organizzativi preesistenti o simultanei alle cause sopravvenute, conferendo rilevanza a trame causali di matrice organizzativa che, qualora ne si provi l’effettiva incidenza rispetto all’evento avverso, vengono accreditate della capacità di escludere il rapporto di causalità fra l’azione o l’omissione e l’evento, a onta delle intersecazioni con condotte umane anche gravemente colpose di esercenti le professioni sanitarie.

Anche questa soluzione concorre ad ampliare lo spettro della non punibilità e risponde, peraltro, all’opportunità politico-criminale di delocalizzare quote di responsabilità in capo agli enti, impegnandoli in tal modo a investire sul piano della gestione e formazione del personale, dell’alimentazione dei flussi informativi, del rispetto delle procedure, dei sistemi di controllo interno (riferiti anche all’uso delle risorse) - in due parole: a investire nella “prevenzione sistemica” - se vogliono evitare di essere... “investiti” da un aumento del contenzioso da responsabilità della struttura;

3) il concetto di “grave carenza organizzativa” presenta (almeno) due significativi addentellati normativi. Uno diretto, l’art. 13 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (gli artt. 17 e 25 parlano di «carenza organizzativa»), che il terzo comma riproduce in larga parte, dando risalto al contributo dell’ente nella causazione dell’evento lesivo. E uno indiretto, l’art. 9, comma 5, l. Gelli-Bianco, il quale precisa come ai fini della quantificazione del danno, nell’azione di responsabilità amministrativa, per dolo o colpa grave, sostenuta nei confronti dell’ esercente la

professione sanitaria dal pubblico ministero presso la Corte dei Conti, si debba tener conto «delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato».

#### d. Le novità del quarto comma

«La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure».

Si segnala all'attenzione del lettore:

1) il sottogruppo non si è sottratto al compito di fornire una definizione di grave carenza organizzativa, e ha inteso agganciarla alle violazioni del c.d. *clinical risk management* e al conseguente inadempimento dell'impegno a garantire "cure sicure" per rendere effettivo il diritto alla salute. Non a caso, la formulazione dell'art. 1 l. Gelli-Bianco viene ripresa nell'articolato allo scopo di caratterizzare la specificità e l'importanza dei modelli di gestione del rischio clinico<sup>16</sup>;

2) il riferimento ai modelli organizzativi da adottare ed efficacemente attuare rende palese l'assonanza con i *compliance programs* che fungono da perno della disciplina della responsabilità degli enti dipendente da reato ex d.lgs. n. 231/2001. Occorre considerare che l'indicazione apre a un possibile, futuro collegamento con il d.lgs. n. 231/2001, ma tale collegamento deve intendersi tutt'altro che obbligato, poiché la disposizione funziona così com'è, senza far leva sull'ennesimo ampliamento del catalogo degli illeciti fonte di imputazione per l'ente. La previsione dà vita a un'autonoma causa di responsabilità per l'organizzazione, abbia essa natura pubblica o privata, da verificare sul fronte del risarcimento del danno, e non preclude l'emersione di profili di responsabilità individuale, anche penale, dei dirigenti cui siano da ricondurre le gravi mancanze della persona giuridica che hanno determinato la causazione dell'evento avverso;

3) la mancata adozione e inefficace attuazione di modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, non costituisce l'unico oggetto di prova per predicare l'esistenza di una ipotesi di grave carenza organizzativa. Perché venga esclusa la rilevanza penale della persona fisica a titolo di colpa grave, occorrerà dimostrare, altresì, che la condotta dell'ente costituisce un fattore di rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.

L'enunciato trae spunto dalla nozione di «prodotto sicuro» contenuta nell'art. 103, comma 1, lett. a) del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), ed è imperniata sulla

---

<sup>16</sup> «Art. 1 - Sicurezza delle cure in sanità -

1. La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività.

2. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative.

3. Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale».

necessità che il prodotto «non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l’impiego del prodotto e considerati accettabili nell’osservanza di un livello elevato di tutela della salute e di sicurezza delle persone».

Spostando l’asse della valutazione dalla persona fisica alla persona giuridica, si è preferito qualificare il rischio in termini di “compatibilità/incompatibilità”, anziché in termini di “ragionevolezza/irragionevolezza”, come avviene nel comma 2. Ne segue che la lacuna organizzativa non sarà grave se, oltre all’adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi di prevenzione e gestione del rischio clinico – che ogni struttura sanitaria degna di questo nome dovrebbe già possedere – si accerterà che l’evento avverso è concretizzazione di un rischio compatibile con l’osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.

Si potrà opinare che a sostanziare il concetto di grave carenza organizzativa sarebbe bastato l’inadempimento del “dovere modellistico”, senza bisogno di inserire un requisito aggiuntivo, in quanto l’adozione ed efficace attuazione del *compliance program* dovrebbe di per sé garantire sulla compatibilità dei rischi con l’osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.

Premesso che non tutte le carenze organizzative sono necessariamente intercettate dai modelli di gestione del rischio clinico, a parere del sottogruppo l’inciso svolge due funzioni significative: tiene alto l’impegno alla prevenzione degli eventi prevedibili ed evitabili da parte della struttura (da parametrare in concreto, come lo stesso art. 103 c. cons. dispone nei commi successivi), sul presupposto che l’organizzazione è a un tempo fonte di maggiori rischi, ma anche capace di maggiore sicurezza rispetto ai pur apprezzabili sforzi individuali; ribadisce l’esistenza di una quota di rischio ineliminabile, e quindi consentito, che nessuna dedizione organizzativa potrà mai debellare: è il caso, per fare un esempio, delle infezioni nosocomiali, che la letteratura medico-legale ammonisce essere inevitabili entro una certa quota di tolleranza.

Sotto quest’ultimo aspetto, la proposta ambisce a costruire un argine normativo agli automatismi giurisprudenziali registrati in “materia 231”, alla stregua dei quali se un reato è stato commesso si presume l’inidoneità del modello organizzativo. Per arginare la perniciosità logica del *post hoc propter hoc*, si è ritenuto di vincolare le parti e il giudice a uno scrutinio maggiormente scrupoloso, volto ad acclarare l’esistenza di un rischio clinico che l’organizzazione aveva il dovere di prevedere e governare sulla base di riconosciuti *standard* di sicurezza delle cure (si pensi, per fare un esempio, alle acquisizioni dell’Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, di cui all’art. 5 l. Gelli-Bianco);

4) ove la carenza organizzativa non sia grave, ma abbia influito significativamente sulla colpa grave dell’ esercente la professione sanitaria, la penale rilevanza della condotta della persona fisica non sarà esclusa, sebbene il giudice potrà tenere in debito conto l’incidenza del fattore organizzativo ai fini della commisurazione della pena;

5) si consideri, infine, che nella valutazione degli *standard* organizzativi esigibili dalla struttura sanitaria ben potranno tornare utili linee guida di settore: uscite dalla porta della (diretta) responsabilità penale dell’ esercente le professioni sanitarie, possono contribuire alla strutturazione e all’analisi dei modelli di *clinical risk management*, come anche a riempire di contenuto il concetto di compatibilità/incompatibilità con l’osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.

## 8. Prima appendice di comparazione

Proposta del Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale	Art. 3 d.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv. con modific. in l. 8 novembre 2012, n. 189	Art. 590- <i>sexies</i> c.p.	Proposta del prof. Cristiano Cupelli	Proposta di I articolato dell’AIPDP
--	---	------------------------------	--------------------------------------	-------------------------------------

Morte o lesioni come conseguenze di condotta colposa in ambito sanitario	Responsabilità professionale dell' esercente le professioni sanitarie	Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario	Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario	Non punibilità dell' esercente le professioni sanitarie
<p>1. L' esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli artt. 589 e 590 solo in caso di colpa grave.</p> <p>2. Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l' azione o l' omissione dell' esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell' arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell' evento.</p>	<p>1. L' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve.</p> <p>[...]</p>	<p>1. Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell' esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.</p> <p>2. Qualora l' evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.</p>	<p>1. L' esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si attiene alle raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, alle buone pratiche clinico — assistenziali, non risponde penalmente per colpa lieve, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida o buone pratiche risultino adeguate alle specificità del caso concreto.</p>	<p>1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-<i>bis</i> non è punibile l' esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un' attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.</p> <p>2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l' inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell' evento.</p> <p>3. Se la causazione dell' evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la</p>

				<p>colpa dell'esercente la professione sanitaria non è grave.</p> <p>4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.</p>
--	--	--	--	--

## 9. L'impatto dell'emergenza sanitaria e il webinar del 1° ottobre 2021

Mentre il sottogruppo finalizzava la prima proposta di articolato, sul mondo si abbatteva la piaga della pandemia da Covid-19. Come noto, i sistemi sanitari di tutto il mondo sono stati messi (e in parte lo sono ancora) a durissima prova, e gli esercenti le professioni sanitarie hanno dovuto misurarsi con difficoltà di varia natura, mai sperimentate, che hanno reso impervia l'assistenza tanto dei pazienti-Covid quanto dei pazienti no-Covid, aumentando il rischio di errore a causa della scarsità di risorse umane, scientifiche, tecnologiche, economiche, organizzative *etc.*

Per sopire i timori della classe medica, preoccupata di dover pagare anche sul fronte penale le conseguenze di errori figli del contesto emergenziale nel quale medici, infermieri, farmacisti, specializzandi si sono trovati a operare, e consapevole della sostanziale inutilità dell'art. 590-sexies c.p., attesa, per tacer d'altro, l'assenza di linee guida contro la nuova infezione, il legislatore è intervenuto lungo due versanti, attraverso il d.l. 1 aprile 2021, n. 44, poi convertito con modificazioni dalla l. 28 maggio 2021, n. 76.

Con l'art. 3 ha previsto un'ipotesi di esclusione della punibilità per i delitti di omicidio e lesioni personali colpose verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da Sars-Cov-2, a condizione che l'uso dello stesso risulti conforme

alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e nelle circolari del ministero della salute relativa alle attività di vaccinazione.

Con l'art. 3-*bis* ha stabilito che, durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, deliberato dal Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del Codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave. Ha inoltre specificato che, «ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da Sars-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza»<sup>17</sup>.

Si tratta di due novità normative che comprovano il *trend* di sostanziale favore nei confronti della classe medica registrabile negli ultimi anni: oltre alle già ricordate modifiche “Balduzzi” e “Gelli-Bianco”, mette conto ricordare l'art. 1, comma 6, l. 22 dicembre 2017, n. 219, che ha comportato una significativa rimodulazione della posizione di garanzia del medico, il quale «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale»; la l. 11 gennaio 2018, n. 3, che ha modificato l'art. 348 c.p., attraverso un processo di “sanitarizzazione” della fattispecie attento alla tutela degli interessi degli esercenti le professioni sanitarie, e ha introdotto una circostanza aggravante per i casi in cui i reati di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, limitatamente a quelle gravi o gravissime, siano commessi nell'esercizio abusivo di una professione per la quale sia richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria (artt. 589, comma 3 e 590, comma 4, c.p.); e la l. 14 agosto 2020, n. 113, che ha reagito al dramma delle aggressioni al personale sanitario attraverso un *mix* di misure preventive e repressive, modificando l'art. 583-*quater* c.p. (ora rubricato «Lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive, nonché a personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria e a chiunque svolga attività ausiliarie ad essa funzionali») e introducendo una nuova circostanza aggravante: il n. 11-*octies* dell'art. 61 c.p. («l'aver agito, nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nonché di chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, a causa o nell'esercizio di tali professioni o attività»).

Si tratta di un insieme di manovre tese ora a ridurre l'area di rischio penale per gli esercenti le professioni sanitarie, ora ad allargare l'area di rischio penale per i soggetti che attentano all'integrità delle professioni sanitarie. Esse segnalano, nel complesso, una svolta normativa grazie alla quale si riconosce e si sancisce la significatività e, per certi versi, l'unicità delle funzioni di utilità sociale esercitate dai professionisti della salute.

È in questo contesto, come anticipato, che si è tenuto il *webinar* organizzato dal prof. Andrea Castaldo in collaborazione con DiPLaP, nel corso del quale la bozza di primo articolato ha ricevuto apprezzamenti e talune osservazioni critiche.

## 10. La proposta di secondo articolato e l'appendice di comparazione aggiornata

Il sottogruppo ha deciso di riunirsi nuovamente per elaborare e tesaurizzare i notevoli spunti raccolti durante il *webinar*. Nella riunione del 17 novembre 2021 sono stati innanzi tutto

---

<sup>17</sup> Su entrambe le novità cfr. M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1171 ss.

ricapitolati e confermati i punti qualificanti il progetto di riforma, intorno ai quali si è addensato un largo consenso:

1) in linea con le indicazioni ricevute dal Consiglio direttivo dell'AIPDP, volte ad attuare il dettame dell'*extrema ratio* dell'intervento punitivo (anche) nel campo sanitario, la proposta ancora la punibilità della colpa medica alla soglia della colpa grave in rapporto a tutte le matrici della colpa generica e della colpa specifica;

2) consapevole dei limiti insiti in ogni tentativo definitorio, sottolineati in particolare dall'acuto intervento del prof. Andrea Castaldo, la proposta prova comunque a fornire una definizione del concetto di colpa grave in ambito sanitario, debitrice della formulazione coniata dal *Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale* dell'Università Cattolica del Sacro Cuore;

3) la proposta si prefigge, inoltre, di valorizzare l'incidenza del contesto, in forza di un richiamo esplicito al testo dell'art. 2236 c.c., in dialogo con la dottrina e la giurisprudenza della IV sezione della Cassazione, che da tempo ha rimarcato l'importanza da annettere in via interpretativa alla regola di giudizio sottesa alla disposizione codicistica, allo scopo di dare spazio a valutazioni che riguardino sia il profilo oggettivo sia il profilo soggettivo dell'illecito colposo;

4) la proposta si congeda dal riferimento alle linee guida, in ragione degli scarsi risultati prodotti dall'ingresso dei saperi codificati nell'art. 590-*sexies* c.p. e nell'interpretazione giurisprudenziale, che ha coltivato l'artificiosa distinzione tra errori nella fase di individuazione e nella fase di applicazione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, conducendo a una sterilizzazione applicativa della causa di non punibilità;

5) infine, la proposta apre a una più diffusa considerazione dell'impatto prodotto dall'agire od omettere delle organizzazioni complesse sulla colpa del singolo operatore.

I correttivi suggeriti dai *discussant* sono stati per lo più indirizzati a enfatizzare la necessità che la colpa si accerti sempre in concreto, attraverso un'analisi approfondita del contesto nel quale si svolge la prestazione sanitaria, in modo da mettere in evidenza non solo le "difficoltà dell'atto" dell' esercente le professioni sanitarie, ma anche una serie di ulteriori situazioni che possono incidere sul tasso di esigibilità del comportamento alternativo doveroso.

L'esigenza di meglio coniugare, all'interno dell'articolato, la concretizzazione della cautela con l'individualizzazione del giudizio ha sospinto il sottogruppo ad accogliere una proposta di riscrittura del testo che, facendo tesoro del recente esempio incarnato dall'art. 3-*bis* d.l. n. 44/2021, aggiunge alla definizione della colpa grave (comma 2) una serie di indici sintomatici, non esaustivi, suscettibili di aiutare il giudice nella valutazione del grado della colpa (comma 3)<sup>18</sup>.

Al netto di taluni ritocchi formali che hanno interessato la rubrica, il comma 1 e il comma 2 (dove si è preferito ricorrere alla sintetica locuzione di «regole cautelari», senza riproporre le definizioni di colpa generica e di colpa specifica presenti nel vigente art. 43 c.p.), il sottogruppo ha dunque condiviso l'utilità di una più articolata specificazione dei fattori che possono complicare la prestazione sanitaria, anche quella routinaria, sì da rendere legittimo il ricorso alla pena solo in caso di colpa grave.

Per altro verso, e nonostante le autorevoli sollecitazioni provenienti dal Presidente Fumu e dall'avv. Scalise, è stata mantenuta ferma la scelta di non inserire le linee guida nell'elenco delle fonti la cui violazione dà vita a una contestazione a titolo di colpa specifica, nella persuasione che siano troppe le incertezze che avvolgono l'affidabilità cautelare delle raccomandazioni di comportamento clinico e non trascurabili i rischi di deresponsabilizzazione

---

<sup>18</sup> Critico sulla criteriologia diagnostica del grado della colpa enucleata nell'art. 3-*bis* si mostra D. BRUNELLI, *Del diritto penale percepito e dei suoi più recenti exploit*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2022, 1 ss.

del personale sanitario connessi alla loro ipostatizzazione normativa.

Del pari, pur apparendo stimolante la prospettiva di dedicare un'apposita previsione alle prestazioni plurisoggettive, mercé una apposita sottolineatura del ruolo fondamentale giocato dal principio di affidamento, il sottogruppo ha concluso che siffatto principio dispieghi una valenza non settoriale, che merita di essere espressa in una norma di parte generale.

Proposta di I articolato dell'AIPDP «Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie»	Proposta di II articolato dell'AIPDP «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario»
<p>«1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-<i>bis</i> non è punibile l'esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un'attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.</p> <p>2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.</p> <p>3. Se la causazione dell'evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell'esercente la professione sanitaria non è grave.</p> <p>4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.»</p>	<p>«1. Se i fatti di cui agli articoli 589, 590 e 593-<i>bis</i> sono commessi nell'esercizio delle professioni sanitarie, la responsabilità penale è esclusa salvo che la colpa sia grave.</p> <p>2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole cautelari è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.</p> <p>3. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della speciale difficoltà dei problemi affrontati, delle condizioni di lavoro e delle risorse disponibili, del tipo di rischio da gestire e della concreta situazione operativa, del livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche possedute, delle motivazioni della condotta, delle gravi carenze organizzative.</p> <p>4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.»</p>



# ANALISI PROPOSITIVA DELLA PRIMA BOZZA DI ARTICOLATO AIPDP SULLA «NON PUNIBILITÀ DELL'ESERCENTE LE PROFESSIONI SANITARIE»

Andrea Perin

**Sommario:** 1. Introduzione; 2. L'esigenza di superare l'attuale modello di disciplina; 3. Analisi dell'articolato; 3.1. Primo comma; 3.2. Secondo comma (e ipotetico "nuovo" co. 3); 3.3. Terzo comma (e ipotetico "nuovo" co. 4); 4. Sintesi: suggerimenti e ipotetica articolazione.

## 1. Introduzione

La mia relazione, in particolare, si concentra sull'articolato elaborato dal Sottogruppo AIPDP – coordinato dal professor Sergio Seminara e composto dai professori Matteo Caputo e Domenico Pulitanò – incaricato di formulare una proposta di riforma del regime di responsabilità per colpa degli esercenti le professioni sanitarie («Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie»)<sup>1</sup>.

All'esito del seminario svoltosi in data 1° ottobre 2021, organizzato dalla AIPDP in collaborazione con il DiPLaP, il Sottogruppo si è riunito nuovamente il 17 novembre 2021, in una composizione allargata anche al prof. Matteo L. Mattheudakis e al sottoscritto, per valutare la possibilità di rivedere la prima proposta di articolato sulla scorta degli spunti raccolti nel corso di quell'incontro. Alcuni suggerimenti condivisi anche durante questa successiva riunione sono stati accolti in una proposta aggiornata di disciplina («Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario»)<sup>2</sup>. Benché, quindi, il Sottogruppo abbia pubblicato una *seconda bozza* di articolato, nel presente scritto, restando fedele nella sostanza ai contenuti della relazione svolta in ottobre e alla finalità di questo Libro, analizzerò la *prima proposta* dell'AIPDP in materia di colpa penale in ambito sanitario<sup>3</sup>.

## 2. L'esigenza di superare l'attuale modello di disciplina

I motivi fondamentali di ordine teorico e pratico alla base dell'esigenza di riscrivere la

---

<sup>1</sup> La prima bozza di articolato, discussa nel corso del Seminario svoltosi in data 1° ottobre 2021, e la *Relazione* a cura del prof. Matteo Caputo, *Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria*, sono disponibili in questo *Libro*.

<sup>2</sup> Anche la seconda bozza di articolato e la nuova *Relazione*, a cura del prof. M. Caputo, sono pubblicate in questo *Libro*.

<sup>3</sup> Ad ogni modo, come avremo modo di notare già in questa sede, il modello di disciplina adottato dal Sottogruppo fin dalla *prima proposta* è sostanzialmente condiviso già nella presente relazione; a maggior ragione accolgo favorevolmente il risultato raggiunto nella *seconda proposta* (*supra*, nt. 2), che rivede alcuni segmenti della prima bozza di articolato, considerando anche suggerimenti emersi nel corso degli incontri agli Atti. Per un esame di entrambe le proposte, comprensivo della presente relazione, sia consentito rinviare ad A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP. Colpa penale sanitaria = inosservanza cautelare + deviazione rilevante dalla regola di diligenza + rischio irragionevole + esigibilità contestuale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2022, n. 2, 353 ss., spec. 364 ss., sulla *seconda proposta* di articolato. <https://doi.org/10.15168/2284-4503-2343>.

disciplina in materia di colpa medica (art. 590-*sexies*, c.p., introdotto dalla L. 8 marzo 2017, n. 24, cd. riforma Gelli-Bianco) si riflettono chiaramente nella *Relazione* che accompagna la *prima proposta* di articolato AIPDP in questa materia. Si esprime, in particolare, l'esigenza di riscrivere una disciplina sul punto tenendo conto soprattutto della necessità di offrire – finalmente – uno strumento intellegibile al giudice.

La filosofia sottesa ai tentativi definitori delle ultime riforme è stata quella di ridurre gli spazi di discrezionalità giudiziale, ricorrendo a strumenti presumibilmente dotati di un elevato tasso di oggettività – linee guida e buone pratiche mediche –, perseguendo l'obiettivo di una più chiara e netta definizione (etero-integrazione) della tipicità-colposa e una sensibile riduzione dell'ambito della punibilità in ambito sanitario.

Tuttavia, gli esiti di questa strategia non sono stati quelli auspicati<sup>4</sup>.

Fra le maggiori criticità – intimamente intrecciate – emerse dall'esperienza degli ultimi anni possiamo schematicamente ricordare: (i) quelle di ordine epistemologico e normologico legate alla difficoltà di dotare di un maggior grado di tassatività la fattispecie colposa ricorrendo alla individuazione/definizione di parametri di “perizia” standardizzati<sup>5</sup>; (ii) problemi pratici di sistematizzazione, certificazione e aggiornamento delle linee-guida rilevanti<sup>6</sup>; (iii) il rischio di

---

<sup>4</sup> Con particolare riferimento alle criticità del modello Gelli-Bianco e alla problematica soluzione interpretativa adottata in Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, *Mariotti*, cfr. ad es. anche per altri riferimenti, M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, 2017, 261 ss., 344 ss., 417 ss.; A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, 1 ss.; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina per colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 N. 24 (Legge cd. Gelli-Bianco)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, n. 6, 53 ss.; A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”*, in *Legisl. pen.*, 2017, 1 ss.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, n. 5, 233 ss.; A.R. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. «Mariotti» alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, 1 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione «costituzionalmente conforme» dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 2018, n. 3, 246 ss.; ID., *L'anamorfofi dell'art. 590-sexies c.p. L'interpretazione “costituzionalmente conforme” e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1969 ss.; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Editoriale Scientifica, 2020, 137 ss., 141 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Aracne, 2021, 71 ss.; L. CARRARO, *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 1, 28 ss., 36 ss., 49 ss.

<sup>5</sup> Questa filosofia normativa, di tipo scientificamente “positivista”, appare sottesa anche alle dottrine che propongono la riconduzione del parametro oggettivo di prudenza e diligenza alla «migliore scienza ed esperienza» o la riduzione della cd. “misura oggettiva” della colpa all'inosservanza delle regole cautelari positivizzate o alle «migliori prassi consolidate» (l'esperienza). Coglie l'ispirazione “scienziata” delle ultime riforme (Balduzzi e Gelli-Bianco) M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 160 ss., 169 ss., 175 ss.; sia inoltre consentito rinviare alle riflessioni critiche svolte in A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 73 ss., 76 ss., 146 ss., 198 ss., 205 ss., 407 ss.

La medesima logica normativa – al netto delle differenze e del diverso perimetro applicativo (v. M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 182 ss.) – riappare anche nello “scudo” previsto dall'art. 3 del d.l. 1 aprile 2021, n. 44, convertito con modificazioni nella L. 28 maggio 2021, n. 76 («Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2»), il quale dispone che: «Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione».

<sup>6</sup> Sulle difficoltà emerse già prima dell'emergenza pandemica (i lunghi, fisiologici tempi richiesti al fine di presentare, selezionare e certificare le linee-guida), aggravatesi in una situazione per forza di cose caratterizzata dalla indisponibilità di *guidelines* o almeno pratiche cliniche oggetto di ampio consenso nella comunità degli esperti, v. L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *disCrimen*, 25 maggio 2020, 3 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 114 ss.

indurre i giudici a sopravvalutare il potere normativo delle linee-guida e delle prassi cautelari, potendoli condurre ad affermazioni automatiche di responsabilità in ipotesi di opportuna disapplicazione da parte del medico<sup>7</sup>; (iv) e, pertanto, il correlativo rischio di spingere il sanitario ad una applicazione acritica delle *leges artis* “certificate” al solo fine – difensivista – di allontanare la minaccia di indagini, processi e sanzioni in ipotesi di evento avverso<sup>8</sup>.

La *prima proposta* AIPDP segna quindi una netta e condivisibile inversione di rotta.

### 3. Analisi dell’articolato

#### 3.1. Primo comma

Invece che ricorrere al modello della non punibilità o della punibilità limitata in ipotesi di osservanza delle linee guida o buone pratiche – schema sostanzialmente comune alle riforme Balduzzi e Gelli-Bianco –, il testo in esame stabilisce la non punibilità del fatto, «sempre che la colpa non sia grave».

In questo modo si rivolge un chiaro messaggio all’interprete: non c’è punibilità per colpa nei casi previsti, *di regola*, salvo che, *eccezionalmente*, vi sia una colpa particolarmente qualificata<sup>9</sup>. Pertanto, in ottica processuale detta disposizione si mostra interpretabile nel senso di operare un ritaglio della tipicità-colposa idoneo a far ricadere sul pubblico ministero l’onere di sostenere non solo la modalità colposa oggetto di imputazione (la regola modale inosservata), ma anche il grado penalmente rilevante<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Sul punto v. C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, n. 4, 216; M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 160 ss.

<sup>8</sup> Specie di medicina difensiva “negativa” che concretizza il rischio di indurre acritici automatismi (atrofia di giudizio, supina obbedienza, azioni esecutive irresponsabili) o, peggio, l’adozione di pratiche astrattamente corrette (rispondenti a qualche linea-guida) ma prevedibilmente/consapevolmente inefficaci o persino dannose se applicate al caso clinico particolare: rinvio nuovamente alle considerazioni svolte in A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 146-148, 198-199, 410-414.

L’induzione di un atteggiamento deresponsabilizzante – che scoraggia e riduce al minimo gli spazi di “discrezionalità terapeutica” e quindi l’autonomia e la “prudenza pratica” del medico – è peraltro incompatibile con una corretta comprensione di ciò che *evidence-based medicine (EBM)* significa; essa riserva infatti un ruolo fondamentale non solo (i) al corpo di conoscenze consolidate, oggetto di consenso in letteratura ed eventualmente declinate in linee-guida, ma anche (ii) alla preparazione, l’esperienza e quindi al “giudizio” del singolo medico, nonché (iii) all’autonomia del paziente. Cfr. in argomento, anche per altri riferimenti, D.L. SACKETT - W.M.C. ROSENBERG - J.A. MUIR GRAY - R.B. HAYNES - W.S. RICHARDSON, *Evidence based medicine: what it is and what it isn’t (it’s about integrating individual clinical expertise and the best external evidence)*, in *British Medical Journal*, 1996, n. 312, 71; W. ROGERS - K. HUTCHISON, *Evidence-based medicine in theory and practice: Epistemological and normative issues*, in *Handbook of the Philosophy of Medicine*, a cura di T. SCHRAMME - S. EDWARDS, Springer, 2015, 1; H. SZAJEWSKA, *Evidence-Based Medicine and Clinical Research: Both Are Needed, Neither Is Perfect*, in *Annals of Nutrition and Metabolism*, 2018, n. 72, 13; A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche: Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. «Mariotti» alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, 1 ss.; M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 158 ss., 165 ss.

<sup>9</sup> Pertanto, per rimarcare detto messaggio in modo ancor più netto ed esplicito, in sede di prima lettura sono apparse valide anche formulazioni alternative che stabiliscano la “non punibilità, salvo colpa grave”. Altrimenti: la “punibilità nei casi previsti, solo per colpa grave”.

<sup>10</sup> Sull’onere di contestazione in materia colposa, in relazione al corretto esercizio del diritto di difesa, G. VARRASO, voce *Imputazione processuale e reati colposi*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 678 ss., 689 ss., sottolineando la «centralità dell’attenzione nella descrizione del capo di imputazione della forma e del grado della colpa» alla luce – dell’art. 590-sexies, c.p., ma anche – dell’art. 3-bis, d.l. 44/2021 (rilevante poiché tale modello ispira ora il co. 3 della *seconda bozza* di articolato AIPDP in materia sanitaria): «La fattispecie giudiziale di cui si discute (...) impone di contestare (...) nel caso previsto dall’art. 3 bis d.l. n. 44 del 2021 le circostanze che consentono di qualificare (...) la colpa medica come grave». Sull’eterogeneo sistema della “non punibilità” in questo settore, cfr., nello stesso volume, G. AMARELLI, voce *Non punibilità e responsabilità colposa*, 822 ss.

Il modello è quindi senz'altro condivisibile alla luce delle direttrici politico-criminali di riduzione della penalità in questo settore.

Per quanto riguarda poi il riferimento allo «svolgimento di attività sanitaria» che comporti problemi di «speciale difficoltà» (ispirato dall'art. 2236 c.c.)<sup>11</sup>, condivisibili sono apparsi soprattutto due elementi della proposta AIPDP: (1) l'eliminazione del riferimento ai problemi «tecnici», che consente di ovviare al problema concernente la distinzione, assai relativa, fra le tre classi canoniche di colpa generica<sup>12</sup>; (2) la scelta di aderire alla tradizione dottrinale e giurisprudenziale che rimarca «il valore da riconoscere al contesto nel quale è stata eseguita la prestazione (...), ai fini del giudizio di “esigibilità”»<sup>13</sup>.

Proprio per le ragioni giustamente rimarcate anche nella *Relazione* a cura del prof. Caputo, una soluzione alternativa potrebbe essere quella di spostare il riferimento alla «speciale difficoltà» dal co. 1 al co. 3, ossia alla parte della disposizione dedicata alla rilevanza riconosciuta alle gravi carenze dell'organizzazione. Si tratterebbe di riportare tutte le ragioni di *inesigibilità* ad un unico comma ad esse dedicato, al fine di escludere la colpa grave *in concreto*. Alle ragioni di *inesigibilità* verrebbero ricondotte non solo le gravi carenze organizzative, ma anche altri fattori situazionali, quali condizioni emergenziali o comunque eccezionali, idonee in quanto tali a rendere *specialmente difficile* l'esecuzione prudente e diligente dell'attività e quindi scarsamente esigibile (o penalmente *inesigibile*) una condotta alternativa rispondente all'aspettativa cautelare rilevante (v. *infra*, l'articolato finale).

### 3.2. Secondo comma (e ipotetico “nuovo” co. 3)

Questo comma, che definisce la *colpa grave* quale eccezione alla regola della *non punibilità*, presenta anch'esso elementi complessivamente condivisibili (soprattutto qualora integrati da ulteriori elementi di valutazione alla luce del *contesto* in cui si svolge l'azione, come vedremo *infra*). Come reso esplicito nella citata *Relazione*, tale disposizione adotta e riflette criteri di colpa grave oggetto di consenso all'interno di una tradizione che si è espressa, in Italia, anche nel Progetto del Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale (ora Alta Scuola “Federico Stella” sulla Giustizia Penale)<sup>14</sup>.

Sul piano del *disvalore della condotta*, non ci si accontenta di un rischio “non consentito”<sup>15</sup>, ma si richiede una «deviazione particolarmente rilevante» dalla regola cautelare e che da ciò derivi la creazione di un rischio «irragionevole». Una possibilità alternativa avrebbe potuto essere quella di richiedere un rischio “elevato”, anziché irragionevole, rilevando che l'idea di *ragionevolezza* trova idealmente corrispondenza in quella di agente-modello e potrebbe pertanto continuare a suscitare legittime perplessità<sup>16</sup>. Tuttavia, assunta la premessa secondo

---

<sup>11</sup> Sul ruolo di questa disposizione nella giurisprudenza penale della medicina, cfr. M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 15 ss.; D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, ESI, 2021, 65 ss.

<sup>12</sup> In questo assumendo un insegnamento che ritroviamo già in M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, 1960, 624.

<sup>13</sup> Così, la *Relazione* alla prima bozza di articolato (*supra*, nt. 1).

<sup>14</sup> G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, ETS, 2010, 199-200.

<sup>15</sup> Sul rapporto fra “rischio consentito” e definizione dei limiti dell'agire lecito, v. per tutti ed altri riferimenti F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, in *Enc. dir.*, I *Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 1102 ss.

<sup>16</sup> Sul modello alternativo – che allo scopo di recuperare la funzione tipizzante della colpa fonda la sua tipicità sulla violazione di regole cautelari necessariamente precostituire, cercando quindi di superare l'indeterminatezza dell'agente-modello –, applicato al settore della responsabilità sanitaria, v. da ultimo D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., *passim*.

cui conviene mantenere una concezione normativa *moderatamente deontica* della colpa<sup>17</sup>, sembra preferibile il ricorso al concetto dialogante e pluralista di “ragionevolezza”; anche perché, in medicina, il rischio legato all’esercizio della professione è spesso elevatissimo e, tuttavia, tale rischio può essere affrontato in modo “ragionevole”, cioè prudente e diligente; inoltre, la via corretta in questo settore non è necessariamente univoca<sup>18</sup>. L’elemento determinante, quindi, non è tanto l’entità del rischio (che il medico può avere comunque il dovere di correre), ma la “ragionevolezza” (cioè l’adeguatezza o plausibilità medica) della strategia diagnostica e terapeutica adottata.

Si potrebbe anche riflettere sulla possibilità di aggiungere ulteriori indici di *gravità*, come il numero di infrazioni cautelari e il rilievo dato al carattere cosciente dell’inosservanza<sup>19</sup>. Una soluzione di questo tipo non sarebbe necessariamente incoerente con l’idea, espressa tra l’altro nel Progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Pisapia (2007), per cui la cd. colpa cosciente non è necessariamente più grave della colpa incosciente (quel progetto prevedeva espressamente l’abbandono della prima come ipotesi aggravata di colpa). Comunque, non suggerirei alcun riferimento al carattere cosciente dell’infrazione come possibile indice di gravità, essendo più spesso, al contrario, indizio di un buon livello di professionalità.

Ulteriore indice di colpa grave che potrebbe essere considerato è quello classico della elevata prevedibilità dell’evento per chiunque si fosse trovato nelle condizioni dell’agente (analogamente a certe declinazioni della *gross negligence* anglosassone); ma anche in questo caso si intravede il pericolo, soprattutto in considerazione del settore di responsabilità di cui si tratta, di riaprire le porte a colpe lievi (l’evento può anche essere altamente prevedibile, ma ciò è quasi intrinseco all’esercizio della professione sanitaria).

Sul piano del *disvalore di evento*, adottando anche qui un elemento acquisito dalla nostra tradizione penalistica, si richiede espressamente che l’evento sia concretizzazione di quel medesimo rischio<sup>20</sup>. Certo, questo opportuno riferimento al “nesso di rischio”, quale portato dell’imputazione oggettiva dell’evento (profilo più spesso considerato, da noi, specie in giurisprudenza, sotto l’insegna della “causalità della colpa”), lascia aperte questioni di una certa rilevanza, particolarmente per quanto attiene al giudizio *ex post* relativo all’efficacia impeditiva del comportamento alternativo diligente<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> La ricerca di un ragionevole compromesso fra modello deontico e teoria prasseologica della colpa normativa, alla luce dei limiti di entrambi i modelli, è uno dei principali motivi sottostanti la riflessione svolta in A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., spec. 197 ss.

<sup>18</sup> Contrariamente a quanto certe visioni scientiste e superficiali indurrebbero a pensare, la *evidence-based medicine* non è affatto riducibile alla “standardizzazione” delle pratiche mediche (*supra*, nt. 8).

<sup>19</sup> Cfr. su entrambi i possibili profili di colpa grave L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, 2004, 555-560.

<sup>20</sup> Sia consentito, anche per ulteriori riferimenti, rinviare ad A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 283 ss.

<sup>21</sup> Ci si riferisce all’alternativa fra il criterio della «evitabilità», adottato dalla dottrina prevalente (per tutti, K. SUMMERER, voce *Evitabilità dell’evento e comportamento alternativo lecito*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 489 ss.), e quello dell’«aumento del rischio» – per la colpa commissiva – o della «diminuzione di opportunità» – per la colpa omissiva –, sostenuto da altro settore della dottrina (ad es., F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss.; A. PERIN, *L’imputazione oggettiva dell’evento per omissione impropria. Argomenti a favore della «diminuzione di chances»*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, 1 ss.). A questo riguardo, merita un cenno l’esito giudiziale del caso “Madrid Arena”, ampiamente dibattuto in Spagna, in cui il *Tribunal Supremo*, nell’accogliere la tesi minoritaria, imputa la responsabilità per la morte del paziente al medico che abbandona colposamente le manovre di rianimazione in base al criterio dell’aumento del rischio (che, in ipotesi di omissione impropria, come detto, dovrebbe essere però declinato nei termini della “diminuzione di opportunità” o della “mancata diminuzione del rischio”: v. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La no disminución del riesgo en el caso “Madrid Arena”: dogmática, casación y Constitución. Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero*, in *InDret*, 2021, n. 2, 407 ss., 410 ss.).

Al di là di questi profili, si potrebbe anche considerare l'opzione di eliminare il riferimento alla «inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline» (di cui pur si comprende l'utilità, per coerenza con l'art. 43 c.p.), comunque riconducibili alle regole di diligenza, prudenza e perizia.

Inoltre, si potrebbe esplorare l'idea di inserire – magari in un ipotetico nuovo co. 3 – anche un più esplicito riferimento alla “colpa relazionale”, rispetto alla quale si coglie da tempo, specie in dottrina, l'esigenza di un più coraggioso riconoscimento del “principio di affidamento”, che consentirebbe di limitare la punibilità per violazione di doveri di controllo reciproco o di vigilanza sulla condotta altrui<sup>22</sup> ai soli casi di *colpa relazionale grave*.

Questo eventuale ulteriore segmento della disposizione potrebbe essere integrato da altri due elementi: (1) l'indicazione del requisito della *competenza* rispetto al tipo di rischio concretizzatosi nell'evento; (2) una specifica attenuante sul modello delle “attenuanti delle concause” già operanti *ex art. 589-bis e 590-bis, co. 7, c.p.*, «qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole».

Il requisito della *competenza* si rivelerebbe idealmente utile ad evitare che, in contesti di interazione plurisoggettiva, un fatto singolo comporti un'imputazione diffusa indiscriminata; ciò varrebbe soprattutto in ipotesi di colpa omissiva impropria “relazionale”, poichè la selezione gli agenti astrattamente responsabili per l'evento, con contributo della vittima o di un terzo, avviene senza ausilio della causalità materiale<sup>23</sup>.

L'*attenuante* potrebbe trovare a propria volta applicazione in ipotesi di concorso di colpe nell'attività di *équipe*, laddove le colpe concorrenti possono essere autonomamente gravi *ex ante* (nel caso dei concorrenti, qualora sia dato ritenere che non vi fosse legittimo affidamento), ma l'evento può essere concretizzazione di due o più rischi illeciti. Una simile previsione risponderebbe quindi all'opportunità di imputare il disvalore di evento *solo in parte* a ciascuno dei concorrenti; anche il “peso sanzionatorio” andrebbe pertanto distribuito<sup>24</sup>.

Tuttavia, va riconosciuto che un'attenuante così giustificata potrebbe rilevare anche al di fuori dei casi di colpa relazionale o di cooperazione colposa, qualora, analogamente, l'evento risponda solo in parte a una certa colpa grave *ex ante*: ad es., in ipotesi di efficacia sicura ma solo (ipoteticamente) parziale del comportamento alternativo diligente. Si pensi a casi in cui l'evento sarebbe stato evitabile solo in parte dalla buona condotta del medico, ossia in cui il danno avrebbe potuto essere soltanto ridotto: in questa ipotesi, sarebbe discutibile un'assoluzione *tout court*, ma anche una condanna che rifletta proporzionalmente l'intero disvalore di evento<sup>25</sup>. Se idonea a ricomprendere anche queste ipotesi, però, la disposizione che dovesse prevedere l'attenuante andrebbe opportunamente inserita in un comma autonomo<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> In argomento, per tutti, L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Giappichelli, 2013.

<sup>23</sup> Sulla preliminare individuazione dei soggetti responsabili in base alla definizione dell'ambito di «competenza», cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., 27 ss., 343 ss.; D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, 509, 511 ss.; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, 2017, 354 ss.

<sup>24</sup> Ipotesi di studio affacciata in A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, cit., 305-306 e nt. 128: si possono distinguere casi di concretizzazione solo parziale del rischio non consentito nell'evento, per cui l'evento risponde solo in parte a una certa colpa grave *ex ante*; e ipotesi di evento in cui si concretizzano – interamente – rischi non consentiti concorrenti (comunque, ciascuna colpa *ex ante* si riflette solo in una parte del disvalore di evento).

<sup>25</sup> Il trattamento colposamente omissivo dal medico avrebbe consentito di evitare l'evento *hic et nunc*, ma non un evento meno grave della stessa categoria. Sussiste cioè un “*quantum* di inevitabilità” che, comunque, potrebbe già rilevare ai fini del “grado della colpa” come criterio di commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.

<sup>26</sup> L'ipotesi viene comunque accantonata dalle *Relazioni* dei Sottogruppi AIPDP in materia di colpa datoriale (*Omicidio e lesioni sul lavoro*, a cura del prof. Giuseppe Losappio, per il caso che concausa dell'evento sia stata la condotta del lavoratore-vittima) e colpa stradale (*Omicidio e lesioni stradali*, a cura del prof. Stefano Preziosi,

### 3.3. Terzo comma (e ipotetico “nuovo” 4 co.)

Come anticipato, al condivisibile riferimento alle carenze organizzative della *prima proposta* AIPDP potrebbero aggiungersi ulteriori ragioni di *inesigibilità*: intese quindi non come cause sufficienti a cagionare l'evento (idonee ad escludere il nesso di imputazione per colpa grave, anche oltre quanto dispone attualmente l'art. 41 cpv. c.p. rispetto alle “cause sopravvenute”), ma come ragioni di non punibilità per una colpa *non sufficientemente grave ex ante*, proprio perché indotta (favorita, determinata *anche*) dalla *eccezionalità del contesto*.

In questo modo, si riflette l'idea secondo cui il *quantum* della divergenza cautelare e la irragionevolezza del rischio creato, già richiesti dal co. 2, non bastano a fondare la gravità della colpa penale. Occorre infatti anche valutare la *concreta esigibilità*, alla luce del contesto, di un comportamento rispondente all'aspettativa di prudenza o diligenza.

Pertanto, si propone di indicare, quali ragioni di non punibilità per assenza di colpa *grave in concreto*, non solo le «gravi carenze organizzative», ma anche ulteriori circostanze concomitanti o fattori situazionali, quali condizioni emergenziali o eccezionali, idonee a rendere *specialmente difficile* l'esecuzione dell'attività (ecco che si può in questo modo recuperare il concetto ereditato dal 2236 c.c., non più indicato al co. 1, ma in questa nuova sede). Si tratterebbe di un esito, quello che consente di coniugare il giudizio di colpa in concreto e l'inesigibilità con l'esclusione della colpa grave, sostanzialmente condiviso nella nostra tradizione dottrinale<sup>27</sup>.

Al riguardo, va rilevato il rischio di incorrere in un'aporia concettuale: se c'è *inesigibilità*, si potrebbe osservare, allora non viene meno solo la *colpa grave*, ma la colpa penale *tout court*. Ma questa antinomia è, a mio giudizio, solo apparente. Si tratterebbe infatti di intendere la colpa *penale* come una colpa *intrinsecamente grave*, per cui l'inesigibilità “penale”, come anche gli altri requisiti del co. 2, non eliminerebbe altre soglie o dimensioni extra-penali di colpa.

Ciò detto, non va sottaciuto che si pongono almeno due questioni ulteriori di ordine sistematico (ancor più rilevanti alla luce della *seconda proposta* pubblicata dal Sottogruppo all'esito del seminario). (i) Anzitutto, si tratta di coniugare l'esclusione della colpa penale (per assenza di colpa grave in concreto) con la permanenza di legittime istanze risarcitorie a fronte di fatti lesivi eventualmente connotati da colpe non *così gravi* (ad es., creazione di rischi non consentiti ma nemmeno così irragionevoli; deviazioni dalle regole cautelari non particolarmente rilevanti; deviazioni importanti che, pur creando rischi irragionevoli, siano connotate da minore esigibilità). (ii) Inoltre, emerge uno dei principali limiti della codificazione di colpe differenziate per settori di responsabilità. Viene infatti da chiedersi: come interpretare le *altre colpe penali* che non dovessero richiedere – almeno espressamente – questo ulteriore giudizio di esigibilità?<sup>28</sup> Sarebbero colpe *punibili* ancorché *penali meno gravi*? Cioè, in ipotesi,

---

per i casi in cui l'evento non sia comunque esclusiva conseguenza dell'azione od omissione del colpevole e dipenda anche dal concorso della vittima). A questo riguardo, va riconosciuto che l'adozione di una simile attenuante importerebbe il rischio di indurre il giudice a ragionare immediatamente in termini di “nesso di rischio” e commisurazione della pena, portandolo a presunzioni di colpa (lo si è evidenziato anche in A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, cit., 292-295, 304). Va quindi rimarcato – come colto anche dalla Cassazione, sia in materia di colpa stradale che datoriale –, che il contributo della vittima può assumere rilievo già in sede di giudizio di colpa in concreto *ex ante*, operando come regola il “principio di affidamento”. Poi, qualora vi sia colpa relazionale “grave” (= indiscutibile cessazione di qualunque legittimo affidamento), la pena potrebbe comunque essere diminuita, in virtù di un minore disvalore di evento; proprio perché esso, concretizzando disvalori di condotta concorrenti, è *ascrivibile solo in parte* a ciascuno di essi.

Nonostante simili perplessità, questa prospettiva potrebbe meritare ulteriori approfondimenti.

<sup>27</sup> Che la identifica generalmente con la cd. “misura soggettiva” della colpa. Per tutti, in questo senso, D. CASTRONOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, 462 ss.

<sup>28</sup> Cfr., *mutatis mutandis*, le questioni poste dalla disciplina dell'art. 55, co. 2, c.p., che esclude la punibilità dell'eccesso colposo «se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità (...) ha agito

relativamente gravi in virtù dell'entità dell'infrazione e dell'irragionevolezza del rischio, ma a prescindere dalle particolari circostanze concomitanti che potrebbero ridurre il livello di rimproverabilità?

Dal secondo punto di vista, procedere per statuti di colpe differenziate, oltre a generare asimmetrie difficili da giustificare in ottica di sistema, può comportare anche il rischio di rendere ancor più complesso il lavoro degli interpreti. Il fallimento dei modelli Balduzzi e Gelli-Bianco è stato anzitutto il fallimento di modelli di difficile interpretazione. In questo senso, quel medesimo scenario di eccessiva complessità interpretativa – che ora si intende ridurre o superare – potrebbe invece espandersi, a discapito della prevedibilità del diritto e del principio di uguaglianza.

Pertanto, benché appaia proficuo esplorare la possibilità di prevedere profili di disciplina differenziati (sul piano del grado di colpa richiesto, o eventualmente su quello delle circostanze), sembra opportuno non perdere di vista la prospettiva generale: la *colpa penale (grave)*<sup>29</sup>.

#### 4. Sintesi: suggerimenti e ipotetica articolazione

Comunque sia, volendo andare oltre gli scarni riferimenti dell'art. 43 c.p. e ridurre sostanzialmente i margini della penalità colposa, a mio giudizio la prima bozza di articolato in materia di colpa in ambito sanitario, nell'abbandonare il modello delle precedenti riforme e nell'integrare il giudizio di colpa grave come si è osservato – cioè valorizzando le variabili (i) *regola cautelare*, (ii) *qualità del rischio* e (iii) *condizionamento del contesto* –, si muove già nella giusta direzione.

Condiviso quindi l'impianto normativo adottato dal Sottogruppo, questi potrebbero essere alcuni suggerimenti per la redazione del futuro art. 590-*sexies* c.p. (e per la futura disciplina della colpa penale in generale):

- 1) Mantenere il modello di disciplina della «non punibilità, salvo colpa grave».

---

in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo atto», ma riserva questa “causa di non punibilità” (riducendo lo spettro dell'eccesso colposo punibile) soltanto alle ipotesi di difesa contro aggressioni che avvengano all'interno del domicilio o nei luoghi ad esso equiparati: v. F. DIAMANTI, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 451 ss., 452, 457 ss., che, giustamente, si chiede se una più razionale disciplina, attesi gli stessi scopi politico-criminali, non avrebbe potuto invece limitare l'applicabilità dell'art. 55, co. 1, alla colpa grave (escludendo la punibilità, in virtù della «scusante», di qualunque altro eccesso colposo). Ora, qualora la soluzione suggerita – la non punibilità dell'eccesso per colpa “lieve” – venisse applicata solo ad alcune fattispecie di difesa, si porrebbe il problema sollevato nel testo: la coesistenza di colpe *più o meno gravi*, a seconda della rilevanza riconosciuta o meno a certi fattori contestuali di inesigibilità penale. Cfr. sul punto anche M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bononia University Press, 2020, 516 ss.

<sup>29</sup> Pur mostrandosi favorevole alla considerazione *differenziata* della colpa penale, avverte i rischi della previsione di discipline differenti per comparti disciplinari, tra gli altri, D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 205-206 («Gli esiti di differenziazione non vanno (...) esasperati, per non disperdere lo schema imputativo di riferimento»). Cfr. inoltre, nello stesso volume, M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 189, il quale osserva che «il laboratorio della colpa medica non vanta certo l'“esclusiva”, ma si muove a mo' di battistrada e sprona a un riesame complessivo della disciplina del reato colposo di evento, con l'introduzione della gravità della colpa quale limite della rilevanza penale del fatto per tutte le attività che si caratterizzano per la speciale difficoltà della prestazione in ragione del contesto nella quale viene eseguita (...)»; nonché G. AMARELLI, voce *Non punibilità*, cit., 837, circa l'ipotesi di *generalizzare* la regola della punibilità solo per colpa grave oltre l'ambito sanitario, «evitando (...) la creazione di discipline differenziate per comparti disciplinari, produttive di inevitabili asimmetrie non sempre del tutto ragionevoli come, ad esempio, quelle attualmente venutesi a creare tra la colpa medica e gli infortuni sul lavoro».



- 2) Arricchire la definizione di colpa grave accogliendo indici di colpa relazionale o plurisoggettiva, per rimarcare l'importanza, come corollario della regola di non punibilità, del principio di affidamento (quale limite "mobile", che ammette eccezioni solo per colpa "grave").
- 3) Valorizzare la concretizzazione del rischio, considerando l'adozione della "attenuante delle concause" (almeno in via esplorativa).
- 4) Indicare le ragioni di inesigibilità "penale" (cioè di non sufficiente esigibilità ai fini della pena), attinenti alla concretizzazione del giudizio di colpa penale e legate alla speciale difficoltà dell'attività svolta, alla luce del contesto.

Articolazione (suggerimenti contenuti nella relazione del 1° ottobre 2021)

1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-*bis*, non è punibile l'esercente una professione sanitaria, salvo che la colpa sia grave.

2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.

3. La colpa è grave quando la riconoscibilità della concorrente negligenza altrui è particolarmente qualificata e quindi tale da escludere il legittimo affidamento, sempre che vi sia competenza rispetto al rischio concretizzatosi nell'evento. In questo caso, qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole, la pena è diminuita...

4. La colpa non è comunque grave se dovuta anche a fattori situazionali, quali rilevanti carenze organizzative o condizioni emergenziali o eccezionali, che rendano specialmente difficile l'attività sanitaria e quindi inesigibile una condotta diligente.



# **I REATI COLPOSI CONTRO LA PERSONA. PAROLA D'ORDINE: DIFFERENZIAZIONE!**

*Gaetano Scalise*

**Sommario:** 1. L'articolato relativo al regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria; 2. L'articolato relativo alla circolazione stradale; 3. L'articolato relativo alla responsabilità degli enti; 4. Le conclusioni.

## **1. L'articolato relativo al regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria**

In via preliminare, è ampiamente noto il *topic* - compendiabile nell'espressione "aggressione legislativa alla professione sanitaria" - che ha portato nel corso degli anni a sviluppare all'interno degli ospedali e delle cliniche private la prassi della c.d. medicina difensiva, a cui sono conseguiti preoccupanti problemi nella gestione sia delle strutture nosocomiali che, in generale, dell'intero sistema sanitario nazionale. Il caso emblematico, esasperando il concetto, è rappresentato da quell'"obbrobrio" procedimentale che vedrebbe il medico di pronto soccorso costretto per tutelarsi, prima di fare un intervento, di andare verificare se quelle modalità esecutive che andrà a compiere sul paziente siano coperte o meno da linee guida (!)

Sul punto, la stessa giurisprudenza si è mostrata incline a questa tendenza. In particolare la Quarta Sezione Penale della Corte di Cassazione ha conosciuto alcune stagioni che si sono ben calate in questo clima di attacco alla professione sanitaria, sebbene negli ultimi anni tale approccio sia stato notevolmente modificato e superato, soprattutto in tema di nesso di causalità.

Ciò posto, l'articolato che il gruppo di lavoro vorrebbe introdurre, e che di seguito si riproduce per comodità espositiva, è certamente un passo in avanti che avrebbe il pregio di garantire (quantomeno in astratto) dei benefici nella lotta a questa errata attitudine del Legislatore di porsi rispetto all'attività dei sanitari.

L'articolo è rubricato «non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie» e afferma:

«1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593 bis non è punibile l'esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un'attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.

2. la colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.

3. se la causazione dell'evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell'esercente la professione sanitaria non è grave.

4. la carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure».

A questo proposito si impongono alcune riflessioni.

In primo luogo, la definizione di colpa grave così come tratteggiata al comma 2 dell'articolo sopra riferito, appare uno sforzo ampiamente meritevole di supporto ed adesione. Il gruppo di

lavoro ha infatti compreso correttamente quale fosse l'unico modo per risolvere l'annosa questione relativa al significato cui affidare il concetto di colpa grave e di conseguenza evitare il proliferare di incertezze applicative sul punto all'interno del panorama giurisprudenziale.

Un passaggio ulteriore, a mio avviso, sarebbe quello di ricomprendere le linee guida all'interno del novero delle inosservanze cui relazionare un'ipotesi di colpa grave, al momento riferite solo a «leggi, regolamenti, ordini e discipline». Ciò garantirebbe in particolare una maggiore tranquillità del medico nell'espletamento della propria attività professionale ma eviterebbe finanche un dibattito sterile che verosimilmente ingegnerebbe una tale lacuna legislativa.

Sotto questo profilo, l'espunzione dall'art 3 *bis*, d.l. 1 aprile 2021, n. 44 (in tema di responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19) del concetto di linea guida non deve trarre in inganno. Infatti tale consapevole dimenticanza è frutto della stessa incapacità di formulare opinioni scientifiche (certe) in ordine al virus Covid-19, laddove su questo punto la scienza ha navigato (ma forse ancora naviga) al buio.

In ultima analisi, ben venga dunque una migliore esplicitazione della colpa medica - cui infatti l'articolato proposto mira - che rispecchi quello che era il progetto del centro studi Federico Stella nonché i suggerimenti avanzati dal prof. Cristiano Cupelli in tema di riforma normativa delle professioni sanitarie.

## 2. L'articolato relativo alla circolazione stradale

A questo proposito appare ottima l'attività di depenalizzazione ricercata dal gruppo di lavoro con riferimento alle forme più lievi, dove la sanzione amministrativa è più che sufficiente a compendiare l'esigenza punitiva dello Stato. Ragionando diversamente la norma penale verrebbe svuotata di significato perdendo la sua ragion d'essere.

Non sono invece particolarmente convinto delle soluzioni che sono state formulate in tema di revoca della patente, che sembrano inserirsi in un regime di eccessiva severità.

Appare infatti oltremodo esagerato applicare tale disciplina a tutte le fattispecie e non invece soltanto alle ipotesi più gravi quali ad esempio qualora il conducente sia sotto effetto di sostanze stupefacenti ovvero in stato di ebbrezza alcolica.

Diversamente, è giustificato e in linea con tutto l'impianto la circostanza per cui la sanzione della sospensione e/o revoca venga comminata dal giudice penale e non invece dalla autorità amministrativa.

Sotto altro profilo, quanto mai corretta appare l'introduzione della procedibilità a querela di parte per il perseguimento del delitto di lesioni stradali che abbiano cagionato «ad altri una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni, ovvero l'indebolimento permanente di un senso o di un organo», ai sensi del combinato disposto degli articoli 590, 590 bis e 590 ter così come risultanti dalla proposta di modifica del gruppo di lavoro.

Nondimeno, l'estensione del termine per proporre querela dai canonici 3 ai 6 mesi sembra essere convincente solo nel caso in cui soggetto passivo sia un minore. La preoccupazione infatti è che la Giurisprudenza possa avvalersi di questo nuovo e più esteso termine "allungandolo" ulteriormente, mediante l'interpretazione spasmodica del concetto di data «della notizia del fatto che costituisce il reato», così come già accade all'interno della Corte di Legittimità per il termine ordinario di tre mesi previsto dall'art. 124 c.p.

### 3. L'articolato relativo alla responsabilità degli enti

Su questo tema una riflessione appare opportuna in ordine alla difficoltà che incontrerebbe la tipizzazione della responsabilità dell'ente, prevista dall'articolato proposto dal gruppo di lavoro, ove collegata alle due fattispecie di omicidio e lesioni stradali, dal momento che intenderebbe aggiungere all'interno del d.lgs. 231/2001 l'art. 25-*sexiesdecies* nei termini che seguono:

«1. In relazione ai delitti di cui agli articoli 589-bis, 589-ter e 589-quater del codice penale, quando una delle persone indicate nell'art. 5, comma 1, violando nell'interesse o a vantaggio dell'ente specifiche norme in materia di sicurezza sul lavoro, o di sicurezza stradale inerenti alla guida di veicoli a motore o di velocipedi, renda possibile la causazione della morte di una persona con violazione di norme sulla disciplina della circolazione stradale, ferma restando ogni altra disposizione del presente decreto, si applica all'ente la sanzione...».

Ebbene, onde evitare di introdurre una norma particolarmente vaga che diventerebbe un'alternativa difficilmente governabile da chi poi dovrà applicarla, una soluzione può dunque essere quella di modificare l'articolato sostituendo la disgiuntiva «o» con la congiunzione «e» rimodellando così la struttura della disposizione nel modo seguente:

«1. In relazione ai delitti di cui agli articoli 589-bis, 589-ter e 589-quater del codice penale, quando una delle persone indicate nell'art. 5, comma 1, violando nell'interesse o a vantaggio dell'ente specifiche norme in materia di sicurezza sul lavoro e di sicurezza stradale inerenti alla guida di veicoli a motore o di velocipedi, renda possibile la causazione della morte di una persona con violazione di norme sulla disciplina della circolazione stradale, ferma restando ogni altra disposizione del presente decreto, si applica all'ente la sanzione...».

In questo modo il collegamento tra responsabilità dell'ente e sicurezza stradale acquisirebbe una validità ed utilità concreta e possibile.

### 4. Le conclusioni

La proposta di modifica formulata dal gruppo di lavoro appare una novità fortemente auspicabile, che si inserirebbe nell'ambito di una visione certamente più efficace e rispettosa dell'intero sistema del diritto penale attualmente vigente, quale settore che è e deve rimanere "eccezionale", svolgendo funzioni di "*ultima ratio*" nella scelta tra le diverse soluzioni punitive.



# **OSSERVAZIONI SULL'IMPRONTA DEFLATTIVA DELLE PROPOSTE DI RIFORMA DELL'AIPDP IN MATERIA DI CIRCOLAZIONE STRADALE E ATTIVITÀ SANITARIA**

*Matteo Leonida Mattheudakis*

**Sommario:** 1. Premessa; 2. La coraggiosa (troppo?) spinta deflativa in ambito stradale; 2.1. Accentramento nel codice delle fattispecie incriminatrici e depenalizzazione della guida in condizioni alterate per effetto dell'assunzione di alcolici o stupefacenti; 2.2. Depenalizzazione generale di lesioni personali colpose lievi e lievissime; 2.3. Tipizzazione di fattispecie autonome per le ipotesi di reato colposo stradale (e non) «di speciale gravità»; 2.4. Nesso tra la condizione di alterazione e la colpa determinante l'evento; 3. I problematici equilibri di una punibilità davvero eccezionale del sanitario; 3.1. La proposta di un articolato parzialmente alternativo e la sua illustrazione; 3.2. La modifica dell'articolato AIPDP alla luce degli spunti offerti.

## **1. Premessa**

Nell'occasione di confronto sulla proposta di riforma dei reati colposi contro la persona avanzata dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (di seguito AIPDP)<sup>1</sup>, considerato il limitato tempo a disposizione degli interventori, è parso più efficace non coltivare l'ambizione di soffermarsi su tutti e tre i settori interessati dalla proposta, decidendo piuttosto di concentrarsi selettivamente sulla parte dell'articolato relativa al contesto stradale, per poi dedicare qualche breve cenno, in conclusione, anche alla responsabilità del sanitario. Su quest'ultimo ambito, l'interlocuzione col gruppo di lavoro dell'AIPDP è proseguita in un secondo momento, come si preciserà, e ha determinato un accoglimento di parte degli spunti proposti, confluiti in una bozza aggiornata di articolato.

Rispetto al settore della circolazione stradale, che ci si accinge a considerare da vicino, ci si limiterà a cenni sintetici in merito agli aspetti maggiormente condivisibili, così da privilegiare le questioni che sembrano più delicate, sulle quali è più utile che si sviluppi il confronto.

## **2. La coraggiosa (troppo?) spinta deflativa in ambito stradale**

### **4.1. Accentramento nel codice delle fattispecie incriminatrici e depenalizzazione della guida in condizioni alterate per effetto dell'assunzione di alcolici o stupefacenti**

Pare una soluzione conforme alla recente direttiva della riserva di codice (d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21) l'accentramento delle fattispecie incriminatrici relative alla circolazione stradale. L'operazione pare facilitata dalla depenalizzazione generale dell'articolata disciplina della guida in stato di ebbrezza o di alterazione da stupefacenti del c.d.s., ma proprio tale depenalizzazione, la cui proposta è sicuramente assai coraggiosa, rischia di porsi in un rapporto

---

<sup>1</sup> Per il coinvolgimento quale interventore al *webinar* del 1° ottobre 2021 è doveroso ringraziare anche il Laboratorio Permanente di Diritto Penale (DiPLaP).

problematico con il c.d. sentire sociale. Le c.d. norme di cultura (*Kulturnormen*)<sup>2</sup> sembrano infatti piuttosto univoche nel considerare di elevatissimo disvalore e di significativa pericolosità – obiettivamente lo sono – le condotte di guida in condizioni alterate. Non si ignora che l'impianto alternativo congegnato dal gruppo di lavoro mira a una maggior effettività della sanzione rispetto a oggi (che tali fatti hanno rilievo penale)<sup>3</sup>, ma, al di là di profili di sensibilità individuale sul punto, ragionando cioè più che altro in termini “strategici”, occorre mettere in conto che la soluzione concepita verrebbe verosimilmente presentata mediaticamente calando l'accento sulla depenalizzazione di per sé e con toni di scalpore<sup>4</sup>. Non se ne può avere la certezza, ma il pronostico sembra giustificato dal plauso corale<sup>5</sup>, almeno al di fuori della comunità dei giuristi, che ha accompagnato pochissimi anni fa la riforma (l. 23 marzo 2016, n. 41) dell'«omicidio stradale» (e delle «lesioni personali stradali gravi o gravissime»), volta a colpire assai duramente gli incidenti frutto di condotte di guida sconsiderate<sup>6</sup>, tra cui – si tratta delle ipotesi più punite – quelle di soggetti alterati per l'assunzione di alcolici o stupefacenti (commi 2, 3 e 4 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.). Insistere in una direzione opposta, amplificando peraltro la *Zufallskomponente* (cioè il tasso di casualità) dell'intervento del diritto penale<sup>7</sup>, potrebbe quindi rappresentare un fattore di freno all'accoglimento della proposta, mettendo a rischio anche gli altri (e meno problematici) spunti provenienti dal gruppo di lavoro.

#### 4.2. Depenalizzazione generale di lesioni personali colpose lievi e lievissime

La depenalizzazione delle lesioni personali colpose lievi e lievissime, peraltro non confinata al settore stradale ma di portata generale, rappresenta un'iniziativa pienamente condivisibile, che può quindi essere ratificata senza esitazioni. Sembra del tutto proporzionato, a fronte della combinazione tra colpa e disvalore d'evento contenuto, demandare (unicamente) allo “strumentario” civilistico del risarcimento del danno il compito di garantire tutela alla persona intaccata nella propria incolumità; tutela che, con riferimento alle residue ipotesi punibili,

<sup>2</sup> Sul ruolo (ancorché più che altro “negativo”, cioè di limite) delle norme di cultura nella legittimazione delle scelte incriminatrici, per tutti, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, *Profili introduttivi e politico criminali*, Cedam, 1988, 501 ss. e 677 ss., ove riferimenti alla nota tesi sulle *Kulturnormen* di Max Ernst Mayer, sviluppata, in particolare, in M.E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, 1903.

<sup>3</sup> Si rinvia alle argomentazioni del documento «Proposte di riforma della parte speciale del Codice penale. Gruppo di lavoro: omicidio e lesioni stradali», a firma di Stefano Preziosi, recepito, col titolo *Omicidio e lesioni stradali*, anche in questo *Libro*, in cui, in particolare, si osserva criticamente che oggi «la sanzione amministrativa nel migliore dei casi arriva con enorme ritardo rispetto al fatto, rischiando così di divenire inefficace o di essere elusa ricorrendo a meccanismi sospensivi che a distanza di molto tempo dalla contestazione trovano facile applicazione».

<sup>4</sup> Sulle distorsioni provocate dai contemporanei approcci mediatici alla giustizia penale, ancorché con riferimento soprattutto alle garanzie individuali dei soggetti effettivamente coinvolti in un'indagine (e poi in un processo), di recente, V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, il Mulino, 2022.

<sup>5</sup> Tra i vari contributi che ne danno conto, evocativo già nel titolo è quello di E. ADDANTE, *Vox populi vox Dei? L'omicidio stradale: una riforma figlia del tempo attuale*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2017, in particolare 2 ss.

<sup>6</sup> Sul concetto di guida sconsiderata, in particolare, F. CURI, «Finché la barca va...». *Il fatto sconsiderato (dai pirati della strada alla responsabilità della persona giuridica)*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2012. Da ultimo, si riferisce alle aggravanti tipizzate dalla riforma del 2016 parlando di «condotte contraddistinte da grave sconsideratezza ovvero da consapevole assunzione di rischi macroscopici» P. VENEZIANI, voce *Omicidio stradale e responsabilità colposa*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 843.

<sup>7</sup> È un aspetto notoriamente collegato al ruolo dell'evento quando lo stesso diventa dirimente per il passaggio da fatto penalmente irrilevante a fatto punibile, in questo caso assai severamente, palesando così un divario particolarmente accentuato. Per una riflessione volta a bilanciare tale squilibrio, attraverso una rivalutazione in chiave preventiva del c.d. disvalore d'azione e quindi della pericolosità della condotta di guida a prescindere dalle sue (eventuali) conseguenze, M. MANTOVANI, *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2, 2015, in particolare 157 s.



dovrebbe seguire maggiormente rispetto a oggi il regime della procedibilità a querela<sup>8</sup>.

Una depenalizzazione che si rivolga all'illecito colposo in una prospettiva moderna, in linea con una tendenza generale a livello europeo<sup>9</sup> e specialmente di alcuni ordinamenti come ad esempio quello spagnolo (in cui si veda, in particolare, la ley organica 30 marzo 2015, n. 1, orientata evidentemente dal principio di *intervención mínima*)<sup>10</sup>, potrebbe concentrarsi anche sul piano del disvalore d'azione, incidendo sul grado della colpa, che nella proposta rimane confinato al settore sanitario. Effettivamente, le peculiarità di tale settore giustificano una speciale parsimonia nell'intervento del diritto penale, ma la prospettiva deflattiva e di *extrema ratio* condivisibilmente alla base dell'articolato potrebbe condurre a escludere più in generale la rilevanza penale della colpa lieve, almeno nei contesi intrinsecamente leciti<sup>11</sup>, come quello lavorativo, stradale e, appunto, sanitario.

#### 4.3. Tipizzazione di fattispecie autonome per le ipotesi di reato colposo stradale (e non «di speciale gravità»)

È apprezzabile l'intento dichiarato di mantenere il più possibile in ambito colposo ipotesi evocative di una colpa grave (artt. 589-ter e 590-*quater* c.p.) e che, prima della riforma del 2016, stavano sempre più rinfoltendo il terreno paludoso della distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione dell'evento<sup>12</sup>. Desta però perplessità la formulazione concepita per dare

---

<sup>8</sup> n tale direzione, con previsioni in parte persino più nette rispetto a quelle del gruppo di lavoro AIPDP (inclusendo cioè pure le lesioni personali stradali gravissime, ancorché a condizione che si tratti della forma base di cui al 1° c. dell'art. 590-*bis* c.p.), si è nel frattempo orientato il legislatore: si veda l'art. 1, comma 15, lett. a, l. 27 settembre 2021, n. 134 («Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»), la cui impostazione è stata definitivamente recepita nel nuovo 9° c. dell'art. 590-*bis* c.p. in fase di attuazione della stessa c.d. riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150).

<sup>9</sup> Nell'indirizzare agli Stati membri «norme minime» per la tutela di interessi non strettamente nazionali, il legislatore europeo ha più volte menzionato forme di colpa grave quali alternative privilegiate a fattispecie dolose, come testimonia l'indagine di C. LARINNI, *Obblighi europei di incriminazione e responsabilità colposa*, in *Riv. pen.*, 2020, 458 ss. L'indicazione sovranazionale in favore della colpa grave è sempre più valorizzata nei contributi sui profili attuali della responsabilità colposa: ad esempio, M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, in *disCrimen*, 16 dicembre 2021, 21 s.; P.F. POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Giuffrè, 2021, 377 ss. (ma anche 461 ss.), che rappresenta, ad oggi, il più compiuto e aggiornato studio monografico interamente dedicato alla colpa grave nell'ambito della letteratura penalistica italiana.

<sup>10</sup> Per un'accurata ricostruzione del quadro, nonché per una traduzione italiana delle norme chiave, si rinvia a P.F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 903 ss.; C. VALBONESI, *La colpa grave come limite di tipicità: un dialogo fra l'ordinamento italiano e spagnolo alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio del rimprovero colposo*, in *Ind. pen.*, 2021, in particolare 224 ss. In argomento, da ultimo (limitandosi, per sintesi, sempre alla letteratura italiana), A. CAPPELLINI, voce *Imprudenza grave*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 656 ss.

<sup>11</sup> Rispetto, invece, a condotte disapprovate come quelle che integrano un delitto doloso, si è tenuti a ripensare già il concetto di rischio consentito, dovendosi riconoscere che in tali situazioni l'ordinamento non ha affatto interesse a tollerare pericoli «accessori». Per questo motivo in particolare, nell'ambito delle fattispecie sostanzialmente preterintenzionali appare più problematica una limitazione della (maggior) punibilità alle sole ipotesi di colpa grave. Nel senso di valorizzare gradi elevati di colpa in contesti illeciti già ai fini dell'*an* della punibilità, L. STAFFLER, *Präterintentionalität und Zurechnungsdogmatik. Zur Auslegung der Körperverletzung mit Todesfolge im Rechtsvergleich Deutschland und Italien*, Duncker & Humblot, 2015, 290 ss.; V. PLANTAMURA, *L'omicidio preterintenzionale. Pure come species del genus "omicidio improvviso"*, Pisa University Press, 2016, 271 ss., alla luce del rilievo valorizzato dallo stesso Autore del carattere spesso improvviso dell'omicidio preterintenzionale.

<sup>12</sup> In senso analogo, ad esempio, E.M. AMBROSETTI, *Il nuovo delitto di omicidio stradale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1789 ss., il quale, con riferimento alla riforma del 2016, giudica positiva la presa di posizione legislativa nel senso di ricondurre piuttosto esplicitamente all'ambito applicativo della colpa ipotesi che la giurisprudenza aveva

rilievo a tali ipotesi: una formulazione forse un po' troppo dottrinale e soprattutto poco determinata, a maggior ragione alla luce dell'intento di costruire tali fattispecie come illeciti autonomi e non come ipotesi circostanziali. Nella prospettiva di specificare quando il fatto sia di speciale gravità, fare riferimento alle «concrete esigenze di protezione dei beni tutelati» oppure alle «concrete circostanze di tempo e di luogo» non sembra sufficientemente rispettoso del principio di precisione<sup>13</sup>.

Volendo confermare queste delicate fattispecie basate sulla speciale gravità, forse si potrebbe valutare il criterio proposto nel contesto sanitario, cioè quello della creazione di un rischio irragionevole (concretizzatosi poi nell'evento). Anche tale criterio non è evidentemente il più determinato possibile, ma per il consociato è forse più intellegibile in una prospettiva *ex ante*, di orientamento della propria condotta<sup>14</sup>. In questo modo ci si porrebbe anche in continuità, seppur legittimando un catalogo più aperto, con quei tratti di azzardo e sconsideratezza che sono alla base dell'elenco degli attuali commi 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.

#### 4.4. Nesso tra la condizione di alterazione e la colpa determinante l'evento

Nelle fattispecie di omicidio stradale qualificato e lesioni stradali qualificate (artt. 589-*quater* e 590-*quinquies* c.p.), decisamente condivisibile è la specificazione riguardo alla necessità di riscontrare un nesso tra la condizione di alterazione da sostanze alcoliche oppure stupefacenti e la colpa decisiva per la verificazione dell'evento. Si tratta di una specificazione non solo condivisibile ma senz'altro utile alla luce del fatto che riguardo alla disciplina vigente del 2016 tale nesso è stato apertamente appannato in almeno una pronuncia della Corte di legittimità<sup>15</sup>, affermando che «la guida in stato di ebbrezza costituisc[a] di per sé il presupposto applicativo dell'aggravante, ancorché non incidente sulla causazione del sinistro». Legittimare un *surplus* sanzionatorio senza richiedere un nesso tra la condizione di alterazione e la violazione stradale più prossima all'evento significa sostanzialmente accreditare un'imputazione basata sul canone del *versari in re illicita*<sup>16</sup>, quindi va nella direzione giusta l'impostazione della proposta del gruppo di lavoro.

Ciò che si può forse emendare è il riferimento indiscriminato all'art. 186 c.d.s. e non alle sole lett. b e c del 2° comma dello stesso articolo. A differenza di oggi, si finirebbe per fondare una fattispecie colposa di evento qualificata anche quando il tasso alcolemico è tra 0,5 e 0,8. È comunque richiesto l'accertamento di una condizione di alterazione, ma è noto come la stessa

---

iniziato a qualificare in termini di dolo eventuale, concepito dall'Autore come una soluzione oggi eccezionale, da riservarsi, ad esempio, a casi di ripetute e gravi violazioni stradali.

<sup>13</sup> Il riferimento allo specifico canone della precisione va inteso così come tematizzato, in particolare, da G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 10<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2021, 73 ss.

<sup>14</sup> Vi è una contraddizione solo apparente tra prospettiva *ex ante* e livello del rischio perché quest'ultimo, a differenza dell'evento di danno (che può manifestarsi anche diverso tempo dopo), è più intimamente connesso alla condotta, cioè rappresenta una potenzialità lesiva (di solito) immediatamente riconducibile al comportamento dell'agente. Non è un caso che molto spesso la qualificazione di reato di pericolo sia proposta con riferimento a fattispecie di mera condotta.

<sup>15</sup> Cass., Sez. IV, 21 novembre 2019, n. 4882, in *Arch. pen.*, 2020, n. 3, con condivisibile commento critico di M.G. BRANCATI, *Omicidio stradale e stato di ebbrezza: la Suprema Corte ancora all'incrocio tra incerte qualificazioni normative e (s)comodi automatismi*.

<sup>16</sup> Un addebito così strutturato ha indotto di recente a parlare di «fattispecie a colpa grave presunta», evidenziando proprio una significativa carenza di «personalizzazione e contestualizzazione del rimprovero»: R. BLAIOTTA, *Dove va la colpa*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1285. *De iure condito*, la soluzione che pare più equilibrata è quella prospettata, ad esempio, nella «Relazione Omicidio Stradale», a firma di Andrea R. Castaldo, in *www.aipdp.it*, 3, per cui, in difetto del nesso tra lo stato di alterazione e la violazione della regola cautelare decisiva per la verificazione dell'evento, si deve ritenere sussistente il concorso formale tra le relative fattispecie contravvenzionali di mera condotta del c.d.s. e il delitto colposo di evento nella sua forma base, cioè quella del 1° c. (degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.).

finisca spesso per essere nella sostanza dedotta alla luce del tasso alcolemico<sup>17</sup>. Se una simile logica di accertamento può apparire ragionevole in coincidenza di tassi alcolemici significativi, abbassando la soglia, il rischio è quello di presumere lo stato di ebbrezza quando lo stesso è meno probabile che sussista.

## 5. I problematici equilibri di una punibilità davvero eccezionale del sanitario

Sul tema della responsabilità penale del sanitario, il contributo offerto ai lavori dell'AIPDP è stato duplice. Nella stessa occasione in cui si sono esplicitate le precedenti considerazioni riguardo al settore della circolazione stradale, si sono accennati alcuni spunti critici, meglio sviluppati in un successivo incontro del 17 novembre 2021, nel quale, con intento costruttivo, si è proposto un articolato parzialmente alternativo a quello originario, senza l'ambizione di affermare drasticamente il proprio punto di vista, volendo piuttosto suggerire modifiche tese semplicemente a ridurre le distanze. Poiché le riflessioni condivise nell'ambito di tale incontro successivo assorbono integralmente quelle precedenti, anche per evitare inutili sovrapposizioni e duplicazioni di contenuto, sia consentito concentrarsi direttamente su quanto considerato in seconda battuta.

### 5.1. La proposta di un articolato parzialmente alternativo e la sua illustrazione

Con l'intento di suggerire alcune modifiche all'articolato proposto dal gruppo di lavoro AIPDP si è concepito un testo parzialmente alternativo, che si trascrive integralmente di seguito, evidenziando graficamente le differenze<sup>18</sup>.

Art. 589-*septies*/590-*sexies* c.p.<sup>19</sup> (Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie).

«1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-*bis* non è punibile l'esercente una professione sanitaria [*che ha commesso il fatto nello svolgimento di un'attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà*], sempre che la colpa non sia grave.

2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole [*di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*] cautelari in concreto pertinenti [,] è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento, sempre che l'esigibilità del rispetto delle predette regole cautelari da parte dell'esercente la professione sanitaria non sia in concreto esigua. Il giudice tiene conto, tra i fattori idonei a valutare l'esiguità dell'esigibilità, della speciale difficoltà dei problemi a cui dare soluzione, delle condizioni di lavoro particolarmente pressanti, delle rilevanti carenze organizzative.

[3. *Se la causazione dell'evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell'esercente la professione sanitaria non è grave*].

---

<sup>17</sup> In caso di risultato "positivo" all'alcoltest (cioè di indicazione di superamento delle soglie), rileva nella giurisprudenza una sorta di presunzione sfavorevole *iuris et de iure*, quantomeno di fatto: in tal senso, ad esempio, G. LOSAPPIO, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali". Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 giugno 2016, 17; in senso critico, sugli insidiosi automatismi in materia, si veda anche N. PISTILLI, *Profili penali della colpa stradale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, 26 ss., in particolare 28 ss.

<sup>18</sup> Tra parentesi quadre e in corsivo sono riportate le parti dell'articolato di cui si immagina la sostituzione. Le parti sottolineate sono quelle di cui si suggerisce l'aggiunta.

<sup>19</sup> La doppia numerazione tiene conto del fatto che nel documento del gruppo di lavoro impegnato specificamente sul regime di responsabilità penale del sanitario l'articolo compare come il 590-*sexies* c.p., mentre nell'articolato complessivo lo stesso appare (con identico contenuto) come il 589-*septies* c.p., evidentemente per esigenze di coordinamento con le disposizioni concepite per gli altri settori interessati.

4. La carenza organizzativa è grave<sup>20</sup> quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure».

Di seguito si ripropongono fedelmente<sup>21</sup> le osservazioni di accompagnamento alla proposta alternativa sottoposte all'attenzione del gruppo di lavoro AIPDP.

È decisamente condivisibile la semplificazione della disciplina rispetto a quella ordinaria attualmente vigente, cioè quella dell'art. 590-sexies c.p., derivante dalla legge "Gelli-Bianco" (l. 8 marzo 2017, n. 24), come interpretato dalle Sezioni Unite "Mariotti"<sup>22</sup>. In particolare, non si è rivelato un progetto felice quello di vincolare le sorti della responsabilità penale del sanitario al rispetto di fonti comportamentali *evidence-based*, per le molte ragioni note su cui la stessa illustrazione della proposta di riforma del gruppo di lavoro AIPDP non si sofferma.

È forse possibile immaginare una ulteriore semplificazione, senza che ciò – si ritiene – renda la fattispecie viziata in termini di ragionevolezza: il giudizio di responsabilità potrebbe basarsi esclusivamente sul grado della colpa<sup>23</sup>. Del resto, la stessa proposta del gruppo di lavoro AIPDP muove dalla premessa nemmeno troppo implicita che l'attività sanitaria presenti delle peculiarità (anch'esse ampiamente note) rispetto alle altre attività professionali esposte al rischio di responsabilità penale colposa<sup>24</sup>. Alla luce di ciò, si tratta evidentemente di accettare una misura più o meno ampia di differenziazione trattamentale, impregiudicata comunque una valutazione più generale sull'opportunità di una futura "depenalizzazione" della colpa lieve in tutti i settori di colpa in attività intrinsecamente non criminose.

Riguardo alla formulazione del 1° comma, non è privo di criticità prevedere che la punibilità debba dipendere dal grado della colpa soltanto se si tratta di far fronte a problemi di speciale difficoltà. Il riferimento è chiaramente ispirato alla disciplina dell'art. 2236 c.c., della cui tradizione applicativa, condivisibilmente, non si ripropone il requisito dell'imperizia, che si è

---

<sup>20</sup> Ancorché forse non indispensabile, questo comma potrebbe restare, magari sostituendo la parola «grave» con la parola «rilevante», in modo da recuperare anche il nesso tra le carenze e l'evento, ben messo in luce nel terzo comma (di cui non si suggerisce però la conferma) dall'espressione «determinata».

<sup>21</sup> Sia consentita, in sede di composizione del presente contributo, giusto l'aggiunta di alcune (perlopiù) essenziali note a piè di pagina.

<sup>22</sup> Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 8770, ad esempio in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 1 marzo 2018, con commento di C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*. Tra le numerose analisi dell'autorevole pronuncia, vi è anche quella di chi scrive, a cui sia consentito rinviare anche per evitare in questa sede di appesantire la trattazione soffermandosi sui profili di indubbia delicatezza dell'articolata linea interpretativa condensata in una pluralità di «principi di diritto»: G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8 aprile 2018.

<sup>23</sup> In questo senso, pur con alcune differenze di accenti nella definizione di colpa grave, anche la proposta formulata da Andrea Perin (più diffusamente sull'argomento già in A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Editoriale Scientifica, 2020, 330 ss.) nelle stesse occasioni di confronto con il gruppo di lavoro AIPDP. Dello stesso Autore, oltre al contributo pubblicato in questo *Libro*, si veda anche *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2022, 353 ss.

<sup>24</sup> Tali peculiarità, in definitiva, paiono rendere giustificata una disciplina di particolare indulgenza, che non avrebbe però il significato del privilegio quanto quello di una compensazione. Su questa premessa ha fatto perno l'intera trattazione di una propria indagine monografica recente, a cui sia consentito fare rinvio: M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Aracne, 2021, in particolare 179 ss., ove una rassegna dettagliata dei fattori di specialità dell'attività sanitaria, con tanto di richiami bibliografici di posizioni affini. Da ultimo, P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2022, 17, si mostra favorevole al mantenimento del criterio della colpa grave per il sanitario anche oltre il contesto emergenziale pandemico, confermando nemmeno troppo implicitamente di ravvisare analoghi profili di peculiarità dell'attività medica.

visto come risulti nella pratica un «cavallo di Troia» (felice metafora di Ombretta Di Giovine)<sup>25</sup> capace di sabotare le ambizioni deflative. Tuttavia, anche nell'ambito di prestazioni routinarie possono ben immaginarsi casi di colpa lieve, ad esempio per scarsa esigibilità del comportamento conforme, magari perché il sanitario è esausto alla fine di un turno di lavoro assai duraturo e denso di attività. Ecco che un errore apparentemente banale e financo grossolano può allora risultare ben più tollerabile del solito. In quest'ottica, la rimozione dal 1° comma del presupposto "rigido" dei problemi di speciale difficoltà consentirebbe quindi di evitare il rischio di pregiudicare l'apprezzamento di rilevanti questioni relative alla c.d. misura soggettiva della colpa<sup>26</sup>.

Volendo assecondare il proposito del gruppo di lavoro AIPDP di impegnarsi in uno sforzo definitorio, si potrebbe valorizzare non soltanto la dimensione "oggettiva" dello scarto tra aspettativa cautelare e comportamento concreto, seppur opportunamente (già) arricchito dalla necessità di una sorta di evento intermedio che dia riscontro concreto e immediato al disvalore di condotta, nell'ottica di una saldatura pregnante e senza soluzione di continuità con il risultato finale. Oltre a ciò, si potrebbe imporre altresì (quindi in aggiunta e non in alternativa) un riscontro sul piano della esigibilità concreta, attribuendo un riconoscimento esplicito e più diretto alla menzionata c.d. misura soggettiva della colpa, cioè ai profili di colpevolezza (in senso stretto) colposa<sup>27</sup>. Ovviamente, con la precisazione che se il comportamento conforme a cautela appare radicalmente inesigibile occorre dare conto di una mancanza di colpa *tout court* e non si tratta pertanto di procedere a una valutazione della sua gravità. Il riferimento all'espressione «regole cautelari» (in alternativa alla lunga riproposizione delle note forme di colpa generica e specifica), forse meno in linea con la tradizione del codice, ma senz'altro ampiamente diffusa nella terminologia specifica contemporanea, sembra condensare due pregi:

<sup>25</sup> O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità. Modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, 2163, nota 28. Efficace è anche la metafora di G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme "incompiute", aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, 2019, 12, che si riferisce alla disciplina penale del d.l. "Balduzzi" del 2012 (art. 3, d.l. 13 settembre 2012, n. 158) descrivendola «come una "tela di Penelope" disfatta dall'imperizia».

<sup>26</sup> Sul piano sistematico della colpevolezza quale terreno d'elezione per l'apprezzamento di questioni relative al grado della colpa, in particolare, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, specialmente 345 ss. e 541 ss.; si veda già T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, ad esempio 836, che definisce la colpevolezza in senso normativo quale «sede naturale» del concetto di grado della colpa; nel senso di valorizzare se non altro le implicazioni sul piano della colpevolezza di un privilegio per la colpa grave, M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. DONINI - R. ORLANDI, Bononia University Press, 2013, 268 ss. Se è vero che quella giurisprudenza penale che, in tempi recenti, ha riscoperto l'art. 2236 c.c. lo ha fatto proprio con l'obiettivo (o quantomeno con l'effetto) di valorizzare la c.d. misura soggettiva della colpa, occorre comunque tenere presente, in termini potenzialmente problematici, che i profili di "rigidità" della disposizione accennati nel testo non sembrano superati nell'ambito della giurisprudenza civile, come testimonia un suo autorevole esponente: G. TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 94, il quale dà conto dell'affermazione del «principio secondo cui l'attenuazione di responsabilità *ex art. 2236* non si applica a tutti gli atti del medico, ma solo ai casi di particolare complessità o perché non ancora sperimentati o studiati a sufficienza, o perché non ancora dibattuti con riferimento ai metodi terapeutici da seguire».

<sup>27</sup> Da ultimo, in un analogo sforzo definitorio della colpa grave (ancorché più generale), si mostra contrario ad attribuire importanza a profili di esigibilità (che – si afferma – sarebbero assorbiti nell'individuazione della regola cautelare tramite la precisazione dell'agente modello), P.F. POLI, *La colpa grave*, cit., 396 ss., manifestando al contempo preferenza per i criteri della significativa divergenza tra la condotta tenuta dall'agente concreto e quella conforme alla regola cautelare nonché della elevata prevedibilità dell'evento da parte dell'agente modello. Per una ulteriore e ben nota impostazione, profili di gravità della colpa sarebbero quasi automaticamente valorizzati qualora si ricostruisse la regola preventiva ricorrendo al concetto di «consuetudine cautelare», in quanto «la tipicità fondata sugli usi cautelari è già intrinsecamente incentrata su un requisito di gravità»: D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 117 ss., in particolare 120, nota 43, che quindi non avverte il bisogno di attribuire al grado della colpa una dignità realmente autonoma.

da un lato, è più coerente con la lineare (e autorevolmente sostenuta) lettura per cui non sarebbe opportuno parlare di imperizia come qualcosa di ontologicamente eterogeneo rispetto a negligenza e imprudenza, delle quali la prima rappresenterebbe una versione di sintesi nei contesti tecnico-professionali<sup>28</sup>; dall'altro lato, esclude rilevanza alle violazioni di fonti codificate prive di significato cautelare, allontanando così gli spettri di una possibile – l'ennesima – declinazione della logica del *versari in re illicita*.

Il livello di difficoltà della prestazione [o, se si preferisce, dei problemi sottesi], invece che poter precludere una valutazione decisiva sul grado della colpa, potrebbe essere ri-considerato in sede definitoria, quale elemento sintomatico del grado della colpa stessa e in particolare del tasso di esigibilità in concreto: senza voler accreditare rigide presunzioni, più la prestazione è difficile più è plausibile che un errore sia qualificabile in termini di colpa lieve; al contrario, se è relativamente semplice, sarà meno probabile che la colpa sia lieve.

Occorre peraltro valutare se difficoltà della prestazione, da un lato, e profili di urgenza/emergenza o carenze organizzative, dall'altro lato, siano aspetti realmente dotati di dignità concettuale autonoma. Pare ragionevole osservare che si può concepire la difficoltà del problema da risolvere come qualcosa di realmente distinto dai profili di urgenza/emergenza e dalle carenze organizzative soltanto se si ha in mente una difficoltà puramente oggettiva, in un certo senso intrinseca, cioè che si riproporrebbe a quasi tutti i sanitari allo stesso modo. In senso concreto e più “soggettivo”, una prestazione normalmente non particolarmente complessa può diventarlo proprio in ragione del contesto in cui si trova ad operare il sanitario, in particolare se tale contesto è condizionato da situazioni emergenziali oppure da carenze organizzative. A ben vedere, anche condizioni di lavoro pressanti e carenze organizzative non sembrano essere necessariamente qualcosa di radicalmente diverso tra loro: le prime potrebbero infatti essere

---

<sup>28</sup> Per una prospettiva del genere, è possibile richiamare, senza ambizione di esaustività, M. Gallo, voce *Colpa penale* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, 1960, 641; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, 1965, 216; F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, 1975, 159; G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, 11<sup>a</sup> ed., Cedam, 1982, 477; F. Mantovani, voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Utet, 1988, 308; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, 461, il quale, concependo tutte e tre le forme di colpa generica come caratterizzate da un «difetto di diligenza», precisa che, nel caso dell'imperizia, si tratterebbe di «difetto di diligenza riferita a un settore professionale»; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 8<sup>a</sup> ed., Zanichelli, 2019, 574; A. Cadoppi - P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 8<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2021, 374; C. Fiore - S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer-Utet, 2020, 283, i quali considerano l'imperizia «una forma qualificata di imprudenza»; S. Canestrari - L. Cornacchia - G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2<sup>a</sup> ed., il Mulino, 2017, 479. Tra i contributi in ambito sanitario, si vedano, ad esempio, O. Di Giovine, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2014, 7; Id., voce *Imperizia e colpa professionale*, in *Enc. dir.*, I Tematici, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. Donini, Giuffrè, 2021, 646 ss.; R. Alagna, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1481 ss.: «privo di fondamento epistemologico e di gittata euristica, al termine imperizia non si può attribuire alcun contenuto di senso che possa ontologicamente distinguerlo da quelli affidati ai termini “negligenza” e “imprudenza”»; F. Basile, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 febbraio 2017, in particolare 177 ss., ove, dopo aver già ampiamente messo in luce il profondo affanno provocato dalla (non necessaria) ambizione giurisprudenziale di distinguere l'imperizia da negligenza e imprudenza rispetto alla disciplina “Balduzzi”, un'esplicita adesione agli analoghi moniti della sentenza “Denegri”; A. Massaro, *L'art. 590–sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2017, in particolare 13 ss., a cui si rinvia anche per ricchissimi riferimenti bibliografici, in grado di testimoniare il fallimento dei tentativi di distinguere, all'interno dell'ambito sanitario, tra le tre forme di colpa generica: «più gli esempi si moltiplicano, più l'impressione è quella di avventurarsi in ingestibili bizantinismi classificatori» (19); in termini problematici, si veda inoltre C. Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali vol. X, Giuffrè, 2017, 257, per cui sarebbe «vano, quando non addirittura arbitrario, ambire a circoscrivere l'area della colpa penalmente rilevante sulla scorta di distinzioni che, nella prassi applicativa, tendono a fondersi, sì da risultare indistinguibili»; muovendo da una rassegna giurisprudenziale recente, V. Badalamenti, *L'imperizia quale tallone d'Achille della disciplina penale della medical malpractice*, in *www.penaledp.it*, 7 dicembre 2021.

un'implicazione delle seconde.

La proposizione di una formulazione aperta – se si vuole, di una «definizione orientativa»<sup>29</sup>, come affermato riguardo all'analogia soluzione recente del 2° comma dell'art. 3-bis d.l. 1° aprile 2021, n. 44 – rispetto all'esigibilità pare in linea con la natura del concetto stesso, che tende a basarsi su profili sostanziali che mal si prestano a rigide limitazioni. Per questo motivo, potrebbero forse considerarsi superabili le eventuali perplessità sul piano della tassatività della disposizione.

## 5.2. La modifica dell'articolato AIPDP alla luce degli spunti offerti

Come si accennava, in seguito al confronto con il gruppo di lavoro AIPDP, alcuni degli spunti propositivi offerti sono stati ritenuti meritevoli di considerazione al punto da trovarsi evidente traccia nell'ultima versione della proposta di riforma dell'articolo codicistico interessato, del quale è stata peraltro mutata anche la rubrica, lasciando emergere un apprezzabile rovesciamento di prospettiva: l'accento risulta ora posto direttamente sulle condizioni per il riconoscimento (inteso come eccezionale) di una «responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario» e non più sulla «non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie», che induceva ad assumere come ipotesi ordinaria quella della rilevanza penale della condotta del professionista<sup>30</sup>.

Quanto alla formulazione del testo normativo, non può che salutarsi con favore l'auspicata semplificazione del 1° comma, in base a cui «la responsabilità penale è esclusa salvo che la colpa sia grave». Il riferimento alla necessità di dare soluzione a problemi di speciale difficoltà è più opportunamente valorizzato nell'ambito di un nuovo 3° comma, in cui risulta come uno soltanto degli «indici sintomatici, non esaustivi, suscettibili di aiutare il giudice nella valutazione del grado della colpa»<sup>31</sup>. Tali fattori, nel complesso, superano ogni ambiguità sulle capacità della disciplina di consentire davvero e senza preclusioni una effettiva individualizzazione del giudizio di colpa alla luce del contesto concreto, compensando a sufficienza, nella sostanza, la scelta di non introdurre un più esplicito riferimento al concetto di inesigibilità del comportamento conforme a cautela.

In questo quadro, richiedere comunque una «deviazione dalle regole cautelari» – per le ragioni già accennate, tale formulazione più “leggera” e contemporanea è senz'altro preferibile rispetto a quella precedente ricalcante l'articolato elenco dell'attuale art. 43 c.p. – che sia «particolarmente rilevante», tale da aver «creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento», non ha più il significato di polarizzare la valutazione del grado della colpa su profili ancora ambigui circa la reale colpevolezza per il fatto. Piuttosto, si fissa soltanto un primo (quindi non definitivo) e più “oggettivo” livello di garanzia, di «*extrema*

---

<sup>29</sup> Così, C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sist. pen.*, 1° giugno 2021, § 6. In questo senso, si veda anche la relazione (redatta dal Dottor Aldo Natalini) del Massimario della Cassazione del 21 giugno 2021 sugli artt. 3 e 3-bis d.l. 1° aprile 2021, n. 44, consultabile in *Sist. pen.*, 24 giugno 2021, 21; inoltre, P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021, § 3, per cui la definizione in questione «lascia quindi aperta la via di accesso ad altri fattori».

<sup>30</sup> Pur avendo suggerito una formulazione del 1° c. in termini da far apparire come ordinaria la non punibilità del sanitario, non si era insistito particolarmente su questo aspetto terminologico nel dialogo con il gruppo di lavoro AIPDP. Una soluzione ancora più esplicita come quella della versione definitiva della proposta era comunque già stata caldeggiata in M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 202 ss., riproponendo le lucide considerazioni di M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, 2017, 347 ss., sviluppate in particolare riguardo ai lavori della c.d. Commissione Alpa.

<sup>31</sup> Così la «Relazione sulla nuova bozza di articolato», a firma di Matteo Caputo, in questo *Libro*, che richiama esplicitamente «il recente esempio incarnato dall'art. 3-bis d.l. 44/2021».

*ratio* dell'intervento punitivo»<sup>32</sup>, rendendo così superfluo indagare il tasso effettivo di esigibilità del comportamento cauto laddove lo scostamento dallo *standard* di cautela pertinente in concreto sia minimo.

Maggiormente convincente è anche il riferimento aggiornato alle «gravi carenze organizzative», la cui sussistenza non fonda più una sorta di presunzione di non gravità della colpa del sanitario, che rischiava di apparire non del tutto calibrata e in un certo senso persino *ultra petitum* – non si può di per sé escludere che gravi carenze organizzative concorrano con grossolani errori umani concausali nella determinazione dell'evento – ma diviene un fattore come altri da prendere in considerazione (più liberamente, pur secondo le apposite direttive dell'immutato 4° comma) da parte del giudice per sviluppare il giudizio sul grado della colpa.

---

<sup>32</sup> Questa, dichiaratamente, è la stella polare del gruppo di lavoro AIPDP, su indicazione del Consiglio direttivo, come si riconosce (anche) nella citata «Relazione sulla nuova bozza di articolato», in questo *Libro*.



RIFORMA DEI REATI CONTRO LA LIBERTÀ PERSONALE E  
MORALE

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro

Gruppo per la riforma dei reati dolosi contro la persona: Antonio  
Cavaliere (coord.), Cristiano Cupelli, Giulio De Simone, Vincenzo  
Militello, Antonino Sessa.



## PROPOSTA DI ARTICOLATO

<i>Testo vigente</i>	<i>Proposta di riformulazione</i>
<p style="text-align: center;"><b>Articolo 605</b> <i>Sequestro di persona</i></p> <p><b>1.</b> Chiunque priva taluno della libertà personale è punito con la reclusione da sei mesi a otto anni.</p> <p><b>2.</b> La pena è della reclusione da uno a dieci anni, se il fatto è commesso:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1) in danno di un ascendente, di un discendente o del coniuge;</li><li>2) da un pubblico ufficiale, con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni.</li></ol> <p><b>3.</b> Se il fatto di cui al primo comma è commesso in danno di un minore, si applica la pena della reclusione da tre a dodici anni. Se il fatto è commesso in presenza di taluna delle circostanze di cui al secondo comma, ovvero in danno di minore di anni quattordici o se il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero, si applica la pena della reclusione da tre a quindici anni</p> <p><b>4.</b> Se il colpevole cagiona la morte del minore sequestrato si applica la pena dell'ergastolo (2).</p> <p><b>5.</b> Le pene previste dal terzo comma sono altresì diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera concretamente:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1) affinché il minore riacquisti la propria libertà;</li><li>2) per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati;</li></ol> <p>per evitare la commissione di ulteriori fatti di sequestro di minore</p>	<p style="text-align: center;"><b>Articolo 605</b> <i>Sequestro di persona</i></p> <p><b>1.</b> Chiunque priva taluno della libertà personale è punito con la reclusione da due a otto anni.</p> <p><b>2.</b> La pena è <b>umentata</b>, se il fatto è commesso:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1) in danno di un ascendente, di un discendente o del coniuge;</li><li>2) da un pubblico ufficiale, con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni.</li></ol> <p><b>3.</b> Se il fatto di cui al primo comma è commesso in danno di un minore, si applica la pena della reclusione da tre a dodici anni. Se il fatto è commesso in presenza di taluna delle circostanze di cui al secondo comma, ovvero in danno di minore di anni quattordici o se il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero, si applica la pena della reclusione da tre a quindici anni.</p> <p><b>4.</b> Se il colpevole cagiona la morte del minore sequestrato si applica la pena dell'ergastolo.</p> <p><b>5.</b> Le pene previste dal terzo comma sono altresì diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera concretamente:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1) affinché il minore riacquisti la propria libertà;</li><li>2) per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati;</li><li>3) per evitare la commissione di ulteriori fatti di sequestro di minore (2).</li></ol> <p><b>6.</b> La pena è della reclusione sino a sei anni se il fatto è di particolare tenuità, tenuto conto anche della durata della limitazione della libertà personale.</p>
<p style="text-align: center;"><b>Art. 606</b> <i>Arresto illegale</i></p> <p>Il pubblico ufficiale che procede ad un arresto, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, è punito con la reclusione fino a tre</p>	<p style="text-align: center;"><i>identico</i></p>

<p>anni.</p> <p style="text-align: center;"><b>Art. 607</b> <b><i>Indebita limitazione di libertà personale</i></b></p> <p>Il pubblico ufficiale, che, essendo preposto o addetto a un carcere giudiziario o ad uno stabilimento destinato all'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, vi riceve taluno senza un ordine dell'Autorità competente, o non obbedisce all'ordine di liberazione dato da questa Autorità, ovvero indebitamente protrae l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, è punito con la reclusione fino a tre anni.</p> <p style="text-align: center;"><b>Art. 608</b> <b><i>Abuso di autorità contro arrestati o detenuti</i></b></p> <p><b>1.</b> Il pubblico ufficiale, che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta di cui egli abbia la custodia, anche temporanea, o che sia a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente, è punito con la reclusione fino a trenta mesi.</p> <p><b>2.</b> La stessa pena si applica se il fatto è commesso da un altro pubblico ufficiale, rivestito, per ragione del suo ufficio, di una qualsiasi autorità sulla persona custodita.</p> <p style="text-align: center;"><b>Art. 609</b> <b><i>Perquisizione e ispezione personali arbitrarie</i></b></p> <p>Il pubblico ufficiale, che abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, esegue una perquisizione o un'ispezione personale, è punito con la reclusione fino ad un anno.</p>	<p style="text-align: center;"><i>identico</i></p> <p style="text-align: center;"><i>identico</i></p> <p style="text-align: center;"><i>identico</i></p>
--	--

# LA RIFORMA DEI REATI CONTRO LA LIBERTÀ PERSONALE

Cristiano Cupelli

**Sommario:** 1. L'indagine. – 2. Il bene giuridico e la prospettiva sistematica. – 3. Il sequestro di persona (art. 605 c.p.) – 3.1. (segue) Le questioni di carattere generale. – 3.2. In particolare: privazione della libertà personale e consenso dell'offeso. - 3.3. (segue) Contenzione e trattamento sanitario obbligatorio. – 3.4. Spunti dall'ordinanza n. 207 del 2018 e dalla sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale. – 4. Conclusioni (provvisorie).

## 1. L'indagine

Lo spazio dell'indagine sui reati contro la libertà personale è ad oggi circoscritto a poche fattispecie, incastonate, nel Capo III (*Dei delitti contro la libertà individuale*), alla Sezione II (*Dei delitti contro la libertà personale*), fra i *delitti contro la personalità individuale* (Sezione I), i *delitti contro l'eguaglianza* (Sezione I-bis, di ultima introduzione) e i *delitti contro la libertà morale* (Sezione III); ai fini delle presenti riflessioni, non saranno affrontati i delitti di violenza sessuale (609-bis – 609-duodecies c.p.), pure compresi nella Sezione ma a ragione oggetto di approfondimento da parte di un diverso Gruppo di ricerca. L'analisi si concentrerà dunque soprattutto sull'art. 605 (*Sequestro di persona*), non senza cenni agli artt. 606 (*Arresto illegale*), 607 (*Indebita limitazione di libertà personale*), 608 (*Abuso di autorità contro arrestati o detenuti*) e 609 c.p. (*Perquisizione e ispezione personali arbitrarie*)<sup>1</sup>.

Sul piano metodologico, si muoverà dalla originaria contestualizzazione di tali fattispecie, riferita all'impianto codicistico del 1930, per giungere ad enucleare taluni profili problematici che, in una prospettiva di complessivo ripensamento dei reati contro la persona, possono rappresentare un'utile base di partenza, provando a enucleare, nella parte conclusiva, spunti di possibile riforma della Sezione.

## 2. Il bene giuridico e la prospettiva sistematica

Andando con ordine, come è noto i delitti contro la libertà personale hanno occupato *ab origine* uno spazio alquanto contenuto, che ha finito per stimolarne, in coerenza con l'impostazione dell'epoca, una lettura riduttiva.

Non a caso, nella Relazione ministeriale, la Sezione era dedicata alla tutela della libertà personale declinata *in termini esclusivamente fisici e di proiezione esterna della persona* (con riferimento cioè a quelle limitazioni che non presentino connessioni con altri valori di significativa rilevanza socio-politica), avendo cura di prevedere delitti *non finalizzati alla*

---

<sup>1</sup> Gli argomenti e le questioni trattate nella presente relazione hanno formato oggetto di confronto e di discussione con gli altri componenti del gruppo di lavoro coordinato, nell'ambito del Progetto di riforma dei delitti contro la persona dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, da Antonio Cavaliere e composto da Vincenzo Militello, Giulio De Simone e Antonino Sessa.

*lesione di ulteriori interessi rispetto a quella della libertà fisico-corporale della persona.*

In quelli che possono essere definiti veri e propri *delitti dei pubblici ufficiali contro la libertà personale* (artt. 606-609 c.p.), poi, assumeva peso non secondario (se non addirittura preminente) anche la lesione di un interesse specifico della pubblica amministrazione alla *correttezza e alla legalità dei comportamenti dei soggetti che rivestono qualifiche pubbliche* (riecheggiando la tutela del buon nome e del prestigio della pubblica amministrazione sottesa alla coeva previsione dei delitti contro la p.a.).

Tuttavia, questa plurioffensività era accompagnata da trattamenti sanzionatori più favorevoli, che appaiono, oggi a maggior ragione, ingiustificati e meritevoli di un ripensamento legislativo.

A ciò, va aggiunto che l'*arresto illegale* (art. 606 c.p.) e soprattutto l'*abuso di autorità contro arrestati o detenuti* (art. 608 c.p.) paiono necessitare, alla luce dell'introduzione nel codice penale del nuovo art. 613 *bis* c.p. (*Tortura*), di un raccordo sistematico, quantomeno per i profili di comune interferenza con la lesione della libertà personale. In proposito, va detto come la collocazione del nuovo art. 613 *bis* c.p. all'interno della Sezione dedicata alla libertà morale invece che in quella relativa alla libertà personale (ove sono contenute le similari fattispecie richiamate) ne esprima il *surplus* di disvalore, da rinvenire nell'offesa, nel caso della tortura, anche alla libertà di autodeterminazione della vittima, costretta a causa di questa a fare o tollerare qualcosa.

Schematizzando, in una prospettiva di ammodernamento dell'asse di tutela, sarebbe opportuno:

- superare il valore circoscritto e strumentale della nozione di *libertà personale* nella lettura originaria e valorizzare un approccio costituzionalmente orientato, che ne metta in adeguato risalto il substrato politico e ideologico (deliberatamente obliterato nell'impianto primigenio del codice Rocco e invece contemplato nel codice Zanardelli);

- di conseguenza, adeguare alle mutate esigenze e sensibilità l'ambito applicativo delle fattispecie esistenti, traducendo in termini normativi la proclamata adesione al principio personalistico (art. 2 Cost.)<sup>2</sup>, che come è ben noto pone la persona al centro del disegno costituzionale, quale fulcro e oggetto utile di tutela, facendo attenzione, al contempo, a operare una più tassativa ridefinizione dei confini (anche in rapporto all'intervenuta previsione di fattispecie omogenee);

- a tal fine, e in coerenza, rileggere la libertà personale tutelata – e conseguentemente strutturare le fattispecie - non solo quale *libertà di* (agire, muoversi, spostarsi: libertà-facoltà), ma soprattutto come *libertà da* (misure coercitive sul corpo: libertà-situazioni), e dunque *quale forma di tutela della persona da indebite limitazioni frapposte all'esercizio di qualsiasi libertà*, compresa quella *di autodeterminarsi sul proprio corpo*, anche (ma non solo) in ambito terapeutico (*si impone qui un raccordo con le conclusioni raggiunte in merito alla modifica delle fattispecie relative all'autodeterminazione sessuale*).

Del resto, sia detto per inciso, non può ritenersi casuale che l'art. 13 Cost. e la sottesa rivendicazione della tutela dello *spazio corporeo* quale primo baluardo della libertà terapeutica abbiano rappresentato il grimaldello per scardinare radicati approcci paternalistici nell'ambito della tutela della sfera psicofisica del paziente, contribuendo ad affermare la centralità del consenso del malato nelle scelte terapeutiche (*e di fine vita: non può infatti tralasciarsi il richiamo operato dalla Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 207 del 2018, a tale parametro, su cui si tornerà più avanti*).

---

<sup>2</sup> F. PALAZZO, voce *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 1983, 294 ss.

Calata nella dimensione concreta, questa lettura, autorevolmente sostenuta<sup>3</sup>, porterebbe, nell'ambito del sequestro di persona, a svincolare la lesione alla libertà personale dalla necessità della c.d. "interclusione" (limitazione o esclusione della possibilità di accesso o movimento), potendosi ritenere realizzata la fattispecie tipica – sempre nell'ottica di valorizzare l'autodeterminazione – per il tramite di limitazioni scaturenti dalla *mera influenza sulla psiche del soggetto*, ad esempio mediante minaccia o inganno, e dunque attraverso una perturbazione del processo formativo della volontà<sup>4</sup>.

Chiaramente, in quest'ultima evenienza, occorrerebbe fare attenzione – nello sforzo di riallineamento della nuova tipicità - a scongiurare eccessivi ampliamenti dell'area di punibilità, evitando di riprodurre i limiti sul piano della determinatezza (in termini di *verificabilità empirica*) emersi con riferimento al vecchio delitto di plagio di cui all'art. 603 c.p. e ben messi in luce dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 96 del 1981. A tal fine, operando una ridefinizione dei confini quanto più possibile tassativa, gli stati soggettivi alterati potrebbero essere strettamente collegati con le conseguenze sulla modificazione di un comportamento esteriore e le influenze sulla psiche del soggetto dovrebbero inevitabilmente avere ricadute sulla libertà personale.

Proprio il riferimento al requisito dell'interclusione, nella sua problematicità (e nella sua emblematicità), offre lo spunto per avanzare, in una prospettiva sistematica di più ampio respiro e nell'ambito di un processo di complessiva rimediazione della parte speciale del codice (improntata al superamento del modello della progressione discendente), una proposta di complessiva risistemazione delle Sezioni all'interno del Capo III, volta a circoscrivere, sin dove possibile, l'attuale *frammentazione dell'oggettività giuridica* di categoria (*libertà individuale*), muovendo in primo luogo da una ridefinizione (in chiave di riallineamento) dei rapporti fra tutela della libertà personale e morale.

Come si è accennato in apertura, nel capo III del Titolo XII del Libro I del nostro codice troviamo *ben cinque diverse Sezioni*: oltre a quella relativa ai delitti contro la libertà morale (la III), vi sono quelle in cui sono ricompresi, rispettivamente, i *delitti contro la personalità individuale* (Sez. I), i *delitti contro la libertà personale* (Sez. II), i *delitti contro l'inviolabilità del domicilio* (Sez. IV) e i *delitti contro la inviolabilità dei segreti* (Sez. V).

L'odierna struttura può apparire distonica al confronto con la *tendenza alla semplificazione riscontrata in altri codici europei*: nel codice spagnolo, vi è un unico titolo, il VI del Libro II, dedicato genericamente ai *delitti contro la libertà* (*Delitos contra la libertad*), artt. 163 ss., a sua volta suddiviso in tre capi: Delle detenzioni illegali e sequestri (capo I); Delle minacce (capo II); Delle coazioni (capo III); nello *Strafgesetzbuch* tedesco-federale vi è un unico *Abschnitt* (il XVIII) che contiene tutti i *reati contro la libertà personale* (*Straftaten gegen die persönliche Freiheit*, §§ 234 ss.); nel codice penale austriaco, vi è un'unica sezione, la III, che comprende le azioni punibili contro la libertà (§§ 99-110); nel codice penale svizzero, vi è un unico titolo (il IV), dedicato a crimini e delitti contro la libertà (*Verbrechen und Vergehen gegen die Freiheit*).

---

<sup>3</sup> T. PADOVANI, *Il sequestro di persona e l'identificazione della libertà tutelata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 613 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I. *Delitti contro la persona*, Cedam, 2019, 339 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I. *I delitti contro la persona*, Zanichelli, 2013, 196 ss.

<sup>4</sup> In questa direzione F. VIGANÒ, *Il delitto di sequestro di persona (art. 605 c.p.)*, in *I delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale. Domicilio e segreti*, a cura di C. PIERGALLINI - F. VIGANÒ - M. VIZZARDI - A. VERRI, in *Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Cedam, 2015, 6, che fa l'esempio di un gruppo di terroristi che rapisce un soggetto, costringendolo a una lunga marcia nel deserto.

### 3. Il sequestro di persona (art. 605 c.p.)

Nonostante nel disegno originario del codice, in coerenza con la logica della c.d. progressione discendente e con la visione dell'epoca, il modello di incriminazione fosse imperniato sulla condotta abusiva del pubblico ufficiale, con un margine operativo ipotizzato, per l'art. 605 c.p., solo in via residuale rispetto alle fattispecie successive, l'esperienza giudiziaria maturata negli anni è andata nella direzione opposta, anche in ragione dell'estrema mobilità dei confini di tipicità della fattispecie. Non sorprende, allora, come proprio con riferimento all'art. 605 c.p. siano emersi i più rilevanti e attuali profili problematici, sui quali ci si soffermerà, in termini necessariamente cursori, per immaginare linee di intervento in grado, da un lato, di colmare le lacune riscontrate in rapporto ai nuovi bisogni di tutela e, dall'altro, di superare non marginali anacronismi.

Dovendo operare, per ragioni di spazio, una selezione, si privilegeranno solo talune problematiche collegate al sequestro di persona.

Fra queste, alcune assumono un carattere più generale, per così dire *strutturale* (con l'esclusione di questioni che involgono preliminari scelte di fondo, come quelle concernenti la discussa natura del coefficiente soggettivo che deve legare la condotta dell'agente e la causazione dell'evento morte della vittima del sequestro, oggetto delle ricerche di altri Gruppi di lavoro); altre possono ritenersi più specifiche, collegate all'emergere di nuove forme di potenziale offesa alla libertà personale; è il caso, in particolare, della privazione della libertà personale e del consenso prestato a tale limitazione da parte dell'offeso (detto altrimenti, il tema è quindi quello dell'efficacia scriminante del consenso, delle sue condizioni e della sua revocabilità) e della configurabilità e dei limiti di una responsabilità a titolo di sequestro di persona (art. 605 c.p.) nelle ipotesi di contenzione all'interno di trattamenti sanitari obbligatori o nelle fasi ad essi prodromiche; ipotesi, entrambe, nelle quali si pone una forte esigenza di bilanciare interessi (almeno all'apparenza) inconciliabili e dunque di immaginare, in chiave propositiva (anticipando la soluzione individuata), schemi di giustificazione integrati con il rispetto di selezionati requisiti di carattere extrapenale.

#### 3.1. (segue) Le questioni di carattere generale

In termini più ampi, vanno ricordati i dubbi tradizionalmente legati alla razionalità della diversa collocazione codicistica e soprattutto agli effetti di eccessivo incremento sanzionatorio connessi alle mere finalità che accompagnano la condotta di sequestro: si pensi alla pena base della reclusione da 25 a 30 anni per i reati di sequestro a scopo di terrorismo ed eversione (art. 289-*bis* c.p.), a scopo di coazione (art. 289-*ter* c.p.) e a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) e, oggi, di coazione, a fronte di quella da 6 mesi a 8 anni per il sequestro non qualificato; divaricazione peraltro solo temperata dall'applicabilità all'art. 289-*bis* c.p. della diminuzione di cui all'art. 311 c.p. per i fatti di lieve entità - estesa in virtù della sentenza 23 marzo 2012, n. 68 della Corte costituzionale anche al sequestro estorsivo - e al nuovo art. 289 *ter* c.p. della specifica ipotesi prevista al terzo comma.

Va inoltre rimarcato l'esito paradossale, già accennato e ancora una volta difficilmente giustificabile in termini di razionalità intrinseca ed estrinseca, per cui le fattispecie di cui agli artt. da 606 a 609 c.p., pur rappresentando ipotesi peculiari di offese alla libertà personale commesse da pubblici ufficiali, beneficiano di un trattamento sanzionatorio più mite.

Ebbene, alla luce di ciò, è parso auspicabile:

- ridelineare la Sezione, prevedendo, sulla scia di quanto il Progetto Pagliaro contemplava per il solo sequestro a scopo di estorsione, di ricollocare tutte le fattispecie di sequestro fra i



delitti contro la libertà personale, a prescindere dalle motivazioni dell'agire, dando preminenza alla direzionalità dell'offesa in via prioritaria contro la persona;

- riequilibrare il trattamento sanzionatorio fra l'art. 605 c.p. e le altre ipotesi di sequestro, oltre che fra l'art. 605 c.p. e i successivi delitti dei pubblici ufficiali contro la libertà personale (606 – 609 c.p.), con l'occasione riducendo pure l'ampia cornice edittale del sequestro semplice (6 mesi – 8 anni) e, se del caso, tenendo conto dell'effettivo pregiudizio arrecato, elevandone il livello sanzionatorio e al contempo estendendo anche all'art. 605 c.p. la ricordata diminuzione per i casi di lieve entità di cui all'art. 311 c.p., onde evitare irragionevoli differenze di tutela rispetto agli artt. 289 *bis* e 630 c.p. (valutando altresì l'opzione di indicare fasce sanzionatorie per le diverse incriminazioni che si vogliono mantenere);

- in questa prospettiva, per superare le perplessità legate al fatto che la sola dimensione oggettiva del bene giuridico possa trascurare la permanente differenza di disvalore tra forme qualificate di sequestro e sequestro semplice, si potrebbe anzitutto mantenere un dislivello sul piano sanzionatorio (seppure non irragionevolmente ampio) ma soprattutto si potrebbe valutare la possibilità di inserire, quale fattore comune rispetto alle ipotesi di sequestro di persona a scopo di estorsione o di terrorismo ed eversione, il requisito (ulteriore) della *minaccia/prospettazione della morte del sequestrato*; non già ancorandone il riferimento all'oggetto del dolo specifico (dunque allo stadio di *finalità*), quanto piuttosto – sul versante oggettivo – quale *modalità della condotta*, ottenendo per tale via l'effetto di affiancare la privazione della libertà personale (sequestro) e la lesione della libertà morale (minaccia), con un sensibile avvicinamento alla lesione del bene vita;

- valorizzare espressamente il requisito della durata minima giuridicamente apprezzabile per il sequestro (inferiore a 24 e 48 ore), eventualmente modulando – sulla falsariga del modello spagnolo (art. 163 ss.), tedesco (art. 239) e francese (art. 224-1) – il trattamento sanzionatorio a seconda della durata della privazione della libertà personale<sup>5</sup>.

Ancora, nella medesima prospettiva, piuttosto che tipizzare espressamente il limite di durata minima di privazione della libertà personale (da ritenersi meritevole di sanzione penale), sembra preferibile far residuare un margine di apprezzamento in capo al giudice, attribuendogli al possibilità di valutare adeguatamente il contesto complessivo; invece di rendere genericamente applicabile l'attenuante ad effetto comune di cui all'art. 311 c.p., si potrebbe dunque optare per la previsione di *un'attenuante ad effetto speciale del fatto di lieve entità*, nella quale non si preveda, sulla falsariga dell'art. 648, co. 2 c.p., una pena edittale minima, così da consentire, in ossequio a quanto recentemente deciso dalla Corte costituzionale con la sentenza 21 luglio 2020, n. 156 in materia di ricettazione<sup>6</sup>, l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p.

---

<sup>5</sup> Un intervento di questo tipo potrebbe contribuire a superare i problemi legati all'unicità o pluralità di reati in taluni casi che, pur non essendo governati da una fattispecie strutturalmente complessa *ex art. 84 c.p.*, si presentino in concreto come *sostanzialmente complessi*: si pensi alle fattispecie di violenza sessuale e rapina, le quali sovente implicano un sequestro di persona, pur non essendo tale profilo espressamente indicato dalla norma incriminatrice (come è noto, la giurisprudenza di legittimità esclude la consunzione del sequestro di persona *ex art. 605* nel reato di rapina aggravata di cui all'art. 628, co. 3, n. 2 c.p. e nella violenza sessuale, ravvisando invece un concorso, allorquando la vittima sia stata privata della libertà personale oltre il tempo necessario per la consumazione della rapina o della violenza stessa).

<sup>6</sup> Con tale pronuncia, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131 *bis* c.p. nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva, ritenendo - in motivazione - che la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto sia «applicabile al reato di ricettazione attenuata, previsto dal secondo comma dell'articolo 648 c.p., e a tutti i reati ai quali, non essendo previsto un minimo edittale di pena detentiva, si applica il minimo assoluto di 15 giorni di reclusione», osservando che, con la scelta di consentire l'irrogazione della pena detentiva nella misura minima assoluta (15 giorni di reclusione), il legislatore abbia «riconosciuto che alcune condotte possano essere della più tenue offensività», risultando dunque per esse «irragionevole escludere a priori l'applicazione dell'esimente».

(esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto) alle ipotesi di sequestro di durata non apprezzabile sul piano della lesività (si pensi al caso di un sequestro di pochi minuti).

In termini normativi, il primo e l'ultimo comma del riformato art. 605 c.p. potrebbero essere così formulati: "1. Chiunque priva taluno della libertà personale è punito con la reclusione da due a otto anni. - 6. La pena è della reclusione sino a sei anni se il fatto è di particolare tenuità, tenuto conto anche della durata della limitazione della libertà personale"<sup>7</sup>. Una tale scelta consentirebbe di attestare la fattispecie su un triplice livello di offensività: *a*) fatto base (di apprezzabile entità); *b*) fatto di lieve entità (da 15 giorni a 6 anni); *c*) non punibilità, per le ipotesi di particolare tenuità, ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. lesività).

- *in alternativa*, al fine sempre di realizzare una più consona modulazione sanzionatoria, prevedere, al di là delle attenuanti connesse alla dissociazione del concorrente *ex artt.* 289 *bis*, 289 *ter* e 630 c.p. e alla lieve entità del fatto di cui all'art. 311 c.p., una specifica diminuzione di pena in caso di rilascio a breve termine (come nel caso dei c.d. sequestri-lampo), applicabile anche all'art. 605 c.p. (cui ad oggi, va ricordato, non si estendono gli effetti della sentenza costituzionale n. 68 del 2012), così da stemperare in ogni caso quel rigoristico orientamento giurisprudenziale che ravvisa la sussistenza del reato anche in relazione a limitazioni di libertà di durata assai breve, reputando irrilevante la concreta durata della stessa privazione (purché superiore a un imprecisato minimo, atto a conferirle rilevanza giuridica).

### 3.2. In particolare: privazione della libertà personale e consenso dell'offeso

Venendo alle più specifiche problematiche e tenendo da parte il tema della configurabilità di un sequestro di persona in caso di consenso attuale alla privazione della propria libertà personale<sup>8</sup>, occorre soffermarsi dapprima sul più delicato profilo attinente all'ambito di efficacia scriminante del consenso preventivo dell'avente diritto (e della sua eventuale irrevocabilità) alla limitazione della propria libertà personale.

Il riferimento più immediato è all'ipotesi di privazione/limitazione di libertà personale nell'ambito del ricovero in comunità terapeutica per tossicodipendenti e alla discussa legittimità di interventi coattivi su costoro, soprattutto durante le prime fasi del ricovero, nelle quali le crisi di astinenza sono spesso affrontate con *metodi forti* e talora invasivi (secondo taluni si tratterebbe addirittura di interventi doverosi in vista dell'impedimento di eventi e in particolare di possibili ricadute nella spirale delle droghe<sup>9</sup>).

Emblematico, nell'esperienza giurisprudenziale degli anni '80, il caso *Muccioli*, nel quale i

---

<sup>7</sup> Anche attraverso un ripensamento delle cornici edittali, la proposta di riformulazione dell'art. 605 c.p. potrebbe essere articolata in questi termini (in corsivo le modifiche): «Articolo 605. *Sequestro di persona*. -1. Chiunque priva taluno della libertà personale è punito con la reclusione *da due a otto anni*. - 2. La pena è aumentata, se il fatto è commesso: 1) in danno di un ascendente, di un discendente o del coniuge; 2) da un pubblico ufficiale, con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni. - 3. Se il fatto di cui al primo comma è commesso in danno di un minore, si applica la pena della reclusione *da tre a dodici anni*. Se il fatto è commesso in presenza di taluna delle circostanze di cui al secondo comma, ovvero in danno di minore di anni quattordici o se il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero, si applica la pena della reclusione da tre a quindici anni. - 4. Se il colpevole cagiona la morte del minore sequestrato si applica la pena dell'ergastolo. - 5. Le pene previste dal terzo comma sono altresì diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera concretamente: 1) affinché il minore riacquisti la propria libertà; per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati; 3) per evitare la commissione di ulteriori fatti di sequestro di minore. - 6. *La pena è della reclusione sino a sei anni se il fatto è di particolare tenuità, tenuto conto anche della durata della limitazione della libertà personale*».

<sup>8</sup> Esclusa, con argomenti convincenti, da ultimo da F. VIGANÒ, *Il delitto di sequestro di persona*, cit., 15 ss

<sup>9</sup> Ad es. D. PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, in *Foro it.*, 1985, II, c. 438 ss.

tossicodipendenti avevano espresso per l'appunto un consenso preventivo ad essere trattenuti con la forza nella comunità, con specifico riferimento all'ipotesi in cui, in futuro, essi avessero manifestato invece – per le ragioni più varie - l'intenzione di volersene allontanare.

Ebbene, in questi casi l'originario consenso, non più attuale, per poter operare, dovrebbe necessariamente intendersi come *irrevocabile*, quantomeno per tutta la durata del trattamento riabilitativo. E ciò, come è chiaro, pone svariati problemi.

I punti salienti di discussione possono essere compendati nei seguenti termini:

a) quali siano i margini di effettiva capacità di autodeterminazione del tossicodipendente nel momento in cui acconsente ad una futura limitazione della propria libertà;

b) una volta ammesso questo spazio di autodeterminazione, a quale manifestazione di volontà si debba dare prevalenza (e perché):

b1) a quella *iniziale*, risalente cioè al momento del ricovero, con il consenso prestato personalmente (in una fase acuta della dipendenza in cui si matura la necessità, più che la consapevolezza, del bisogno di cura), ovvero per il tramite dei familiari;

b2) a quella *successiva* (a stretto rigore *attuale*), che si traduce nel dissenso alla privazione di libertà, diretto a interrompere il trattamento e il ricovero, espresso allorché il percorso terapeutico è in corso, ancorché non concluso, e può avere comportato (rispetto alla fase precedente) un miglioramento dei margini di autodeterminazione del paziente che lo spinge verso l'allontanamento dalla comunità e un ritorno alla vita normale (pur con il rischio di compromettere la riuscita complessiva del trattamento stesso).

La riflessione coinvolge la necessità di rapportare, da un lato, l'indiscutibile rilievo del requisito della perdurante *attualità del consenso* (e dunque l'irrilevanza che il soggetto abbia, al momento dell'ingresso nella comunità, consentito ai successivi programmi coattivi di trattamento, se tale consenso viene poi revocato, anche in ragione della peculiare condizione iniziale) e, dall'altro, l'influenza di una lettura *forte*, di matrice paternalistica, per la quale il consenso ai trattamenti coattivi, reso all'ingresso nella comunità, renderebbe irrilevante la contraria volontà, successivamente espressa, pena la stessa efficacia del trattamento (e quindi la vanificazione della relativa finalità, oltre che degli sforzi dello stesso paziente).

Quest'ultima visione, secondo taluni, legittimerebbe addirittura una sorta di *negozio giuridico* (avente ad oggetto la creazione di una posizione di garanzia, consistente nella protezione della salute di un soggetto incapace di provvedervi autonomamente), con cui un soggetto affida ad altri la realizzazione del proprio interesse a disintossicarsi, prestando in via anticipata e irrevocabile il consenso a trattamenti coattivi nel caso di un suo successivo rifiuto alla prosecuzione del programma; secondo altri, più critici, integrerebbe invece - riportando le parole della Cassazione a chiusura proprio del caso Muccioli - una inammissibile "forma di ricovero coattivo atipico, nella misura in cui il rapporto terapeutico non sarebbe risolubile unilateralmente dal paziente sino all'avvenuta guarigione", al di fuori dei casi di trattamento sanitario obbligatorio previsti dalla legge, inverando così una "stabile sottoposizione di un soggetto privato al potere coattivo di un altro soggetto privato, al di fuori di ogni legge che tale situazione disciplini e al di fuori, quindi, di ogni controllo giurisdizionale"<sup>10</sup>.

In sostanza, si avverte l'esigenza di razionalizzare la risoluzione di un conflitto complesso tra la salvaguardia della perdurante attualità del consenso e la finalità stessa del ricovero, la cui efficacia potrebbe risultare compromessa dal rilievo da attribuire a una contraria volontà, successivamente espressa, di interrompere i trattamenti coattivi quando il percorso non è concluso.

c) Il richiamo al bilanciamento complesso di cui sopra, unitamente alla necessità di individuare una soluzione compromissoria, in grado di contemperare le due esigenze, spingono

---

<sup>10</sup> D. PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, cit., 440, richiamato, in senso critico, da F. VIGANÒ, *Il delitto di sequestro di persona*, cit., 18 ss.

verso l'ipotesi di un intervento legislativo orientato in una duplice direzione:

- da un lato, sul versante di un'autonormazione pubblicistico-amministrativa che, in ossequio alla sussidiarietà del diritto penale, sia diretta a stabilire, conformemente al dettato costituzionale, i necessari limiti, le modalità, i controlli di un eventuale trattamento terapeutico nei confronti del tossicodipendente (analogamente a quanto stabilito per le infermità mentali con la legge n. 180 del 1978), stabilendo eventuali margini di obbligatorietà solo di taluni interventi invasivi;

- dall'altro e parallelamente, sul fronte del controllo penalistico, orientato a fare ricorso a uno strumento – di cui oggi molto si discute ('sdoganato' anche, come ricordato, dall'intervento della Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207 del 2018 e con la sentenza n. 242 del 2019) – che ha l'indubbia capacità di riuscire a realizzare, su un piano tecnico, un'equilibrata opera di mediazione assiologica; il riferimento è all'introduzione di una causa di giustificazione procedurale, da collocare sistematicamente (proprio sulla scia delle indicazioni fornite dai giudici costituzionali), e per il momento, al di fuori del codice e finalizzata a sottoporre ad adeguato vaglio di legittimazione *ex ante*, con passaggi gradualmente e analiticamente scanditi, l'effettiva validità di una volontà dissenziente alla prosecuzione del trattamento e al ricovero, da rapportare al grado di evoluzione del percorso terapeutico e nel pieno rispetto dei requisiti amministrativi individuati come condizioni vincolanti pre-determinate per legge.

### 3.3. (segue) Contenzione e trattamento sanitario obbligatorio

Ulteriore aspetto di sicuro e attuale interesse (in parte collegato al contesto precedente, del quale potrebbe rappresentare un ideale sviluppo) è – come accennato – quello della liceità e dei limiti di ammissibilità, nell'ambito o in vista di un trattamento sanitario obbligatorio, della contenzione (nelle sue varie forme) e della riconducibilità allo schema punitivo dell'art. 605 c.p.

Il tema, tornato alla ribalta dopo il deposito delle motivazioni della sentenza della Quinta Sezione della Cassazione (n. 50497/2018) sul c.d. caso Mastrogiovanni, chiama in causa tanto la possibilità di ricondurre tali strumenti coercitivi nella nozione generale di atto medico (anziché in quella di misure cautelative), resa ancor più controversa nelle ipotesi di contenzione farmacologica (in particolare nella somministrazione di farmaci sedanti), e dunque i (non pacifici) confini di liceità della pratica di contenzione, quanto il suo inquadramento giuridico in termini di esercizio di un diritto o adempimento *di un dovere* (quale attività terapeutica in senso lato, autorizzata dalla legge, e cioè dall'art. 60 del R.D. n. 615 del 1909, recante il Regolamento per l'esecuzione della legge manicomiale del 1904, non abrogato dalla legge Basaglia) ovvero di *legittima difesa* o di *stato di necessità*, a seconda della valenza da riconoscere alle circostanze del caso concreto o alle specifiche esigenze a cui appaia funzionalizzata (impedire aggressioni verso altre persone o verso se stessi) o addirittura di scriminante costituzionale (sulla base dell'art. 32 Cost.).

Non assumono invece rilievo, in questa sede, le ipotesi-limite, quelle cioè nelle quali tale pratica risulti sprovvista di alcuna giustificazione medica (ad esempio perché finalizzata all'espletamento di un atto di indagine richiesto dalle forze dell'ordine) ovvero, qualora tale giustificazione sussista, sia impiegata per una durata esorbitante il lasso temporale strettamente necessario.

Orbene, una volta condiviso l'approccio della Cassazione nell'appena ricordata pronuncia, per la quale tale pratica non può ricondursi alla natura degli "atti medici" in senso pieno (pp. 44 – 45), potendosene solo ammettere la liceità in determinati casi e sulla base di ben

circoscritti requisiti, si pone anche rispetto a tale problematica l'esigenza di individuare un punto di equilibrio e di svolgere un'opera di altrettanto delicato bilanciamento, stavolta fra autodeterminazione e rispetto della salute e della dignità del singolo da una parte e tutela dell'ordine pubblico e dell'incolumità dall'altra.

Per sgombrare il campo da ogni residuo dubbio legato all'obsolescenza degli incerti riferimenti normativi e scongiurare distorsioni interpretative (legate ad esempio alla invocazione della scriminante costituzionale ex art. 32 Cost., sulla falsariga di quanto detto dalle Sezioni unite nel 2009 in tema di trattamento medico arbitrario), si potrebbe anche in questo caso immaginare – nel rispetto dei limiti legislativi cui in ogni caso la contenzione deve essere sottoposta, sia che la si riconduca, quale trattamento sanitario, nello spettro applicativo dell'art. 32 Cost., sia che la si inquadri quale intervento coercitivo nell'ambito dell'art. 13 Cost. – una presa di posizione del legislatore, incentrata sul duplice piano amministrativo/sanitario e penalistico, diretta a introdurre anche in tale settore di indagine un'apposita *causa di giustificazione procedurale*, subordinando la legittimità di tale pratica, quale *extrema ratio* (richiamando sul punto il Parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 23 aprile 2015), ad alcuni precisi requisiti pre-determinati per legge.

Fra questi:

- un attento e ponderato vaglio prognostico, da parte del *solo* personale sanitario (unico legittimato a disporla e la cui condotta sarebbe dunque *giustificata*), del ricorrere di condizioni di necessità stringenti che, seppur caratterizzate da un deficit assoluto di conoscenza, si rivelino tuttavia ancorate ad attuali finalità terapeutiche ovvero all'esigenza di fronteggiare stati emergenziali diversamente non limitabili e rischiosi per l'incolumità del paziente stesso e/o di terzi, dei quali dare dettagliatamente conto in cartella clinica, tenendo però debitamente conto di quali sono le reali finalità dell'attività sanitaria nei contesti psichiatrici, non di custodia ma di cura del soggetto affetto da disturbo psichico;
- una gradazione del livello di compressione della libertà personale e della sua durata, da rapportare alle specifiche esigenze giustificatrici, non valutabili dal personale infermieristico, chiamato unicamente ad eseguirle (e il cui comportamento, in tali limiti, sarebbe a sua volta scriminato);
- il costante e imprescindibile rispetto della dignità del paziente e della sua salute in ogni fase, antecedente, concomitante e successiva della limitazione.

Il modello penalistico, ancora una volta, potrebbe essere rappresentato dall'introduzione – subordinata a questi requisiti – di una apposita causa di giustificazione procedurale (da inquadrare anche in questo caso, e per il momento, al di fuori del codice), sui contenuti della quale un utile ausilio proviene, da un lato, dalla segnalata ordinanza n. 207 del 2018 e dalla sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale relativa al caso Cappato e, dall'altro, dall'appena richiamata sentenza della Cassazione, con specifico riguardo alla rimodulazione dei presupposti che in quella sede sono stati indicati per delineare un ambito, circoscritto, di giustificazione sostanziale della pratica contenitiva.

In particolare, infatti, lo sforzo dei giudici di legittimità è stato rivolto, per lo più, a ricondurre la contenzione allo schema dello stato di necessità (art. 54 c.p.), concretizzandone e attualizzandone i presupposti, al fine di renderli più certi e meno sfumati.

Facendone tesoro, si sono scanditi – in una proposta volta a delineare siffatta giustificazione procedurale - quali requisiti:

- l'attualità del pericolo di un danno grave alla persona, privilegiando – nella logica terapeutica e non custodiale e non potendo bastare la semplice dimensione precauzionale – il danno a sé rispetto a quello a terzi e dando rilievo a un costante monitoraggio delle condizioni

del paziente non solo al fine di applicare la contenzione, ma anche di mantenerla (pag. 49);

- l'inevitabilità altrimenti del pericolo stesso, per la quale non vi sia alcuna possibilità di salvaguardare la salute del paziente con strumenti alternativi, la cui valutazione di idoneità va rimessa al prudente (di certo non insindacabile) apprezzamento del medico (pag. 50), da parametrare a canoni di diligenza, prudenza e perizia;

- la proporzionalità, declinata nel senso di circoscrivere le modalità di applicazione della contenzione, per la sua invasività, nei limiti dello stretto necessario, verificando se, alla luce dell'evoluzione clinica, sia necessario il blocco solo di alcuni arti o di tutti per il pericolo di pregiudizio;

- la chiarezza documentale, annotando minuziosamente tutto nella cartella clinica, come peraltro già prescritto nelle più avanzate linee guida del settore (es. Niguarda), soprattutto con riferimento a durata e modalità di applicazione.

Ma è proprio il riferimento alle linee guida che offre un elemento di ulteriore supporto al controllo penale nello sforzo di tipizzazione pubblicistica delle ipotesi di copertura 'necessitata' di pratiche contenitive, potendo queste contribuire a integrare i presupposti enucleati dalla giurisprudenza nella transizione dalla giustificazione sostanziale a quella procedurale.

Ed è proprio per ovviare a un tale potenziale disorientamento che, raccogliendo una soluzione avanzata in dottrina<sup>11</sup>, potrebbero essere prese in considerazione le raccomandazioni sulla contenzione meccanica elaborate dalla Società Italiana di Psichiatria e pubblicate nel 2012 nei Quaderni Italiani di Psichiatria (successivamente riprese nell'ambito dei lavori della Commissione Straordinaria del Senato per la Tutela e Promozione dei Diritti Umani); nell'ambito di tale documento sono infatti indicate le circostanze volte a giustificare la contenzione meccanica, i luoghi, le alternative, la prevenzione della contenzione, i modi e i tempi di essa, attraverso l'utilizzo di una terminologia clinica, che pone di certo il medico in una condizione di capire con maggiore chiarezza come deve comportarsi.

In ogni caso, sempre per esigenze di certezza, le linee guida da prendere in considerazione andrebbero ancorate ai parametri di affidabilità e di 'accreditamento' enucleati nell'art. 5 della legge n. 24 del 2017 (c.d. legge Gelli-Bianco), in consonanza con quanto contemplato ai fini dell'esclusione della punibilità per le ipotesi di colpa medica all'art. 590-*sexies* c.p.

La conclusione, che rappresenta il presupposto necessario dell'auspicato intervento, è che non possono legittimare tali presidi cautelari ragioni legate alla già accennata necessità di soddisfare esorbitanti esigenze (ad esempio investigative), che si pongano al di fuori di qualsiasi contesto terapeutico, né l'incapacità o la mancata prestazione del consenso del singolo a tali obiettivi ovvero, ancora, esigenze di prioritaria tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza collettiva.

La soluzione che si è prospettata consentirebbe, peraltro, di ridurre anche gli effetti paradossali segnalati rispetto all'applicazione dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. e in particolare:

a) la conseguenza paradossale di esporre il medico al pagamento di un'indennità privatistica, visto che l'art. 2045 c.c. prevede che colui il quale ha subito il fatto commesso in stato di necessità abbia diritto a un'indennità, che invece con la giustificazione procedurale avrebbe natura pubblicistica a seguito della valorizzazione sistematica della disciplina di cui all'art. 314 c.p.p.;

b) la contraddizione cui è costretta la giurisprudenza, giacché da un lato si ritiene la

---

<sup>11</sup> P. PIRAS, *Quando non resta che legare il paziente: la Gelli-Bianco impone l'addio allo stato di necessità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 maggio 2019.

contenzione scriminata dallo stato di necessità e dall'altro si impone l'obbligo di contenere sotto la minaccia di una sanzione penale, e dunque da un lato si tollera e dall'altro si impone (seppure in situazioni straordinarie);

c) l'*aspecificità* dell'art. 54 c.p. nella descrizione di presupposti, modalità, tempi e altri requisiti della contenzione.

### 3.4. Spunti dall'ordinanza n. 207 del 2018 e dalla sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale

Delineato lo scenario *de iure condendo*, occorre ora tornare all'ordinanza n. 207 e alla successiva sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, per riepilgarne sinteticamente il contenuto e soprattutto schematizzare dapprima le indicazioni rivolte al Parlamento e quindi il perimetro di incostituzionalità dell'art. 580 c.p., onde poterne trarre ulteriori argomenti che possano, in qualche misura, corroborare gli spunti avanzati in questa sede, in un diverso (ma non così lontano) ambito tematico con riguardo allo schema della (proposta) giustificazione procedurale.

3.4.1. Partendo dall'ordinanza n. 207 del 2018, al di là del merito della questione, ai nostri fini va segnalato come, nell'ambito dell'originale scelta compiuta sul piano processuale – un'articolata ordinanza di rinvio, con contestuale fissazione della data dell'udienza pubblica nella quale proseguire la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d'Assise di Milano, al fine di consentire al legislatore di disciplinare *medio tempore* la materia dell'aiuto al suicidio, colmando il prospettato (ma non ancora dichiarato) *vulnus* costituzionale – i giudici costituzionali abbiano evidenziato alcuni profili (“ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali”) rispetto ai quali l'esigenza di una regolazione della materia appare fondamentale; profili che possono, con i dovuti adattamenti, avere riflessi – se non addirittura essere trasposti – nelle specifiche ipotesi trattate in questa sede.

Ci si riferisce: a) alle modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto; b) alla disciplina del relativo “processo medicalizzato”; c) all'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale; d) alla possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura.

Ancora, pur riconoscendosi come i delicati bilanciamenti sottesi siano affidati, almeno in linea di principio, al Parlamento, sono state suggerite vere e proprie *linee guida* per il futuro intervento, anch'esse per noi foriere di proficue indicazioni. In particolare: i) la *sedes materiae* nella quale inserire l'auspicata regolamentazione (al di fuori del codice penale: non già l'art. 580 c.p., quanto piuttosto la legge n. 219 del 2017); ii) il collegamento della non punibilità al rispetto di una determinata procedura (delineandosi il modello di una vera e propria *giustificazione procedurale*); iii) l'introduzione di una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse, che della non punibilità non potrebbero altrimenti beneficiare; iv) l'adozione di “opportune cautele affinché – nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a mettere il paziente nella concreta possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza”.

3.4.2. Venendo alla sentenza n. 242 del 2019, la Corte – a fronte dell'inerzia del Parlamento e per fronteggiare l'esigenza di rimuovere i *vulnera* costituzionali evitando al

contempo vuoti di tutela per i valori protetti conseguenti a una declaratoria secca di illegittimità dell'art. 580 c.p. – ha infine fatto ricorso alla tecnica già sperimentata in passato su temi *'eticamente sensibili'*, quali aborto (sentenza n. 27 del 1975) e fecondazione assistita (sentenze n. 96 e n. 229 del 2015): subordinare “la non punibilità dei fatti che venivano di volta in volta in rilievo al rispetto di specifiche cautele, volte a garantire – nelle more dell'intervento del legislatore – un controllo preventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta” (§ 5).

Un utile “punto di riferimento già presente nel sistema”, in attesa dell'intervento del Parlamento, è stato così individuato nella “disciplina racchiusa negli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017”, tenuto conto del fatto che l'intervento del giudice delle leggi è circoscritto “in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge stessa: disposizione che, inserendosi nel più ampio tessuto delle previsioni del medesimo articolo, prefigura una “procedura medicalizzata” estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo” (§ 5).

Proprio la *procedura* delineata nella legge n. 219 del 2017 è apparsa la più idonea a fronteggiare le *esigenze di disciplina* già messe in luce nell'ordinanza n. 207. In particolare, sulla base della trama normativa dei primi due articoli di tale legge, vengono enucleate le “modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto”, a partire dall'accertamento della capacità di autodeterminazione del paziente e del carattere libero e informato della scelta espressa.

Più nel dettaglio, provando a schematizzare, la richiesta di essere agevolati al suicidio da parte di una persona “capace di agire” dovrà essere: *a)* espressa nelle forme previste per il consenso informato e dunque “nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente”; *b)* documentata “in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare”; *c)* inserita nella cartella clinica, ferma restando ovviamente “la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà” (il che, con riguardo all'aiuto al suicidio, “è insito nel fatto stesso che l'interessato conserva, per definizione, il dominio sull'atto finale che innesca il processo letale”; § 5).

Inquadrandosi la materia nell'ambito della relazione terapeutica, il medico, dal canto suo, dovrà: *i)* prospettare al paziente “le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative”; *ii)* promuovere “ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica”; *iii)* dare conto nella cartella clinica tanto “del carattere irreversibile della patologia”, quanto delle “sofferenze fisiche o psicologiche”, dal momento che “il promovimento delle azioni di sostegno al paziente, comprensive soprattutto delle terapie del dolore, presuppone una conoscenza accurata delle condizioni di sofferenza” (§ 5).

Particolare attenzione è riservata al coinvolgimento dell'interessato in un percorso di cure palliative; il riferimento immediato è a quanto previsto all'art. 2 della legge n. 219, e cioè all'esigenza che sia «sempre garantita al paziente un'appropriata terapia del dolore e l'erogazione delle cure palliative previste dalla legge n. 38 del 2010», estensibile all'ipotesi che qui interessa, sul presupposto che «l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita» (§ 5). Ancora, la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio è affidata, «in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore», a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale, cui spetterà vagliare anche «le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere evidentemente tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze» (§ 5).

L'importanza dei valori in gioco porta a richiedere, quale ulteriore requisito, «l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze», idoneo a “garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità»; sempre nell'attesa delle scelte legislative, il



compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti, già investiti di funzioni consultive «che involgono specificamente la salvaguardia di soggetti vulnerabili e che si estendono anche al cosiddetto uso compassionevole di medicinali nei confronti di pazienti affetti da patologie per le quali non siano disponibili valide alternative terapeutiche» (§ 5).

Con riferimento all'obiezione di coscienza del personale sanitario, ci si è limitati ad osservare come, con la declaratoria di illegittimità costituzionale, si escluda solo «la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici», restando pertanto affidato «alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato» (§ 6).

#### 4. Conclusioni (provvisorie)

Ebbene, può dirsi per concludere che il filo conduttore delle due tematiche relative all'art. 605 c.p. vada ravvisato – anche col supporto del percorso suggerito dalla Corte costituzionale – nella comune necessità di un intervento legislativo in grado di contemperare finalità apparentemente antitetiche e comunque meritevoli di tutela, che introduca apposite figure di scriminanti procedurali (strumento valido non solo in rapporto a questioni eticamente sensibili in senso stretto, dunque), ove siano formalizzate e cristallizzate le istanze e concretizzata l'evanescenza delle attuali cause di giustificazione (nell'ultimo caso esaminato, compendiando i risultati raggiunti dalla giurisprudenza).

Ciò potrebbe avere l'effetto virtuoso di tenere insieme esigenze di recupero terapeutico, tutela dell'autodeterminazione e rispetto della dignità del tossicodipendente (soggetto debole) da un lato e di riconoscere alla contenzione il ruolo davvero di *extrema ratio*, sottraendone i presupposti giustificativi alla volatilità dell'interpretazione giudiziaria (e ai confini mobili dello stato di necessità) dall'altro.

Se a farlo fosse – come è nello spirito di questo Progetto di Riforma della Parte speciale – il legislatore, si potrebbe altresì (provare a) ristabilire il corretto rapporto tra potere giudiziario e legislativo, rivendicando per quest'ultimo, quantomeno in prima battuta (e richiamando l'insegnamento della Corte costituzionale nel caso Cappato), l'onere di fronteggiare le nuove forme di aggressione alla moderna concezione della libertà personale.

Si tratta, come è evidente, di un'assunzione di responsabilità da parte del potere legislativo che intendiamo in qualche misura agevolare attraverso il nostro lavoro; presupposto imprescindibile, sottratto alla nostra buona volontà, è tuttavia la *capacità* del decisore politico di confrontarsi *seriamente* con la scienza penalistica, ascoltando e dialogando, e prima ancora, la *volontà* di aprirsi a scelte che non inseguano prioritariamente il consenso mediatico (e finalità elettorali), ma siano in grado di fronteggiare problematiche *reali* ed emergenze *attuali* con soluzioni (si spera) tecnicamente adeguate.



# LA DISCIPLINA CODICISTICA RELATIVA AI DELITTI CONTRO LA LIBERTÀ MORALE: SPUNTI DI RIFLESSIONE PER UNA FUTURIBILE RIFORMA<sup>1</sup>

Giulio De Simone

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Sulla collocazione sistematica; 3. Configurazione normativa delle fattispecie; 3.1. Violenza privata; 3.2. *Stalking*; 4. Inserimento nel codice di nuove fattispecie incriminatrici: il *mobbing* e il matrimonio per costrizione; 5. Proposta di modifica della fattispecie di violenza privata (art. 610 c.p.).

## 1. Premessa

Nel valutare l'opportunità di eventuali modifiche da apportare al campo di disciplina oggetto di analisi, possono essere considerati tre diversi profili rilevanti: a) *collocazione sistematica delle fattispecie criminose*; b) *tipizzazione normativa delle stesse e regime di procedibilità*; c) *trattamento sanzionatorio*.

Per quanto riguarda le pene comminate in astratto dalle varie norme incriminatrici, la questione relativa a un'eventuale rimodulazione delle stesse non può essere affrontata, ovviamente, "per compartimenti stagni", ma richiede una riflessione a trecentosessanta gradi sull'intera parte speciale. Solo un'osservazione, a tal proposito, che sorge spontanea alla luce dell'analisi del dato comparatistico: le pene previste dalle norme incriminatrici degli altri codici penali per fatti di reato equivalenti, sul piano del disvalore, a quelli tipizzati nel nostro sono, spesso volte, *meno elevate*.

## 2. Sulla collocazione sistematica

Quanto alla collocazione sistematica delle varie figure di reato, quella attuale all'interno della Sezione dedicata ai *delitti contro la libertà morale* [Sez. III del Capo III (*Dei delitti contro la libertà individuale*) del Titolo XII (*Dei delitti contro la persona*) del Libro II del codice penale] può essere sostanzialmente condivisa. Ferma restando, ovviamente, la necessità – da tempo posta in evidenza dalla migliore dottrina – di rimeditare la sistematica della parte speciale, sempre alla luce del criterio classificatorio imperniato sul bene giuridico, superando il modello della progressione discendente<sup>2</sup> e ponendo in primo piano le fattispecie poste a tutela della persona umana, come già, del resto, aveva fatto il Progetto Pagliaro del 1991.

Si potrebbe pensare, forse, anche ad una risistemazione delle Sezioni all'interno del Capo III del libro II, cercando di ridurre, fin dove possibile, la *frammentazione dell'oggettività giuridica* di categoria (*libertà individuale*), che potrebbe apparire eccessiva, soprattutto se confrontata con la *tendenza alla semplificazione riscontrata in altri codici europei*: nel codice spagnolo, vi è un unico titolo, il VI del Libro II, dedicato genericamente ai *delitti contro la libertà* (*Delitos contra la libertad*), artt. 163 ss., a sua volta suddiviso in tre capi: Delle detenzioni illegali e

---

<sup>1</sup> Gli argomenti e le questioni trattate nella presente relazione hanno formato oggetto di confronto e di discussione con gli altri componenti del gruppo di lavoro coordinato da A. Cavaliere (V. Militello, C. Cupelli e A. Sessa).

<sup>2</sup> Cfr. T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, 2006, 51 ss.

sequestri (capo I); Delle minacce (capo II); Delle coazioni (capo III); nello *Strafgesetzbuch* tedesco-federale vi è un unico *Abschnitt* (il XVIII) che contiene tutti i *reati contro la libertà personale* (*Straftaten gegen die persönliche Freiheit*, §§ 234 ss.); nel codice penale austriaco, vi è un'unica sezione, la III, che comprende le azioni punibili contro la libertà (§§ 99-110); nel codice penale svizzero, vi è un unico titolo (il IV), dedicato a crimini e delitti contro la libertà (*Verbrechen und Vergehen gegen die Freiheit*).

Attualmente nel capo III del Titolo XII del Libro I del nostro codice troviamo *ben cinque diverse Sezioni*: oltre a quella relativa ai delitti contro la libertà morale (la III), vi sono quelle in cui sono ricompresi, rispettivamente, i *delitti contro la personalità individuale* (Sez. I), i *delitti contro la libertà personale* (Sez. II), i *delitti contro l'inviolabilità del domicilio* (Sez. IV) e i *delitti contro l'inviolabilità dei segreti* (Sez. V).

Si potrebbe pensare, riprendendo una vecchia idea dello stesso Progetto Pagliaro, di far confluire le norme incriminatrici relative ai delitti contro l'inviolabilità del domicilio e contro l'inviolabilità dei segreti all'interno di una nuova categoria di reati (quelli *contro la riservatezza*) e di creare una Sezione *ad hoc*, sempre nello stesso Capo III del libro II, dedicata ai delitti contro la libertà sessuale, attualmente collocati nella Sezione II. In questa prospettiva, si potrebbe considerare anche l'eventualità di un accorpamento delle Sezioni II e III, in cui confluiscono ora, rispettivamente, i delitti contro la libertà personale e quelli contro la libertà morale.

### 3. Configurazione normativa delle fattispecie

#### 3.1. Violenza privata

Per quanto concerne la struttura della fattispecie, si potrebbe innanzi tutto rispolverare una vecchia proposta di Vassalli e configurare la violenza privata come *reato di pericolo*.

Attualmente, com'è noto, essa rientra nella categoria dei reati di evento: la norma incriminatrice (art. 610 c.p.) richiede che il soggetto passivo sia stato effettivamente costretto a fare, tollerare od omettere qualche cosa; è essenziale, cioè, ai fini dell'integrazione della fattispecie, «un contegno esterno della vittima diverso da quello che questa avrebbe, se moralmente libera, tenuto»<sup>33</sup>.

Si è osservato che questa configurazione del delitto «non rispecchia esattamente l'essenza e l'ambito della libertà morale: l'offesa alla quale è consumata nell'atto stesso in cui la violenza è usata per costringere il soggetto a fare, tollerare od omettere qualche cosa: è cioè consumata laddove, secondo il vigente codice, si ha solo tentativo del delitto»<sup>44</sup>.

Nel codice Zanardelli, effettivamente, si poteva riscontrare (art. 154) una perfetta coincidenza tra l'offesa alla libertà morale e consumazione del delitto: «chiunque usi violenza o minaccia per costringere alcuno a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione sino ad un anno e con la multa sino a lire mille e, se consegua l'intento, la reclusione non può essere inferiore ad un mese, né la multa a lire cento». Diversamente, ad esempio, nel codice penale spagnolo (art. 172) si richiede il *verificarsi di un effetto di costrizione* (*El que, sin estar legítimamente autorizado, impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeler a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto*<sup>5</sup>). E allo stesso modo nell'*StGB* tedesco-federale (§ 240) la *Nötigung* (coercizione, costrizione) è configurata come

---

<sup>3</sup> G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, (in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, Utet, 1960, 1629-1701, e ora) in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, 1997, 80.

<sup>4</sup> G. VASSALLI, *Il diritto*, cit., 280 ss.

<sup>5</sup> Chi, senza essere legittimamente autorizzato, impedisca con violenza ad altra persona di fare ciò che la legge non proibisce o lo costringa a compiere ciò che non vuole, giusto o ingiusto che sia.

un *Erfolgsdelikt* (*Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*<sup>6</sup>).

C'è da chiedersi, tuttavia, se possa avere molto senso una riforma siffatta, che porterebbe, evidentemente, a reintrodurre una fattispecie tutta polarizzata sul disvalore di azione, anche tenuto conto di quell'orientamento giurisprudenziale che interpreta in chiave molto estensiva il concetto di violenza, anche se forse, paradossalmente, questa eventuale riscrittura della fattispecie potrebbe portare, nell'ermeneutica giurisprudenziale, ad una rivalutazione della violenza quale suo requisito essenziale.

Non si ritiene opportuno, ad ogni modo, introdurre una modifica in tal senso della medesima fattispecie, trasformando la violenza privata in reato di pericolo, in quanto ciò comporterebbe, evidentemente, un'eccessiva anticipazione della soglia della tutela penale.

Sempre a proposito dell'attuale configurazione normativa, non v'è alcun dubbio che l'aspetto più rilevante e più problematico sia rappresentato dall'eccessiva ampiezza del significato attribuito alla violenza quale modalità della condotta tipica e mezzo di costrizione.

Per la Cassazione la violenza *quale mezzo di costrizione* – che è cosa diversa dalla *violenza-fine*, il cui scopo immediato è quello di arrecare ad altri un danno e che viene incriminata in sé e per sé, identificandosi con la condotta tipica prevista da talune norme incriminatrici, come accade, ad esempio, nelle ipotesi di omicidio, di lesioni personali, di percosse, di sequestro di persona e di danneggiamento – «si identifica in *qualsiasi mezzo idoneo* a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione e di azione, potendo consistere anche in una violenza impropria, che si attua attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione»<sup>7</sup>. Una definizione restrittiva del concetto di violenza si ritrova, peraltro, in una significativa pronuncia in controtendenza delle Sezioni Unite, risalente al 2008, di cui si dirà più avanti (Cass. pen., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437).

La violenza è divenuta oramai, nella prassi giurisprudenziale, un concetto *evanescente, labile, sbiadito, sfumato*, relegato ai margini della fattispecie tipica. Si potrebbe dire che, stando all'orientamento interpretativo di gran lunga prevalente, essa *non costituisca più un requisito essenziale del reato di violenza privata*.

Si tratta, chiaramente, di una lettura della norma incriminatrice che non si può condividere, perché in questo modo si giunge a considerare come non scritto un elemento costitutivo del reato (la violenza come mezzo di costrizione), così da trasformare surrettiziamente la violenza privata *in una fattispecie a forma libera* mentre, in origine, essa era stata concepita – proprio attraverso il riferimento esplicito alla violenza e alla minaccia – come una *fattispecie a forma vincolata*.

Peraltro, analogo fenomeno di “spiritualizzazione” del concetto di violenza è dato riscontrare, già da diverso tempo, nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* tedesco-federale<sup>88</sup>.

Da noi la norma incriminatrice della violenza privata (art. 610 c.p.) trova assai frequente applicazione. Sono ritenute penalmente rilevanti ipotesi in cui l'autore si limita, in realtà, a creare una situazione di fatto che è tale da incidere negativamente non tanto sulla libertà di autodeterminazione di una persona quanto piuttosto sulla possibilità di dare attuazione al proprio volere, sulla libertà di agire, quindi (sulla *Betätigungsfreiheit*, direbbero i tedeschi).

---

<sup>6</sup> Chi, con violenza o con minaccia di un male rilevante, costringe in modo antigiusuridico una persona ad un agire, tollerare od omettere è punito con pena detentiva fino a tre anni o con pena pecuniaria.

<sup>7</sup> Così, tra le tante, Cass. pen., sez. V, 12 giugno 2018, n. 38910. Sostanzialmente conformi, pur senza richiamarsi alla violenza c.d. impropria, Cass. pen., sez. V, 16 ottobre 2017, n. 1913; Cass. pen., sez. V, 12 ottobre 2017, n. 53978; Cass. pen., sez. V, 6 giugno 2017, n. 40291; Cass. pen., sez. V, 13 aprile 2017, n. 48369.

<sup>8</sup> V. T. FISCHER I, *StGB*, 65. Aufl., C.H. Beck, 2018, 1712 s., n. marg. 11 ss.

Numerosi *fatti di minima rilevanza, che attengono all'ordinaria conflittualità dell'esperienza quotidiana*, vengono sovente portati all'attenzione dei giudici di merito ed anche della Corte di cassazione. Quest'ultima, ad esempio, ha ravvisato gli estremi del reato in questione nella condotta di chi impedisce l'esercizio dell'altrui diritto di accedere a un locale o ad una stanza di abitazione, chiudendone a chiave la serratura (Cass. pen., sez. V, 12 giugno 2018, n. 38910), nella condotta di chi ostruisce volontariamente la sede stradale per impedire ad altri di effettuare una manovra nella stessa (Cass. pen., sez. V, 15 gennaio 2018, n. 5358), nel parcheggiare la propria autovettura dinanzi ad un fabbricato, in modo tale da bloccare il passaggio, impedendo l'accesso alla persona offesa (Cass. pen., sez. V, 16 ottobre 2017, n. 1913), nel parcheggiare la propria auto a pochi centimetri da un'altra, impedendo di fatto al conducente dell'altra vettura di poter regolarmente uscire dal proprio sportello (Cass. pen., sez. V, 12 ottobre 2017, n. 53978), nel fatto dei dirigenti scolastici e degli insegnanti che dispongono l'osservazione psicologica degli allievi durante le lezioni senza il preventivo consenso dei genitori (Cass. pen., sez. V, 6 giugno 2017, n. 40291), nel parcheggiare la propria autovettura nello spazio espressamente riservato ad una determinata persona per ragioni attinenti al suo stato di salute (Cass. pen., sez. V, 23 febbraio 2017, n. 17794).

E gli esempi potrebbero moltiplicarsi<sup>9</sup>.

Le alternative ipotizzabili, per porre rimedio a questa situazione, sono due, *diametralmente opposte*.

La prima: legittimare *ex post*, per così dire, il pragmatismo ermeneutico del formante giurisprudenziale, inserendo nel testo della disposizione – sulla falsariga di quanto, peraltro, è già previsto dall'art. 181 c.p. elvetico<sup>10</sup> – una locuzione del tipo “*o intralciando in altro modo la libertà di agire della vittima*”, in modo tale da consentire, una volta per tutte, di attribuire rilevanza penale, già a livello di astratta previsione legale, anche a quelle ipotesi di “*violenza privata senza violenza*”. Oppure, al contrario, cercare di prevenire e di contenere in qualche modo, a livello normativo,

il già segnalato fenomeno di “smaterializzazione” per via interpretativa del concetto di violenza. Una proposta fattibile potrebbe essere quella di *inserire nel codice penale una definizione del concetto di violenza alle persone*. Tutto sta a vedere, poi, come concepirla concretamente.

Naturalmente non avrebbe più molto senso una definizione del concetto troppo restrittiva, limitata soltanto a quella che viene chiamata “violenza propria”. Si pensi alla definizione a suo tempo prospettata da Pecoraro-Albani nella sua ben nota monografia, risalente al 1962<sup>11</sup>: la violenza come estrinsecazione di energia fisica trasmodante in pregiudizio fisico di una persona o cosa.

Si potrebbe, piuttosto, fare riferimento, come punto di partenza, alla definizione del concetto condivisa attualmente da una cospicua parte della dottrina, incentrata sulla lesione o messa in pericolo di quei beni che attengono più da vicino alla sfera fisica della persona, quali la vita, l'integrità fisica e la libertà di movimento. Come, giustamente, non si è mancato di sottolineare, una simile nozione di violenza «si modella programmaticamente su quella radicata nel contesto sociale, che considera la violenza come una regressione a forme primitive di interazione sociale, caratteristiche del *bellum omnium contra omnes* di hobbesiana memoria»<sup>12</sup>. Questa prospettazione ha poi trovato una significativa conferma in una

<sup>9</sup> Per ulteriori riferimenti alla casistica giurisprudenziale sia consentito il rinvio a G. DE SIMONE, *Art. 610*, in G. FORTI-S. SEMINARA-G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, 6ª ediz., Cedam, 2017, 2064, 2073 s., 2075 s.

<sup>10</sup> Il quale recita testualmente: «Chiunque, usando violenza o minaccia di grave danno contro una persona, *o intralciando in altro modo la libertà di agire di costei*, la costringe a fare, omettere o tollerare un atto, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria».

<sup>11</sup> A. PECORARO ALBANI, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Giuffrè, 1962.

<sup>12</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *I delitti di violenza privata*, in AA.VV., *I delitti contro la persona*, Giuffrè, 2015; ID., *La*

importante decisione delle SS.UU. della Cassazione, già in precedenza menzionata, secondo cui la nota caratterizzante della violenza sarebbe da ravvisare, per l'appunto, *nell'idea dell'aggressione "fisica"*; vale a dire nella *lesione o immediata esposizione a pericolo dei beni più direttamente attinenti alla dimensione fisica della persona*, quali la vita, l'integrità fisica o la libertà di movimento del soggetto passivo.

In quest'ordine di idee si potrebbe, allora, pensare ad una definizione di questo tipo: «*Agli effetti della legge penale, è violenza alla persona l'impiego di energia fisica sul corpo di questa. È, altresì, considerata violenza la lesione o la concreta messa in pericolo della vita, dell'integrità fisica e della libertà di movimento della persona*»<sup>13</sup>.

Resta da vedere se sia opportuno o meno ampliare l'area semantica del concetto in modo tale da ricomprendervi anche il semplice fatto di porre taluno, con qualsiasi mezzo, in stato d'incapacità, anche solo parziale, d'intendere e di volere, che pure, secondo una parte della dottrina, costituirebbe violenza.

Si potrebbe pensare, inoltre, alla creazione di una *fattispecie minore*, meno pregnante sul piano del disvalore della condotta, *da collocare nell'ambito del diritto sanzionatorio amministrativo oppure del diritto civile punitivo* – così come, recentemente, è accaduto per l'ingiuria –, che dovrebbe riguardare, per l'appunto, quelle ipotesi in cui il soggetto attivo, senza ricorrere all'uso della violenza o della minaccia, determini una situazione di fatto che sia tale da impedire ad altra persona la libera attuazione del proprio volere (incida, in altri termini, limitandola, sull'altrui libertà di agire).

Questa soluzione sembra, tutto sommato, preferibile, onde evitare un dispendio eccessivo di energie processuali nell'accertamento di una responsabilità penale relativa a fatti spesse volte bagatellari, e ciò tanto più in un momento storico, come quello attuale, in cui è particolarmente avvertita, almeno tra gli addetti ai lavori, *l'esigenza di una decisa inversione di rotta* nella prospettiva di una *deflazione del sistema penale*.

Si potrebbe, ancora, pensare di inserire nella norma incriminatrice una *clausola di riprovevolezza* (*Verwerflichkeitsklausel*) del tipo di quella prevista nel § 240, comma 2, *StGB*: *il fatto è anti-giuridico quando l'uso della violenza o la minaccia del male in vista dello scopo perseguito è da ritenere riprovevole*. La clausola di riprovevolezza, da cui viene a dipendere l'anti-giuridicità del fatto, venne inserita dalla legge 29 maggio 1943 (BGBl. I 339) quale correttivo all'ampliamento della fattispecie determinato dalla generalizzazione dell'oggetto della minaccia (non più un crimine o un delitto, ma, per l'appunto, un male rilevante). Essa dovrebbe servire a circoscrivere la sfera di rilevanza della fattispecie, altrimenti eccessivamente ampia, e dovrebbe permettere di distinguere le ipotesi di costrizione della volontà altrui meritevoli di pena da quelle che sono invece da ritenere *socialmente adeguate*.

È pur vero, tuttavia, che la presenza di questa clausola non ha impedito la spiritualizzazione del concetto di violenza da parte della giurisprudenza tedesca e l'estensione dell'ambito di operatività della norma incriminatrice. La sua introduzione nell'omologa fattispecie del nostro codice non pare, comunque, opportuna anche e soprattutto in considerazione della sua vaghezza, che porterebbe con molta probabilità ad ampliare eccessivamente la sfera di discrezionalità dell'interprete.

Bisognerebbe chiedersi, infine, se non sia il caso, quantomeno in relazione all'ipotesi non aggravata, di *rendere la violenza privata un reato procedibile a querela* della persona offesa.

La violenza privata, com'è noto, non figura nel novero dei reati per i quali è stata modificata la disciplina del regime di procedibilità dal d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36. In effetti, la legge delega

---

tutela penale della libertà individuale, Milano, 2002, 256.

<sup>13</sup> Il comma 2 del § 107b *ÖStGB* contiene una definizione della violenza alle persone del seguente tenore: «*esercita violenza ai sensi del primo comma chi maltratta fisicamente [am Körper] un'altra persona o compie azioni dolose, penalmente rilevanti, contro l'integrità fisica (Leib), la vita o contro la libertà, ad eccezione delle azioni punibili previste nei §§ 107a, 108 e 110*».

del giugno 2017<sup>14</sup> (art. 1, comma 16, lett. a), nel fissare i principi e i criteri direttivi, aveva previsto, per quanto riguarda i reati contro la persona, la procedibilità a querela per i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, *con l'unica eccezione proprio del delitto di cui all'art. 610 c.p.*

Il fatto che esso continui a essere perseguibile d'ufficio rende, peraltro, *inapplicabile la causa di estinzione del reato per condotte riparatorie* (art. 162-ter c.p., introdotto nel codice dall'art. 1, comma 1, l. 23 giugno 2017, n. 103), *che è ammessa solo in relazione ai casi di procedibilità a querela soggetta a remissione.*

Eppure, forse, non sarebbe inopportuna la previsione della procedibilità a querela anche per la violenza privata.

Le considerazioni svolte nella Relazione illustrativa allo *Schema di decreto legislativo recante disposizioni di modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati* (Atto del Governo: 475-bis, pag. 1) parrebbero, in effetti, attagliarsi anche a questo reato: «La procedibilità a querela costituisce un punto di equilibrio e di mediazione fra due opposte esigenze: da un lato, quella di evitare che si determinino meccanismi repressivi automatici in ordine a fatti che non rivestono particolare gravità, tali da ostacolare il buon governo dell'azione penale in riferimento a quelli seriamente offensivi; dall'altro, quello di far emergere e valorizzare l'interesse privato alla punizione del colpevole in un ambito di penalità connotato dall'offesa a beni strettamente individuali».

Si potrebbe pensare, allora, ad una soluzione di questo tipo: procedibilità a querela come regola generale; procedibilità d'ufficio nell'ipotesi di cui al 2° comma dell'art. 610 c.p. e inoltre laddove il fatto sia commesso in danno di soggetti particolarmente vulnerabili (minore o persona in stato di infermità o di deficienza psichica o donna in stato di gravidanza) o ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale o il fatto sia commesso con l'uso di violenza, che, in sé considerata, costituisca a sua volta un reato per il quale si debba procedere d'ufficio, oppure, infine, con l'uso di minaccia, quando si tratta di minaccia grave. Vi sono, in effetti, com'è noto, delle ipotesi di violenza-fine (si pensi alle percosse o alle lesioni personali di cui al comma 2 dell'art. 582 c.p.) di per sé penalmente rilevanti e procedibili a querela della persona offesa.

### 3.2. Stalking

E veniamo agli atti persecutori.

Un rapido sguardo ai dati statistici forniti dall'Istat. Dall'entrata in vigore, nel 2009, della legge che ha introdotto la relativa norma incriminatrice (art. 612-bis c.p.), *si registra un sensibile aumento delle condanne per questo reato*: 35 sentenze nel 2009, 1.601 nel 2016. I condannati sono soprattutto italiani (1.309 nel 2016) e maschi (1.212). Gli illeciti più frequentemente associati al reato di *stalking* sono la violenza privata, le lesioni personali e l'ingiuria (che, come è noto, non costituisce più reato)<sup>15</sup>.

Con riferimento a questo delitto, si pone, innanzi tutto, la ben nota questione relativa *alla compatibilità della fattispecie*, così come configurata nell'art. 612-bis c.p., *con il principio di determinatezza*. La questione riguarda, in particolare, due dei tre eventi tipizzati in via alternativa dalla norma incriminatrice – il perdurante e grave stato di ansia e di paura e il fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di una persona al medesimo legata da relazione affettiva – che sono eventi psichici *di non agevole verificabilità in concreto*.

Nella definizione dei contorni della fattispecie tipica è stato decisivo, come, del resto, era prevedibile, l'apporto ermeneutico del formante giurisprudenziale, anche se talune opzioni

<sup>14</sup> Legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. legge Orlando).

<sup>15</sup> Dati statistici riportati nel sito: <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-percorso-giudiziario/condanne>.



possono suscitare una qualche perplessità.

Con riferimento alla causazione nella persona offesa di un *grave e perdurante stato di ansia o di paura*, la Cassazione sembrerebbe aver trovato una via d'uscita: «La prova dell'evento del delitto [...] dev'essere ancorata a elementi sintomatici di tale turbamento psicologico ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente e anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l'evento, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata»<sup>16</sup>.

La Corte costituzionale, d'altra parte, ha avuto modo, in tempi relativamente recenti, di interloquire sulla questione e ha dichiarato non fondata, in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., per violazione del principio di determinatezza, la q.l.c. dell'art. 612-bis c.p. «La fattispecie delineata dalla disposizione censurata – hanno rilevato i Giudici della Consulta – si configura come specificazione delle condotte di minaccia o di molestia contemplate dagli art. 612 e 660 c.p., in quanto, nel prevedere un'autonoma figura di reato, il legislatore ha ulteriormente connotato tali condotte, richiedendo che siano realizzate in modo reiterato e idoneo a cagionare almeno uno degli eventi indicati (stato di ansia o di paura, timore per l'incolumità e cambiamento delle abitudini di vita), al fine di circoscrivere la nuova area di illecito a specifici fenomeni di molestia assillante che si caratterizzano per un atteggiamento predatorio nei confronti della vittima. Ne consegue che, tenuto anche conto che il principio di determinatezza non esclude l'ammissibilità di formule elastiche, la cui valenza riceve adeguata luce dalla finalità dell'incriminazione e dal quadro normativo su cui la previsione si innesta, non risulta, quindi, in alcun modo attenuata la determinatezza della incriminazione rispetto alle fattispecie di molestie o di minacce, tenuto conto anche del “diritto vivente” che qualifica il delitto in questione come reato abituale di evento»<sup>17</sup>.

Ma i dubbi e le perplessità non risultano del tutto fugati.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale, invero, non convince appieno. Non si tratta tanto di valutare il significato e l'intelligibilità dei singoli elementi della fattispecie tipica quanto piuttosto la *problematica verificabilità sul piano empirico degli eventi psichici* descritti nella norma incriminatrice<sup>18</sup>.

Il metodo casistico, a cui pure ha fatto ricorso il legislatore tedesco, e la clausola di analogia esplicita che figura nel § 238 StGB – richiamato nella motivazione della pronuncia della Consulta – si riferiscono alle modalità della condotta. L'evento tipizzato – che resta, però, sullo sfondo in quanto funge soltanto da punto di riferimento ai fini della valutazione dell'idoneità della condotta – è invece uno solo e non ha nulla a che vedere con la sfera psichica della vittima: il pregiudizio arrecato alla sua *Lebensgestaltung*, vale a dire al suo modo di vivere, al suo stile di vita [nel § 107a del codice penale austriaco si parla di “pregiudizio insostenibile alla condotta di vita” (*Lebensführung*) della vittima].

La via maestra da percorrere sarebbe, probabilmente, *quella di una modifica strutturale della fattispecie incriminatrice*. Si potrebbe allora pensare di eliminare dal testo della norma incriminatrice il riferimento ai due eventi maggiormente indiziati di indeterminatezza – il grave e perdurante stato di ansia o di paura e il fondato timore – e di prevedere, *come unico evento tipico* quello del grave pregiudizio alle abitudini di vita della vittima<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Cass. pen., sez. V, 14 febbraio 2018, n. 14200; Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2018, n. 23530. Si tratta di un orientamento già diffuso e consolidato nella giurisprudenza di legittimità.

<sup>17</sup> Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, in *Giur. cost.*, 2014, 3, p. 2729, con nota di F. GIUNTA.

<sup>18</sup> Nel senso, per l'appunto, che il principio di determinatezza esprimerebbe l'esigenza «che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo», G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., 5ª ediz., Giuffrè, 2015, 70.

<sup>19</sup> Diversa, tuttavia, sul punto, è l'opinione di V. Militello, il quale ritiene che, per attribuire alla fattispecie una maggiore determinatezza, si potrebbe porre in relazione quegli stati psichici della vittima con il cambiamento delle sue abitudini di vita. In tal modo, a suo giudizio, si verrebbe a irrobustire il profilo delle modalità di lesione, in

Non sembra invece opportuno, neppure in questo caso, trasformare lo *stalking* in un reato di pura condotta e di pericolo, spostando così l'accento dell'incriminazione sul disvalore della condotta, sulla falsariga di quanto previsto dai già citati §§ 238 StGB (*Nachstellung*), nel testo modificato da una recente riforma del 2017, e 107a ÖStGB (*Beharrliche Verfolgung*)<sup>20</sup>. Si verrebbe a determinare un'anticipazione eccessiva della soglia della tutela penale.

#### 4. Inserimento nel codice di nuove fattispecie incriminatrici: il *mobbing* e il matrimonio per costrizione

Si era pensato, in un primo momento, alla possibilità di introdurre nel codice penale, sempre all'interno della Sezione dedicata ai delitti contro la libertà morale, due nuove fattispecie incriminatrici, atte a fronteggiare fenomeni di indubbio disvalore sociale, che già da tempo hanno attratto l'attenzione della pubblica opinione e l'interesse degli addetti ai lavori: una relativa al c.d. *mobbing* e l'altra al *matrimonio forzato o per costrizione*. Per quanto riguarda quest'ultimo, nel frattempo, è stata effettivamente inserita nel codice (tra i delitti, però, contro la famiglia)<sup>21</sup>, una norma incriminatrice ad hoc: l'art. 558-bis, che prevede, per l'appunto, il delitto di *costrizione o induzione al matrimonio*.

**4.1.** Per quanto, invece, riguarda il *mobbing*, l'introduzione di una nuova fattispecie, invero, è già da molto tempo all'ordine del giorno nell'agenda dei lavori parlamentari. Bisognerebbe verificare, tuttavia, se sia effettivamente questa la via maestra da percorrere o non sia piuttosto preferibile fare ricorso a tecniche di tutela diverse, alternative a quella *stricto sensu* penale.

Anche il *mobbing*, al pari dello *stalking*, può essere considerato una forma di persecuzione, che si traduce in un rapporto di tipo conflittuale tra l'autore e la sua vittima. È un fenomeno, vasto e inquietante, «denominato anche terrore psicologico sul posto di lavoro fatto di abusi, vessazioni, persecuzioni, comportamenti ostili, negativi, psicologicamente violenti»<sup>22</sup>.

La stessa Corte costituzionale, tempo addietro, ebbe modo di occuparsene: «La sociologia – rilevarono in quell'occasione i giudici della Consulta – ha mutuato il termine *mobbing* da una branca dell'etologia per designare un complesso fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo. Ciò implica l'esistenza di uno o più soggetti attivi cui i suindicati comportamenti siano ascrivibili e di un soggetto passivo che di tali comportamenti sia

---

quanto le minacce o la molestia devono provocare uno stato di timore, che a sua volta, per essere sufficientemente circoscritto anche a fini probatori, deve comportare un mutamento delle abitudini di vita della vittima. Egli propone, in conclusione, una riformulazione della norma incriminatrice nei seguenti termini: «[...] da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva, *tali* da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita».

<sup>20</sup> In Germania, la riforma del 2017 ha modificato sensibilmente la struttura della fattispecie di *Nachstellung*, trasformando il reato, che era di evento, in un reato di pericolo il cui disvalore si riassume nell'attitudine della condotta a pregiudicare gravemente lo stile di vita della vittima. Nel c.p. spagnolo, il delitto di *acoso* è stato introdotto (art. 172-ter) dalla *Ley Orgánica* 1/2015, entrata in vigore il 1° luglio 2015. Questo delitto è configurato come reato di evento, che però consiste, in via esclusiva, nella grave alterazione dello sviluppo della vita quotidiana della vittima (nessun evento psichico, dunque). Per ulteriori approfondimenti si rinvia al recente contributo di A. DI MAIO, *La criminalizzazione delle molestie assillanti nel nuovo codice penale spagnolo, tra l'esigenza di tutela della vittima ed il rispetto dei principi penali*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 29 luglio 2016, 1 ss.

<sup>21</sup> Ad opera dell'art. 7, comma 1, l. 19 luglio 2019, n. 69.

<sup>22</sup> H. EGE, *Mobbing. Conoscerlo per vincerlo*, Franco Angeli, 2002, 17.

destinatario e vittima»<sup>23</sup>.

Questi comportamenti vessatori offendono, senza alcun dubbio, *beni di rilevanza costituzionale*, quali la salute (art. 32 cost.), la libertà e la dignità dei prestatori di lavoro (art. 41, comma 2, cost.).

La Cassazione attualmente ritiene che le pratiche persecutorie realizzate ai danni del lavoratore dipendente e finalizzate alla sua emarginazione possano integrare il delitto di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), *ma solo qualora il rapporto tra datore di lavoro e lavoratore dipendente assuma natura para-familiare*, in quanto caratterizzato da relazioni intense e abituali, da consuetudini di vita tra i soggetti, dalla soggezione di una parte nei confronti dell'altra, dalla fiducia riposta dal soggetto più debole del rapporto in quello che ricopre la posizione di supremazia<sup>24</sup>. La norma incriminatrice in questione, pertanto, non sarebbe comunque sufficiente a garantire un'adeguata tutela penale rispetto a quelle situazioni non inquadrabili in un contesto di para-familiarietà.

In Spagna, il delitto di *acoso laboral* è stato introdotto dalla *Ley Orgánica 5/2010* del 22 di giugno ed è previsto dall'art. 173, comma 1, par. 2° del *código penal*, che recita testualmente: «Con la misma pena [prisión de seis meses a dos años] serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humilliantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima»<sup>25</sup>.

In Francia il delitto di *harcèlement moral* è previsto da una norma incriminatrice (l'art. 222-33-2 del *code pénal*) del seguente tenore: «Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende»<sup>26</sup>.

Nella Repubblica di San Marino una legge del 2008<sup>27</sup> ha interpolato nel codice una nuova disposizione (l'art. 181-*bis* – *Atti persecutori*), in cui sono previsti sia lo *stalking* (comma 1)<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 359 (in *Giust. civ.*, 2004, I, 608), con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale della l. reg. Lazio 11 luglio 2002, n. 16, recante disposizioni per prevenire e contrastare il fenomeno del *mobbing* nei luoghi di lavoro, atteso che le regioni, in assenza della specifica disciplina di un determinato fenomeno emergente nella vita sociale, non hanno poteri illimitati di legiferare, ma sono vincolate al rispetto dei limiti stabili dall'art. 117 Cost.

<sup>24</sup> Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2016 (6 giugno 2016), n. 23358. Conformi: Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2015 (7 ottobre 2015), n. 40320; Cass. pen., sez. VI, 22 settembre 2010, n. 685; Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 26594. Nella giurisprudenza di merito, si segnala all'attenzione Trib. Taranto, 7 aprile 2014, n. 176 (in *Riv. pen.*, 2014, 7-8, 735), che in un caso di condotte vessatorie poste in essere dal primo responsabile e dal vice direttore di uno stabilimento tessile ai danni di un loro dipendente ha ritenuto applicabile l'art. 612-*bis* c.p.: « Il reato di stalking, ovvero le molestie reiterate, commesse ai danni di persone legate all'autore da attuale e pregressa relazione affettiva, per lo più al di fuori di un contesto di tipo familiare, anche soltanto di fatto, è ravvisabile anche a carico del datore di lavoro che, sottoponendo un proprio dipendente a quotidiane discriminazioni e vessazioni, gli abbia provocato un perdurante e grave stato d'ansia con effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico». La sentenza è annotata da G. PISANI, *Il mobbing come stalking: prospettive e limiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 giugno 2016.

<sup>25</sup> «Con la stessa pena [prigione da sei mesi a due anni] saranno puniti coloro che, nell'ambito di qualunque relazione di lavoro o di pubblico impiego e avvalendosi della propria posizione di superiorità, pongano in essere in modo reiterato contro altra persona atti ostili o umilianti che, senza giungere a costituire trattamento degradante, comportino una grave vessazione contro la vittima».

<sup>26</sup> «Il fatto di perseguire altra persona con propositi o comportamenti reiterati aventi ad oggetto o per effetto una degradazione delle condizioni di lavoro suscettibile di pregiudicare i suoi diritti, la sua dignità, di alterare la sua salute fisica o mentale o di compromettere il suo futuro lavorativo, è punito [...]».

<sup>27</sup> Legge 20 giugno 2008, n. 97.

<sup>28</sup> «[È punito con la prigione di primo grado e con la multa] chiunque ripetutamente molesta o minaccia una persona in modo da arrecarle gravi sofferenze morali e danno alla propria dignità, fino a turbare le sue normali condizioni di vita o metterla in uno stato di soggezione o di grave disagio fisico o psichico, o di giustificato timore

sia il *mobbing* (comma 2), il quale è tipizzato in questo modo: «Qualora le molestie o le minacce di cui al primo comma siano poste in essere nel luogo di lavoro, sotto forma di sistematiche e ripetute angherie e pratiche vessatorie compiute dal datore di lavoro o da colleghi allo scopo di svalutare professionalmente, umiliare, isolare un lavoratore nel tentativo di indurlo, dopo avergli procurato gravi sofferenze psico-fisiche, alle dimissioni, la pena è aumentata di un grado».

**4.2.** Anche da noi, d'altra parte non sono mancate, a livello parlamentare, proposte volte all'introduzione di una norma incriminatrice *ad hoc*.

Ricordiamo, in particolare, tra le più recenti proposte di legge: la C. 2191 (*Introduzione dell'art. 582-bis del codice penale, in materia di molestia morale e violenza psicologica nell'attività lavorativa*), presentata il 14 marzo 2014; la C. 3110 (*Introduzione dell'art. 610-bis del codice penale, in materia di atti di discriminazione o di persecuzione psicologica in ambito lavorativo*), presentata l'8 maggio 2015; la C. 1722 (*Disposizioni per la prevenzione e il contrasto delle molestie morali e delle violenze psicologiche in ambito lavorativo*), presentata il 1° aprile 2019; la C. 1741 (*Disposizioni per la prevenzione e il contrasto delle molestie morali e delle violenze psicologiche in ambito lavorativo*), presentata il 4 aprile 2019; la C. 2311 (*Disposizioni per la prevenzione e il contrasto della violenza morale e della persecuzione psicologica nei luoghi e nei rapporti di lavoro (mobbing)*), presentata il 19 dicembre 2019. Va segnalato, inoltre, il d.d.l. S. 1785 (*Introduzione nel codice penale del reato di atti vessatori in ambito lavorativo*), comunicato alla Presidenza del Senato il 26 febbraio 2015.

Non pare agevole, tuttavia, riuscire a caratterizzare a livello normativo, con un grado sufficiente di determinatezza, un fenomeno così complesso e proteiforme com'è il *mobbing* e a costringerlo nei ristretti confini di una fattispecie tipica. Non è un caso, d'altronde, che in non pochi progetti di legge si sia optato per il ricorso a differenti tecniche di tutela, di stampo civilistico o giuslavoristico, ritenendole, evidentemente, adeguate allo scopo<sup>29</sup>.

Una soluzione appropriata e soddisfacente potrebbe, forse, consistere nella messa a punto – già da tempo, peraltro, prospettata da un'attenta dottrina<sup>30</sup> – di un *modello di tutela alternativo* e più flessibile, *di tipo ingiunzionale*, in cui il diritto penale dovrebbe intervenire soltanto “in seconda battuta”, nell'ipotesi di violazione delle prescrizioni impartite nel caso concreto dal giudice<sup>31</sup>.

## 5. Proposta di modifica della fattispecie di violenza privata (art. 610 c.p.)

L'art. 610 c.p. potrebbe essere così riformulato:

«*Violenza privata* – Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni.

---

per la sicurezza personale propria o di altri a lei legati da stabili rapporti affettivi, è punito, a querela della persona offesa, con la prigionia di primo grado e la multa».

<sup>29</sup> P.d.l. C. 436 (*Norme per la tutela dei lavoratori da molestie morali e violenze psicologiche nell'attività lavorativa*), presentata il 21 marzo 2013; p.d.l. C. 1709 (*Disposizioni per la tutela dei lavoratori da molestie morali e violenze psicologiche*), presentata il 17 ottobre 2013; d.d.l. S. 434 (*Norme per contrastare il fenomeno del mobbing*), comunicato alla Presidenza del Senato l'8 maggio 2008; d.d.l. S. 1538 (*Norme per la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori da molestie morali e psicologiche nel mondo del lavoro*), comunicato alla Presidenza del Senato il 19 giugno 2014; d.d.l. S. 1339 (*Disposizioni per il contrasto ai fenomeni del mobbing e dello straining*), comunicato alla Presidenza del Senato il 12 giugno 2019; d.d.l. S. 1350 (*Disposizioni per il contrasto al fenomeno del mobbing*), comunicato alla Presidenza del Senato il 20 giugno 2019.

<sup>30</sup> R. BARTOLI, *Mobbing e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 85 ss., 91 ss.

<sup>31</sup> Cfr. R. BARTOLI, *Mobbing*, cit., 92. Ferma restando, secondo lo stesso A., la possibilità di prevedere eventualmente, ancor prima, un vero e proprio percorso riconciliativo, volto ad archiviare il conflitto e a ricomporre la frattura determinatasi tra il *mobber* e la sua vittima.

La pena è aumentata se concorrono le condizioni previste dall'art. 339.

*Agli effetti della legge penale, è violenza alla persona l'impiego di energia fisica sul corpo di questa. È, altresì, considerata tale la lesione o la concreta messa in pericolo dei beni della vita, dell'integrità fisica e della libertà di movimento della persona.*

*Il delitto è punito a querela della persona offesa. Si procede, tuttavia, d'ufficio:*

- a) nell'ipotesi aggravata prevista al comma 2;*
- b) quando il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104;*
- c) quando ricorrono una o più circostanze aggravanti ad effetto speciale;*
- d) quando il fatto è commesso con l'uso di violenza che, in sé considerata, costituisca a sua volta un reato per il quale si debba procedere d'ufficio;*
- e) quando il fatto è commesso con l'uso della minaccia e si tratta di minaccia grave.*

*Chiunque, pur senza fare ricorso a violenza o minaccia, determina in qualsiasi modo, senza giustificato motivo, una situazione di fatto che sia tale da limitare l'altrui libertà di agire, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da € 1.500 a € 7.500».*



## **NOTE MINIME SULLE PROPOSTE CUPELLI E DE SIMONE PER LA RIFORMA DEI REATI CONTRO LA LIBERTÀ PERSONALE**

*Vincenzo Militello*

Le cursorie osservazioni che seguono esprimono solo l'intento di contribuire alla riflessione stimolata dai testi finali presentati da Cristiano Cupelli e da Giulio de Simone. Entrambi intervengono ad esito di una discussione fruttuosa – seppur articolata in più tappe – sul tema assegnatoci e dunque contengono già il distillato delle diverse prese di posizione dei componenti del gruppo di lavoro, ovviamente filtrato dalla sensibilità e dalle scelte finali dei due autori. La mia condivisione delle linee generali dei due contributi viene dunque qui esplicitata come premessa ad alcuni stimoli all'ulteriore dibattito, che ho voluto esplicitare come mia partecipazione – pur minimale – al loro impegno di riflessione e proposta.

1. Rispetto al contributo – chiaro ed incisivo – di *Cristiano Cupelli* in tema di sequestro di persona osservo solo quanto segue:

a) la proposta ricomposizione sistematica delle incriminazioni di sequestro di persona, motivata dal rilievo preminente della libertà personale in una scala oggettiva di valori offesi della condotta illecita, vale per la ricollocazione del sequestro con finalità estorsiva, per il condiviso significato strumentale del bene patrimoniale allo svolgimento della personalità e dunque alla sua libertà. Invece, per il sequestro a scopo di terrorismo (o di eversione secondo la formulazione attuale) la strumentalizzazione della libertà personale ad un disegno di offesa di un bene istituzionale che ne realizza una precondizione (come la sopravvivenza di uno stato democratico e rispettoso dei diritti fondamentali di ciascuno) mi sembra debba rendere cauti nei confronti di una semplice attrazione dello specifico fatto di reato nell'ambito della tutela della libertà personale. Se si guarda agli esempi tragici della nostra storia in proposito, si coglie con evidenza come il significato criminoso dell'atto travalicasse di gran lunga l'offesa alla libertà personale per incidere piuttosto sulle strutture stesse dello stato democratico e così in ultima analisi sulle precondizioni per il godimento della stessa libertà personale. La messa a fuoco dei rapporti reciproci fra i beni in gioco servirebbe anche a calibrare il versante sanzionatorio, pure oggetto di significative proposte nel testo, ma che, se collegate ad una preminenza esclusiva della libertà personale rispetto agli altri beni in gioco, non consentirebbero una adeguata considerazione del maggior disvalore del sequestro di persona a scopo di terrorismo. Probabilmente la considerazione separata di quest'ultimo nell'ambito dei reati contro lo Stato rimane una soluzione meglio in grado di marcare la differenza fra i due illeciti.

b) Non mi convince la proposta - pur motivata con obiettivi di assicurare maggiore determinatezza alla condotta - di "inserire, quale fattore comune rispetto alle ipotesi di sequestro di persona a scopo di estorsione o di terrorismo ed eversione, il requisito (ulteriore) della *minaccia/prospettazione della morte del sequestrato*". L'idea di ottenere attraverso l'introduzione di una tale "modalità della condotta" un "sensibile avvicinamento" della lesione alla "libertà personale (sequestro)" e alla "libertà morale (minaccia)" alla "lesione del bene-vita" implica l'aggiunta di una offesa ulteriore a reati già plurioffensivi rispetto a beni diversi

(patrimonio e stato), offesa per di più il cui significato particolare - ove reso requisito comune - finirebbe per costringere ad avvicinare le rispostesanzionatorie delle due figure che invece andrebbero differenziate, come si segnala opportunamente nel testo. Si aggiunga inoltre che la differenza fra la figura base di sequestro e quella qualificata dalla finalità estorsiva non incontra in altri ordinamenti vicini (Spagna: art. 164; Germania: par. 239° CPted) alcuna aggiunta di un elemento tipico assimilabile alla prospettazione della morte del sequestrato.

c) Quanto alla questione delicata della rilevanza della durata, rispetto alla soluzione di una graduazione dell'illecito (secondo l'esempio di altri ordinamenti richiamati) opterei per la diversa alternativa pure indicata di una circostanza attenuante in caso di rilascio entro un termine breve, che comunque mi sembra preferibile fissare entro un ambito non superiore alle 24 ore e sempre condizionata alla mancata realizzazione della eventuale finalità estorsiva.

d) Sarei cauto infine nell'espresso riferimento alla qualificazione dommatica di scriminante/ giustificante procedurale utilizzata nelle pur distinte ipotesi di "privazione/limitazione di libertà personale nell'ambito del ricovero in comunità terapeutica per tossicodipendenti" e di "trattamento sanitario obbligatorio". Sul presupposto dell'importanza di condizioni che siano volte ad accertare la reale volontà del soggetto, e che operino la giustamente sottolineata necessaria "mediazione assiologica", la giustificazione sostanziale rimane - a mio avviso - pur sempre il consenso dell'avente diritto e la procedura ne definisce solo la rilevanza. Ovviamente tale impostazione può non condividersi, ma proprio per questo è importante non spingersi ad un inquadramento dommatico in sede di indicazione di linee di riforma, in modo da evitare che il consenso su queste venga pregiudicato dalle precomprensioni relative al contesto teorico di riferimento.

**2. Rispetto all'altrettanto chiaro ed efficace testo di *Giulio de Simone* segnalo alcuni spunti che in parte avevo sottoposto alla riflessione comune in termini in parte adesivi e in parte propositivi.**

a) Condivido in primo luogo la proposta di risistemare la categoria dei reati in questione nei termini delineati dal testo.

b) Segnalo anche io l'inopportunità di anticipare la punibilità della violenza privata configurandola come reato di pericolo. L'ancoraggio ad una tutela della libertà morale limitata a quella che sta alla base di un comportamento della vittima è un presidio per evitare una incerta costruzione di quando la modalità di condotta diventi illecita rispetto alla specifica offesa della violenza privata. Troppe sono le situazioni in cui l'interazione fra soggetti diversi nell'ambito delle più varie situazioni della vita sociale comporta un condizionamento morale dell'uno sull'altro: ciò è quanto usualmente avviene in tutte le molteplici relazioni in cui un'asimmetria di ruoli sociali determina una influenza sui convincimenti morali da parte dell'uno soggetto nei confronti dell'altro. I casi che appaiono meritevoli di pena sono quelli nei quali il ricorso a modalità illecite utilizzate (violenza o minaccia) cagiona una condotta della vittima che altrimenti avrebbe potuto operare diversamente. Ad essere tutelata è dunque non la "libertà morale" in assoluto (come libertà di convincimento morale), ma quella di tale libertà che è relativa all'agire (o meno) (il testo qui commentato richiama opportunamente la *Betätigungsfreiheit* a cui si fa riferimento nella dottrina tedesca). Del resto, se la violenza o la minaccia siano impiegate effettivamente per ottenere un comportamento non voluto dalla vittima, ma poi quest'ultima comunque riuscirà ad evitare di tenerlo, la punibilità a titolo di tentativo appare coprire il residuo bisogno di tutela penale per il ricorso alla modalità illecita finalizzato ad ottenere l'evento.

c) Quanto al ruolo della violenza nella struttura della fattispecie, rispetto alla diffusa tendenza applicativa privandola dei caratteri di diretto contatto fisico su un diverso soggetto



che ne cagioni un qualche pregiudizio all'integrità, appare verosimile che la ridefinizione della "violenza alla persone" prospettata ottenga un effetto selettivo rispetto alle numerose applicazioni giurisprudenziali del reato di violenza privata. Rimane il dubbio che la tendenza giurisprudenziale ad ampliare i confini della incriminazione non cambi la chiave per operare e ricorra piuttosto al requisito della minaccia, che quale potenzialità di un danno alla persona, può affiancarsi alla violenza, finendo per anticipare la rilevanza della condotta alla prospettazione del pericolo della "messa in pericolo della vita, dell'integrità fisica e della libertà di movimento della persona". Si tratta dunque di considerare l'adozione della suddetta definizione di violenza alle persone non in modo isolato, ma da collegare con l'eliminazione della minaccia come modalità di realizzazione della condotta, lasciandone la rilevanza alla apposita incriminazione (art. 612), che peraltro meriterebbe a sua volta una riformulazione aggiornata.

d) Rispetto alla procedibilità a querela per la violenza privata, a me pare che l'intento condiviso di irrobustire il contenuto selettivo dell'illiceità affidato ad un profilo più scolpito del requisito della violenza, se riesce a centrare meglio il fuoco delle ragioni dell'incriminazione, risulti difficilmente compatibile con una privatizzazione integrale dell'interesse tutelato. Nella nuova prospettiva dell'offesa in questione, non è il comportamento individuale condizionato ad essere in quanto tale tutelato, ma la tutela interviene quando il condizionamento avviene tramite la violenza, e il ricorso a questa (al di fuori dei casi legittimati) deve essere evitato per evitare quel *bellum omnium contra omnes*, giustamente richiamato nel documento-base e la cui natura non è certo individuale-privata, ma interesse pubblico rilevante specie in uno stato democratico su base costituzionale.

e) Qui si può anche collegare la mia adesione al rifiuto - già prospettato nel testo di base - all'eventuale inserimento di una clausola, di matrice tedesca, in relazione alla riprovevolezza della condotta illecita, in quanto essa affiderebbe i confini della incriminazione agli incerti sentieri di valutazione dell'etica, che anche se intesa in termini sociali presenta oggi parametri di riferimento molto diversi, anche per la multiculturalità delle nostre società.

f) In relazione infine allo *stalking*, la soluzione proposta nel testo di base è quella di una anticipazione della tutela alla soglia del pericolo, cancellando i due elementi del gravee perdurante stato di ansia o paura e il fondato timore. Ciò tuttavia porterebbe a ben vedere ad un ampliamento dell'ambito di punibilità, determinando così un risultato antitetico rispetto all'obiettivo di evitare i rischi di indeterminatezza nella descrizione della condotta illecita, che possono portare non solo ad applicazioni diseguali della norma ma anche proprio ad ampliamenti della stessa a situazioni non tipiche. Per realizzare invece un profilo più determinato della fattispecie, si potrebbe porre in relazione quegli stati psichici della vittima con il cambiamento delle abitudini di vita della vittima. In tal modo si irrobustisce il profilo delle modalità di lesione in quanto le minacce o la molestie devono provocare un stato di timore, che a sua volta per essere sufficientemente circoscritto anche a fini probatori, deve comportare un mutamento delle abitudini della vittima. In definitiva, si potrebbe formulare la norma nei termini seguenti:

«... da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva, tali da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita».



Sezione II – Atti del seminario di discussione

16 settembre 2021  
Università degli studi di Palermo



# **OSSERVAZIONI SULLA PROPOSTA DI RIFORMA DEI DELITTI CONTRO LA LIBERTÀ MORALE DISCUSSA DALL’AIPDP\***

*Attilio Nisco*

**Sommario:** 1. Premessa: interferenze con altri ambiti di tutela; 2. Rapporti con il delitto di maltrattamenti; 3. La riforma della violenza privata; 4. La riforma degli atti persecutori.

## **1. Premessa: interferenze con altri ambiti di tutela**

Nel ringraziare l’Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP) e gli organizzatori di questo seminario per il loro invito, devo premettere che, sia per ragioni di tempo che di prossimità ai temi di cui mi sono occupato in passato, dedicherò le mie riflessioni esclusivamente ai delitti contro la libertà morale, scusandomi in anticipo con il prof. Cupelli se non toccherò – se non in maniera del tutto marginale – il tema da lui affrontato. Mi concentrerò, per tanto, sulla proposta presentata dal prof. De Simone (alla luce delle precisazioni da lui formulate nel seminario odierno) e sulle “Note a margine” redatte dal prof. Militello, pubblicate sul sito dell’AIPDP e in questo *Libro* tra i documenti elaborati dal Gruppo di lavoro sui “Delitti contro la libertà” guidato dal prof. Cavaliere.

La prima necessità, che affiora dalla lettura di tali documenti, è di semplificazione sistematica del settore, alla luce della attuale eccessiva «frammentazione dell’oggettività giuridica di categoria», che si suggerisce di superare, ad esempio, accorpendo varie fattispecie nei delitti contro la riservatezza e riunendo la libertà morale e la libertà personale<sup>1</sup>.

Se il primo suggerimento è pienamente condivisibile, il secondo – ossia l’accorpamento della libertà morale alla libertà personale sotto un’unica oggettività giuridica – richiede qualche cautela.

Va infatti preservata, a mio sommo avviso, un’autonoma visibilità normativa della libertà morale quale bene giuridico penalmente tutelato, con un significato più ampio della libertà di autodeterminazione ed esteso alla tutela della sfera emotiva; muovendo da questo assunto, del resto, una parte della dottrina individua nella “libertà psichica”<sup>2</sup> o nell’“integrità psichica”<sup>3</sup> il

---

\* Testo, con aggiunta di note, della relazione pronunciata nel corso del seminario su “*La riforma dei reati contro la persona: i reati contro la libertà personale e morale*”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Palermo, il 16 settembre 2021.

<sup>1</sup> V. G. DE SIMONE, *La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti di riflessione per una futuribile riforma*, 1 s., in questo *Libro*.

<sup>2</sup> Sulla libertà morale come «libertà psichica», «[...] da intendersi in senso lato come libertà della propria sfera psichica da interferenze esterne, nei suoi specifici aspetti: dalla stessa libertà di intendere e di volere (così nell’art. 613) alla libertà di autodeterminazione secondo motivi propri e delle corrispondenti condotte (cioè di formare autonomamente la propria volontà e di agire secondo le libere determinazioni assunte: così negli artt. 610 e 611) fino alla tranquillità psichica (contro turbative generatrici di timore: così negli artt. 612 e 612 bis, o di disturbo o molestie: così negli artt. 659 e 660)», F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I, Delitti contro la persona*, VII ed., Cedam, 2019, 362.

<sup>3</sup> Sul concetto, mi permetto di rinviare ad A. NISCO, *La tutela penale dell’integrità psichica*, Giappichelli, 2012,

bene giuridico effettivamente tutelato dalla classe dei reati qui presi in considerazione.

Ciò premesso, nell'ambito di questa – in ogni caso auspicabile – revisione sistematica del settore, si porrebbe comunque la necessità di rivedere i rapporti con altri ambiti della parte speciale, di cui, nel quadro della medesima iniziativa curata dall'AIPDP, si sono occupati altri Gruppi di lavoro.

Alcune risposte, al riguardo, si evincono proprio da un esame dei documenti redatti dagli altri gruppi di ricerca.

Il primo riferimento è al delitto di tortura (l'attuale art. 613 *bis* c.p.), che non è stato preso in considerazione nell'ambito dei delitti contro la libertà, ma opportunamente riformulato e collocato nei “Delitti contro l'Umanità e l'Uguaglianza” dal Gruppo di ricerca coordinato dal prof. Catenacci, evidentemente, in base al presupposto che l'oggettività giuridica di questo reato trascende la dimensione lesiva – pur indubbiamente presente – della libertà morale<sup>4</sup>.

I lavori curati dall'Associazione forniscono anche una risposta implicita alla questione dell'eventuale incriminazione della c.d. manipolazione mentale<sup>5</sup>, semplicemente non prendendo in considerazione l'ipotesi di una simile incriminazione. Da un lato, è condivisibile la scelta di non assecondare le proposte di reintroduzione di un reato simile al plagio, dichiarato incostituzionale dalla sentenza n. 96/1981. Dall'altro lato, affiora l'esigenza di valorizzare le limitazioni dell'autodeterminazione, aderendo all'interpretazione del sequestro di persona che svincola la fattispecie dalla c.d. “interclusione”, ma tenendo fermo l'insegnamento di Corte cost. n. 96/1981; infatti, come osservato da Cupelli, «[...] operando una ridefinizione dei confini quanto più possibile tassativa, gli stati soggettivi alterati potrebbero essere strettamente collegati con le conseguenze sulla modificazione di un comportamento esteriore e le influenze sulla psiche del soggetto dovrebbero inevitabilmente avere ricadute sulla libertà personale»<sup>6</sup>.

## 2. Rapporti con il delitto di maltrattamenti

In ragione delle notevoli implicazioni pratiche, merita un approfondimento il rapporto tra reati a tutela della libertà morale e delitto di maltrattamenti (572 c.p.). L'esperienza applicativa dell'art. 572 c.p. vigente dimostra, infatti, la sua sostanziale conversione in un reato a tutela dell'integrità psichica<sup>7</sup>.

Nell'ambito della proposta di riforma che qui si discute, i maltrattamenti sono stati oggetto di analisi da parte del Gruppo di ricerca coordinato dai professori Larizza, Riondato e Visconti, che si è occupato dei “Reati in materia di Famiglia e formazioni sociali esistenziali”. Quest'ultimo Gruppo di lavoro ha opportunamente qualificato i maltrattamenti come delitto contro la persona, nel contesto di un (nuovo) capo dedicato ai “Delitti contro la persona in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali”, lasciando volutamente in sospenso – se non mi inganno – l'individuazione dell'esatto profilo della personalità che risulta coinvolto nell'offesa. Dal documento conclusivo dei lavori si apprende, infatti, quanto segue: «Il delitto di maltrattamenti, laddove la famiglia compare in senso personalistico, è delitto contro la persona, con ogni correlata conseguenza. Potrebbe essere inserito o tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale, o tra i delitti contro la personalità individuale, secondo che si dia più importanza al profilo della lesione alla salute (largamente intesa anche sotto il profilo del

---

31 ss.

<sup>4</sup> Si veda il documento “*Relazione e articolato*”, in questo *Libro*.

<sup>5</sup> Sul tema, v. T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, Aracne, 2013.

<sup>6</sup> Cfr. C. CUPELLI, *La riforma dei reati contro la libertà personale*, in questo *Libro*.

<sup>7</sup> Corrisponde, infatti, a un orientamento oramai consolidato la tesi per cui «[...] il delitto di maltrattamenti in famiglia non è integrato soltanto dalle percosse, lesioni, ingiurie, minacce, privazioni e umiliazioni imposte alla vittima, ma anche dagli atti di disprezzo e di offesa alla sua dignità, che si risolvano in vere e proprie sofferenze morali» (così, fra le molte, Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2016, n. 6070, in *DeJure*).

rapporto coll'ambiente umano circostante) o invece a quello della lesione della personalità, entrambi concorrendo»<sup>8</sup>.

Al di là della collocazione topografica della relativa disposizione incriminatrice, questo nodo andrebbe definitivamente sciolto, anche al fine di risolvere varie questioni concernenti i rapporti con i delitti contro la libertà morale, cui pure allude la relazione redatta dal Gruppo di lavoro competente per materia<sup>9</sup>, ed alle quali, in questa sede, è possibile solo fare qualche cenno.

Si pensi, in primo luogo, alla definizione dei “maltrattamenti” e al suo rapporto con quella di violenza psichica; da questo rapporto affiora un'esigenza di coerenza sistematica con la fattispecie di violenza privata: se la violenza alle persone sarà definita nei termini restrittivi di cui a breve diremo, i maltrattamenti dovranno (continuare a) includere una serie più ampia di comportamenti vessatori. Potrebbe essere allora opportuno, in sede di riforma, astenersi da qualunque intervento definitorio sulla condotta di maltrattamenti.

Si consideri, in secondo luogo, il tema del rapporto tra maltrattamenti e atti persecutori intrafamiliari, legato al contesto entro il quale si realizza la condotta; ci si chiede, in sintesi, se i maltrattamenti si applichino a soggetti conviventi o anche *ex* conviventi. Per la giurisprudenza persiste la configurabilità dei maltrattamenti verso l'*ex* coniuge, anche quando è cessata la convivenza, se non sono venuti meno quei vincoli di solidarietà che derivano dal precedente rapporto qualificato tra le parti. Sussiste invece il delitto di *stalking*, aggravato dalla condizione di *ex* coniuge dell'agente, se tali vincoli sono cessati<sup>10</sup>. La soluzione è dettata dai rapporti tra pene edittali previste dalle rispettive fattispecie (e dalla clausola di sussidiarietà espressa di cui all'art. 612 *bis*), da una disciplina affollata da circostanze e dalla ravvisata diversità dei beni giuridici.

Una riscrittura dei delitti contro la persona dovrebbe essere occasione per riorganizzare tali profili, onde ancorare la distinzione a criteri meno incerti, oltreché a finalità politico criminali meglio ponderate<sup>11</sup> (smorzando, magari, in origine ogni tentazione di estendere in via analogica la fattispecie più grave: operazione censurata da una recente e ben nota sentenza della Corte costituzionale)<sup>12</sup>.

Infine, sempre con riguardo ai rapporti tra maltrattamenti e reati contro la libertà morale, emerge anche il problema del *mobbing*, considerato dalla relazione del prof. De Simone<sup>13</sup>, ma anche nei lavori dell'altro Gruppo di ricerca, sui reati in materia di famiglia. Personalmente, non ritengo indispensabile l'introduzione di una fattispecie *ad hoc*, in ragione della difficoltà di descrivere il fenomeno e dell'astratta applicabilità di fattispecie vigenti (anche se non adatte a coprire tutte le varieguate forme del *mobbing*). Qualora, però, si optasse per l'introduzione di una nuova fattispecie in appendice ai maltrattamenti, si richiederebbe – ancora una volta – un coordinamento con il settore dei delitti contro la libertà morale (tenendo altresì conto della recente tendenza ad applicare l'art. 612 *bis* c.p. in caso di *stalking* c.d. “occupazionale”)<sup>14</sup>.

In ogni caso, non può essere taciuta l'insoddisfazione per l'attuale orientamento giurisprudenziale, che riserva una tutela penale al *mobbing*, tramite l'art. 572 c.p., solo nelle

---

<sup>8</sup> La citazione è tratta dal documento “*Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenti*”, in questo *Libro*.

<sup>9</sup> Cfr. il documento cit. nella nota che precede.

<sup>10</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 19 maggio 2021, n. 30129, in *DeJure*.

<sup>11</sup> Su tale necessità, v. anche P. CINGARI, *La repressione dei fenomeni persecutori*, in *disCrimen*, n. 2, 2019, 3 ss.

<sup>12</sup> Corte cost., sent. 98/2021, che censura il tentativo di estendere l'art. 572 c.p. alla persecuzione (originariamente qualificata ai sensi dell'art. 612 *bis*) di una persona non convivente ma legata al reo da una relazione stabile; per un commento, v. L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen*, 16.7.2021.

<sup>13</sup> V. G. DE SIMONE, *La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti di riflessione per una futuribile riforma*, cit.

<sup>14</sup> Tra le altre, Cass., Sez. V, 18 gennaio 2022, n. 12827, in *DeJure*.

realtà lavorative para-familiari<sup>15</sup>: forzando, da un lato, il requisito della relazione di autorità, e introducendo, dall'altro lato, una dubbia differenziazione nella tutela dei lavoratori. A mio avviso, il fenomeno andrebbe affrontato con strumenti normativi alternativi al diritto penale, ai quali potrebbe semmai affiancarsi un modello ingiunzionale di tutela<sup>16</sup>.

### 3. La riforma della violenza privata

Venendo all'analisi dei singoli reati a tutela della libertà morale, condivisibili paiono le ragioni contrarie alla trasformazione della violenza privata in un reato di pericolo, sia per rispetto del principio di offensività, sia perché la tendenza alla c.d. "spiritualizzazione" della condotta violenta, invalsa nella interpretazione giurisprudenziale<sup>17</sup>, esporrebbe la prassi a rischi incalcolabili di ulteriore anticipazione della tutela.

Si insiste invece, opportunamente, sulla necessità di ridefinire il concetto di violenza alla persona. La proposta del prof. De Simone articola questa definizione nei termini seguenti. Si richiede: a) «l'impiego di energia fisica sul corpo», nonché b) una «lesione o concreta messa in pericolo della vita, dell'integrità o della libertà di movimento della persona»<sup>18</sup>.

In sostanza, la violenza viene riportata al suo alveo semantico originario di energia, attuale o potenziale, diretta al corpo del destinatario<sup>19</sup>.

In aggiunta, si propone di formulare una fattispecie minore, in forma di illecito amministrativo o illecito civile punitivo, relativa ai casi in cui l'autore determini «una situazione di fatto che sia tale da impedire ad altra persona la libera attuazione del proprio volere»<sup>20</sup>. Là dove il termine "impedire" dovrebbe implicare qualcosa in più che il semplice ostacolo o intralcio all'azione altrui, vale a dire la definitiva impossibilità di realizzare il proprio volere.

Resta il fatto che la nota offensiva caratteristica di questo reato continuerebbe ad interessare la libera formazione della volontà, mediante l'alterazione del processo motivazionale, vale a dire pur sempre un momento interiore della personalità della vittima. La descrizione in termini più pregnanti della condotta violenta non muterebbe, a mio modo di vedere, questo assunto: solamente, la nuova disposizione selezionerebbe le uniche modalità di aggressione al processo deliberativo ritenute dalla legge socialmente intollerabili – cioè collocate oltre la soglia di un rischio costrittivo consentito nelle relazioni interpersonali –, identificandole, nei termini anzidetti, con l'impiego della forza da parte dell'agente.

La proposta andrebbe valutata anche alla luce della nozione di minaccia. In particolare, occorre chiedersi se sia il caso di mantenere la variante tipica della minaccia (c.d. "mezzo") all'interno dell'art. 610 c.p. In caso affermativo, avendo ad oggetto una violenza non ancora in atto, l'interpretazione della condotta di minaccia dovrebbe subire un adeguamento ermeneutico consequenziale alla nuova definizione di violenza. Non mi pare, invece, vi siano ragioni per intervenire sull'art. 612 c.p., incentrato sull'effetto non costrittivo della minaccia, bensì lesivo

---

<sup>15</sup> Per es., Cass., Sez. VI, 7 giugno 2018, n. 39920, in *DeJure*.

<sup>16</sup> In favore di un "modello di tutela conciliativo-ingiunzionale" si è espresso R. BARTOLI, *Mobbing e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 91 s.

<sup>17</sup> Cfr., per tutti, F. VIGANÒ, *I delitti di violenza privata*, in C. PIERGALLINI, F. VIGANÒ, M. VIZZARDI, A. VERRI, *I delitti contro la persona*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI - E. DOLCINI, vol. X, Cedam, 2015, 598 ss.

<sup>18</sup> V. G. DE SIMONE, *La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti di riflessione per una futuribile riforma*, cit.

<sup>19</sup> La prospettiva converge con l'elaborazione di altra illustre dottrina: v. F. VIGANÒ, *I delitti di violenza privata*, cit., 608 ss.

<sup>20</sup> Cfr. G. DE SIMONE, *La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti di riflessione per una futuribile riforma*, cit.



della tranquillità psichica e dunque della sfera emotiva del destinatario<sup>21</sup>.

Da quanto detto sin qui discende la mia posizione sulla questione della procedibilità: condivido la proposta del prof. De Simone di rendere la violenza privata procedibile a querela<sup>22</sup>, anche per consentire l'applicazione dell'istituto previsto dall'art. 162 *ter* c.p., nonostante la revisione della definizione della condotta da lui suggerita. La fattispecie riguarda comunque episodi di conflittualità interpersonale gestibili privatamente, almeno finché la condotta violenta metta in pericolo la sola integrità personale – non la vita –, anche in ragione dell'analogo regime previsto per le lesioni personali non gravi (art. 582 c.p.).

#### 4. La riforma degli atti persecutori

I contributi di De Simone e Militello si soffermano sul problema principale posto dall'art. 612 *bis* c.p., vale a dire la compatibilità degli eventi descritti dalla norma con il principio di determinatezza, quantomeno dei due eventi c.d. “psichici” (fondato timore per l'incolumità e perdurante stato di ansia o paura)<sup>23</sup>.

Evidentemente, non si considera del tutto appagante la sentenza n. 172/2014, con la quale la Corte costituzionale ha escluso il vizio di determinatezza, di fatto rimettendo la definizione degli elementi costitutivi della fattispecie all'interpretazione giurisprudenziale<sup>24</sup>. Al tempo stesso, entrambi gli Autori concordano sulla irrinunciabilità della conformazione degli atti persecutori come reato di evento<sup>25</sup>.

Condivido pienamente tale impostazione.

Posso solo aggiungere che questa esigenza è tanto più pregnante, quanto più si scoprono percorsi applicativi di questo reato verosimilmente non considerati dal legislatore storico, percorsi che si spingono al di là della consueta casistica della devianza affettiva, rappresentata tipicamente – anche se non esclusivamente – dalla degenerazione delle relazioni affettive.

Si pensi, ad esempio al c.d. “*stalking* condominiale”, attinente ai rapporti tra vicinato, caratterizzati, in alcuni casi, da reciproche molestie<sup>26</sup>. Non che tali situazioni non possano ricadere nell'art. 612 *bis*, ma si tratta anche di contesti dove cresce il rischio di strumentalizzazione della norma per ragioni extra-penali (rischio, per la verità, non escluso neppure nella casistica, per così dire, più tradizionale, ad esempio in caso di separazione matrimoniale accentuatamente conflittuale).

Inoltre, stando alla giurisprudenza recente, la struttura dell'art. 612 *bis* c.p., pur essendo imperniata su un evento (o meglio: su tre eventi alternativi), permette di escludere condotte solo astrattamente idonee a ingenerare ansia o paura nella vittima (così, ad esempio, una recente sentenza relativa al conflitto tra suoceri ed *ex* nuora, in cui si esclude che l'evento dello *stalking* possa ridursi «ad un mero fastidio, ad una irritazione, ad una insofferenza per le condotte

---

<sup>21</sup> In argomento, G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Aracne, 2013.

<sup>22</sup> Di diverso avviso, invece, V. MILITELLO, *Note minime sulle proposte Cupelli e De Simone per la riforma dei reati contro la libertà personale*, in questo *Libro*.

<sup>23</sup> Sul delitto di atti persecutori e sulle ragioni sottese alla sua introduzione, ampiamente, A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, 2012; G. DE SIMONE, *Il delitto di atti persecutori*, Aracne, 2013.

<sup>24</sup> Cfr. G. DE SIMONE, *La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti di riflessione per una futuribile riforma*, cit.; v. anche ID., *Questioni sul tappeto in tema di atti persecutori: il punto di vista della Cassazione*, in *Giur. it.*, n. 2, 2021, 428 ss.

<sup>25</sup> Sul dibattito dottrinale circa la natura di reato di mera condotta (e di pericolo) o di evento dell'art. 612 *bis* c.p. vigente, v. A.M. MAUGERI, *Delitti contro la libertà morale*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Tutela penale della persona*, a cura di D. PULITANÒ, III ed., Torino, 2019, 242 ss.

<sup>26</sup> Cass., Sez. V, 13 dicembre 2019, n. 2726, in *DeJure*.

dell'agente»<sup>27</sup>.

Per contro, com'è noto, la descrizione giurisprudenziale degli eventi psichici rifugge da un accertamento basato su dati diagnostici<sup>28</sup>.

Sono ritenuti sufficienti – secondo massime ricorrenti, avvallate dalla Corte costituzionale nella sentenza sopra citata – «[...] elementi sintomatici di un turbamento psicologico ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente ed anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l'evento, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata [...]», né si ritiene «necessario che la vittima prospetti espressamente e descriva con esattezza uno o più degli eventi alternativi del delitto, potendo la prova di essi desumersi dal complesso degli elementi fattuali altrimenti acquisiti e dalla condotta stessa dell'agente»<sup>29</sup>.

Personalmente ritengo che l'impiego di criteri diagnostici – il che non significa l'accertamento di un vero e proprio stato psico-patologico – sarebbe l'unico criterio capace di conferire determinatezza agli eventi della grave paura e ansia<sup>30</sup>. Ma riconosco che si tratta di una prospettiva irrealistica, anche alla luce del fatto che la fattispecie di *stalking* è alla base di misure cautelari e di misure di prevenzione (ammonimento del questore), la cui applicazione difficilmente potrebbe attardarsi su un questo tipo di accertamento. S'imporrebbe, da questo punto di vista, un completo ripensamento anche delle misure in senso lato preventive.

Nel quadro di soluzioni più facilmente praticabili, per colmare il *deficit* di tassatività della disposizione, i professori De Simone e Militello – pur condividendo, come detto, la necessità di un reato di evento – propongono soluzioni diverse.

De Simone ritiene plausibile l'eliminazione degli eventi psichici (fondato timore; ansia e paura), per lasciare posto al solo evento tipico del “grave pregiudizio” alle abitudini di vita della vittima; sul presupposto che quest'ultimo avvenimento, consistente in un comportamento esteriore della vittima, sia l'unico oggettivamente verificabile<sup>31</sup>.

Militello, invece, suggerisce di riformulare la disposizione, mantenendo gli eventi psichici (perdurante stato di ansia o paura e, in alternativa, il fondato timore per l'incolumità), ma in modo tale che la fattispecie risulti integrata solo quando siffatti eventi siano tali da costringere la vittima ad alterare le proprie abitudini di vita<sup>32</sup>.

La prima soluzione – proposta da De Simone – non è del tutto convincente, in quanto l'evento della “alterazione” delle abitudini di vita, sia pure riformulato in termini di “grave pregiudizio” (alle abitudini di vita), è in sé solo apparentemente più determinato. Lo dimostra la comparazione con la norma tedesca (§ 238 StGB), in cui questo elemento, originariamente previsto come evento<sup>33</sup>, è parso indeterminato a molti commentatori, pure al cospetto di condotte tipiche meglio definite, salvo la clausola di analogia interna, prevista dall'attuale n. 8 del § 238 StGB<sup>34</sup>. Inoltre, tale elemento ha comportato una significativa dilatazione del bene

<sup>27</sup> Cass., Sez. V, 18 dicembre 2020, n. 2555, in *DeJure*.

<sup>28</sup> Così, per es., Cass., Sez. V, 17 settembre 2021, n. 42659, in *DeJure*.

<sup>29</sup> Cass., Sez. V, 26 settembre 2018, n. 1923, massima tratta da *DeJure*; conf., tra le più recenti, Cass., Sez. V, 27 aprile 2022, n. 19531, sempre in *DeJure*.

<sup>30</sup> La dottrina prevalente si esprime, tuttavia, in senso contrario a tale necessità: per una panoramica sul tema, si vedano, tra gli altri, F. VIGANÒ, *Il delitto di atti persecutori*, cit., 666 ss.; A.M. MAUGERI, *Delitti contro la libertà morale*, cit., 243 ss.

<sup>31</sup> Cfr. G. DE SIMONE, *La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti di riflessione per una futuribile riforma*, cit.

<sup>32</sup> V. MILITELLO, *Note a margine sulle proposte Cupelli e De Simone per la riforma dei reati contro la libertà personale*, cit.

<sup>33</sup> Sul passaggio, con la riforma del 2017, da delitto di evento a reato di mera condotta vissuto dal § 238 StGB, in sintesi, v. J. WESSELS, M. HETTINGER, A. ENGLÄNDER, *Strafrecht BT 1*, 42. Aufl., C.F. Müller, 2018, 128.

<sup>34</sup> Sui lamentati profili di indeterminatezza del § 238 StGB, v. L. KUHLEN, *Stalking als kriminalpolitisches Problem*, in *ZIS*, n. 3, 2018, 89 ss., il quale, tuttavia, considera superabili i dubbi in proposito, anche in ragione

protetto, intravisto nella stessa libertà di organizzazione della vita (*persönliche Lebensgestaltung*)<sup>35</sup>: una sorta di proiezione su più vasta scala della lesione della libertà di agire.

Anche nell'esperienza applicativa dell'art. 612 *bis* c.p. vigente, non è del tutto agevole stabilire quando le strategie difensive, usualmente adottate dalla vittima per sfuggire alla persecuzione, assumano la portata di un cambiamento di vita significativo, che deve apparire non occasionale ma non necessariamente irreversibile. Né mancano, in verità, sforzi giurisprudenziali tesi ad attribuire un connotato lesivo di tipo psicologico anche a questo evento.

Per quanto attualmente previsto in via alternativa agli altri due eventi, l'alterazione delle abitudini di vita – si ritiene – non può prescindere dall'accertamento di un disagio anche emotivo indotto nella vittima, cioè da una modifica non solo “quantitativa” ma anche “qualitativa”, in senso peggiorativo, delle abitudini di vita. In questo senso depono la lettura di alcune massime che valorizzano il riferimento testuale alla “costrizione”, stabilendo che, «ai fini dell'individuazione dell'evento alterazione o cambiamento delle abitudini di vita, occorre considerare il significato e le conseguenze emotive della costrizione sulle abitudini di vita cui la vittima sente di essere costretta e non la valutazione, puramente quantitativa, delle variazioni apportate»<sup>36</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, più consona alle esigenze di determinatezza appare la proposta del prof. Militello, alla stregua della quale gli eventi psichici finirebbero col costituire eventi intermedi e l'alterazione delle abitudini di vita l'evento tipico finale della fattispecie di atti persecutori.

Va per altro osservato che, anche oggi, non è raro imbattersi in pronunce nelle quali l'alterazione delle abitudini di vita viene richiamata, più che come elemento autonomo di fattispecie, quale indice di conferma di un'offesa già manifestatasi attraverso uno degli altri eventi contemplati dalla norma, nel quadro dell'osservazione dei comportamenti della vittima successivi all'aggressione<sup>37</sup>. La riformulazione proposta s'innesterebbe in una tendenza in qualche modo anticipata sul piano prasseologico.

Una simile riformulazione avrebbe anche il pregio di fissare in maniera più certa il momento consumativo, nonché di agevolare l'individuazione del termine per proporre querela; considerando che, attualmente, muovendo dalla natura alternativa dei tre eventi del reato, la giurisprudenza ritiene, in termini del tutto problematici, che lo stato di ansia o di paura possa anche sopravvenire all'alterazione delle abitudini di vita, con conseguente spostamento in avanti del momento consumativo<sup>38</sup>.

Difficile, tuttavia, pronosticare gli effetti che una modifica della fattispecie potrebbe avere sull'accertamento dell'elemento soggettivo.

Il discorso, in verità, sarebbe più complesso, in quanto andrebbero considerate le difficoltà di riscontrare un coefficiente doloso in capo alla categoria dello *stalker* c.d. “affettivo” e quella dello *stalker* “maldestro”, che neppure concepiscono la possibilità di essere respinti, tanto meno

---

dell'opera di concretizzazione della giurisprudenza.

<sup>35</sup> Sul bene giuridico del § 238 StGB, J. WESSELS, M. HETTINGER, A. ENGLÄNDER, *Strafrecht BT 1*, cit., p. 128; sull'ampiezza del relativo concetto e sulle applicazioni pratiche, v. J. EISELE, § 238, in *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch*, 30. Aufl., C.H Beck, 2019, Rn 31-32.

<sup>36</sup> Cass., Sez. V, 17 novembre 2020, n. 1541, in *DeJure*.

<sup>37</sup> Sulla base del fatto che il delitto di atti persecutori è sì «[...] un reato che prevede eventi alternativi, ma anche progressivamente declinati, laddove allo stato d'ansia e di paura - *ex se* sufficiente all'integrazione del reato - consegna il mutamento delle abitudini di vita. In altri termini, se è vero che ai fini dell'integrazione del reato è necessario e sufficiente il verificarsi anche di uno solo degli eventi alternativamente previsti dall'art. 612 *bis* c.p., nondimeno gli stessi possono progressivamente integrarsi procedendo dall'uno all'altro, in rapporto di continenza» (così, Cass., Sez. V, 8 luglio 2019, n. 48055, massima tratta da *DeJure*, anche in *Guida dir.*, n. 7, 2020, 100).

<sup>38</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 24 novembre 2020, n. 3781, in *DeJure*.

quella di ingenerare timore o paura nella vittima<sup>39</sup>.

Di tali difficoltà è specchio la giurisprudenza, quando, con riferimento agli eventi previsti dall'art. 612 *bis*, sembra accontentarsi di un dolo di pericolo: «l'elemento soggettivo è integrato dal dolo generico, il cui contenuto richiede la volontà di porre in essere più condotte di minaccia e molestia, nella consapevolezza della loro idoneità a produrre uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice e dell'abitudine del proprio agire, ma non postula la preordinazione di tali condotte – elemento non previsto sul fronte della tipicità normativa – potendo queste ultime, invece, essere in tutto o in parte anche meramente casuali e realizzate qualora se ne presenti l'occasione»<sup>40</sup>.

L'eliminazione degli eventi psichici comporterebbe, probabilmente, un ulteriore impoverimento dell'elemento doloso, essendo una modifica delle abitudini di vita della vittima, costituita, ad esempio, dal cambio di abitazione o di lavoro, una conseguenza il più delle volte non direttamente voluta dall'agente (che semmai ne accetta il rischio), in quanto non necessariamente funzionale ai suoi scopi persecutori. La riformulazione proposta dal prof. Militello, nella peggiore delle ipotesi, non cambierebbe nulla, ma non è escluso che essa potrebbe sollecitare un'indagine più attenta sul dolo degli eventi psichici intermedi.

Un'ultima considerazione riguarda la necessità di mettere ordine tra le circostanze aggravanti, sia in riferimento alla identificazione delle persone legate da coniugio o da altra relazione affettiva ed ai nessi con l'art. 572 c.p., di cui si è già detto, sia in merito a un diverso profilo problematico.

Mi riferisco, in particolare, all'attuale disciplina del fatto commesso attraverso strumenti informatici o telematici, al quale l'art. 612 *bis*, comma 2, c.p. conferisce la veste di circostanza aggravante. L'effetto singolare di questa norma è che la persecuzione a distanza, tramite questo mezzo, risulta punibile in modo tendenzialmente più grave dell'accerchiamento fisico della vittima.

Non si può certo trascurare il fatto che anche gli spazi virtuali meritano di essere protetti dalle aggressioni alla libertà morale, perpetrate, ad esempio, tramite la denigrazione nei *social network*<sup>41</sup>, e che la presenza di uno *stalker* in questi spazi, proprio perché non accertabile fisicamente, può risultare anche più destabilizzante di un appostamento fisicamente percepibile. Il fenomeno, solitamente tematizzato come *cyberstalking*, è quindi degno di una seria riflessione. Ma la disciplina attualmente in vigore, come detto, ne compie solo una maldestra trasposizione normativa.

---

<sup>39</sup> Sulle difficoltà poste dall'accertamento del dolo nello *stalking* si sofferma attentamente M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione "soggettiva" nell'ambito del delitto di atti persecutori (stalking)*, in *Ind. pen.*, 2014, 555 ss.; ID., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bononia University Press, 2020, 343 ss. Sulla base (tra l'altro) di tali difficoltà, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I, Delitti contro la persona*, cit., 391 è stato indotto a qualificare tali eventi come condizioni obiettive di punibilità.

<sup>40</sup> Cass., Sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6205, in *DeJure*.

<sup>41</sup> Per un'applicazione a contenuti diffusi tramite "Facebook", Cass., Sez. V, 31 marzo 2021, n. 19363, in *DeJure*.

# **BREVI OSSERVAZIONI SULLA PROPOSTA DI RIFORMA DEI DELITTI CONTRO LA LIBERTÀ MORALE DISCUSSA DALL’AIPDP\***

*Federico Bacco*

**Sommario:** 1. Introduzione; 2. Sull’autonomia concettuale e fenomenica della libertà morale; 3. Il delitto di atti persecutori: un precursore verso nuovi orizzonti di tutela? 4. “Leggere” la manipolazione attraverso la sofferenza psichica?

## **1. Introduzione**

Ringrazio l’Associazione Professori di Diritto penale per avermi chiamato a formulare questo intervento, che avrà ad oggetto cursorie osservazioni su proposte di riforma in tema di reati contro la libertà morale<sup>1</sup>.

Si tratta di un campo estremamente problematico tornato prepotentemente d’attualità anche a seguito dell’introduzione delle fattispecie di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.), di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612 *ter.* c.p.), nonché della fattispecie di tortura (art. 613 *bis* c.p.). Elemento che accomuna il disvalore di tali condotte, e più in generale le offese alla libertà morale, è la potenzialità ad arrecare danno alla capacità di autodeterminazione di un soggetto: aggressioni alla sfera psichica ed emotiva della persona, da intendersi come azioni atte a indebolire, condizionare o annullare la “libertà interna” del decidere.

Tale connotato da sempre caratterizza il bene della libertà morale come penalisticamente “impalpabile”, tanto rilevante nelle dinamiche della vita di relazione, quanto “processualmente sfuggente” al momento di verificarne i tratti. Le vicende storiche della tutela penale della libertà morale nell’ordinamento italiano trovano un momento spartiacque, indelebile e probabilmente irreversibile, nella dichiarazione di illegittimità costituzionale del famigerato delitto di plagio (603 c.p.)<sup>2</sup>. E non potrebbe essere diversamente, data la “profondità” della sentenza della Corte costituzionale: una pronuncia dalla risonanza non meramente giurisprudenziale, ma concettuale e “di sistema”, tale da coniare un principio (quello di determinatezza, intesa come verificabilità empirica e processuale del precetto) che oggi campeggia nella manualistica più autorevole quale corollario del principio di legalità<sup>3</sup>.

Ebbene, tali risvolti sono una conferma, ove ve ne fosse il bisogno, della necessità di riservare una costante, rinnovata attenzione al concetto penalistico di “libertà morale”, sia nell’interpretazione delle fattispecie che il codice pone a tutela di tale bene, ma anche in relazione a un discorso più generale che interessa l’intero impianto concettuale della tutela penale, in quanto il modo di concepire la fisionomia e gli spazi della libertà morale è suscettibile

---

\* Testo, con aggiunta di note, dell’intervento tenuto al seminario su “*La riforma dei reati contro la persona: i reati contro la libertà personale e morale*”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Palermo, il 16 settembre 2021.

<sup>1</sup> Per tutti, v. G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, Utet, 1960, 1640 ss. Per una sintesi v. T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, Aracne, 2013, 118 ss.

<sup>2</sup> Corte. cost., sent. 8 giugno 1981, n. 96.

<sup>3</sup> Per tutti, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VIII ed., Giappichelli, 2019, 113 ss.

di riflettersi anche sul come configurare la responsabilità in sé di un atto criminoso, spostando quindi l'ottica sul soggetto agente e sulla responsabilità penale *tout court*<sup>4</sup>.

## 2. Sull'autonomia concettuale e fenomenica della libertà morale

Preso atto dell'ampiezza del tema, è d'obbligo tuttavia circoscrivere le nostre riflessioni all'oggetto del presente incontro. Mi concentrerò in particolare su problemi relativi alle fattispecie in cui il bene della libertà morale appare potersi declinare in una prospettiva più marcatamente psicologica, ossia che pone l'accento sull'*inviolabilità* della sfera psichica quale interesse della persona da intendersi come assenza di sofferenza, e non solo come avamposto della libertà decisionale.

Relativamente alla collocazione sistematica, il prof. De Simone adombra l'ipotesi di una «eventualità di un accorpamento delle Sezioni II e III, in cui confluiscono ora, rispettivamente, i delitti contro la libertà personale e quelli contro la libertà morale»<sup>5</sup>. L'opzione non mi trova del tutto concorde; ritengo che un simile accorpamento finirebbe per accomunare ambiti che sollevano problemi tra loro differenti: il macroambito di tutela intitolato alla libertà morale si presta a nostro avviso a ulteriori distinguo, volti a dare risalto a orizzonti di fenomeni e di problemi che oggi meriterebbero una più definita considerazione.

In tale prospettiva, mi sembra pertinente parlare non semplicemente di “libertà morale”, ma estendere il discorso al tema dell’“integrità psichica”, richiamato dal prof. Nisco e da lui approfondito in letteratura<sup>6</sup>: bene concettualmente più funzionale alla definizione di offese il cui substrato sia costituito da forme di “sofferenza psichica”<sup>7</sup>.

Pur senza enfatizzare le ricadute concettuali delle classificazioni codicistiche, tenderei a ritenere che un accorpamento tra libertà personale e libertà morale rischi di far sbiadire i margini per un ulteriore, a mio avviso opportuno, riconoscimento di peculiarità per condotte in grado di indurre una sofferenza psichica quale momento fenomenico meritevole di rilevanza autonoma rispetto alle eventuali ricadute sul piano della libertà decisionale.

Si potrebbe quindi tracciare una linea di demarcazione tra l'ambito di tutela imperniato su fattispecie “classiche” come la violenza privata, nelle quali il disvalore si incentra sul momento attuativo della libertà di agire, e fattispecie in cui tale ricaduta appare quale effetto di un turbamento dell'equilibrio emotivo e psichico del soggetto, tale da indurre in primo luogo disagio e sofferenza. Il problema non è solo lessicale ma di sostanza, in quanto riteniamo che fattispecie di recente conio, come il delitto di atti persecutori, siano un esempio cristallino di tale prospettiva di intervento penale, ponendosi in primo luogo a salvaguardia della serenità emotiva e psichica della persona.

Parlare di “sofferenza psichica” significa richiamare un concetto ampio, definito in letteratura come “massimo comune denominatore” delle emozioni negative<sup>8</sup>. L'ingresso in gioco delle emozioni costituisce un fattore di difficile lettura e verifica sul piano probatorio; nondimeno, riteniamo doverosa una riflessione sul ruolo delle emozioni nell'equilibrio esistenziale di un soggetto<sup>9</sup>, e dunque sugli effetti profondamente impattanti che determinate

---

<sup>4</sup> *Ex plurimis*, v. G. FIANDACA, *Appunti sul “pluralismo” dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *Corte Ass.*, n. 1, 2011, 83; F. SANTONI DE SIO, *Per colpa di chi. Mente, responsabilità e diritto*, Raffaello Cortina, 2013, 117 ss.

<sup>5</sup> Cfr. G. DE SIMONE, *La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti di riflessione per una futuribile riforma*, in questo *Libro*, 310.

<sup>6</sup> A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Giappichelli, 2012; M. DEL RE, *Modellamento psichico e diritto penale: la tutela penale dell'integrità psichica*, in *Giust. pen.*, 1983, 173 ss.

<sup>7</sup> Cfr. A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., 151 ss.

<sup>8</sup> V. S. MICELI - C. CASTELFRANCHI, *Sofferenza psichica. Principi strutturali*, in *Sist. intel.*, 1997, 7 ss.

<sup>9</sup> Per un inquadramento concettuale di emozioni e sentimenti nel discorso penalistico, sia consentito il rinvio a

azioni possono provocare fino al deterioramento delle condizioni di vita di una persona.

### 3. Il delitto di atti persecutori: un precursore verso nuovi orizzonti di tutela?

Va fatta un'importante precisazione: le emozioni negative da prendersi in considerazione non vanno identificate nelle sensazioni di mero fastidio sensoriale che la letteratura angloamericana riconduce alla casistica del principio di legittimazione noto, ormai anche in ambito continentale, come “*Offense principle*”<sup>10</sup>. Ci riferiamo a stati più radicati e profondi, non meramente episodici ma perduranti.

È questa la strada che ha imboccato il legislatore italiano quando ha tradotto in disposizione codicistica il non facile retroterra fenomenico delle condotte di stalking: la formula è discutibile e certo migliorabile, ma il problema sullo sfondo è serio e la norma sullo stalking, al netto delle difficoltà applicative, ha un solido fondamento di legittimazione<sup>11</sup>. Non mi soffermerò sull'analisi giurisprudenziale del delitto di atti persecutori, già svolta egregiamente dal prof. Nisco. Mi sia concesso solo un richiamo ai lavori della Commissione interna all'Associazione Professori di Diritto Penale e a un interessante scambio di opinioni tra De Simone e Militello.

C'è concordia sulla “non granitica determinatezza” della fattispecie di stalking, soprattutto alla luce di approdi giurisprudenziali che persistono nel ritenere sufficiente uno standard probatorio degli eventi dannosi tutt'altro che inscalfibile<sup>12</sup>. Nel sostenere la necessità di una modifica strutturale della fattispecie di cui all'art. 612 *bis* c.p., De Simone propone «di eliminare dal testo della norma incriminatrice il riferimento ai due eventi maggiormente indiziati di indeterminatezza – il grave e perdurante stato di ansia o di paura e il fondato timore – e di prevedere, come unico evento tipico quello del grave pregiudizio alle abitudini di vita della vittima»<sup>13</sup>. La replica di Militello va invece in senso opposto, ritenendo che «Per realizzare invece un profilo più determinato della fattispecie, si potrebbe porre in relazione quegli stati psichici della vittima con il cambiamento delle abitudini di vita della vittima. In tal modo si irrobustisce il profilo delle modalità di lesione in quanto le minacce o le molestie devono provocare uno stato di timore, che a sua volta per essere sufficientemente circoscritto anche a fini probatori, deve comportare un mutamento delle abitudini della vittima. In definitiva, si potrebbe formulare la norma nei termini seguenti: “... da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva, tali da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita”»<sup>14</sup>.

Riterrei preferibile la seconda proposta, poiché, al netto di persistenti zone d'ombra sul piano applicativo, introduce in termini espliciti un profilo di idoneità causale che consente di recuperare pienamente la funzione logica e selettiva del mutamento delle abitudini di vita nel

---

F. BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Giappichelli, 2018, 22 ss.

<sup>10</sup> Cfr. J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. II, *Offense to others*, Oxford University Press, 1985.

<sup>11</sup> Sul tema, per tutti, v. A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, 2010; G. DE SIMONE, *Il delitto di atti persecutori*, Aracne, 2013.

<sup>12</sup> «La prova dell'evento del delitto [...] dev'essere ancorata a elementi sintomatici di tale turbamento psicologico ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente e anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l'evento, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata», v. Cass., Sez. V., 13 novembre 2014, n. 52260, in *Jus Explorer*.

<sup>13</sup> V. G. DE SIMONE, *La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti di riflessione per una futuribile riforma*, cit., 9 s.

<sup>14</sup> Cfr. V. MILITELLO, *Note minime sulle proposte Cupelli e De Simone per la riforma dei reati contro la libertà personale*, in questo *Libro*. 323.

*corpus* della norma. Secondo l'attuale formulazione, il cambiamento potrebbe interpretarsi come evento autonomo, complementare rispetto agli eventi psichici che lo precedono, e per il quale non è richiesto espressamente un nesso di causa-effetto. Attraverso il pronome "tali" si sposterebbe l'equilibrio della fattispecie verso l'evento del cambiamento delle abitudini, introducendo implicitamente un importante parametro per la verifica dell'intensità del turbamento e della complessiva ragionevolezza della decisione della vittima.

Pongo infine un interrogativo sul verbo "costringere": ove si tipizzasse, attraverso l'introduzione di "tali", un importantissimo profilo di modalità di lesione, potrebbe essere sufficiente richiedere l'"induzione" al mutamento delle abitudini di vita piuttosto che la "costrizione"? Il mutamento delle abitudini di vita, causalmente legato allo stato d'ansia, deve essere per forza una scelta "obbligata" e senza alternative? Lascio lo sviluppo dell'interrogativo a future riflessioni.

Per quanto la norma sugli atti persecutori continui a evidenziare legittime criticità, anche (soprattutto?) alla luce della non del tutto convincente pronuncia della Corte costituzionale<sup>15</sup>, ritengo che tale modello di intervento, se debitamente affinato, possa costituire un interessante spunto per (ri)affrontare il problema antico e modernissimo della manipolazione psichica e della connessa sofferenza.

#### 4. "Leggere" la manipolazione attraverso la sofferenza psichica?

Non v'è dubbio che, rispetto agli anni in cui il delitto di plagio dimorava nel nostro codice penale, il tema della manipolazione sia meno oscuro alle masse: il flusso di informazioni dovuto all'avvento della rete, unitamente a un crescente livello di alfabetizzazione in ambito psicologico, fanno sì che oggi il termine "manipolazione" sia meno oscuro, quantomeno nel suo significato minimale; esso aleggia ormai in diversi contesti, *in primis* con riferimento alle relazioni affettive, per poi estendersi a settori in cui finisce per intrecciarsi con concetti come persuasione e comunicazione<sup>16</sup>.

Al netto di possibili usi impropri, emerge un'accresciuta consapevolezza a livello sociale, la quale ha reso più sensibili le persone riguardo a forme di disagio emotivo derivanti da interazioni e relazioni personali<sup>17</sup>.

Il dibattito sul possibile vuoto di tutela creato dalla dichiarazione di illegittimità della norma sul plagio, e sull'eventualità di una sua riformulazione non si è mai sopito<sup>18</sup>. In questa sede non è possibile affrontare compiutamente la questione. Rilevo che nei lavori dell'Associazione non emergono proposte in tal senso, desumendo la volontà di non proporre nuove incriminazioni.

Nell'aderire in linea di massima a tale impostazione, mi permetto però di porre un interrogativo: l'incriminazione di forme di manipolazione mentale è davvero assente nel nostro sistema? O persiste in forma velata attraverso la supplezza giurisprudenziale di altre fattispecie che nell'attuale momento vengono orientate sull'offesa alla serenità psichica?

Pensiamo ad esempio al delitto di maltrattamenti in famiglia<sup>19</sup>: come osserva anche la Corte di Cassazione: «Il reato di maltrattamenti in famiglia è integrato dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie e i familiari ad atti di vessazione reiterata e tali da cagionare sofferenza, prevaricazione ed umiliazioni, in quanto costituenti fonti di uno stato di disagio continuo ed

<sup>15</sup> Corte cost., sent. 11 giugno 2014, n. 172.

<sup>16</sup> Cfr. R.B. CIALDINI, *Le armi della persuasione: Come e perché si finisce col dire di sì*, Giunti, 2022.

<sup>17</sup> V. S. MOULTON SARKIS, *Gaslighting: Recognize Manipulative and Emotionally Abusive People - And Break Free*, Hachette Books, 2018.

<sup>18</sup> Cfr. T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, cit., 223 ss.; A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., 115 ss.

<sup>19</sup> Per tutti, v. R. BARTOLI, *La tutela della persona dalle aggressioni violente. Maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572)*, in *Reati contro la famiglia*, a cura di M. BERTOLINO, Giappichelli, 2022, 199 ss.



incompatibile con le normali condizioni di esistenza. Rilevano infatti, entro tale prospettiva, non soltanto le percosse, le lesioni, le ingiurie, le minacce, le privazioni ed umiliazioni imposte alla vittima, ma anche gli atti di disprezzo e di offesa arrecati alla sua dignità, che si risolvano nell'inflizione di vere e proprie sofferenze morali»<sup>20</sup>.

La relazione del Gruppo di ricerca coordinato dai professori Larizza, Riondato e Visconti, che si è occupato dei “Reati in materia di Famiglia e formazioni sociali esistenziali”, ha osservato che un'ipotetica futuribile riforma dell'art. 572 c.p. potrebbe essere realizzata mantenendo l'attuale formula “maltratta” «con l'aggiunta, peraltro, nella parte finale della disposizione di una definizione legislativa su cosa si debba intendere con il verbo “maltratta”, seguendo, ad esempio, l'interpretazione fornita dalla Cassazione secondo la quale è riconducibile a tale nozione “la condotta di chi infligge abitualmente vessazioni e sofferenze, fisiche o morali, a un'altra persona, che ne rimane succube, imponendole un regime di vita persecutorio e umiliante”»<sup>21</sup>.

Mi sembra in questo senso un esplicito riconoscimento del fatto che il delitto di maltrattamenti in famiglia costituisca oggi univocamente un presidio a tutela dell'integrità e della serenità psichica dei membri di un nucleo familiare. Si tratta di un intento lodevole e condivisibile nel fine.

Mi domando però a questo punto se non sia preferibile pensare a una norma di nuovo conio per incriminare, usando parole della Corte di Cassazione, «la condotta di chi infligge abitualmente vessazioni e sofferenze, fisiche o *morali* (corsivo nostro), a un'altra persona, che ne rimane succube, imponendole un regime di vita persecutorio e umiliante».

Lungi dal riproporre un doppione della norma sul plagio, non sarebbe del tutto inopportuno pensare a una fattispecie che possa integrare e orientare in modo più definito l'intervento penale in tale senso, dando definitiva “visibilità codicistica” al bene dell'integrità psichica.

In questo senso ritengo che il modello del reato di stalking, imperniato su condotte a forma vincolata, potrebbe essere d'esempio, a patto di descrivere gli eventi tipici facendo uso di concetti che abbiano un'apprezzabile fisionomia medico-legale e una dimensione epistemologicamente più “controllabile” e definita, tale da doversi accertare tramite saperi tecnici, ed evitando quindi le ambiguità interpretative attualmente legate al delitto di atti persecutori. Mi permetto infatti di osservare che anche per lo stalking sarebbe auspicabile un mutamento giurisprudenziale tale da richiedere accertamenti diagnostici di tipo medico-legale degli eventi psichici (“perdurante e grave stato d'ansia”), senza demandare al giudice verifiche epistemologicamente forse troppo ambiziose<sup>22</sup>.

Una norma siffatta potrebbe essere strutturata in modo tale da incriminare: *“chiunque in ambito familiare, in un contesto di convivenza o di relazione affettiva, esercita vessazioni psicologiche in modo tale da cagionare una sofferenza psichica a una persona nelle forme di un disturbo d'ansia generalizzato, di un disturbo da stress post traumatico o di altri disturbi influenti in modo rilevante sull'equilibrio emotivo di una persona”*.

Da valutarsi in un secondo momento potrebbe essere l'eventuale estendibilità anche a

<sup>20</sup> Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 4849, in *Jus Explorer*.

<sup>21</sup> Si veda il documento “*Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali*”, in questo *Libro*, 504.

<sup>22</sup> In particolare, se l'accertamento degli eventi possa essere condotto in autonomia dal giudice o se necessiti di perizia medico-legale, per una sintesi delle diverse posizioni v. A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, cit., 135 ss.; in giurisprudenza prevale l'orientamento secondo il quale l'accertamento degli eventi costitutivi del reato, in particolare del perdurante e grave stato d'ansia, non richiede di essere provato tramite perizia medico-legale, essendo sufficienti i riscontri oggettivi e le dichiarazioni della vittima; v. Cass., Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 49681, in *Jus Explorer*; Cass. pen., Sez. V, 28 marzo 2018, n. 14200, in *Jus Explorer*. Sul tema si veda anche C. BARBIERI - L. BARBERO - V. PALIERO, *Il disturbo psichico nella dichiarata vittima di stalking tra espressione di trauma psicologico e limite alla testimonianza*, in *Rass. it. crim.*, n. 3, 2012, 195 ss.

contesti di lavoro e a relazioni diverse da quelle affettive.

Il difetto a nostro avviso più rilevante di tutte le proposte di reintroduzione di una norma incriminatrice della manipolazione mentale, è quello di insistere nella riproposizione di concetti come “soggezione psichica”, o “suggerione”<sup>23</sup>, che ancora oggi appaiono fuori dalla portata di strumenti di accertamento processuali. Un focus incentrato sull’integrità psichica e sul connesso profilo di lesione definito “sofferenza” appare più idoneo a cogliere il disvalore della manipolazione nelle sue ricadute sulla salute del soggetto, senza impegnare il giudice in problematici sindacati sulla razionalità delle condotte e senza scomodare problematici “agenti modello”, come invece si finirebbe per dover fare ove si adoperassero concetti come “capacità di sottrarsi alle imposizioni altrui”.

La sofferenza psichica, se tipizzata in modo adeguato attraverso concetti accreditati da saperi extragiuridici, è un evento che può assumere oggi consistenza e verificabilità. Pur non essendo coincidente con la manipolazione, può esserne un indice rilevante. E in questo senso ci sembra una strada ragionevole da percorrere per contrastare fenomeni, come le manipolazioni e le vessazioni psicologiche (pensiamo ad esempio anche al cosiddetto “*gaslighting*”<sup>24</sup>).

Diversamente, il diritto penale rischierebbe di ergersi a criterio ultimo di valutazione delle dinamiche di relazione umane, demandando al giudice la verifica di fenomeni che, come insegnato dalla Corte costituzionale, non possono essere (ancora) oggetto di verifica in sede processuale.

---

<sup>23</sup> Si veda il riepilogo dei progetti in T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, cit., 270 ss.

<sup>24</sup> Già considerato dai giudici come rilevanti ai sensi degli artt. 570 e 572 c.p. In questo senso sembra essersi pronunciata una sentenza della Corte di Appello di Torino, tuttora inedita benché commentata in rete, che ha qualificato tali condotte come “mobbing familiare”; si veda il commento pubblicato in [www.studiolegaletutone.it/download/Una%20sentenza%20della%20Corte%20di%20Appello%20di%20Torino.pdf](http://www.studiolegaletutone.it/download/Una%20sentenza%20della%20Corte%20di%20Appello%20di%20Torino.pdf).

RIFORMA DEI REATI CONTRO LA LIBERTÀ E  
L'AUTODETERMINAZIONE SESSUALE

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro

Gruppo per la riforma dei reati dolosi contro la persona: Sergio  
Seminara (coord.), Giuliano Balbi, Marta Bertolino, Malaika Bianchi,  
Sofia Braschi, Lara Ferla.



## RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO

### 1. Collocazione sistematica

Se, come appare corretto, la libertà sessuale costituisce una *species* della libertà di autodeterminazione – e questo avrebbe giustificato la collocazione dei fatti di violenza sessuale nell'ambito dei delitti contro la libertà morale -, è anche vero che sul piano valoriale la prima possiede una specificità, una pregnanza tale da giustificare, all'interno del titolo dedicato ai delitti contro la persona, un capo autonomo intitolato ai "*Deli*) contro la personalità sessuale", sì da ricomprendere anche i fatti posti in essere in danno di soggetti, come i minori, cui l'ordinamento non riconosce "libertà", o piena "autodeterminazione", in materia sessuale

Alla luce di queste considerazioni, suffragate dalla comparazione con altri ordinamenti, si propone quindi una collocazione autonoma delle fattispecie sessuali in un capo che andrebbe collocato dopo la sezione dedicata alla *libertà morale*, così da preservare coerenza strutturale all'attuale disciplina codicistica.

Il Capo è stato suddiviso, facendo nostra una soluzione differenziata per le ipotesi di vittime minori, nelle seguenti quattro Sezioni:

I Sezione: Delitti contro l'*autodeterminazione sessuale*;

II Sezione: Delitti contro l'*integrità sessuale dei minori*;

III Sezione: Delitti di *prostituzione, pornografia e sfruttamento sessuale di minori*;

IV Sezione: Disposizioni comuni.

Tale sistematizzazione avrebbe non solo il pregio metodologico di offrire una disciplina omogenea quanto a materia trattata, incorporando anche i reati *lato sensu* sessuali, ma anche, solo il profilo assiologico, di richiamare l'attenzione

1 sull'importanza dei beni da tutelare, soprattutto se relativi a soggetti minori di età, per i quali si propone un autonomo sotto-sistema in ragione della loro peculiare vulnerabilità e del più accentuato danno esistenziale che connota le fattispecie sessuali che li vede coinvolti come vittime. In proposito, il limite di età viene individuato nei diciotto anni. Questo, per esigenze di coordinamento sia con le Convenzioni internazionali ed europee dedicate alla tutela del minore, sia con le incriminazioni dei fatti di prostituzione e pornografia minorile.

### 2. Sulla fattispecie unificata di violenza sessuale

La polarizzazione della condotta tipica sul concetto di *a) sessuali* è una peculiarità del codice penale italiano, che trova solo parziale riscontro in taluni altri ordinamenti. Si tratta di una soluzione totalmente eccentrica rispetto al principio costituzionale di proporzione, che ha determinato l'irragionevole perequazione – in termini di afflittività – di fatti muniti di indici di offesa tra loro non comparabili. Anche attraverso la comparazione, si è giunti quindi alla conclusione di diversificare la tutela, predisponendo differenti tipologie di reati sessuali, di varia forma e gravità, sia con riferimento ai mezzi posti in opera (es. abuso, sorpresa vs. violenza o minaccia, ecc.), sia con riferimento al grado dell'offesa (es. molestie vs. atti sessuali, penetrativi o meno, ecc.).

Da qui la proposta di una disciplina articolata su di una pluralità di incriminazioni, dove le più gravi (l'una con vittima maggiorenne, Sez. I, art. 1, *Violenza sessuale*; l'altra con vittima minore di anni diciotto, Sez. II, art. 4, *Violenza sessuale in danno di minore*) risultano caratterizzate dal compimento di *a) sessuali penetrativi* che – inevitabilmente traumatici,

psichicamente patogeni, intollerabilmente invasivi, apicalmente offensivi - non possono essere equiparati, pur in presenza di una comune natura sessuale, ad atti quali baci o carezze non gradite, o al *toccamento fugace e repentino* di zone del corpo di interesse sessuale. Per queste ultime ipotesi, decisamente meno gravi, si propongono due fattispecie di *Aggressione sessuale* (Sez 2 I, art. 2, in caso di vittima maggiorenne; Sez. II, art. 5, nel caso di vittima di età inferiore agli anni diciotto). Si tratta di ipotesi strutturate sul compimento di atti oggettivamente sessuali, non penetrativi ma comunque caratterizzati da contatto fisico, che l'agente compie su taluno in assenza di un suo valido consenso.

## 2.1 Modalità della condotta tipica

Per quanto attiene alle modalità di realizzazione della condotta tipica, la riforma del '96 ha lasciato sostanzialmente inalterata l'originaria scelta codicistica di richiedere la presenza di indici di costrizione, su tutti la violenza e la minaccia. La soluzione da noi prospettata si colloca su coordinate profondamente diverse. Più equilibrata e rispondente a complessive istanze di razionalità sistematiche e di tutela ci appare infatti la scelta proposta, peraltro in linea con gli orientamenti oggi riscontrabili a livello internazionale, di ritenere il fatto integrato dalla sola *assenza di un valido consenso*: non necessariamente esplicito, evidentemente, ma comunque attuale e riconoscibile.

Da qui la necessità di definire in un autonomo articolo (v. art. 6) cosa si debba intendere per valido consenso quando si tratta delle ipotesi, di cui alla Sezione II, in cui la vittima sia un minore di età.

Al di fuori di queste ipotesi, il riferimento al "*valido consenso*" impone al soggetto che si accinge al compimento di atti sessuali, penetrativi e non, di appurare non solo che un consenso del partner vi sia, ma anche che questi fosse in grado di esprimerlo in modo libero e consapevole. Così, per quanto attiene in particolare alla fattispecie di atti penetrativi non consensuali realizzati con maggiore di anni diciotto, non andrà ritenuto valido il consenso prestato da soggetto in condizioni psico-fisiche fortemente alterate (ad esempio per precedente assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti) o in condizioni di minorazione psichica o fisica che escludano le capacità necessarie per la libera determinazione al compimento di atti sessuali. Il riferimento alla validità del consenso – da intendersi, come da acquisizioni consolidate, in termini di capacità naturale - si presta, nel contempo, a fornire alla prassi strumenti efficaci per escludere la tipicità nei casi in cui una persona, sebbene affetta da minorazione psico-fisica, abbia liberamente e consapevolmente acconsentito al rapporto sessuale.

Va evidenziato che una conseguenza di tale soluzione sarà la rilevanza penale del fatto di chi abbia rapporti sessuali con una prostituta tossicodipendente in stato di riconoscibile alterazione psichica, nonché dell'ipotesi in cui si tratti di persona da altri costretta a "vendere il proprio corpo".

Un'ulteriore ricaduta della soluzione adottata sarà il venir meno di un irragionevole squilibrio della tutela oggi prestata alla libertà di autodeterminazione in materia sessuale. Si pensi ad esempio all'ipotesi, connotata da una certa frequenza prammatica, del ginecologo che inganni la paziente facendole falsamente credere che determinati atti, sessualmente connotati *in obiecto*, siano strumentali alla visita. A tali ipotesi, allo stato atipiche in ragione dell'assenza di *violenza, minaccia o abuso di autorità*, verrà invece riconosciuta quella rilevanza penale che, in termini di disvalore, non può esser loro ragionevolmente negata. È pur vero che la prassi ritiene già oggi tali fattispecie tipiche tramite il ricorso ai concetti di *violenza impropria* e *violenza potenziale*, ma è anche vero che si tratta di *escamotage* dialettici dietro cui si nasconde un'evidente violazione del principio di tassatività. La riconduzione a legittimità dell'operato della giurisprudenza – non per pedissequo adeguamento alla prassi, ma per una precisa scelta

di razionalizzazione del sistema - costituirà un ulteriore effetto virtuoso della prospettata modifica della disciplina. Attribuito carattere tipizzante all'assenza di un valido consenso al compimento di atti sessuali - penetrativi e non -, abbiamo dovuto interrogarci circa la rilevanza da attribuire al caso in cui l'agente sia caduto in errore circa la presenza dello stesso. Il problema non attiene, evidentemente, all'ipotesi di errore scusabile, in cui la responsabilità andrà esclusa ai sensi della prima parte del primo comma dell'art. 47 c.p., ma a quella dell'errore che sarebbe stato evitato con la doverosa diligenza. In assenza di un'esplicita tipizzazione dell'ipotesi, colposa, dovremmo anche qui escludere la rilevanza penale del fatto, ma si tratterebbe di una soluzione decisamente poco equilibrata. All'introduzione di un'autonoma fattispecie - più rassicurante sul piano dommatico - abbiamo tuttavia preferito la previsione di una peculiare circostanza attenuante, di cui non sfugge la forte atipicità sistematica ma che a nostro avviso costituisce una scelta comunque preferibile in ragione del carattere decisamente meno complicato sul piano prammatico.

Vengono previste anche specifiche circostanze aggravanti sia per la violenza sessuale sia per l'aggressione sessuale. In particolare, per i delitti di cui agli artt. 1 e 2 tali circostanze attengono alle ipotesi in cui il fatto sia stato posto in essere *con violenza* o *con minaccia*; l'atto sessuale sia stato realizzato, dall'agente, *con abuso di un potere giuridicamente fondato*; quando vi sia stata la *determinazione nella persona offesa di uno stato di incapacità*. Il riferimento ai poteri giuridicamente fondati è strumentale a risolvere quelle incertezze e oscillazioni che caratterizzano oggi la prassi in tema di violenza sessuale realizzata con *abuso di autorità*. Da un lato, infatti, con la soluzione da noi prospettata resta fuori dall'ambito di tipicità dell'aggravante il *potere di fatto*, con quelle incertezze che non di rado ne accompagnano la ricostruzione; dall'altro - non risultando l'ipotesi limitata al solo contesto della subordinazione gerarchica di diritto pubblico - vengono invece inclusi gli abusi perpetrati nell'ambito dei rapporti di lavoro di diritto privato.

Per i delitti di cui agli artt. 4 e 5, che hanno come vittima un minore, viene prevista accanto alla circostanza aggravante della violenza o minaccia e a quella dell'abuso di un potere giuridicamente fondato, anche l'ipotesi dell'abuso di un potere di fatto - in ragione dei rischi connessi alla naturale soggezione del minore a figure di adulti che, a diverso titolo, possono rivestire ruoli significativi in ambiti importanti della sua esistenza - e quella relativa all'essere la vittima un minore di anni dodici.

### 3. Dal delitto di corruzione di minorenni alla nuova fattispecie di esibizioni sessuali

La Sezione II, relativa alla integrità sessuale dei minori, oltre alle ipotesi già richiamate, prevede la nuova fattispecie di *Esibizioni sessuali* (art. 7). Secondo un modello di gravità discendente, questa disposizione, che sostituisce la tradizionale figura della corruzione di minorenni, al co. 1 incrimina il fatto di colui che, senza un valido consenso, faccia intenzionalmente assistere un minore di anni sedici al compimento di atti oggettivamente sessuali, e al co. 2 quello di chi compia *a) di esibizionismo*, dunque anche qui in assenza di qualsiasi contatto fisico, *nei confronti di un soggetto di età inferiore agli anni sedici* in assenza di un suo valido consenso. Al co. 3 si incrimina la condotta di colui che mostri materiale pornografico a un minore, in questo caso *di anni quattordici* in considerazione del portato di offesa meno accentuato che connota questa ipotesi. Da rilevare che la disposizione non prevede quel dolo specifico *di indurre il minore a compiere o subire atti sessuali* oggi invece richiesto dall'art. 609 *quinquies*. Si tratta di una soluzione che, colmando un vuoto di tutela, ancora una volta riconduce a legalità l'operato di una prassi che tende oggi a elidere il dolo specifico dalla struttura della fattispecie: soluzione cui appaiono sottese esigenze di tutela condivisibili, ma allo stato evidentemente incompatibili con il principio di tassatività.

In relazione all'ipotesi di cui al co. 3, viene prevista la non punibilità del minore che mostri materiale pornografico ad altro minore consenziente che abbia comunque compiuto gli anni tredici. Si tratta di un'eccezione alla regola generale di cui all'art. 6, relativa all'invalidità del consenso prestato dal minore di anni 14, che trova fondamento nella minore offensività che connota, in generale, tale illecito, ma anche nella sostanziale irragionevolezza che sarebbe conseguita al sanzionare, nello specifico, momenti di vita tendenzialmente privi di un coefficiente adeguato di disvalore.

#### 4. Adescamento

Completa le fattispecie a tutela del minore quella di *Adescamento di minorenni* (art. 8), già presente nel codice all'art. 609 *undecies*. Rispetto a quest'ultima, quella proposta integra la definizione dell'adescamento per superare talune aporie logiche che la caratterizzano e meglio connotare la condotta tipizzata in termini di offensività. Trattandosi, infatti, di un reato c.d. preparatorio, per evitare la rilevanza penale di forme di adescamento prive di una reale portata offensiva, si è ravvisata la necessità di modulare l'illecito in termini di pericolo concreto. In tal senso, d'altra parte, indirizza già l'art. 23 della Convenzione di Lanzarote, là dove definisce l'adescamento come una proposta intenzionale di un incontro che si estrinsechi materialmente in comportamenti indirizzati e oggettivamente idonei alla realizzazione dell'incontro medesimo. Al fine dunque di conferire portata offensiva alla condotta tipica, requisito certo non assolto dallo scopo, allo stato richiesto, di commettere talune determinate ipotesi di illecito, è sembrato necessario non solo il contatto con un minore e la formulazione di una proposta di incontro, ma che tutto ciò si sostanziasse in un comportamento concretamente idoneo a mettere in pericolo il bene protetto: in breve, una condotta adeguata alla realizzazione dell'incontro.

È stata inoltre prevista una clausola di sussidiarietà espressa, onde risolvere eventuali questioni di concorso di reati a favore della fattispecie più grave.

Sul fronte del soggetto attivo, si è ritenuto anche per questa figura di reato di prevedere la clausola di non punibilità a favore del minore che commette il fatto nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni tredici.

#### 5. Errore sull'età

L'art. 9 dà rilevanza scusante all'errore o all'ignoranza inevitabili sull'età del minore. Si tratta della soluzione, a nostro avviso, maggiormente rispondente a complessive istanze di razionalità sistematica, e che si risolve, quanto a disciplina, nella sostanziale assimilazione di tale ipotesi a quella che strutturalmente le è più affine, ovvero all'errore sulle circostanze aggravanti. La minore età della vittima costituisce infatti, nelle fattispecie della Sezione II, un dato ulteriore rispetto alla tipicità di esse, la cui presenza determina la sottoposizione a un quadro sanzionatorio più elevato. Conseguentemente, l'agente risponderà dell'illecito anche nell'ipotesi di errore sull'età determinato da colpa. Non è qui peraltro possibile predisporre una circostanza attenuante in relazione a tale ipotesi. In caso di errore scusabile, l'agente non andrà infatti esente da pena, ma risponderà, ai sensi del secondo comma dell'art. 47, di *violenza sessuale*, ovvero del diverso reato comunque integrato pur non potendo porsi a suo carico quell'errore sull'età che non può essergli rimproverato. Con la conseguenza che la predisposizione di un'attenuante per il caso di errore evitabile, determinerebbe conseguenze totalmente irragionevoli, finendosi per punire in modo più grave l'ipotesi meno grave (errore scusabile → *violenza sessuale*; errore non scusabile → *violenza sessuale su minore* con pena attenuata).



## 6. Comunicazione al Tribunale per i minorenni

La Sezione dei Delitti contro l'integrità sessuale dei minori si chiude con l'art. 10, *Comunicazione al tribunale per i minorenni*, che sostanzialmente riproduce la disposizione di cui all'attuale art. 609 *decies*.

## 7. Nuova fattispecie di Lesione della riservatezza sessuale

Nella Sezione dedicata ai *Delitti contro l'autodeterminazione sessuale* è stata introdotta la fattispecie di *Lesione della riservatezza sessuale*. Essa non rappresenta un'assoluta novità, essendo stata recentemente introdotta una figura criminosa analoga (art. 612-ter c.p.) ad opera della l. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. Codice Rosso). Con questa nuova fattispecie si incrimina la diffusione di immagini o di video di contenuto sessualmente esplicito *senza il valido consenso* della persona rappresentata, anche qualora le immagini divulgate siano state prodotte e inizialmente diffuse dalla stessa vittima. Il secondo comma incrimina l'ipotesi in cui la medesima condotta abbia ad oggetto immagini carpite fraudolentemente. Si prevedono peculiari circostanze aggravanti relative alla specificità della vittima, se si tratta cioè di persona minore di età, o in condizione di inferiorità fisica o psichica, ovvero legata da rapporti personali qualificati, intercorsi o intercorrenti con l'agente, nonché un'attenuante per il caso di errore evitabile sul consenso alla divulgazione. Non si ripropone come necessario il *fine di recare nocumento* alla vittima, richiesto invece dal vigente art. 612-ter c.p., per conferire rilevanza a ipotesi munite di eguale disvalore rispetto a quelle oggi tipizzate: si pensi, ad esempio, alla divulgazione di immagini per scommessa o per vanteria nei confronti di amici, e così via.

Peraltro, al fine di evitare una possibile sovrapposizione di questa nuova fattispecie con gli attuali delitti di pedo-pornografia diventa necessario un coordinamento con questi delitti. Essi sono già stati oggetto di una prima revisione da parte del nostro Gruppo di lavoro, revisione che ha portato alla stesura di una bozza di articolato ancora in fase di definizione.

## 8. Sezione delle disposizioni comuni

La Sezione III è dedicata alle *Disposizioni comuni*, con l'obiettivo di organizzare in modo più sistematico e razionale la materia.

L'art. 11 disciplina le circostanze aggravanti comuni a tutti gli illeciti presenti nel capo codicistico. In particolare, al primo comma si prevede un aggravamento nel caso di partecipazione alla commissione del fatto da parte di due o più persone riunite. Così operando, si bilancia la scelta di non prevedere una autonoma fattispecie di violenza sessuale di gruppo, scelta che nasce dalle seguenti considerazioni. Innanzitutto, se l'introduzione nel 1996 di una fattispecie di violenza sessuale di gruppo era stata motivata dalla esigenza di una risposta sanzionatoria particolarmente rigorosa nei confronti di condotte fortemente pregiudizievoli per la vittima in termini sia fisici sia, soprattutto, psichici, un severo trattamento sanzionatorio può essere assicurato anche in assenza di una specifica tipizzazione grazie alla possibilità del concorso, accanto a quella speciale di cui all'articolato, di circostanze aggravanti già presenti nel nostro codice penale come quelle di cui agli artt. 61, n. 5 (minorata difesa); 112, nn. 1, 2, 3 e 4, c.p. Se poi gli agenti – come frequentemente accade – dovessero abusare “a turno” della vittima, ciascuno di essi sarà assoggettabile a una pena che a questo punto può già arrivare a 30 anni di reclusione.

Se poi la ragion d'essere dell'autonomia della violenza sessuale di gruppo riposa nella sua specificità criminologica, riferibile al fenomeno del branco, all'assoluta reificazione – e fungibilità - della vittima, all'amplificazione delle capacità criminali dei singoli caratterizzata da un reciproco indebolimento dei freni inibitori, tale peculiarità tipologica non sembrerebbe, di per sé sola, giustificare il mantenimento di un'autonoma incriminazione. Tanto più in ragione del fatto che la prassi ha finito per applicarla a ipotesi totalmente estranee a tale specificità. La violenza sessuale di gruppo è stata infatti ritenuta integrata, con buona pace del branco, anche se posta in essere da due sole persone. Nel contempo, l'intrinseca maggiore gravità che ne dovrebbe giustificare l'esistenza è ormai dispersa in decisioni che la ravvisano anche nella realizzazione di atti sessuali di modestissima portata offensiva.

Al co. 2 si disciplina, con riferimento ai delitti di cui alla Sezione II, il *bilanciamento fra circostanze eterogenee* a favore di quelle aggravanti, che non possono risultare soccombenti rispetto alle attenuanti, ad eccezione, così come già attualmente previsto, di quelle di cui agli artt. 98 e 114 c.p. Pur trattandosi di una scelta che, limitando il bilanciamento e quindi la discrezionalità del giudice, favorisce un certo automatismo sanzionatorio, essa risponde all'interesse preminente del minore di una tutela rafforzata. In ragione di ciò si è preferita questa soluzione a quella del computo degli aumenti e delle diminuzioni per ciascuna di esse, o a quella 10 opposta del bilanciamento libero da vincoli di cui all'art. 69 c.p.

Al co. 3, come già oggi previsto, si mantiene l'aggravante dell'aver commesso i fatti con l'utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche.

L'art. 12 attiene alle *condizioni di procedibilità*: a querela o d'ufficio. Quanto ai termini per la presentazione della querela, si prevede il termine di dodici mesi per i reati di cui agli artt. 1 e 2, di sei mesi per quello meno grave di *Lesioni alla riservatezza sessuale* (art. 3). Rispetto alla attuale disciplina, si è nel contempo preferito evitare un generico, farraginoso e non del tutto pertinente rinvio all'art. 597 co. 3, elencando, restringendoli, i soggetti a cui compete la presentazione della querela in caso di morte della persona offesa

Il capo si chiude con l'art. 13, relativo a *Pene accessorie ed altri effetti penali*. L'articolo riproduce quanto già previsto dall'attuale art. 609 *novies*, ma con una significativa novità quanto a pene accessorie. L'applicazione di quelle previste al co. 1, nn. 1, 2, 3, 4, 5, da obbligatoria diventa facoltativa, lasciata cioè alla discrezionalità giudiziale, in sintonia con gli ormai consolidati orientamenti della Corte costituzionale in tema di automatismi sanzionatori. Al contrario, si mantiene l'automatismo per la pena accessoria di cui al co. 2 in considerazione della tipologia di illecito per la quale è comminata

L'altra novità riguarda le *misure di sicurezza* applicabili. Al n. 3 del co. 2 si prevede una nuova figura, dettata dalla natura dei reati e da quello che riteniamo essere l'approccio più corretto, tipologicamente, nei confronti dei suoi autori. Il condannato può infatti chiedere, in via alternativa a quella attualmente già prevista dell'obbligo di informare la polizia dei propri spostamenti, la *sottoposizione a un trattamento psicologico con finalità di recupero e sostegno*. Con questa previsione il trattamento terapeutico non solo rinforza il profilo della prevenzione speciale positiva, ma assume, anche ideologicamente, autonoma rilevanza, non essendo più relegato, come invece accade attualmente, a mera modalità di esecuzione della pena ai sensi del comma 1-bis dell'art. 13-bis l. 26 luglio 1975, n. 354.

## **PROPOSTA DI ARTICOLATO**

### **Capo I**

#### ***Dei delitti contro la personalità sessuale***

#### Sezione I

##### *Dei delitti contro l'autodeterminazione sessuale*

###### *Art. (1). Violenza sessuale.*

Chiunque compie atti sessuali penetrativi nei confronti di taluno, senza il suo valido consenso, è punito con la reclusione [X]

La pena è aumentata se il fatto è commesso:

1. 1) con violenza o minaccia;
2. 2) con abuso di un potere giuridicamente fondato;
3. 3) determinando nella persona offesa uno stato di incapacità.

La pena è diminuita nel caso di errore evitabile sul consenso.

###### *Art. (2). Aggressione sessuale.*

Chiunque, senza un valido consenso, compie atti oggettivamente sessuali non penetrativi mediante contatto fisico ovvero induce taluno, senza il suo valido consenso, a compiere i medesimi su sé stesso, è punito con la reclusione [X - -]

Si applicano le circostanze previste dall'articolo (1), secondo e terzo comma.

###### *Art. (3). Lesioni alla riservatezza sessuale.*

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il valido consenso della persona rappresentata, è punito con la reclusione [X].

Alla stessa pena soggiace chiunque compie le condotte di cui al primo comma, quando le stesse abbiano ad oggetto immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, carpite fraudolentemente.

La pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o di un minore di anni diciotto.

La pena è diminuita nel caso di errore evitabile sul consenso.

#### Sezione II

##### *Dei delitti contro l'integrità sessuale dei minori*

###### *Art. (4). Violenza sessuale in danno di minore.*

Se il fatto di cui all'art. (1) è commesso nei confronti di persona di età inferiore agli anni diciotto, si applica la pena della reclusione [ X + ].

La pena è aumentata se il fatto è commesso:

1. 1) con violenza o minaccia;
2. 2) con abuso di un potere giuridicamente fondato o di un potere di fatto;
3. 3) nei confronti di un minore di anni dodici.

La pena è diminuita nel caso di errore evitabile sul consenso.

*Art. (5). Aggressione sessuale in danno di minore.*

Se il fatto di cui all'art. (2), primo comma, è commesso nei confronti di persona di età inferiore agli anni diciotto, si applica la pena della reclusione [ X - + ].

Si applicano le circostanze di cui all'art. (4), secondo e terzo comma.

*Art. (6). Valido consenso.*

Agli effetti della presente Sezione, si considera valido il consenso se prestato:

1) dal maggiore di anni quattordici;

2) dal maggiore di anni tredici, quando la differenza di età fra i soggetti non è superiore ai quattro anni.

Non è valido il consenso prestato dal minore di anni diciotto nei confronti di chi abbia sul medesimo un potere giuridicamente fondato o un potere di fatto.

*Art. (7). Esibizioni sessuali.*

Chiunque fa intenzionalmente assistere un minore di anni sedici al compimento di atti oggettivamente sessuali senza il suo valido consenso è punito con la reclusione [ X - + - ].

Alla stessa pena soggiace chiunque compie atti esibizionistici in presenza di un minore di anni sedici senza il suo valido consenso

Chiunque mostra materiale pornografico a un minore di anni quattordici è punito con la reclusione [ X - + - - ].

La pena è aumentata se il fatto è commesso nei confronti di un minore di anni dodici

Non è punibile il minore che commette il fatto di cui al terzo comma nei confronti di un minore consenziente che abbia compiuto gli anni tredici.

*Art. (8). Adescamento di minorenni.*

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di commettere i reati di cui agli artt. 600, 600 bis, 600 ter, 600 quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater.1, 600 quinquies, (4), (5), adesci un minore di anni sedici ovvero, al fine di commettere il reato di cui all'art. (7), un minore di anni quattordici, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione [ X + - - - ].

Per adescamento si intende qualsiasi atto, realizzato anche mediante l'uso della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione, volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici o lusinghe o a intimidirlo attraverso minacce, concretamente idoneo ad ottenere l'incontro.

Non è punibile il minore che commette il fatto di cui al terzo comma nei confronti di un minore consenziente che abbia compiuto gli anni tredici.

*Art. (10). Ignoranza dell'età della persona offesa.*

Per i delitti previsti nella presente Sezione, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile.

*Art. (11). Comunicazione al tribunale per i minorenni.*

Quando si procede per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 600 bis, 600 ter, 600 quinquies, (4), (5), (7) e (8), ovvero per i delitti previsti dagli articoli 572, 600, 601, 602 e 612 bis, se commessi in danno di un minorenne o da uno dei genitori di un minorenne in danno dell'altro genitore, il Procuratore della Repubblica ne dà notizia al tribunale per i minorenni.

Qualora riguardi taluno dei delitti previsti dagli articoli (4), (5) e 572 e 612 bis se commessi in danno di un minorenne o da uno dei genitori di un minorenne in danno dell'altro genitore, la comunicazione di cui al primo comma si considera effettuata anche ai fini dell'adozione dei provvedimenti di cui agli articoli 155 e seguenti, nonché 330 e 333 del codice civile.

Nei casi previsti dal primo comma l'assistenza affettiva e psicologica della persona offesa minorenni è assicurata, in ogni stato e grado del procedimento, dalla presenza dei genitori o di altre persone idonee indicate dal minorenne, nonché di gruppi, fondazioni, associazioni od organizzazioni non governative di comprovata esperienza nel settore dell'assistenza alle vittime di reati di cui al primo comma e iscritti in apposito elenco dei soggetti legittimati a tale scopo, con il consenso del minorenne, e ammessi dall'autorità giudiziaria che procede.

In ogni caso al minorenne è assicurata l'assistenza dei servizi minorili dell'Amministrazione della giustizia e dei servizi istituiti dagli enti locali.

Dei servizi indicati nel terzo comma si avvale altresì l'autorità giudiziaria in ogni stato e grado del procedimento.

### Sezione III *Disposizioni comuni*

#### *Art. (12). Circostanze aggravanti.*

Le pene per i reati di cui al presente capo sono aumentate in misura (Y) nel caso di partecipazione, da parte di due o più persone riunite, alla commissione degli stessi.

Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le circostanze aggravanti di cui alla Sezione II del presente Capo non possono essere ritenute prevalenti rispetto a queste.

Le pene per i reati di cui al presente Capo sono aumentate in misura (Y) nei casi in cui gli stessi siano compiuti con l'utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche.

#### *Art. (13). Querela di parte.*

I delitti previsti dagli articoli (1), (2) e (3) sono punibili a querela della persona offesa.

Il termine per la proposizione della querela è di dodici mesi nei casi di cui agli articoli (1) e (2), di sei mesi nei casi di cui all'articolo (3).

Se la persona offesa muore prima che sia decorso il termine per proporre la querela, la stessa può essere proposta da ascendenti, discendenti, coniuge, parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, fratelli, sorelle, adottante e adottato.

La querela proposta è irrevocabile, salva l'ipotesi di cui all'articolo (3); in questo caso la remissione della querela può essere soltanto processuale.

Si procede tuttavia d'ufficio:

- 1) se il fatto di cui all'articolo (3) è commesso in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica;
- 2) se il fatto è commesso dall'ascendente, dal genitore, anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore ovvero da altra persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia o che abbia con esso una relazione di convivenza;
- 3) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni;
- 4) se il fatto è connesso con un altro per il quale si deve procedere d'ufficio.

#### *Art. (13). Pene accessorie ed altri effetti penali.*

La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale per alcuno dei delitti previsti dagli articoli (1), (2), (3), (4), (5), (7), (8), può comportare:

- 1) la perdita della responsabilità genitoriale, quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato;
- 2) l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno;
- 3) la perdita del diritto agli alimenti e l'esclusione dalla successione della persona offesa;
- 4) l'interdizione temporanea dai pubblici uffici l'interdizione dai pubblici uffici per la durata di cinque anni in seguito alla condanna alla reclusione da tre a cinque anni, ferma restando, comunque, l'applicazione dell'articolo 29, primo comma, quanto all'interdizione perpetua;
- 5) la sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte.

La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per alcuno dei delitti previsti dagli articoli (4), (5), (7) e (8), comporta in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o in altre strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori.

La condanna per i delitti previsti dall'articolo 600 bis, secondo comma, e dagli articoli (1), (4) e (5) comporta, dopo l'esecuzione della pena e per una durata minima di sei mesi, l'applicazione delle seguenti misure di sicurezza personali:

- 1) l'eventuale imposizione di restrizione dei movimenti e della libera circolazione, nonché il divieto di avvicinarsi a luoghi frequentati abitualmente da minori;
- 2) il divieto di svolgere lavori che prevedano un contatto abituale con minori;
- 3) l'obbligo di tenere informati gli organi di polizia sulla propria residenza e sugli eventuali spostamenti, fatta salva la possibilità di applicare in via alternativa su richiesta del condannato un trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno.

Chiunque viola le disposizioni previste dal terzo comma è soggetto alla pena della reclusione fino a due anni.

Sezione II – Atti del seminario di discussione

21 ottobre 2021

Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli





## **SPIGOLATURE A MARGINE DEL SEMINARIO “LA RIFORMA DEI REATI CONTRO LA LIBERTÀ’ E L’AUTODETERMINAZIONE SESSUALE”**

*Marta Bertolino*

Ai fini del diritto penale, nel confronto con il diritto alla sessualità, quello d'azione in sé (come libertà da) può essere considerato un diritto debole, nel senso che la sua tutela si presta ad essere declinata come tutela da condotte intrusive violente che si connotano secondo il paradigma dell'aggressione fisica, come è emerso dal recente Seminario sulla riforma dei reati contro la libertà personale e morale e dalla relativa proposta del gruppo di lavoro. Non così quando in gioco è la protezione del diritto alla libertà sessuale, rispetto al quale la dimensione della libertà di agire sessualmente secondo proprie scelte e convinzioni si fonde inscindibilmente con la libertà da comportamenti sessuali imposti.

Come riconosce infatti la stessa Consulta: «La violenza carnale costituisce invero, nell'ordinamento penale, la più grave violazione del fondamentale diritto alla libertà sessuale. Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire. Da tale qualificazione discendono precise conseguenze circa l'estensione della tutela accordata dall'ordinamento alle lesioni della libertà sessuale assoggettate a sanzione penale»<sup>1</sup>. Poste queste premesse, la Corte costituzionale stabilisce che la violenza allora carnale, oggi sessuale, «comporta ..., di per sé, la lesione di fondamentali valori di libertà e dignità della persona, e può inoltre dar luogo a pregiudizi alla vita di relazioni».

Questa prospettiva della centralità della persona e dei suoi diritti anche con riferimento alla sfera sessuale manifesta una sensibilità ideologica, che ha prima connotato la riforma del 1996 e poi favorito, sempre a livello legislativo, lo sviluppo di un microsistema differenziato dalla disciplina generale codicistica, quanto a circostanze, apparato sanzionatorio, definizione degli elementi del reato, come emblematicamente quello di violenza alla persona<sup>2</sup>. Le linee direttrici di questa evoluzione differenziata<sup>3</sup> anche nel settore dei reati sessuali sono stati i valori fondamentali della libertà di autodeterminazione e della dignità, secondo le indicazioni offerte della Consulta, sopra richiamata, prima ancora della riforma del 1996.

Quest'ultima, come è noto, inserisce la disciplina dei reati sessuali nella sezione del Codice penale dedicata ai delitti contro la libertà personale, nel titolo dedicato ai delitti contro la persona. Una scelta che è stata motivata proprio da siffatti valori, ma che tuttavia non li soddisfa pienamente, poiché la libertà sessuale degradata a libertà personale perde la connotazione di diritto soggettivo assoluto, come riconosciute proprio dalla Corte costituzionale.

Quello dei delitti contro la libertà personale è infatti un ambito sistematico posto a tutela

---

<sup>1</sup> Corte cost., sent. 18 febbraio 1967, n. 561.

<sup>2</sup> Cfr. F. PALAZZO, *La tutela della persona umana: dignità, salute, scelte di libertà*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, a cura di G. DE FRANCESCO - A. GARGANI - D. NOTARO - A. VALLINI, Giappichelli, 2019, p. 124, che richiama a titolo esemplificativo di tale sviluppo, proprio i reati sessuali.

<sup>3</sup> Come evidenzia ancora F. PALAZZO, *La tutela della persona umana*, cit., p. 129, con riferimento in generale alla tutela della persona.

della libertà di movimento, della facoltà di scegliere liberamente il luogo in cui trovarsi, e non della libertà di autodeterminazione, nel cui segno si era invece mossa la riforma del 1996 e si muove la proposta del nostro gruppo di lavoro di creare un Capo autonomo intitolato ai Delitti contro la personalità sessuale, dal forte impatto ideologico.

Nonostante la riduttiva collocazione sistematica, non vi è dubbio che già la stessa riforma sia stata connotata ideologicamente; che questa pregnanza ideologico-simbolica si sia espressa nei termini di garantire una maggiore tutela della persona-vittima; che l'orientamento ideologico abbia influenzato le scelte fondamentali e simbolicamente più significative del legislatore riformista. Con queste scelte si è confrontato il nostro gruppo di lavoro e di alcune di queste vorrei trattare nel mio intervento. Come è stato rilevato di recente<sup>4</sup>, l'indebolimento della fisiognomica della condotta tipica nei reati sessuali è ormai un dato incontestabile e forse un connotato ontologico della moderna fattispecie di violenza sessuale. Già da tempo, d'altra parte, tale inconsistenza di tipicità era stata evidenziata da altri autori, tra cui chi vi parla, che con espressioni classiche, anche se meno originali ma più comuni e immediatamente intelligibili ai più, aveva parimenti lamentato una debolezza, se non una assenza di tassatività, delle fattispecie *stricto sensu* sessuali.

Due sono le ragioni principali di questo approdo, come è facile osservare volgendo lo sguardo al dibattito dottrinale e giurisprudenziale su tali reati:

- la presenza di un'unica fattispecie, l'art. 609-*bis*, che incrimina gli atti sessuali imposti, senza peraltro alcuna indicazione che aiuti a definire cosa si debba intendere per tali atti;

- la perdita di "fisicità" del mezzo costrittivo della violenza che con la minaccia tipicizza la condotta di violenza sessuale. A tale proposito è ormai noto il processo di c.d. "smaterializzazione", di "spiritualizzazione" del concetto di violenza, che caratterizza peraltro non solo il reato di violenza sessuale, che diventa sinonimo di costrizione e che la stessa Convenzione di Istanbul ha definitivamente suggellato e offerto agli Stati parti, invitandoli ad adeguarsi ad esso.

Ma strettamente collegato a questo fenomeno e causa dello stesso è l'affermarsi della cultura dei diritti, anche di quello alla libertà sessuale come libertà di scelte sessuali e libertà da costrizioni sessuali che spetta a qualsiasi persona e dunque anche alle donne, secondo una precisazione oggi ovvia, che tale non sarebbe stata nel 1595, quando, «a Wittenberg, furono pubblicamente sostenute cinquanta tesi per dimostrare che la donna non è una creatura umana»<sup>5</sup>.

Se dunque anche alle donne nella società contemporanea si riconosce il diritto di decidere liberamente della propria sfera sessuale, gli atti sessuali di cui all'art. 609-*bis* non sono più solo quelli imposti con la violenza, ma qualsiasi atto realizzato contro la volontà della persona che lo subisce.

Questi profili sono nevralgici e hanno qualificato la proposta del gruppo di lavoro di cui faccio parte. Cominciando dalla proposta a favore di una diversificazione delle condotte criminose, essa poteva seguire due percorsi: a) quello sul piano delle modalità della condotta tipica, distinguendo la costrizione con violenza o minaccia, ipotesi più grave di stupro, peraltro con possibilità di aggravamento se con atti penetrativi, da quella che non si avvale di questi mezzi, ipotesi meno grave di abuso sessuale. Questa disciplina è presente nel codice penale tedesco e lo era in quello spagnolo fino a qualche mese fa (v. la riforma, con la *Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, entrata in vigore il 7 ottobre 2022, a favore di una previsione unica di aggressione sessuale), che fanno comunque riferimento al concetto di atti sessuali; ovvero b) quello sul piano della tipologia di atto sessuale, distinguendo la fattispecie più grave consistente in atti penetrativi, lo stupro, da quella meno grave di atti sessuali non penetrativi, di aggressione o abuso sessuale, come presente nell'ordinamento penale della maggioranza degli stati europei, così in Francia, Portogallo e Inghilterra.

<sup>4</sup> Cfr. M. PAPA, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in *disCrimen*, 2-8-2019.

<sup>5</sup> F. DE ROBERTO, *Il femminismo*, in ID., *Il colore del tempo*, n. ed. Courmayeur, 1997, p. 102, ed. originale 1900.

Occorre, però, richiamare l'attenzione sul fatto che – come si è anticipato - anche le discipline che seguono la diversificazione secondo il percorso delle modalità, prevedono poi un aggravamento nel caso in cui lo stupro si realizzi con il compimento di atti penetrativi.

Insomma, l'indeterminatezza del concetto di atti sessuali ha spinto verso soluzioni differenziate che hanno sollecitato il gruppo di lavoro a riflettere sulla opportunità di superare l'attuale disciplina a favore di una più analitica, che guidata dal criterio della natura dell'atto sessuale distinguesse le ipotesi più gravi da quelle meno gravi. Ciò dovrebbe consentire una maggiore graduabilità della responsabilità, come imposto dal principio di proporzione, e favorire una maggiore precisione e determinatezza della fattispecie. Per la realizzazione di questi obiettivi, la previsione della circostanza attenuante della minor gravità del fatto si è rivelata inadeguata.

Quanto al secondo profilo, il processo di detassativizzazione del concetto di violenza con riferimento alle fattispecie sessuali rappresenta sicuramente un punto di non ritorno, e su cui mi sembra concordi anche Giulio De Simone, quando, in occasione dell'incontro del 16 settembre 2022 sulla riforma dei reati contro la persona, stigmatizzava la fuga in avanti del concetto di violenza a proposito dell'art. 610, ma non con riferimento all'art. 609-*bis*. Rispetto a quest'ultimo, dell'approdo ad un concetto ampio di violenza in sede ermeneutica non si può che prendere atto, alla luce anche delle direttive della Convenzione di Istanbul. In tale Convenzione, all'art. 3, si intende per violenza legata al genere e domestica qualsiasi atto che provoca o può provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica. Una assoluta equiparazione, dunque, fra violenza fisica e violenza psicologica che anche la giurisprudenza italiana accoglie, come testimoniato dal recente orientamento che si è andato affermando a proposito dell'espressione «violenza alla persona» per individuare i delitti per i quali l'art. 408, comma 3-*bis* c.p.p. prevede l'obbligo di dare avviso della richiesta di archiviazione alla persona offesa.

Per la Cassazione a Sezioni unite<sup>6</sup>, al fine della individuazione di questi delitti, in cui per la Corte rientrano dunque anche quello di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) e quello di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), occorre infatti orientarsi secondo il diritto convenzionale, «in quanto l'espressione “violenza alla persona” deve essere intesa alla luce del concetto di “violenza di genere”, risultante dalle pertinenti disposizioni di diritto internazionale recepite e di diritto comunitario». La violenza alla persona – conclude la Corte – va dunque attualmente «sempre intesa in senso ampio, comprensiva non solo delle aggressioni fisiche ma anche morali o psicologiche ...».

In tale ottica, la proposta da noi formulata di prevedere l'uso della violenza o della minaccia come circostanza aggravante consente di restringere tale violenza a quella solo fisica, mentre l'averla espunta dagli elementi tipizzanti la condotta costringiva apre alla possibilità di una fattispecie sessuale la cui illiceità dipende esclusivamente dalla volontà della vittima. Accedere a quest'ordine di idee, significa anche risolvere i problemi relativi alla tipicità e accertamento delle condotte c.d. repentine; quelle cioè che colgono di sorpresa la vittima e che con difficoltà possono essere ricondotte al paradigma della violenza, ma che invece si inquadrano in quello della volontà.

E così veniamo all'ultimo profilo: quello del consenso.

Già la Commissione Pagliaro nel 1991 aveva proposto una fattispecie di stupro consistente nel fatto di chi contro la volontà di una persona, si congiunge sessualmente con essa o compie atti di identico significato offensivo.

Volgendo lo sguardo all'estero, si conferma l'orientamento a favore di una fattispecie incriminatrice su base per così dire “volontaristica”, nel senso che la maggioranza dei paesi adotta una disciplina in cui per la sussistenza del reato è necessario che il fatto avvenga senza un valido

---

<sup>6</sup> Cass., Sez. un., 29 gennaio 2016, n. 10959.

consenso da parte della vittima. In tal senso si è orientata d'altra parte la recente riforma spagnola. Ciò peraltro non significa ancora che per la liceità dell'atto sessuale, penetrativo o meno che sia, occorra una dichiarazione di assenso da parte della vittima, nel senso, come invece si è sostenuto, della necessità di un previo e valido consenso, perché ciò presupporrebbe che l'attività sessuale sia in sé illecita, mentre non lo è. Essa diventa illecita solo là dove imposta, andando contro la volontà di colui che la subisce. L'espressione "senza un valido consenso" non va dunque intesa nel senso della necessità per la sussistenza del reato che la vittima manifesti, dichiarare il dissenso (*no means no*), disciplina incentrata sul dissenso, ma neanche che dia il proprio consenso (*yes means yes*), disciplina imperniata sul consenso, che rimanderebbe ad una visione "notarile" delle relazioni sessuali umane.

Quella sessuale è dunque una condotta neutra, che si colora di disvalore penale allorché risulta non consensuale per le oggettive condizioni in cui essa si svolge, condizioni dalle quali qualsiasi persona ragionevole avrebbe potuto desumere la mancanza di consenso della vittima. A tale proposito, possiamo parlare di «circostanze di presumibile consenso ambientale/situazionale», come fa Giovanni Flora in un suo scritto sul tema<sup>7</sup>. Ma già nel *Sexual Offences Act 2003* troviamo il riferimento alle circostanze dalle quali poter desumere ragionevolmente la volontà consenziente. In altri termini, si imputa (colpevolmente) all'agente di «non avere riconosciuto (non già un elemento – per così dire – negativo e poco tangibile, quale il mancato consenso, ma il dissenso in qualche modo manifestato dalla persona offesa»<sup>8</sup>.

Ed è da questa dimensione relazionale che occorre verificare la evitabilità o meno dell'errore sul consenso, nell'ottica non tanto del se punire, quanto in quella del quanto punire nel rispetto della proporzione della sanzione.

La soluzione più lineare è sembrata al gruppo di lavoro quella di dare rilievo anche all'errore evitabile, nei termini di una attenuazione della pena. Soluzione di disciplina, questa, preferita a quella della assoluta irrilevanza scusante anche se solo parziale dell'errore evitabile ovvero a quella di introdurre una autonoma fattispecie colposa. Quest'ultima previsione è certamente più innovativa, ma è anche più discussa nella dottrina.

Ma perché qualsivoglia innovazione legislativa in questo campo non rimanga una modifica dalla portata simbolica e puramente affermativa di valori, è necessario continuare a percorrere la strada della sensibilizzazione e del cambiamento delle norme socio-culturali che formano la subcultura che alimenta la delinquenza sessuale. Solo così si riuscirà a vincere definitivamente i miti che ancora accompagnano i fatti di violenza sessuale, a volte fin dentro le aule giudiziarie, con il rischio di trasformare quelli per stupro in processi alla vittima.

La vera lotta contro la violenza e gli abusi sessuali si combatte dunque fuori dai tribunali, implementando corrette, efficaci strategie di genere e con risposte, anche quando penali, non solo rivolte alla vittima, ma anche e soprattutto all'autore.

---

<sup>7</sup> G. FLORA, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di cupido nell'era postmoderna*, in *La tutela della persona umana*, cit., 19 ss., spec. p. 22.

<sup>8</sup> M. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, 25, 10, p. 297, il quale introduce un parametro di giudizio, di imputazione dato dalla colpa grave.

# OSSERVAZIONI SULLE PROPOSTE IN MATERIA DI REATI SESSUALMENTE CONNOTATI DEL GRUPPO DI LAVORO DELL'AIPDP

Anna Maria Maugeri

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Bene giuridico tutelato; 3. Sulla fattispecie unificata di violenza sessuale; 4. Le modalità della condotta, l'assenza di un valido consenso; 4.1. La validità del consenso: qualche considerazione; 5. Aggravanti: *con abuso di un potere giuridicamente fondato*; 6. Violenza di gruppo; 7. La tutela dei minori.

## 1. Premessa.

Nel procedere a un breve commento sulle proposte di riforma dei reati sessualmente connotati presentate dall'AIDP, sia consentito ricordare in premessa che il settore dei reati sessualmente connotati è un settore particolarmente esposto anche mediaticamente, in cui emerge talora la logica del c.d. diritto penale del nemico come diritto penale d'autore, che arriva a porsi in contrasto con il principio di materialità e offensività, con l'emergere del rischio di criminalizzare l'atteggiamento interiore dell'autore<sup>1</sup>.

Si tratta di qualcosa di più del diritto penale della prevenzione, ma di un diritto penale del nemico basato sulla presunzione di pericolosità desumibile dall'appartenenza a una categoria soggettiva, quella degli autori di reati sessuali, con la tendenza a prevedere *pene sproporzionatamente elevate*<sup>2</sup>, che tendono alla eliminazione o alla esclusione o alla neutralizzazione<sup>3</sup>, piuttosto che alla rieducazione,<sup>4</sup> e con la tendenza a relativizzare – se non eliminare - determinate garanzie processuali<sup>5</sup>.

L'affermazione di logiche proprie del diritto penale del nemico, o perlomeno di lotta, nonché di populismo politico, sono state favorite da due attori della normazione criminale «post moderni», oltre al legislatore nazionale, e cioè: a livello endoistituzionale o istituzionale tout court il legislatore sovrastale (politiche securitarie del legislatore europeo); a livello esoistituzionale il «formante mediatico» che «ha assunto un ruolo squisitamente politico criminale ormai assunto a pieno regime».

---

<sup>1</sup> M. CANCIO MELIÁ, *Diritto penale del nemico?*, in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI - M. PAPA, Giuffrè, 2007, 94 ss. In materia sia consentito il rinvio a A. M. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa University Press, 2021.

<sup>2</sup> M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, 81,

<sup>3</sup> F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.* 2006, 678.

<sup>4</sup> T. HÖRNLE, *Dimensioni descrittive e normative del concetto di "diritto penale del nemico"*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., 108.

<sup>5</sup> M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, 81. Con riferimento all'ordinamento tedesco circa l'emergere di modifiche dell'ordinamento processuale penale ispirate alla logica del diritto penale del nemico cfr. W. HASSEMER, *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Esi, 2000, 100 ss. Ai tre profili sopra evidenziati (anticipazione della tutela,...; esemplarità della pena e riduzione delle garanzie processuali) F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2007, 472 aggiunge o meglio specifica "4) sotto il profilo penitenziario, nella sottoposizione a regime di sorveglianza speciale e nella non applicazione delle misure alternative o riduttive della detenzione; 5) sotto il profilo preventivo, nella applicazione di misure di prevenzione, personali e patrimoniali".

In relazione al primo attore della normazione, emerge talora la tendenza del legislatore europeo ad adottare la logica del diritto penale di lotta, che «si candida a diventare *una costante epistemologica* del diritto penale europeo, e quindi, a pioggia, nazionale»<sup>6</sup>; in questa direzione sono inquadrati le più recenti decisioni quadro in tema di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei minori, tratta degli esseri umani ecc.<sup>7</sup>. Con riferimento al secondo attore, i media sono oggi costruttori della realtà «mediatica» del crimine, come dimostra la constatazione che l'immagine televisiva del crimine influenza l'agenda delle politiche di contrasto alla criminalità, anche se spesso per le sue intrinseche distorsioni ostacola il formarsi del consenso sociale per policy razionali e legittime<sup>8</sup>.

Con specifico riferimento ai crimini di carattere sessuale, la trattazione mediatica è quantitativamente superiore alla trattazione che i mass-media riservano ad altre categorie di reato (quindi non in termini assoluti, ma relativi), risultando sovrastimati con una distorsione quantitativa per eccesso; dal punto di vista qualitativo, dagli studi empirici emergono rilevanti indici di gravità delle notizie su questa categoria di reati, caratterizzate da una descrizione dei fatti colorita da espressioni allarmistiche ed enfatiche<sup>9</sup>. «Questa distorsione qualitativa è ancora più grave se si pensa che i reati sessuali rappresentano dei c.d. campanelli d'allarme per il pubblico (reati civetta), nel senso che si tratta di reati che, a differenza di altri, suscitano un forte allarme sociale e generano un elevato bisogno di sicurezza dei cittadini nei confronti della criminalità generalmente intesa»<sup>10</sup>.

Si realizza poi una distorta complicità tra mass media e forze politiche nel senso che attraverso una più o meno strumentalizzata campagna mediatica capace di amplificare singoli episodi e di esaltarne le note di efferatezza, si fomenta la paura del crimine e si crea un irrazionale senso di insicurezza nella collettività. Ad esempio si esaltano gli episodi di violenza sessuale efferata, che sono statisticamente ridotti rispetto alla massa di episodi "domestici" per opera di partner o conoscenti<sup>11</sup>; così come si stigmatizza lo straniero immigrato come il principale autore di stupri in Italia, il nemico da escludere dal consesso sociale e dalle garanzie penalistiche facendo circolare «online tabelle e grafici che non raccontano a pieno la realtà dei fatti, omettendo

---

<sup>6</sup> M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. E. KOSTORIS – R. ORLANDI, Giappichelli, 2006, 132-144.

<sup>7</sup> Cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 57 ss.: «il *novum* della legislazione europea e internazionale vigente è costituito da due aspetti: a) l'idea della lotta e l'impegno a una prassi conforme sono inseriti espressamente all'interno delle leggi penali o quanto meno delle leggi che "fanno corpo" con quelle penali nel definire la compiuta strategia di tutela; b) il clima di lotta, l'utilizzo lessicale di questo termine giuridico, di questo impegno collettivo al quale sono chiamati i pubblici poteri, giudici compresi sono ormai estesi a tutti i campi di intervento della "giustizia penale" dell'Unione Europea: dalle frodi comunitarie alla pedopornografia, dal riciclaggio al razzismo, dalla tratta di esseri umani agli stupefacenti alla criminalità economica, dai reati di immigrazione al terrorismo internazionale. Fenomeni estremi e fenomeni diffusi sortiscono il medesimo trattamento».

<sup>8</sup> G. FORTI – R. REDAELLI, *La ricerca criminologica*, in G. FORTI, - M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Atti del Convegno "La rappresentazione televisiva del crimine", V&Puniversità, 2005, 3; W. HASSEMER, *Il diritto attraverso i media: messa in scena della realtà*, in *Ars interpretandi* 2004, 160, il quale evidenzia che i media non necessariamente strumentalizzano le notizie, ma ne hanno una precomprensione diversa, in quanto hanno aspettative diverse e perseguono interessi diversi svolgendo il loro compito che consiste nella messa in scena della realtà.

<sup>9</sup> Cfr. M. BERTOLINO, *Reati sessuali e tutela dei minori: la prospettiva dei mezzi di informazione e quella dei giudici a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 342 s.; M. INNES, *Signal crimes and collective memory: the politics of media-police interactions*, in G. FORTI - M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, cit., 529 ss.; M. CATERINI, *La legalità penal-mediatica. La mercificazione del "prodotto" politico criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione*, in E.R. ZAFFARONI - M. CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Cedam, 2014, 161.

<sup>10</sup> Cfr. M. BERTOLINO, *Reati sessuali e tutela dei minori*, cit., 342 s.

<sup>11</sup> Cfr. sulla distorsione dell'informazione in questo settore M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *La televisione del crimine*, a cura di G. FORTI - M. BERTOLINO, cit., 213; sulle distorsioni quantitative e qualitative della comunicazione mediatica del crimine cfr. C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed effetti sociali dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 493 ss.

numerose variabili di un fenomeno orrendo che non va semplificato»<sup>12</sup>, per poi realizzare un mirato disegno selettivo che chiama i consociati a partecipare all'opera di legiferazione con la loro richiesta di ordine e sicurezza<sup>13</sup>, che viene ad arte raccolta e soddisfatta con interventi normativi di carattere penalistico, fondati su semplificazioni e pregiudiziali criminologiche<sup>14</sup>.

Anche nell'introdurre il c.d. Codice Rosso i firmatari del progetto di legge n. 1331 (poi assorbito dal d.d.l. 1455), richiamano più volte l'"allarme sociale" suscitato dalla violenza sessuale, l'"inidoneità" della disciplina allora vigente, in quanto prevedeva «pene troppo basse in relazione alla gravità oggettiva delle azioni», e l'esigenza di «dare una risposta immediata alle continue e legittime sollecitazioni dell'opinione pubblica»<sup>15</sup>; si è così giustificato un imponente apparato di incrementi sanzionatori e di circostanze aggravanti (accompagnati anche dal mutamento del regime di punibilità talora, come per gli abusi con minore divenuto procedibile d'ufficio, con pena da 6 a 12 anni), la dottrina parla in chiave critica di sanzionorrea<sup>16</sup>, di bulimia penalistica<sup>17</sup> e sottolinea che l'omaggio tributato alle capacità salvifiche della prevenzione generale negativa, esasperato sino al parossismo, è vano e vuoto, non incrementa la tutela delle vittime, ma piuttosto rischia di produrre danno determinando aporie e sperequazioni<sup>18</sup>. Solo per fare alcuni esempi: per la violenza sessuale la pena passa da 5 a 10 anni, a 6-12 anni, così che un bacio sgradito o lo sfioramento di un gluteo – se riconosciuti di minore gravità – non potranno scendere sotto i 2 anni di reclusione; quando i fatti puniti dall'art. 609-bis c.p. (anche quel bacio o sfioramento) siano commessi in danno di un infraquattordicenne, la pena starà tra i 9 e i 15 anni; per salire da 12 fino a 24 anni (il massimo edittale per un omicidio non aggravato), quando l'offeso sia infradecenne. «Un sussulto di lucidità ha, per adesso, sbarrato la strada alla castrazione chimica, non mancando di attizzare polemiche all'interno della compagine governativa»<sup>19</sup>.

Critiche a tali incrementi sanzionatori e a tale approccio prevalentemente punitivo sono state sollevate dal mondo femminista che non chiede in una mera logica retribuzionista il ricorso esasperato al diritto penale o l'incremento delle sanzioni, come rivela il resoconto dell'audizione dell'associazione D.i.Re (Donne in rete contro la violenza)<sup>20</sup> presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati (XVIII legislatura) del 21 febbraio 2019, proprio in merito ai disegni di legge da cui è scaturito il codice rosso: «Il criterio con cui abbiamo esaminato la proposta di legge, è quello di individuare gli strumenti giuridici in grado di migliorare il sistema normativo nel primario ed effettivo interesse delle donne vittime della violenza maschile. Ed è in questa logica che riteniamo che l'innalzamento delle pene edittali per i più ricorrenti reati

<sup>12</sup> D. PUENTE, *I dati sugli stupri degli stranieri*, 6 Maggio 2019 - 13:46. Cfr. piuttosto A. GUERRIERI, *Le mani sulle donne. Islam, culture religiose, violenza sessuale dopo il capodanno di Colonia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 20 febbraio 2017, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it).

<sup>13</sup> Cfr. M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica*, cit., 200; D. L. ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il "discorso di paura"*, in *La televisione del crimine*, a cura di G. FORTI - M. BERTOLINO, **op. cit.**, 287 ss.; C. E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., 526.

<sup>14</sup> Cfr. A. GARGANI, *Premessa*, in *Commenti articolo per articolo, D.1.23.2.2009 n. 11, conv., con modif.*, in *I.23.4.2009 n. 38 - Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori* (GU 24.2.2009 n. 45; GU 24.4.2009 n. 95), in *Leg. pen.* 2009, 417.

<sup>15</sup> A. VALSECCHI, *Violenza domestica o di genere "Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità - Legge 19 luglio 2019, n. 69*, in *Diritto penale e processo*, v. 26, n. 2, 2020, 163 ss.

<sup>16</sup> G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e del sapere*, Giuffrè, 2018, 217.

<sup>17</sup> T. VITARELLI, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 3, 461

<sup>18</sup> T. PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida al diritto*, n. 37, 2019, 51.

<sup>19</sup> G. D. CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Diritto penale e processo*, v. 25, n. 5, 2019, 592.

<sup>20</sup> Tale Associazione che rappresenta 80 associazioni di donne che gestiscono centri antiviolenza e case rifugio operanti a livello locale in tutta Italia e lavora in sinergia con altre reti di donne a livello europeo, risultato di un lungo percorso e di un'esperienza di oltre 30 anni. Cfr. I. BORRASI, *Prime considerazioni sul "codice rosso"*, in *Riv. pen.* 2019, 9, 739: «L'idea che il modo migliore per tamponare l'ondata di violenza domestica e di genere sia la pena detentiva a tutti i costi, ha il sapore di una facile scorciatoia».

di violenza contro le donne, non siano di interesse per la loro tutela, appartenendo ad una logica emergenziale dalla quale la normativa che ci occupa deve discostarsi per mettere a fuoco quanto davvero possa al meglio tutelare l'incolumità e la dignità delle donne e dei loro figli. Diversamente da quanto certa opinione ricorrente è portata a credere, *alle donne non interessa chiedere una maggiore condanna dei loro maltrattanti per "vendetta"*, ma a loro interessa essere tutelate dal rischio del ripetersi della violenza e dalle conseguenze che sono costrette a subire assieme ai loro figli, in assenza di adeguati supporti e strumenti giuridici e sociali» (cor-sivo aggiunto). Si ripete questa osservazione anche in relazione alle singole fattispecie.

In questo contesto lo sforzo di razionalizzazione della legislazione in materia rappresentato dal lavoro del gruppo di ricerca dell'AIPDP, coordinato dal professore Seminara, nonché dalla professoressa Bertolino e dal professore Balbi, assume, allora, un particolare significato trattandosi sicuramente di un lavoro che non vuole prediligere logiche ispirate al c.d. diritto penale del nemico, sempre sottilmente incombenti, ma piuttosto a un corretto approccio costituzionalmente orientato, volto alla tutela dei beni in gioco - a partire dalla "personalità sessuale" e al corretto sviluppo psico-fisico dei minori - attraverso un giusto bilanciamento tra istanze garantiste, da una parte, e istanze efficientiste, dall'altra parte, nel rispetto degli obblighi di armonizzazione di fonte europea.

## 2. Bene giuridico tutelato.

Come si osserva nella Relazione del gruppo di lavoro dell'AIPDP coordinato dal prof. Seminara,<sup>21</sup> nell'ordinamento italiano la scomparsa del Titolo IX del codice penale non è stata casuale in quanto il bene giuridico "moralità pubblica e buon costume" ha perduto via via legittimazione, col progressivo svincolarsi del diritto penale dalla tutela moralistica di beni pubblicistici in seguito a un processo avviato, sotto il profilo teorico, già con il giusnaturalismo, incrementato con l'illuminismo di Beccaria (1764), e forse mai giunto a compimento. Ferme restando, allora, le persistenti contaminazioni tra diritto penale e protezione della morale, non si dubita del fatto che la morale e il buon costume non dovrebbero essere oggetto di tutela penale, ma piuttosto anche in materia sessuale devono essere tutelate le persone nella loro libertà di autodeterminazione.

Alla luce di tale separazione tra diritto e morale, nel 1996 il legislatore italiano ha compiuto la scelta di spostare i delitti di violenza sessuale e simili dal titolo IX, dedicato ai reati contro la moralità pubblica e il buon costume, al titolo XII dedicato ai delitti contro la persona<sup>22</sup>.

Nell'ambito dei delitti contro la persona il legislatore ha inserito nel capo III, dedicato ai "delitti contro la libertà individuale", una sezione I intitolata "delitti contro la personalità individuale" tra i quali compare una serie di incriminazioni volte a colpire lo sfruttamento di minori in attività di prostituzione e pornografia (art. 600 bis fino a 600 septies.2), nella sezione II,

---

<sup>21</sup> Cfr. *Relazione del Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale*, in <https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/>. Il gruppo di lavoro, coordinato dal prof. Sergio Seminara, è costituito dai prof. Giuliano Balbi, Marta Bertolino, Alberto Cadoppi. Al lavoro del gruppo hanno peraltro partecipato anche le dott.sse Malaica Bianchi, Università di Parma, Sofia Braschi, Università di Pavia, Lara Ferla, Università Cattolica del S. Cuore di Milano. La presente relazione, per quanto riguarda la Parte I, è il risultato di un'opera di coordinamento e di integrazione delle relazioni parziali dei componenti del gruppo, prof. Balbi, Bertolino, Cadoppi, realizzata da Marta Bertolino. Alla dott.ssa Lara Ferla si deve il lavoro relativo ai reati di prostituzione minorile e al trattamento sanzionatorio; alla dott.ssa Malaica Bianchi lo studio delle fattispecie di pornografia minorile con particolare riferimento al fenomeno del sexting (Parte II). La parte relativa alla tutela del pudore con riferimento agli artt. 527, 528 e 529 c.p. (Parte II) è opera della dott.ssa Sofia Braschi. Nel prosieguo sarà citata come Relazione.

<sup>22</sup> T. PADOVANI, *Commento all'art. 1, in Commentario delle "norme contro la violenza sessuale" (legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, 1996, 1 ss.



avente ad oggetto “i delitti contro la libertà personale”, si trovano invece le varie forme di violenza sessuale e di corruzione e adescamento di minorenni (art. 609 bis fino a 609 duodecies). In dottrina è stato lucidamente osservato che questa distribuzione dei reati in ambito sessuale tra le due sezioni appare artificiosa e insoddisfacente, soprattutto perché la frammentazione nega il legame esistente fra i delitti “proiettati sulla personalità sessuale della vittima, cioè sulla sfera più intima dell’individuo, che governa la sua capacità relazionale e il suo modo di essere nella società e trova copertura negli artt. 2 e 3, comma 2, Cost.”<sup>23</sup>.

Non solo, ulteriori perplessità ha suscitato la collocazione della violenza sessuale tra i delitti contro la libertà personale in cui si trovano le norme poste a tutela della libertà di movimento, piuttosto che nella sezione a tutela della libertà morale in cui rientrano le fattispecie – a partire dalla violenza privata – a tutela della libertà di autodeterminarsi, di compiere liberamente le proprie scelte<sup>24</sup>. La violenza sessuale è considerata “un’ipotesi speciale di violenza privata, qualificata dalla natura dell’atto che la vittima è costretta a fare o tollerare”<sup>25</sup>.

Alla luce di tali considerazioni appare *corretta e assolutamente apprezzabile* la proposta del gruppo di lavoro dell’AIPDP non solo di considerare i reati in materia come reati contro la libertà sessuale quale “species della libertà di autodeterminazione – e questo avrebbe giustificato la collocazione dei fatti di violenza sessuale nell’ambito dei delitti contro la libertà morale”, ma piuttosto di prevedere all’interno del titolo dedicato ai delitti contro la persona, un capo autonomo intitolato ai “Delitti contro la personalità sessuale”, in considerazione del fatto che “sul piano valoriale la prima possiede una specificità, una pregnanza tale da giustificare” una simile scelta, il bene tutelato è la “personalità sessuale della vittima”: come sopra evidenziato si tratta della “sfera più intima dell’individuo, che governa la sua capacità relazionale e il suo modo di essere nella società e trova copertura negli artt. 2 e 3, comma 2, Cost.”<sup>26</sup>. Tali reati offendono non solo la libertà di autodeterminazione sessuale, ma offendono la salute psicofisica e la dignità della persona umana. In tal modo si ricomprendono in tale capo anche i fatti posti in essere in danno dei minori, cui l’ordinamento non riconosce “libertà”, o piena “autodeterminazione”, in materia sessuale, ma nei confronti dei quali i reati sessuali rischiano di compromettere il sano sviluppo psico-fisico<sup>27</sup>. Il Capo è stato, poi, suddiviso, in Sezioni: I Sezione: Delitti contro l’autodeterminazione sessuale; II Sezione: Delitti contro l’integrità sessuale dei minori; III Sezione: Delitti di prostituzione, pornografia e sfruttamento sessuale di minori; IV Sezione: Disposizioni comuni.

Si evidenzia significativamente che una simile scelta si ritrova nella maggioranza dei codici penali europei, a partire dall’ordinamento tedesco “il cui StGB ha la sezione XIII dedicata ai delitti contro l’autodeterminazione sessuale. A quest’ultimo bene e alla libertà sessuale si intitola il capitolo V del codice penale portoghese, che disciplina i reati sessuali, a sua volta diviso in due sezioni, la seconda delle quali relativa alle vittime minori. Anche il codice penale spagnolo sistematizza i reati oggetto della presente indagine all’interno di un titolo autonomo, l’VIII, dedicato ai Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Il titolo è poi diviso in sei capitoli, di cui il secondo bis relativo agli abusi e alle aggressioni sessuali sui minori di anni sedici. Un’apposita sezione (la terza) intitolata alle aggressioni sessuali è prevista anche dal codice penale francese, all’interno del capitolo II, che disciplina gli attentati all’integrità fisica

<sup>23</sup> S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, in *Diritto penale – Lineamenti di parte speciale*, a cura di R. BARTOLI - M. PELISSERO - S. SEMINARA, Giappichelli, 2021, 166.

<sup>24</sup> G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale – Parte speciale*, vol I, *Tutela penale della persona*, III ed., Giappichelli, 283.

<sup>25</sup> T. PADOVANI, *Art. 2 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Cedam, 2006, 433.

<sup>26</sup> S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, cit., 166.

<sup>27</sup> G. BALBI, *I reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale*, in *La riforma dei reati contro la persona*, VIII Convegno nazionale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale, Napoli, 30 e 31 maggio 2019.

o psichica della persona, del titolo II relativo agli attentati alla persona del libro II, Dei crimini e delitti contro le persone”.

L'importanza di tale scelta, come segnalato nella Relazione, emerge innanzitutto sotto il profilo assiologico, richiamando l'attenzione sull'importanza dei beni da tutelare, anche in relazione ai minori “per i quali si propone un autonomo sotto-sistema in ragione della loro peculiare vulnerabilità e del più accentuato danno esistenziale che connota le fattispecie sessuali che li vede coinvolti come vittime”.

### 3. Sulla fattispecie unificata di violenza sessuale.

Il legislatore del 1996 ha eliminato la distinzione tra violenza carnale e atti di libidine violenti: la prima fattispecie richiedeva la congiunzione carnale (art. 519 c.p.), mentre la seconda “atti di libidine” diversi dalla congiunzione carnale (art. 521 c.p.); si prevedeva, inoltre, la fattispecie di congiunzione carnale, commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale (art. 520). Si è preferito introdurre una sola fattispecie di “violenza sessuale” che prevede la commissione di “atti sessuali” senza ulteriori specificazioni, senza fornirne una definizione, rimettendone l'interpretazione alla discrezionalità giurisprudenziale, anzi scaricando ancora una volta la “patata bollente” al giudice<sup>28</sup> (al punto che parte della dottrina ha subito denunciato problemi di compatibilità dell'espressione “atti sessuali” con il principio di legalità, sub specie di determinatezza<sup>29</sup>). Il legittimo auspicio di eliminare la necessità di indagini approfondite per accertare l'effettiva dinamica dei fatti al fine di distinguere tra la più grave ipotesi di congiunzione carnale e quella di atti di libidine, punita con pena ridotta di un terzo, ha finito per scontrarsi con l'esigenza di una corretta ricostruzione dei fatti ai fini della commisurazione della pena (art. 133 c.p.), dell'adempimento dell'obbligo di motivazione (art. 111, c. 6 Cost. e 125, c. 3, c.p.p.), a parte la necessità di distinguere i casi di minore gravità ex art. 609 bis, ultimo comma<sup>30</sup>.

Come si evidenzia nella relazione “la polarizzazione della condotta tipica sul concetto di *atti sessuali* è una peculiarità del codice penale italiano, che trova solo parziale riscontro in taluni altri ordinamenti. Si tratta di una soluzione totalmente eccentrica rispetto al principio costituzionale di proporzionalità, che ha determinato l'irragionevole perequazione – in termini di afflittività – di fatti muniti di indici di offesa tra loro non comparabili. Anche attraverso la comparazione, si è giunti quindi alla conclusione di diversificare la tutela, predisponendo differenti tipologie di reati sessuali, di varia forma e gravità, sia con riferimento ai mezzi posti in opera (es. abuso, sorpresa vs. violenza o minaccia, ecc.), sia con riferimento al grado dell'offesa (es. molestie vs. atti sessuali, penetrativi o meno, ecc.)”<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> In questa direzione A. CADOPPI, *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, ESI, 2022, 300.

<sup>29</sup> Così M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium Iuris*, 1996, 403; V. MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale* (art. 609 – bis c.p.), Cedam, 1999, 26; P. RICCI - M. O. VENDITTO - S. BASSI, *Violenza sessuale e risposta istituzionale. Considerazioni critiche sulla nuova normativa penale in materia*, in *Giust. Pen.* 1996, I, 373; A. PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Jovene, 1997, 29 ss.; G. FIAN-DACA, *La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura*, nota a sent. Cass. 27 aprile 1998, in *Foro it.*, 1998, III, 507 e ss. Contra G. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Giappichelli, 1997, 5; B. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale*, Giuffrè, 2000, 67; A. CADOPPI, *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale (l.n. 66/1996)*, in *Critica del diritto*, 1996, 132; A. GIARDA, *La repressione della violenza sessuale tra legge e costume*, in *Corriere giuridico* 1996, n. 8, 864; Cass., sez. III, 6 maggio 2004, in *Cass. pen.* 2006, 966.

<sup>30</sup> B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Cedam, 2013, 98 s.

<sup>31</sup> In questa direzione critica rispetto alla parificazione sanzionatoria di comportamenti troppo diversi con la riforma del 1996, cfr. M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, cit., 404; A. CADOPPI, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, in *Dir. pen. proc.* 2016, n. 11, 1469, propone di distinguere “più

In materia di violenza sessuale è vero come emerge dalla relazione che si rischia di violare il principio di proporzione perché, come evidenziato in altra sede, “a forza di concentrare l'intervento in materia sullo strumento penale emerge un'esasperazione punitiva e simbolica, sul modello del diritto penale del nemico”, “(fermo restando un corretto ampliamento della fattispecie di violenza sessuale negli ultimi anni in tutte le legislazioni europee)”<sup>32</sup>, e ciò non solo perché – come accennato all'inizio – un certo populismo penale strumentalizza i casi di violenza sessuale da parte di immigrati (esasperandone le note di efferatezza e mentendo spudoratamente sui dati statistici) al fine di ottenere il consenso per politiche sovraniste e antimigrazione, ma in generale nella prassi applicativa della fattispecie di violenza sessuale emerge una forte anticipazione dell'intervento punitivo. A parte la considerazione che si tratta di una fattispecie che prevede un minimo di ben sei anni e un massimo di dodici anni di reclusione dopo la riforma introdotta dal c.d. codice Rosso, l. 19 luglio 2019, n. 69; un simile minimo dovrebbe delimitare l'alveo delle condotte punibili ricomprendendovi solo condotte effettivamente e significativamente offensive del bene tutelato, ferma restando la possibilità di applicare l'attenuante prevista dall'ultimo comma dell'art. 609-bis. Si applica, invece, questa fattispecie, portatrice di una forte carica stigmatizzante in quanto incentrata su uno specifico tipo d'autore -lo stereotipo dello stupratore –, in relazione a casi quasi bagatellari e comunque con un disvalore e capacità offensiva assolutamente inferiore rispetto alle condotte di stupro e atti sessuali in senso stretto, ad esempio nei confronti di un bacio sgradito - purchè lo si possa ritenere sintomatico alla luce della morbosità della condotta tenuta dal reo nei confronti della vittima - o lo sfioramento di un gluteo<sup>33</sup>, con palese violazione del principio di offensività e di proporzione<sup>34</sup>. Si imprime l'etichetta di “violentatore sessuale” e il connesso biasimo sociale in seguito a condotte espressione di una sorta di pericolosità sessualmente connotata, se non mera espressione di stupidità o prevaricazione di genere.

Ciò è stato favorito da una dilatazione giurisprudenziale della fattispecie che, da una parte, accoglie una nozione ampia di atto sessuale, in seguito all'abrogazione con la riforma del 1996 della distinzione tra atto sessuale e atti di libidine<sup>35</sup> e «per effetto di soggettivizzazione “per contagio” derivante dalla connotazione in tal senso comunemente conferita agli atti di libidine

---

fattispecie a seconda del diverso grado o intensità della coartazione, e a seconda della diversa qualità degli atti commessi. Non si dovrebbe tornare alla distinzione vetusta, e legata a vecchi schemi morali, fra congiunzione carnale e atti di libidine violenti, ma si dovrebbero comunque elaborare diverse ipotesi normative, in una adeguata scala di gravità: dalle molestie sessuali allo stupro più feroce”; A. PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Jovene, 1997, 52; G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 284-288 s. che evidenzia la scarsa compatibilità con i principi di determinatezza e di proporzione.

<sup>32</sup> Per un'analisi sull'evoluzione di tale fattispecie in Europa, cfr. E. ARCIDIACONO - R. SELMINI, *Le denunce per violenza sessuale in Europa e negli Usa: alcuni spunti di riflessione*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2014, v. 37, n. 1, 14 in cui si evidenzia come numerosi paesi dal secondo dopoguerra hanno ampliato la definizione di violenza sessuale, includendovi comportamenti che una volta non erano considerati stupro; in molti paesi è stata eliminata la necessità di provare la resistenza della vittima, in alcuni paesi si sono posti limiti alla possibilità di valutazione dello stile di vita della vittima, si ammette (anche se più a livello legale che culturale) lo stupro da parte del coniuge; può essere vittima di stupro una donna, un uomo, una persona con diversa identità sessuale.

<sup>33</sup> Per la pacca sul sedere cfr. Cass. pen., sez. III, 2 luglio 2004, in *Guida al diritto* 2004, n. 39, 74; Cass., sez. III, 3 luglio 2003, in *Riv. pen.* 2003, 698; Cass. 19 settembre 2000, in *Riv. pen.* 2000, 993.

<sup>34</sup> Critico nei confronti di questa prassi da ultimo A. CADOPPI, *Il “reato penale”*, cit., 300 s.; A. CADOPPI - M. VITIELLO, *A Kiss is Just a Kiss, or Is It? A Comparative Look at Italian and American Sex Crimes*, in *Seton Hall L. Rev.*, 2010, vol. 40, 191 ss.; R. A. VAN CLEAVE, *Sudden, Forced, and Unwanted Kisses in the #MeToo Era: Why A Kiss is Not “Just A Kiss” Under Italian Sexual Violence Law*, in *Univ. of Detroit Mercy L. Rev.*, v. 96, 2019, 627 ss.

<sup>35</sup> Cfr. la ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza in materia di R.G. MARUOTTI, *Art. 609-bis – Violenza sessuale*, in *Reati contro la persona*, a cura di A. MANNA, Giappichelli, 2007, 656 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., 103 ss. sulla nozione di atti sessuali.

nella previgente fattispecie»<sup>36</sup>. Rientrano oggi nella nozione di violenza sessuale *ex art. 609-bis c.p.* sia le condotte di stupro, sia quelle di contatti “profondi” con zone erogene del corpo, ma anche, perlomeno “nei casi di minore gravità” previsti dall’ultimo comma dell’art. 609-bis – attenuante la cui interpretazione è rimessa all’assoluta discrezionalità giudiziaria<sup>37</sup> –, il bacio<sup>38</sup> o quelle che sono state definite «forme di sfogo “sessuale” senza contatto, nonché contatti leggeri in zone erogene (bacio “leggero” sulle labbra)», non mancano poi pronunce in cui si individua il delitto tentato o consumato per bacio sulla guancia<sup>39</sup> (o sulle labbra)<sup>40</sup>, o strofinamenti

---

<sup>36</sup> G. FLORA, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di cupido nell’era postmoderna*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, a cura di G. DE FRANCESCO, A. GARGANI - D. NOTARO - A. VALLINI, Giappichelli, 2019, 22 s.

<sup>37</sup> Nega la violazione del principio di tassatività Corte cost., sent. 22 maggio 2005, n. 325 pur evidenziando che “l’attenuante si pone quale temperamento degli effetti della concentrazione in un unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa, e della conseguente diversa intensità della lesione dell’oggettività giuridica del reato”; nella medesima direzione Cass., 2 luglio 2003, n. 36758, R., CED 226072. Per la nozione ampia Cass., 11 novembre 1996, in *RIML*, 1998, 582; Cass. 4 dicembre 1998, in *Cass. pen.* 2000, 930; Cass. 27 gennaio 1999, n. 1137, in CED 212821, che ha qualificato atti sessuali i toccamenti delle mammelle, delle cosce e il bacio a labbra chiuse; Cass., 1 dicembre 2000, n. 12446, in CED 218351; Cass. 4 luglio 2000, n. 7772, in CED 217017. Critico G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 294 che evidenzia che l’eccessiva discrezionalità viene esercitata irrazionalmente *in bonam partem*; S. VITELLI, *Atti sessuali e minore gravità nel delitto di violenza sessuale*, in *Arch. Pen.*, 2016, n.1, 63. Per un’ampia ricostruzione delle interpretazioni della nozione di atti sessuali cfr. M. BERTOLINO *Art. 609-bis c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. FORTI - S. SEMINARA - G. ZUCCALÀ, VI ed., Cedam, 2017 ss.

<sup>38</sup> Cass., 27 aprile 1998, n. 6651, in *Foro it.* 1998, II, 505, con nota adesiva di G. FIANDACA, *La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura*; cfr. Cass., 1 luglio 2002, n. 34297, P.c., in *Dir. e prat. lav.* 2000, 2957; Cass., 25 settembre 2000, in *Riv. pen.* 2001, 168; Cass. 7 luglio 2006, n. 23723, in *Dir. e prat. del lav.* 2006, n. 38, 2140, in cui si afferma che “commette il delitto di violenza sessuale di cui all’art. 609 bis c.p. nella configurazione attenuata di cui all’ultimo comma, e non il meno grave delitto di ingiuria, l’impiegato che, approfittando delle condizioni favorevoli nel luogo di lavoro, e pur senza compiere azioni particolarmente intrusive o a contatto con parti intime della vittima o spiccatamente erogene, realizza nei confronti di una collega di lavoro avances concretatesi in discorsi ed espressioni volgari, nello sfioramento del corpo della donna, nell’esibizione di fotografie oscene”. Cfr. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2001, 353; S. TABARELLI DE FATIS, *Sulla rilevanza penale del “bacio” come atto di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, in *Cass. pen.* 1997, 965 ss.; P. DAMINI, *Sulla nozione di “atti sessuali” ex art. 609-bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?*, in *Ind. pen.* 1998, 203 ss.; A. CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Cedam, 1999, 2<sup>a</sup> ediz., 51-67; A. Di MARTINO, *Sul bacio involato a “lei” che dissente (postilla in margine a G.U.P. Trib. Piacenza, 4 giugno 1998)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1999, 1522; A. STILE, *Anche la “pacca” sul sedere costituisce violenza sessuale. L’interpretazione della Cassazione sulla nozione di atto sessuale*, in *Cass. pen.* 2005, 4, 1182; sulla nozione di “casi di minore gravità” cfr. R. G. MARUOTTI, *op. cit.*, 672 ss.

<sup>39</sup> Cass., Sez. III, 26 settembre 2012, n. 44480 ritiene che il bacio sulla guancia integra il reato consumato; Cass. 7 aprile 2017, n. 13940 che considera tentata violenza sessuale il bacio sulla guancia quando è carpito con modalità coercitive; *contra* Cass. 5 maggio 2016, n. 18679 ritiene che si tratti di violenza privata.

<sup>40</sup> Cass., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 20712 che richiama Cass., Sez. III, 13 febbraio 2007, n. 25112 secondo cui “ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale va qualificato come “atto sessuale” anche il bacio sulla bocca che sia limitato al semplice contatto delle labbra, potendosi detta connotazione escludere solo in presenza di particolari contesti sociali, culturali o familiari nei quali l’atto risulti privo di valenza erotica come, ad esempio, nel caso di bacio sulla bocca scambiato, nella tradizione russa, come segno di saluto”, oppure si riconduce alla fattispecie di violenza sessuale il “caso di toccamento al seno”; Cass., Sez. III, 6 giugno 2008, n. 27762, B., in *CED Cass. pen.* 2008, «In tema di reati sessuali, il toccamento non casuale di una parte del corpo non considerata come zona erogena ma suscettibile di eccitare la concupiscenza sessuale, configura il delitto di violenza sessuale tentata e non quello di molestia sessuale (art. 660 cod. pen.), dovendosi quest’ultimo ritenere integrato solo in presenza di espressioni volgari a sfondo sessuale ovvero di atti di corteggiamento invasivo ed insistito diversi dall’abuso sessuale»; Cass., 5 giugno 2008, n. 27469, D. V., in *Guida al diritto* 2008, 40, 88, “In tema di reati sessuali, se il contatto corporeo posto in essere dall’agente nei confronti della vittima riguarda una zona diversa da quelle qualificabili come erogene, secondo la scienza medica, psicologica, antropologica, o comunque diversa da quella effettivamente presa di mira dall’agente, perché quest’ultimo è stato costretto a interrompere l’azione criminosa per la reazione della vittima o per altre ragioni, l’agente risponderà del solo tentativo del reato di vio-

in luoghi affollati<sup>41</sup>. Si è assistito a una vera e propria smaterializzazione degli atti sessuali<sup>42</sup>, soprattutto laddove la giurisprudenza non ha accolto dopo la riforma del 1996, l'orientamento oggettivo-scientifico, definito poi anatomico-culturale, più restrittivo che richiede «il contatto fisico tra una parte qualsiasi del corpo di una persona con una zona genitale (compresa la mammella nella donna), anale od orale del partner»<sup>43</sup> (contatto corporeo con zone erogene<sup>44</sup>), ma piuttosto ha adottato l'orientamento più ampio e soggettivizzante, volto a ricomprendere nella nozione di atti sessuali tutti i comportamenti precedentemente puniti come atti di libidine, e comunque «qualsiasi atto diretto ed idoneo a compromettere la libertà della persona attraverso l'eccitazione o il soddisfacimento dell'istinto sessuale dell'agente»<sup>45</sup>; o si abbraccia l'interpretazione definita “contestuale-relazionale” in base alla quale occorre prendere «in considerazione anche il “contesto” in cui il contatto fisico si realizza e, dunque, la complessa dinamica intersoggettiva che si sviluppa nell'ambito delle situazioni connotate da fattori coartanti»<sup>46</sup>, così riconducendo alla nozione di atti sessuali, di minore gravità, talune forme di molestie «facendo leva – per ripetere le parole contenute nella motivazione – sulla “complessiva valutazione di

---

lenza sessuale, se l'intenzione era comunque libidinosa. Diversamente opinando, del resto, dovrebbe essere chiamato a rispondere del reato consumato colui il quale afferra per le braccia una ragazza per baciarla senza raggiungere lo scopo per la reazione della vittima o per altre ragioni. In definitiva, deve ravvisarsi esclusivamente il tentativo del reato di violenza sessuale non solo quando gli atti idonei diretti in modo non equivoco alla perpetrazione dell'abuso sessuale non si siano estrinsecati in un contatto corporeo, ma anche quando il contatto corporeo, superficiale e fugace, non abbia potuto raggiungere una zona erogena, o comunque considerata tale e presa di mira dal reo, per la reazione della vittima o per altri fattori indipendenti dalla sua volontà. (Da queste premesse, la Corte ha ritenuto qualificabile come tentativo di violenza sessuale, e non come reato consumato, la condotta dell'imputato che si era limitato a toccare la gamba sinistra della persona offesa, avendo di mira la coscia e la zona genitale o comunque una zona erogena, ma desistendo subito dopo per la pronta reazione della vittima)”. Cfr. M. BERTOLINO *Art. 609-bis c.p.*, cit., 2017 ss.

<sup>41</sup> Cass. 16 dicembre 2016, n. 23781 ritiene si tratti di violenza sessuale consumata.

<sup>42</sup> Cfr. M. PAPA, *La fisiologica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in a cura di G. DE FRANCESCO - A. GARGANI - D. NOTARO - A. VALLINI, *La Tutela della persona umana*, cit., 145 ss.

<sup>43</sup> Così A. CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, cit., 48; N. MAZZACUVA, *Delitti contro la persona: altre ipotesi di tutela*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di S. CANESTRARI - A. GAMBERINI - G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - F. SGUBBI - L. STORTONI - F. TAGLIARINI, IV ed., 462. In tale direzione L. MONACO, *Art. 609-bis*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. CRESPI - G. FORTI - G. ZUCALÀ, Cedam, 2008, 2087 ss., e D. PROVERBIO, *Commento all'art. 609-bis*, in *Codice penale commentato, Artt. 1 - 384-bis*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, Ipsa, 2012, 3169-3170; F. MANTOVANI, *I delitti sessuali*, in AA.VV. 1988, 253; Cass. 6 febbraio 1997, *Coro*, CED 207299; Cass. 9 ottobre 1997, *Corsaro*, in *Foro it.* 1998, II, 505.

<sup>44</sup> G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 285 e 289: “il contatto con zone del corpo sessualmente pregnanti secondo la valutazione socio culturale propria del macro contesto ordinamentale di riferimento, a connotare l'atto come sessuale, a prescindere dalle convinzioni dei soggetti coinvolti o del loro modo di vivere la sessualità”. Anche se pur partendo da un approccio oggettivo, basta il contatto fugace ed estemporaneo, cfr. Cass., sez. III, 2 novembre 2022, n. 45242, “Rientra nell'accezione di atto sessuale non soltanto ogni forma di congiunzione carnale, ma altresì qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo, ancorché fugace ed estemporaneo, tra soggetto attivo e soggetto passivo, o comunque coinvolgente la corporeità sessuale del soggetto passivo, sia finalizzato ed idoneo a porre in pericolo la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale, non avendo, invece, rilievo determinante, ai fini del perfezionamento del reato, la finalità del soggetto attivo e l'eventuale soddisfacimento del piacere sessuale”.

<sup>45</sup> Tra molte Cass., sez. III, 18 ottobre 2005, n. 44246; Cass., sez. III, 26 ottobre 2011, n. 45950; Cass., sez. III, 2 marzo 2017, n. 51582; Tribunale Udine, 15 ottobre 2021, n.1734: “Alla nozione di atto sessuale si riconduce qualsiasi comportamento, benché fugace, finalizzato a soddisfare l'impulso sessuale del suo autore e al contempo lesivo della sfera di libertà sessuale della vittima”.

<sup>46</sup> G. FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, 2000, 1158; Id., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96, Profili giuridici e criminologici*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 2001, 242; M. CAPPALÀ, *La qualificazione delle violenze prive di un contatto corporeo corporali alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali*, nota a Cass., Sez. III, sent. 19 novembre 2015 (dep. 5 maggio 2016), n. 18679, in *Cammino Diritto* 2017, <https://rivista.camminodiritto.it>.

tutta la vicenda”, dando rilievo non al quantum di violenza materiale insito nella condotta costrittiva, bensì la valutazione del contesto situazionale e della dinamica interattiva in cui il comportamento violento si dispiega»<sup>47</sup>.

L’attenuante in questione, tra l’altro, è una circostanza indefinita<sup>48</sup> non incostituzionale, ma che, come minimo, rischia di comportare nella prassi applicativa la violazione del principio di uguaglianza (come fonte di trattamenti differenziati non del tutto razionali e giustificati); la giurisprudenza nell’applicarla, da una parte, adotta interpretazioni per cui si deve fare riferimento sia ad elementi oggettivi sia soggettivi ex art. 133 c.p., compresi la capacità a delinquere del reo, dall’altra ne pretende un’interpretazione fondata solo su solo elementi oggettivi, il fatto - il grado di lesione al bene tutelato -<sup>49</sup>.

Da ultimo, poi, la giurisprudenza fa rientrare nella nozione di violenza sessuale anche la condotta priva di contatto fisico: “Il delitto di violenza sessuale può essere realizzato anche tramite minacce che costringano una minore ad uno scambio di selfie e messaggi sessualmente espliciti via WhatsApp, senza contatto fisico con la vittima, poiché integrano atti che ne coinvolgono la corporeità sessuale e sono idonei a compromettere il bene primario della sua libertà individuale nella prospettiva di soddisfare od eccitare l’istinto sessuale dell’agente. Nella violenza sessuale commessa mediante strumenti telematici di comunicazione a distanza, la mancanza di contatto fisico tra l’autore del reato e la vittima non è determinante ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante del fatto di minore gravità (fattispecie relativa all’invio di messaggi di Whatsapp allusivi e sessualmente espliciti ad una ragazza, minore di età, costretta a scattarsi foto sotto la minaccia di pubblicare la chat su Instagram e su pagine hot)”<sup>50</sup>.

La Suprema Corte, tra l’altro, ha negato – correttamente in considerazione del quantum editale - l’applicazione dell’istituto della particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.) “al reato di stupro attenuato dalla minore gravità del fatto”<sup>51</sup> e, quindi, a comportamenti come – nel caso di

---

<sup>47</sup> In questa direzione Cass, III sez., 3 maggio 2022, n. 21255; Cass., sez. 3, 10 ottobre 2019, n. 50336; Cass., sez. III, 14 maggio 2015, n. 23913. Pur accogliendo una concezione oggettiva, parla della necessità di una valutazione tenendo conto del contesto culturale G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 285; Cass., 29 maggio 2018, n. 43553; M. ORRÙ, *Analisi comparata dei delitti sessuali con particolare riferimento agli elementi normativi culturali*, Berlino 2018, 47 ss.

<sup>48</sup> Cfr. S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, in *Diritto penale – Lineamenti di parte speciale*, a cura di R. BARTOLI - M. PELISSERO - S. SEMINARA, Giappichelli, 2021, 171.

<sup>49</sup> Cass., sez. III, 1 luglio 2014, n. 39445; Cass., sez. III, 23 settembre 2020, n. 1272: “Ai fini della concessione della circostanza attenuante della minore gravità del fatto occorre svolgere una valutazione globale su tutti gli elementi della vicenda, tra cui i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e mentali di questa, le sue caratteristiche psicologiche in relazione all’età, a seguito della quale deve essere possibile affermare che la liberà sessuale della p.o. non sia stata compressa in maniera grave”; conforme Cass., sez. III, 25 ottobre 2022, n. 912; Cass., sez. III, 3 maggio 2022, n. 21255 (cfr. F.D’ANZI, *Violenza sessuale: la circostanza attenuante del fatto di minore gravità necessita della valutazione globale del fatto*, in *CamminoDiritto* 19 gennaio 2023, <https://rivista.camminodiritto.it>); Cass., sez. III, 14 aprile 2022, n. 28009. Cfr. Cass., sez. III, 17 giugno 2022, n. 38858: “In tema di violenza sessuale, l’attenuante di cui all’art. 609-bis, comma 3, c.p., avendo natura oggettiva, non può essere riconosciuta ad alcuno soltanto dei concorrenti del reato”.

<sup>50</sup> Cass., sez. III, 2 luglio 2020, n. 25266, che precisa che “Più recentemente Cass., Sez. III, 26 marzo 2013, L., n. 19033, CED 255295 01 ha affermato, con ampi riferimenti alla giurisprudenza già formatasi sul tema, che nella violenza sessuale commessa mediante strumenti telematici di comunicazione a distanza, la mancanza di contatto fisico tra l’autore del reato e la vittima non è determinante ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante del fatto di minore gravità”; Cass., sez. III, 30 ottobre 2018, D., n. 17509, CED 275595 – 01: “Ha ravvisato l’integrazione del reato di cui all’art. 609-quater c.p. nella condotta di richiesta ad un minorenne, nel corso di una conversazione telefonica, di compiere atti sessuali, di filmarli e di inviarli immediatamente all’interlocutore, non distinguendosi tale fattispecie da quella del minore che compia atti sessuali durante una video-chiamata o una video-conversazione”.

<sup>51</sup> Cass., sez. III, 18 ottobre 2018, n. 12250: “A prescindere da ogni considerazione in ordine alla gravità dell’offesa e alla non configurabilità, per tale motivo, della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, va ribadito il principio di diritto per il quale il reato di violenza sessuale, quantunque attenuato, come nel caso di

specie – un bacio, emergendo la logica del diritto penale d'autore che connota tale normativa.

Per rispondere a questa problematica nella relazione dell'AIDP si propone “una disciplina articolata su di una pluralità di incriminazioni, dove le più gravi (l'una con vittima maggiorenne, Sez. I, art. 1, *Violenza sessuale*; l'altra con vittima minore di anni diciotto, Sez. II, art. 4, *Violenza sessuale in danno di minore*) risultano caratterizzate dal compimento di *atti sessuali penetrativi* che – inevitabilmente traumatici, psichicamente patogeni, intollerabilmente invasivi, apicalmente offensivi - non possono essere equiparati, pur in presenza di una comune natura sessuale, ad atti quali baci o carezze non gradite, o al *toccamento fugace e repentino* di zone del corpo di interesse sessuale”. “Per queste ultime ipotesi, decisamente meno gravi, si propongono due fattispecie di *Aggressione sessuale* (Sez. I, art. 2, in caso di vittima maggiorenne; Sez. II, art. 5, nel caso di vittima di età inferiore agli anni diciotto). Si tratta di ipotesi strutturate sul compimento di atti oggettivamente sessuali, non penetrativi ma comunque caratterizzate da contatto fisico, che l'agente compie su taluno in assenza di un suo valido consenso”.

Rispetto a questa proposta si evidenzia che pur condividendo la valutazione generale del rischio di violare il principio di offensività e di proporzione laddove si parificano sotto il profilo della valutazione di disvalore sociale e di trattamento sanzionatorio delle ipotesi eccessivamente diversificate, tuttavia non si condivide la scelta di prevedere un'ipotesi di atti sessuali penetrativi perché: comporterebbe un'ulteriore inevitabile vittimizzazione della persona offesa ai fini del chiaro accertamento di questa tipologia di violenza sessuale; il disvalore della violenza sessuale quale forma di aggressione fisica che offende la libertà sessuale non è esclusivamente connessa al compimento di atti penetrativi, vi possono essere forme parimenti offensive anche in mancanza di penetrazione; non risolve il problema dell'ipercriminalizzazione di forme “bagatellari” di violenza sessuale perché si fanno rientrare nella fattispecie di aggressione sessuale sia forme gravi di violenza sessuale “caratterizzate da contatto fisico” - anche in mancanza di atti penetrativi -, sia quelle forme di tenue disvalore come lo sfioramento, il bacio, cui si accennava prima.

In tale direzione la Suprema Corte ha annullato con rinvio una decisione in cui si applicava l'attenuante per la mancanza di penetrazione, proprio in considerazione della gravità del fatto indipendentemente dalla penetrazione: “il giudice non ha proceduto ad una valutazione globale dell'accaduto e, pertanto, non ha fatto buon governo dei principi appena enunciati. Ed invero, la sentenza riferisce soltanto di toccamenti, ma, al contempo, assegna piena attendibilità alle parole della persona offesa (anche in forza di riscontri testimoniali e documentali) e, pertanto, ricostruisce la vicenda negli esatti termini da questa narrati; termini secondo i quali l'imputato si sarebbe introdotto nottetempo nel suo letto, l'avrebbe afferrata per il collo e minacciata di morte, si sarebbe steso su di lei strofinandosi con il suo corpo, avrebbe tentato di sfilargli gli slip e, alle urla della ragazza, l'avrebbe colpita con uno schiaffo, le avrebbe schiacciato il cuscino sul volto, insieme palpeggiandole il seno, il sedere e la vulva. Tutto ciò, fino a desistere per l'intervento di altri inquilini dell'appartamento. La condotta del ricorrente, come emerge dalla stessa sentenza gravata, non si è dunque limitata a meri toccamenti della persona offesa; ne deriva l'annullamento della pronuncia con rinvio, perchè il G.u.p. del Tribunale di Udine valuti la sussistenza della circostanza attenuante alla luce di tutti gli elementi”<sup>52</sup>.

In tale direzione, a contrario, la Suprema Corte ha ritenuto compatibile l'attenuante prevista

---

specie, dalla diminuzione del caso di minore gravità, non consente quoad poenam l'applicabilità della causa di non punibilità ex art. 131-bis c.p. perchè - siccome la norma si esprime nel senso che la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi e siccome, in tali casi, la diminuzione di pena per l'attenuante della minore gravità va calcolata, sul massimo, nella misura minima, cioè nella misura di un giorno (argomenta anche ex art. 65 c.p., comma, n. 3), - la pena massima edittale, una volta applicata la riduzione minima di un giorno di reclusione per la diminuzione prevista dall'art. 609-bis c.p., u.c., è ampiamente superiore al limite di cinque anni di reclusione previsto per l'applicazione della speciale causa di non punibilità dall'art. 131-bis c.p. (Sez. III, n. 35591 del 11 maggio 2016)”.

<sup>52</sup> Cass., sez III, n. 4927, 2015.

dall'art. 609 bis, c. 3, con un rapporto sessuale completo “La sussistenza di un rapporto sessuale completo non può, per ciò solo, escludere la configurabilità dell'attenuante della minore gravità ex art. 609 bis comma 3 c.p., dovendo il giudice effettuare una valutazione complessiva del fatto che tenga conto di una serie di indici riconducibili alla ratio della previsione normativa, al grado di coartazione esercitato sulla vittima, alle sue condizioni fisiche e alle caratteristiche psicologiche di quest'ultima, valutate in relazione all'età, all'entità della compressione della libertà sessuale e al danno arrecato anche in termini psichici”<sup>53</sup>.

“In tema di sussistenza dell'attenuante di cui all'ultimo comma dell'art. 609 bis (minore gravità), così come l'assenza un rapporto sessuale "completo" non può, per ciò solo, consentire di ritenere sussistente l'attenuante, simmetricamente la presenza dello stesso rapporto completo non può, per ciò solo, escludere che l'attenuante sia concedibile, dovendo effettuarsi una valutazione del fatto nella sua complessità”; “sicché deve escludersi che la sola "tipologia" dell'atto possa essere sufficiente per ravvisare o negare tale alternativa. (Nella specie, la Corte ha annullato la sentenza impugnata per aver escluso la citata circostanza attenuante in base alla unica considerazione che vi era stata la consumazione di rapporto sessuale completato, senza alcuna valutazione del fatto nella sua complessità)”<sup>54</sup>.

Pur ritenendo, allora, che in un diritto penale fondato sul principio di offensività non si può attribuire lo stigma di violentatore sessuale rispetto a taluni comportamenti che, per quanto riprovevoli, non meritano in termini di disvalore tale etichetta, se non vogliamo bagatellizzare il diritto penale, si ritiene preferibile la proposta di introdurre una fattispecie, foss'anche di difficile tipizzazione, di molestie sessuali, con funzione di limite verso il basso della violenza sessuale<sup>55</sup>, piuttosto che prevedere un simile sdoppiamento della fattispecie<sup>56</sup>, distinguendo tra atti

---

<sup>53</sup> Cass., sez. III, 1 luglio 2014, n. 39445; Cass., sez. III, 19 maggio 2021, n. 34582: “In particolare, per il riconoscimento della circostanza attenuante deve potersi ritenere che la libertà sessuale della persona offesa sia stata compressa in maniera non grave, e che il danno arrecato alla stessa anche in termini psichici sia stato significativamente contenuto (Cass., Sez. III, del 14 maggio 2014 n. 23913; Cass., Sez. III, 27 marzo 2015 n. 19336), dovendosi escludere che la sola tipologia dell'atto possa essere sufficiente per ravvisare o negare tale attenuante (Cass., Sez. III, del 01 luglio 2014 n. 39445)”.

<sup>54</sup> Cass., sez. III, 1 luglio 2014, n. 39445.

<sup>55</sup> L'ordinamento tedesco conosce il § 184i StGB *Sexuellen Belästigung*, introdotta nel 2016 voluta dal movimento femminista e fonte, però, di critiche e incertezze interpretative cfr. B. CORRÊA CAMARGO, *Die Strafbarkeit der sexuellen Belästigung durch körperliche Berührung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2019, 595 ss.; cfr. K. F. ZIPPEL, *The politics of sexual harassment*, Cambridge 2006, 33 che afferma che un comportamento privato è stato politicizzato e considerato ingiusto dalle donne. In ogni caso la fattispecie di molestia ex art. 660 c.p. dovrebbe essere riformata in modo da essere applicabile anche in relazione a comportamenti realizzati in luogo privato, e laddove se ne configurino gli estremi le molestie assillanti anche sessualmente connotate possono essere incriminate con la fattispecie di atti persecutori cfr. A. M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, 2010, 123 ss. Cfr. B. ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. Pen. Cont.* 23 novembre 2018, che propone anche lo spacchettamento del delitto di stupro e di abuso sessuale; S. TABARELLI DE FATIS, *Molestie sessuali e l. n. 66 del 1996: un'occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/1006. Profili giuridici e criminologici*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, Padova, 2001, 133 ss.; L. D. CERQUA, *La punibilità degli "atti sessuali" nel disegno di legge contenente nuove norme a tutela della libertà sessuale*, in *Giust. Pen.*, 1986, I, 349 ss.; R. IANNIELLO, *Proposta di una nuova disciplina delle molestie sessuali: un'espressione nuova per un problema antico*, in *Crit. Dir.*, 1994, 50 ss; M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, cit., 404 ss.

<sup>56</sup> Cfr. sull'opportunità di introdurre una specifica fattispecie incriminatrice delle molestie sessuali B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., 122 ss.-277 ss.; A. IANNIELLO, *Proposta di una nuova disciplina delle molestie sessuali: un'espressione nuova per un problema antico*, in *Crit. del dir.* 1994, 51, il quale ritiene che “la norma penale – attraverso il messaggio di disvalore sociale che attribuisce al comportamento penalizzato – consentirebbe, [...] di lanciare un segnale di particolare forza. Mentre la tutela civilistica ha costi elevati, tempi defaticanti e, quando privilegia l'aspetto risarcitorio, rimanda ad una inaccettabile idea di mercificazione del corpo femminile, prima oggetto di desiderio indesiderato e, poi, misura del danno”; sulla difficoltà di introdurre una simile fattispecie anche alla luce dell'esperienza straniera M. VIRGILIO, *Conflitti di genere: le molestie sessuali nelle codificazioni europee*, in *Crit. del dir.* 1998, 41; S. GUGLIELMI, *Le molestie sessuali nei luoghi di lavoro*, in



penetrativi e atti di aggressione sessuale. Si può poi discutere sull'opportunità, laddove rimanesse la soluzione indifferenziata di atti sessuali, di introdurre una norma definitoria, peraltro più precisa di quella del par. 184h StGB, in cui specificare cosa si debba intendere per natura sessuale dell'atto, come già avviene nel Sexual Offences Act inglese<sup>57</sup>. Come osservato nella Relazione, anche in questa materia, come è successo per la definizione di pedopornografia, è ora che il legislatore italiano assuma i compiti che il principio di legalità gli impone, anziché delegarli alla giurisprudenza<sup>58</sup>.

#### 4. Le modalità della condotta; l'assenza di un valido consenso.

Un scelta assolutamente apprezzabile della proposta di riforma "più equilibrata e rispondente a complessive istanze di razionalità sistematiche e di tutela" è quella di impennare il disvalore della condotta sulla "sola assenza di un valido consenso: non necessariamente esplicito, evidentemente, ma comunque attuale e riconoscibile", in conformità all'orientamento internazionale sempre più a favore di un'illiceità imperniata sulla mancanza di consenso e non più tanto sulla natura violenta o minacciosa della condotta. Emblematica in proposito la recente riforma tedesca, che ha introdotto la fattispecie di atti sessuali realizzata "gegen den erkennbaren Willen, par. 177/1".

Come già si afferma oggi in relazione all'ipotesi prevista dal primo comma dell'art. 609-bis c.p., "la volontà contraria della persona offesa costituisce la premessa logica della costrizione all'atto sessuale, attuata mediante violenza, minaccia o abuso di autorità; il dissenso configura, cioè, il «presupposto del costringimento»<sup>59</sup>.

O, addirittura, già nella prassi l'obsolescenza della fattispecie di cui all'art. 609-bis c.p. fondata sulla violenza o minaccia e il corretto affermarsi delle esigenze di piena tutela della libertà c.d. negativa della vittima<sup>60</sup>, ha portato a una sorta di interpretatio abrogans del requisito della violenza e della minaccia, ritenendo tipica non solo l'ipotesi di *violenza impropria* - e cioè in cui non vi sia l'impiego di forza o di energia fisica direttamente o per mezzo di uno strumento (violenza propria) e via sia *l'utilizzazione di ogni altro mezzo idoneo a produrre l'effetto di*

---

*Studium iuris* 2000, 1121 ss.

<sup>57</sup> In esso non solo si distinguono gli atti penetrativi (sec. 1) da quelli che non lo sono (sec. 3) e alla sec. 77 si dà una definizione di essi, ma alla sec. 79 si offre un criterio in base al quale riconoscere la natura sessuale dell'atto.  
<sup>58</sup> P.7.

<sup>59</sup> M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, 145 – 146; così A. DELL'OSSO, *Gli assenti artificiali: abuso di sostanze psicotrope e capacità di autodeterminazione nel prisma della violenza sessuale*, in *Riv. it. di med. Leg. e del dir. in campo sanitario* 2021, 409-432, e in *disCrimen* dal 14.6.2021, 7; in questa direzione G. FIANDACA, *Violenza sessuale*, cit., 1153 ss.: «il bene tutelato è inequivocabilmente costituito (non più, come nella impostazione originaria del codice, dalla paternalistica ed evanescente moralità pubblica, bensì) dalla libertà sessuale quale aspetto particolare della libertà umana». Nella manualistica, per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2016, 364: «È chiaro che un'aggressione sessuale (art. 609-bis c.p.) sussiste solo in quanto non vi sia un consenso valido dell'interessato: se costui consente all'atto sessuale, non vi sarà "aggressione" bensì un atto esercizio della propria libertà sessuale»; cfr. A. VALLINI, *Delitti contro la persona*, in *Lezioni di diritto penale – Parte speciale*, Giappichelli, 2021, 95 – 98 ss.

<sup>60</sup> Per critiche sulla mancata riforma della norma in tal senso cfr. G. GOISIS, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, in *Dir. pen. cont.* 31 ottobre 2012, 15 che evidenzia come si continua a imporre una sorte di onere di resistenza alla donna; A. COLLI, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, 1163 ss.; M. VIRGILIO, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge sulla violenza sessuale?!*, in *Democrazia e diritto* 1996, 1, 166; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, tomo I, Zanichelli, 2013, 250; A. MANNA, *La delinquenza sessuale: profili relativi alla imputabilità*, cit., 876; M. L. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, SC, v. 25, n. 10, Genn./April. 2020, 280 ss.

coartazione<sup>61</sup>-, ma anche l'azione non coercitiva ma idonea a cogliere di sorpresa (repentina<sup>62</sup>, utilizzando anche l'espressione di violenza potenziale per i casi in cui il fatto sia realizzato "insidiosamente o rapidamente"<sup>63</sup>) o posta in essere in un contesto ambientale (spazio temporale, o socio familiare) che impedisce o sconsiglia la manifestazione del dissenso – utilizzando anche il concetto di violenza implicita laddove sussistano "particolari circostanze di tempo e di luogo che inducano la vittima a non opporre alcuna resistenza"<sup>64</sup> -, passando dal dissenso implicito alla necessità del consenso espresso<sup>65</sup>. Si tratta di un'interpretazione estensiva, se non di analogia in malam partem ("la condotta di costrizione a compiere o a subire atti sessuali di cui al c. 1 non è sufficiente a rendere il fatto penalmente illecito, essendo richiesto che la stessa debba essere accompagnata da violenza, minaccia o abuso d'autorità, quali comportamenti che vengono ad assumere, dunque, la natura di elementi costitutivi del reato imprescindibili per la configurabilità dell'ipotesi sanzionata, imperniata sull'esigenza di tutelare in pieno la libertà sessuale"<sup>66</sup>), determinata innanzitutto dal dovere di adeguare la norma alle mutate esigenze di tutela della libertà sessuale contro intromissioni meramente contrarie alla volontà della vittima, indipendentemente dalla condotta costringente e dall'adempimento di quella sorta di assurdo obbligo di resistenza della donna, preteso dal legislatore del '30 e ribadito da quello del '96; interpretazione, però, che rischia talora di violare il principio di legalità, comportando l'assoluta necessità di una riforma nella direzione indicata dal gruppo di ricerca dell'AIPDP.

---

<sup>61</sup> G. ANDREAZZA, *Art. 609 bis*, in *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, VII ed., Tomo II, Giuffrè, 2019, 4198; Cass., sez. III, 4 marzo 2021, n. 19611: "Sussiste violenza sessuale quando risulta coartata la volontà della vittima".

<sup>62</sup> Cass., sez. III, 23 gennaio 2023, n. 6596: "Tra gli atti idonei ad integrare il delitto di cui all'art. 609-bis c.p. vanno ricompresi anche quelli insidiosi e rapidi, purché ovviamente riguardino zone erogene su persona non consenziente - come ad es. palpamenti, sfregamenti, baci; la nozione di violenza nel delitto di violenza sessuale non è limitata alla esplicazione di energia fisica direttamente posta in essere verso la persona offesa, ma comprende qualsiasi atto o fatto cui consegua la limitazione della libertà del soggetto passivo, così costretto a subire atti sessuali contro la propria volontà"; Cass., sez. III, 5 febbraio 2021, n.1 3816: "violenza sessuale: rilevano anche gli atti repentini che impediscono alla vittima di opporsi"; Cass., sez. III, 8 luglio 2021, n. 37130; Cass., sez. III, 2010, n. 27273; *contra* perché finirebbe per equiparare una simile interpretazione tra violenza e mancanza di consenso o presenza di dissenso, in contrasto con il principio di legalità A. PECORARO ALBANI, *Atti di libidine violenti*, ED, IV, Giuffrè, 1959, 14; D. PETRINI, *Le modalità della condotta nel delitto di violenza sessuale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di VINCIGUERRA, DASSANO, ESI, 2010, 698; G. ANDREAZZA, *op. cit.*, 4200.

<sup>63</sup> Cass. 13 novembre 2017, n. 51581.

<sup>64</sup> Cass. 19 gennaio 2018, n. 20712, che precisa che il concetto di violenza "comprende qualsiasi atto o fatto cui consegua la limitazione della libertà del soggetto passivo"; Cass., sez. III, 4 ottobre 2022, n. 3969; Cassazione penale sez. III, 24 gennaio 2022, n. 18269: "il mancato dissenso ai rapporti sessuali con il proprio coniuge, in costanza di convivenza, non ha valore scriminante quando sia provato che la parte offesa abbia subito tali rapporti per le violenze e le minacce ripetutamente poste in essere nei suoi confronti, con conseguente compressione della sua capacità di reazione per timore di conseguenze ancora più pregiudizievoli, dovendo, in tal caso, essere ritenuta sussistente la piena consapevolezza dell'autore delle violenze del rifiuto, seppur implicito, ai congiungimenti carnali"; Cass., sez. III, 26 novembre 2014, n. 967 anche l'ipotesi di abbassamento di difese della vittima, che, temendo per la propria vita o incolumità fisica, finisce per accedere senza apparenti reazioni di contrasto alle violenze a suo danno, non vale in alcun modo ad elidere la violenza o ad alimentare dubbi circa la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato; Cass., sez. III, 25 maggio 2021, n. 35676: "Violenza sessuale, il mancato dissenso ai rapporti sessuali con il proprio coniuge, in costanza di convivenza, non ha valore scriminante se viene provata la sudditanza della vittima". Cass., sez. III, 19 maggio 2021, n. 34582: "L'ipotesi di violenza sessuale è integrata anche in caso di assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita"; Cass., Sez. III, 1 febbraio 2006, n. 6340, G., in *CED* 233315.

<sup>65</sup> Cass., sez. III, 17 giugno 2022, n. 32846: "In tema di violenza sessuale, non sussiste in capo alla vittima un onere di espressione del dissenso alla intromissione di soggetti terzi nella propria sfera sessuale, dovendosi al contrario ritenere, proprio in ragione dell'intimità della dimensione personale attinta, che tale dissenso sia da presumersi e che pertanto sia necessaria, ai fini dell'esclusione dell'offensività della condotta, una manifestazione di consenso del soggetto passivo che quand'anche non espresso, presenti segni chiari ed univoci che consentano di ritenerlo esplicitato in forma tacita". Cfr. MACRÌ, *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. Pen. Contemp.* 2016, n. 1; G. FLORA, *op. cit.*, 21.

<sup>66</sup> G. ANDREAZZA, *op. cit.*, 4199.

Si può ricordare a tal proposito che già in sede di riforma nel 1996 alcuni autori proponevano di abrogare i riferimenti alle modalità della violenza e della minaccia, sul modello inglese, e di incentrare il disvalore della violenza sessuale sul mancato consenso/dissenso della vittima<sup>67</sup>, altri preferivano mantenere tali requisiti per garantire la punibilità solo di ipotesi caratterizzate da un'azione sopraffattrice da parte del reo<sup>68</sup>.

E, allora, ben venga una riforma in tale direzione che elimini la modalità della violenza e della minaccia, e la stessa richiesta della costrizione; il progetto di riforma impone il “superamento del modello coercitivo verso un'incriminazione imperniata esclusivamente sul compimento di atti sessuali in mancanza di assenso della vittima”<sup>69</sup>.

Nel progetto, quindi, “il riferimento al “valido consenso” impone al soggetto che si accinge al compimento di atti sessuali, penetrativi e non, di appurare non solo che un consenso del partner vi sia, ma anche che questo fosse in grado di esprimerlo in modo libero e consapevole”<sup>70</sup>.

Qualche perplessità a tal proposito è manifestata da chi avrebbe preferito un espresso dissenso; fermo restando che si dovrà accertare la mancanza di consenso, a favore della soluzione proposta si può osservare che “può non reagirsi alla violenza e si può persino consentire apparentemente per il timore delle possibili ulteriori conseguenze della violenza”<sup>71</sup> o vi possono essere delle ipotesi in cui non si è avuto il tempo di esprimere il dissenso<sup>72</sup>.

A tal proposito si può ricordare che recentemente – nel 2016 – l'ordinamento tedesco nell'ambito di una più ampia riforma – *Fünzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – “Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung”* – Bundesrat Drucksache 463/161 – ha adottato proprio un modello di violenza sessuale di carattere consensualistico con il § 177/1 StGB, che sancisce – per la prima volta in un grande ordinamento di Civil Law – la punibilità degli atti sessuali “meramente dissensuali”, cioè commessi «contro la volontà riconoscibile» (“*gegen den erkennbaren Willen*”) della vittima, senza necessità di violenza, minaccia ecc. (si parla di modello “consensuale limitato” o “dissensuale”, per non confondere il dissenso di cui al § 177/1 StGB con la mancanza di consenso su cui si impernia la disciplina dei reati sessuali nei paesi di *Common Law*)<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit.; T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 1301 s.

<sup>68</sup> G. FIANDACA, voce *Violenza carnale*, in *Enc. Dir.* vol. XLVI, 1993, 959.. Cfr. A. CADOPPI, *Il “reato penale”*, cit., 299 che ritiene che così “si intendeva porre l'accento, oltre che sul profilo della tutela, anche su quello, altrettanto importante, della garanzia”.

<sup>69</sup> A. DELL'OSSO, *op. cit.*, 8.

<sup>70</sup> Critico A. CADOPPI, *Il “reato penale”*, cit., 304 che ritiene che questa soluzione sia troppo attenta al versante della tutela e meno a quella della garanzia; auspicando l'opposta formula “in violazione del suo dissenso”, mantenendo in capo al soggetto passivo l'onere di dissentire espressamente. “Ciò anche al fine di rendere chiaramente edotto il soggetto attivo del dissenso della vittima, il che è cruciale in reati come questi, dove non di rado capita – anche nella realtà processuale – di imbattersi in situazioni ibride, in cui non è chiaro se il soggetto attivo fosse in grado di percepire correttamente il rifiuto dell'atto sessuale da parte del supposto partner”.

<sup>71</sup> Così B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., 114.

<sup>72</sup> Cass., sez. III, 19 maggio 2021, n. 34582: “L'ipotesi di violenza sessuale è integrata anche in caso di assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita”. “Integra l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale non soltanto la condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere in assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa (nella specie, l'imputato aveva palpeggiato il seno della vittima, ex convivente, che, seppur impegnata in una conversazione telefonica con il proprio responsabile di lavoro, aveva cercato di allontanarlo con il gomito e aveva quindi manifestato un chiaro dissenso)”.

<sup>73</sup> Cfr. F. MACRÌ, *La violenza sessuale*, cit. Il § 177 StGB è stato ampliato (forse in modo eccessivo) da 5 a 9 Absätze (commi), di modo da racchiudere in sé tutte le ipotesi di aggressione/abuso sessuale, ordinate da quelle meno gravi (Abs. 1 e 2), punite con pena da 6 mesi a 5 anni di reclusione; a quelle più gravi (Abs. 8), sanzionate con la reclusione da 5 a 15 anni). Nel dettaglio, le figure criminose tipizzate – ed i relativi compassi sanzionatori edittali – possono essere schematizzate nel modo seguente: A) §§ 177/1 e 177/2 – da 6 mesi a 5 anni di reclusione: – Atti sessuali “dissensuali” (“contro la riconoscibile volontà del soggetto”). – Atti sessuali su soggetti incapaci di

In questo ordinamento, però, proprio per evitare analogie in malam partem è stata introdotta anche un'ulteriore fattispecie che punisce gli atti sessuali commessi "a sorpresa"/repentini, così come quella delle molestie sessuali (§ 184i StGB, "*Sexuelle Belästigung*")<sup>74</sup>, ed è stata autonomamente tipizzata la fattispecie di aggressione sessuale mediante minaccia, contemplando altresì una seconda tipologia di "costrizione ambientale" (§ 177/2 StGB).

La riforma dei reati sessuali nell'ordinamento tedesco rappresenta una reazione anche di carattere mediatico/simbolico del legislatore che vuole incanalare la rabbia e le paure della popolazione tedesca turbata dai fatti del Capodanno 2016 a Colonia e ad Amburgo (e in misura minore anche in altre città, tedesche e non)<sup>75</sup>, notte nella quale si verificarono aggressioni e molestie sessuali di gruppo ai danni di centinaia di donne da parte di immigrati o comunque giovani di origine araba o nordafricana; fatti in relazione ai quali non vi sono state condanne sostanziali a causa – oltre che di difficoltà nell'identificazione dei responsabili – del mancato utilizzo di violenza o minaccia (intesi secondo la giurisprudenza del BGH) da parte degli autori, i quali invece si erano avvalsi delle condizioni di affollamento e confusione (i §§ 177 e 179 StGB non contemplavano l'incriminazione delle aggressioni sessuali commesse mediante sorpresa, in assenza di violenza, minaccia, o altre condizioni espressamente previste). Tale normativa, però, nonostante la causa scatenante di questa riforma, – tra l'altro particolarmente inquietante soprattutto se non studiata e valutata razionalmente<sup>76</sup> – e pur non mancando le criticità

---

consentire per condizioni transeunti. – Atti sessuali su soggetti incapaci di consentire a causa delle proprie condizioni fisiche o psichiche. – Atti sessuali perpetrati avvalendosi di un momento di sorpresa. - Atti sessuali realizzati in una situazione nella quale la vittima teme di subire un male rilevante ("empfindliches Übel") in caso di resistenza. – Atti sessuali commessi mediante minaccia di un male rilevante. – B) §§ 177/4 e 177/5 – da 1 anno a 15 anni di reclusione: - Atti sessuali su soggetti incapaci di consentire a causa di una malattia ("Krankheit") o di una condizione di disabilità ("Behinderung"). - Atti sessuali commessi mediante violenza. – Atti sessuali commessi con minaccia di un pericolo attuale ("gegenwärtige Gefahr") per la vita ("Leben") o l'integrità fisica ("Leib") della persona offesa. – Atti sessuali perpetrati mediante "approfittamento di una situazione in cui la vittima è indifesa alla mercé dell'agente" (previgente § 177/1 n. 3 StGB6). C) § 177/6 – da 2 anni a 15 anni di reclusione. Casi di particolare gravità, tra i quali il legislatore tedesco ha espressamente menzionato – con la tecnica del "esempio di norma" ("Regelbeispiel")<sup>77</sup> – i seguenti: – Atti sessuali penetrativi, cioè ipotesi di "Stupro" ("Vergewaltigung"). – Atti sessuali commessi "insieme" ("gemeinschaftlich") da più persone. D) § 177/7 – da 3 anni a 15 anni di reclusione: – Atti sessuali perpetrati portando con sé un'arma, o comunque uno strumento pericoloso, ove l'agente si avvalga degli stessi per vincere o impedire la resistenza del soggetto passivo, oppure qualora l'aggressore ponga – con tali strumenti – la vittima in grave pericolo di subire rilevanti danni alla salute. E) § 177/8 – da 5 anni a 15 anni di reclusione: – Atti sessuali perpetrati facendo uso di un'arma, o comunque di uno strumento pericoloso, ove la vittima subisca gravi maltrattamenti fisici durante la commissione del fatto, oppure si venga a trovare in pericolo di vita.

<sup>74</sup> Cfr. F. MACRÌ, *La violenza sessuale*, cit., 28 s. che precisa che la giurisprudenza del BGH – in relazione al previgente § 177 – non puniva le aggressioni sessuali perpetrate con violenza o minaccia lievi, e ancor meno meramente dissensuali (*Ausnutzungsvariante* esclusa), anche perché, come emerge nella relazione governativa, la pena minima all'epoca prevista (1 anno di reclusione), spingeva i giudici ad un certo *self-restraint* in fase applicativa: in virtù di ciò, il legislatore riformista ha configurato una pena minima di 6 mesi di reclusione per le succitate nuove fattispecie, mantenendo invece sostanzialmente le più severe pene di cui al vecchio § 177 per le ipotesi caratterizzate da violenza, penetrazione ecc. La definizione di molestie sessuali verrà attribuita ad atti sessuali precedentemente qualificati non rilevanti ai sensi della norma definitoria ex § 184f come baci superficiali sulle labbra, toccamenti dei glutei, palpeggiamenti delle gambe o zone vicine al seno, abbracci sgraditi.

<sup>75</sup> F. MACRÌ, *op. cit.*, 5: "In tale notte, difatti, secondo il rapporto ufficiale della Polizia federale tedesca e stando ai dati raccolti dalla commissione d'inchiesta "Silvester", oltre 1.000 donne furono vittime di aggressioni sessuali (650 a Colonia e 400 ad Amburgo) perpetrate da circa 2.000 aggressori (per lo più agenti in gruppo), quasi tutti cittadini extracomunitari, e in maggioranza provenienti dal nord-Africa: al luglio 2016 (data del rapporto ufficiale), però, solo 120 uomini risultavano indagati, e unicamente 4 condannati (tra l'altro a pene molto lievi)"; nota 9: "furono commessi in tutto 642 reati puramente sessuali, per i quali sono stati indagati 47 sospetti; e in 239 casi le molestie furono accompagnate da furti o borseggi, con 73 relativi indagati. Tali gravissimi episodi tra l'altro avvennero, oltre che a Colonia e Amburgo, anche a Stoccarda, Düsseldorf ed altre città".

<sup>76</sup> Cfr. A. GUERRIERI, *op. cit.*, [www.statoechie.it](http://www.statoechie.it).

evidenziate dalla dottrina, soprattutto in termini di tassatività<sup>77</sup>, risponde per lo più a legittime istanze di riforma della precedente disciplina al fine di garantire la libertà sessuale della vittima; la precedente disciplina era ormai obsoleta, come quella italiana, laddove basava la fattispecie di violenza sessuale sulla violenza o minaccia.

Nella relazione si evidenzia che il modello tedesco ha già fatto da apripista ad altri Paesi europei, come la Svezia, che nel maggio 2018 ha introdotto la nuova fattispecie imperniata sulla mancanza di consenso della vittima di un'offesa di natura sessuale, anche se si registrano in tali ordinamenti seri problemi di ordine probatorio.

#### 4.1. La validità del consenso: qualche considerazione.

Circa la validità del consenso nella relazione si precisa, in particolare per quanto attiene alla fattispecie di atti penetrativi non consensuali realizzati con maggiore di anni diciotto, che non andrà ritenuto valido il consenso prestato da soggetto in condizioni psico-fisiche fortemente alterate, ad esempio per precedente assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti<sup>78</sup>.

Già nella prassi giurisprudenziale<sup>79</sup> è stato adottato tale orientamento ritenendo che “L'assunzione, da parte della persona offesa, di sostanze alcoliche o stupefacenti in quantità tali da comportare l'assoluta incapacità di esprimere il proprio consenso, rende configurabile, nei suoi confronti, il delitto di violenza sessuale per costrizione, di cui all'art. 609-bis, comma 1, c.p. e non quello di violenza sessuale per induzione di cui all'art. 609-bis, comma 2, c.p.”<sup>80</sup>; oppure ritenendo che “la volontaria assunzione di alcolici o di stupefacenti rientra nelle condizioni di inferiorità psichica o fisica previste per il reato di violenza sessuale”<sup>81</sup> per induzione (art. 609 bis, c. 2, n. 1). Nel nostro ordinamento la violenza per induzione – introdotta dalla l. n. 66/1996 – risponde già alla necessità di equiparare l'assenso indebitamente carpito al dissenso, art. 609-bis, co. 2., c.p. Nel nostro ordinamento è poi prevista l'aggravante per il caso di chi realizza la violenza sessuale inducendo lo stato di ubriachezza (“con l'uso di armi o di sostanze alcoliche”) (art. 609 ter, n. 2), nella proposta di riforma si richiede non il mero uso di sostanze alcoliche ma (“3) determinando nella persona offesa uno stato di incapacità”.

Tale orientamento sembra assolutamente condivisibile fermo restando che si dovrebbe riuscire a provare l'elevato stato di alterazione tale da compromettere le capacità decisionale o da determinare condizioni di inferiorità psichica o fisica.

La delicatezza di simili accertamenti è evidenziata da chi in dottrina lamenta “una rideterminazione giurisprudenziale della fisionomia del tipo criminoso, orientata a resuscitare le ipotesi di violenza carnale presunta accantonate legislativamente nel 1996: dalla lettura delle decisioni traspare con non trascurabile frequenza una sorta di pre-convinzione dei giudicanti circa

---

<sup>77</sup> T. FISCHER, *Zum letzten Mal: Nein heißt Nein*, in *Zeit online*, 28 giugno 2016. V. altresì, in senso tendenzialmente critico M. FROMMEL, *Das neue Gesetz ist “Unsinn”*, in *Deutschlandradio Kultur*, 7 luglio 2016; E. HOVEN-T. FISCHER, *Wir erleben eine Moralisierung des Rechts*, in *LTO – Legal Tribune Online*, 31 ottobre 2016; H. E. MÜLLER, *Der “erkennbare” Wille nach dem neuen Sexualstrafrechts – erkennbar fehlerhaft*, in *www.community.beck.de*, 8 luglio 2016. A favore della riforma invece cfr. T.HÖRNLE, *Kopfschütteln oder Weinen genügt*, in *taz.de*, 5 luglio 2016.

<sup>78</sup> G. BALBI, *La riforma dei reati contro la persona*, cit., 3.

<sup>79</sup> Cass., sez. III, 5 dicembre 2019, n. 8981: «la persona offesa non aveva prestato alcun valido consenso al rapporto sessuale, risultando quello eventualmente fornito (ipotesi che la stessa, con piena onestà, non si era sentita di escludere) del tutto irrilevante ed ininfluyente alla luce della semi-incoscienza in cui versava. [...] Una condizione di palese, innegabile, evidente incapacità a prestare un valido consenso, quindi, come tale fonte di approfittamento da parte di colui – l'imputato – che aveva per certo riconosciuto detta limpida condizione soggettiva»; Cass., Sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367.

<sup>80</sup> Cass., sez. III, 19 gennaio 2022, n.7873.

<sup>81</sup> Cass., sez. III, 23 marzo 2022, n. 18522.

l'inammissibilità di un atto sessuale con un soggetto in stato di alterazione da sostanze psicotrope. Prende corpo, così, una ulteriore manifestazione di quell'«autoritarismo ben intenzionato» più volte stigmatizzato dalla letteratura come tratto di un eccessivo protagonismo delle Corti, germe – pur non esclusivo – della perenne crisi della legalità penale<sup>82</sup>; si teme “la creazione di un precetto (i.e. divieto di compimento di atti sessuali con persona ubriaca o drogata) che appare distonico rispetto al modo di sentire e di comportarsi della collettività”. Questa presunzione di invalidità del consenso della persona in stato di incapacità correttamente volta a prevenire che l'accertamento del reato si traduca in un processo alle vittime, desterebbe qualche preoccupazione in base agli studi sulle performance cognitive di soggetti in stato di alterazione che inducono a dubitare dell'equiparabilità dell'assenso artificiale al dissenso, in quanto, pur riconoscendo uno stato di compromissione delle funzioni cerebrali dell'ubriaco, risulta che, al netto dei casi di black out, l'ubriaco rimane tendenzialmente capace di governare decisioni salienti<sup>82</sup>.

A parte la difficoltà di valutare simili ipotesi nel caso di rapporti tra due giovani entrambi ubriachi, uno dei quali l'indomani decide di denunciare; per l'autore del reato sussiste una *fiction iuris* in base alla quale è pienamente capace di intendere e di volere, mentre il consenso della vittima è invalido.

Si evidenzia nella prassi, inoltre, il fenomeno “dell'ubriachezza ricercata (c.d. binge drinking) e, talvolta, preordinata a sviluppare con maggiore facilità relazioni sociali finalizzate anche a rapporti sessuali deliberatamente occasionali (hooking up)”. Rispetto a queste ipotesi di “assensi artificiali “spontanei”, soprattutto se prestati da chi si sia “abbuffato” di alcolici proprio per disinibirsi” suscita qualche perplessità l'equiparazione al dissenso e si propone in dottrina di introdurre piuttosto un illecito minore, “sempre procedibile a querela, per il quale sarebbe opportuno valorizzare, quale causa estintiva, percorsi di dialogo e confronto post delictum, secondo i canoni della restorative justice”<sup>83</sup>.

Si potrebbe riflettere su tale proposta, chiaramente tranne che non si ricada nell'ipotesi in cui l'ubriachezza è tale che la persona è chiaramente in uno stato di black out o comunque lo stato di ubriachezza è tale da poter individuare un'ipotesi di violenza per induzione da parte di chi approfitta al momento del fatto delle condizioni di inferiorità fisica o psichica, purchè però in base alla migliore giurisprudenza si accerti che la condotta di abusiva prevaricazione abbia generato un assenso «che altrimenti non sarebbe stato prestato»<sup>84</sup> (“la prova di resistenza implicita in tale definizione – e, cioè, il fatto che la vittima, in condizioni normali, non avrebbe acconsentito all'atto sessuale – innerva di disvalore la condotta, carica di senso l'incriminazione”), se non un'ipotesi di violenza per costrizione<sup>85</sup>.

## 5. Aggravanti: con abuso di un potere giuridicamente fondato.

Nelle proposte di riforma le modalità della condotta vengono recuperate come specifiche circostanze aggravanti sia per la violenza sessuale sia per l'aggressione sessuale. In particolare, per i delitti di cui agli artt. 1 e 2 tali circostanze attengono alle ipotesi in cui il fatto sia stato posto in essere *con violenza* o con *minaccia*; l'atto sessuale sia stato realizzato dall'agente *con abuso di un potere giuridicamente fondato*; quando vi sia stata la *determinazione nella persona offesa di uno stato di incapacità*.

Nella prassi giurisprudenziale l'espressione con *abuso di autorità*, quale ulteriore modalità della violenza sessuale nell'attuale fattispecie, viene interpretata in base a una posizione più

<sup>82</sup> A. M. DELL'OSSO, *op. cit.*, 24.

<sup>83</sup> *Idem*, *cit.*, 28 s.

<sup>84</sup> Distingue tra abuso e condizione di inferiorità Cass., sez. III, 13 settembre 2019, n. 38011.

<sup>85</sup> Cass., sez. III, 19 gennaio 2022, n. 7873.

restrittiva come una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico che determina, attraverso la strumentalizzazione del potere esercitato, una costrizione della vittima a subire il compimento di atti sessuali<sup>86</sup>, in base a un'interpretazione più ampia e diffusa si fa invece riferimento a “una posizione di preminenza non solo pubblicistica, ma anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali”<sup>87</sup>.

La Suprema Corte fonda l'interpretazione estensiva del concetto di “autorità” su una serie di indici di natura sistematica: gli artt. 61, n. 11, 571, 600, 600-octies e 601 c.p., nei quali il codice utilizza il concetto di “abuso di autorità” per individuare le condotte realizzate da soggetti che godono di una posizione di supremazia di carattere privatistico; cui si aggiunge che all'interno dell'art. 608 c.p. la suddetta espressione è specificata attraverso l'individuazione del soggetto attivo del reato nel pubblico ufficiale e, quindi, in assenza di un'esplicita indicazione, la nozione di autorità deve essere ritenuta comprensiva di qualsivoglia posizione di supremazia.

Tale ampia interpretazione suscita qualche perplessità laddove si ricomprende nel concetto di abuso d'autorità una semplice *autorità di fatto*, ravvisabile in una - qualsiasi - significativa sperequazione posizionale tra i soggetti coinvolti, perché “rischia di strutturarsi su parametri a tal punto evanescenti da risultare incompatibile con requisiti di certezza e riconoscibilità indeffettibili per il sistema penale”<sup>88</sup>. Nella prassi giurisprudenziale vi rientra l'ipotesi dell'insegnante rispetto a studenti minorenni<sup>89</sup>; la posizione del convivente della madre rispetto al minore vittima di violenza sessuale<sup>90</sup>; l'istruttore di arti marziali nei confronti degli allievi minorenni<sup>91</sup>; un parroco su minori<sup>92</sup>; il marito della sorella maggiore della persona offesa<sup>93</sup>.

Nella proposta del gruppo di lavoro AIPDP si adotta nell'ambito dell'aggravante in esame l'espressione “*con abuso di un potere giuridicamente fondato*”, precisando proprio – in linea con le critiche sopra evidenziate all'utilizzo di un concetto capace di ricomprendere anche l'abuso dell'autorità di fatto – che “il riferimento ai poteri giuridicamente fondati è strumentale a risolvere quelle incertezze e oscillazioni che caratterizzano oggi la prassi in tema di violenza sessuale realizzata con *abuso di autorità*”<sup>94</sup>. Da un lato, infatti, con la soluzione da noi prospettata resta fuori dall'ambito di tipicità dell'aggravante il *potere di fatto*, con quelle incertezze che non di rado ne accompagnano la ricostruzione; dall'altro – non risultando l'ipotesi limitata

<sup>86</sup> Cass., sez. III, 24 marzo 2015, n. 16107; Cass., sez. III, 4 ottobre 2012, n. 47869; Cass., sez. IV, 19 gennaio 2012, n. 6982; . Cass., sez. III, 11 ottobre 2011, n. 2681; Cass., sez. III, 19 giugno 2002, n. 32513; Cass., S.U., 31 maggio 2000, n. 13.

<sup>87</sup> Cass., Sez. Un., 16 luglio 2020, n. 27326 “(nella specie, quindi, correttamente era stato ravvisato l'abuso nella condotta dell'imputato, cui si addebitava, in qualità di insegnante di inglese che impartiva lezioni private, di avere costretto due alunne, minori degli anni quattordici, a subire e a compiere su di lui atti sessuali).” Nella medesima direzione Cass., sez. III, 8 marzo 2016, n. 33042 (Fattispecie relativa a violenza sessuale commessa, all'interno di edificio scolastico, da un insegnante nei confronti di una ex alunna, nella quale la Corte ha osservato che l'autorità esercitabile con modalità abusive - e perciò costringitive - non è solo quella derivante da un potere legale, ma anche quella proveniente da una posizione soggettiva di preminenza); Cass., sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 5453; Cass., sez. III, 19 aprile 2012, n. 19419; Cass., sez. III, 8 marzo 2016, n. 33042; Cass., sez. III, 27 marzo 2014, n. 36704; Cass., sez. III, 3 dicembre 2008, n. 2119; Cass., sez. III, 17 maggio 2016, n. 33049; Cass., sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990. In materia cfr. S. BRASCHI, *La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle Sezioni Unite, nota a Cass. pen., sez. un., sent. n. 27362 del 1° ottobre 2020*, in *Diritto penale e processo*, 2021, fasc. 1, 46 ss.

<sup>88</sup> G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 290 s. Cfr. S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, cit., 173 che richiede che si tratti di una “posizione di autorità “formalizzata” attraverso il ruolo oggettivamente rivestito dall'agente (come è negli artt. 571 e 572), così da evitare una dissoluzione del concetto all'interno dei rapporti interpersonali”.

<sup>89</sup> Cass., Sez. Un., 16 luglio 2020, n. 27326

<sup>90</sup> Cass., sez. III, 3 dicembre 2008, n. 2119.

<sup>91</sup> Cass., sez. III, 10 aprile 2013, n. 37135.

<sup>92</sup> Cass., sez. III, 15 dicembre 2017, n. 40301.

<sup>93</sup> Cass., sez. III, 19 aprile 2012, n. 19419.

<sup>94</sup> G. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, cit., 5.

al solo contesto della subordinazione gerarchica di diritto pubblico - vengono invece inclusi gli abusi perpetrati nell'ambito dei rapporti di lavoro di diritto privato". Certo i dubbi interpretativi non sono mancati neanche in relazione a tale concetto di potere giuridicamente fondato, ma sia la prassi giurisprudenziale sia la dottrina accoglie tale apertura ai poteri di diritto privato<sup>95</sup> anche alla luce della pacifica interpretazione in tale direzione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11, c.p.. In questo caso, in linea con l'interpretazione fornita dell'abuso dell'autorità come modalità della condotta, l'aggravante dovrebbe essere legata al maggiore disvalore connesso alla costrizione derivante dall'abuso di autorità: quest'ultimo deve avere "costituito uno strumento di coartazione del soggetto passivo funzionalmente al compimento dell'atto sessuale"<sup>96</sup>.

L'ipotesi della violenza sessuale con abuso dell'autorità è stata ritenuta capace di punire le molestie sessuali sul luogo di lavoro ai sensi dell'art. 609 bis<sup>97</sup>, anche se una parte della dottrina ha avanzato delle perplessità pretendendo per lo meno che si trattasse di molestie gravi per rientrare nella violenza sessuale qualificata dall'abuso di autorità in campo lavoristico<sup>98</sup>. Fermo restando, come sopra evidenziato, che si auspica l'introduzione di una meno grave fattispecie di molestie e un uso ispirato al principio di offensività della fattispecie di violenza sessuale, l'utilizzo dell'aggravante in questione sembra opportuno per punire il maggior disvalore determinato dall'*approfittare della stato di subordinazione lavorativa della vittima*, anche alla luce della gravità del fenomeno delle molestie sessuali sul luogo di lavoro e dell'ancora limitata sensibilità e consapevolezza del problema nel nostro paese. Basti ricordare che mentre negli Stati Uniti e in diversi paesi europei il movimento #metoo<sup>99</sup>, nato il 5 ottobre 2017 con la pubblicazione di un articolo sul *New York Time*, ha scatenato una vera e propria rivoluzione attraverso la denuncia delle donne contro il fenomeno delle molestie o violenza sul luogo di lavoro, lo stesso non è avvenuto in Italia<sup>100</sup> - anzi si è lamentato lo scandalo delle denunce arrivate dopo troppi anni<sup>101</sup> -, dove tale fenomeno «è ancora un tabù. [...], quello delle molestie sul lavoro rimane un luogo ancora poco narrato in quanto, sempre per ragioni culturali, il lavoro è

<sup>95</sup> Cfr. Cass. 28 luglio 2016, n. 33049 (contra solo pubblico ufficiale Cass. 19 giugno 2002, in *Giust. Pen.* 2003, II, 553); G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 291; S. DEL CORSO, *Art. 609 bis*, in AA.VV., *Legge 15 febbraio 1996, n. 66 – Norme contro la violenza sessuale*, in *Leg. pen.* 1996, 436; A. CADOPPI, *Art. 609 bis*, in *Commentario*, cit., 504 s.; N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 464.

<sup>96</sup> G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 291. Cass. 24 marzo 2015, n. 16107.

<sup>97</sup> Così M. VESSICHELLI, *Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada del "patteggiamento"*, in *Guida al diritto* 1996, n. 9, 22. Cfr. Cass., sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990: "In tema di violenza sessuale, l'espressione "abuso di autorità" che costituisce, unitamente alla "violenza" o alla "minaccia", una delle modalità di consumazione del reato previsto dall'art. 609 bis c.p., ricomprende non solo le posizioni autoritative di tipo pubblicistico, ma anche ogni potere di supremazia di natura privata, di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali. (Fattispecie relativa a violenza sessuale commessa nei confronti di una dipendente con mansioni di segretaria mediante abuso dell'autorità derivante dalla posizione di datore di lavoro)"; Cass., sez. III, 27 marzo 2014, n. 36704.

<sup>98</sup> B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., 117; A. CADOPPI, *Commento all'art. 609 – bis c.p.*, cit., 511.

<sup>99</sup> Uscì un articolo firmato da Jodi Kantor e Megan Twohey dal titolo «*Harvey Weinstein Paid Off Sexual Harassment Accusers for Decades*» sulle molestie sessuali del potente produttore di Hollywood, un resoconto seguito dopo 5 giorni, e precisamente il 10 ottobre 2017, da quello apparso su *New Yorker* e firmato da Ronan Farrow: «*From Aggressive Overtures to Sexual Assault: Harvey Weinstein's Accusers Tell Their Stories*».

<sup>100</sup> "I giornali italiani invece di sostenere e dare voce al movimento #metoo, hanno solo riportato i fatti d'oltralpe senza incoraggiare e senza dare un vero spazio di denuncia, anzi spesso rivittimizzando le donne che avevano parlato e mettendone continuamente in dubbio la parola. Un giudizio che è l'arma più potente della cultura dello stupro e che azzittisce ogni donna che voglia, a un certo punto della propria vita, parlare o denunciare un abuso subito". La scelta di sostenere e dare risalto al movimento del *Time* è stata criticata in Italia tanto che il quotidiano *Il Giornale* ha scritto che la persona dell'anno nel 2017 fosse in realtà "la caccia alle streghe spacciata per coraggio", mentre *Il Foglio* ha sostenuto come il fenomeno fosse "la guerra al maschio", così Cfr. BETTI DAKLI, *Il movimento #metoo e il ruolo dei media*, in a cura di Corn, *Le molestie sul lavoro. Da #MeToo alla Convenzione ILO*.

<sup>101</sup> G. FLORA, *op. cit.*, 21 che lamenta in materia che alla mancanza di tassatività della fattispecie si aggiunge «l'amplificazione mediatica delle denunce, delle indagini e delle condanne con conseguenti sanzioni già sul piano



una roccaforte dove il potere maschile gioca un ruolo che è suo per antonomasia. È infatti un ambito dove l'uomo comanda, ha un potere economico e decisionale che non si discute e che ancora non è stato mai veramente intaccato alle radici, dove comportamenti molestanti, ricattatori e discriminanti del capo di turno verso il sottoposto donna, possono essere tranquillamente classificati come comportamenti normali, violenze che spesso non sono neanche riconosciute perché fanno parte del ruolo». Si discute in materia sull'introduzione di una specifica fattispecie di molestie sul luogo di lavoro o di una specifica aggravante, fermo restando che una corretta applicazione del principio di *extrema ratio* – antitetico alla logica onnicomprensiva del diritto penale del nemico – dovrebbe comunque suggerire l'intervento penale solo quando le altre forme di intervento non siano sufficienti, a partire dalla corretta applicazione della disciplina antidiscriminatoria.

## 6. Violenza di gruppo.

L'intrinseca gravità dell'ipotesi di violenza di gruppo, il fenomeno del c.d. branco, spiega la previsione in termini di fattispecie autonoma, a cui il legislatore del 1996 riconosce una portata anche simbolica, e rappresenta il motivo dell'assenza della circostanza attenuante relativa ai casi di minore gravità, presente invece sia nell'art. 609-bis sia nell'art. 609- quater, e anche, infine, la predisposizione di una più elevata cornice sanzionatoria. Il gruppo di lavoro dell'AIPDP si è posto il problema se queste peculiarità socio-criminologiche della violenza sessuale di gruppo siano di per sé adeguate a giustificare l'autonomia dell'incriminazione.

Il gruppo di lavoro propone di abrogare la fattispecie autonoma perché se “la prassi si allontana dal paradigma di riferimento” “le cose diventano estremamente problematiche. Si pensi al fatto che sono stati ritenuti responsabili di violenza sessuale di gruppo due bagnanti: il primo aveva bloccato una ragazza, il secondo l'aveva baciata”.

Il riferimento alla prassi distorta non sembra un argomento convincente; con la stessa logica – chiaramente esasperata – potremmo affermare che si deve abolire la fattispecie di violenza sessuale perché viene applicata a comportamenti bagatellari, basterebbe la violenza privata aggravata.

In ogni caso il gruppo di ricerca osserva che come avveniva prima dell'introduzione di una simile fattispecie, l'ipotesi è comunque suscettibile di un severo trattamento sanzionatorio anche in assenza di una specifica tipizzazione, grazie all'applicazione della circostanza aggravante comune della *minorata difesa* alla fattispecie base di violenza sessuale, e “se poi gli agenti – come frequentemente accade – dovessero abusare “a turno” della vittima, ciascuno di essi sarà assoggettabile a una pena che a questo punto può già arrivare a 30 anni di reclusione; ferma restando la possibilità di ulteriori aggravamenti ai sensi dell'art. 112, nn. 1, 2, 3 e 4, c.p.”<sup>102</sup>.

Ad avviso di chi scrive, la maggiore gravità o, meglio, il maggiore disvalore penale della violenza sessuale posta in essere da parte di un gruppo di soggetti rispetto al reato individuale è evidente perché maggiore è l'offesa subita dalla vittima, più incisiva l'offesa alla personalità sessuale, alla libertà di autodeterminazione sessuale, all'immunità psicofisica, nonché alla stessa dignità della vittima. Come riconosciuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 325/2005 l'aggressione “oltre a comportare una più intensa lesione del bene della libertà sessuale a causa della prevedibile reiterazione degli atti di violenza, vanifica le possibilità di difesa e di resistenza della vittima e la espone a forme di degradazione e di reificazione che rendono più grave e profondo il trauma psichico che comunque consegue a qualsiasi episodio di violenza

---

non solo sociale, ma anche economico (con la revoca, ad es., di contratti di sponsorizzazione); ci si riferisce alle denunce per molestie avvenute a distanza di anni dai fatti nei confronti di personaggi del mondo dello spettacolo o delle sport e che fomentano la creazione di un tipo mediatico d'autore, che tanto piace e rischia di riversarsi all'interno del processo con inevitabile distorsione delle regole probatorie».

<sup>102</sup> G. BALBI, *La riforma dei reati contro la persona*, cit., 9; *Relazione*, cit., 11.

sessuale”. “Lo specifico disvalore del fatto non va colto dunque solo sul piano quantitativo dell’offesa, poiché a mutare è proprio la consistenza di essa:” “la vittima viene ridotta a mero oggetto di sfogo e di divertimento, privato di ogni umanità”<sup>103</sup>. Come evidenziato dagli studi psicologici in materia alla base della violenza di gruppo vi è lo scatenarsi di un comportamento filogeneticamente primitivo di dominio e predazione del maschio sulla femmina, dove sesso e aggressione sono connessi; ma tale connessione viene favorita ed esaltata dal gruppo, in presenza di riferimenti culturali che legittimano le disposizioni maschili primitive di sopraffazione, e proprio per questa esaltazione – si può aggiungere - che la violenza e, quindi, l’offesa della vittima si intensifica in maniera esponenziale. La maggiore gravità è determinata dal fatto che in un meccanismo di contagio emotivo, tipico del gruppo, i componenti sono portati “a vivere in modo automatico e riflesso la stessa attivazione emotiva, che è in questo caso di aggressione e sesso. Basta che uno del gruppo inizi una violenza, e gli altri si eccitano e si comportano mimeticamente allo stesso modo, in un crescendo sfrenato di brutalità privo di consapevolezza. In questa condizione la vittima e la sua sofferenza non vengono neppure viste e tantomeno colte, come risulta dalle testimonianze (“Io piangevo e imploravo di smettere e loro ridevano”); diventa quindi impossibile ogni condivisione empatica, che porterebbe a bloccare l’aggressione”<sup>104</sup>. Il fenomeno del “branco” “amplifica le capacità criminali dei singoli agenti, che non sono qui di regola mossi da pulsioni sessuali; la vittima è un bersaglio occasionale, spersonalizzata fino alla totale reificazione, munita di ben poche possibilità di difesa, esposta a un elevatissimo grado di umiliazione”. Non è solo violenza sessuale, non si offende solo la libertà di autodeterminazione sessuale della vittima, ma – più che in ogni forma di violenza sessuale – la dignità di essere umano della vittima, ridotta a oggetto di divertimento, oltre ai più gravi rischi per la salute psico-fisica della vittima.

Si ritiene, allora, che la maggiore gravità del fenomeno criminale rappresentato dalla violenza di gruppo non può essere messa in discussione; si tratta piuttosto di applicare correttamente la fattispecie di violenza sessuale e di estromettere dal suo ambito applicativo le meno gravi molestie sessuali, ferma restando l’opportunità di prevedere perlomeno un aggravante speciale se non una fattispecie autonoma per l’ipotesi, ben più offensiva per la vittima, delle molestie sessuali realizzate da un gruppo. In quest’ottica lo stesso gruppo di lavoro propone “qualora si optasse per il mantenimento della fattispecie a plurisoggettività necessaria”, di “prevedere una fattispecie più grave di stupro di gruppo, e una figura meno grave di abuso sessuale di gruppo, nella quale ultima fare eventualmente confluire condotte attualmente prive di unitaria considerazione e talune molestie sessuali”; si propone, inoltre, in maniera assolutamente condivisibile di prevedere “già a livello normativo” un “numero minimo di correi affinché vi sia un “gruppo” (mentre in giurisprudenza bastano due persone<sup>105</sup>), e “la riformulazione dell’attuale circostanza attenuante dell’opera del partecipe nei termini più precisi di un contributo minimo riferito alla sola fase della realizzazione o esecuzione del fatto, essendo questa la condotta tipica per la configurazione della violenza sessuale di gruppo”.

Si potrebbe anche evitare di prevedere una pena minima troppo alta che finisce per delimitare troppo la discrezionalità giurisprudenziale nell’individuazione della sanzione più adatta all’effettiva colpevolezza e gravità del singolo contributo. Sicuramente inaccettabile la recente riforma tedesca (2016), laddove ha introdotto il par. 184 j StGB, la nuova e controversa incriminazione di “atti sessuali per appartenenza a un gruppo”, che comporta la pena della reclusione

---

<sup>103</sup> Così S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, cit., 179; cfr. A. VALLINI, *op. cit.*, 101 parla di “un incremento non solo quantitativo, ma anche qualitativo, dell’offensività rispetto a quella propria della fattispecie dell’art. 609-bis c.p.”.

<sup>104</sup> S. BONINO - P.A. SACCHETTI, *Come “spiegare” gli stupri di gruppo? Dinamiche psicologiche e aspetti educativi*, in *Psicologia contemporanea*, giugno – novembre 2022, n.287, <https://www.psicologiacontemporanea.it/blog/come-spiegare-gli-stupri-di-gruppo-dinamiche-psicologiche-e-aspetti-educativi/>

<sup>105</sup> Cass., sez. III, 2 marzo 2022, n. 15659.

fino a due anni o la pena pecuniaria, per il solo fatto di far parte del gruppo, quando viene commesso uno dei reati di cui al par. 177 o 184i da un soggetto del gruppo. Dunque una sorta di responsabilità da partecipazione, non alla realizzazione del fatto di reato, ma al gruppo all'interno del quale qualcuno è spinto a commettere il delitto sessuale. Il legislatore ha ceduto a istanze populistiche di ipercriminalizzazione introducendo in chiave esasperatamente general preventiva tale delitto "accessorio", che sanziona sostanzialmente la mera partecipazione ad un gruppo, qualora quest'ultimo induca uno dei membri a commettere un reato sessuale («contribuisca alla commissione di un reato [sessuale] partecipando ad un gruppo di persone il quale induca[letteralmente: spinga/pressioni] un'altra persona alla commissione di un reato [sessuale]»), senza richiedere alcun contributo di compartecipazione morale o materiale all'aggressione sessuale, ai sensi dei §§ 25-27 StGB, in quanto si include una clausola di sussidiarietà «*die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist*», per cui il fatto non deve integrare già di per sé un diverso reato più gravemente punito e, quindi, laddove non si configuri già un concorso di persone; si tratta di una fattispecie che appare in evidente contrasto con i principi del diritto penale rappresentando una sorta di forma di «responsabilità per fatto altrui»<sup>106</sup>.

## 7. La tutela dei minori

Il settore dei reati sessualmente connotati a tutela dei minori è un settore delicato in cui «l'emozione popolare può determinare una fortissima pressione ambientale»<sup>107</sup> e in cui il formante sovranazionale ha svolto un ruolo fondamentale, come testimonia la predisposizione di una pluralità di norme modello da parte dell'Unione Europea, Consiglio d'Europa, Nazioni Unite, e altre organizzazioni non governative che hanno dato l'impulso a una rigida normativa nazionale con l'esplicito intento di garantire una legislazione priva di lacune di tutela contro gli abusi su minori, nonché la cooperazione laddove emerga la transnazionalità del fenomeno<sup>108</sup>.

In materia appare condivisibile la scelta di prevedere un'apposita fattispecie di violenza sessuale e di aggressione sessuale (ferme restando le osservazioni critiche su tale distinzione), senza valido consenso, nei confronti di un minore, considerando la particolare offensività che assumono simili reati per la vittima minorenni e la particolare plurioffensività, compromettendo il sano sviluppo psico-fisico del minore, oltre alla sua libertà di autodeterminazione sessuale (nella relazione di Balbi si evidenzia la "peculiare vulnerabilità degli stessi, il più accentuato danno esistenziale che la connota")<sup>109</sup>. Sembra condivisibile la scelta di non ritenere "valido il consenso prestato da un minore di anni diciotto, per quanto maggiore di anni 14, nel caso in cui l'agente abbia posto in essere l'illecito "abusando di un potere di diritto o di fatto"; la scelta di "attribuire rilevanza anche al potere "di fatto" nei confronti dei minori, si giustifica pienamente "in ragione dei rischi connessi alla naturale soggezione del minore a figure di adulti"<sup>110</sup> e la casistica giudiziaria nell'applicazione della fattispecie di violenza sessuale con abuso d'autorità conferma la rilevanza del fenomeno, considerando che molti dei casi in cui la giurisprudenza fa riferimento all'abuso di autorità di fatto hanno come vittima dei minori, come

<sup>106</sup> F. MACRÌ, *La violenza sessuale*, cit., 30 ss.

<sup>107</sup> M. BORTOLETTI, *Pedofilia: la "peste sociale" del terzo millennio. Un'analisi della situazione, delle prospettive e della proposta di legge n. 2521*, in <http://www.carabinieri.it/editoria/rassegna-dell-arma/la-rassegna/anno-2004/n-3---luglio-sett>, 55.

<sup>108</sup> Cfr. G. MARRA, *La detenzione di materiale pornografico minorile. Scelte di criminalizzazione e questioni di legittimità costituzionale nell'esperienza statunitense*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, v. 46, n. 1-2, 2003, 410; M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine penale del minore tra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino 2019, 63 ss.; G. MAGNO, *Elementi di diritto penale minorile*, Giuffrè, 2019, 365 ss.

<sup>109</sup> P. 6.

<sup>110</sup> G. BALBI, *I reati contro la persona*, cit., 6.

sopra esaminato.

Ricordando che questo è il settore che più di ogni altro ha risentito di quella logica di diritto penale del nemico sopra evidenziata<sup>111</sup>, si avverte la necessità di rifuggire da logiche di ipercriminalizzazione a tutto campo come laddove si propone di non prevedere il dolo specifico *di indurre il minore a compiere o subire atti sessuali* - oggi richiesto dall'art. 609 *quinquies* - nella fattispecie di *Esibizioni sessuali* (art. 7), che sostituisce la tradizionale figura della corruzione di minore e che al co. 3 incrimina la condotta di colui che mostri materiale pornografico a un minore, in questo caso *di anni quattordici* (in considerazione del portato di offesa meno accentuato che connota questa ipotesi); si argomenta tale proposta sulla base dell'esigenza di colmare un vuoto di tutela, riconducendo a legalità l'operato di una prassi che tende oggi a elidere il dolo specifico dalla struttura della fattispecie. Siamo così sicuri dell'opportunità della criminalizzazione di tale condotta, realizzata senza tale finalità?

Absolutamente condivisibili le perplessità sulla causa di non punibilità di cui al co. 3 (*non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-bis, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni*), sia laddove si propone di estenderne l'ambito di applicazione al "reato di corruzione di minore di cui all'art. 609 *quinquies*, al fine di risolvere un'irragionevole disparità di trattamento", sia laddove si evidenzia la necessità di ripensarla, anzi si può apertamente affermare la necessità di innalzare la possibile differenza di età anche fino ai quattro anni o addirittura sino ai cinque anni, consentendone l'applicazione anche al maggiorenne - magari prevedendone l'applicazione in forma discrezionale, affidandola alla valutazione del giudice - per evitare che "un bacio appassionato, e pienamente consensuale, tra un/a diciassettenne e un/a tredicenne" debba "a rigore, condurre il primo a una condanna tra i cinque e i dieci anni di reclusione (e comunque a non meno di un anno e mezzo)".

Il settore della prostituzione e della pornografia minorile è uno di quelli in cui, in particolare con la L. 269/1998, 38/2006 e 172/2012, il legislatore ha introdotto all'interno del corpus codicistico «uno statuto penale modellato su di un Tätertyp e caratterizzato da notevoli restrizioni delle garanzie individuali, nonché da una sensibile flessione dei principi costituzionali del diritto penale di ascendenza illuministico-liberale», cui «si accompagna la predisposizione di una tutela in chiave non solo preventiva, ma soprattutto simbolico-espressiva del bene tutelato»<sup>112</sup>.

Fermo restando ciò, in relazione alla fattispecie di pornografia minorile, personalmente sembra assolutamente preferibile l'orientamento più recente delle Sezioni Unite<sup>113</sup> che - in base a indicazioni tratte dall'evoluzione normativa delle fattispecie, al radicale mutamento del contesto tecnologico e all'argomento sistematico - non richiede l'accertamento del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico<sup>114</sup> perché il nucleo dell'offesa sta nell'utilizzare, sfruttare, il minore nella produzione o comunque nell'esibizione pedopornografica, con offesa al suo sano sviluppo; la contraria interpretazione, come osservato dalla III sezione nel rimettere la questione, si porrebbe in contrasto con l'obiettivo di tutela, ossia il "libero sviluppo personale del

<sup>111</sup> Cfr. A. M. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati*, cit., 29 ss.

<sup>112</sup> Così A. MANNA - F. RESTA, *I delitti in tema di pedopornografia alla luce della l. 38/2006. Una tutela virtuale?*, in *Dir. dell'internet* 2006, 224.

<sup>113</sup> Cass., Sez. Un., 31 maggio 2018 n. 51815.

<sup>114</sup> Cass., 14 dicembre 2017, n. 14001; Cass., 31 maggio 2018, n. 51815; Cass., 27 settembre 2018, n. 1647. Cfr. A. PECCIOLI, *La riforma dei reati di prostituzione minorile*, cit., 144.

minore”, interesse che verrebbe pregiudicato dal coinvolgimento del minore nell’attività di produzione del materiale, indipendentemente dall’uso personale o meno delle immagini<sup>115</sup>. Chiaramente tale interpretazione, come evidenziato nella relazione, “seppur rispondente al dato letterale, all’obiettivo di massima tutela del minore e alla lettera dei documenti sovranazionali in tema di pornografia minorile (Direttiva 93/2011 e cd. Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007) si scontra con una norma strutturata in modo estremamente rigido, con un regime sanzionatorio molto severo, che rende difficile una sua modulazione e applicazione proporzionata a fattispecie connotate da un diverso disvalore e grado di offensività: produzione con fine di diffusione, produzione per uso personale, produzione con il coinvolgimento di un solo minore, produzione con il coinvolgimento di più minori, produzione a fini commerciali, produzione con il coinvolgimento di minori che hanno raggiunto l’età del consenso sessuale ovvero che non l’hanno raggiunta”. Un intervento legislativo sarebbe, allora, auspicabile nel senso di consentire di distinguere ipotesi aventi un diverso disvalore nel rispetto del principio di proporzionalità.

In relazione alla fattispecie che più esprime la logica del diritto penale del nemico, con forte anticipazione dell’intervento punitivo, e cioè la fattispecie prevista dall’art. 600-*quater* c.p., che incrimina la detenzione di materiale pedopornografico come sintomo del tipo d’autore, il pedofilo<sup>116</sup> (“fattispecie di pericolo indiretto o addirittura di sospetto<sup>117</sup>, ove la soglia dell’intervento penale arretra sino ad incriminare condotte meramente prodromiche - non già ad una lesione *tout court*, ma ad una situazione a sua volta pericolosa per il bene tutelato -, prive di diretta incidenza offensiva sul bene finale oggetto di tutela<sup>118</sup>, salvo ad accogliere la prospettiva per

---

<sup>115</sup> La Corte sostiene, inoltre, che l’interpretazione offerta dalle Sezioni Unite non solo non trovi “riscontro nel dato normativo” ma contraddica “lo spirito dei numerosi interventi che si sono avuti in questi anni”, sia nazionali che sovranazionali, che prescindono dal pericolo di diffusione del materiale prodotto e che individuano già nella produzione una fattispecie di danno. In sintesi, secondo i giudici: “anche la produzione ad uso personale è reato, perché la stessa relazione, sia pure senza contatto fisico, tra l’adulto e il minore di anni 18, contemplata dall’art. 600-*ter* c.p., è considerata come degradante e gravemente offensiva della dignità del minore in funzione del suo sviluppo sano ed armonioso”, così Cass., sez. III, **30 novembre 2017, n. 10167**.

<sup>116</sup> Cfr. S. DEL SIGNORE, *I reati di pornografia minorile quale banco di prova per la laicità e il necessario orientamento ai valori del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di Balbi, Esposito, Torino, 2011, 54. Favorevole all’introduzione di questa fattispecie M. BORTOLETTI, *op. cit.*, 57, pur denunciando l’ipertrofia del diritto penale in questo settore.

<sup>117</sup> S. DEL SIGNORE, *La detenzione di materiale pornografico minorile: un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?* in *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. BIANCHI - S. DEL SIGNORE, Padova 2008, 90 che evidenzia come si potrebbe riconoscere una certa offensività alla condotta di *procurarsi* materiale pedopornografico in quanto accresce il rischio di una lesione della dimensione esteriore e sociale del bene giuridico protetto (personalità del minore, onorabilità sessuale), anche se poi critica tale tesi in quanto non si capirebbe perché non punire chi semplicemente visiona il materiale; in realtà emerge la tutela della morale pubblica e del buon costume.

<sup>118</sup> Cfr. E. VENAFA, *Art. 600-*quater**, in *L. 3/8/1998 n. 269 – La legge contenente norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori. Commento articolo per articolo*, in *Leg. pen.* 1999, 88 che parla di reato di pericolo indiretto; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale Parte speciale*, vol. II, tomo, 1, Bologna 2013, 178; G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 881 ss.; F. BACCO, *Tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale*, in D. PULITANO, *Parte speciale*, III ed. 2019, I, 372; O. Di GIOVINE, *Art. 600-*quater**, in *Codice Penale*, a cura di T. PADOVANI, cit. Contra F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico*, cit., 485: “trattasi non di mero “vizio privato”, ma di delitto di danno, poiché ogni fruizione di tale materiale costituisce una nuova offesa alla dignità del minore e perché tale delitto costituisce il simmetrico del non contestato delitto di fruizione della prostituzione minorile (art. 600-*bis*/2); O. FORLENZA, *Un pacchetto di misure a tutto campo per una legge dalle grandi aspettative*, in *Guida al dir.* 1998, n. 33, 49 che interpreta questa fattispecie come reato di danno in quanto forma di ricettazione rispetto al reato presupposto art. 600-*ter*, c. 1, perché la disponibilità del materiale consolida la lesione al bene prodotta dal reato presupposto.

cui si puniscono condotte moralmente censurabili<sup>119</sup>, il cui disvalore si radica sull'ideoneità astratta della condotta ad incrementare la domanda del medesimo materiale, presupponente appunto lo sfruttamento del corpo e della sessualità del minore, che la legge intende reprimere e *prevenire* in ogni sua forma”), è vero che sussistono dei vincoli di carattere europeo, ma perlomeno sembra possibile intervenire sull'art. 600-*quater* 1 c.p. che estende l'incriminazione della pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.) e della detenzione alle ipotesi relative a materiale pornografico virtuale (materiale che rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse, ma la pena è diminuita di un terzo)<sup>120</sup>.

Nell'ordinamento italiano tale fattispecie è stata introdotta senza bilanciare la carente offensività con i correttivi previsti nella maggior parte degli ordinamenti stranieri (l'art. 227.23 del C.P. francese; il § 184 b) StGB (5); la sect. 2252 (a) (4) dell'USA Code<sup>121</sup>; il § 163.1 (4) del C.P. canadese; l'art. 198.2 del C.P. spagnolo; la sect. 160 del Criminal Justice Act inglese del 1988<sup>122</sup>, che ha eliminato dalla precedente fattispecie il requisito della finalità di distribuzione)<sup>123</sup> e soprattutto la giurisprudenza esaspera ancora di più l'ipercriminalizzazione offrendo un'interpretazione paradossalmente estesa di tale disciplina: si pensi a quello che è stato definito «lo “strano caso” della pedopornografia a fumetti»<sup>124</sup>, con riferimento alla decisione della Suprema Corte che ha ritenuto applicabile la definizione dell'art. 600-*quater* 1. anche alle rappresentazioni a fumetti di minori coinvolti in atti sessuali, ritenendo che si tratta di un reato di pericolo concreto in relazione ad un bene impalpabile come la “intangibilità della personalità dei minorenni”; argomentazione criticata in dottrina laddove il richiamo a tale bene “sembra più un artificioso *escamotage*, volto ad evitare la scure dell'incostituzionalità della norma incriminatrice, che una soluzione interpretativa realmente in grado di superare le criticità insite nella descrizione di un'ipotesi delittuosa che appare in realtà muoversi negli scivolosi confini tra diritto e morale, tra “diritto penale del fatto” e “diritto penale d'autore”<sup>125</sup>. L'interpretazione della Corte ancor prima che con il principio di offensività, si pone, del resto, in contrasto con il

<sup>119</sup> L. FERLA, *Art. 604-*quater**, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. FORTI - S. SEMINARA - G. ZUCCALÀ, cit., 1966.

<sup>120</sup> Sulla nozione di immagini virtuali cfr. M. BIANCHI, *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico. Fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. BIANCHI - S. DEL SIGNORE, cit., 121 ss.; critici nei confronti di questa fattispecie L. PISTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.* 2006, n. 9, 51 ss.; A. CADOPPI, *pre art. 600-bis*, cit., 35 ss.; F. DI LUCIANO, *Lineamenti critici del reato di pedopornografia “virtuale”*, in *Cass. pen.* 2006, 2627 ss.; G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, cit., 863 ss.; M. MONTELEONE, *Lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia nella l. 6 febbraio 2006, n. 38*, in *Cass. pen.*, 2007, 2196 ss.; M. LA ROSA, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, in *Cass. pen.* 2008, 4169 ss.; A. MANNA, *Il minore autore e vittima di reato: la situazione italiana e le indicazioni europee*, in *Dir. famiglia*, 2012, 1251 ss.; M. BIANCHI, *Pornografia virtuale (art. 600-*quater*1)*, in *Trattato di diritto penale-Parte speciale*, a cura di A. MANNA - M. PAPA - S. CANESTRARI - A. CADOPPI, vol. VIII, Giappichelli, 2010, 515 ss.; ID., *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, cit., 118; A. VALSECCHI, *Delitti contro l'inviolabilità e la libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in *Reati contro la persona*, a cura di F. VIGANÒ - C. PIERGALLINI, Giappichelli, 2015, 307; cfr. S. DEL SIGNORE, *Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile*, cit., 71 ss. sulla pornografia virtuale già prima dell'introduzione di tale fattispecie.

<sup>121</sup> Cfr. G. MARRA, *op. cit.*, 444 ss.; C. PAVARINI, *La disciplina normativa in tema di pedo-pornografia negli Stati Uniti*, in *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. BIANCHI - S. DEL SIGNORE, cit., 243 ss.

<sup>122</sup> Cfr. M. PARMIGGINI, *La disciplina normativa in tema di pedo-pornografia in Inghilterra*, in *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. BIANCHI - S. DEL SIGNORE, cit., 167 ss.; M. L'INSALATA, *La disciplina normativa della pedo-pornografia in Germania*, ivi, 181 ss.; P. FURLOTTI, *La disciplina normativa in tema di pedo-pornografia in Spagna*, ivi, 217 ss.

<sup>123</sup> Cfr. A. M. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati*, cit., 45 ss.

<sup>124</sup> Cass., Sez. III, sent. 13 gennaio 2017 (dep. 09 maggio 2017), n. 22265, Z. B.

<sup>125</sup> A. CHIBELLI, *La Cassazione alle prese con il delitto di pornografia minorile virtuale: lo “strano caso” della pedopornografia a fumetti*, in *Dir. Pen. Cont.* 2017, f. 6, 295.

principio di legalità, rappresentando un'interpretazione analogica *in malam partem* in quanto lo stesso art. 600-*quater*.1 c.p. richiede immagini «la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali». Non solo, ma se l'originaria normativa europea effettivamente chiedeva di punire anche la pedopornografia integralmente “virtuale”, la successiva direttiva 2011/93/UE del 13 dicembre 2011, sostitutiva della citata decisione quadro 2004/68/GAI, ha espunto il riferimento alle immagini a sfondo sessuale aventi ad oggetto un “bambino inesistente”, definendo pornografia minorile, tra l'altro, «le immagini realistiche di un minore in atteggiamenti sessuali espliciti o immagini realistiche degli organi sessuali di un minore, per scopi prevalentemente sessuali» (art. 1, lett. c)<sup>126</sup>. Come evidenziato nella relazione questo emendamento ha messo in discussione l'effettiva richiesta d'incriminazione, a livello sovranazionale, della “pedopornografia totalmente virtuale”.

Condivisibile la critica alla nuova fattispecie prevista dall' art. 612-*ter* c.p. che, al secondo comma, incrimina la condotta di chi “avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocimento”; la presenza di questo dolo specifico “sembra del tutto incongrua, escludendo incomprensibilmente la rilevanza penale del caso, ad esempio, in cui l'agente diffonda le immagini per scommessa, per vanteria nei confronti di amici, e così via”<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Idem.

<sup>127</sup> G. BALBI, *I reati contro la persona*, cit., 11.





# PER UNA TIPIZZAZIONE DELLA PRODUZIONE E DIFFUSIONE DI “PEDO-PORNOGRAFIA DOMESTICA”<sup>1</sup>

Malaika Bianchi

**Sommario:** 1. La giurisprudenza si sostituisce al legislatore nella disciplina del “sexting minorile”; 2. Forzatura della tipicità normativa a livello giurisprudenziale: aspetti critici e rischi; 3. La non punibilità della produzione di pedo-pornografia domestica e l'esigenza di un confronto multidisciplinare; 4. Incriminazione della diffusione di pedo-pornografia domestica; 5. Studio sulla riscrittura del 600-ter c.p. attraverso le lenti dei principi di frammentarietà, *fair labelling* e proporzionalità; 6. Conclusioni.

## 1. La giurisprudenza si sostituisce al legislatore nella disciplina del “sexting minorile”

Diciamolo chiaramente, non si può più attendere una presa di posizione del legislatore in tema di “sexting minorile<sup>2</sup>”. Non è ammissibile continuare a delegare alla giurisprudenza la scelta punitiva in patente violazione del principio di legalità, soprattutto in un tema tanto delicato quanto è quello della tutela di soggetti minorenni. E la recentissima pronuncia della Cassazione a sezioni Unite<sup>3</sup> ne è la dimostrazione: dopo solo tre anni dall'ultima decisione della Corte, nella medesima composizione, sull'interpretazione del reato di produzione di pedo-pornografia, quest'ultima è stata infatti nuovamente chiamata ad esprimersi in merito alla configurabilità di tale fattispecie criminosa nell'ipotesi in cui la pedo-pornografia sia “domestica”, ossia, usando le parole delle Sezioni Unite del 2018, quando il materiale è realizzato con il coinvolgimento di minori che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale, nei casi in cui è prodotto e posseduto con il consenso di tali minori ed unicamente ad uso privato delle persone coinvolte<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> La mia partecipazione al gruppo di lavoro sulla “Riforma dei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale” è derivata, in particolare, dagli studi che ho svolto negli anni sui delitti di pornografia minorile. Sebbene, per ragioni di tempo, il tema non sia stato approfondito dal gruppo di lavoro, si è ritenuto opportuno, in considerazione della sua attualità, un intervento ad esso dedicato in occasione del Convegno organizzato dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale il 21.10.2021. Il presente lavoro trae spunto dalla relazione tenuta in quella sede e da interventi in successivi convegni. Si segnala che il contributo è stato pubblicato nella rivista *Archivio penale*, fasc. 1, 2023 e si ringrazia la Direzione della Rivista per la gentile concessione.

<sup>2</sup> Ci riferiamo, in questo contesto, sia alle immagini sessuali auto-prodotte dal minore, sia alle immagini etero-prodotte con il consenso del minore ritratto, in assenza di strumentalizzazione, coartazione, induzione, ecc. Anche la nuova formulazione normativa che proponiamo comprende sia la diffusione di immagini etero-prodotte che auto-prodotte (v. § 4 e ss.).

<sup>3</sup> Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 4616. Non si intende in questa sede annotare i singoli passaggi della sentenza, ma piuttosto porre in evidenza i profili di criticità delle proposte ermeneutiche e proporre una riformulazione normativa con l'obiettivo di giungere ad una maggiore chiarezza. Per i commenti alla sentenza si rinvia a A. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiariscono i limiti della (ir)rilevanza della “pedopornografia domestica” ai sensi dell'art. 600-ter c.p.*, in *www.sistemapenale.it*, 25 febbraio 2022; D. ROSANI, *L'introduzione giurisprudenziale di una clausola di non punibilità per la “pornografia minorile domestica”*: *pensieri critici*, in *www.sistemapenale.it*, 15 aprile 2022; N. RECCHIA, *Pregevoli approdi e persistenti criticità nella sentenza delle Sezioni unite sul sexting*, in *Giur. it.*, 2022, 1470 ss.

<sup>4</sup> Cass., Sez. un., 31 maggio 2018, n. 51815, par. 4.1. Fra i commenti, cfr. L. PICOTTI, *La pedopornografia nel Cyberspace: un opportuno adeguamento della giurisprudenza allo sviluppo tecnologico ed al suo impatto sociale riflessi nell'evoluzione normativa*, in *Diritto di Internet*, 2019, 1, pp. 187-192; D. ROSANI, «Send nudes». *Il trattamento penalistico del sexting in considerazione dei diritti fondamentali del minore d'età*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 9-32; M. BIANCHI, *Produzione di materiale pedo-pornografico: il nuovo principio di diritto delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 1-25.

Ricordiamo come questa delimitazione della sfera del penalmente rilevante, contenuta in un *obiter dictum* della sentenza del 2018, derivi dall'interpretazione restrittiva che la Corte ha fornito al concetto di "utilizzazione" del minore per la produzione del materiale (art. 600-ter, comma 1, c.p.) e dall'applicazione del principio costituzionale di ragionevolezza, che renderebbe ingiustificabile il severissimo trattamento sanzionatorio previsto (sia per quanto concerne le pene principali che le pene accessorie) se riferito alla produzione di pedo-pornografia "non abusiva".

Ora, l'ordinanza di rimessione del 22 aprile 2021 della Terza Sezione della Corte di Cassazione ha messo in discussione l'orientamento delle Sezioni unite del 31 maggio 2018 in tema di pedo-pornografia domestica "se non altro sotto il profilo della sua non completezza". Ha chiesto, in primo luogo, se la produzione di tale materiale nell'ambito di una relazione fra un adulto e un minore possa ritenersi avvenuta nel contesto di una "relazione interpersonale paritaria"; ha escluso che il minore sia capace di prestare un valido consenso alla diffusione, cessione o divulgazione di tale materiale, tema non affrontato nella sentenza del 2018; ha espresso dubbi in ordine alla equiparazione, effettuata sempre dalla Corte a Sezioni unite del 2018, fra l'età del consenso alla produzione di immagini pedo-pornografiche e l'età prevista dalla legge per il consenso agli atti sessuali (art. 609-*quater* c.p.), focalizzando l'attenzione sui rischi derivanti dalla potenziale diffusione di questo materiale.

La Corte, chiamata a rispondere a tutti questi interrogativi, non ha avuto sicuramente un compito semplice. Si tratta, infatti, di temi molto complessi che richiedono riflessioni profonde ed attente, in cui l'interprete dovrebbe rintracciare un equilibrio fra un doveroso e legittimo intervento paternalistico a protezione dei minorenni, soggetti vulnerabili, e il riconoscimento di una loro, seppur limitata, sfera di autodeterminazione nella "manifestazione in immagine della sessualità", una nuova forma di espressione dell'intimità sessuale attraverso gli strumenti informatici. E tutto ciò senza avere una chiara guida da parte del legislatore e quindi basandosi su reati, i delitti di pornografia minorile, introdotti molti anni fa per disciplinare un fenomeno diverso, quello dello sfruttamento sessuale dei minori, della strumentalizzazione della loro immagine, del mercato della pedofilia.

Consideriamo che i delitti in questione sono stati emendati in più occasioni, ma mai per adeguarli al nuovo fenomeno del *sexting* minorile. Il legislatore avrebbe, per esempio, potuto introdurre le cause di non punibilità proposte, seppur con formulazioni differenti, sia dalla Decisione quadro 2004/68/GAI, sia dalla Direttiva 2011/93 UE, sia dalla cd. Convenzione di Lanzarote, le quali riservano alla discrezionalità degli Stati la possibilità escludere dal perimetro dei delitti di pornografia minorile le ipotesi in cui le immagini siano realizzate senza l'abuso del minore che ha raggiunto l'età del consenso sessuale, con il suo consenso e per uso personale delle persone coinvolte<sup>5</sup>. Avrebbe avuto più occasioni per farlo. Ricordiamo che nei d.d.l. n. 4599 del 2004 e n. 3503 del 2005<sup>6</sup>, che hanno portato all'approvazione della L. n. 38/2006, erano previste, con contenuti in parte differenti, cause di non punibilità a favore del produttore e detentore di immagini realizzate con il consenso del minore che avesse raggiunto l'età del consenso sessuale. Eppure esse furono espunte nella versione definitiva della legge e ciò in seguito a una serie di obiezioni emerse in sede di discussione, fra cui i rischi derivanti dal possesso di tale materiale "privato", potenziale strumento di ricatto o minaccia di diffusione. Il legislatore aveva quindi scelto consapevolmente di far prevalere l'intervento paternalistico sul riconoscimento di uno spazio di autonomia sessuale del minore in questo contesto.

---

<sup>5</sup> Cfr. Art. 3, comma 2, della Decisione quadro 2004/68/GAI; art. 8, par. 2 e 3, della Direttiva 2011/93/UE; art. 20, comma 3, della Convenzione di Lanzarote.

<sup>6</sup> V. d.d.l. n. 4599, presentato alla Camera il 13.1.2004 e d.d.l. n. 3503, trasmesso al Senato il 20.6.2005.

Non ha cambiato idea neppure con la legge n. 172/2012, quando il fenomeno del *sexting* minorile già esisteva da anni, come dimostrano diverse pronunce della giurisprudenza di legittimità, che peraltro negavano qualsiasi valore al consenso del minore in questo contesto<sup>7</sup>.

Né in quell'occasione né in altre, dunque, il legislatore ha voluto rivedere la configurazione tipica di questi delitti in modo, da un lato, da escludere chiaramente la perseguibilità della produzione di immagini a contenuto sessuale realizzate con il valido consenso del minore ultraquattordicenne, e dall'altro, di eliminare il rinvio "al materiale di cui al primo comma", contenuto nei commi 2 e ss. dell'art. 600-ter c.p., così da scindere il legame che collega tutte le fattispecie previste dalla norma e quindi poter perseguire anche la diffusione di immagini pedopornografiche prodotte senza l'"utilizzo" del minore (come, per esempio, *selfie* pedopornografici e immagini prodotte dal partner in un contesto consensuale e volontario).

Insomma, il legislatore non ha mai voluto disciplinare il fenomeno tanto attuale del *sexting* minorile, nonostante la sua complessità e problematicità sia ormai da alcuni anni oggetto di approfondimenti criminologici e giuridici e nonostante questo *vacuum* legislativo stia creando non poche difficoltà nella prassi.

Bisogna, però, dare atto del fatto che si è affrontato a livello legislativo il più generale tema della diffusione non consentita di immagini a contenuto sessuale in un'altra sede, ossia nell'ambito del nuovo art. 612-ter c.p. (da tutti conosciuto come *revenge porn*), ma senza far riferimento alcuno, neppure nelle circostanze aggravanti, al minore. Tuttavia, come approfondiremo più avanti, il presupposto, previsto dalla norma, dell'"assenza di consenso alla diffusione", rende inadeguata l'applicazione di questa nuova fattispecie alle rappresentazioni che ritraggono minorenni. È stata forse un'occasione persa per operare una chiara distinzione fra i due fenomeni (pedopornografia e *sexting* minorile) e per cercare di disciplinare con attenzione le ipotesi in cui essi si sovrappongono e si intersecano.

In assenza di una presa di posizione del legislatore, è stata quindi chiamata la giurisprudenza ad individuare un bilanciamento fra la tutela della autodeterminazione sessuale del minore in questo contesto e la necessità di salvaguardarlo da forme di coercizione o di condizionamento della sua stessa volontà (ossia dalla cd. "produzione abusiva" di pedopornografia), nonché dai danni che, acconsentendo alla creazione e diffusione di proprie immagini intime, può arrecare a sé stesso e ai minori come gruppo sociale. Perché, come riconosce la stessa pronuncia delle Sezioni unite, l'interesse tutelato da questi reati ha un doppio volto: quello individuale ("immagine, dignità e corretto sviluppo psico-fisico del minore") e quello collettivo ("tutti i minori, anche non direttamente coinvolti")<sup>8</sup>. La repressione della circolazione di queste immagini sarebbe, pertanto, anche funzionale a evitare che si alimentino condizioni favorevoli per futuri abusi e sfruttamenti sessuali di minorenni.

Se prendiamo in esame le prime sentenze della Corte di cassazione che si sono dovute confrontare con il fenomeno del *sexting* minorile, possiamo notare come progressivamente, nel corso degli anni, la posizione della giurisprudenza di legittimità sia mutata relativamente alla rilevanza del consenso del minore alla produzione di proprie immagini a contenuto sessuale in un contesto intimo e privato: nelle sentenze depositate dal 2010 al 2012<sup>9</sup> veniva negato qualsiasi valore all'autodeterminazione del minore in questo contesto, e così fino ad una timida apertura con la sentenza della Corte di cassazione del 21.3.2016, n. 11675, in cui la Corte estrometteva dall'oggetto materiale dei reati di pedopornografia i *selfie* pedopornografici realizzati dal minore ritratto in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto. La Corte, tuttavia, non dedicava alcun approfondimento al tema del consenso del minore alla produzione del materiale

<sup>7</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 28 ottobre 2010, n. 43414; Cass., Sez. III, 23 ottobre 2011, n. 1181; Cass., Sez. III, 21 novembre 2012, n. 47239; Cass., Sez. III, 16 aprile 2013, n. 39872.

<sup>8</sup> Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 4616, p. 25.

<sup>9</sup> V., *supra*, nota n. 4.

da parte di terzi, anzi ne dichiarava, a priori, l'irrilevanza<sup>10</sup>. Provengono piuttosto dalla giurisprudenza di merito i primi coraggiosi riconoscimenti del valore del consenso manifestato dal minore ultraquattordicenne<sup>11</sup>, e ciò fino alla pronuncia delle Sezioni unite n. 51815 del 2018. In quella sede, tuttavia, come abbiamo già accennato, la Corte non si esprimeva in ordine al ruolo del consenso del minore alla diffusione delle immagini prodotte consensualmente. Saranno le Sezioni semplici, nel 2020, a rivedere la propria posizione del 2016, statuendo che anche la diffusione di *selfie* pedo-pornografici poteva integrare il reato, in quanto in ordine alle condotte diffusive (art. 600-ter, commi 2 e ss., c.p.) l'interprete non avrebbe più dovuto fare riferimento alla modalità di produzione dell'immagine ma esclusivamente alla natura pedo-pornografica del materiale<sup>12</sup>. Quest'ultima decisione però rispondeva solo al *petitum* sottoposte, ossia alla cessione di pedo-pornografia auto-prodotta. *Quid iuris* in merito alla cessione/diffusione di immagini etero-prodotte con il consenso del minore?

Su quest'ultima questione si concentra appunto la sentenza delle Sezioni unite n. 4616 del 2022, in cui la Corte, se da un lato ribadisce la atipicità della produzione di pedo-pornografia domestica rispetto alla fattispecie di cui al primo comma dell'art. 600-ter c.p., dall'altro afferma chiaramente che il minore, a differenza dell'adulto, non può mai prestare un valido consenso alla diffusione delle proprie immagini a contenuto sessuale, perché non ha la maturità per valutare in modo consapevole i rischi derivanti da tale scelta.

Se questa opzione interpretativa è nella sostanza condivisibile, anche in considerazione dell'esigenza paternalistica di tutelare il minore in questo ambito, ciò che lascia perplessi è l'evidente forzatura della tipicità normativa a cui si è spinta la Corte. Con riferimento alla condotta di produzione di pedo-pornografia, attraverso una interpretazione restrittiva del concetto di "utilizzo", la Corte ha sostanzialmente escluso la tipicità della produzione di pedo-pornografia domestica, ritenuta inoltre inoffensiva rispetto al bene giuridico dello sviluppo psico-fisico dei minori. In questo contesto ha valorizzato il consenso del minore ultra-quattordicenne, definendone i limiti attraverso un parallelismo con gli atti sessuali con minorenni, e quindi vicariando la disciplina dall'art. 609-*quater* c.p. (riproducendo le medesime soglie di età, ossia quattordici/sedici/diciotto anni a seconda del rapporto intercorrente fra il minore e l'agente). Come approfondirò più avanti nel testo, si tratta, ad avviso di chi scrive, di un'operazione ardata, dal momento che fino ad oggi la scelta di attribuire efficacia giuridica alle manifestazioni di volontà del minore è sempre stata effettuata dal legislatore, se si pensa ai vari reati in cui il consenso del minore di un determinata età esclude la tipicità del fatto oppure comporta una riduzione di pena.

Anche con riferimento alle condotte diffusive si è manipolata non poco la lettera della norma, ignorando il rinvio esplicito contenuto nelle fattispecie di cui ai commi 2 e seguenti dell'art. 600-ter c.p. al "materiale di cui al primo comma" e dunque, evidentemente, al materiale prodotto con l'utilizzazione del minore. Ci sono i margini per poter discutere sul carattere analogico di questa opzione interpretativa<sup>13</sup>, che sappiamo non può trovare una giustificazione nella necessità di colmare una lacuna normativa, poiché, come già sottolineato in dottrina, è proprio

---

<sup>10</sup> Cass., Sez. III, 18 febbraio 2016, n. 11675, p. 4. Per un approfondimento, M. BIANCHI, *Il "Sexting minorile" non è più reato? Riflessioni a margine di Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, 138 ss.

<sup>11</sup> Corte App. Milano, 12 marzo 2014, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 17.6.2014, con nota di G. SASSAROLI, *In tema di detenzione di materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto: una sentenza assolutoria della Corte d'Appello di Milano*; G.i.p. Trib. Firenze, 27 gennaio 2015, n. 163, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 22.4.2015, con nota di A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedo-pornografico. Considerazioni sociologiche e giuridiche a margine di una recente sentenza in materia*.

<sup>12</sup> Cass., sez. III, 12 febbraio 2020), n. 5522, par. 9.2, con nota di D. ROSANI, *Cessione di immagini pedopornografiche autoprodotte ("selfie"): la Cassazione rivede la propria lettura dell'art. 600-ter*, in *www.sistemapenale.it*, 4 dicembre 2020.

<sup>13</sup> V., in giurisprudenza, Cass., Sez. III, 18 febbraio 2016, n. 11675.

in questi casi che dovrebbero attivarsi le garanzie poste dal principio di legalità<sup>14</sup>. Il divieto di analogia è un principio che caratterizza proprio la materia penale, ove le lacune sono solitamente frutto di scelte operate consapevolmente da legislatore<sup>15</sup>, che ha deciso di perseguire, tra i diversi comportamenti potenzialmente lesivi di un bene, una determinata modalità di lesione, poiché meritevole di assurgere a reato e della conseguente sanzione penale, o quantomeno a quel reato e di quella cornice sanzionatoria. Una delle funzioni riconducibili al principio di frammentarietà, alla base del quale si fondano queste riflessioni, è infatti anche quella di differenziare le fattispecie normative sulla base delle diverse *species* socio-criminologiche sottostanti<sup>16</sup>. Nel tema che ci occupa, non a caso, il legislatore italiano ha specificato l'elemento dell'"utilizzo" del minore quale modalità di produzione del materiale. Ma non solo: ha anche connesso a questo iniziale presupposto, con il rinvio al "materiale di cui al primo comma", tutte le fattispecie successive<sup>17</sup>.

Sempre in tema di circolazione delle immagini, la Corte non solo prescinde dall'"utilizzo" del minore nelle condotte diffuse, ma distingue l'ipotesi in cui la diffusione sia stata già voluta al momento della produzione del materiale (in questo caso può ritenersi integrata la più grave fattispecie di produzione di pedo-pornografia), dall'ipotesi in cui la diffusione del materiale sia frutto di una successiva determinazione del produttore (in questo caso può ritenersi integrato il reato di diffusione, punito meno severamente). È ragionevole questo distinguo: come ho sostenuto in alcuni scritti, nell'ottica di un ipotetico intervento legislativo riformatore, la produzione finalizzata alla diffusione implica *ab origine* una "strumentalizzazione del minore" del minore e pertanto è conforme al principio di proporzione che venga sanzionata diversamente dalla diffusione *sic et simpliciter*<sup>18</sup>. Nell'ambito di un eventuale emendamento si potrebbe prevedere, per esempio, una sotto-fattispecie di produzione finalizzata alla commercializzazione o alla diffusione del materiale, similmente alla disciplina presente in Germania e soprattutto in Austria in materia<sup>19</sup>. Ma deve trattarsi, anche in questo caso, di una scelta legislativa.

## 2. Forzatura della tipicità normativa a livello giurisprudenziale: aspetti critici e rischi

Il fatto di scardinare a livello giurisprudenziale il confine della tipicità di questi reati in modo da disciplinare il fenomeno del *sexting* minorile, una realtà che il legislatore ha sostanzialmente fino ad oggi ignorato, prevedendo una serie di sotto-ipotesi di costruzione puramente ermeneutica, è molto pericoloso e rischioso per una serie di ragioni.

Vi è il rischio, innanzitutto, di "lasciare fuori" ipotesi che prima o poi si porranno all'attenzione della giurisprudenza e che non troveranno nelle indicazioni fornite dalla recente Sentenza

<sup>14</sup> N. RECCHIA, *Pregevoli approdi e persistenti criticità nella sentenza delle Sezioni unite sul sexting*, cit., 1474.

<sup>15</sup> Sul conflitto fra "bisogno di colmare lacune" e i principi di frammentarietà e sussidiarietà v. M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 2018, 4, 79 ss.

<sup>16</sup> Per approfondimenti v. A. CADOPPI, "Un bacio è solo un bacio". *Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in *Ind. pen.*, 2012, 1, 43 ss.; si consenta, inoltre, di rinviare a M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Giappichelli, 2019, 557 ss.

<sup>17</sup> Riconosciamo che questa opzione legislativa si discosta dalla Direttiva 2011/92/UE che, come correttamente precisano le Sezioni unite (Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 4616), nel prevedere il divieto di circolazione di queste immagini, prescinde dalla modalità della loro produzione. Anche per questo motivo sarebbe opportuna una riforma di queste fattispecie, maggiormente in linea con le indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, e capace di distinguere opportunamente i diversi fenomeni.

<sup>18</sup> V., nell'ambito di un ragionamento più ampio e articolato, M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, cit., 419 ss.

<sup>19</sup> V., per la disciplina in Germania, l'§ 184c StGB e, per la disciplina in Austria, § 207a StGB.

delle sezioni unite una guida esaustiva. Possiamo notare, infatti, come nelle diverse pronunce della Corte di legittimità su questo tema, ognuna si sia occupata solo di una delle modalità dell'azione, mentre tutte fanno parte del medesimo fenomeno (auto-produzione, etero-produzione, invio autonomo di immagini auto-prodotte, invio da parte di terzi di immagini auto-prodotte, addirittura il fotografare la foto autoprodotta dal minore, e altre infinite ipotesi). La Corte, per esempio, afferma esplicitamente che non intende affrontare il tema delle immagini auto-prodotte e sostiene che la pedo-pornografia domestica si riferisca solo al materiale etero-prodotto<sup>20</sup>. Questa era, invece, l'occasione per fare chiarezza. Perché differenziare il materiale auto-prodotto da quello etero-prodotto con il consenso del minore? Entrambi possono essere realizzati volontariamente e liberamente oppure sotto costrizione, con abuso o attraverso induzione, ed entrambi possono essere successivamente diffusi con o senza il consenso del minore ritratto.

In secondo luogo, affidare alla giurisprudenza la disciplina di un fenomeno così complesso (soprattutto per le sue implicazioni criminologiche, sociologiche, pedagogiche, informatiche, ecc.) sconta il limite dell'assenza dell'armamentario metodologico di cui dispone il legislatore, del tempo e del confronto che caratterizzano la discussione di un progetto di legge, dell'ausilio di esperti di varie discipline, che diventa fondamentale nell'osservazione di fenomeni trasversali come quello che ci occupa.

Questo limite emerge con evidenza nell'affermazione, contenuta nella sentenza, secondo cui il minore può essere ritenuto responsabile per il delitto di diffusione di pornografia minorile per aver messo in circolazione le proprie immagini a contenuto sessuale<sup>21</sup>. Si tratta di una statuzione pericolosa, che si pone in contrasto con i più recenti documenti sovranazionali che si sono espressi sul tema, i quali specificano che il ricorso ai delitti di pedo-pornografia deve rappresentare una *extrema ratio* quando l'autore è un minore e che deve essere data priorità a strumenti più appropriati, come a misure educative e terapeutiche<sup>22</sup>. Forse la Corte, che affronta questo argomento nel passaggio della motivazione in cui parla della responsabilità dell'adulto per la diffusione del materiale, intendeva circoscrivere la responsabilità del minore alle ipotesi in cui sia quest'ultimo a mettere in circolazione proprie immagini pedo-pornografiche realizzate e possedute da un adulto (es. il minore carpisce fraudolentemente la propria immagine, detenuta

<sup>20</sup> Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 4616, 24, par. 9.2. v. D. ROSANI, *L'introduzione giurisprudenziale di una clausola di non punibilità per la "pornografia minorile domestica": pensieri critici*, cit., 4.

<sup>21</sup> Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 4616, 25, par. 9.3.

<sup>22</sup> *Opinion on child sexually suggestive or explicit images and/or videos generated, shared and received by children*, Adopted by the Lanzarote Committee on 6 June 2019 (fra le condotte a cui si fa riferimento vi è la diffusione da parte del minore del materiale autoprodotta che lo rappresenta). Segnaliamo che già nei lavori preparatori della Direttiva 2011/93/UE era stata proposta l'introduzione di un nuovo comma relativo alla previsione di misure alternative e rieducative per i minori che si rendano responsabili di questi comportamenti [*Les États membres font en sorte qu'en cas d'infraction de nature pédopornographique au sens de l'article 5 commise par un enfant, celle-ci fasse l'objet de mesures alternatives adaptées aux besoins de rééducation particuliers prévus par le droit national et qu'il soit tenu compte de l'âge du délinquant, de la nécessité d'éviter la criminalisation et de l'objectif de réinsertion sociale de l'enfant*]. La motivazione è la seguente: "*En cas d'infractions liées à l'utilisation des TIC, de plus en plus répandues entre enfants dès l'école et s'inscrivant souvent dans des pratiques d'intimidation, il est essentiel de punir ces comportements par des mesures adéquates, même si le délinquant est un enfant*" (Emendamento n. 25) ([http://www.europarl.europa.eu\\_sides\\_getDoc.do\\_pubRef=-\\_EP\\_NO\\_NSGL+COM-PARL+PE-452.pdf](http://www.europarl.europa.eu_sides_getDoc.do_pubRef=-_EP_NO_NSGL+COM-PARL+PE-452.pdf)). V., inoltre, *General Comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to digital environment* (par. VII), 2 March 2021. Da ultimo, il Comitato di Lanzarote ha pubblicato un recentissimo studio, a cui si farà accenno più avanti, con importanti raccomandazioni rivolte ai legislatori dei singoli Stati, in merito alla non incriminazione, nell'ambito dei delitti di pedo-pornografia, delle "immagini sessuali auto-prodotte dal minore" (v. *Lanzarote Committee, The Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse Facilitated by Information and Communication Technologies (ICTs) Addressing the Challenges Raised by Self-Generated Sexual Images and/or Videos*, 10 March 2022).

nel cellulare dell'adulto produttore, e la invia a terzi). Anche nel caso esemplificato, tuttavia, sarebbe auspicabile individuare una risposta di natura "educativa", non punitiva.

In terzo luogo, relativamente alle condotte diffusive, si pone un problema forse più sottile, ma non secondario, su cui mi soffermerò più avanti. Il fatto di ricorrere interpretativamente ai reati di cessione e diffusione di pedo-pornografia per perseguire sia la diffusione di pedo-pornografia abusiva, sia quella domestica o consensuale, senza distinguere adeguatamente il contesto da cui l'episodio ha tratto origine, ma riconducendo tutto all'interno della medesima ipotesi incriminatrice, rischia di porsi in contrasto con il principio di frammentarietà e di proporzionalità.

Mi spiego meglio. Oggi, nell'ambito delle fattispecie diffusive di pedo-pornografia vengono convogliate situazioni, vicende, fattispecie non assimilabili, profondamente distanti sotto il profilo criminologico e del disvalore d'azione: la diffusione sul *web* di immagini agghiaccianti di abusi sessuali su bambini piccolissimi, ricevute direttamente dal produttore o trovate *on line*, che alimentano il mercato pedofilo; il fidanzato (maggiorrenne o minorenni) che, dopo la fine del rapporto sentimentale, diffonde le immagini a contenuto sessuale della ex fidanzatina minorenni (e non dimentichiamo che "minorenni" vuol dire anche sedicenne, diciassettenne); il fidanzato (maggiorrenne o minorenni) che diffonde queste immagini con il consenso della fidanzatina minorenni e infine, da quanto lascia intuire questa pronuncia, anche il minore che mette in circolazione le proprie immagini a contenuto sessuale.

È vero, sono situazioni che richiedono tutte un intervento da parte del sistema, una risposta però che, a mio avviso, dovrebbe essere differenziata: sono diversi i motivi che spingono ad agire, è diverso il disvalore d'azione, il substrato criminologico delle condotte, l'offesa che si arreca, e ciò dovrebbe emergere anche sotto il profilo normativo, attraverso una differenziazione nella disciplina.

Infine, una questione di carattere più generale, relativamente alla incertezza applicativa di una disciplina sostanzialmente delegata alla giurisprudenza. Pensiamo, solo per fare un esempio, al parallelismo che la Corte ha impostato con l'art. 609-*quater* c.p. per dare corpo al concetto di "utilizzo" del minore nella produzione di pedo-pornografia, riproponendo le medesime soglie di età del consenso, nonché i limiti dello stesso in contesti di coartazione e approfittamento. Viene a questo punto spontaneo domandarsi se, secondo la "comune logica di sistema sorretto dalle medesime finalità" di cui parla la Corte, la causa di non punibilità prevista, all'art. 609-*quater*, quinto comma, c.p., relativa agli atti sessuali fra minorenni, possa estendersi interpretativamente anche alla produzione di pedo-pornografia, così da poter escludere la punibilità del minorenni che, in un contesto intimo e consensuale, realizza immagini del partner tredicenne. Ovviamente le Sezioni unite nulla hanno detto in proposito, ma non si può escludere che questa questione si presenti presto in un'aula di tribunale. In breve, la scelta di delegare alla giurisprudenza la gestione di questo fenomeno non può che generare incertezza negli operatori del diritto e non da ultimo nei cittadini, che non sono messi in condizione di capire quali comportamenti siano leciti e quali non lo siano.

### **3. La non punibilità della produzione di pedo-pornografia domestica e l'esigenza di un confronto multidisciplinare**

Le Sezioni Unite nella sentenza del 2022, seppur non esplicitamente come avevano fatto con la pronuncia del 2018, ribadiscono che il minore possiede, a determinate condizioni, nell'ambito della propria autonomia sessuale, una sfera di autodeterminazione nella rappresentazione della propria intimità sessuale, e lo fanno basandosi su una lettura sistematica<sup>23</sup>: "le disposizioni

---

<sup>23</sup> Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 4616, 13 ("Il Collegio ritiene in questa sede di evidenziare che la declinazione del concetto di 'utilizzo del minore' deve armonizzarsi e trovare coerenza interpretativa con le disposizioni

contenute nel capo III del Titolo XII del codice penale perseguono anzitutto la finalità di assicurare che la determinazione del minore sia ‘libera e incondizionata’ nelle scelte di natura sessuale”<sup>24</sup>.

Questo spazio di libertà è riconducibile alla produzione di pedo-pornografia domestica alle condizioni indicate dalla Corte, condotta che resta dunque fuori dal perimetro della punibilità di cui all’art. 600-ter, comma 1, c.p.

Le Sezioni Unite giungono a questa soluzione basandosi su due argomentazioni in particolare: la produzione di pedo-pornografia domestica sarebbe innanzitutto atipica perché difetterebbe l’elemento dell’utilizzazione richiesto dalla norma<sup>25</sup> e sarebbe inoltre priva di offensività rispetto all’integrità psico-fisica del minore<sup>26</sup>.

Questa apertura rispetto al passato è a mio avviso, come ho già avuto modo di sostenere, da accogliere con favore. Tuttavia, nonostante si tratti di un approdo interpretativo in *bonam partem*, che trova supporto nella normativa europea, nella prospettiva di una interpretazione conforme, e che è in linea con le più recenti dichiarazioni di organismi sovranazionali che i sono espressi sull’argomento, riguarda, a mio avviso, un tema che deve essere di esclusiva competenza del legislatore. E ciò per una serie di ragioni.

Solo il legislatore è in grado di effettuare una valutazione chiara e coerente sull’età del consenso del minorenne alla realizzazione e condivisione intima di proprie immagini a contenuto sessuale in assenza di abuso e coartazione, basandosi su indagini empiriche capaci di compendiare i benefici di questa forma di espressione e i rischi che ne derivano. Il legislatore potrebbe, per esempio, decidere di circoscrivere la non punibilità esclusivamente al materiale prodotto nell’ambito di relazioni che coinvolgono solo soggetti minorenni, come hanno fatto peraltro alcuni ordinamenti stranieri<sup>27</sup>. Penso alle *teen sexting laws* introdotte recentemente da diversi paesi statunitensi<sup>28</sup>. Anche questa opzione, tuttavia, ha i suoi aspetti negativi poiché rischia di creare irragionevoli disparità di trattamento rispetto ai giovani adulti: il diciottenne che scatta la fotografia osè alla fidanzata diciassettenne con il suo consenso non potrebbe beneficiare di questa causa di non punibilità perché maggiorenne.

Ancora, sulla base di ricerche scientifiche che traggono ausilio dalle scienze pedagogiche, psicologiche, sociologiche, ecc., il legislatore, invece di operare un parallelismo con l’età del

---

contenute nel Titolo XII, Capo III “Dei delitti contro la libertà individuale”, Sezione I “Dei delitti contro la personalità individuale” e Sezione II “Dei delitti contro la libertà personale”, rientrando in una comune logica di sistema sorretto dalle medesime finalità”).

<sup>24</sup> Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 4616, 14.

<sup>25</sup> Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 4616, 13 (secondo la lettura della Corte, in sostanza, affinché si possa trattare di legittima pedo-pornografia domestica deve sussistere sia il consenso del minore sia l’assenza di utilizzazione del minore).

<sup>26</sup> Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 4616, 22.

<sup>27</sup> Sulla disciplina del *sexting* che coinvolge minorenni nei diversi ordinamenti europei cfr. la dettagliata ricerca di A. CHATZINIKOLAOU, E. LIEVENS, *A Legal Perspective on Trust, Control and Privacy in the Context of Sexting Among Children in Europe*, in *Journal of Children and Media*, 2020, 38 ss. Dalla ricerca emergono discipline eterogenee di queste condotte: alcuni Paesi non escludono la punibilità dei minori che praticano *sexting*; altri prevedono una causa di non punibilità esplicita; in altri paesi la non punibilità è implicita perché queste condotte, che continuano a costituire reato secondo la legge, non vengono perseguite nella prassi; in altri ancora non vi è alcuna regolamentazione né a livello legislativo, né giurisprudenziale. Gli Autori rilevano che tutti gli Stati dovrebbero essere sollecitati ad introdurre una esplicita clausola di esclusione della punibilità perché la contraddittorietà fra la disciplina legislativa e la prassi conduce ad una situazione di incertezza giuridica e sociale che mina la prevedibilità delle conseguenze che derivano dalle proprie azioni. Per un approfondimento sulla disciplina spagnola nell’ambito di un più ampio ragionamento sul principio di proporzionalità, v. L. M. DÍAZ CORTÉS, *El debate sobre la penalización o no del sexting primario entre menores: una aproximación desde los presupuestos del principio de proporcionalidad*, in *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, a cura di G. DODARO, E. M. MANCUSO, DipLap, 2018, 74 ss.

<sup>28</sup> V. sul punto, *infra*, par. 5.



consenso agli atti sessuali, potrebbe decidere di effettuare una distinzione nell'ambito della categoria minore età, indicando una soglia di età più elevata. Se è vero che vi sono similitudini fra lo scambio consensuale di immagini intime fra soggetti che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale e un rapporto sessuale "reale" consensuale fra i medesimi soggetti, è anche vero che vi sono diversità non trascurabili. La principale differenza può essere ravvisata nelle conseguenze delle due condotte. Mentre gli effetti di un rapporto sessuale "reale" consensuale, solitamente, si esauriscono con la consumazione del rapporto sessuale e restano nell'intimità e nella memoria dei soli soggetti coinvolti, la registrazione del medesimo atto può materialmente fuoriuscire dalla disponibilità e dal controllo dei soggetti rappresentati per essere messa in circolazione e portata alla vista di chiunque. Ciò non significa che occorre necessariamente negare qualsiasi valore al consenso del minore, perché non sarebbe giustificato un appiattimento della tutela senza distinguere le varie ipotesi: non si può infatti presumere che un diciassettenne abbia la medesima immaturità e incapacità di previsione dei rischi di un tredicenne. Lo stesso principio del *best interest of the child* richiede di tenere in considerazione il graduale sviluppo di competenze del minore, la diversa maturità del soggetto minorenni in linea con la sua età. In considerazione della progressiva tendenza del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza a riconoscere sempre maggiore autonomia e valore alle scelte soprattutto dei "grandi minori" nelle questioni che li riguardano, il legislatore potrebbe valutare di alzare la soglia dell'età consapevole ad un momento più avanzato rispetto a quello previsto per gli atti sessuali, per esempio i sedici anni, fascia di età in cui, anche in altri settori del diritto, viene attribuita una più ampia sfera di autodeterminazione. E, di conseguenza, nel caso di soggetto passivo ultra-sedicenne, il reato di "produzione di pedo-pornografia" potrebbe sussistere nel caso di "produzione abusiva" (qualora il minore sia stato costretto con violenza o minaccia, o indotto con l'inganno, o approfittando del divario in termini di età, a farsi riprendere in pose pornografiche ovvero a inviare immagini auto-prodotte in pose pornografiche)<sup>29</sup>.

Spetta sempre al legislatore valutare quale disciplina prevedere per le ipotesi di cessione consensuale, da parte del minore ritratto, della propria immagine intima ad un soggetto diverso dal minore con cui la rappresentazione era stata originariamente prodotta, quindi al di fuori della cd. "pedo-pornografia domestica" *stricto sensu* intesa. Alcuni paesi sembrano, infatti, ricomprendere anche questa ipotesi nell'ambito della causa di non punibilità<sup>30</sup>.

Un ragionamento approfondito sul valore del consenso del minore in questo contesto, anche avvalendosi delle linee guida proposte recentemente dal Comitato di Lanzarote<sup>31</sup>, è dunque fondamentale, per andare oltre al discorso sulla atipicità di un determinato comportamento rispetto alla fattispecie criminosa. Una condotta può essere atipica rispetto ad un determinato reato ma può comunque richiedere una regolamentazione, eventualmente attraverso strumenti non penali.

E il legislatore ha la competenza e i mezzi per operare delle differenziazioni nell'ambito della disciplina di un determinato fenomeno. Ha il potere, soprattutto, a differenza di una pronuncia giurisprudenziale (per quanto autorevole), di affiancare ad una scelta non punitiva una politica di prevenzione attraverso misure mirate, volte a rendere maggiormente consapevoli i minori di determinate azioni, così come è stato fatto per alcuni aspetti con il cyberbullismo; ha

---

<sup>29</sup> M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, cit., 351 ss.

<sup>30</sup> Per la disciplina austriaca cfr. § 207a comma 5 e 6 StGB (ROSANI, *Sexting minorile: le sezioni unite chiamate ad esprimersi sul materiale pedo-pornografico prodotto col consenso del minore* (600-ter c.p.), in [www.sistema-penale.it](http://www.sistema-penale.it), 29 settembre 2021, 8). Si tratta, tuttavia, di una scelta normativa che, se non affiancata dalla predisposizione di adeguate misure educative, potrebbe veicolare modelli di comportamento che amplificano il rischio di perdita di controllo sull'immagine intima, con conseguente maggiore esposizione a pericolo del minore ritratto, potenziale oggetto di adescamento, minaccia, estorsione, ecc.

<sup>31</sup> Lanzarote Committee, *The Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse Facilitated by Information and Communication Technologies (ICTs) Addressing the Challenges Raised by Self-Generated Sexual Images and/or Videos*, 10 March 2022 (v., in particolare, pp. 26-39).

la possibilità di prevedere delle forme di intervento differenziate e graduali, soprattutto in fenomeni che presentano tante variabili come quello che ci occupa.

#### 4. Incriminazione della diffusione di pedo-pornografia domestica

Parto da una premessa. Credo che, in considerazione delle conseguenze pericolose che derivano dalla circolazione di queste immagini, sia ragionevole negare valore al consenso del minore alla diffusione della propria immagine a contenuto sessuale. Si tratta di un'opzione di stampo paternalistico a mio avviso necessaria per tutelare il minore, soggetto non sufficientemente maturo per comprendere e prevedere la gravità dei rischi futuri connessi alla perdita di controllo sulla propria immagine a contenuto sessuale. E questa posizione trova riscontro nella decisione delle Sezioni Unite del 2022.

Attenzione però. Negare valore al consenso del minore in questo contesto non implica che sia corretto il ricorso ai delitti di pornografia minorile per punire il minore che diffonde la propria rappresentazione sessuale o il terzo (adulto o minore) che la diffonde con il suo consenso. Consideriamo, poi, che i più recenti arresti giurisprudenziali fanno rientrare nella definizione di pornografia minorile anche la rappresentazione statica della nudità del minore, le immagini ritraenti sue parti erogene (come seno e glutei)<sup>32</sup>, anche in assenza di una loro esposizione esplicita. Ora, se questa estensione interpretativa è discutibile già con riferimento alla pedo-pornografia *stricto sensu* intesa, appare veramente irragionevole se applicata alle ipotesi di pedo-pornografia domestica: il fidanzato che mette in circolazione la fotografia del topless della fidanzata minore deve rispondere di diffusione di pedo-pornografia?

È proprio in questo cortocircuito che troviamo i limiti inevitabili della decisione delle Sezioni Unite. Dobbiamo domandarci, infatti, se sia conforme ai principi di proporzionalità e frammentarietà ricondurre situazioni così distanti sotto il profilo criminologico e del disvalore sotto la cornice della medesima norma.

Non intendo qui soffermarmi sul trattamento del minore che diffonde la propria immagine sessuale, poiché vi dedicherò un approfondimento a parte nel paragrafo successivo, ma sulla condotta di colui che cede o distribuisce l'immagine intima ricevuta dallo stesso minore rappresentato, o creata con il suo consenso, o ricevuta da un amico comune. È costui un pedo-pornografo? Il pedo-pornografo a cui pensava il legislatore nel 1998 è considerato non solo dalla *communis opinio*, ma dallo stesso legislatore, come un soggetto da cui i minori devono essere allontanati e protetti. Il riconoscimento del pericolo insito in tali comportamenti emerge chiaramente dall'affiancamento di severe pene accessorie ad altrettanto severe sanzioni: l'art. 600-*septies*.2 c.p. prevede per tutti i delitti contro la personalità individuale, e quindi anche per i delitti di pornografia minorile, l'applicazione di severissime pene accessorie, fra cui "l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture pubbliche frequentate abitualmente da minori".

Non solo, nell'ambito delle strategie preventive contro gli abusi sessuali ai danni di minori, il D.Lgs. 4.3.2014, n. 39, in attuazione della Direttiva 2011/93/UE, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, ha introdotto l'obbligo per i datori di lavoro di soggetti che svolgono attività lavorative o di volontariato che li pongono in contatto diretto con i minori di richiedere il certificato del casellario giudiziale (o la relativa autocertificazione) per appurare che il soggetto non riporti condanne per alcuni delitti a sfondo sessuale a danno di minori, fra cui anche i delitti di pornografia minorile.

Sia le pene accessorie che le misure preventive hanno come obiettivo quello di proteggere i minori da soggetti che potrebbero abusarne per fini sessuali. Ebbene, non possiamo non rilevare

---

<sup>32</sup> V. Cass., sez. III, 05 luglio 2019, n. 36710; Cass., sez. III, 08 gennaio 2020, n. 9354; Cass., sez. III, 19 ottobre 2021, n. 6302.

l'irragionevolezza, infondatezza e sproporzione dell'estensione di queste misure alle condotte di diffusione di pedo-pornografia domestica. Ricordiamo come le Sezioni unite nella sentenza del 2018 avessero evidenziato l'irragionevolezza dell'applicazione del severissimo trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 600-ter c.p. alla produzione di tali immagini. Ora, questo ragionamento non può non valere anche per la riconduzione, senza distinzioni, delle sanzioni previste dall'art. 600-ter, comma 3 e ss., c.p. alle condotte di diffusione del medesimo materiale.

Ciò non vuol dire che non vi siano ipotesi comunque connotate da forte disvalore (pensiamo, solo per fare un esempio, alla condotta di colui che pubblica le immagini di pedo-pornografia domestica della ex fidanzatina sul Web o che le inserisce in circuiti pornografici). Anche in questi casi ci troveremo di fronte a comportamenti che meritano una risposta da parte del sistema penale. Spetta però al legislatore valutare se e come, in ossequio al principio di frammentarietà e di proporzionalità, far corrispondere a fatti tipici "qualitativamente" diversi, criminologicamente distanti, dal disvalore differente, non solo sanzioni diverse, ma anche diverse fattispecie normative, poiché diverso è anche il conseguente stigma.

A questo proposito risulta di particolare rilevanza la teoria anglosassone del "*fair labelling*", secondo la quale "le percepite distinzioni fra tipologie di reati e gradi di illiceità devono essere rispettate ed evidenziate dal diritto, e i reati devono essere suddivisi ed etichettati (*labeled*) in modo da indicare correttamente la natura e la gravità dell'azione illecita"<sup>33</sup>. Questa teoria affianca alla proporzionalità della pena *stricto sensu* intesa (detentiva o pecuniaria), la correttezza (e quindi proporzionalità) della tipologia di reato che viene addebitata, del *nomen iuris* del delitto a cui si riconduce quel determinato comportamento, della sua "etichetta giuridica". Non a caso essa è stata portata, da una parte della dottrina canadese, a sostegno dell'introduzione di una disciplina specifica per la condotta di pubblicazione non consentita di immagini intime, sia ritraenti adulti che minorenni, che permettesse di prevedere una risposta differenziata rispetto ai delitti di pornografia minorile, non solo sotto il profilo sanzionatorio ma anche in termini appunto di "etichettamento", evidenziando anche i casi, non rari, in cui l'autore del reato è anch'egli minorenne<sup>34</sup>.

## 5. Studio sulla riscrittura del 600-ter c.p. attraverso le lenti dei principi di frammentarietà, fair labelling e proporzionalità

Andrew Ashworth, in uno scritto dedicato al principio del *fair labelling*, scriveva: "La legge dovrebbe cercare di riflettere le differenze percepite dalla società quando quest'ultima ragionevolmente considera differentemente due tipologie di condotte"<sup>35</sup>. In fondo sarebbe questa anche una delle funzioni del principio di frammentarietà, ossia rispondere all'"esigenza di far combaciare il più possibile le fattispecie tipiche con specie di illecito che già fuori dal codice penale, ovvero nella realtà sociale, sono percepite come differenti"<sup>36</sup>. Bisogna però evitare che, assecondando normativamente le distinzioni "rappresentative" dei fatti criminosi, si cada nella *over-*

<sup>33</sup> A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*<sup>7</sup>, Oxford, 2013, 77. Per tutti A. CHALMERS - E. LEVERICK, *Fair Labelling in Criminal Law*, in *Mod. L. Rev.*, Vol. 71, 2008, 217 ss. Per alcune riflessioni nella dottrina italiana sul principio del *fair labelling* v. A. CADOPPI, "Un bacio è solo un bacio". *Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, cit., 47; A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 385 ss.; M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, cit., 553 ss.

<sup>34</sup> PLAXTON, *The CBA Report on Bill C-13: Looking Beyond "Cyberbullying"* (Working Paper – 2 June 2014).

<sup>35</sup> A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., 77.

<sup>36</sup> A. CADOPPI, "Un bacio è solo un bacio". *Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, cit., 43. Sul tema v. M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe, 1972, 9 ss.; T. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 51 ss.

*criminalization*<sup>37</sup>. Proprio per scongiurare questo rischio è importante predisporre, tenendo anche in considerazione le diverse *rationes* incriminatrici e la fenomenologia criminologica su cui si basa l'opzione punitiva, una precisa e attenta tipizzazione delle condotte.

Proviamo dunque a ipotizzare alcune proposte di riforma<sup>38</sup> volte ad individuare una cornice più ragionevole e proporzionata per perseguire la diffusione di immagini realizzate con il consenso del minore ritratto.

Una soluzione potrebbe essere quella di prevedere una sotto-fattispecie *ad hoc* nell'ambito dell'art. 612-ter c.p., che abbia ad oggetto la diffusione di tali immagini, ossia quel materiale la cui produzione non integra il reato di cui all'art. 600-ter, comma 1, c.p. Ovviamente questa nuova fattispecie dovrebbe essere confezionata in modo da coordinarsi con i delitti di pornografia minorile per evitare pericolose sovrapposizioni. Sarebbe quindi opportuno escludere esplicitamente la produzione di pedo-pornografia domestica (relativamente alla produzione senza utilizzazione - *rectius* strumentalizzazione - di minorenni, in presenza di consenso del minore e di conservazione privata delle immagini fra le persone coinvolte, nonché di auto-produzione in assenza di costrizione e induzione) dall'alveo dell'art. 600-ter c.p., prevedendo una causa di non punibilità nell'ambito della norma e contestualmente inserendo nella nuova sotto-fattispecie di cui all'art. 612-ter c.p. un rinvio al materiale contemplato dalla suddetta causa di non punibilità. A questo punto, se si inserisse nell'art. 600-ter c.p. una esplicita causa di non punibilità per la produzione di "pedo-pornografia domestica", si potrebbe anche espungere il presupposto dell'"utilizzo" del minore previsto al primo comma della norma. Con un ragionamento a contrario, infatti, la produzione *sic et simpliciter* di pedo-pornografia sarebbe tipica, salvo appunto si rientri nell'ipotesi di non punibilità.

Così come attualmente strutturato, il reato di "Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti" non si presta, ad avviso di chi scrive, a disciplinare adeguatamente la diffusione di immagini sessuali di minorenni. Considerando che elemento costitutivo del reato è l'assenza del consenso del protagonista dell'immagine sessuale alla sua diffusione, nel caso il cui quest'ultima ritraesse un minore, dovremmo ritenere, anche in questa ipotesi, scriminante il suo consenso, e ciò in aperto contrasto con la premessa fondamentale, presente nei documenti sovranazionali già citati e che trova sostegno anche nella sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2022, secondo cui il minore non può prestare il consenso alla diffusione ad opera di terzi della propria immagine sessuale<sup>39</sup> perché non ha la maturità per comprendere i rischi connessi alla scelta di metterla in circolazione.

La nuova sotto-fattispecie criminosa andrebbe quindi a reprimere la diffusione, esibizione, cessione ad opera di terzi di immagini realizzate con il consenso del minore ritratto, senza alcuna forma di strumentalizzazione, coercizione, induzione e indipendentemente dalla sussistenza o meno del consenso del minore alla diffusione del materiale<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> D. HUSAK, *Overcriminalization, The Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2008.

<sup>38</sup> Le riflessioni contenute in questo contributo sono già state espresse, più sinteticamente, nella relazione tenuta sul tema al Webinar "Il *sexting* minorile tra repressione penale e autonomia sessuale. L'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione", del 12 maggio 2022, organizzato dalla Libera Università di Bolzano nell'ambito del progetto Creep (*Criminalizing Revenge Porn?*).

<sup>39</sup> Non si parla qui dell'invio dell'immagine ad un privilegiato destinatario nell'ambito di una relazione sentimentale, ma di "diffusione" e quindi di circolazione dell'immagine al di fuori della signoria dei soggetti coinvolti.

<sup>40</sup> Simile è la disciplina prevista nello Stato australiano di Victoria, ove è stato introdotto il reato di *Distribution of intimate image*, con cui si punisce sia la distribuzione di immagini intime di adulti che non hanno prestato il proprio consenso alla distribuzione, sia la distribuzione di immagini intime di minori (indipendentemente dalla presenza o meno del consenso del minore alla diffusione) (*Summary Offences Act 1966 – Sect. 41DA*). Contestualmente sono state introdotte nuove *defences* nell'ambito dei reati di pornografia minorile, poste a favore dell'autore minorenni per i casi di produzione, acquisizione e possesso di materiale pedo-pornografico che non derivi da sfruttamento (v. *Crimes Act 1958 – Sect. 70AAA Exceptions to certain child pornography offences*) (v. T. CROFTS, M. LEE, A. MCGOVERN, *Sexting and Young People*, Palgrave Macmillan, 2015, 193 ss.)

Bisogna riconoscere, tuttavia, che la distinzione delle condotte diffusive in due diverse fattispecie di reato, ove l'elemento distintivo origina dalla natura della produzione del materiale (domestica o meno), se ha il pregio di rispecchiare meglio la diversa fenomenologia criminologica alla base delle due incriminazioni, non trova però alcun appiglio nei documenti sovranazionali. Sia nella Direttiva che nella Convenzione di Lanzarote, infatti, si prevede la possibilità di non punire la produzione della cd. "pedo-pornografia domestica" ma non si contempla una possibile differenziazione di disciplina in merito alla diffusione di questo materiale.

Un'alternativa potrebbe quindi essere quella di prevedere sempre la causa di non punibilità per la produzione e possesso di pedo-pornografia domestica, ma di ricondurre la diffusione di queste immagini nell'ambito delle fattispecie di cui all'art. 600-ter, comma 2 e ss., c.p., soluzione già intrapresa da alcuni ordinamenti europei (come Germania e Austria)<sup>41</sup>. In quest'ultimo caso però sarebbe necessario espungere l'automatismo delle pene accessorie attualmente previste: sono evidentemente sproporzionate se rivolte al fidanzato che mette in circolazione l'immagine della fidanzata minorenni (come nella vicenda oggetto della sentenza delle Sezioni unite del 2022). Sarebbe quindi auspicabile una applicazione non automatica, ma riservata ad una attenta valutazione del giudice circa la loro necessità ed utilità in relazione al fatto concreto. Questo emendamento si porrebbe anche in linea con i recenti arresti della Corte costituzionale in tema di applicazione automatica delle pene accessorie relativamente ad altre fattispecie di reato<sup>42</sup>. Né potrebbe ritenersi sufficiente l'obiezione secondo cui le pene accessorie opererebbero solo per i casi più gravi perché non troverebbero applicazione laddove la pena detentiva sia condizionalmente sospesa. Può accadere, infatti, che la pena principale inferiore a due anni di reclusione non possa essere sospesa per motivi che sono indipendenti dalla gravità del reato, come, per esempio, il fatto di aver già usufruito del beneficio in passato anche per reati di altra natura.

Permetterebbe poi di semplificare il meccanismo di eliminazione della sproporzione della sanzione, anche nel tema che ci occupa, la recente sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia del 8 marzo 2022, secondo cui il criterio di proporzionalità della sanzione è dotato di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri, con la conseguenza che il "giudice penale, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, sarà tenuto a disapplicare discipline legislative nazionali contrastanti, seppur «nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate»"<sup>43</sup>. Considerando che i reati di pedo-pornografia rientrano appieno nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE, il giudice italiano, alla luce di questo principio,

---

<sup>41</sup> Cfr. la disciplina austriaca (§207a (5;6) öStGB) e la disciplina in Germania (§184c (4) dStGB). Sul punto v. D. ROSANI, *The Increasing Recognition of Child Rights by European Constitutions and its Relevance for the Criminal Regulation of Sexting*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2020, 349 ss. L'A. precisa che la disciplina austriaca, a differenza di quella tedesca, estende la non punibilità anche al caso in cui il minore "offra, procuri, ceda, presenti o renda altrimenti accessibile ad altri, a condizione che ciò avvenga per uso personale del terzo". Più restrittiva è la causa di non punibilità prevista nel codice penale tedesco, che riguarda solo le condotte di produzione e possesso, non cessione, offerta, ecc. Queste cause di non punibilità si pongono sia a favore del minore, che ha raggiunto l'età del consenso sessuale, sia dell'adulto.

<sup>42</sup> Ricordiamo che recentemente la Corte Costituzionale ha censurato un altro automatismo legislativo, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-bis, terzo comma, c.p., nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale (Corte cost., n. 102/2020). Sul punto cfr. G. LEO, *Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 1 giugno 2020; M. PICCHI, *Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte censura un altro automatismo legislativo. Note a margine della sentenza n. 102/2020*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 5, 208 ss.

<sup>43</sup> Per tutti, con importanti riflessioni anche in ordine ai limiti di questo meccanismo, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 26 aprile 2022.

sarebbe tenuto a non dare applicazione alla norma che impone la pena accessoria se ritenuta sproporzionata rispetto al caso di specie. Vedremo se e come coglierà questa indicazione la futura giurisprudenza.

Un'ultima riflessione. Nel rispetto del principio di proporzionalità, sarebbe opportuno prevedere una risposta differenziata o comunque più graduale per l'ipotesi in cui sia un minore a diffondere pedo-pornografia domestica. Sostenere che, nella prospettiva di una necessaria protezione del minore (in considerazione dell'amplificazione dei rischi connessi alla perdita definitiva di controllo sull'immagine), sia opportuno negare valore al consenso del minorenni alla diffusione della propria immagine sessuale, non vuole certo dire che sia ragionevole ricorrere allo *ius puniedi* per "ammonirlo" se la condivide con un altro minore (diverso da colui che ha realizzato l'immagine *ab origine*), ovvero che risponda sempre al principio di *extrema ratio* ricorrere ai delitti di pornografia minorile per "responsabilizzare" l'amico minorenni che cede, con il consenso del minore rappresentato, l'immagine ad un altro amico. Si possono ipotizzare infiniti casi in cui, seppur la condotta sia astrattamente riconducibile alla diffusione di pedo-pornografia, il ricorso al diritto penale risulterebbe sproporzionato e irragionevole<sup>44</sup>. Non solo, alcune ipotesi più gravi paiono assimilabili alle condotte di cyberbullismo, per le quali il legislatore prevede, a fianco del percorso processuale penale tradizionale, una forma di intervento "preventivo", ossia l'istituto dell'ammonimento del questore, che funziona da monito (prima della formale querela o denuncia) nei confronti del minorenni. Come per altri fenomeni criminali in cui frequentemente autori di reato sono minorenni, sarebbe molto importante prevedere misure educative e solo nei casi più gravi ricorrere allo strumento penale. Occorre, più in generale, elaborare un sistema di sanzioni specifico per minorenni, di misure diversificate volte alla loro "educazione", di cui gli stessi minori possano maggiormente percepire il senso, così come è stato fatto in altri paesi europei<sup>45</sup>.

Le stesse *guidelines* del Comitato di Lanzarote suggeriscono, proprio in tema di *sexting*, che quando autore è un minorenni, venga data priorità a strumenti più appropriati, come a misure educative<sup>46</sup>. Ricordiamo che il nostro sistema minorile contempla le cd. "misure amministrative", ossia misure non penali rivolte ai minori che abbiano dato manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere, che si eseguono nelle forme dell'affidamento del minore al servizio sociale e del collocamento in comunità<sup>47</sup>. Sono strumenti che risalgono al 1934, emendate nel 1956, su cui sarebbe opportuno intervenire, rinnovandole nei presupposti applicativi e nei contenuti<sup>48</sup>. A questo proposito, è stato presentato un D.d.l. due anni fa, che riformula, nell'ambito di un progetto di revisione più ampio della disciplina del bullismo, proprio le misure amministrative. È interessante, non solo per il procedimento graduale di attivazione delle misure

---

<sup>44</sup> V., a questo proposito, le note critiche di D. ROSANI, *L'introduzione giurisprudenziale di una clausola di non punibilità per la "pornografia minorile domestica": pensieri critici*, cit. e di N. RECCHIA, *Pregevoli approdi e persistenti criticità nella sentenza delle Sezioni unite sul sexting*, cit., 1474.

<sup>45</sup> V. S. LARIZZA, *Per un sistema di giustizia penale a misura di minore*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*<sup>3</sup>, a cura di MANGIONE - PULVIRENTI, 2020, 155 ss.; E. MARIANI, *Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive evolutive. Un'analisi criminologica dalla giustizia penale minorile a quella ordinaria*, Maggioli Editore, 2014, 197 ss.

<sup>46</sup> *Opinion on child sexually suggestive or explicit images and/or videos generated, shared and received by children*, Adopted by the Lanzarote Committee on 6 June 2019.

<sup>47</sup> Artt. 25 e ss. R.D. n. 1404/34. Sul tema, v. E. PALERMO FABRIS, *La prevenzione precedente e successiva ad un reato nel sistema penale minorile: le misure di sicurezza e le misure amministrative*, in *Minorigiustizia*, 2013, 1, 39 ss.

<sup>48</sup> D.d.l. n. 1690, approvato dalla Camera dei deputati il 29 gennaio 2020, trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza il 31 gennaio 2020, «Modifiche al codice penale, alla legge 29 maggio 2017, n. 71, e al regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 maggio 1935, n. 835, in materia di prevenzione e contrasto del fenomeno del bullismo e di misure rieducative dei minori».

che si propone, comprensivo di un percorso preliminare di mediazione, ma anche per l'esplicita individuazione proprio in queste misure di una possibile risposta alle condotte di bullismo<sup>49</sup>.

Segnaliamo che soluzioni di stampo educativo sono state adottate in altri ordinamenti per affrontare il fenomeno del *sexting* minorile. Come abbiamo anticipato, in alcuni paesi degli Stati Uniti sono state introdotte le cd. *teen sexting laws*, che contemplano misure educative per i minori che pongono in circolazione immagini intime. In alcuni ordinamenti, tuttavia, si effettuano delle distinzioni sulla base del contenuto delle immagini, riservando questa disciplina speciale più favorevole alla diffusione di rappresentazioni che ritraggono la semplice nudità<sup>50</sup>.

Non dimentichiamo, poi, che in diversi sistemi in cui è prevista la discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale, determinati casi di *sexting* minorile semplicemente non vengono perseguiti, oppure vengono gestiti attraverso strumenti di *diversion*. Nel Regno Unito, per esempio, gli organi di polizia, con l'ausilio di vari organismi impegnati nella tutela dei minori, hanno adottato una strategia volta a differenziare, anche nella disciplina, le varie forme di *sexting*. L'approccio e la risposta istituzionale possono essere diversi in considerazione delle modalità della produzione delle immagini e dei soggetti coinvolti (autoprodotte; ottenute con il consenso del minore; ottenute con coercizione o inganno; presenza di una situazione di sfruttamento; età del soggetto ritratto; condizione di particolare vulnerabilità in cui versa il soggetto ritratto; partecipazione di un adulto; tipologia di rappresentazione; ecc.)<sup>51</sup>.

Ovviamente il regime di discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale permette di modulare e differenziare le risposte e gli strumenti di fronte a comportamenti che rientrerebbero tutti all'interno della medesima fattispecie criminosa, circoscrivendo così lo strumento penale ai soli casi in cui vi sia un interesse pubblico ad agire penalmente. Per tutte le altre ipotesi sono comunque predisposti degli interventi di sostegno, di educazione, di informazione, di recupero. Questo approccio graduale e multidisciplinare consentirebbe di rispondere in modo proporzionato, equilibrato ed efficace.

È vero che in Italia il sistema penale minorile prevede degli istituti che consentono una fuoriuscita abbastanza rapida del minore dal circuito penale (come l'irrilevanza del fatto, la sospensione del processo con messa alla prova<sup>52</sup>), ed è anche vero che diversi Tribunali per i minorenni applicano in modo significativo le misure amministrative (o rieducative) a seguito di segnalazioni di casi di irregolarità della condotta o del carattere. A fronte di una contestazione per il reato di diffusione di pornografia minorile a carico del minore che mette in circolazione la propria immagine a contenuto sessuale o che condivide con gli amici l'immagine intima della fidanzatina con il consenso di quest'ultima, non saranno improbabili, inoltre, sentenze di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, ossia per immaturità. Si tratta di condotte rispetto alle quali non è così difficile, infatti, eccipere l'incapacità del minore di discernere il disvalore

---

<sup>49</sup> La connessione fra condotte di bullismo e misure amministrative è rinvenibile sia nella parte dedicata proprio alla disciplina del bullismo, ove si precisa che, nei casi più gravi, ovvero condotte reiterate, quando le iniziative educative non appaiano sufficienti, il dirigente potrà coinvolgere i servizi sociali per individuare percorsi personalizzati di assistenza delle vittime e di "accompagnamento rieducativo" degli autori degli atti, oppure attivare le autorità competenti per l'adozione delle misure rieducative previste dall'art. 25 della Legge sui Tribunali per i Minorenni (v. art. 3, lett. e)); sia nella proposta riformulazione della tipizzazione dei comportamenti per cui possono essere adottate le misure: all'irregolarità della condotta o del carattere si aggiungono "le condotte aggressive, anche in gruppo, nei confronti di persone, animali o cose, ovvero lesive della dignità altrui".

<sup>50</sup> M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, cit., 279 (a cui si rinvia anche per la bibliografia americana ivi citata). Per un costante aggiornamento sulla disciplina del *sexting* nei diversi stati americani v. <https://cyberbullying.org/sexting-laws>.

<sup>51</sup> *Police action in response to youth produced sexual imagery ('Sexting') – briefing note*, 1 ([http://www.college.police.uk/News/College-news/Documents/Police\\_action\\_in\\_response\\_to\\_sexting\\_briefing\\_\(003\).pdf](http://www.college.police.uk/News/College-news/Documents/Police_action_in_response_to_sexting_briefing_(003).pdf)).

<sup>52</sup> Sul ricorso a questi strumenti con riferimento al fenomeno del *sexting* fra minori v. I. SALVADORI, *Sexting, minori e diritto penale*, in *Cybercrime*, a cura di A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, UTET, 2019, p. 594.

e l'offensività, proprio nella prospettiva del carattere "relativo" dell'imputabilità minorile, inevitabilmente correlata al tipo di reato commesso.

Bisognerebbe dunque lavorare, nell'ottica dell'auspicata predisposizione di uno speciale sistema sanzionatorio minorile<sup>53</sup>, alla previsione, più generale, di misure di matrice educativa rivolte ai minorenni, che, per esempio, nel caso che ci occupa, siano volte primariamente a rendere il giovane consapevole del disvalore del proprio comportamento al fine di evitare che lo ponga in essere nuovamente<sup>54</sup>. Ovviamente a questi interventi dovrebbe affiancarsi l'implementazione sempre più massiccia di strumenti di prevenzione, nel solco di una strategia di stampo informativo ed educativo sui pericoli derivanti da queste condotte. È fondamentale, dunque, l'uso di un metodo individualizzato e integrato, capace di raccogliere le competenze anche delle varie discipline sociologiche, educative, psicologiche.

## 6. Conclusioni

Chiunque abbia svolto ricerche comparatistiche sulla disciplina del *sexting* minorile in altri ordinamenti, soprattutto anglosassoni, ha potuto rilevare la mole di indagini criminologiche e psicologiche che sono state compiute in ordine sia ai rischi per i minorenni che scelgono di condividere le proprie immagini intime, sia ai benefici che ne derivano in termini di libero sviluppo della sessualità. Queste indagini devono, a mio avviso, essere alla base di una politica criminale consapevole e responsabile, dove la multidisciplinarietà dell'intervento non può restare una clausola di stile.

È da circa dieci anni che la giurisprudenza sta progressivamente riscrivendo la lettera dei reati di pedo-pornografia per adattarli ai fenomeni emergenti, e la sentenza delle Sezioni Unite del 2022 rappresenta il culmine di un processo di supplenza giudiziaria in questo ambito.

Sebbene la non punibilità della produzione di pedo-pornografia domestica costituisca un approdo interpretativo in *bonam partem*, siamo di fronte ad una materia che richiede necessariamente la competenza del legislatore, che necessita una discussione approfondita fra esperti di varie discipline. Spetta al legislatore operare un bilanciamento fra interessi contrapposti, fra libera espressione della sessualità dello stesso minorenne e tutela del suo sviluppo psico-fisico. È sempre compito del legislatore valutare se sia ragionevole e se risponda al principio di proporzionalità perseguire per questi delitti il fidanzato che diffonde l'immagine della fidanzatina minorenne e il minore che mette in circolazione le proprie immagini intime.

Non di rado accade che alcune interpretazioni della Corte di legittimità anticipino un emendamento legislativo o l'introduzione di una nuova fattispecie di reato. È arrivato il momento di una riforma in questo settore, che deve essere il frutto di scelte ponderate che, nel rispetto del principio del *best interest of the child*, contemperino i benefici e i rischi derivanti dalla scelta di riservare uno spazio di autonomia ai minorenni in questo contesto.

---

<sup>53</sup> V. S. LARIZZA, *Per un sistema di giustizia penale a misura di minore*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*<sup>3</sup>, a cura di A. PENNISI, *cit.*, 155 ss.

<sup>54</sup> La strategia di prevenzione-azione prevista nel Regno Unito, per esempio, coglie appieno la natura di un fenomeno adolescenziale in cui sarebbe scorretto cercare di ritracciare necessariamente la figura di una vittima da tutelare che si contrappone a quella di un autore da punire, come reso evidente dall'ampio novero dei destinatari delle misure educative e disciplinari (sia i minori auto-produttori, sia quelli che richiedono le immagini, sia i creatori di immagini di altri minori, sia i possessori, sia quelli che le condividono con terzi).



# IL REATO DI ADESCAMENTO DI MINORENNI. PROBLEMI INTERPRETATIVI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

*Sofia Braschi*

**Sommario:** 1. Introduzione; 2. Gli obblighi d'incriminazione di matrice sovranazionale e la loro attuazione da parte del legislatore italiano; 3. La compatibilità dell'art. 609-*undecies* c.p. con i principi di offensività e determinatezza alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione; 4. In particolare: il rapporto fra il reato di adescamento e le fattispecie di corruzione di minorenni e tentativo di atti sessuali con minorenni; 5. (*Segue*) l'estensione degli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 600-*ter* c.p. alle aggressioni commesse nella rete e le relative implicazioni sulla fattispecie di adescamento di minorenni; 6. Le prospettive di riforma dell'art. 609-*undecies* c.p. nel quadro dei delitti sessuali contro i minori.

## 1. Introduzione

I delitti contro la personalità e intangibilità sessuale del minore appartengono a quei settori della legislazione, per descrivere i quali è stata adoperata la categoria del “diritto penale del nemico”<sup>1</sup>: la forte anticipazione della punibilità, derivante dall'incriminazione di condotte preparatorie e di mere istigazioni, si coniuga infatti con la previsione di pene particolarmente severe, tendenti alla neutralizzazione del condannato piuttosto che al suo reinserimento sociale.

È noto, peraltro, che una simile involuzione costituisce il frutto di interventi riformatori relativamente recenti: se il codice Rocco al più si preoccupava di proteggere i fanciulli dal rischio della “depravazione”<sup>2</sup>, per parte sua la l. 15 febbraio 1996, n. 66 non attuò mutamenti radicali, essenzialmente limitandosi a spostare le previgenti fattispecie e a incrementare le pene previste per i reati commessi in danno dei minori<sup>3</sup>. Decisiva per la trasformazione dei delitti in esame è stata invece la necessità di attuare obblighi di matrice sovranazionale: tale elemento, unito alla sollecitazione di un'opinione pubblica sempre più allarmata dalle aggressioni di natura sessuale,

---

<sup>1</sup> A. MAUGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 909 ss. Nella dottrina straniera, per un'analogia chiave di lettura in relazione specialmente al reato di adescamento di minorenni, T. HÖRNLE, *Dimensioni descrittive e normative del concetto di “diritto penale del nemico”*, in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI - M. PAPA, Giappichelli, 2007, p. 1109 ss.

<sup>2</sup> Così, con riferimento alla fattispecie di “corruzione di minorenni”, G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Zanichelli, 1938<sup>2</sup>, II, p. 498: «oggetto dell'incriminazione è l'interesse pubblico che non sia depravato l'animo del minore, col fomentare ed aizzare in lui precocemente tendenze libidinose»; conf. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1936, VII, p. 420. È bene, peraltro, rammentare che, nella sua versione originaria, il reato di “corruzione di minorenni” sanzionava con la stessa pena della reclusione da sei mesi a tre anni il fatto di commettere «atti di libidine su persona o in presenza di persona minore di anni sedici» e quello di indurre il suddetto minore «a commettere atti di libidine su sé stesso, sulla persona del colpevole, o su altri».

<sup>3</sup> Per una panoramica delle principali innovazioni introdotte dalla l. n. 66 del 1996 nei confronti dei minori M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *St. iuris*, 1996, p. 405 ss. In generale, sull'evoluzione del sistema dei delitti sessuali contro i minori M. BARTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Giappichelli, 2010<sup>3</sup>, p. 92 ss.; nonché, volendo, S. BRASCHI, *Atti osceni in luogo pubblico e tutela del minore*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 889 ss.

ha determinato un progressivo avanzamento e irrigidimento della tutela penale<sup>4</sup>. D'altra parte, però, a differenza che in altri settori, l'"ostilità" dell'ordinamento trova qua giustificazione nella necessità di tutelare un bene d'indubbia importanza e nella speciale vulnerabilità del suo titolare<sup>5</sup>; per questa ragione risulta obiettivamente difficile bilanciare le esigenze di protezione con il rispetto dei fondamentali principi garantistici del diritto penale.

Nella cornice delineata va collocato il reato di adescamento di minorenni, la cui introduzione risale all'art. 4 lett. z), l. 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (c.d. Convenzione di Lanzarote). Usualmente relegato in una posizione marginale all'interno del dibattito scientifico, questo delitto sembra destinato invece ad acquistare un'importanza sempre maggiore nella tutela della sfera sessuale dei minori: anche volendo ignorare il dato fattuale dell'aumento degli abusi via *internet* denunciati in seguito alla diffusione della pandemia da Covid-19<sup>6</sup>, non si può invero trascurare che, dal punto di vista politico-criminale, il reato di adescamento configura uno dei principali strumenti deputati a contrastare gli illeciti che hanno luogo all'interno dell'ambiente digitale<sup>7</sup>. A tale annotazione si aggiunge che, sul piano sistematico, l'art. 609-undecies c.p. assolve al compito di individuare la soglia della punibilità iniziale delle aggressioni commesse nei confronti dei minori<sup>8</sup>: anche sotto il profilo in esame,

---

<sup>4</sup> Sul punto A. MAUGERI, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 914 ss. e 917 ss. Con specifico riferimento al ruolo delle fonti sovranazionali nell'anticipazione e inasprimento della tutela penale M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 32 ss.; quanto alla pressione dell'opinione pubblica, occorre invece sottolineare come i delitti sessuali appartengano ai c.d. «*signal crimes*», cioè ai reati «la cui percezione [...] suscita un generalizzato e forte allarme sociale e conseguentemente un altrettanto generalizzato bisogno di sicurezza dei cittadini» (M. BERTOLINO, *Reati sessuali e tutela dei minori: la prospettiva dei mezzi di informazione e quella dei giudici a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 343).

<sup>5</sup> Particolarmente significativo, sotto il profilo in esame, è il confronto con altri settori della legislazione penale, ove vengono in rilievo interessi di natura superindividuale scarsamente afferrabili, come quello alla sicurezza: sul significato di questa nozione e sugli effetti derivanti dalla sua assunzione a oggetto di tutela penale, per tutti, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, 2019, *passim* e spec. p. 8 ss. D'altra parte, non dissimilmente da quanto accade nell'ipotesi del terrorista internazionale, nel caso del "pedofilo" si potrebbe affermare che la reazione dell'ordinamento «si giustifica essenzialmente sull'attributo di disumanità che ne caratterizza la personalità: la sua scelta di mirare a vittime innocenti, inermi ed indiscriminate, al di là di quale sia la effettiva, oggettiva pericolosità dell'atto compiuto è quanto basta per costituirlo – ideologicamente – come nemico dell'ordine assiologico universale» (F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 708).

<sup>6</sup> In proposito v. i dati riportati nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*, COM (2020) 607, del 24 luglio 2020; con specifico riferimento al nostro sistema, secondo quanto riferito dalla Polizia Postale, nel 2020 si sarebbe registrato un incremento del 110% del numero delle aggressioni denunciate (*Polizia postale e delle Comunicazioni. È tempo di bilanci*, in [www.commissariatodips.it](http://www.commissariatodips.it), 4 gennaio 2021). Si deve inoltre sottolineare che proprio da questa crescita origina la proposta presentata al Parlamento europeo di una deroga temporanea alla Direttiva 2002/58/CE sul trattamento dei dati personali, ai fini della lotta contro gli abusi sessuali (v. il documento A9-0258/2020 dell'11 dicembre 2020); sul punto *infra*, § 6.

<sup>7</sup> Invero, già la Decisione n. 1351/2008/CE del 16 dicembre 2008 aveva individuato nel *grooming* uno dei principali rischi derivanti dall'uso di *internet* da parte dei minori, riconoscendo la necessità di adottare apposite azioni dirette a «contrastare i comportamenti dannosi in linea»; sul punto e, più in generale, sugli strumenti a tutela della sfera sessuale del minore nella rete V. PLANTAMURA, *Internet, sesso e minori: tra rapporti virtuali e adescamento*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 1 ss.

<sup>8</sup> Per la verità, l'ordinamento conosce anche altre norme caratterizzate per una forte anticipazione della punibilità: accanto alle fattispecie di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies*) e di istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-*bis* c.p.), si può infatti rammentare il reato di distribuzione o divulgazione di notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori (art. 600-*ter* co. 3 c.p.). Tuttavia, a differenza dell'adescamento, tali incriminazioni si pongono in una prospettiva di tutela di carattere eminentemente superindividuale. Per completezza, è opportuno segnalare che alla medesima logica di rigore risponde anche la previsione della circostanza aggravante dell'associazione a delinquere finalizzata alla commissione dei delitti contro la personalità e libertà sessuale del minore (art. 416 co. 7

la riflessione intorno all'adescamento assume dunque un'importanza che trascende il piano dell'interpretazione e applicazione della singola incriminazione.

Stando così le cose, nelle pagine che seguono cercheremo anzitutto di verificare la portata operativa dell'attuale art. 609-*undecies* c.p., per poi interrogarci sul futuro di questo reato. Più in particolare, s'inizierà riepilogando l'ampiezza degli obblighi di incriminazione contenuti all'interno della Convenzione di Lanzarote e del diritto eurounitario; quindi si passerà in rassegna la giurisprudenza relativa alla fattispecie di adescamento, al fine di verificarne il rapporto coi principi di offensività e determinatezza. I risultati dell'analisi costituiranno la base per alcune osservazioni sulla bozza di articolato elaborata dal gruppo incaricato dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) di formulare proposte di riforma sui reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale e per alcune più generali riflessioni intorno al sistema dei delitti contro i minori.

## 2. Gli obblighi d'incriminazione di matrice sovranazionale e la loro attuazione da parte del legislatore italiano

Come già ricordato, l'introduzione dell'art. 609-*undecies* c.p. si deve alla necessità di attuare la Convenzione di Lanzarote, che all'art. 23 impone di sanzionare «la proposta intenzionale di un incontro, da parte di un adulto, mediante l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ad un minore» che non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, allo scopo di commettere i delitti di abuso sessuale e produzione di materiale pornografico minorile, «quando tale proposta è stata seguita da atti concreti volti a realizzare il suddetto incontro»<sup>9</sup>.

L'annotazione consente anzitutto di spiegare la scelta dell'ordinamento di riferire la punibilità alle condotte di condizionamento mentale poste in essere allo scopo di consumare reati di natura sessuale. Infatti, ragionando sull'importanza dei beni oggetto di protezione, risulta difficile giustificare la mancata incriminazione dell'adescamento volto, ad esempio, a realizzare illeciti contro la vita e l'incolumità individuale<sup>10</sup>; tanto più che la cronaca nera offre numerosi esempi di aggressioni e atti autolesionistici commessi da minori, in attuazione di istruzioni ricevute da adulti o ragazzi conosciuti nel mondo virtuale<sup>11</sup>. Parimenti, non v'è dubbio che la matrice convenzionale della disposizione abbia inciso sulla tecnica normativa adoperata dal legislatore: come si avrà modo di sottolineare, l'attuale definizione di adescamento si muove in

---

c.p.): sul punto e, più in generale, sul ruolo giocato dalle circostanze nell'attuale sistema dei delitti contro i minori D. M. SCHIRÒ, *Circostanze del reato e tutela del minore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 113 ss.

<sup>9</sup> Questo il testo dell'art. 23 della Convenzione: «Each Party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional proposal, through information and communication technologies, of an adult to meet a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 18, paragraph 1.a, or Article 20, paragraph 1.a, against him or her, where this proposal has been followed by material acts leading to such a meeting». Invece, gli artt. 18 n. 1 lett. a) e 20 n. 1 lett. a) della Convenzione rispettivamente prevedono i reati di atti sessuali con minorenne e produzione di materiale pornografico minorile. È bene infine puntualizzare che già prima della sottoscrizione della Convenzione di Lanzarote erano stati presentati progetti di legge diretti a incriminare l'adescamento di minori; nessuno di questi, però, era riuscito a concludere il relativo iter parlamentare. Per una panoramica delle iniziative precedenti la l. n. 120 del 2012, I. SALVADORI, *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Giappichelli, 2018, p. 76 ss.

<sup>10</sup> Un'analoga considerazione si rinviene in EISELE, *Tatort Internet: Cyber-Grooming und der Europäische Rechtsrahmen*, in Hilgendorf-Rengier (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2012, p. 702.

<sup>11</sup> Tra gli episodi più recenti, si può ricordare la morte per soffocamento di una bambina di dieci anni, dovuta alla partecipazione a un gioco diffuso nel social network TikTok: Palermo, «black out challenge» fatale su TikTok per bimba di 10 anni. I medici: «Morte cerebrale». Il social network: «Vicini alla famiglia», in *www.Repubblica.it*, 21 gennaio 2021. Per una panoramica delle numerose «challenge» che hanno luogo nella rete v. Dalla Blackout challenge all'Eye balling: le sfide della morte viaggiano sui social, *ivi*, 21 gennaio 2021.

una dimensione precipuamente soggettiva, che iscrive l'incriminazione nel novero di quelle volte a contrastare uno speciale tipo d'autore – il pedofilo, inteso come il portatore di una pericolosa devianza sessuale<sup>12</sup>. Al contempo, però, non si può trascurare che dal confronto fra l'art. 23 della Convenzione e l'art. 609-undecies c.p. emerge la maggiore ampiezza di tale ultima incriminazione; dei diversi profili di discrepanza già rilevati dalla dottrina<sup>13</sup>, due meritano particolare attenzione.

Il primo consiste nella diversità del catalogo dei reati, che forma oggetto di punizione in via anticipata: l'art. 23 della Convenzione menziona solamente le fattispecie di atti sessuali con minorenni e produzione di materiale pedopornografico, a differenza dell'art. 609-undecies c.p. che invece comprende anche i reati sanzionati dagli artt. 600, 600-bis, 600-ter co. 2 ss., 600-quater, 600-quater.1, 609-bis, 609-quinquies e 609-octies c.p. Generalmente obliterata dai commentatori, la scelta di una così ampia previsione comporta invece non trascurabili problemi di ragionevolezza, i quali vengono solamente mitigati da una prassi incline a limitare la configurazione del reato ai casi di adescamento diretto a realizzare i delitti di atti sessuali e produzione di materiale pedopornografico: mentre, infatti, nelle ipotesi da ultimo menzionate è possibile legittimare l'anticipazione della tutela penale alla luce della necessità di evitare la commissione di reati gravemente lesivi per il minore, la stessa considerazione, ad esempio, non vale per la corruzione di minorenne e per la detenzione di materiale pornografico virtuale<sup>14</sup>. Il secondo – e più noto – profilo di disallineamento fra le disposizioni riguarda invece il maggiore arretramento della punibilità stabilito dall'art. 609-undecies c.p., il quale sanziona la semplice commissione di lusinghe, artifici o minacce, senza peraltro subordinare l'integrazione del reato al compimento di condotte dirette a incontrare il minore. Rispetto a questa osservazione occorre però puntualizzare che l'art. 23 della Convenzione impone di sanzionare atti che si situano in una fase precedente a quella dell'inizio dell'esecuzione; per tale ragione l'attuazione degli obblighi sovranazionali rende comunque necessaria l'introduzione di una norma *ad hoc* diretta ad anticipare la soglia della punibilità corrispondente al tentativo dei reati contro l'intangibilità o personalità sessuale del minore<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Come noto, si tratta di un obiettivo politico-criminale tutt'altro che scevro di ambiguità, che il legislatore ha cercato di realizzare, dapprima con la l. 3 agosto 1998, n. 269, c.d. "legge sulla pedofilia", quindi con la l. 6 febbraio 2006, n. 38. Per un inquadramento generale delle due leggi, anche sotto il profilo delle rispettive sollecitazioni sovranazionali, e per alcune considerazioni critiche v. A. CADOPPI, *Art. 1*, in Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Cedam, 2006<sup>4</sup>, p. 35 ss.; sul concetto di pedofilia e sulla inesistenza di un unico tipo d'autore criminologico riconducibile a questa locuzione, v. invece rispettivamente B. ROMANO, *Pedofilia*, in *Dig. disc. pen.*, App. agg. II, 2004, p. 604 e P. PITTARO, *Pedofilia e violenze sui minori: una nuova emergenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1161 s.

<sup>13</sup> Sul punto M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Giappichelli, 2019, p. 74; M. VIZZARDI, *L'adescamento di minorenni (art. 609-undecies)*, in C. PIERGALLINI - F. VIGANÒ - M. VIZZARDI - A. VERRI, *Delitti contro la persona. X. Libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI - M. DOLCINI, Cedam, 2015, p. 579 ss.

<sup>14</sup> In altri termini, nei casi in esame risulta poco ragionevole il bilanciamento realizzato dal legislatore fra scopi di tutela e "costi" dell'intervento punitivo; a conferma di ciò, è sufficiente rammentare che molti dubbi sono stati avanzati già intorno all'offensività del reato di pedopornografia virtuale. Su quest'ultimo punto, ampiamente, M. BIANCHI, *Art. 600-quater.1*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, cit., p. 263 ss. e, con riferimento più in generale al fondamento dei reati di pornografia minorile, G. DE FRANCESCO, *Beni offesi e logiche del "rischio" nelle fattispecie a tutela dell'integrità sessuale dei minori: tra presente e futuro*, in *Leg. pen.*, 2008, p. 210 ss. Sulle intersezioni fra giudizio di ragionevolezza e principio di offensività nella giurisprudenza della Corte costituzionale, per tutti, F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 376 ss.

<sup>15</sup> Sul punto S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, in R. BARTOLI - M. PELISSERO - S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, 2021, p. 185; non può quindi condividersi la ricostruzione di Cass., sez. III, 15 marzo 2018, n. 32170, secondo cui «il legislatore interno avrebbe potuto evitare di

Procedendo, un più ampio dovere di protezione è stabilito dalla Direttiva 2011/93/UE del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, sostitutiva della decisione quadro 2004/68/GAI. Se, infatti, l'art. 6 al co. 1 ricalca l'art. 23 della Convenzione, esso al co. 2 prevede che debba essere punito anche colui che cerca di entrare in possesso di materiale pornografico chiedendolo al minore<sup>16</sup>: come si vede, nelle ipotesi in esame la punibilità prescinde da qualsivoglia richiesta di incontro nel mondo reale. Ciò precisato, al fine di completare il quadro occorre ricordare che l'art. 7 stabilisce la punibilità del tentativo nei delitti di "abuso" e produzione di materiale pornografico<sup>17</sup>; tale annotazione conferma che, rispetto al delitto tentato, l'adescamento mira a realizzare un ulteriore avanzamento della tutela penale.

In sintesi, si può dunque affermare che le fonti sovranazionali impongono di incriminare la manipolazione diretta a consumare i reati di atti sessuali con minorenni e produzione di materiale pedopornografico, in quanto però prossimi a sfociare in un incontro con la vittima; inoltre, la Direttiva 2011/93/UE impone di sanzionare le richieste rivolte al minore di inviare immagini di natura sessuale.

Così ricostruito il quadro delle fonti sovranazionali, può osservarsi che, al fine di assolvere i suddetti obblighi di incriminazione, il Parlamento avrebbe potuto limitarsi a modificare gli artt. 600-ter e 609-quater c.p., in modo da punire l'adescamento diretto a consumare le relative fattispecie; a tacer d'altro, in un'analogia direzione si era mosso già il codice penale tedesco, sanzionando fra le diverse forme di abuso minorile il fatto di «influenzare un bambino attraverso un contenuto al fine di indurlo a compiere atti sessuali»<sup>18</sup>. Diversa, come noto, è stata la strategia prescelta dal nostro legislatore, che ha costruito un'apposita incriminazione incentrata sull'adescamento volto a realizzare una pluralità di reati di natura sessuale. Tale impostazione di per sé non solleva particolari obiezioni, trovando, fra l'altro, un appiglio sul piano comparato nell'art. 183-ter del codice penale spagnolo<sup>19</sup>; né si può trascurare che in Germania, in seguito

---

introdurre una specifica disposizione volta a criminalizzare il reato di adescamento di minorenni, perché l'attuazione della disposizione convenzionale discendeva direttamente dall'operatività della clausola estensiva dell'incriminazione di cui all'art. 56».

<sup>16</sup> «1. Member States shall take the necessary measures to ensure that the following intentional conduct is punishable: the proposal, by means of information and communication technology, by an adult to meet a child who has not reached the age of sexual consent, for the purpose of committing any of the offences referred to in Article 3(4) and Article 5(6), where that proposal was followed by material acts leading to such a meeting, shall be punishable by a maximum term of imprisonment of at least 1 year. 2. Member States shall take the necessary measures to ensure that an attempt, by means of information and communication technology, to commit the offences provided for in Article 5(2) and (3) by an adult soliciting a child who has not reached the age of sexual consent to provide child pornography depicting that child is punishable». L'art. 3 co. 4 sanziona la seguente condotta: «Engaging in sexual activities with a child who has not reached the age of sexual consent»; l'art. 5 co. 6 si riferisce invece a: «Production of child pornography». Infine, l'art. 5 ai co. 2 e 3 rispettivamente prevede le condotte di «Acquisition or possession of child pornography» e «Knowingly obtaining access, by means of information and communication technology, to child pornography». Come si vede, la Direttiva contiene degli obblighi di incriminazione di portata più ampia rispetto alla Convenzione di Lanzarote.

<sup>17</sup> Più esattamente, l'art. 7 stabilisce la punibilità del tentativo di atti sessuali con minorenni e violenza sessuale (art. 3 co. 4, 5 e 6), diffusione, offerta e produzione di materiale pornografico minorile (art. 5 co. 4, 5 e 6), oltretutto del tentativo di alcuni reati in tema di prostituzione minorile (art. 4 co. 2, 3, 5, 6 e 7).

<sup>18</sup> In effetti, nel 2012 la fattispecie di adescamento di minorenni si trovava all'interno del § 176, rubricato *Sexueller Mißbrauch von Kindern*, il quale sanzionava sia gli abusi con contatto fisico del minore, sia quelli non implicanti il coinvolgimento diretto della sua sfera corporale; sulle successive modifiche al reato di adescamento *infra*, nt. 20.

<sup>19</sup> Invero, a norma dell'art. 183-ter del *Código Penal* «chiunque, attraverso *Internet*, il telefono o qualsiasi altra tecnologia dell'informazione e della comunicazione, contatta un minore di sedici anni e gli propone di organizzare un incontro con lui al fine di commettere uno dei reati di cui agli articoli 183 e 189, purché tale proposta sia accompagnata da atti materiali volti ad incontrarlo, è punito con la reclusione da uno a tre anni o con la multa da dodici a ventiquattro mesi». Ancora diversa la soluzione accolta in Francia, ove l'art. 227-22-1 del *Code Pénal* punisce l'adulto che formula «proposte sessuali a un minore di quindici anni o a una persona che si presenta come

a una recente riforma dell'intero settore, l'adescamento viene sanzionato in un articolo specificamente dedicato alla «preparazione dell'abuso sessuale minorile»<sup>20</sup>. Problematica è invece la mancata differenziazione delle pene previste per le singole condotte incriminate dall'art. 609-*undecies* c.p.<sup>21</sup>. Invero, una simile soluzione, che sul piano interpretativo conduce a enfatizzare il disvalore soggettivo del reato, a livello pratico comporta che siano equiparate condotte dirette a realizzare delitti sessuali di diversa gravità: con esiti talvolta irrazionali, ove solo si consideri che la pena comminata per l'adescamento è superiore a quella prevista per il reato-fine di cui all'art. 600-*quater* c.p.

Senza voler indugiare oltre sulla proporzionalità della sanzione, conviene concentrare adesso la nostra attenzione sulla tecnica di tipizzazione adoperata dal legislatore. Poiché, infatti, l'attuale incriminazione è stata sin da subito accusata di porsi in tensione coi principi di offensività e determinatezza della legge penale, occorre verificare la fondatezza di simili obiezioni, esaminando gli orientamenti assunti dalla prassi giurisprudenziale.

### 3. La compatibilità dell'art. 609-*undecies* c.p. con i principi di offensività e determinatezza alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione

Al fine di meglio comprendere il significato degli attuali orientamenti relativi all'art. 609-*undecies* c.p., è bene ricordare che, all'indomani della sua introduzione all'interno del codice penale, la fattispecie di adescamento di minorenni fu oggetto di aspre critiche, essenzialmente incentrate sull'eccessiva anticipazione della tutela penale derivante dall'incriminazione di atti meramente preparatori rispetto ai delitti-fine e sull'indeterminatezza della definizione di adescamento fornita dal legislatore. Dati questi presupposti, per i primi commentatori della norma era giocoforza «preconizzare una sorte avversa [...] per l'incriminazione [...]», che avrebbe potuto ora «“spiaggiarsi” sui banchi della prova processuale», ora «polarizzarsi sulla rappresentazione personale ed interiore del minore»; quindi invocare il «prudente apprezzamento del giudice» come unico argine in grado di salvare la disposizione dall'intervento demolitorio della Corte costituzionale<sup>22</sup>.

---

tale utilizzando un mezzo di comunicazione elettronico»: prescindendo dalla strumentalità della condotta a realizzare più gravi delitti di natura sessuale, il reato essenzialmente s'incentra sulla pericolosità dell'autore. Per una panoramica sulle soluzioni adoperate nei paesi di *civil law* I. SALVADORI, *L'adescamento di minori*, cit., p. 43 ss.

<sup>20</sup> Si allude al § 176b StGB, il quale al co. 1 sanziona chiunque «influenza un bambino attraverso un contenuto (1) per costringerlo a compiere atti sessuali su o davanti all'autore del reato o su o davanti a una terza persona o a far compiere all'autore del reato o a una terza persona atti sessuali su di lui, oppure (2) per commettere un reato ai sensi del § 184b (1), prima frase, numero 3 o ai sensi del § 184b (3)». La collocazione riportata del testo è quella risultante dall'approvazione della *Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder*, del 16 giugno 2021, la quale ha ripartito i delitti sessuali contro i minori all'interno di più fattispecie poste in un rapporto di gravità scalare (così, dopo il § 176, rubricato “abuso sessuale minorile”, troviamo il § 176a, intitolato “abuso sessuale minorile senza contatto fisico” e il § 176b; seguono altri reati più o meno gravi). Per approfondimenti su alcune delle novità apportate dalla riforma F. ROSTALSKI, *Reform der Straftaten sexualisierter Gewalt gegen Kinder. Zu Sinn und Nutzen verschärfter Strafraumen*, in *GA*, 2021, p. 198 ss.; per una panoramica generale, con riferimento però al progetto presentato dal Ministero della Giustizia nel giugno 2020 e poi confluito nella riforma, T. HÖRNLE, *Das „Reformpaket zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder“*, in *ZIS*, 2020, p. 440 ss.

<sup>21</sup> È bene sottolineare che, sotto il profilo in esame, la soluzione accolta nel nostro sistema non coincide pienamente con quella vigente in Spagna, ove l'art. 183-*ter* co. 2 del *Código Penal* punisce con una pena più lieve di quella prevista dal co. 1 colui che «tramite *Internet*, telefono o qualsiasi altra tecnologia dell'informazione e della comunicazione, contatta un minore di sedici anni e compie atti diretti a indurlo a fornire materiale pornografico o a mostrare immagini pornografiche in cui è raffigurato o appare un minore». Peraltro, dalla limitazione della punibilità alle condotte realizzate tramite le tecnologie dell'informazione e della comunicazione discende una maggiore accentuazione del disvalore oggettivo insito nella insidiosità del mezzo utilizzato dall'adescatore. Sul fondamento dell'incriminazione F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2017<sup>21</sup>, p. 214 s.

<sup>22</sup> F. CONSULICH, *Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà personale e sessuale del minore (prima parte)*, in *St. iuris*, 2013, p. 805; «dubbi di legittimità costituzionale per

Senonché, l'idea di un vaglio di legittimità dell'art. 609-*undecies* c.p., da svolgersi alla luce dei principi di offensività e determinatezza, è caduta sotto la scure del giudizio di manifesta infondatezza della questione<sup>23</sup>. La Cassazione ha infatti rigettato l'eccezione di incostituzionalità della norma, facendo leva soprattutto sull'attitudine del dolo specifico a selezionare condotte obiettivamente capaci di giungere alla consumazione dei reati-fine e perciò suscettibili di determinare un pericolo concreto per i beni oggetto di protezione. Per la Suprema Corte, questo elemento, unito alla scelta del legislatore di specificare le modalità dell'azione attraverso i concetti di lusinga, artificio e minaccia, consentirebbe di affermare la legittimità dell'incriminazione anche sotto il profilo della legalità formale.

Più articolato, invece, è il discorso relativo all'offensività e prevedibilità della disposizione nella sua dimensione effettuale. Con riferimento al primo profilo non può escludersi che, in linea generale, il dolo specifico sia in grado di selezionare le condotte penalmente rilevanti, in maniera coerente con i principi di materialità e frammentarietà della tutela penale: una corretta interpretazione di questo elemento imporrebbe, infatti, da un lato di limitare la punibilità alle condotte strumentali alla realizzazione dei più gravi reati contro la personalità e intangibilità sessuale del minore, dall'altro di verificare la obiettiva idoneità dell'azione, in linea con quanto già accade in altri settori della legislazione penale<sup>24</sup>. D'altra parte, però, nemmeno si può trascurare che, nell'art. 609-*undecies* c.p., lo scopo immediatamente perseguito dall'autore è "soltanto" quello di carpire la fiducia del minore; per tale ragione, non sembra che il requisito dell'idoneità sia di per sé in grado di assicurare un sufficiente contenuto obiettivo di disvalore<sup>25</sup>. In ogni caso, non v'è dubbio che la ricostruzione proposta dalla Cassazione mal si concili con la tendenza della giurisprudenza sul reato di adescamento a sanzionare anche semplici proposte o lusinghe, rispetto alle quali è impossibile formulare una prognosi di efficienza causale<sup>26</sup>. Poiché, peraltro, si ritiene comunemente che la prova del dolo specifico possa essere ricavata anche da elementi estrinseci alla condotta concretamente realizzata dall'autore<sup>27</sup>, il dolo finisce di fatto per configurare un requisito puramente psicologico e l'accertamento della tipicità viene

---

violazione del principio di offensività» si rinvengono anche in A. PECCIOLI, *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 147. Cfr. L. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2536 s.

<sup>23</sup> Cass., sez. III, 15 marzo 2018, n. 32170, con nota di G. PONTEPRINO, *La compatibilità del delitto di adescamento di minorenni con i principi costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 521 ss.

<sup>24</sup> Si fa riferimento, ad esempio, ai reati associativi; sul punto, e per le relative applicazioni con riferimento al terrorismo internazionale F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, CEDAM, 2016, p. 207 ss. È bene peraltro sottolineare che all'interno della dottrina risulta oramai consolidata l'idea generale secondo cui, nei reati a dolo specifico, occorre accertare l'«oggettiva idoneità degli atti compiuti dall'agente a cagionare l'evento dannoso o pericoloso preso di mira» (G. MARINUCCI - E. DOLCINI - L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2020<sup>9</sup>, p. 340). Infine, per approfondimenti dogmatici sulla funzione tipizzante del dolo specifico L. PICOTTI, *La struttura delle fattispecie a dolo specifico*, Giuffrè, 1993, p. 501 ss.

<sup>25</sup> Utile il parallelismo con il tentativo, a proposito del quale si è osservato che, in presenza di reati senza offesa, «l'idoneità non può certo svolgere un ruolo di attuazione del principio di offensività» (F. PALAZZO, *Se e come riformare il tentativo*, in *La riforma del codice penale: la parte generale. Atti del convegno di Pavia, 10-12 maggio 2001*, a cura di C. DE MAGLIE - S. SEMINARA, Giuffrè, 2002, p. 216). Con riferimento al reato di adescamento, è bene sottolineare che la fattispecie presuppone un doppio dolo specifico, il primo diretto alla manipolazione mentale del minore, il secondo alla consumazione dei singoli reati-fine (sul punto v. I. SALVADORI, *L'adescamento di minori*, cit., p. 124 ss.).

<sup>26</sup> Cass., sez. III, 20 aprile 2021, n. 32639; Id., sez. III, 19 gennaio 2021, n. 22293. Invero, come magistralmente osservato da C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, ora in Id., *Scritti di parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 219 «si vieta il fine per impedire l'evento: quindi quel fine che riveli la possibilità di realizzarsi in evento».

<sup>27</sup> Così chiaramente Cass., sez. III, 19 giugno 2020, n. 20427; la possibilità di ricavare la prova del dolo dall'«eventuale sussistenza di dichiarazioni testimoniali o di materiale documentale (anche informatico) da cui possa desumersi l'attitudine del soggetto a stringere rapporti di natura intima con vittime di minore età» è affermata già in Id., sez. III, 13 luglio 2018, n. 32170.

assorbito dal giudizio sulla pericolosità dell'autore<sup>28</sup>.

Quanto poi alla determinatezza della disposizione, non può negarsi che la vaghezza della nozione di lusinga, unita alla intrinseca inafferrabilità dei fenomeni di condizionamento mentale, incide negativamente sulla capacità della norma di limitare la discrezionalità giudiziale e sulla prevedibilità della sanzione<sup>29</sup>. A ben vedere, però, sotto quest'ultimo profilo, i problemi più significativi non attengono tanto all'interpretazione degli elementi costitutivi del reato, quanto al suo rapporto con le singole fattispecie poste a tutela del minore, la cui integrazione, anche solo nella forma tentata, esclude l'applicazione dell'art. 609-*undecies* c.p. Da un lato, infatti, atteso il carattere sussidiario dell'adescamento, può accadere che le condotte da questo incriminate finiscano per essere sanzionate da altre più gravi fattispecie, finalizzate anch'esse a realizzare un'anticipazione della tutela penale. Dall'altro, la progressiva smaterializzazione del concetto di "atto sessuale" e la recente reinterpretazione della fattispecie di pornografia minorile sembrano determinare un arretramento della soglia della punibilità degli stessi reati-fine che l'adescamento mirerebbe ad evitare.

Come si vede, al fine di valutare la compatibilità dell'attuale incriminazione coi principi di offensività e determinatezza, si rende necessario ampliare l'indagine prendendo in considerazione il rapporto fra l'art. 609-*undecies* c.p. e i singoli delitti sessuali. In questa prospettiva, nei paragrafi che seguono si analizzeranno dapprima gli illeciti che presuppongono un effettivo contatto fra adulto e minore, quindi le aggressioni che si svolgono su un piano puramente virtuale.

#### **4. In particolare: il rapporto fra il reato di adescamento e le fattispecie di corruzione di minorenni e tentativo di atti sessuali con minorenni.**

Si è già ricordato che il reato di adescamento di minorenni trova la propria giustificazione nella ritenuta opportunità di anticipare la tutela penale, sanzionando condotte che precedono l'integrazione del tentativo nei reati contro la personalità e intangibilità sessuale del minore; rispetto a questa annotazione, occorre adesso osservare che l'art. 609-*undecies* c.p. non configura l'unico illecito volto a realizzare un simile obiettivo politico-criminale. Invero, incriminando colui che «mostra [a persona minore di anni quattordici] materiale pornografico, al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali», l'art. 609-*quinquies* co. 2 c.p. prende in considerazione una forma di adescamento del minore, peraltro comminando una pena leggermente superiore a quella prevista dall'art. 609-*undecies* c.p. (reclusione da uno a cinque anni, anziché da uno a tre)<sup>30</sup>.

Ora, l'idea di sanzionare più gravemente l'adescamento realizzato mediante l'ostensione o invio di materiale pornografico risulta astrattamente ragionevole, atteso il carattere perturbante di una simile forma di interazione, nonché la maggiore idoneità della condotta a determinare la

---

<sup>28</sup> Sul punto S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit., p. 185, secondo il quale l'adescamento configura «un reato di pericolo esangue e assistito da un doppio dolo specifico, che opera una straordinaria anticipazione della punibilità e presenta il rischio di scivolare verso l'incriminazione di un tipo d'autore, costituito dall'adulto che intrattiene con minori rapporti all'esterno considerati espressione di non "normali" pulsioni sessuali». D'altra parte, come osservato da M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI - R. ORLANDI, Monduzzi, 2007, p. 138, in linea generale l'«arretramento della punibilità per fatti dolosi prima della soglia del tentativo e di un'offensività oggettivamente e socialmente univoca, avvicina il reato all'autore e la pena alla neutralizzazione della pericolosità».

<sup>29</sup> Sul legame tra offensività e determinatezza, per tutti, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Editoriale Scientifica, 2020, p. 315 ss.

<sup>30</sup> Per alcune notazioni critiche sulla scelta legislativa di configurare la corruzione di minorenni alla stregua di un «presidio anticipato nel quadro d'una progressione criminosa destinata a sfociare in un atto sessuale sul minorenni (o del minorenni su sé stesso)» A. VALLINI, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 59.



consumazione dei reati-scopo<sup>31</sup>. Tuttavia, alla luce della suddetta osservazione, risulta difficile giustificare la mancata menzione all'interno dell'art. 609-*quinquies* co. 2 c.p. dei delitti di pornografia e prostituzione, entrambi sanzionati con una pena superiore a quella prevista per l'art. 609-*quater* c.p.: quest'ultimo elemento comporta invero che dovrebbe trovare applicazione l'art. 609-*undecies* c.p. ogniqualvolta l'ostensione di materiale pornografico sia, ad esempio, volta "solamente" a "istruire" il minore rispetto alla futura esecuzione di un'esibizione sessuale<sup>32</sup>. Probabilmente anche per evitare una simile conclusione, all'interno della giurisprudenza di legittimità ricorre l'affermazione secondo cui, ai fini dell'integrazione dell'art. 609-*quinquies* c.p., è sufficiente un'esibizione di materiale pornografico «tale da coinvolgere emotivamente la persona offesa in uno sgradevole coinvolgimento di evidente natura sessuale»<sup>33</sup>. In altri termini, la configurazione del reato di corruzione di minore viene svincolata dall'accertamento in ordine al dolo specifico, di talché l'art. 609-*quinquies* c.p. trova applicazione anche nei casi in cui l'invio di materiale pornografico sia finalizzato alla realizzazione dei delitti contro la personalità individuale del minore.

In breve: il reato di adescamento subisce una erosione del proprio astratto ambito di operatività in coincidenza con le condotte di ostensione di materiale pornografico. Ai fini della nostra indagine, è bene sottolineare che tale riduzione del perimetro applicativo del reato costituisce il frutto dell'applicazione in via analogica dell'art. 609-*quinquies* c.p.; considerato peraltro che, secondo gli studi criminologici, l'invio di materiale pornografico corrisponde alla fase più avanzata della strategia attuata dall'adescatore<sup>34</sup>, si può affermare che, sul piano politico-criminale, il suddetto orientamento porta a relegare l'art. 609-*undecies* c.p. allo stadio iniziale dell'attività di manipolazione del minore.

Un'ulteriore conferma di questa affermazione proviene da quella parte della giurisprudenza che applica gli artt. 609-*quater* e 56 c.p. ogniqualvolta il reo non solo chiede al minore un incontro, bensì instaura con questo «un intenso rapporto telematico e telefonico di natura esclusivamente sessuale»<sup>35</sup>. Soffermandoci brevemente sul punto, il tentativo di atti sessuali viene esteso fino ad inglobare condotte che rimangono nel mondo virtuale, e che però sono caratterizzate da un'apprezzabile intensità, tale da rendere più probabile la consumazione del rapporto sessuale. Giustamente, però, si è osservato che una simile interpretazione mal si concilia con i principi della teoria generale del reato: invero, se si assume che il tentativo debba coincidere con l'inizio dell'attività esecutiva ovvero con gli atti immediatamente precedenti, caratterizzati dalla obiettiva idoneità alla consumazione, sembra difficile affermare che, in casi come quelli

---

<sup>31</sup> A conferma di questa annotazione, si consideri che il codice penale tedesco, al § 176a ("abuso sessuale minorile senza contatto fisico"), fra l'altro sanziona con la pena della reclusione da sei mesi a dieci anni colui che «influenza un bambino per mezzo di contenuti pornografici [...] o di un discorso di natura sessuale»; al § 176b ("preparazione all'abuso sessuale minorile") invece disciplina l'adescamento "semplice", comminando la pena più lieve della reclusione da tre mesi a cinque anni (v. *retro*, nt. 20).

<sup>32</sup> A ben vedere, il problema più generale consiste nella previsione di un elemento finalistico, essendo la fattispecie di corruzione di minore dotata di un'intrinseco obiettivo disvalore: sul punto v. G. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sist. Pen.*, 3 marzo 2020, p. 5; nonché § 4 della Relazione. Infine, volendo, S. BRASCHI, *Atti osceni in luogo pubblico*, cit., p. 897 s.

<sup>33</sup> Cass., sez. III, 22 giugno 2017, n. 31263; conf. Id., sez. III, 11 maggio 2020, n. 14210; Id., sez. III, 5 giugno 2020, n. 17188.

<sup>34</sup> Sul punto e più in generale sugli stadi del *grooming*, per tutti, I. SALVADORI, *L'adescamento di minori*, cit., p. 5 ss.

<sup>35</sup> Così Cass., sez. III, 4 marzo 2015, n. 16329; Cass., sez. III, 14 novembre 2017, n. 8691; Cass., sez. III, 10 settembre 2020, n. 28454. Per completezza, va ricordato che la tendenza a un arretramento della soglia della punibilità del tentativo di atti sessuali era emersa già prima dell'introduzione dell'art. 609-*undecies* c.p.: in proposito, in termini critici, M. MONTANARI, *Adescamento di minorenni tramite Facebook: tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609-undecies c.p.*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, f. 2, p. 221 ss.; M. VIZZARDI, *Sull' "adescamento" di minore tramite social network e il tentativo di atti sessuali con minorenni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/12, p. 199.

in esame, sono integrati gli estremi degli artt. 56 e 609-*quater* c.p.<sup>36</sup>. Piuttosto, premessa l'astratta sussumibilità della condotta nell'adescamento, l'esistenza di una relazione telematica fra l'adulto e il minore dovrebbe dimostrare quella obiettiva pericolosità per il bene tutelato, che, come visto sopra<sup>37</sup>, la stessa Suprema Corte ritiene necessaria per assicurare la legittimità della vigente incriminazione.

In conclusione, sembra corretto affermare che, a livello teorico, la giurisprudenza riconosce la necessità di applicare il reato di adescamento solamente in presenza di atti che, per il loro contenuto sessuale ovvero per la loro intensità, permettono di formulare una prognosi di pericolosità dell'azione; concretamente, però, essa tende in queste ipotesi a configurare le più gravi fattispecie di corruzione di minorenni e tentativo di atti sessuali. Sotto il profilo in esame, trova dunque conferma l'incapacità dell'attuale formulazione del reato di assicurare il rispetto del principio di offensività; se poi si considera che le suddette decisioni sono il risultato di un'estensione del perimetro operativo degli artt. 609-*quater* e 609-*quinquies* c.p., risulta che questa situazione finisce per arrecare un *vulnus* anche alle esigenze di prevedibilità della sanzione.

### **5. (segue) l'estensione degli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 600-*ter* c.p. alle aggressioni commesse nella rete e le relative implicazioni sulla fattispecie di adescamento di minorenni**

Prima di passare ad analizzare le prospettive di riforma dell'attuale incriminazione, per avere un quadro completo è necessario soffermarci brevemente sui reati di atti sessuali con minorenni, violenza sessuale e pornografia minorile; infatti, tutte queste incriminazioni sono state recentemente oggetto di un'interpretazione estensiva volta a sanzionare l'acquisizione, tramite minaccia, lusinga o inganno, di foto pornografiche prodotte dal minore.

A tal proposito, la premessa è che, prima dell'intervento delle Sezioni Unite, con la sentenza 15 novembre 2018, n. 51815, era opinione comune che la fattispecie di pornografia minorile (art. 600-*ter* co. 1 c.p.) potesse configurarsi solamente nel caso in cui la realizzazione di materiale pornografico si caratterizzasse per un concreto pericolo di diffusione<sup>38</sup>; in difetto di questo requisito, sarebbe stato possibile applicare solamente la più tenue pena prevista per la detenzione del suddetto materiale (reclusione da 1 a 3 anni, secondo quanto disposto dall'art. 600-*quater* c.p.)<sup>39</sup>. Tale interpretazione, se da un lato rendeva dubbia la configurabilità del tentativo di pornografia minorile, dall'altro lasciava impregiudicata la possibilità di sanzionare ai sensi dell'art. 609-*undecies* c.p. la richiesta rivolta al minore di inviare foto o filmati di carattere sessuale. Senonché, al fine di assicurare una maggiore effettività alla tutela penale, la giurisprudenza di legittimità ha preso dapprima ad allargare le più gravi fattispecie contro la intangibilità sessuale del minore (artt. 609-*bis* e 609-*quater* c.p.); quindi, ad affermare la punibilità ai sensi dell'art. 600-*ter* c.p. dell'acquisizione di materiale pedopornografico inviato per un uso personale.

Con riferimento al primo profilo, la Suprema Corte ha sostenuto che integra l'art. 609-*quater* c.p. la condotta dell'adulto che induce il minore a filmarsi mentre compie atti sessuali e ad inviare le relative registrazioni<sup>40</sup>; nella medesima prospettiva, essa è giunta ad affermare che

---

<sup>36</sup> Sul punto F. PALAZZO, *Sui confini del tentativo punibile di atti sessuali con minorenni*, in *Giur. it.*, 2021, p. 197 s.

<sup>37</sup> Si allude a Cass., sez. III, 15 marzo 2018, n. 32170, sulla quale v. *retro*, § 3.

<sup>38</sup> Come noto, la valorizzazione del "pericolo di diffusione" come requisito implicito dell'art. 600-*ter* c.p. si deve a Cass., sez. un., 5 luglio 2000, n. 13; per approfondimenti sul percorso motivazionale della sentenza e per alcune osservazioni critiche G. MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la "terza via" delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 439 ss.

<sup>39</sup> Sul rapporto fra gli artt. 600-*ter* e 600-*quater* c.p., nella giurisprudenza precedente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 51815 del 2018, M. BIANCHI, *I confini della repressione penale*, cit., p. 133 ss.

<sup>40</sup> Cass., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 17509.

risponde di violenza sessuale colui che, tramite minaccia, si fa mandare foto e filmati ritraenti le nudità del minore<sup>41</sup>. Senza poterci soffermare sul percorso argomentativo seguito dalla Cassazione, ai fini della nostra indagine è sufficiente evidenziare che le suddette decisioni comportano un arretramento della soglia della punibilità corrispondente agli artt. 609-*bis* e 609-*quater* c.p.; così facendo, esse peraltro si pongono in tensione col principio di legalità. A questo proposito, è opportuna una breve riflessione. L'art. 609-*quater* c.p., incriminando colui che «compie atti sessuali con minore», teoricamente presuppone un coinvolgimento fisico della vittima con l'autore<sup>42</sup>; anche volendo adottare un'interpretazione estensiva diretta a sanzionare la partecipazione dell'adulto agli atti di autoerotismo posti in essere dal minore, si rende quindi necessario accertare l'esistenza di un'interazione fra i soggetti coinvolti nella relazione. Diversamente opinando, il concetto di "compimento di un atto sessuale" finisce infatti per inglobare quello di "partecipazione a un'esibizione sessuale", con una conseguente sovrapposizione fra i reati di pornografia e prostituzione<sup>43</sup>. Analoghe obiezioni possono essere formulate nei riguardi dell'applicazione dell'art. 609-*bis* c.p. al caso in cui il minore è costretto ad inviare una foto di natura erotica: tale soluzione da un lato implica una dilatazione del concetto di "atti sessuali" che va ben oltre i limiti corrispondenti all'area semantica di tale locuzione<sup>44</sup>, dall'altro determina un'equiparazione sul piano sanzionatorio di fatti caratterizzati da un ben diverso disvalore<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Cass., sez. III, a2 luglio 2020, n. 25266, in *Foro it.*, 2020, con nota di Parisi; così già Cass., sez. III, 18 giugno 2012, n. 19033.

<sup>42</sup> Questa la posizione della dottrina, secondo la quale la fattispecie può trovare applicazione solamente nelle ipotesi di coinvolgimento fisico dell'autore, fatta salva la punibilità *ex art.* 110 c.p. dell'induzione a compiere atti sessuali con terzi (così P. VENEZIANI, *Art. 609-quater c.p. (Atti sessuali con minore)*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, cit., p. 634; conf., *ex multis*, M. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Padova, 2020<sup>7</sup>, p. 475). Quanto alla giurisprudenza, invece, già da tempo essa ha optato per una progressiva dilatazione della fattispecie, arrivando a sanzionare ai sensi dell'art. 609-*quater* c.p. la partecipazione "a distanza" alla commissione di atti sessuali da parte del minore: così, ad esempio, Cass., sez. III, 21 aprile 2015, n. 16616; Id., 12 giugno 2013, n. 25822. Sul punto M. BERTOLINO, *Art. 609-quater*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. FORTI - S. SEMINARA - G. ZUCALÀ, CEDAM, 2017<sup>6</sup>, p. 2034; F. PALAZZO, *Sui confini del tentativo punibile*, il quale peraltro rileva come l'orientamento in esame abbia finito per modificare «la stessa oggettività giuridica del reato: da fatto offensivo della c.d. intangibilità sessuale del minore, è diventato fatto offensivo della sua integrità psichica se non addirittura della sua libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale».

<sup>43</sup> Per la verità, già da tempo su questo piano si registrano incertezze, atteso che una parte della giurisprudenza riconduce all'interno dell'art. 600-*bis* c.p. le ipotesi di "prostituzione a distanza"; secondo la Suprema Corte, decisiva per l'integrazione del reato sarebbe la possibilità d'interazione fra il cliente e il minore. Sul tema M. BERTOLINO, *Art. 600-bis*, in *Commentario breve*, cit., p. 1951 e, per alcune considerazioni critiche, R. BORGOGNO, *La prostituzione "a distanza" in due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3501 ss.

<sup>44</sup> Sul punto F. PARISI, *Violenza sessuale via WhatsApp? L'estensione della nozione di atto sessuale in una sentenza della Cassazione*, in *Foro it.*, 2021, p. 271; una diversa soluzione è accolta invece da L. PICOTTI, *La violenza sessuale via Whats App*, in *Dir. int.*, 2020, p. 688, secondo il quale «la descrizione normativa della condotta: "compie atti sessuali" va interpretata quale compiuta instaurazione di una reale relazione sessuale, [...] ma non implica necessariamente un effettivo contatto fisico-materiale». È bene, peraltro, rammentare che proprio recentemente la Corte costituzionale ha ribadito la necessità di una stretta osservanza del divieto di analogia, valorizzando quale limite all'attività di interpretazione i «possibili significati letterali» delle espressioni utilizzate dal legislatore (Corte cost., sent. 14 maggio 2021, n. 98). Sui contenuti della sentenza e più in generale sul divieto di analogia nell'attuale momento storico F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1218 ss.; nonché, con approfondimenti relativi alla dimensione etica di questo principio, ID., *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1260 ss.

<sup>45</sup> In proposito è bene puntualizzare che sarebbe del tutto fuorviante richiamare la nozione di "cyberrape", talora utilizzata per argomentare l'equiparazione alla violenza sessuale delle aggressioni che hanno luogo all'interno della rete: premesso che una simile operazione non trova alcun fondamento nel diritto vigente, il parallelismo si può, al più, applicare all'offesa derivante dalla diffusione delle immagini private a contenuto sessuale. Per approfondimenti sul tema N. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, in *Leg. pen.*, 20 gennaio 2020, p. 9 ss. e la letteratura ivi citata.

Più confacente, alla luce dei rilievi appena formulati, appare dunque l'orientamento che riconduce alle fattispecie di pornografia minorile l'acquisizione ad uso personale di foto erotiche prodotte dal minore. Il fondamento di questa soluzione risiede nel principio di diritto enucleato nella già citata sentenza a Sezioni Unite n. 51585 del 2018: dopo avere stabilito che, nell'attuale quadro giuridico-sociale, il nucleo di disvalore del reato sanzionato dall'art. 600-ter c.p. va individuato non nel pericolo di diffusione, bensì nella strumentalizzazione a scopo erotico del minore, la Suprema Corte ha precisato che una simile situazione ricorre ogniqualvolta il materiale pornografico venga realizzato in maniera "abusiva", come ad esempio accade allorché il minore abbia un'età inferiore a quella del consenso sessuale. In linea con questa impostazione, la giurisprudenza più recente ha preso ad affermare che l'art. 600-ter c.p. può trovare applicazione anche nel caso in cui foto e video pornografici siano stati prodotti e inviati, su richiesta, dal minore. Per la verità, nemmeno questa soluzione risulta pienamente convincente: non si può infatti trascurare che essa determina l'irrogazione di una pena sproporzionata all'obiettivo di svalore del fatto e comparativamente peggiore rispetto a quella comminata per altre più gravi violazioni<sup>46</sup>. Se poi si considera che l'art. 600-ter c.p. prevede altresì l'applicazione di una sanzione pecuniaria, è agevole argomentare che il perimetro di operatività attribuito alla disposizione non corrisponde a quello originariamente avuto a mente dal legislatore<sup>47</sup>.

Concludendo, si deve sottolineare che dallo spostamento del baricentro dell'art. 600-ter c.p. dal piano del pericolo di diffusione a quello della abusiva realizzazione del materiale pedopornografico e dalla riqualificazione della fattispecie in termini di reato di danno discende l'eliminazione di ogni dubbio in ordine alla configurabilità del tentativo di pornografia minorile<sup>48</sup>: anche sotto il profilo in esame, si determina dunque una riduzione dell'ambito applicativo del reato di adescamento di minori.

## **6. Le prospettive di riforma dell'art. 609-undecies c.p. nel quadro dei delitti sessuali contro i minori**

Alla luce dell'analisi che precede risulta possibile precisare adesso l'effettivo ambito operativo del reato di adescamento di minorenni, così da predisporre la base per considerare le prospettive di riforma di tale incriminazione.

Con riferimento al primo profilo, si è visto che la giurisprudenza di legittimità, se da un lato riconosce la necessità di subordinare la configurazione dell'art. 609-undecies c.p. alla verifica della concreta pericolosità dell'azione, dall'altro finisce col sanzionare anche condotte inoffen-

---

<sup>46</sup> A titolo esemplificativo, si consideri che nel caso riportato nel testo risulta applicabile una pena, pari alla reclusione da 9 a 20 anni e la multa da 32.000 a 40.000 euro – art. 600-ter aggravato ai sensi dell'art. 602-ter co. 5 c.p. –, addirittura superiore a quella comminata per l'ipotesi della violenza sessuale: per questo rilievo v. già A. GALANTE, *Le Sezioni Unite in tema di pedopornografia: escluso il pericolo di diffusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 966. Sulla duplice declinazione, in termini relativi e assoluti, del giudizio di proporzionalità della sanzione, in vece, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, 160 ss.

<sup>47</sup> Invero, la reinterpretazione della fattispecie comporta che la stessa abbia ad oggetto «non più o non solo la tutela del corretto sviluppo sessuale del minore stesso, minacciato dall'esterno, da soggetti diversi, ma anche il corretto impiego da parte del medesimo della sua sessualità» (A. GALANTE, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 966). Come noto, una prima fondamentale trasformazione della *ratio* dell'art. 600-ter c.p. si deve alla l. n. 38 del 2006: sul punto, per tutti, L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di M. BERTOLINO - G. FORTI, Jovenne, 2007, p. 1286 ss., spec. 1292 ss.

<sup>48</sup> Riconoscono la configurabilità del tentativo di pornografia minorile Cass., sez. III, 11 marzo 2021, n. 36758; Cass., sez. III, 7 luglio 2021, n. 2252; in questa direzione già Cass., sez. III, 5 marzo 2014, n. 21759. Sul punto, per tutti, M. BERTOLINO, *Art. 600-ter*, cit., p. 1965; per alcune considerazioni critiche sulla reinterpretazione del reato in termini di danno v. invece G. AMARELLI, *Pornografia minorile: le Sezioni Unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1212 s.

sive, in quanto ritenute sintomatiche della pericolosità dell'autore. Al contempo, applica le fattispecie di corruzione di minorenni e tentativo di atti sessuali ogniqualvolta l'adescamento, per l'intensità della comunicazione ovvero per i suoi contenuti sessuali, sia maggiormente in grado di sfociare nell'incontro col minore; riconduce agli artt. 609-bis, 609-quater e 600-ter c.p. l'acquisizione di materiale pedopornografico mediante richieste o minacce realizzate tramite *internet*. Il risultato finale di quest'evoluzione è una trasfigurazione del sistema dei delitti contro la sfera sessuale, nell'ambito della quale l'arretramento della soglia della punibilità corrispondente ai reati finali finisce addirittura per privare di giustificazione l'esistenza di un'autonoma fattispecie di adescamento di minori.

Giunti a questa conclusione, non resta che esaminare le prospettive di riforma di tale ultima incriminazione; il punto di partenza della riflessione può essere individuato nella riformulazione della definizione di adescamento contenuta nella bozza di articolato elaborata dal Gruppo incaricato dall'AIPDP di formulare proposte di riforma sui reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale: «*per adescamento si intende qualsiasi atto, realizzato anche mediante l'uso della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione, volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici o lusinghe o a intimorirlo attraverso minacce, concretamente idoneo ad ottenere l'incontro*»<sup>49</sup>. Senza indugiare sugli interventi attinenti al piano puramente lessicale<sup>50</sup>, occorre invece sottolineare che la proposta tende a limitare la portata applicativa dell'art. 609-undecies c.p. introducendo un parametro di obiettiva idoneità della condotta a sfociare nell'incontro col minore. Sotto il profilo in esame, non v'è dubbio che la modifica suggerita meriti condivisione: essa dovrebbe infatti determinare uno spostamento in avanti della soglia della punibilità corrispondente all'attuale incriminazione, estromettendo dall'ambito di operatività dell'adescamento le semplici lusinghe o proposte, non seguite da alcuna attività di persuasione e organizzazione dell'incontro col minore; quindi, eliminare ogni dubbio circa la non configurabilità del tentativo di atti sessuali in presenza di approcci confinati al mondo virtuale. Inoltre, optando per una caratterizzazione in senso maggiormente obiettivo del reato, la modifica assume un significato più generale di riaffermazione del modello del diritto penale del fatto. L'importanza di una simile operazione non va sottovalutata, atteso che, sul piano comparato, la tendenza attuale è quella di ampliare la tutela penale in una chiara prospettiva di pericolosità sociale; con esiti parossistici, ove solo si consideri la recente incriminazione in Germania del tentativo di adescamento inidoneo, perché commesso nei confronti di “finti minori”<sup>51</sup>.

Ciò precisato, ci dobbiamo peraltro domandare se la proposta menzionata sia sufficiente ad assicurare il rispetto dei fondamentali principi garantistici del diritto penale. In primo luogo, al fine di ridurre il perimetro di operatività dell'attuale incriminazione, parrebbe quantomeno opportuno eliminare il riferimento, contenuto nella vigente fattispecie, agli artt. 609-quinquies e 600-quater.1 c.p. come possibili delitti finali della condotta di adescamento del minore. È, infatti, sì vero che l'art. 609-undecies c.p. viene usualmente applicato in presenza di attività dirette

---

<sup>49</sup> Per una panoramica di tutte le modifiche proposte in relazione all'art. 609-undecies c.p., v. § 4 della *Relazione* citata *retro*, nt. 32.

<sup>50</sup> Si allude all'aggiunta del verbo “intimorire” quale conseguenza derivante dall'uso della minaccia da parte dell'adescatore (sull'improprietà dell'attuale formulazione M. BERTOLINO, *Art. 609-undecies*, in *Commentario breve*, cit., p. 2059). A questo proposito, è bene puntualizzare che non sembra condivisibile la tesi che ritiene integrato il tentativo di violenza sessuale, nel caso di minaccia volta a ottenere l'incontro col minore (M. VIZZARDI, *L'adescamento di minorenni*, cit., p. 587); invero, una simile interpretazione presuppone l'adozione di una concezione puramente formale dell'attività esecutiva e un conseguente allargamento della sfera della punibilità del tentativo.

<sup>51</sup> Per approfondimenti sui contenuti della *Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Versuchsstrafbarkeit des Cyberroomings*, entrata in vigore il 30 marzo 2020, e per alcune considerazioni critiche SCHNEIDER, *Versuchsstrafbarkeit von Cybergrooming?*, in *KriPoz*, 2020, f. 3, p. 138 ss. è bene, peraltro, sottolineare che una disciplina simile risulta già da tempo vigente in Francia (v. *retro*, nt. 19).

a consumare i più gravi reati di atti sessuali e produzione di materiale pedopornografico; tuttavia, si è già evidenziato che, in astratto, la scelta effettuata dal legislatore si pone in un insana-  
bile contrasto coi canoni di offensività e ragionevolezza della tutela penale. Un discorso par-  
zialmente diverso vale, invece, per il delitto previsto dall'art. 609-*quater* c.p.: se, da un lato,  
l'attuale sviluppo della tecnologia digitale suggerisce di disancorare la punibilità dell'adescam-  
ento diretto alla produzione di materiale pedopornografico da un incontro col minore, dall'al-  
tro non si può trascurare il forte arretramento della punibilità derivante dalla sanzione delle  
semplici richieste di foto di natura sessuale. In ogni caso, si è visto che la Direttiva 2011/93/UE  
pone al riguardo uno specifico obbligo di incriminazione: nell'impossibilità di affrontare la  
questione al di fuori di un più generale ripensamento dei reati di pedopornografia, ci limitiamo  
dunque a sottolineare la necessità, *de iure condendo*, di differenziare la pena comminata per la  
suddetta forma di adescamento del minore, in modo da assicurare il rispetto del principio di  
proporzionalità della sanzione.

In secondo luogo, occorre sottolineare che gli orientamenti giurisprudenziali sopra riportati  
dimostrano l'esistenza di un più generale problema di natura politico-criminale: dinanzi alla  
diffusa utilizzazione di *internet* da parte dei minori, si avverte la necessità di assicurare una  
risposta più efficace alle aggressioni che hanno luogo nell'ambiente digitale. Stando così le  
cose, è chiaro che un ipotetico intervento riformatore dovrebbe farsi carico di ripensare gli as-  
setti sanzionatori dei delitti contro la sfera sessuale dei minori, tenendo conto anche dei pericoli  
emergenti dalla rete. Allo stesso tempo, però, non può dimenticarsi che l'adescamento confi-  
gura un fatto di per sé dotato di un assai limitato disvalore; per tale ragione, al fine di assicurare  
una maggiore effettività alla tutela penale, risulta decisivo ampliare la riflessione agli strumenti  
di natura non strettamente repressiva. A titolo meramente esemplificativo, merita indubbia-  
mente attenzione la recente proposta della Commissione Europea di incentivare l'adozione da  
parte dei *provider* di programmi di filtraggio e intelligenza artificiale, volti a contrastare lo  
scambio di materiale pedopornografico e l'adescamento che avvengono nell'ambiente digi-  
tale<sup>52</sup>.

Concludendo, è bene sottolineare che qualsivoglia progetto di riforma deve poter contare  
sulla collaborazione degli operatori giudiziari. Se l'analisi svolta induce a dubitare dell'attuale  
capacità della magistratura di assicurare il rispetto dei fondamentali principi garantistici del  
diritto penale, si deve per altro verso sottolineare che solo una complessiva riforma dei delitti  
contro la sfera sessuale potrà riaccreditare la legge all'interno del sistema delle fonti e così  
limitare la divaricazione ad oggi esistente tra formante legislativo e giurisprudenziale.

---

<sup>52</sup> Più in particolare, la proposta prevede l'attivazione, su base volontaria, dei *provider* al fine di contrastare gli  
abusi sessuali, tramite la segnalazione dei contenuti pedopornografici oggetto di scambio nella piattaforma digi-  
tale, nonché delle interazioni che sono sospette di configurare una condotta di adescamento di minori; è chiaro,  
peraltro, che una simile previsione rischia di comportare una compressione della libertà e segretezza delle comu-  
nicazioni. Per una panoramica degli attuali strumenti di contrasto ai reati di pedopornografia e adescamento *online*  
V. SELLAROLI - S. LOMBARDO - L. GHIRARDI, *Pedopornografia e reati in ambito sessuale*, in *Diritto penale dell'in-  
formatica*, a cura di C. PARODI - V. SELLAROLI, Giuffrè, 2020, p. 301 ss.

RIFORMA DEI REATI CONTRO L'INVIOLABILITÀ DEL  
DOMICILIO, LA TUTELA DELLA VITA PRIVATA E DEI  
SEGRETI, LA LIBERTÀ E LA PERSONALITÀ INFORMATICA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro

Gruppo per la riforma dei reati dolosi contro la persona: Alessandra  
Rossi (coord.), Stefano Fiore, Roberto Flor, Lorenzo, Picotti,  
Maristella Amisano, Maurizio Riverditi, Ivan Salvadori.





## **RISERVATEZZA E SICUREZZA INFORMATICA, IDENTITÀ DIGITALE**

*L. Picotti, R. Flor, I. Salvadori*

Capo III - Dei delitti contro la libertà individuale  
Sezione VI - Dei delitti contro la riservatezza e la sicurezza informatiche

### *Accesso non autorizzato ad un sistema informatico*

[I] Chiunque accede senza autorizzazione o eccedendone i limiti ad un sistema informatico o ad una sua parte è punito con la reclusione fino a tre anni.

[II] La pena è della reclusione da uno a cinque anni:

1) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o con abuso della qualità di amministratore od operatore di sistema;

2) se il fatto riguarda sistemi informatici di pubblica utilità o di operatori di servizi essenziali;

3) se il colpevole commette il fatto mediante interferenze in ambito informatico (vedi infra “interferenze in ambito informatico”)

4) se il fatto è commesso nell’ambito di una associazione per delinquere

[III] Nel caso previsto dal primo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa; negli altri casi si procede d’ufficio.

### *Produzione e diffusione non autorizzate di codici di accesso ad un sistema informatico*

[I] Fuori dai casi previsti dall’articolo precedente, chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto

o di arrecare ad altri un danno, senza autorizzazione produce, riproduce, procura per sé o per altri, diffonde, comunica, o consegna o, comunque, mette a disposizione codici, password, dati informatici o altri mezzi idonei all’accesso non autorizzato ad un sistema informatico o ad una sua parte, è punito con la reclusione sino a due anni e con la multa sino a euro 10.329.

[II] La pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da euro 5.164 a euro 15.492 se ricorre taluna delle circostanze di cui al secondo dell’art. 615-ter c.p.

### *Violazione della riservatezza, disponibilità ed integrità delle comunicazioni informatiche*

[I] Chiunque senza autorizzazione intercetta, si procura, rende indisponibile ai legittimi destinatari od altera comunicazioni informatiche a lui non dirette o comunque a lui non rese disponibili da chi ha diritto di disporre, che abbiano un contenuto riservato, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a tre anni.

[II] Chiunque senza autorizzazione rivela, diffonde o rende comunque accessibile a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione, in tutto od in parte, il contenuto delle comunicazioni informatiche di cui al primo comma, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a quattro anni.

[III] Agli effetti della legge penale, per comunicazioni informatiche si intendono quelle effettuate con ogni mezzo

○ tecnica di trasmissione a distanza, compresa la condivisione, riproduzione o messa a disposizione di dati informatici, che rappresentino scritti, voci, suoni, immagini, anche in movimento, o altri contenuti che abbiano rilevanza per la comunicazione fra persone fisiche, giuridiche, enti e sistemi informatici.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

*Danneggiamento di dati informatici*

[I] salvo miglior formulazione: [Artt. 635-bis e 635-quater c.p.]

*Danneggiamento di sistemi informatici*

[I] salvo miglior formulazione: [Artt. 635-ter e 635-quinquies c.p.]

*Interferenze non autorizzate in ambito informatico*

Agli effetti della legge penale, si considerano equivalenti alla violenza sulle cose, le interferenze non autorizzate in ambito informatico, consistenti nell'alterazione, cancellazione, soppressione, introduzione o trasmissione senza autorizzazione di dati informatici o nel renderli altrimenti indisponibili, ovvero nell'interrompere, impedire o ostacolare il funzionamento di un sistema informatico.

*Produzione e diffusione non autorizzate di dispositivi idonei a danneggiare dati o sistemi informatici*

[I] Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, allo scopo di danneggiare dati o sistemi informatici, senza autorizzazione produce, riproduce, procura per sé o per altri, importa, diffonde, comunica, consegna o, comunque, mette a disposizione di altri dispositivi, programmi informatici o altri mezzi idonei a danneggiarli, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa sino a euro 10.329.

[II] La pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da euro 5.164 a euro 15.492 se ricorre taluna delle circostanze di cui al secondo dell'art. 615-ter c.p.

*Abuso di identità digitale*

[I] Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque senza autorizzazione crea o procura per sé o per altri, ovvero utilizza, riproduce, diffonde, comunica o consegna dati, informazioni o programmi informatici che consentono di rappresentare un'identità digitale altrui, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa fino a quindicimila euro. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che non ricorra una delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma dell'art. 615-ter c.p.

[II] Ai fini della legge penale si intende per identità digitale qualsiasi dato, informazione, codice, programma, applicativo o supporto che consenta l'individuazione, il riconoscimento o l'autenticazione di una persona fisica, giuridica o di un ente, ovvero di un qualsiasi dispositivo della persona fisica, giuridica o di un ente per la interazione con un programma, una banca dati od un sistema informatico, o l'accesso ad essi ovvero la fruizione di servizi o funzioni da essi offerti.

## RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO

Lorenzo Picotti, Roberto Flor, Ivan Salvadori (Università di Verona)

**Sommario:** 1. Premessa sui beni giuridici protetti. – 2. Proposta di ricollocazione sistematica. – 3. I reati contro la riservatezza informatica. – 3.1. Accesso non autorizzato ad un sistema informatico – 3.1.1. Ragioni della riforma. – 3.1.2. Accesso non autorizzato ad un sistema informatico e circostanze aggravanti. – 3.2. Diffusione abusiva di codici di accesso ad un sistema informatico. – 3.3. La tutela delle «comunicazioni informatiche». – 3.3.1. Proposta di introduzione del nuovo delitto di violazione della riservatezza delle comunicazioni informatiche. – 4. I reati contro la sicurezza informatica. – 4.1. Diffusione abusiva di dispositivi diretti a danneggiare un sistema informatico. – 4.2. La nozione di "interferenze non autorizzate" in ambito informatico. – 5. La tutela penale dell'identità digitale. – 5.1. Le principali criticità. – 5.2. Proposte di riforma. – 6. Proposta di articolato.

### 1. Premessa sui beni giuridici protetti

Sviluppando le riflessioni critiche sintetizzate nella relazione presentata al Convegno di Torino del 9 e 10 novembre 2018 sulle vigenti fattispecie penali in materia di violazioni della riservatezza e sicurezza informatiche, di cui si erano evidenziati i limiti applicativi e sistematici, e talora l'obsolescenza, nel successivo Convegno di Napoli del 30 e 31 maggio 2019 sono state presentate le proposte di riformulazione o nuova previsione di fattispecie penali in tale ambito, a partire dalla necessità di un migliore inquadramento sistematico e, quindi, di una più convincente collocazione topografica, che sia non solo più corretta teoricamente, ma anche più immediatamente comprensibile per i destinatari (sia operatori giuridici, che cittadini).

Si è sottolineata anche l'esigenza di una maggiore coerenza con le previsioni e raccomandazioni contenute nelle fonti sovranazionali, che considerano, quale nucleo fondamentale comune degli interessi giuridici meritevoli di tutela penale in questo campo, la c.d. triade *CIA* (*Confidentiality, Integrity, Availability*: letteralmente «confidenzialità, integrità e disponibilità» dei dati e dei sistemi informatici), cui è espressamente dedicato il Titolo I (comprendente gli artt. da 2 a 6) della Sezione relativa al diritto penale sostanziale del Capitolo II della Convenzione *Cybercrime* del Consiglio d'Europa del 2001. Ed anche la Direttiva 2013/40/UE del 12 agosto 2018, relativa agli attacchi ai sistemi di informazione, prevede agli artt. da 3 a 7 sostanzialmente gli stessi precetti, seppur con elementi costitutivi in parte diversamente formulati; mentre la più recente Direttiva 2016/1148/UE del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi dell'Unione, cui ha fatto seguito un importante Regolamento d'esecuzione nel 2018, all'art. 4, n. 2, definisce la nozione di «sicurezza della rete e dei sistemi informative» quale «capacità di Tale sempre più forte esigenza di "sicurezza cibernetica" (*cybersecurity*), presente anche nel Regolamento UE 2016/679 del 27 aprile 2016 sulla protezione dei dati personali (GDPR), che peraltro non obbliga a prevedere sanzioni penali, ma stabilisce direttamente solo forti sanzioni amministrative per sanzionare le violazioni di precetti che devono garantirla, quale necessario *pendant* della *privacy*, si è da ultimo imposta come decisamente dominante, di fronte ai sempre più forti rischi di attacchi informatici ed alle gravissime conseguenze che possono avere, nell'intero settore dei sistemi di informazione e delle reti di comunicazione, a prescindere dalla tecnologia utilizzata, per la loro sempre più forte estensione, integrazione e potenza di connessione, come palesemente emerge nel più recente decreto legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito con modificazioni dalla legge 18 novembre 2019, n. 133, recante disposizioni urgenti in materia di «perimetro di sicurezza nazionale cibernetica».

Per queste chiare tendenze di sviluppo, riscontrabili a livello globale e correlate ad evidenti ragioni strutturali d'impetuosa evoluzione ed espansione dello spazio cibernetico in cui siamo sempre più immersi (il c.d. *Cyberspace*), occorre, da un lato, ribadire l'importanza fondamentale e crescente delle specifiche esigenze di tutela penale della "riservatezza" e della "sicurezza" *informatiche*, dall'altro riconoscere la loro strettissima connessione, che porta addirittura a ricomprenderle nell'ampia ed articolata nozione di *cybersecurityresistere*» ad azioni che compromettano «l'autenticità, l'integrità o la riservatezza dei dati».

## 2. Proposta di ricollocazione sistematica

Per le esposte ragioni strutturali, nonostante la contiguità con i beni giuridici della riservatezza della corrispondenza e delle comunicazioni «personali», dopo ampio dibattito all'interno del nostro *team* e tenendo conto di quanto emerso nell'incontro del Gruppo svoltosi il 2 dicembre 2019 a Torino, è prevalsa la scelta di mantenere la proposta di una nuova ed autonoma «Sezione VI» da aggiungere all'interno del capo III («*Delitti contro la libertà individuale*») del Titolo XII («*Delitti contro la persona*») del Libro II del codice penale, denominata: «*Dei delitti contro la riservatezza e la sicurezza informatiche*».

Infatti, gli aspetti *specifici* che caratterizzano tali beni, qualificati dall'intreccio strettissimo con le concomitanti esigenze di tutela delle reti e dei sistemi informatici, che necessariamente veicolano le odierne forme di espressione, gestione, trattamento della comunicazione e diffusione dei dati ed informazioni nel *Cyberspace*, superando ed assorbendo i profili di interrelazione immediatamente od esclusivamente "fra persone" (basti pensare al ruolo che oggi svolgono i sempre più sofisticati algoritmi, sistemi di intelligenza artificiale e *machine learning* nella stessa elaborazione, selezione, indirizzamento di informazioni e trasmissioni il cui *input* soltanto può essere originariamente "personale"), porta a ritenere prevalente l'esigenza di autonomia anche sistematica, oltre che strutturale, delle nuove fattispecie, così in grado, fra l'altro, di esercitare un più chiaro ruolo di richiamo ed attenzione sia verso i destinatari, sia verso gli operatori giuridici (pubblici ministeri, giudici, forze di polizia, avvocati), per le predette nuove e peculiari esigenze di protezione penale.

Del resto, riesaminando il contenuto delle condotte e delle tipologie di eventi o risultati ad esse correlati, compresa l'individuazione del loro peculiare momento consumativo, avente rilevanti ricadute anche sulla determinazione del *locus commissi delicti* con relative conseguenze processuali, si rafforza la necessità di un'autonoma tipizzazione normativa dei fatti illeciti che non necessariamente hanno ad oggetto un "contenuto personale" o rispetto ai quali può mancare l'intermediazione di una persona (si pensi, a titolo paradigmatico, alle «*comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico o intercorrenti tra più sistemi*» di cui agli artt. 617-*quater*, 617-*quinquies* e 617-*sexies* c.p.), rispetto a quella delle tradizionali fattispecie in materia di segretezza della corrispondenza e delle altre forme di comunicazione, dove, già nella formulazione del fatto tipico, emerge la necessaria mediazione di una persona umana (si pensi, ad es., alle condotte consistenti nel «*prendere cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa*» o nel «*sottrarre o distrarre, al fine di prenderne o di farne da altri prendere cognizione, una corrispondenza chiusa o aperta*» di cui all'art. 616 c.p.).

In tale nuova Sezione VI dovrebbero dunque raggrupparsi le diverse fattispecie – in parte da riformulare, in parte da aggiungere – poste a presidio della «*confidenzialità, integrità e disponibilità*» (CIA) dei dati, dei sistemi informatici e delle relative comunicazioni, oltre che della «*autenticità*» dei trattamenti automatizzati, che sostituiscono l'intermediazione diretta dell'uomo quale persona fisica, essendo ormai chiaramente emersa, a partire dalle fonti sovranazionali, l'esigenza di loro *specifica* protezione penale, che si estende logicamente a quella dell'«*identità digitale*», di fronte ai preoccupanti fenomeni di falsificazione ed usurpazione

fraudolenta che si manifestano ad es. nei *social network* e nello spazio cibernetico in genere (ad es. con la massiccia creazione di false identità, *fake news*, ecc.).

Si tratta di delitti che offendono beni comunque riferibili alla persona, intesa in un senso molto ampio ed indiretto, essendovi sempre, “dietro” le comunicazioni ed i trattamenti informatici, una persona umana od un ente: per cui si giustifica (almeno allo stato) la collocazione nel Titolo XII, ed in specie nel Capo III dedicato alla “Libertà morale”.

Ma si tratta di beni che si distinguono, nella loro configurazione strutturale e nelle relative modalità d’offesa, innanzitutto dalla sfera di tutela del domicilio (Sezione IV), che appare opportuno lasciare ancorata alla tradizionale nozione fisico-spaziale, abbandonando la forzosa estensione anche a quella “*informatica*”, che era stata operata in una fase di primo approccio alla nuova realtà tecnologica dal legislatore del 1993. Proprio le numerose novelle successive, seppur spesso non condivisibili sul piano delle scelte di politica criminale, in materia di furti nel domicilio e di legittima difesa domiciliare, dimostrano il forte e preponderante riferimento a detta (sola) accezione originaria.

D’altro lato, la “*riservatezza e sicurezza informatiche*” vanno distinte sia dall’oggetto di tutela dei reati – ed oggi, dopo l’entrata in vigore del Regolamento europeo 2016/679 (GDPR) e delle norme nazionali, anche penali, di adeguamento di cui al d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, soprattutto degli illeciti amministrativi - in materia di tutela dei dati “personali” (che come si è sottolineato fin dalla relazione presentata al convegno di Torino del 2018 garantiscono il rispetto delle regole e condizioni stabilite dalla specifica ed articolata disciplina extrapenale in materia), sia dalla sfera di tutela dei “*segreti*” propriamente intesi, di cui alla Sezione V del Capo in questione, compresi quelli epistolari e delle comunicazioni interpersonali strettamente intese (telegrafiche e telefoniche, in specie), in quanto vengono in rilievo esigenze di protezione più specifiche, da distinguere - come si è sopra già argomentato - dal nucleo più ristretto di esclusione ‘assoluta’ dall’accesso al contenuto di informazioni o notizie immediatamente espresse da “persone” in una relazione diretta con altri, rispetto a chiunque ne sia estraneo o non sia autorizzato dal titolare o comunque non ne abbia il consenso.

Concettualmente, nella predetta nuova Sezione VI si potrebbero suddividere tre gruppi fondamentali di delitti.

Un primo gruppo dovrebbe riguardare la “*riservatezza informatica*” intesa quale “*confidenzialità*” (non segretezza in senso stretto) e “*disponibilità*” dei dati, dei sistemi e delle stesse reti (in sintesi: di “spazi” informatici, ovunque si trovino, anche nel c.d. *cloud*), di pertinenza non solo di una persona fisica, ma anche di un ente o di una persona giuridica. Vi si devono quindi comprendere: a) il delitto di “*accesso non autorizzato*” ad un sistema informatico (attuale art. 615-ter c.p., peraltro da emendare); b) quello prodromico di “*produzione e diffusione*” di codici di accesso (attuale art. 615-quater c.p., parimenti da emendare); c) le “*interferenze nelle comunicazioni informatiche*”<sup>753</sup>, compresa la corrispondenza elettronica (attuale art. 616, ultimo comma, c.p., da scorporare dall’equiparazione alla corrispondenza tradizionale, anche per quanto riguarda la tipologia delle condotte punibili), nonché altre forme di comunicazioni a distanza, cui già si richiama la disposizione estensiva di cui all’art. 623-bis c.p., che ne verrebbe assorbita; d) le “*intercettazioni informatiche e telematiche*” strettamente intese (attuale art. 617-quater c.p., da emendare e semplificare), da ricondurre alle ipotesi di “interferenza” nelle menzionate comunicazioni informatiche; e) il delitto prodromico di “*installazioni di dispositivi atti ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche e telematiche*” (attuale art. 617-quinquies c.p., parimenti da emendare).

Un secondo gruppo di delitti dovrebbe riguardare la “*sicurezza informatica*” più strettamente

---

<sup>753</sup> Sulla proposta di introduzione di un nuovo delitto di interferenze non autorizzate nelle comunicazioni informatiche di contenuto riservato v. *infra*, par. 3.3.1.

intesa, quale integrità ed autenticità dei dati, oltre che dei sistemi e dei trattamenti anche in rete, e comprendere: a) i vari delitti di “*danneggiamento informatico*” (attuali artt. 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinquies* c.p., che sarebbero da ricollocare al di fuori dei delitti contro il patrimonio, in cui oggi si trovano, oltre che da semplificare e riformulare); b) il delitto prodromico di “*produzione e diffusione di dispositivi idonei a danneggiare*” (attuale art. 615-*quinquies* c.p., peraltro da emendare); c) la norma definitoria della c.d. “*violenza informatica*”, da ridenominare più opportunamente come “*interferenze non autorizzate in ambito informatico*”, emendando la formulazione e collocazione attuale di cui all’art. 392, comma 3, c.p., da comprendere nella nuova Sezione VI, trasponendola dal Titolo II dei delitti contro l’amministrazione della giustizia, in cui era stata attratta dal legislatore del 1993 per l’esigenza contingente di estendere l’ambito applicativo del delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni “*mediante violenza sulle cose*”, punito da detto articolo. Questa arbitraria modalità di condotta, che è improprio denominare “*violenta*” od assimilare alla “*violenza sulle cose*”, dato il pregnante significato fisco-materiale di quest’ultimo tradizionale concetto, che rimanda ad una specifica energia fisica esercitata su di un oggetto materiale, può in effetti caratterizzare anche altri delitti, ad es. contro il patrimonio, come nel caso dell’estorsione (art. 629 c.p.) commessa mediante illecita criptazione di dati e sistemi altrui (ad es. impiegando *ransomware*) ovvero contro l’economia pubblica, come nel caso della turbata libertà dell’industria o del commercio (art. 513 c.p.); e dovrebbe comprendere tutte quelle interferenze e quegli interventi arbitrari e dannosi su dati e *software*, che violino, oltre alla loro “*integrità*” strettamente intesa, anche la loro “*autenticità*” intesa come provenienza o riferibilità genuina all’autore o comunque al soggetto titolare del trattamento e dei dati e legittimato ad operarvi, intaccando la stessa “*funzionalità*” del processo di elaborazione all’utilizzo o destinazione voluti da chi ne ha diritto.

Infine, in chiusura della nuova Sezione VI dovrebbe essere previsto il nuovo delitto di “*violazione dell’identità digitale*”, con contestuale abrogazione dell’attuale comma 3 dell’art. 640-*ter* c.p., che è oggi applicabile alla sola frode informatica, quale sua ipotesi aggravata, ma che invece, debitamente riformulato, dovrebbe avere una portata generale, assorbendo anche lo spazio oggi affidato dalla giurisprudenza al più lieve reato di sostituzione di persona, di cui all’art. 494 c.p.

### 3. I reati contro la riservatezza informatica

#### 3.1. Accesso non autorizzato ad un sistema informatico

Art. 2 CoC	Art. 2 CoC
<p>Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the <b>access to the whole or any part of a computer system without right</b>. A Party may require that the offence be committed by infringing security measures, with the intent of obtaining computer data or other dishonest intent, or in relation to a computer system that is connected to another computer system.</p>	<p>Member States shall take the necessary measures to ensure that, when committed intentionally, the access without right, to the whole or to any part of an information system, is punishable as a criminal offence where committed by infringing a security measure, at least for cases which are not minor.</p>

<p><b>Art. 615-ter c.p.</b> <i>Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico</i></p>	<p><b>Proposta di riforma art. 615-ter c.p.</b> <i>Accesso non autorizzato ad un sistema informatico<sup>1</sup></i></p>
<p><i>Chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione fino a tre anni.</i></p>	<p><i>Chiunque <b>accede</b><sup>2</sup> senza autorizzazione o eccedendone i limiti ad un sistema informatico o ad una sua parte è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a tre anni.</i></p>

<sup>1</sup> Pare opportuno sopprimere l'aggettivo «telematico», in quanto il concetto di «sistema informatico» è di per sé idoneo a ricomprendere anche i sistemi di elaborazione tra loro interconnessi o connessi alla rete Internet.

<sup>2</sup> La descrizione della condotta tipica in termini di «accesso» ad un sistema informatico, in luogo del discutibile termine «introdursi», che presuppone l'introduzione in uno spazio «fisico» (come, ad es., un domicilio), pare sicuramente più corretta e conforme al linguaggio informatico ed alle indicazioni di fonte sovranazionale, oltre che alla stessa rubrica dell'art. 615-ter c.p.

La dicotomia della condotta tipica (in termini di «introduzione» e «mantenimento») è stata (e continua ad essere) causa di notevoli problemi ed equivoci in giurisprudenza ed in dottrina (v., ad es., le recenti sentenze della Cassazione SS.UU. del 7 febbraio 2012, n. 4694 e, più di recente, dell'8 settembre 2017, n. 41210). Più corretta pare pertanto l'incriminazione del mero *accesso non autorizzato* (o «abusivo»), in quanto idonea a ricomprendere le ipotesi di accesso non autorizzato poste in essere dai c.d. *outsider* (che operano in assenza di autorizzazione), oltre che quelle dei c.d. *insider* che accedono, in tutto o in parte, ad un sistema informatico, *eccedendo* i limiti dell'autorizzazione, come già riscontrato nella prassi giurisprudenziale ed, in prospettiva comparata, negli Stati Uniti,

### 3.1.1. Ragioni della riforma

Tra le condotte di accesso non autorizzato ad un sistema informatico meritano di essere punite, in linea con le indicazioni di fonte sovranazionale, soltanto quelle che sono proiettate, nella loro direzione offensiva, contro l'interesse di un altro utente (sia esso persona fisica o giuridica od ente) al godimento esclusivo, sicuro ed indisturbato degli "spazi" informatici (c.d. *riservatezza informatica*) e solo indirettamente contro l'interesse giuridico della *sicurezza informatica*, che assume ormai dimensione super-individuale o collettiva, per l'interconnessione pressoché permanente dei diversi sistemi e dispositivi anche mobili. In tal senso è da condividere la scelta politico-criminale di molti legislatori nazionali (ad. es. spagnolo, tedesco ed austriaco) che, in conformità con le prescrizioni e gli obblighi di incriminazione di fonte sovranazionale (art. 2 CoC ed art. 3 della direttiva europea 2013/40/UE), hanno limitato l'ambito del penalmente rilevante alle condotte di "accesso non autorizzato" a sistemi informatici poste in essere *violando* le misure di sicurezza («[die] *Überwindung der Zugangssicherung*» - § 202a StGB; «[die] *Überwindung einer spezifischen Sicherheitsvorkehrung*» - §118a Ö-StGB; «*vulnerando las medidas de seguridad*» - art. 197-bis.1 CP Sp.) destinate a proteggerli.

Mediante tale formulazione, la *relazione conflittuale fra portatori di interessi contrapposti* diventa, in un contesto virtuale, più facilmente percepibile e riconoscibile dal soggetto agente. Nel momento in cui l'utente "*senza autorizzazione*" viola una misura di sicurezza posta a protezione di un sistema informatico altrui, eccede consapevolmente i limiti della libertà di accesso e di navigazione nel *Cyberspace*.

La previsione, quale requisito tipico di fattispecie, della *oggettiva violazione delle misure di sicurezza* poste a protezione del sistema, porterebbe, tuttavia, ad escludere la rilevanza penale delle condotte sempre più frequenti dei dipendenti, dei funzionari pubblici e, più in generale, dei c.d. *insider* che, eccedendo i limiti dell'accesso consentito, accedono a spazi o ambiti non protetti di un sistema informatico (di un *Cloud*, di un *Server*, di una banca dati, ecc.) per consultare, copiare, comunicare o danneggiare dati ed informazioni. La loro condotta non potrebbe essere sanzionata penalmente, dal momento che l'iniziale *accesso* al sistema avviene attraverso l'impiego legittimo delle credenziali di autenticazione, compresa la *password*, fornite dal datore di lavoro o dal titolare del sistema. Di conseguenza, manca l'oggettiva violazione di misure (tecniche) di sicurezza, che invece in caso di *outsider* viene assorbita nel carattere "*non autorizzato*" (od *abusivo*) dell'accesso.

Viste le difficoltà ermeneutiche ed applicative incontrate nella sussunzione di questa tipologia di condotte nell'ipotesi attualmente prevista del "*mantenimento*" nel sistema informatico, contro la volontà espressa o tacita del titolare, in prospettiva *de jure condendo* si potrebbe riformulare il reato di accesso abusivo, sopprimendo tale ipotesi alternativa e prendendo come modello la fattispecie di «*accesso illecito a sistemi di informazione*» prevista dall'art. 2 CoC. La condivisibile scelta politico-criminale del Consiglio d'Europa è di sanzionare la mera condotta di «*accesso non autorizzato ad un sistema informatico o ad una sua parte*», a prescindere dal requisito della *violazione* di misure di sicurezza, la cui previsione, quale requisito di fattispecie, è lasciata alla discrezionalità dei singoli legislatori nazionali.

L'espressa incriminazione del semplice "*accesso*" non autorizzato (o "*abusivo*"), in luogo dell'attuale "*introdursi*", oltre ad essere più coerente con il riferimento all'ipotesi che avvenga

---

tanto a livello federale quanto statale, nonché nella legislazione penale belga. La scelta politico-criminale di incriminare, oltre alla condotta di "intrusione", anche quella omissiva di "permanenza" (*rectius* "mantenimento") in un sistema informatico non trova riscontro a livello sovranazionale e neppure nella maggior parte degli ordinamenti giuridici europei ed extraeuropei, salvo alcune rare eccezioni (Francia, Belgio, Spagna e Turchia).



anche soltanto “*ad una parte*” di un sistema informatico, presenterebbe il vantaggio di permettere l'incriminazione degli accessi abusivi realizzati non solo dai c.d. *outsider* (ad es. *hacker* e *cracker*), ma anche dai dipendenti, incaricati od, in generale, *insider* che, possedendo legittimamente le credenziali di autenticazione per “introdursi” in un sistema informatico, si spingono però oltre i limiti dell'autorizzazione ed operano ulteriormente, accedendo “*senza autorizzazione*” anche a parti o “spazi” riservati, che sarebbero loro preclusi dal titolare o dall'ambito del loro competenze.

Il carattere *abusivo* o, meglio, “*non autorizzato*” dell’“intrusione” in un sistema informatico da parte di un *insider* dovrebbe stabilirsi sulla base della violazione di specifici regolamenti interni, norme o disposizioni aziendali anche di natura contrattuale o comunque norme extrapenali, pur non necessariamente specifiche per la regolazione degli accessi, ma inerenti alle finalità ed ai contenuti delle mansioni affidate, sulla cui base si possa anche determinare in modo chiaro a quali spazi della memoria o del sistema od a quali dati ed archivi il dipendente o l'incaricato possa accedere nell'esercizio delle sue mansioni o per le “ragioni” o funzioni per cui l'accesso è consentito. In presenza di tali regole extrapenali, anche di tipo tecnico-informatico, che stabiliscano gli ambiti e gli spazi di accesso autorizzato o le ragioni/funzioni per le quali esso è autorizzato, il giudice potrà determinare in modo oggettivo se la condotta posta in essere dall'*insider* sia da qualificare o meno come autorizzata dal titolare del sistema e, quindi, penalmente rilevante od irrilevante. Attraverso questa interpretazione restrittiva del requisito della “*manca di autorizzazione*”, da intendersi quale *clausola di illiceità speciale*, che contribuisce alla tipizzazione oggettiva del fatto di reato, si eviterebbero quegli errori emersi nella prassi applicativa, che hanno portato a dar rilievo invece alle finalità personali o soggettive dell'*insider*.

### 3.1.2. Accesso non autorizzato ad un sistema informatico e circostanza aggravanti

Art. 9 Direttiva 2013/40/UE	
<p>4. Member States shall take the necessary measures to ensure that offences referred to in Articles 4 and 5 are punishable by a maximum term of imprisonment of at least five years where</p> <p>they are committed <b>within the framework of a criminal organization</b>, as defined in Framework Decision 2008/841/JHA, irrespective of the penalty provided for therein;</p> <p><b>they cause serious damage;</b></p> <p><b>or they are committed against a critical infrastructure information system.</b></p>	
Art. 615-ter, comma 2, c.p.	Proposta di riforma
<p>La pena è della reclusione da uno a cinque anni:</p> <p>1) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o con abuso della qualità di operatore del sistema;</p> <p>2) se il colpevole per commettere il fatto usa</p>	<p>La pena è della reclusione da uno a cinque anni:</p> <p>1) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o con abuso della qualità di <b>amministratore od operatore di sistema</b>;</p> <p>2) se il colpevole per commettere il fatto usa violenza sulle cose o pone in essere interferenze</p>

<p>violenza sulle cose o alle persone, ovvero se è palesemente armato;</p> <p>0) se dal fatto deriva la distruzione o il danneggiamento del sistema o l'interruzione totale o parziale del suo funzionamento, ovvero la distruzione o il danneggiamento dei dati, delle informazioni o dei programmi in esso contenuti.</p> <p>co. 3) Qualora i fatti di cui ai commi primo e secondo riguardino sistemi informatici o telematici di interesse militare o relativi all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica o alla sanità o alla protezione civile o comunque di interesse pubblico, la pena è, rispettivamente, della reclusione da uno a cinque anni e da tre a otto anni.</p>	<p>non autorizzate in ambito informatico<sup>5</sup>;</p> <p>3) abrogata.</p> <p>co. 3) Qualora i fatti di cui ai commi primo e secondo riguardino sistemi informatici di pubblica utilità<sup>7</sup> o di una infrastruttura critica, la pena è, rispettivamente, della reclusione da uno a cinque anni e da tre a otto anni.</p> <p>co. 4) se il fatto è commesso nell'ambito di una associazione per delinquere<sup>8</sup></p> <p>Nel caso previsto dal primo comma<sup>9</sup> il delitto è punibile a querela della persona offesa; negli altri casi si procede d'ufficio.</p>
---	---

### 3.2. Diffusione abusiva di codici di accesso ad un sistema informatico

Art. 6 CoC	Art. 7 Direttiva 2013/40/UE
<p>Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right:</p> <p>a. the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of:</p> <p>i. a device, including a computer program, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Articles 2 through 5;</p> <p>ii a computer password, access code, or similar data by which the whole or any part of a computer system is capable of being accessed, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5; and</p> <p>b. the possession of an item referred to in paragraphs a.i or ii above, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5. A Party may require by law that a number of such items be possessed before criminal liability attaches.</p> <p>2. This article shall not be interpreted as imposing criminal liability where the production, sale, procurement for use, import, distribution or</p>	<p>Member States shall take the necessary measures to ensure that the intentional production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available, of one of the following tools, without right and with the intention that it be used to commit any of the offences referred to in Articles 3 to 6, is punishable as a criminal offence, at least for cases which are not minor:</p> <p>(a) a computer programme, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences referred to in Articles 3 to 6;</p> <p>(b) a computer password, access code, or similar data by which the whole or any part of an information system is capable of being accessed.</p>

<p>otherwise making available or possession referred to in paragraph 1 of this article is not for the purpose of committing an offence established in accordance with Articles 2 through 5 of this Convention, such as for the authorised testing or protection of a computer system.</p> <p>3 Each Party may reserve the right not to apply paragraph 1 of this article, provided that the reservation does not concern the sale, distribution or otherwise making available of the items referred to in paragraph 1 a.ii of this article.</p>	
---	--

<p><b>Art. 615-quater c.p.</b> <b>Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici</b></p>	<p><b>Proposta di riforma</b> <b>Produzione e diffusione non autorizzata di codici di accesso ad un sistema informatico</b></p>
<p>Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente si procura, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, o comunque fornisce ingiusto profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente produce, procura per sé o per altri, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, password<sup>11</sup>, dati informatici o altri mezzi idonei indicazioni o istruzioni idonee al predetto scopo, è all'accesso non autorizzato ad un sistema</p>	<p><b>Fuori dai casi previsti dall'articolo precedente<sup>10</sup></b>, chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un <b>ingiusto</b> profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente <b>produce</b>, procura per sé o per altri, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, password<sup>11</sup>, dati informatici o altri mezzi idonei all'accesso non autorizzato ad un <b>sistema informatico</b>, è punito con la reclusione sino a <b>due anni</b> e con la multa sino a euro 10.329<sup>12</sup>.</p> <p>La pena è della reclusione da uno a <b>tre anni</b> e della multa da euro 5.164 a euro <b>15.492 se ricorre taluna delle circostanze di cui al secondo, terzo e quarto comma dell'art. 615-ter c.p.<sup>13</sup></b></p> <p>[NB:Il delitto è perseguibile d'ufficio].</p>

### 3.1.2. Accesso non autorizzato ad un sistema informatico e circostanza aggravanti

<p><b>Art. 9 Direttiva 2013/40/UE</b></p>	
<p>4. Member States shall take the necessary measures to ensure that offences referred to in Articles 4 and 5 are punishable by a maximum term of imprisonment of at least five years where:</p> <p>(a) they are <b>committed within the framework of a criminal organization</b>, as defined in Framework Decision 2008/841/JHA, irrespective of the penalty provided for therein;</p> <p>( ) <b>they cause serious damage</b>; or</p> <p>(a) <b>they are committed against a critical infrastructure information system.</b></p>	
<p><b>Art. 615-ter, comma 2, c.p.</b></p>	<p><b>Proposta di riforma</b></p>
<p>La pena è della reclusione da uno a cinque anni:</p> <p>3) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investi-</p>	<p>La pena è della reclusione da uno a cinque anni:</p> <p>3) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investi-</p>

<p>gatore privato, o con abuso della qualità di operatore del sistema;</p> <p>4) se il colpevole per commettere il fatto usa violenza sulle cose o alle persone, ovvero se è palesemente armato;</p> <p>1) se dal fatto deriva la distruzione o il danneggiamento del sistema o l'interruzione totale o parziale del suo funzionamento, ovvero la distruzione o il danneggiamento dei dati, delle informazioni o dei programmi in esso contenuti.</p> <p>co. 3) Qualora i fatti di cui ai commi primo e secondo riguardino sistemi informatici o telematici di interesse militare o relativi all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica o alla sanità o alla protezione civile o comunque di interesse pubblico, la pena è, rispettivamente, della reclusione da uno a cinque anni e da tre a otto anni.</p>	<p>gatore privato, o con abuso della qualità di <b>amministratore od operatore di sistema</b><sup>3</sup>;</p> <p>4) se il colpevole per commettere il fatto usa violenza sulle cose o pone in essere interferenze non autorizzate in ambito informatico<sup>4</sup>.</p> <p><b>3) abrogata</b><sup>5</sup>.</p> <p><b>co. 3)</b> Qualora i fatti di cui ai commi primo e secondo riguardino sistemi informatici <b>di pubblica utilità</b><sup>6</sup> o di una <b>infrastruttura critica</b>, la pena è, rispettivamente, della reclusione da uno a cinque anni e da tre a otto anni.</p> <p>co. 4) se il fatto è commesso nell'ambito di una associazione per delinquere<sup>7</sup>.</p> <p>Nel caso previsto dal primo comma<sup>8</sup> il delitto è punibile a querela della persona offesa; negli altri casi si procede d'ufficio.</p>
---	--

<sup>3</sup> Appare opportuno prevedere anche la figura dell'“*amministratore di sistema*” («*system administrator*») che indica quei soggetti qualificati anche sul piano tecnico-informatico, che avendo il controllo delle fasi del processo di elaborazione e trattamento di dati informatici, possono disporre l'accesso con maggiore facilità ai sistemi informatici sui quali hanno competenza.

<sup>4</sup> L'aggravante, nella formulazione oggi vigente, nella parte in cui contempla l'ipotesi del soggetto che accede abusivamente ad un sistema informatico «*con violenza alle persone*» ovvero di intrusione da parte di un soggetto «*palesemente armato*», possiede, come dimostra la sua scarsa (se non inesistente) applicazione giurisprudenziale, un ruolo del tutto marginale. Tale circostanza aggravante aveva un senso nell'epoca in cui, non essendo ancora diffusa l'interconnessione tra i *computer*, gli attacchi informatici presupponevano un contatto fisico con l'elaboratore c.d. *stand alone*. Con la progressiva e capillare diffusione delle reti telematiche, ed in specie di Internet, non è più necessario ed è anzi eccezionale che per introdursi abusivamente in un *computer* vi sia un contatto fisico con l'elaboratore attaccato o con le persone eventualmente addette alla sua sorveglianza. I criminali informatici (in specie *hacker* e *cracker*) invero sfruttano la rete per accedervi da remoto.

La modalità della “*violenza sulle cose*” deve estendersi anche alle specifiche “*interferenze non autorizzate in ambito informatico*” quali definite oggi dal comma 3 dell'art. 392 c.p. e impropriamente ricondotte alla nozione di “*violenza*” c.d. informatica, di cui sopra si fatto cenno (par. 2) e di cui meglio si dirà (infra par. 4.2).

<sup>5</sup> In luogo della vigente previsione, che integra una controversa ipotesi di reato aggravato dall'evento, pare più corretto ricorrere, nel caso in cui ad un accesso abusivo ad un sistema informatico consegua il danneggiamento di dati informatici o dello stesso sistema informatico, alla più generale disciplina normativa in materia di concorso di reati, con la conseguenza che i delitti di danneggiamento informatico restano punibili solo a titolo di dolo.

<sup>6</sup> Tale sintetica, e più apprezzabile locuzione, impiegata dal legislatore anche in altre disposizioni, avrebbe il merito di ovviare all'altrimenti poco esaustiva elencazione dei sistemi informatici “pubblici” meritevoli di una tutela penale rafforzata, prevista dall'attuale ipotesi delittuosa dell'art. 615-ter, co. 3, c.p.

<sup>7</sup> Tale sintetica, e più apprezzabile locuzione, impiegata dal legislatore anche in altre disposizioni, avrebbe il merito di ovviare all'altrimenti poco esaustiva elencazione dei sistemi informatici “pubblici” meritevoli di una tutela penale rafforzata, prevista dall'attuale ipotesi delittuosa dell'art. 615-ter, co. 3, c.p.

<sup>8</sup> V. *supra* par. 3.1. per la nuova riformulazione dell'art. 615-ter, co. 1, c.p.

### 3.2. Diffusione abusiva di codici di accesso ad un sistema informatico

Art. 6 CoC	Art. 7 Direttiva 2013/40/UE
<p>Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right:</p> <p>a) the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of:</p> <p>i a device, including a computer program, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Articles 2 through 5;</p> <p>ii a computer password, access code, or similar data by which the whole or any part of a computer system is capable of being accessed, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5; and</p> <p>b) the possession of an item referred to in paragraphs a.i or ii above, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5. A Party may require by law that a number of such items be possessed before criminal liability attaches.</p> <p>2 This article shall not be interpreted as imposing criminal liability where the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available or possession referred to in paragraph 1 of this article is not for the purpose of committing an offence established in accordance with Articles 2 through 5 of this Convention, such as for the authorised testing or protection of a computer system.</p> <p>3 Each Party may reserve the right not to apply paragraph 1 of this article, provided that the reservation does not concern the sale, distribution or otherwise making available of the items referred to in paragraph 1 a.ii of this article.</p>	<p>Member States shall take the necessary measures to ensure that the intentional production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available, of one of the following tools, without right and with the intention that it be used to commit any of the offences referred to in Articles 3 to 6, is punishable as a criminal offence, at least for cases which are not minor:</p> <p>(c) a computer programme, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences referred to in Articles 3 to 6;</p> <p>(d) a computer password, access code, or similar data by which the whole or any part of an information system is capable of being accessed.</p>

<p align="center"><b>Art. 615-quater c.p.</b> <b>Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici</b></p>	<p align="center"><b>Proposta di riforma</b> <b>Produzione e diffusione non autorizzata di codici di accesso ad un sistema informatico</b></p>
<p>Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente si procura, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, o comunque fornisce indicazioni o istruzioni idonee al predetto scopo, è punito con la reclusione sino ad un anno e con la multa sino a euro 5.164.</p> <p>La pena è della reclusione da uno a due anni e della multa da euro 5.164 a euro 10.329 se ricorre taluna delle circostanze di cui ai numeri 1) e 2) del quarto comma dell'articolo 617-quater.</p>	<p><b>Fuori dai casi previsti dall'articolo precedente<sup>9</sup></b>, chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente produce, procura per sé o per altri, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, password<sup>10</sup>, dati informatici o altri mezzi idonei <b>all'accesso non autorizzato ad un sistema informatico</b>, è punito con la reclusione sino a due anni e con la multa sino a euro 10.329<sup>11</sup>.</p> <p>La pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da euro 5.164 a euro 15.492 se ricorre taluna delle circostanze di cui al secondo, terzo e quarto comma dell'art. 615-ter c.p.<sup>12</sup></p> <p align="center">[NB:Il delitto è perseguibile d'ufficio].</p>

### 3.3. La tutela delle “comunicazioni informatiche e telematiche”.

Lo sviluppo impetuoso delle tipologie di comunicazione informatica, rispetto al tempo in cui è stata emanata la prima legge contro la criminalità informatica del 23 dicembre 1993, n. 547, richiede una profonda revisione che vada oltre la mera estensione, allora introdotta, delle disposizioni concernenti la corrispondenza epistolare tradizionale (art. 616 e seguenti c.p.) a quella “informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza”, peraltro non specificamente definita e cui sono però così riferite le identiche tipologie di condotte, già previste con riferimento a detta corrispondenza tradizionale.

Non solo sono mutati i mezzi di comunicazione, i cui oggetti sono del tutto smaterializzati, ma grazie all'interconnettività pressoché permanente in rete, all'aumentata capacità dei dispositivi mobili (tablet e smartphone soprattutto), all'intervento sempre più massiccio ed incisivo di sofisticati algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale nella stessa elaborazione, selezione, indirizzamento di informazioni e trasmissioni solo originariamente “personali”, questi sono in grado di trasmettere e ricevere in ogni momento e luogo, anche a grandi distanze, successioni o ripetizioni temporali, file di testo, voci, suoni, immagini, anche in movimento, video di grandi

<sup>9</sup> La previsione di questa clausola di riserva ha lo scopo di evitare che il menzionato delitto preparatorio possa concorrere con quello più grave di accesso abusivo ad un sistema informatico di cui all'art. 615-ter c.p.

<sup>10</sup> L'impiego del concetto di “password”, in luogo del meno appropriato «parole chiave», oltre ad essere più adeguata sul piano tecnico-informatico, è in linea con le prescrizioni di fonte sovranazionale.

<sup>11</sup> Pare opportuno sopprimere la condotta, ulteriormente prodromica, del «fornire indicazioni o istruzioni idonee ad accedere ad un sistema informatico o telematico», dal momento che, in violazione del principio di offensività, porta ad una eccessiva anticipazione della tutela penale rispetto al bene giuridico della riservatezza informatica e, indirettamente, della sicurezza informatica, punendo il “pericolo di un pericolo”, vale a dire il pericolo di procurarsi o di produrre un codice di accesso, la cui disponibilità fa sorgere il pericolo di un accesso abusivo ad un sistema informatico. Le pene vengono peraltro allineate a quelle previste dall'attuale art. 615-quinquies (su cui cfr. *infra* par. 4.1), non essendo il pericolo di offesa al bene giuridico della riservatezza informatica da considerare meno grave del pericolo di offesa a quello della sicurezza informatica, del resto strettamente collegato all'altro.

<sup>12</sup> Trattandosi di una norma incriminatrice che punisce comportamenti prodromici e preparatori all'accesso abusivo ad un sistema informatico è senz'altro più corretto e coerente richiamare le circostanze aggravanti di cui all'art. 615-ter c.p.

dimensioni, loro elaborazioni o riproduzioni. Inoltre si sono moltiplicati e sviluppati i “servizi” che offre la rete, con conseguenti nuove possibilità e modalità di comunicazione e rielaborazione, che vanno ben oltre le comuni e-mail, essendosi espansa la messaggistica di ogni genere, ed in specie la possibilità di condivisione, circolazione, riproduzione, ecc., in gruppi, chat, ambiti estesi o ristretti di utenti, ecc., di qualsiasi genere di dati, come si può emblematicamente riscontrare nell’uso dei più diffusi social network (quali Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp, ecc.).

Corrispondentemente si sono modificate le stesse tipologie di condotte, che possono violarne la riservatezza, la disponibilità, l’autenticità e l’integrità, con conseguente necessità di introdurre un’autonoma tipizzazione dei fatti che offendano tali beni giuridici, che come detto incorporano specificamente la riservatezza e la sicurezza informatiche.

Nel contempo vi è anche l’esigenza che le fattispecie di diritto penale sostanziale a tutela delle “comunicazioni informatiche” tengano conto della disciplina processuale relativa alla ricerca ed acquisizione delle c.d. prove elettroniche, che proprio per garantire con diversa intensità i diritti e gli interessi diversi che possono venire compressi, valorizza alcune tradizionali distinzioni imperniate sulla differenza fra la corrispondenza, le conversazioni, le comunicazioni o le trasmissioni, anche informatiche o telematiche, ovvero genericamente i “documenti”.

In specie, sembra necessario offrire maggior protezione al “flusso” dinamico di comunicazioni “in corso”, le violazioni o compressioni della cui riservatezza vanno inquadrare nella disciplina sostanziale (attuali artt. 617 segg., in specie 617-quater segg. c.p.) oltre che processuale delle “intercettazioni informatiche”; laddove rispetto a contenuti in qualche modo già “cristallizzati” in file e dati memorizzati, che presentano una “staticità” di informazioni e notizie già comunicate, analoga a quella della “corrispondenza” tradizionalmente intesa, può essere modulato un livello di tutela (sostanziale e processuale) differenziato.

Alla stregua del codice di procedura penale, all’acquisizione della “corrispondenza”, compresa quella informatica, si procede con lo strumento della perquisizione (art. 247, in specie comma 1-bis c.p.p.) e del sequestro (artt. 253 e 254, nonché 254-bis c.p.p.), che è applicabile anche all’ampia categoria dei “documenti”, compresi quelli informatici (artt. 234 e 234-bis c.p.p.). Viceversa, nel caso delle “intercettazioni” occorre procedere, per il carattere più invasivo e dinamico che possono avere, interferendo con il “flusso” comunicativo in atto, tramite appositi strumenti tecnici (ad es. mediante Trojan o programmi spyware), previa autorizzazione e delimitazione della durata ed estensione da parte del Giudice, sulla base di requisiti più stringenti, che presuppongono già la presenza di qualificati elementi di sospetto, assicurando garanzie più forti, ai sensi degli artt. 266 segg., in specie comma 2-bis c.p.p., per l’inserimento in specie del captatore informatico, nonché 266-bis c.p.p. per ogni “flusso” di comunicazioni informatiche e telematiche.

In queste tipologie di comunicazioni informatiche sfuma peraltro il carattere specificamente ed immediatamente “interpersonale” della riservatezza, la cui protezione si associa piuttosto a quella

della loro “sicurezza” rispetto ad attacchi cibernetici (cybersecurity, di cui sopra si è detto), del tutto eterogenei rispetto alle offese alle tradizionali forme di corrispondenza epistolare.

Tanto che appare necessario associare e collocare in questa sezione anche le norme penali poste genericamente a tutela dell’integrità dei dati e sistemi informatici, non caratterizzati da uno specifico significato o contenuto di “comunicazione” fra persone, ai quali va assicurata comunque una apposita tutela penale dell’integrità e della sicurezza informatiche, qual è quella offerta dall’incriminazione dei danneggiamenti informatici (artt. 635-bis segg. c.p.) e relative figure prodromiche (cfr. infra par. 4). Mentre rispetto ai “documenti informatici” strettamente intesi, caratterizzati da uno specifico “valore probatorio” nel traffico giuridico - di rilievo pubblico - deve valere la distinta disciplina penale delle falsità informatiche (art. 491-bis c.p.).

### **3.3.1. Proposta di introduzione del nuovo delitto di violazione della riservatezza delle comunicazioni informatiche.**

Previa abrogazione dell'ultima parte del comma 2 dell'art. 616 c.p., introdotta dalla legge 547/1993, la tutela penale delle comunicazioni informatiche deve essere specifica e più severa, rispetto a quella che è oggi assicurata genericamente alla corrispondenza cui quella "elettronica" era stata genericamente assimilata, richiedendo la previsione, all'interno della menzionata nuova "Sezione VI" del capo III del Titolo XII del Libro II del codice penale, del seguente nuovo delitto:

#### ***"Violazione della riservatezza, disponibilità ed integrità delle comunicazioni informatiche".***

*"Chiunque senza autorizzazione intercetta, si procura, rende indisponibile ai legittimi destinatari od altera comunicazioni informatiche a lui non dirette o comunque a lui non rese disponibili da chi ha diritto di disporne, che abbiano un contenuto riservato, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da uno a tre anni.*

*Chiunque senza autorizzazione rivela, diffonde o rende comunque accessibile a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, in tutto od in parte il contenuto delle comunicazioni informatiche di cui al primo comma, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da uno a quattro anni.*

*Agli effetti della legge penale, per "comunicazioni informatiche" si intendono quelle effettuate con ogni mezzo o tecnica di trasmissione a distanza, compresa la condivisione, riproduzione o messa a disposizione di dati informatici, che rappresentino scritti, voci, suoni, immagini anche in movimento o altri contenuti che abbiano rilevanza per la comunicazione fra persone fisiche, giuridiche, enti e sistemi informatici.*

*Il delitto è punibile a querela della persona offesa".*

La fattispecie, che semplifica e riorganizza l'ambito delle incriminazioni concernenti le comunicazioni informatiche aventi contenuto riservato, estrapolandole dai vigenti artt. 616 e 617-ter e seguenti c.p., ed in particolare assorbendo gli artt. 617-quater, 617-quinquies e 617-sexies c.p., punisce nel primo comma, innanzitutto, l'indebita "intercettazione" ed "acquisizione" con qualsiasi modalità tecnica, senza necessità che vi sia una "presa di cognizione" del contenuto da parte di una persona fisica; in secondo luogo l'"alterazione" del contenuto comunicativo riservato, veicolato dai dati informatici, qualsiasi natura o forma abbiano (di testo, audio, video, ecc.); infine il "rendere indisponibili" i menzionati contenuti, senza però che mai si richieda, per la consumazione, la causazione di un "nocumento" (come invece prevede l'attuale art. 616 c.p.) .

L'offesa alla riservatezza e alla sicurezza informatiche si consuma infatti già con la condotta tipica, che viola l'esclusività della conoscenza e disponibilità, ovvero l'integrità ed autenticità di detti dati, da parte di soggetti non destinatari o non altrimenti legittimati. All'acquisizione ed alterazione indebite è equiparato il fatto di rendere i dati informatici aventi tali contenuti "indisponibili" per il titolare, ad es. dislocandoli – anche mediante software c.d. maligni o malware - in spazi informatici a lui non accessibili ovvero con sistemi di criptazione abusivamente applicati.

Il secondo comma, in analogia con la struttura dell'art. 616 c.p. e di altre fattispecie poste a tutela dei segreti, prevede una fattispecie più gravemente sanzionata di "rivelazione" a terzi delle comunicazioni informatiche tutelate, peraltro ridefinendo il concetto, che non è più correlato ad una cognizione personale del contenuto da parte dell'autore, ma può avvenire direttamente con ogni mezzo o modalità tecnica automatizzata (ad es. mediante sistemi di intelligenza artificiale o machine learning), compresa la diffusione o messa a disposizione di terzi in rete, e



dunque senza (parziale o completa) presa di conoscenza del contenuto diffuso, essendo comunque l'aggravamento dell'offesa particolarmente rilevante nel cyberspace, le cui dimensioni spaziali e temporali rendono poi pressoché impossibile limitarne gli effetti.

La previsione, nei due commi, della clausola di illiceità speciale espressa dalla locuzione “senza autorizzazione” introduce un requisito oggettivo della fattispecie, che serve a circoscrivere la rilevanza penale alle condotte poste in essere senza legittimazione, a partire dall'assenza di consenso del titolare del diritto alla riservatezza o che non siano altrimenti permesse da specifiche disposizioni di legge o da provvedimenti dell'autorità ovvero anche da fonti private o negoziali: come nel caso invece di perquisizioni e sequestri da parte di agenti di polizia o di interventi autorizzati di servizi di sicurezza ovvero anche di operatori ed amministratori di sistema incaricati specificamente di interventi per rilevazioni e controlli della sicurezza, o nell'ambito di rapporti lavorativi o d'altro genere in cui questi siano contrattualmente consentiti.

Nel terzo comma si prevede una definizione espressa, agli effetti della legge penale, delle “comunicazioni informatiche” tutelate, che ne individui i tratti specifici, alla luce delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione nel cyberspace, in cui viene meno il carattere strettamente “personale” o meglio immediatamente “interpersonale” della comunicazione, che basta sia comunque “riservata” e come tale meritevole di protezione: carattere che può essere insito nell'essere una comunicazione veicolata, gestita, indirizzata da trattamenti automatizzati, compresi algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale, non disponibili a terzi non legittimati.

Infine, il carattere del bene giuridico protetto, rappresentato dalla “riservatezza informatica” facente capo al titolare legittimato, con connessa sua disponibilità ed opportunità che sia lo stesso a valutare l'esigenza che sia o meno esercitata l'azione penale, consiglia di prevedere un regime di punibilità a querela di parte, che garantisca oltretutto il necessario filtro all'applicazione della fattispecie, evitando – dato il numero potenzialmente elevato di violazioni di questo tipo – di rendere problematica la possibilità di effettiva persecuzione da parte dell'Autorità giudiziaria e di gravarne eccessivamente l'attività.

#### **4. I reati più specificamente offensivi della sicurezza informatica**

##### **4.1. Diffusione abusiva di dispositivi idonei a danneggiare un sistema informatico**

La fattispecie di cui all'attuale art. 615-quinquies c.p., pur da mantenere, dovrebbe essere significativamente riformulata in conformità alle prescrizioni di fonte sovranazionale (ed in specie della direttiva 2013/40/UE) e ricollocata tra i reati contro la “sicurezza informatica”, piuttosto che tra quelli contro la riservatezza informatica strettamente intesa: quindi subito dopo le fattispecie di danneggiamento di dati e di sistemi informatici (attuali artt. 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies c.p., da emendare e semplificare), in quanto è volta a punire comportamenti prodromici e preparatori rispetto alla consumazione di detti reati, anziché dell'accesso abusivo a sistemi informatici.

<b>Art. 6 CoC</b>	<b>Art. 7 Direttiva 2013/40/UE</b>
Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right:	Member States shall take the necessary measures to ensure that the intentional production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making

<p>a. the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available ensure that the intentional production, sale, procurement of:</p> <p>i a device, including a computer program, designed or adapted primarily for the purpose of established in accordance with Articles 2 through 5;</p> <p>ii a computer password, access code, or similar data by which the whole or any part of a computer system is capable of being accessed,</p> <p>with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5; and</p> <p>b the possession of an item referred to in paragraphs a.i or ii above, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5. A Party may require by law that a number of such items be possessed before criminal liability attaches.</p> <p>2 This article shall not be interpreted as imposing criminal liability where the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available or possession referred to in paragraph 1 of this article is not for the purpose of committing an offence established in accordance with Articles 2 through 5 of this Convention, such as for the authorised testing or protection of a computer system.</p> <p>3 Each Party may reserve the right not to apply paragraph 1 of this article, provided that the reservation does not concern the sale, distribution or otherwise making available of the items referred to in paragraph 1 a.ii of this article.</p>	<p>available, of one of the following tools, without right and with the intention that it be used to commit any of the offences referred to in Articles 3 to 6, is punishable as a criminal offence, at least for cases which are not minor:</p> <p>(a) a computer programme, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences referred to in Articles 3 to 6;</p> <p>(b) a computer password, access code, or similar data by which the whole or any part of an information system is capable of being accessed</p>
---	---

<p><b>Art. 615- quinquies c.p. Diffusione di apparecchiature, dispositivi o</b></p>	<p><b>Proposta di riforma</b></p>
---	-----------------------------------

programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico	Produzione e diffusione abusiva di dispositivi idonei a danneggiare dati o sistemi informatici
<p>Chiunque, allo scopo di danneggiare illecitamente un sistema informatico o telematico, le informazioni, i dati o i programmi in esso contenuti o ad esso pertinenti ovvero di favorire l'interruzione, totale o parziale, o l'alterazione del suo funzionamento, si procura, produce, riproduce, importa, diffonde, comunica, consegna o, comunque, mette a disposizione di altri apparecchiature, dispositivi o programmi informatici, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa sino a euro 10.329.</p>	<p>Salvo che il fatto costituisca più grave reato<sup>13</sup>, chiunque, allo scopo di danneggiare senza autorizzazione dati o sistemi informatici<sup>14</sup>, abusivamente produce, procura per sé o per altri, riproduce, importa, diffonde, comunica, consegna o mette a disposizione di altri dispositivi, programmi informatici o altri mezzi idonei a danneggiarli<sup>15</sup>, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa sino a euro 10.329.</p> <p>Il delitto è perseguibile d'ufficio.</p>

#### 4.2. La nozione di «interferenze non autorizzate in ambito informatico» (già impropriamente denominate «violenza informatica»)

Il comma 3 dell'art. 392 c.p., aggiunto dalla legge 547/1993 alla fattispecie di esercizio arbitrario delle proprie ragioni mediante "violenza sulle cose", che al comma 2 già contiene la definizione ai fini penali di tale concetto generale, per la contingente volontà del legislatore di allora di estendere l'ambito del delitto ad ipotesi di alterazione strumentale di dati e programmi informatici, emerse in giurisprudenza e restate impunte per mancanza della qualità di "cosa" dei dati e del software, merita di essere riformulato e contraddistinto con una diversa denominazione ("interferenze non autorizzate in ambito informatico") da collocare, dopo i danneggiamenti informatici, fra i delitti contro la "sicurezza informatica".

Infatti, da un lato è bene che la nozione tradizionale di "violenza sulle cose", collegata strettamente alla materialità fisica del suo oggetto, non resti inquinata da elementi del tutto eterogenei; dall'altro, come la dottrina ha da tempo segnalato, va riconosciuto che un siffatto elemento si correla concettualmente alla nozione di danneggiamento, con la conseguenza che, diversificandosi questi strutturalmente, rispetto al tradizionale danneggiamento di cose (art. 635 c.p.), per adattarsi alla realtà dei "dati e sistemi informatici" che ne vanno a costituire i nuovi e diversi oggetti passivi, con correlata differenziazione delle relative fattispecie (artt. 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies c.p.), anche la nozione in esame deve rimodellarsi, per abbracciare tutti quegli interventi dannosi ed arbitrari su dati e software, che violino, oltre alla loro "inte-

<sup>13</sup> La previsione di questa clausola di riserva ha lo scopo di evitare che il delitto prodromico e preparatorio in esame possa concorrere con le più gravi fattispecie in materia di danneggiamento di dati e di sistemi informatici.

<sup>14</sup> Pare opportuno, per ragioni di economia legislativa, semplificare la formulazione della fattispecie, sopprimendo il richiamo ai concetti di «informazioni» e di «programmi informatici», in quanto rientrano già in quello più ampio di «dati informatici» e limitando l'oggetto del dolo specifico al "danneggiamento" illecito di sistemi informatici o dei dati in essi contenuti, che abbraccia anche le ipotesi "speciali" di danneggiamento, che si sostanziano in una interruzione o alterazione del funzionamento di un sistema informatico

<sup>15</sup> La vigente formulazione dell'art. 615 -quinquies c.p. non richiede, sul piano oggettivo, l'intrinseca dannosità o pericolosità dei "dispositivi" che devono essere oggetto delle condotte di per sé "neutre" di procurarsi, produrre, diffondere, importare, distribuire o cedere suddetti oggetti materiali. Di conseguenza, il disvalore della norma incriminatrice viene a poggiare esclusivamente sul *fine illecito* che deve sorreggere il fatto-base. Onde evitare che vengano punite condotte prive di offensività oggettiva (ad es. chi consegna un programma informatico di per sé lecito al fine di commettere un danneggiamento di dati o di sistemi informatici) pare corretto richiedere, sul piano oggettivo, l'*idoneità* dei dispositivi a danneggiare dati o sistemi informatici, conservando però anche l'elemento finalistico, che serve a distinguere – nel caso di programmi e dispositivi c.d. *double use* – l'utilizzazione illecita da quella lecita (ad es. da parte di operatori di sistema che debbano testarne la sicurezza).

grità” strettamente intesa, anche la loro “autenticità”, intesa come provenienza o riferibilità genuina al suo autore o titolare legittimo, nonché la loro “funzionalità”, intesa come capacità di essere utilizzati ed operare in conformità alla loro destinazione e struttura tecnica.

L’importanza di un’adeguata definizione generale, da equiparare con apposita clausola alla “violenza sulle cose” che costituisce elemento di altri delitti, quali l’estorsione (art. 629 c.p.) o la turbata libertà dell’industria o del commercio (art. 513 c.p.), impone di preferire un’adeguata terminologia coerente con quella delle fonti sovranazionali (in specie nella direttiva 2013/40/UE).

### **«Interferenze non autorizzate in ambito informatico»**

*«Agli effetti della legge penale, si considerano equivalenti alla violenza sulle cose, le interferenze non autorizzate in ambito informatico, consistenti nell’alterazione, modificazione, cancellazione, soppressione, introduzione o trasmissione di dati o programmi informatici o nel renderli altrimenti indisponibili, ovvero nell’impedire o ostacolare gravemente il funzionamento di un sistema informatico, in assenza di autorizzazione dell’avente diritto».*

## **5. La tutela penale dell’identità digitale**

Il legislatore italiano, dopo anni di immobilismo di fronte all’esplosione di fenomeni connessi all’ *identity theft* quali, ad esempio, il phishing o le c.d. frodi identitarie, è intervenuto con l’art. 9, co. 1, lett. a), della legge 15 ottobre 2013, n. 119, che ha convertito in legge, con modificazioni, il decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, (“recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province”) inserendo nell’art. 640-ter c.p. (“frode informatica”) un nuovo comma, che sanziona la frode informatica commessa mediante sostituzione (furto o indebito utilizzo) «dell’identità digitale in danno di uno o più soggetti».

### **5.1. Le principali criticità**

#### *a. Formulazione tecnica delle “modalità di realizzazione” delle condotte tipiche*

Sollevano dubbi le questioni relative alla formulazione tecnica della fattispecie e all’assenza di una definizione di “identità digitale” che possa essere rilevante almeno agli effetti della legge penale. Sembra opportuno evidenziare che in sede di conversione del decreto legge, il Parlamento, anziché adottare l’originaria locuzione «se il fatto è commesso con sostituzione dell’identità digitale in danno di uno o più soggetti», ha optato per quella: «furto o indebito utilizzo». L’espressione “furto” d’identità digitale sembra richiamare (impropriamente) le condotte di sottrazione e impossessamento previste dall’art. 624 c.p., che sono tecnicamente riferite ad un oggetto fisico-materiale, espresso dal termine “cosa”.

L’identità digitale, però, anche se non definita normativamente, è chiaramente da intendersi quale entità immateriale insuscettibile di sottrazione ed impossessamento fisico. Anche se fosse “incorporata” in un supporto informatico, sarebbe quest’ultimo a rappresentare l’oggetto - la res - del “furto”, non l’identità come tale.

Proprio le difficoltà sorte nel definire l’“acquisizione abusiva” dell’identità digitale, ha portato il legislatore a fare riferimento, in settori extra penalistici, alla nozione di «impersonificazione», definita dall’art. 30-bis del d. lgs. 141/2010. Anch’essa, però, ammesso che possa costituire un utile parametro ermeneutico di ordine sistematico, appare inidonea a chiarire la distinzione, introdotta dal legislatore penale, fra “furto” e “utilizzo indebito”.

Nemmeno la condotta di “indebito utilizzo” è, infatti, di facile interpretazione. Se l’identità

digitale costituisce un profilo abilitativo “personale” per la fruizione di (o l’accesso a) determinati spazi informatici o servizi nel Cyberspace – vale a dire attraverso i sistemi informatici ed Internet - il suo “utilizzo” appare confondersi con il “trattamento” di dati personali, di cui al Codice privacy (d.lgs. 196/2003, come modificato dal citato d.lgs. 101/2018 di adeguamento al Regolamento 2016/679/UE, c.d. GDPR).

Potrebbe essere maggiormente coerente con le intenzioni del legislatore richiamare la distinzione tra unauthorized access (accesso non autorizzato a sistemi altrui / possesso non autorizzato di dati altrui) e unauthorized use (uso non autorizzato di dati altrui lecitamente posseduti) e, dunque, la nozione di «sostituzione dell’identità digitale» ne rappresenterebbe generalmente l’effetto o la conseguenza.

Seguendo questa impostazione ermeneutica il «furto» dovrebbe essere interpretato alla stregua di un’appropriazione illecita dell’identità digitale altrui (o delle sue “componenti” essenziali come, ad es., nome utente e password), mentre l’«indebito utilizzo» dovrebbe essere inteso quale “uso abusivo” dell’identità digitale.

*b. L’assenza di una definizione di “identità digitale”*

In ogni caso, pur tentando con estrema difficoltà, con riferimento alle condotte tipiche, di fornire soluzioni interpretative nei limiti imposti dal divieto di estensione analogica in malam partem, rimane irrisolto il problema definitorio dell’ «identità digitale», quantomeno ai fini penali, che potrebbe essere intesa, da un lato, in senso più o meno restrittivo, ossia quale “profilo abilitativo”, “profilo riconoscitivo” o “credenziale di autenticazione”; dall’altro lato, potrebbe essere ricondotta nell’ambito del più complesso sistema di protezione dei “dati personali”.

*c. Il bene giuridico protetto*

Un’ulteriore questione che fa emergere l’incriminazione del “furto o indebito utilizzo di identità digitale” è rappresentata dalla sua collocazione sistematica (al comma 3 dell’art. 640-ter c.p.), vale a dire quale ipotesi aggravata di frode informatica.

Sia che la si qualifichi quale mera circostanza aggravante, sia che si voglia parlare di autonomia ipotesi di reato, né la condotta di “furto”, né quella di “indebito utilizzo” di identità digitale potrebbe da sola assumere rilevanza penale, essendo questa condizionata alla sussistenza anche di tutti gli altri elementi del “fatto” richiamato comunque dal comma 3, che determina, anche sul piano del contenuto dell’offesa tipica, la sua dimensione strettamente patrimoniale connotata dagli eventi consumativi dell’altrui danno con ingiusto profitto per sé od altri.

Appare evidente che la discussione sul bene giuridico protetto dall’incriminazione dell’illegitima acquisizione ed/od abusiva fruizione dell’identità digitale altrui non possa invece essere ridotta alla sola tutela del patrimonio, di fronte a fenomeni criminosi ormai estremamente diffusi, che vanno ben oltre le truffe e le frodi informatiche commesse attraverso l’abuso di identità digitale.

Ulteriori e gravi profili d’offesa di diritti anche fondamentali ed interessi meritevoli di protezione (penale) nel Cyberspace sono ravvisabili in tali fenomeni, a partire dalle conseguenze anche psicologiche sofferte dalle vittime<sup>16</sup>, fino all’eventuale pregiudizio all’onore ed alla reputazione subito dalla persona offesa<sup>17</sup>, in ogni caso potendo essere coinvolte lesioni alla sfera più intima della riservatezza e dell’autodeterminazione informativa<sup>18</sup>, accanto a profili di sicurezza e di certezza nel traffico giuridico informatizzato, di interesse di tutta la collettività nell’attuale dimensione globale della Rete.

---

<sup>16</sup> Si pensi all’abuso di identità digitale che comporti il caricamento, su canali personali di social media o social network, di video a sfondo sessuale che vedono come protagonista la persona offesa.

<sup>17</sup> Si pensi alle ipotesi di abuso di identità digitale con cui vengono caricati, ad es. sul profilo personale di Facebook, frasi offensive, ovvero post con contenuti razzisti o aventi ad oggetto diverse forme di apologia.

<sup>18</sup> Si fa riferimento ai casi in cui l’abuso dell’identità digitale comporta l’accesso a spazi informatici riservati, contenenti dati personali, se non intimi o segreti.

## 5.2. Proposte di riforma

### L'identità digitale (ID)

Ai fini dell'introduzione di una definizione di identità digitale (postea: ID) ai fini penali è opportuno, preliminarmente, delinearne i tratti caratteristici sul piano tecnico-informatico.

#### a. Oggetto dell'ID

L'ID "rappresenta" un soggetto, persona fisica o giuridica, ovvero un *device*, un applicativo o un sistema (postea: *user*) nelle interrelazioni che si realizzano nel *cyberspace* o, più in generale, nel contesto tecnologico, nell'ambito dei rapporti uomo-macchina e macchina-macchina nella comunicazione mediata dal *computer* [*computer mediated communication* (CMC)].

#### b. Le funzioni dell'ID

L'ID nella CMC svolge diverse funzioni.

##### b.I. La funzione identificativa

L'ID ha anzitutto lo scopo di identificare in modo univoco l'*user* nelle CMCs, ovvero nei rapporti anzidetti, attraverso l'attribuzione di credenziali o profili riconoscibili dal sistema informatico (inteso in tutte le sue componenti *hardware* e *software*), ovvero tramite l'incorporazione di caratteristiche di riconoscimento personale.

##### b.II. La funzione autenticativa

L'ID consente di attivare un processo di autenticazione da parte del sistema, che riconosce in tal senso l'*user* quale soggetto legittimato ad accedere e ad operare attraverso le sue risorse (c.d login). b.III. La funzione autorizzativa e di controllo

L'*user*, una volta autenticato, è autorizzato a svolgere determinate operazioni o ad accedere ad aree informatiche sulla base di diversi profili di autorizzazione attribuiti dal titolare del sistema o dal sistema medesimo.

#### c. Gli "strumenti" dell'ID

L'*user* può essere identificato attraverso l'attribuzione di credenziali identificative, abilitative e autorizzative di diverso tipo: nome utente e *password*, tessere magnetiche, *smart card*, informazioni biometriche (iride, impronta digitale, impronta vocale, riconoscimento del volto), codici binari o identificativi di *device* (ad esempio anche il semplice *IP address* potrebbe consentire e autenticare l'accesso, nonché l'utilizzo di determinati sistemi in base al riconoscimento del *device* o della rete di "provenienza"), combinazioni multi-fattoriali (ad es. *smart card* e impronta digitale). Si pensi, per

ipotesi, anche alla Carta d'identità elettronica italiana e alla Carta nazionale dei servizi, che costituiscono strumenti di autenticazione previsti dal Codice dell'Amministrazione Digitale per l'accesso ai servizi web erogati dalle Pubbliche Amministrazioni.

### Proposta di formulazione di una nuova fattispecie penale

#### a. Collocazione sistematica

Abrogazione del co. 3 dell'art. 640 ter c.p.

Introduzione, a chiusura della nuova Sezione VI, dedicata ai "Delitti contro la riservatezza e la sicurezza informatica" (del Capo III del Titolo XII), di un nuovo autonomo delitto denominato:

**Abuso di identità digitale**, avente la seguente:

#### b. Formulazione tecnica

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque senza autorizzazione crea o procura

per sé o per altri, ovvero utilizza, riproduce, comunica, consegna, cede a qualsiasi titolo, mette a disposizione del pubblico o diffonde dati, informazioni, programmi, ovvero ogni altro applicativo, che consentono di rappresentare un'identità digitale, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa fino a quindicimila euro.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo non ricorrano taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo, terzo e quarto comma dell'art. 615-ter c.p., o nei casi in cui il fatto riguardi una rilevante quantità o un rilevante numero di identità digitali.

Ai fini della legge penale si intende per identità digitale qualsiasi dato, informazione, codice, programma, applicativo o supporto, anche in combinazione fra di loro, che consentano l'individuazione, il riconoscimento o l'autenticazione di una persona fisica o giuridica nella interazione con i sistemi informatici o telematici ovvero per l'accesso ad essi o per la fruizione di servizi o funzioni tramite essi offerti».

c. Sintesi delle motivazioni e bene giuridico protetto

La formulazione proposta permette di superare le criticità evidenziate con riferimento alla previsione attuale relegata all'ipotesi aggravata di frode informatica. L'identità digitale è definita, ai fini della legge penale, quale entità immateriale, che comprende molteplici connotazioni e contenuti tecnici (dati, informazioni, programmi, supporti), i quali non necessariamente integrano o sono assorbiti nella nozione di "dato personale" ai sensi del Regolamento 2016/679/ UE (GDPR), perché possono riferirsi anche ad un mero "dispositivo".

In secondo luogo, la precisa individuazione delle condotte penalmente rilevanti consente, da un lato, di evitare le insidiose difficoltà ermeneutiche che nascono nell'interpretazione dei concetti di "furto" e di "indebito utilizzo" e, dall'altro lato, di tenere distinta la tutela penale dell'identità digitale dalla disciplina dei dati personali, con cui potrebbe rischiare altrimenti di confondersi.

In terzo luogo, la tutela penale dell'identità digitale assume rilevanza autonoma, non più limitata alla dimensione patrimoniale della frode informatica, rispondendo alle attuali esigenze di protezione da fenomeni criminosi ormai estremamente diffusi, che recano offesa a diritti fondamentali della persona e ad ulteriori interessi meritevoli di tutela penale nel *cyberspace*: dalla sfera più intima della riservatezza personale all'autodeterminazione informativa, dalla sicurezza e certezza nel traffico giuridico informatizzato, all'interesse di tutta la collettività all'identificazione corretta dei soggetti che operano nell'attuale dimensione globale della Rete.

Con riferimento all'aspetto sanzionatorio, la natura e gravità della pena detentiva si allinea a quella dei delitti collocati nella Sezione in questione, prevedendosi anche una pena pecuniaria congiunta, data la rilevanza anche economica che potenzialmente o concretamente riveste il reato. Alla luce della nuova formulazione e collocazione sistematica, è comunque configurabile un concorso con altri reati, a partire da quello con la frode informatica di cui all'art. 640-ter c.p., nel cui ambito è oggi restrittivamente collocata.

## **TESTO SINTETICO DELL'ARTICOLATO PROPOSTO**

### **[CAPO III DEI DELITTI CONTRO LA LIBERTÀ INDIVIDUALE]**

#### **SEZIONE VI DEI DELITTI CONTRO LA RISERVATEZZA E LA SICUREZZA INFORMATICHE**

##### **Accesso non autorizzato ad un sistema informatico**

**[I]** Chiunque accede senza autorizzazione o eccedendone i limiti ad un sistema informatico o ad una sua parte è punito con la reclusione fino a tre anni.

**[II]** La pena è della reclusione da uno a cinque anni:

1) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o con abuso della qualità di amministratore od operatore di sistema;

2) se il colpevole commette il fatto mediante interferenze informatiche;

3) se il fatto è commesso nell'ambito di una associazione per delinquere.

**[III]** Qualora i fatti di cui ai commi primo e secondo riguardino sistemi informatici di pubblica utilità o di una infrastruttura critica, la pena è, rispettivamente, della reclusione da uno a cinque anni e da tre a otto anni.

**[IV]** Nel caso previsto dal primo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa; negli altri casi si procede d'ufficio.

##### **Produzione e diffusione abusiva di codici di accesso ad un sistema informatico**

**[I]** Fuori dai casi previsti dall'articolo precedente, chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente produce, procura per sé o per altri, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, *password*, dati informatici o altri mezzi idonei all'accesso abusivo ad un sistema informatico, è punito con la reclusione sino a due anni e con la multa sino a euro 10.329.

**[II]** La pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da euro 5.164 a euro 15.492 se ricorre taluna delle circostanze di cui al secondo e terzo dell'art. 615-ter c.p.



### **Violazione della riservatezza, disponibilità ed integrità delle comunicazioni informatiche**

Chiunque abusivamente intercetta, si procura, rende indisponibile ai legittimi destinatari od altera comunicazioni informatiche a lui non dirette o comunque a lui non rese disponibili da chi ha diritto di disporne, che abbiano un contenuto riservato, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da uno a tre anni.

Chiunque abusivamente rivela, diffonde o rende comunque accessibile a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, in tutto od in parte il contenuto delle comunicazioni informatiche di cui al primo comma, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da uno a quattro anni.

Agli effetti della legge penale, per comunicazioni informatiche si intendono quelle effettuate con ogni mezzo o tecnica di trasmissione a distanza, compresa la condivisione, riproduzione o messa a disposizione di dati informatici, che rappresentino scritti, voci, suoni, immagini anche in movimento o altri contenuti che abbiano rilevanza per la comunicazione fra persone fisiche, giuridiche, enti e sistemi informatici.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

#### **Danneggiamento di dati informatici**

[I] salvo miglior formulazione: [Artt. 635-bis e 635-quater c.p.]

#### **Danneggiamento di sistemi informatici**

[I] salvo miglior formulazione: [Artt. 635-ter e 635-quinquies c.p.]

#### **Interferenze non autorizzate in ambito informatico**

Agli effetti della legge penale, si considerano equivalenti alla violenza sulle cose, le interferenze non autorizzate in ambito informatico, consistenti nell'abusiva alterazione, modificazione, cancellazione, soppressione, introduzione o trasmissione di dati informatici o nel renderli altrimenti indisponibili, ovvero nell'impedire o ostacolare gravemente il funzionamento di un sistema informatico.

#### **Produzione e diffusione abusiva di dispositivi idonei a danneggiare dati o sistemi informatici**

[I] Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, allo scopo di danneggiare senza autorizzazione dati o sistemi informatici, abusivamente produce, procura per sé o per altri, riproduce, importa, diffonde, comunica, consegna o mette a disposizione di altri dispositivi, programmi informatici o altri mezzi idonei a danneggiarli, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa sino a euro 10.329.

[II] La pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da euro 5.164 a euro 15.492 se ricorre taluna delle circostanze di cui al secondo e terzo dell'art. 615-ter c.p.

### **Abuso di identità digitale**

[I] Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque abusivamente crea o procura per sé o per altri, ovvero abusivamente utilizza, riproduce, diffonde, comunica o consegna dati o programmi che consentono di rappresentare un'identità digitale altrui, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa fino a quindicimila euro. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo non ricorrano taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo, terzo e quarto comma dell'art. 615-ter c.p.

[II] Ai fini della legge penale si intende per identità digitale qualsiasi dato, informazione, codice, programma, applicativo o supporto che consentano l'individuazione, il riconoscimento o l'autenticazione di una persona fisica o giuridica, ovvero di un qualsiasi dispositivo per la interazione con un programma, una banca dati od un sistema informatico, o per l'accesso ad essi ovvero per la fruizione di servizi o funzioni da essi offerti.

## **REATI CONTRO IL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA**

*Stefano Fiore*

### ***Sezione I - I reati contro la riservatezza della vita privata***

**Art.**

#### ***Violazione di domicilio***

Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in altri luoghi non aperti al pubblico e stabilmente destinati dal titolare allo svolgimento di atti della vita privata, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione da (sei mesi a due anni).

Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

La pena è da (uno a quattro anni), e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato o ricorre ad altra forma di intimidazione.

**Art.**

#### ***Violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale***

Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni s'introduce o si trattiene nei luoghi indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione da (uno a quattro anni).

Se l'abuso consiste nell'introdursi nei detti luoghi senza l'osservanza delle formalità prescritte dall'articolo precedente la pena è della reclusione fino a (un anno).

Nel caso previsto dal secondo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa.

**Art.**

#### ***Interferenze illecite nella vita privata***

Chiunque, mediante l'uso di strumenti di captazione, registrazione o trasmissione audiovisiva, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614 o in altri luoghi privati destinati, anche temporaneamente, ad assicurare la riservatezza, è punito con la reclusione da (sei mesi a due anni).

La pena è della reclusione da (uno a tre anni) se il colpevole invia, consegna, cede, pubblica, diffonde mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico o rende comunque accessibile a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete le notizie o le immagini indicate nella prima parte.

Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi:

- 1) essendosi procurato le notizie o immagini indicate nella prima parte con modalità clandestine o fraudolente diverse da quelle previste nel primo comma, le invia, consegna, cede, pubblica, diffonde mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico o le rende comunque accessibili a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete;
- 2) avendo ricevuto o comunque acquisito le notizie o immagini indicate commi precedenti

le invia, consegna, cede, pubblica, diffonde mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico o le rende comunque accessibili a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete.

La pena per i reati di cui ai commi 2 e 3 è della reclusione da (un anno e sei mesi a quattro anni) se le notizie o le immagini attengono alla sfera sessuale o la loro conoscenza è idonea a ledere la reputazione della persona a cui si riferisce.

I delitti sono punibili a querela della persona offesa. Si procede tuttavia d'ufficio se taluno dei fatti previsti nei commi precedenti è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato; in questi casi la pena è della reclusione da (uno a quattro anni) per i fatti previsti ai commi 1, 2 e 3 e da (due a cinque anni) per quello previsto al comma 4.

Art.

*Rivelazione o diffusione di riprese e registrazioni fraudolente*

Chiunque rivela, diffonde con qualsiasi mezzo o rende comunque accessibile a terzi, in tutto od in parte, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, riprese video o registrazioni audio, fraudolentemente effettuate, di incontri privati o di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolti in sua presenza o con la sua partecipazione, è punito con la reclusione (fino a 2 anni).

La stessa pena si applica a chi, avendo ricevuto a qualsiasi titolo le riprese o le registrazioni di cui al primo comma, le rivela, diffonde con qualsiasi mezzo o rende comunque accessibile a terzi, in tutto od in parte, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete.

La pena è della reclusione (da uno a tre anni) se il fatto risulta concretamente idoneo a ledere l'altrui dignità o reputazione.

Ai fini dell'applicazione di questo articolo non rientra nella condotta di rivelazione l'utilizzazione delle riprese o delle registrazioni di cui ai commi precedenti in un procedimento amministrativo o giudiziario, quando essa risulta funzionale all'esercizio del diritto di difesa o alla tutela dei propri diritti o interessi legittimi.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

***Sezione II - I reati contro la riservatezza delle comunicazioni***

Art.

*Violazione della riservatezza, disponibilità ed integrità delle comunicazioni.*

Chiunque, mediante l'uso di strumenti di intercettazione, captazione, registrazione o altro mezzo fraudolento, si procura o acquisisce il contenuto di comunicazioni, che abbiano carattere riservato e natura personale, a lui non dirette o comunque a lui non rese disponibili da chi ha diritto di disporre ovvero sottrae alla disponibilità dei legittimi destinatari tali contenuti o li distrugge è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da (sei mesi a due anni).

La pena è della reclusione da (uno a tre anni) se il colpevole rivela, diffonde o rende comunque accessibile a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, in tutto od in parte il contenuto delle comunicazioni di cui al precedente comma.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, alla stessa pena prevista nel comma precedente soggiace: 1) chi avendo acquisito o ricevuto a qualsiasi titolo il contenuto delle comunicazioni indicate ai commi precedenti lo rivela, diffonde o rende comunque accessibile a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, in tutto od in parte; 2) chi

forma falsamente o altera il contenuto di una comunicazione tra quelle di cui al primo comma, qualora ne faccia uso o lascia che altri ne faccia uso al fine di trarne profitto per sé o per altri o di cagionare un danno.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, tuttavia si procede d'ufficio se il fatto è commesso con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizi.

Art.

*Installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telefoniche (o telegrafiche)*

Chiunque, fuori dai casi consentiti dalla legge, al fine di intercettare o impedire comunicazioni tra altre persone, installa o fa installare apparati, strumenti, programmi informatici in modo idoneo a realizzare tale scopo è punito con la reclusione (fino a un anno).

### ***Norme comuni***

Art.

*Circostanze aggravanti*

La pena è aumentata se taluno dei reati previsti in questa sezione è commesso:

- 1) dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio abusando dei poteri o in violazione di doveri inerenti alla funzione svolta;
- 2) da chi svolge anche abusivamente la professione di investigatore privato;
- 3) da chi, in ragione dell'incarico, dell'attività, del servizio svolto ha accesso alle comunicazioni altrui o è addetto alla loro conservazione o protezione.

Art.

*Comunicazioni*

Agli effetti delle disposizioni di questa sezione, per comunicazioni s'intendono quelle epistolari, telegrafiche, telefoniche, informatiche ovvero effettuate con ogni mezzo o tecnica di trasmissione a distanza, compresa la condivisione, riproduzione o messa a disposizione di dati in rete, che rappresentino scritti, voci, suoni, immagini anche in movimento o altri contenuti che abbiano valore comunicativo fra persone fisiche o giuridiche



## **REATI CONTRO IL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA**

*Stefano Fiore*

### **Sistematica codicistica ed esigenze di riclassificazione**

L'interprete che si accosta alle fattispecie contenute nelle sezioni IV (reati contro la inviolabilità del domicilio) e V (l'inviolabilità dei segreti) del Capo III, Titolo XII deve fare preliminarmente i conti con gli effetti distorsivi e spiazzanti, che al pari di quanto accaduto in altri (in tanti) settori del singolare organismo che ancora identifichiamo con il nome di codice Rocco, sono stati generati dalla miscela di anacronismi, meccanismi evolutivi e mutazioni genetiche indotti dai fattori esogeni ed endogeni più diversi. L'ingombrante e in una certa misura 'spuria' presenza del consistente gruppo dei reati informatici, offre l'immagine più chiara di questa difficoltà e della conseguente necessità di compiere uno sforzo ricostruttivo 'aprescindere' dalla sistematica corrente, percorso di certo non inusuale per gli interpreti del codice vigente.

Non potendo dunque affidarsi alla sistematica codicistica, da approcciare invece con prudenza quando non con diffidenza, l'interprete ha ovviamente difficoltà a dotarsi delle chiavi di accesso necessarie a 'sbloccare' i contenuti normativi in sede applicativa. E la difficoltà permane anche allargando lo sguardo. L'area dei *reati contro la persona*, infatti, in ragione della sua estrema articolazione e della sua naturale vocazione dinamica ed evolutiva, si è nel tempo particolarmente affollata, attirando al suo interno le istanze più diverse e ciò è avvenuto senza neanche forzare troppo il dato normativo e sistematico. In realtà è stato normalmente sufficiente utilizzare il *passé-partout* personalistico per consentire l'accesso a vastissime e differenziate aree di tutela oppure percorrere alcune delle direttrici valoriali che del principio personalistico rappresentano dirette derivazioni (si pensi, tra tutte, alla 'dignità'). La sotto-area della quale qui ci occupiamo, d'altra parte, anche da questo punto di vista fornisce solo la ulteriore, certo marginale, ma chiara conferma di una situazione già variamente ed esaustivamente rappresentata.

E invero, il punto iniziale non è tanto quello di stabilire appartenenze ed estraneità delle varie incriminazioni ad un'area di tutela costruita attorno alla persona e all'esercizio delle libertà fondamentali, perché, se da un lato è evidente che i fatti incriminati dalle fattispecie qui considerate interferiscono in un modo o nell'altro con la dimensione personale, dall'altro, questo non significa nulla (o comunque non molto), proprio per l'estensione penalistica assunta da quest'area e la sua pressoché illimitata potenzialità espansiva, qualità che sembra prevalere su eventuali virtù *contentitive* dei criteri di ripartizione interna (in questo caso 'la libertà individuale' e le sue molteplici forme di espressione). Una tale e poco incoraggiante situazione di partenza impone cautela e richiede scelte razionali, orientate all'efficienza, guidate da consapevolezza sistematica e assistite da adeguate conoscenze empiriche. Niente che abbia a che fare con la situazione attuale, dunque.

La tutela penale contenuta nelle sezioni del codice qui considerate ruota attorno ai concetti di *domicilio*, *vita privata* (invero non espressamente presente tra gli oggetti tutelati) e *segreto*. Questo terzetto potrebbe per certi versi apparire come una sorta di progressione, per altri versi invece potrebbe indicare un lavoro di specificazione, per altri ancora invece la sottolineatura di una distinzione. La prima lettura è forse più suggestiva, ma la terza sembra decisamente più fondata nell'ottica del codice vigente.

Se questa conclusione è esatta, essa già ci dice qualcosa ai fini della nostra analisi e cioè che

gli oggetti tutelati all'interno dell'area alla quale il codice vigente li assegna non sono necessariamente da intendere come l'esito della scomposizione di un oggetto unico, anche se certamente la loro tutela dovrebbe complessivamente risultare coerente con strategie politico-criminali univoche e perciò riconoscibili.

Dando uno sguardo agli altri ordinamenti europei troviamo invero una discreta varietà di combinazioni, semantiche e descrittive, sia per la identificazione dei criteri di ripartizione sistematica, sia per quel che riguarda la 'distribuzione' tra le varie fattispecie dei fatti iscritti in un'area di offesa tendenzialmente corrispondete a quella che stiamo considerando e che nel nostro ordinamento trovano collocazione (a volte incerta) sotto le fattispecie che compongono le sezioni IV e V, capo III, Titolo XII del codice vigente. Facendo una comparazione un po' all'ingrosso, in molti codici europei l'area delittuosa che stiamo esaminando coincide tendenzialmente con quella disegnata da ampie fattispecie 'contenitore' che, magari attraverso riferimenti multipli nelle rubriche, tengono insieme modalità aggressive anche assai diversificate, ma fondamentalmente riconducibili alla presenza di una forzatura - violenta, fraudolenta o clandestina - della dimensione privata, il cui accesso è regolato esclusivamente dalla scelte individuali, compresa quella estrema che comporta la esclusione assoluta di ogni conoscenza o interferenza.

Non è ad esempio infrequente che fatti di *indiscrezione*, riconducibili al nostro art. 615 *bis* c.p., nei codici stranieri condividano invece la medesima sede tipica con fatti che il codice italiano vigente assegna alle norme poste a tutela dei 'segreti' (quest'ultima è d'altra parte la sotto-area di tutela esposta alla più ampia variabilità). Ci sono tuttavia buone ragioni per guardare con tendenziale sfavore all'utilizzo di norme fondate più sulla comune *ratio* di incriminazione che non sulla omogeneità del disvalore che i fatti presentano in astratto. Essendo disponibili in questo caso criteri di ripartizione non artificiali, ma legati alla diversità degli oggetti aggrediti e del loro (diseguale) rapporto con l'interesse tutelato, appare invero preferibile distinguere. Una più chiara ripartizione consente peraltro di fissare con maggiore precisione anche i confini di rilevanza 'interni', per così dire, delle diverse fattispecie, là dove, invece, le norme casisticamente troppo 'accoglienti' tendono a spalmare in maniera indistinta una sorta di disvalore medio su fatti anche assai diversi tra di loro.

La disomogeneità del quadro comparativo e la inaffidabilità di quello interno portano in primopiano la non evitabile questione del *bene giuridico di categoria* o quanto meno della ricerca di un criterio unificatore, di una chiave di lettura unitaria della tutela penale che attualmente si colloca e si svolge nelle sezioni IV e V del Capo III.

È noto a tutti come sia diffusa, ma anche contrastata, l'idea che il concetto di *riservatezza* possa essere utilmente adoperato per condurre un tentativo di unificazione, prestandosi effettivamente quel concetto a essere declinato sui diversi versanti lungo i quali le scelte codicistiche già oggi - nonostante la segnalata confusione - collocano le fattispecie e dunque anche la nostra analisi.

Nonostante la ricordata presenza di alcune riserve, la proposta di utilizzare la *riservatezza* come catalizzatore della tutela in questo settore - scelta a suo tempo fatta propria anche dalla commissione Pagliaro - ci trova fondamentalmente d'accordo, presentando, a nostro avviso, più pregi che difetti e potendo peraltro contare su fondamenta normative solide sia a livello costituzionale, che sul piano delle fonti sovranazionali.

E invero, nell'area di tutela considerata, il concetto di *riservatezza* è quello che più di altri e meglio di altri ha saputo nel tempo assumere una 'identità' tale da renderlo immediatamente riconoscibile e anche per questo presenta una indubbia attitudine a polarizzare un universo valoriale che nel tempo è divenuto patrimonio comune degli ordinamenti nazionali e anche di quelli sovranazionali. Il diritto alla *riservatezza* è stato invero oggetto di approfondita elaborazione da parte sia delle Corti nazionali (anche costituzionali), che di quelle sovranazionali, in virtù della sua stabile presenza nelle carte dei diritti e questa solida identità rende in prospettiva



meno difficile scrivere norme, riducendo in particolare il rischio degli eccessi definitivi o peggio del cedimento a derive casistiche, perché nella fase di adattamento interpretativo delle norme alla fenomenologia reale si può contare sulla 'guida' di un concetto forte e allo stesso tempo già raffinato, grazie alla sua elaborazione anche applicativa. La riservatezza, in altri termini, in un settore dove le dinamiche di bilanciamento riguardano con frequenza interessi disomogenei, sembra garantire, insieme a punti di riferimento certi e stabili sul piano normativo, anche spazi di valutazione dotati di adeguata capacità di conformarsi all' realtà.

Si potrebbe aggiungere che si tratta di una strada già seguita in altri codici europei, ma, come accennato, il panorama degli ordinamenti continentali sul punto non è particolarmente omogeneo, sia per la presenza di soluzioni decisamente non allineate con questa opzione, sia perché comunque anche i codici stranieri più recenti scontano una crisi di adattamento alla rapida evoluzione degli oggetti di tutela e dei contesti materiali entro i quali assicurare quella tutela.

Benché la impostazione che privilegia il riferimento alla riservatezza per indirizzare in maniera univoca la tutela penale sia forse in parte condizionata da quella logica, alla quale si faceva riferimento prima, che costringe l'interprete del codice italiano vigente a ricomporre *ex post* le schegge impazzite prodotte dagli scomposti movimenti legislativi del nostro ultra ottuagenario ma ancora arzilla codice penale, l'ancoraggio alla riservatezza appare tutto sommato quello più adatto a segnare i confini 'modali' dell'area di tutela nella quale sono collocate le incriminazioni poste (oggi) a tutela del *domicilio* (, della *vita privata*) e dei *segreti*.

Nonostante le obiezioni che, assai autorevolmente, sono state mosse ad una soluzione del genere e la non irrilevanza di alcune puntualizzazioni (terminologiche e di contenuto), affidare alla riservatezza, quindi ad una entità di valore sicuramente dotata di una chiara riconoscibilità all'interno dell'ordinamento, nazionale e sovranazionale, un ruolo guida nella costruzione dell'area di offesa alla quale assegnare rilevanza penale, appare essere una soluzione che può adeguatamente soddisfare - già adesso - le essenziali esigenze di (primo) orientamento interpretativo affidate alla sistematica codicistica.

È chiaro poi che le categorizzazioni hanno un'attitudine esplicativa comunque limitata e che spetta al legislatore definire un'area di offesa tipica riferita alle diverse sottocategorie e anche alle singole fattispecie, tale da consentire all'interprete di individuare e praticare le corrette opzioni interpretativo-applicative nella fase della sussunzione del fatto concreto nel tipo astratto.

L'adozione di questa soluzione - già adesso, come si accennava - ha però un ulteriore pregio. Essa, infatti, consente di agganciare saldamente la tutela penale codicistica al resto dell'ordinamento. Il diritto alla riservatezza, con le sue articolazioni, le diverse angolazioni della sua rilevanza e la corrispondente varietà delle possibili aggressioni e dunque delle tutele da apprestare, ha ormai consolidato una stabile presenza all'interno del nucleo forte dei diritti fondamentali, dove è stato sospinto dalla consapevolezza di quali sono i 'costi' che l'esercizio dei diritti (e la democrazia) rischiano di pagare per la perdita del controllo individuale sui datici che definiscono la nostra individualità, i rapporti interindividuali e i modi del nostro rapporto con le comunità di appartenenza.

La logica sussidiaria impone certamente di perseguire una efficace delimitazione della tutela penale in un settore peraltro fortemente esposto non solo alle variabili soggettive (essendo assai diseguale il grado di esposizione dell'oggetto tutelato), ma anche sottoposto alla pressione di dinamiche di contesto estremamente condizionanti. L'aggressione tecnologica, rappresenta ovviamente un enorme fattore di rischio, ma offre anche formidabili possibilità di difesa e la sua accettazione, peraltro foriera di vantaggi per i singoli e per la collettività, non può che essere letta come una sorta di consapevole autoesposizione al pericolo e questa circostanza evidentemente non può essere irrilevante rispetto alla fissazione delle soglie dell'intervento penale e alla sua severità.

C'è infine anche un altro aspetto del quale bisognerebbe tenere conto e che invece appare

piuttosto sbiadito negli orizzonti legislativi, che raramente mostrano un'adeguata sensibilità al tema delle interazioni sistematiche e il più delle volte si limitano a rilevare solo quelle più ravvicinate, senza seguire l'allargarsi dei cerchi provocati dai sassi normativi lanciati nelle acque spesso stagnanti del nostro ordinamento.

Si tratta ovviamente di un discorso complesso, che non può certo essere svolto in questa sede, ma quel che di certo sappiamo è che, nonostante la sua ovvietà, la consapevolezza sistematica non sempre filtra nel lavoro di interpretazione e normalmente è del tutto assente o assai precariamente presente in quello legislativo. Appare dunque indispensabile ricordare sempre al legislatore attuale e a quello futuro - pur sapendo di restare probabilmente inascoltati - che *qualcosa* accade sempre spostando (non solo i mobili nella stanza) ma anche le pedine sulla scacchiera.

La tutela della riservatezza si svolge su piani molteplici e si sviluppa su direttrici diverse e a volte separate, per cui, ad esempio, è sicuramente necessario distinguere a seconda che il problema sia riguardato dal punto di vista della possibilità di una lecita ingerenza dei pubblici poteri oppure da quello che considera le aggressioni da parte di privati o comunque quelle non riconducibili all'esercizio di quei poteri, ma è altrettanto ovvio che anche la prima questione, è condizionata dal modo in cui si definisce l'area della tutela penale.

Bisognerebbe allora essere fortemente miopi o guardare volutamente altrove per non comprendere che il bilanciamento tra gli interessi processuali che fondano la possibilità di effettuare le diverse forme di captazione autorizzabili nel corso delle indagini e gli interessi cheda quelle attività risultano sacrificati, dipende anche da che cosa mettiamo su questo piatto della bilancia quando definiamo la riservatezza delle comunicazioni come oggetto della tutela penale.

L'obiettivo dovrebbe dunque essere quello di identificare un nucleo della vita privata ("*Kernbereich privater Lebensgestaltung*" oppure se preferite "*core area of private life*") che deve essere rigorosamente preservato, innalzando il livello delle garanzie che lo circondano e lo proteggono e sulla cui identificazione il diritto penale o meglio la tutela che esso è in grado di offrire devono essere in grado di dare indicazioni sufficientemente precise e univoche. Ciò non significa che '*core area*' e area della tutela penale debbano per forza coincidere: la prima richiede una particolare e ulteriore elevazione degli standard di tutela, soprattutto come garanzia dalla invadenza dei pubblici poteri, ma è chiaro tuttavia che un legislatore che abbia minimamente a cuore la coerenza del sistema e la sua efficienza dovrebbe operare con la consapevolezza che le scelte fatte in un'area del sistema dove si colloca la tutela penale codicistica sono dotate di una valenza simbolica privilegiata (e oggi rafforzata dalla presenza della riserva, sia pur relativa, di codice) e assumono dunque un valore del tutto peculiare nel definire gli assetti ordinamentali più complessivi degli oggetti di volta in volta interessati dall'intervento.

A una rinnovata sistematica dovranno naturalmente corrispondere incriminazioni non solo coerenti con i valori che vengono scelti come aggregatori della tutela, ma anche capaci di interpretare la realtà all'interno delle cui dinamiche le fattispecie e la loro applicazione si troveranno ad operare. Questo comporta la necessità che si proceda a una opera, tanto ovvia quanto indispensabile, di ammodernamento delle fattispecie incriminatrici, comprensiva di una razionalizzazione fatta anche di molti 'tagli' (per ragioni di obsolescenza o di sussidiarietà), che compensano ampiamente i limitati, ma necessari nuovi ingressi. Nell'elaborare le proposte, particolare attenzione è stata posta all'esigenza di delimitare l'area del penalmente rilevante in maniera conforme ad esigenze di offensività e sussidiarietà, attraverso l'utilizzo nelle fattispecie di filtri selettivi della tipicità, per quanto possibile precisi e univoci.

## 1. La riforma dei reati contro la riservatezza della vita privata

### 1.1 Violazione di domicilio

<p>Attuale formulazione</p> <p>Art. 614 - Violazione di domicilio Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione da uno a quattro anni.</p> <p>Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno.</p> <p>Il delitto è punibile a querela della persona offesa.</p> <p>La pena è da due a sei anni, e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato.</p>	<p><b>Proposta di riforma</b></p> <p>Violazione di domicilio Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in altri luoghi <b>non aperti al pubblico e stabilmente destinati dal titolare allo svolgimento di atti della vita privata</b>, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione da (sei mesi a due anni).</p> <p>Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno.</p> <p>Il delitto è punibile a querela della persona offesa.</p> <p>La pena è da (uno a quattro anni) e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato <b>o ricorre ad altra forma di intimidazione.</b> [Il tentativo è punibile]</p>
---	--

<p>Attuale formulazione</p> <p>Art. 615</p> <p>Violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale</p> <p>Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni s'introduce o si trattiene nei luoghi indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.</p> <p>Se l'abuso consiste nell'introdursi nei detti luoghi senza l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge la pena è della reclusione fino a un anno</p>	<p>Proposta di riforma</p> <p>Articolo ...</p> <p>Violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale</p> <p>Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni s'introduce o si trattiene nei luoghi indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione da (uno a <b>quattro</b> anni).</p> <p>Se l'abuso consiste nell'introdursi nei detti luoghi senza l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge la pena è della reclusione (fino a un anno).</p>
--	--

Nel caso previsto dal secondo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa.	Nel caso previsto dal secondo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa.
---	---

### Scheda illustrativa

L'art. 614 c.p. non appare in realtà bisognoso di consistenti modifiche e gli interventi di riscrittura o modifica suggeriti sono limitati essenzialmente a due aspetti (più uno eventuale). Innanzitutto, si è ritenuto di esplicitare nella fattispecie il connotato sul quale si fonda la tutela privilegiata accordata al domicilio e agli altri luoghi che presentano il medesimo carattere funzionale, vale a dire la loro *stabile destinazione allo svolgimento di atti della vita privata*, cristallizzando quindi nella norma il condivisibile approdo interpretativo al quale sono giunte di recente le Sezioni Unite. Nonostante l'avvenuta stabilizzazione interpretativa, è apparso comunque preferibile ed anzi opportuno positivizzare il criterio selettivo, sia per ovvie esigenze di 'precisione', che in considerazione della rilevanza che la relativa nozione assume anche al di fuori dell'art. 614 c.p.

L'esplicita adozione di quel criterio sembra infatti essere soluzione idonea a indirizzare in maniera univoca l'interpretazione senza dover rincorrere scelte di tipo casistico, né irrigidire oltre misura la capacità della norma di adattarsi alla realtà. Si tratta di un filtro selettivo che garantisce sussidiarietà e coerenza con la ridisegnata area di offesa costruita attorno al riferimento alla riservatezza domiciliare, strettamente intesa come proiezione della persona e dunque subordinata alla esistenza di una stabile relazione funzionale che il soggetto istituisce tra la sua vita privata e luoghi determinati. Si ritiene inoltre che la formula proposta (o altra consimile) possa consentire all'interprete di districarsi meglio e con maggiore chiarezza tra le pieghe della variegata casistica, grazie anche alla contestuale soppressione del riferimento, tutt'altro che per spicuo, alle «appartenenze».

Quanto invece alla formula descrittiva della ipotesi aggravata si è ritenuto opportuno integrare la norma, sempre al fine di eliminare dubbi interpretativi, lacune o sperequazioni applicative, inserendo il riferimento alla « *intimidazione* », come modalità esecutiva; benché poi la intimidazione 'armata' sia indubbiamente già contenuta come *species* nel *genus* intimidazione, si è ritenuto utile mantenere l'esplicito riferimento anche a questa peculiare modalità per visualizzare l'ampiezza dello 'spettro di aggravamento' collegato al disvalore di azione, che si presenta comunque abbastanza variabile e corrisponde ad una escursione sanzionatoria significativa.

L'altro aspetto sul quale si ritiene opportuno intervenire è la *misura della pena*. Pur mancando in questa sede i necessari riferimenti sistematici in grado di orientare le scelte sulla dosimetria sanzionatoria, il suggerimento è senz'altro quello di addivenire ad una riduzione della entità delle sanzioni rispetto alle attuali previsioni (oggetto, peraltro, di recente innalzamento).

I motivi sono numerosi. Oltre allo scopo di favorire l'attivazione di meccanismi deflativi e/o di alternativa sanzionatoria per le ipotesi più tenui (in realtà anche oggi possibili almeno per la ipotesi base), su di un piano più generale - e sempre operando in assenza dei necessari riferimenti offerti dal quadro generale che oggi manca - non appare sbagliato attenuare l'enfasi creata attorno alla *sacralità* del domicilio, funzionale a veicolare pericolosi messaggi di stampo securitario, riequilibrando così gerarchie valoriali alterate dalle strumentalizzazioni politiche. D'altra parte, le pene previste negli altri ordinamenti per le corrispondenti ipotesi sono generalmente e spesso sensibilmente più basse (a volte di molto) rispetto a quelle previste dal codice italiano vigente.

Il ridimensionamento delle cornici edittali si fonda anche sulla ulteriore considerazione che le violazioni di domicilio raramente si presentano disgiunte dalla commissione di altri reati,

rispetto ai quali la violazione ha carattere strettamente funzionale. Quando ciò non avviene, i fatti corrispondenti spesso assumono carattere (magari non bagatellare ma) tendenzialmente tenue. Quando invece la violazione del domicilio non esaurisce il quadro penalmente illecito e non è elemento costitutivo o circostanza aggravante di altri reati, essa concorre, il più delle volte nella forma della continuazione, con altri reati 'fine' (per così dire) e dunque il suo disvalore confluisce, nella maggiore parte dei casi, in una valutazione unitaria oppure si somma a quello dell'altro o degli altri reati commessi (in genere più gravi). Ed è invero proprio in questi casi che il disvalore della violazione di domicilio si accentua, convergendo tuttavia nelle dinamiche commisurative concrete che si realizzano attraverso le diverse forme di cumulo sanzionatorio.

Quanto, infine, alla pena prevista per le ipotesi aggravate, si è ritenuto comunque di non divaricare eccessivamente la misura edittale rispetto alla ipotesi base anche al fine di rimanere nell'area applicativa del 131 *bis* c.p., non potendosi escludere che il fatto presenti comunque carattere tenue in particolare con riguardo alle ipotesi in cui il soggetto esercita una limitata violenza sulle cose.

C'è infine la questione della sorte di quelle condotte consistenti nella violazione di altri luoghi privati anche pubblici, certamente non riconducibili alla fattispecie proposta, ma che già oggi emergono frequentemente nella casistica concreta a porre il problema della loro 'censurabilità' anche sul piano penale (si pensi, tra gli altri, agli ingressi non autorizzati nei luoghi dove si svolge l'attività di persone giuridiche o di enti sia privati che pubblici). Si tratta di ipotesi che gli ordinamenti stranieri prendono in considerazione, sia pure in modi e misure molto disomogenei e la cui rilevanza penale è certamente subordinata alla introduzione di una o più fattispecie *ad hoc*, distinte dalla violazione di domicilio e da collocare probabilmente altrove, in quanto questi fatti, se pure devono avere rilevanza penale, non sembrano mettere in gioco la *riservatezza* così come intesa nell'art. 614 c.p. e ancor di più nella norma futura.

Una volta adottato per la violazione di domicilio un esplicito criterio selettivo basato sullo stabile collegamento tra una persona (o più persone) e un luogo che viene destinato allo svolgimento di atti della vita privata, la eventuale tutela penale accordata al diverso interesse a mantenere il controllo sulla fruizione o la disponibilità di un luogo appare in realtà riconducibile ad una logica di tutela più vicina all'area della violenza privata. La loro punizione poi, considerata la tipologia dei fatti - solo strutturalmente analoghi alla violazione del domicilio, ma estranei alla tutela della 'persona' in un senso proprio - potrebbe accontentarsi di sanzioni pecuniarie o addirittura di sanzioni pecuniarie civili. D'altra parte, un 'accesso non autorizzato' in quei luoghi che non sia strumentale alla commissione di altri reati, oltre ad essere raro, non sembra giustificare un intervento penale molto deciso, mancando appunto implicazioni significative per i beni della personalità o beni ad essa funzionali.

Da valutare, infine, l'opportunità di inserire anche una specificazione, riferita al caso in cui i titolari dello *ius excludendi* siano più di uno. La questione, che effettivamente si è posta nell'esperienza applicativa, è probabilmente risolvibile anche interpretativamente, ma potrebbe giovare di un definitivo chiarimento, grazie alla introduzione di una precisazione formulata, ad esempio, nei termini seguenti: «*Nel caso in cui i titolari del diritto di esclusione siano più di uno, è sufficiente il dissenso, espresso o tacito anche di uno solo, purché la destinazione del luogo allo svolgimento di atti della vita privata sia a lui o anche a lui riferibile*».

Non appaiono necessari interventi modificativi della struttura dell'art. 615 c.p., così come sembra opportuno mantenere la sua separazione dalla figura generale dell'articolo precedente in ragione della indubbia peculiarità del disvalore derivante dalla specifica modalità aggressiva, che peraltro si ripercuote anche sugli elementi costitutivi (in particolare, come noto, non è necessario il dissenso del titolare, essendo sufficiente l'abuso). Si potrebbe però allineare la pena massima a quella prevista nel 614 c.p. per le ipotesi più gravi (reclusione da uno a quattro anni).

## 1.2. Interferenze illecite nella vita privata

<p>Attuale formulazione Art. 615 <i>bis</i></p> <p>Interferenze illecite nella vita privata</p> <p>Chiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.</p> <p>Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo.</p> <p><b>I delitti sono punibili a querela della persona offesa; tuttavia, si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.</b></p>	<p>Proposta di riforma Articolo ...</p> <p>Interferenze illecite nella vita privata</p> <p>Chiunque, mediante l'uso di strumenti di <b>captazione, registrazione o trasmissione audiovisiva</b>, si procura (indebitamente) notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614 <b>o in altri luoghi privati destinati, anche temporaneamente, ad assicurare la intimità ed escludere i terzi</b>, è punito con la reclusione da (sei mesi a due anni).</p> <p><b>La pena è della reclusione da (uno a tre anni) se il colpevole invia, consegna, cede, pubblica, diffonde mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico o rende comunque accessibile a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, le notizie o le immagini indicate nella prima parte di questo articolo.</b></p> <p>Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi commette il fatto di cui al comma precedente,</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) essendosi procurato le notizie o immagini indicate nella prima parte con modalità clandestine o fraudolente diverse da quelle previste nel primo comma;</li> <li>2) avendo ricevuto o comunque acquisito a qualunque titolo le notizie o immagini indicate commi precedenti.</li> </ol> <p><b>La pena per i reati di cui ai commi 2 e 3 è della reclusione da (uno a cinque anni) se le notizie o le immagini attengono alla sfera sessuale o la loro conoscenza è idonea a ledere la reputazione della persona a cui si riferisce.</b></p>
--	---

	<p>I delitti sono punibili a querela della persona offesa; tuttavia, si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato</p> <p><b>[Il tentativo è punibile]</b></p>
--	--

### Scheda illustrativa

A differenza dell'art. 614 c.p. la fattispecie che punisce le “*interferenze illecite nella vita privata*” richiede certamente interventi di modifica più consistenti, in quanto la norma attuale presenta numerosi difetti, assai noti e già variamente segnalati in questi anni di applicazione e sintetizzati nel documento preliminare presentato al convegno di Torino del novembre 2018.

Il panorama comparativo è estremamente variegato e molto ‘affollato’. In alcuni casi appare evidente lo sforzo dei legislatori stranieri di estendere al massimo la tutela, declinandola anche in forme anticipate, sia pure con filtri selettivi collocati prevalentemente in corrispondenza dell'elemento soggettivo (dolo specifico), oltre che dei luoghi ‘violati’ o, ancora, in ragione dello specifico profilo personale oggetto di aggressione.

Nel formulare la proposta di riforma, la scelta è stata quella di mantenere alla tutela penale un carattere marcatamente sussidiario, mediante l'inserimento nella fattispecie di una serie di criteri selettivi del tipo penale, ma provando al contempo, da un lato, a sanare alcune delle più vistose irragionevoli della norma vigente e sforzandosi, dall'altro, di chiarire sul piano descrittivo alcuni aspetti che più d'altri sono stati oggetto di dispute o comunque di dubbi interpretativi.

Maggiormente articolate rispetto alla norma vigente si presentano poi le scelte relative alla misura delle pene, nella cui determinazione si è tenuto conto del fatto che le interferenze illecite sono potenzialmente (e anche concretamente) più pervasive, diffuse e prolungate di quanto normalmente non avvenga nel caso di una violazione fisica degli spazi domiciliari riconducibile all'art. 614 c.p. (che il più delle volte si esaurisce in un tempo breve o brevissimo) e che si tratta di violazioni anche meno facilmente impedibili. Non sarebbe dunque sbagliato punire i relativi fatti più gravemente rispetto alla violazione di domicilio, risultato tuttavia da perseguire, a mio avviso, innanzitutto diminuendo le pene per i fatti di cui all'art. 614 c.p. (vd. quanto osservato *supra* a proposito della pena per il delitto di violazione di domicilio).

Potrebbe apparire in contraddizione con l'affermata esigenza di sussidiarietà la scelta di ampliare il novero dei luoghi che segnano l'area applicativa della fattispecie oltre i confini segnati dall'art. 614 c.p., ma essa trova ragione nella diversa prospettiva dalla quale l'art. 615 *bis* c.p. guarda alla tutela della riservatezza.

Le ragioni che hanno indotto a definire con maggiore precisione le caratteristiche che devono possedere i luoghi tutelati dalle violazioni ‘fisiche’ invero non coincidono del tutto con quelle che appaiono funzionali a designare il significato di disvalore delle aggressioni riconducibili alla tutela apprestata dall'art. 615 *bis*. In particolare, se i luoghi di cui all'art. 614 c.p., così come sono stati ridefiniti nella proposta, sono strutturalmente destinati a preservare la dimensione più intima, ma allo stesso tempo *standard* - se così si può dire - della vita privata, è proprio

il carattere della 'intimità' che la tutela dell'art. 615 bis c.p. intende invece valorizzare, difendendola da interferenze (indiscrezione e conoscenza non autorizzata, etc.). La tutela apprestata deve dunque prendere in considerazione quelle situazioni di vita che pur svolgendosi in un contesto non pubblico non sono tuttavia riconducibili entro i (più rigorosi) limiti segnati per attivare l'incondizionata tutela assicurata ai luoghi di cui all'art. 614 c.p. Il riferimento esplicito alla destinazione e dunque all'attitudine del luogo ('privato') ad «assicurare l'intimità ed escludere i terzi» delimita comunque il raggio di rilevanza delle condotte, evitando disomogeneità nella tutela.

Quanto ai rapporti tra i distinti fatti di "indiscrezione" e di "divulgazione", si è ritenuto opportuno, in primo luogo, sciogliere il legame di necessaria presupposizione che attualmente vincola la seconda tipologia di fatti alla previa commissione del delitto di 'indiscrezione'. Questo consente di chiarire il rapporto tra i due fatti nel caso in cui vengano realizzati entrambi, differenziando con più nettezza il loro rispettivo disvalore. I fatti di 'divulgazione' invero non solo sono più gravi della mera 'indiscrezione' e pertanto la omogeneità sanzionatoria che caratterizza la vigente previsione è certamente un difetto, ma esprimono un disvalore che prescinde dalla modalità di acquisizione, che invece, in ottica sussidiaria, opera come criterio selettivo della rilevanza della (mera) indiscrezione, che oggi condiziona la possibilità di incriminare successive condotte di divulgazione<sup>1</sup>.

Si è quindi scelto di mantenere come criterio selettivo per le condotte di indiscrezione la natura degli strumenti utilizzati, meglio specificando però le caratteristiche tecniche idonee a connotarli di insidiosità. Resta peraltro confermata come non necessaria la fissazione su supporti audiovisivi delle immagini o del sonoro indebitamente carpiri. L'avvenuta 'documentazione' mediante registrazione certamente conferisce maggiore concretezza al pericolo della divulgazione, ma questo può certamente essere gestito attraverso la commisurazione in concreto della pena.

La proposta formulazione del secondo comma intende invece rendere esplicita una scelta di assorbimento, nel caso (ricorrente) in cui lo stesso soggetto prima si procuri le notizie e immagini e poi ne propaghi la conoscenza (mediante rivelazione, trasferimento ad altri o diretta diffusione). La formula prescelta per la descrizione delle condotte alternative rilevanti riprende, integrandola ulteriormente in modo da coprire senza particolari equivoci di senso le diverse possibilità empiricamente riscontrabili<sup>2</sup>, quella di recente utilizzata in occasione della introduzione del delitto di «Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti» (art. 612 ter c.p.)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sotto questo profilo, la tutela è integrata dalla incriminazione prevista all'art. 617 septies c.p. (Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente), sulla cui proposta di riforma vd. tuttavia *infra*.

<sup>2</sup> La medesima formula viene poi utilizzata anche nelle altre fattispecie della sezione in modo da assicurare omogeneità descrittiva.

<sup>3</sup> 3Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti - Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 5.000 a euro 15.000.

La stessa pena si applica a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento.

La pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza.

Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. Si procede tuttavia d'ufficio nei casi di cui al quarto comma, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere.



La pena prevista per l'ipotesi di cui al comma 2, fornisce la misura per il disvalore da assegnare al fatto - previsto dal terzo comma - della propalazione delle notizie o immagini della vita privata che l'autore (numero 1) si è procurato con modalità diverse da quelle descritte nel primo comma. Un più limitato disvalore di azione, stante l'adozione di modalità meno insidiose e dunque tendenzialmente meno efficaci nell'aggressione al bene, induce a non assegnare rilevanza all'avvenuta condotta di (mera) 'indiscrezione'; se tuttavia le notizie o le immagini che il soggetto si è comunque procurato sono successivamente oggetto di divulgazione, l'accentuazione del disvalore di evento compensa il ridotto disvalore di azione, giustificando la punizione e affidando alla commisurazione in concreto il compito di dare equilibrio agli esiti sanzionatori.

Le stesse condotte sono punite ovviamente anche quando commesse da soggetti diversi da colui o da coloro che si sono procurati le notizie o immagini (comma terzo, numero 2).

Si è ritenuto inoltre di aggravare la pena nel caso in cui la notizia o l'immagine rivelata o diffusa ai sensi dei commi precedenti attiene alla sfera sessuale o la sua conoscenza è idonea a ledere la reputazione della persona: nel primo caso perché si aggredisce la sfera personale connotata dal più elevato livello di intimità e nel secondo per la attitudine del fatto a ripercuotersi su profili ulteriori rispetto a quello della riservatezza. In questi casi, d'altra parte e sia pure per ragioni diverse, la peculiare pregnanza delle notizie o delle immagini denota anche una più intensa colorazione dolosa della condotta.

Si è infine mantenuta la procedibilità di ufficio e l'aggravamento sanzionatorio nel caso in cui il fatto sia commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso del potere con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.

### 1.3. Rivelazione o diffusione di riprese e registrazioni fraudolente

Attuale formulazione	Proposta di riforma
<p>Art. 617 <i>septies</i> Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente</p> <p>Chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione, è punito con la reclusione fino a quattro anni.</p> <p>La punibilità è esclusa se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca.</p> <p>Il delitto è punibile a querela della persona offesa</p>	<p>Rivelazione o diffusione di riprese e registrazioni fraudolente</p> <p>Chiunque rivela, diffonde con qualsiasi mezzo o rende comunque accessibile a terzi, in tutto od in parte, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, riprese video o registrazioni audio, fraudolentemente effettuate, di incontri privati o di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolti in sua presenza o con la sua partecipazione, è punito con la reclusione fino a (2 anni)</p> <p>La stessa pena si applica a chi, avendo acquisito o ricevuto a qualsiasi titolo le riprese o le registrazioni di cui al primo comma, le rivela, diffonde con qualsiasi mezzo o rende comunque accessibile a terzi, in tutto od in parte, anche mediante</p>

	<p>condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete.</p> <p>La pena è della reclusione (<i>da uno a tre anni</i>) se il fatto risulta concretamente idoneo a ledere l'altruidignità o reputazione</p> <p>Ai fini dell'applicazione di questo articolo non rientra nella condotta di rivelazione l'utilizzazione delle riprese o delle registrazioni di cui ai commi precedenti in un procedimento amministrativo o giudiziario, quando essa risulta funzionale all'esercizio del diritto di difesa o alla tutela dei propri diritti o interessi legittimi.</p> <p><b>Il delitto è punibile a querela della persona offesa.</b></p>
--	--

### Scheda illustrativa

Anche l'incriminazione attualmente prevista dall'art. 617 *septies* c.p. appare bisognosa di una non marginale ristrutturazione. La norma, inserita, come noto, al fine di colmare la lacuna relativa alla possibilità di incriminare la diffusione di riprese o registrazioni effettuate da persone partecipanti o comunque presenti all'incontro o alla conversazione ripresa o registrata, presenta infatti numerose imprecisioni e difetti strutturali che ne rendono difficile l'applicazione.

La nuova norma andrebbe inserita immediatamente dopo quella che punisce le *interferenze illecite nella vita privata*, trattandosi di una incriminazione che integra e completa la tutela con riferimento a fatti non riconducibili a quella fattispecie, in quanto l'autore non è 'estraneo' alla dimensione privata violata e comunque ad assumere rilevanza non è il luogo violato da una interferenza 'esterna, ma la natura riservata della conversazione o dell'incontro (ovunque avvengano).

In primo luogo, si è ritenuto di eliminare il dolo specifico contenuto nella norma vigente che prende in considerazione una finalità invero distonica rispetto all'oggetto (e anche alla *ratio*) della tutela e dunque potenzialmente disfunzionale. La rilevanza della eventuale lesione di beni ulteriori rispetto alla riservatezza è stata quindi trasferita in una circostanza aggravante che scatta in presenza della 'concreta idoneità' del fatto a ledere la dignità o la reputazione altrui.

In secondo luogo, è stata riformulata con maggiore precisione (anche linguistica) la descrizione del fatto tipico, sia utilizzando formule omogenee a quelle già presenti nelle proposte di riforma di altre norme, sia cercando di migliorare il coordinamento 'interno' degli elementi descrittivi (era stato ad esempio rilevato come nella norma vigente il participio 'svolte', declinato al femminile, non era letteralmente riferibile agli 'incontri privati').

È stata inoltre esplicitata la punibilità di colui che, senza essere l'autore delle riprese o registrazioni fraudolente e avendola ricevuta o qualsiasi titolo a qualsiasi titolo acquisite, ne diffonde la conoscenza.

Per quel che riguarda infine l'assai discussa causa di non punibilità prevista al secondo comma della norma oggi vigente, difetti, limiti e rischi distorsivi dell'attuale previsione sono stati ben evidenziati nei commenti alla norma. Al fine di chiarire il senso della proposta si può

molto sinteticamente osservare che a venire in rilievo non è (ovviamente!) l'utilizzazione delle registrazioni nei contesti e per le finalità indicate dalla norma, ma la diffusione che ne può derivare come conseguenza e gli scenari possibili sono due:

- a) la diffusione è - come dice (in maniera non del tutto perspicua) la norma attuale - una conseguenza "diretta e immediata" del loro utilizzo debito (si pensi banalmente ad una udienza pubblica), senza che ci sia una ulteriore attività;
- b) la diffusione avviene ad opera di qualcuno che ha acquisito le riprese o registrazioni proprio a seguito del loro utilizzo.

Orbene, la norma attuale complica e confonde. Se da un lato, è chiaro che la utilizzazione delle registrazioni o riprese in un procedimento amministrativo o giudiziario non può essere considerata insé una 'diffusione' nel senso inteso dalla norma, dall'altro e in ogni caso, la causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto, nelle sue varie declinazioni e specificazioni, ricorrendone i presupposti, offre già, in questi casi, la sua eventuale copertura.

Il fatto di utilizzare le registrazioni o riprese nelle sedi e per gli scopi descritti nella norma non è dunque in nessun caso riconducibile all'area tipica descritta nel primo comma, a condizione - e a mio avviso appare opportuno specificarlo - che l'uso delle registrazioni sia effettivamente funzionale alla tutela dei propri diritti in sede amministrativa o giudiziaria; in tutti gli altri casi, evidentemente, la non punibilità può derivare solo, ricorrendone le condizioni, dalla copertura assicurata dall'esercizio del diritto di cronaca e nei limiti in cui questo opera e dunque non appare necessario specificarlo (evitando così possibili fraintendimenti).

## **2. La riforma dei delitti contro la riservatezza delle comunicazioni**

### **Definizione e delimitazione degli ambiti di tutela e linee politico criminali della riforma**

L'interesse alla libertà e segretezza della corrispondenza e delle altre forme di comunicazione ha esplicito rilievo costituzionale, ma la rilevanza costituzionale dell'interesse non comporta obblighi di tutela penale (volendo, neppure parziali) e inoltre i mutati contesti reali inducono a riconsiderare il significato e la portata anche delle norme costituzionali. Oggi l'accento dell'art. 15 Cost. - che peraltro esprime più il timore di interferenze da parte dei pubblici poteri che non da parte dei privati - risulta certamente spostato dalla «*corrispondenza*» alle «*altre forme di comunicazione*». Superfluo poi ricordare che i mutamenti di scenario che riguardano i modi della comunicazione (non solo) interpersonale rendono del tutto scontata, di conseguenza, la necessità di riconsiderare il ruolo e i modi di intervento del diritto penale, in particolare in ambito codicistico.

La rimodulazione (dei modi) di questa presenza dovrà essere la risultante delle due forze che oggi si contendono il campo. Se da un lato, infatti, appaiono ben visibili, nonostante la stratificazione degli aggiornamenti normativi, gli anacronismi e la marginalità della tutela penale disegnata dal vigente impianto codicistico; dall'altro, l'accresciuta sensibilità alle esigenze di tutela in questo settore, legate in particolare all'aggressione tecnologica che ha determinato livelli di esposizione inimmaginabili fino a non moltissimi anni fa, richiede che la risposta penale sappia trovare una equilibrata misura di intervento. La tentazione espansiva, con esiti potenzialmente panpenalizzanti (per quanto probabilmente ineffettivi) rappresenta un rischio concreto, al quale va invece contrapposto un approccio rigorosamente ispirato alla sussidiarietà della tutela penale, attraverso l'utilizzo di criteri selettivi della tipicità realmente espressivi di un disvalore meritevole di attenzione da parte del sistema penale.

In questa ottica e nel contesto di una complessiva risistemazione della tutela codicistica in questo settore, le proposte di riforma sono state orientate ad obiettivi di:

- razionalizzazione e riduzione del frastagliato panorama attuale, anche mediante ‘accorpamento’ delle fattispecie;
- ricalibratura delle definizioni, al fine di rendere più chiara e soprattutto più aggiornata la (distinta) identificazione degli ‘oggetti’ (riconsiderando anche le qualifiche soggettive dalle quali dipende un maggior disvalore del fatto);
- attuazione delle prospettive di sussidiarietà mediante la introduzione nelle fattispecie di adeguati criteri selettivi, coerenti con l’oggetto della tutela e in grado di identificare un fatto dotato di un disvalore meritevole di attenzione da parte del diritto penale;
- rafforzamento del profilo offensivo delle fattispecie di pericolo (come il 617 bis o *quinquies*);
- miglioramento del coordinamento tra le distinte tipicità (anche all’esterno dell’area considerata), anche come premessa per la rimodulazione delle cornici edittali, con maggiore attenzione ai rapporti tra le varie incriminazioni presenti nel sottosistema di tutela, per evitare sproporzioni e sperequazioni.

Pur in assenza ed in attesa di una cornice sistematica più definita, particolarmente necessaria in un settore sottoposto a mutamenti così rapidi e profondi, queste linee possono già tradursi in proposte sufficientemente compiute consentendo una riscrittura delle fattispecie.

Nel valutare la misura e i modi della presenza del diritto penale non possono poi essere trascurati (non andrebbero invero trascurati mai, soprattutto quando dotati di particolare evidenza) i dati ricavabili dall’analisi empirico-criminologica, relativi sia all’esperienza applicativa delle norme vigenti, che alla osservazione della realtà corrente.

Da questo punto di vista, rappresenta ad esempio un dato pacifico, anche perché ricavabile in maniera univoca innanzitutto dalla esperienza comune, quello della progressiva rarefazione - e la tendenza è destinata ad accentuarsi - dell’utilizzo della corrispondenza epistolare, soppiantata in tutti i settori della comunicazione non solo interpersonale dall’utilizzo degli strumenti informatici<sup>4</sup>. Pur non disponendo delle statistiche giudiziarie riferite a questi reati, ci si può ragionevolmente orientare con il CED della Cassazione, dalla cui consultazione è possibile rilevare che, ad esempio, la fattispecie storicamente più applicata sembra essere proprio l’art. 616 c.p., prevalentemente riferito ai casi di sottrazione o soppressione della corrispondenza commessi dai soggetti qualificati di cui all’art. 619 c.p. Si tratta dunque di ipotesi che con la tutela della riservatezza in fondo non hanno molto a che vedere e le cui forme di manifestazione più tradizionali (si pensi in particolare all’apertura finalizzata all’impossessamento di denaro o titoli spediti a mezzo posta) sono certamente recessive nella casistica reale e anche per questo si potrebbe pensare di far ‘assorbire’ la loro rilevanza da altre tipicità i cui elementi costitutivi sono più frequentemente integrati da quei fatti, oltre alla possibilità di attivare strumenti civilistici e disciplinari.

Nella casistica giudiziaria, ovviamente, da tempo si affacciano le ‘nuove’ (ormai non più tali) forme di ‘corrispondenza’ che tuttavia si confrontano con difficoltà definitorie/descrittive che rendono faticoso e incerto il procedimento di sussunzione dei fatti concreti sotto le attuali fattispecie e in tal senso non è certo risolutiva la mera presenza di norme estensive come quelle introdotte dalla novella del 1993 in tema di criminalità informatica, che non sono in grado di colmare evidenti differenze strutturali e peraltro si presentano a loro volta già in parte superate.

Si pensi, per fare un esempio, al riferimento contenuto nelle norme vigenti alla corrispondenza «*chiusa*», nozione che presenta degli intuibili problemi di adattamento alle modalità di comunicazione non epistolare, affrontati con una certa fatica argomentativi in giurispru-

---

<sup>4</sup> Esagerando appena un po’ si potrebbe sostenere che forse a breve a scrivere lettere saranno quasi esclusivamente detenuti, cioè paradossalmente proprio coloro alla cui corrispondenza, per legge, non è garantita piena libertà e segretezza.

denza. Volendo mantenere questa specificazione in funzione selettiva, bisognerebbe invero limitarne la portata alla sola corrispondenza epistolare, trovando qualificazioni diverse per le forme di comunicazione telematica. Tuttavia, è chiaro che se la questione definitoria attiene alla individuazione dei connotati del fatto che condizionano la ricorrenza nella realtà di una significativa aggressione all'riservatezza, ad assumere rilevanza è la violazione del *contenuto della comunicazione*, indipendentemente dal mezzo utilizzato per la sua trasmissione e dunque anche dalla possibilità, sempre più remota, di individuare caratteri più o meno comuni negli strumenti utilizzati.

La esplicita connotazione delle fattispecie nel senso della loro destinazione alla tutela della riservatezza comporta ovviamente la riconsiderazione della rilevanza oggi attribuita a determinate condotte, nella duplice e connessa prospettiva della coerenza sistematica e della sussidiarietà dell'intervento penale.

A tale riguardo si può, esemplificativamente, fare riferimento ai casi di distruzione, soppressione etc. della corrispondenza. Se considerate a prescindere dalla natura (personale e riservata) del contenuto comunicativo veicolato dal 'supporto' distrutto o soppresso, queste ipotesi non attingono strettamente alla tutela della riservatezza, tanto che nella giurisprudenza, con riferimento a tali ipotesi, ha fatto la sua apparizione l'interesse all'effettivo recapito<sup>5</sup>, che, oltre a non avere molto a che fare con la riservatezza, non sembra in ogni caso collocarsi ad un livello tale da giustificare l'intervento del diritto penale. D'altra parte, se dalla distruzione, soppressione etc. della corrispondenza derivasse un danno, ben potrebbe ricorrersi a rimedi di tipo risarcitorio. Quando poi l'autore del fatto sia un soggetto funzionalmente collegato all'attività di recapito, l'intervento del diritto disciplinare sembra poter essere una misura adeguata e sufficiente; proprio nei casi da ultimo considerati appare inoltre potenzialmente ampio il novero dei soggetti, anche non individuali, astrattamente coinvolti dall'obbligo risarcitorio. Se, infine, quei fatti - come effettivamente è dato riscontrare nella casistica reale - sono il più delle volte strumentali alla commissione di altri reati, l'intervento penale si collocerebbe comunque in corrispondenza dell'aggressione ad altri interessi dotati di maggiore consistenza. Il discorso non muta molto se la corrispondenza è di tipo informatico, salvo in questo caso normalmente troveremo 'a monte' la commissione di un qualche 'reato informatico' (sulla questione della collocazione sistematica delle violazioni che riguardano le comunicazioni informatiche, vd. tuttavia quanto specificato *infra*)

Anche a proposito di soggettività attive 'qualificate', si dovrà certamente tenere conto del fatto che l'elenco tassativo oggi contenuto negli art. 619 e 620 c.p. ovviamente riflette i limitati scenari tecnologici dell'epoca e che gli aggiornamenti definitori finora non hanno toccato questo aspetto. Sedunque si intende continuare ad assegnare un disvalore aggiuntivo ai fatti commessi da tutti coloro che, avendo accesso per ragioni funzionali alle comunicazioni altrui, quale che ne sia la tipologia, realizzano i fatti descritti nelle fattispecie 'comuni' in violazione di un dovere di tipo funzionale, sarà necessario utilizzare formule diverse da quelle attuali, dotate di un maggiore spettro applicativo. E ciò tanto più se si considera che la connotazione tendenzialmente pubblicistica delle figure prese originariamente in considerazione dal codice appare essa stessa anacronistica rispetto al quadro attuale (persino laddove fosse riferito alle sole modalità di comunicazione telefoniche o postali). È ovvio che una tale modifica andrebbe coordinata con quelle che riguardano la ridefinizione (in partegia avvenuta) delle tipologie di comunicazione oggetto di tutela.

---

<sup>5</sup> Cfr. Cass. Sez. 5, Sentenza n. 29832 del 13/03/2015 Ud. (dep. 10/07/2015) Rv. 264352 - *Ai fini della configurabilità del reato di distruzione di corrispondenza (nella specie commesso da addetto al servizio postale), deve considerarsi "corrispondenza" anche quella costituita da stampe inviate per posta, non in busta chiusa, a destinatari individuati, perché oggetto della tutela apprestata dalla fattispecie incriminatrice è l'interesse all'effettivo recapito della comunicazione.*

Sempre a proposito di questioni definitorie, l'orientamento giurisprudenziale che individua la differenza tra corrispondenza e comunicazione (e dunque tra 616 e 617 c.p.) nella natura rispettivamente 'statica' della prima e 'dinamica' della seconda, opera con la esplicitata consapevolezza di confrontarsi con un quadro sistematico tutt'altro che nitido. Questa opacità sistematica è l'effetto della difficoltà - ricorrente nel codice vigente - di coordinare tra loro le stratificazioni normative che si sono 'depositate' sul corpo del codice Rocco e le mutazioni che il tempo ha prodotto sui contesti reali, sulla scala dei valori da assumere come riferimento o *tout courts* sui valori stessi.

La verità è che la sola base comune in grado di tenere insieme le diverse modalità comunicative sembra appunto essere quella che le vede operare come *medium* di un *contenuto*, che esse intendono non solo trasmettere ma anche proteggere dalla conoscenza di soggetti diversi dal mittente e dal destinatario (in assenza di consenso). L'inserimento di ogni elemento di ulteriore qualificazione inevitabilmente presenta caratteri che si adattano solo ad alcune e non ad altre modalità e richiederebbe sforzi interpretativi che espongono le norme a sperequazioni applicative. Attorno a questo nucleo definitorio, minimale ma omogeneo e coerente con la *ratio* della tutela, si potrebbero costruire norme al cui interno 'accorpare' il frastagliato panorama attuale dopo averlo sfronato e precisato; questo, tra l'altro, favorirebbe certamente anche un migliore coordinamento tra le diverse figure.

Se la questione, alla fine, è quella di assicurare una tutela rafforzata all'interesse alla riservatezza delle comunicazioni, salvaguardandone i contenuti da violazioni e interferenze, si dovrebbero dunque evitare eccessi di complicazione definitoria o derive casistiche, dedicandosi invece alla fissazione e adeguata descrizione dei criteri selettivi dell'intervento penale, utili a delimitare un disvalore penale che si giustifichi in termini di meritevolezza.

Bisogna, ad esempio, certamente interrogarsi, come accennato, sulla opportunità di mantenere/assegnare rilevanza penale a condotte di mera cognizione, indipendentemente cioè dalla presenza di note modali o elementi aggiuntivi di disvalore idonei a giustificare l'intervento della tutela penale (l'adozione di determinate modalità di azione, la rivelazione o comunque l'indebito utilizzo dei contenuti comunicativi e così via) e in ogni caso fornire un criterio orientativo per la selezione 'in concreto' dei fatti offensivi dell'interesse alla riservatezza in misura penalmente significativa.

Appare allora difficile che si possa prescindere dalla prioritaria considerazione della natura *personale* (per questo, tendenzialmente) *riservata* dei contenuti comunicativi violati. Nessuno dubita naturalmente che comportamenti indiscreti di presa di cognizione del contenuto di qualsivoglia contenuto comunicativo altrui siano censurabili, in quanto comunque intrusivi di una dimensione privata, ma se la soglia *standard* di rilevanza penale rimane collocata in corrispondenza di condotte di mera 'presa di cognizione', dobbiamo essere disposti ad ammettere che potrebbe assumere rilevanza penale (per quanto sia plausibile che ciò non produrrebbe alcun processo) il fatto di leggerci nascosto le chat di *Whatsapp* sullo *smartphone* (o sul pc) di qualcuno, quale che sia il loro contenuto, spesso assolutamente insignificante (si pensi ad una sequenza di *emoij* o di *stickers*!).

Se infatti è senz'altro opportuna la punizione di condotte di interferenza sul 'flusso comunicativo' (intercettazione, impedimento, etc.), caratterizzate da un accentuato disvalore in ragione della necessaria adozione da parte dell'autore di modalità insidiose e invasive della libertà di comunicazione, che subisce già per questo una indebita compressione, non altrettanto si può dire nel caso di condotte consistenti in una mera presa di cognizione, per quanto fraudolenta, di contenuti già trasmessi.

I fatti di mera cognizione, d'altra parte, coprono un arco di gravità estremamente ampio, la cui vasta (e forse prevalente) fascia bassa appartiene tendenzialmente alla dimensione bagatel-lare; è pur vero che esistono strumenti deflativi in concreto (in primo luogo la procedibilità a querela e i meccanismi connessi, come l'estinzione per condotte riparatorie, nonché ovviamente

l'art. 131 *bis* c.p.), che consentono prevedibilmente di ridurre fin quasi ad azzerarla la probabilità che si svolgano processi per questi fatti, ma proprio per questo la selezione sussidiaria dell'intervento penale potrebbe e anzi dovrebbe essere operata anzitutto in astratto.

La verità è che nel caso di mera cognizione della corrispondenza, sia cartacea che informatica, la riservatezza viene realmente in questione in maniera penalmente significativa, solo se il contenuto della comunicazione ha un carattere minimamente 'sensibile' (mentre una parte molto consistente, se non maggioritaria delle nostre comunicazioni ha, da questo punto di vista, un contenuto scarsamente significativo) oppure se la cognizione del contenuto mette a repentaglio altri interessi (ad esempio di tipo economico nell'ambito della corrispondenza commerciale). L'intervento del diritto penale non trova certo adeguata giustificazione nella volontà di censurare comportamenti indiscreti o inopportuni, di punire gli 'impiccioni' o affermare l'esclusività della conoscenza come valore in sé, ma presuppone l'esigenza di proteggere determinati contenuti comunicativi in ragione del valore che essi assumono nella vita di relazione garantendone l'appartenenza ad una sfera di conoscenza riservata.

Sarà quindi necessario fare uno sforzo di tassativizzazione, in grado di indirizzare la concretizzazione giudiziale attraverso il ricorso ad affidabili criteri selettivi della tipicità, idonei anche a determinare un tendenziale e complessivo spostamento in avanti della soglia di rilevanza penale. Naturalmente sarà di conseguenza necessario graduare adeguatamente le diverse risposte sanzionatorie.

Sempre in un'ottica di ridimensionamento e razionalizzazione dell'intervento penale, non sembrano esserci ragioni sufficienti per mantenere rilevanza (quanto meno) alle ipotesi di «interruzione» delle conversazioni (e anche delle comunicazioni informatiche o telematiche), che oltre a essere fatti di non facilissima individuazione pratica, si prestano a ricomprendere un ampio e differenziato novero di comportamenti, troppo disomogeneo perché possano dirsi soddisfatte esigenze di precisione.

L'avvenuta abrogazione del delitto di falsità in scrittura privata (art. 485 c.p.), nonostante la diversità (forse non così accentuata) dei beni giuridici di riferimento, pone indubbiamente il problema di giustificare (o meno) la perdurante rilevanza delle ipotesi di 'falsificazione' oggi previste dagli artt. 617 *ter* e 617 *sexies* c.p. La proposta è dunque quella di subordinare la rilevanza delle condotte di 'alterazione' del contenuto di una comunicazione alla duplice condizione che di tale contenuto alterato venga fatto uso al fine di trarne profitto per sé o per altri o di cagionare un danno.

## **2.1. Violazione della riservatezza, disponibilità ed integrità delle comunicazioni\***

### **NORME VIGENTI**

#### **Art. 616**

#### **Violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza**

Chiunque prende cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa, a lui non diretta, ovvero sottrae o distrae, al fine di prenderne o di farne da altri prender cognizione, una corrispondenza chiusa o aperta, a lui non diretta, ovvero, intutto o in parte, la distrugge o sopprime<sup>(2)</sup>, è punito, se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge, con la reclusione fino a un anno o con la multa da trenta euro a cinquecentosedici euro.

Se il colpevole, senza giusta causa, rivela, in tutto o in parte, il contenuto della corrispondenza, è punito, se dal fatto

deriva documento ed il fatto medesimo non costituisce un più grave reato, con la reclusione fino a tre anni. Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

Agli effetti delle disposizioni di questa sezione, per "corrispondenza" s'intende quella epistolare, telegrafica o telefonica, informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza.

**Art. 617**

**Cognizione, interruzione o impedimento illeciti di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche.**

Chiunque, fraudolentemente, prende cognizione di una comunicazione o di una conversazione, telefoniche o telegrafiche, tra altre persone o comunque a lui non dirette, ovvero le interrompe o le impedisce è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, la stessa pena si applica a chiunque rivela, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, in tutto o in parte, il contenuto delle comunicazioni o delle conversazioni indicate nella primaparte di questo articolo.

I delitti sono punibili a querela della persona offesa; tuttavia si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso in danno di un pubblico ufficiale o di un incaricato di un pubblico servizio nell'esercizio o a causa delle funzioni o del servizio, ovvero da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblicoservizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.

**Art. 617 ter**

**Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche**

Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, forma falsamente, in tutto o in parte, il testo di una comunicazione o di una conversazione telegrafica o telefonica ovvero altera o sopprime, in tutto o in parte, il contenuto di una comunicazione o di una conversazione telegrafica o telefonica vera, anche solo occasionalmente intercettata, è punito, qualora ne faccia uso o lasci che altri ne faccia uso, con la reclusione da uno a quattro anni.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso in danno di un pubblico ufficiale nell'esercizio o a causa delle sue funzioni ovvero da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.

Nel caso previsto dal primo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa.

**Art. 618**

**Rivelazione del contenuto di corrispondenza**

Chiunque, fuori dai casi preveduti dall'articolo, essendo venuto abusivamente a cognizione del contenuto di una corrispondenza a lui non diretta, che doveva rimanere segreta, senza giusta causa lo rivela, in tutto o in parte, è punito, se dal fatto deriva documento, con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da centotré euro a cinquecentosedici euro.  
persona offesa.

**Art. 619**

**Violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza commesse da persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni**

L'addetto al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni, il quale, abusando di tale qualità, commette alcuno dei fatti preveduti dalla prima parte dell'articolo 616, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Se il colpevole, senza giusta causa, rivela, in tutto o in parte, il contenuto della corrispondenza, è punito, qualora il fatto non costituisca un più grave reato, con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da trenta euro a cinquecentosedici euro.

Nel caso previsto dal primo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa.

**Art. 620**

**Rivelazione del contenuto di corrispondenza, commessa da persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni**

L'addetto al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni, che, avendo notizia, in questa sua qualità, del contenuto di una corrispondenza aperta, o di una comunicazione telegrafica, o di una conversazione telefonica, lo rivela senza giusta causa ad altri che non sia il destinatario, ovvero a una persona



diversa da quelle tra le quali la comunicazione o la conversazione è interceduta, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

*\*La proposta, con esclusivo riguardo ad uno specifico punto, è parzialmente alternativa a quella del gruppo di lavoro sui reati informatici (relazione Picotti). Le ragioni che hanno indotto a formulare, esclusivamente in questo caso, una duplice proposta sono illustrate nella scheda illustrativa.*

#### PROPOSTA DI RIFORMA

##### **Violazione della riservatezza, disponibilità ed integrità delle comunicazioni (...).**

Chiunque, (senza autorizzazione e) mediante l'uso di strumenti di intercettazione, captazione, registrazione o altro mezzo fraudolento, si procura o acquisisce il contenuto di comunicazioni, che abbiano carattere riservato e natura personale, a lui non dirette o comunque a lui non rese disponibili da chi ha diritto di disporne ovvero sottrae alla disponibilità dei legittimi destinatari tali contenuti o li distrugge è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da (sei mesi a tre anni).

La pena è della reclusione da (uno a quattro anni) se il colpevole rivela, diffonde o rende comunque accessibile terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, in tutto od in parte il contenuto delle comunicazioni di cui al precedente comma.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, alla stessa pena prevista nel comma precedente soggiace:

- 1) chi avendo acquisito o ricevuto a qualsiasi titolo il contenuto delle comunicazioni indicate ai commi precedenti lo rivela, diffonde o rende comunque accessibile a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, in tutto od in parte.
- 2) chi (forma falsamente o) altera il contenuto di una comunicazione tra quelle di cui al primo comma, qualora ne faccia uso o lascia che altri ne faccia uso al fine di trarne profitto per sé o per altri o di cagionare un danno.

**Il delitto è punibile a querela della persona offesa, (tuttavia si procede d'ufficio nel caso previsto al nr. 1 dell'articolo (seguito) [se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio**

Circostanze aggravanti

La pena è della reclusione da (...) a (...) se taluno dei reati di cui all'art... è commesso

- 1) dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio abusando dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione svolta
- 2) da chi svolge anche abusivamente la professione di investigatore privato;
- 3) da chi, in ragione dell'incarico, dell'attività, del servizio svolto ha accesso alle comunicazioni altrui o è addetto alla loro conservazione o protezione.

Agli effetti delle disposizioni di questa sezione, per comunicazioni s'intendono quelle epistolari, telegrafiche, telefoniche, informatiche ovvero effettuate con ogni mezzo o tecnica di trasmissione a distanza, compresa la condivisione, riproduzione o messa a disposizione di dati in rete, che rappresentino scritti, voci, suoni, immagini anche in movimento o altri contenuti che abbiano valore comunicativo fra persone fisiche o giuridiche.

#### **Scheda illustrativa**

Passando all'analisi delle proposte relative alle fattispecie poste a tutela della riservatezza delle comunicazioni, si è posto, tra gli altri ma con valore preliminare, il problema della collo-

cazione sistematica delle incriminazioni poste a tutela della riservatezza e integrità delle comunicazioni *informatiche*. Se infatti piena concordia si è registrata sulla scelta di creare una sezione dedicata ai reati informatici, che sotto il riferimento alla «riservatezza e sicurezza informatiche» accolga - previanecessaria riformulazione e integrazione - le incriminazioni oggi sparse in vari luoghi codicistici, opinioni non coincidenti si sono invece manifestate riguardo alla specifica questione della collocazione sistematica delle condotte di violazione delle comunicazioni informatiche<sup>6</sup>.

Si tratta cioè di decidere se far prevalere la indubbia peculiarità degli strumenti e delle modalità aggressive, che certamente condizionano anche la ricostruzione della dimensione offensiva oppure adottare come criterio primario di organizzazione sistematica la comune attitudine di certi fatti ad aggredire la libertà e la riservatezza delle comunicazioni (di tutte le comunicazioni), privilegiando il profilo personalistico della tutela in questo specifico ambito di intervento. Ovviamente entrambe le scelte comportano differenti problemi sia per la formulazione delle fattispecie, che di coordinamento tra di loro.

La migrazione di tutte le fattispecie informaticamente connotate, per così dire, nella distinta sezione dedicata alla riservatezza e sicurezza informatica dovrebbe infatti riguardare, secondo la proposta fatta dal gruppo di lavoro coordinato dal prof. Picotti, anche le norme poste a tutela delle *comunicazioni informatiche*. La scelta di inserire la tutela delle comunicazioni informatiche nella sezione costruita attorno all'interesse alla 'sicurezza informatica', al fine di assicurare ad esse una protezione penale «specificata e più severa», si fonda sul rilievo che «*In queste tipologie di comunicazioni informatiche sfuma peraltro il carattere specificamente ed immediatamente "interpersonale" della riservatezza, la cui protezione si associa piuttosto a quella della loro "sicurezza" rispetto ad attacchi cibernetici (Cybersucurity), del tutto eterogenei rispetto alle offese alle tradizionali forme di corrispondenza epistolare*» [cit. relazione Picotti, alla quale si rinvia per l'ulteriore e compiuta argomentazione].

Pur comprendendo le ragioni di ordine concettuale che potrebbero far propendere per la dislocazione nella nuova sede sistematica della tutela delle sole comunicazioni informatiche, tenute distinte dalle altre, ritengo che la peculiarità dello strumento comunicativo assuma, in questo caso rilevanza ai fini della descrizione del fatto, mentre non incide (sempre in questo caso) sulla identificazione dell'offesa, almeno non al punto da modificarne l'essenza prevalendo (come invece avviene altrove) su altri profili. Anzi, come di seguito si cercherà di chiarire, possano esserci varie ragioni che lasciano preferire una diversa opzione.

Diversamente da quanto è stato proposto, ritengo infatti preferibile collocare in un contesto unitario la tutela della riservatezza riferita a tutti «*contenuti comunicativi*», avvalendosi di una norma definitoria (agli effetti penali) di questi ultimi che includa tutte le più rilevanti forme di comunicazione, compresa dunque quella informatica, senza il riferimento alla quale la residua tutela della riservatezza delle comunicazioni risulterebbe oggi svuotata innanzitutto sul piano valoriale. La costruzione del bene giuridico della riservatezza riferito al contenuto delle comunicazioni interpersonali, se fosse privato della componente 'informatica', dislocata altrove, non consentirebbe invero di cogliere l'attuale significato del bene tutelato.

Bisogna domandarsi d'altronde se lo sdoppiamento della incriminazione, con la creazione di una norma che declina l'offesa con specifico riferimento alle comunicazioni informatiche, sia realmente giustificato, considerato che le diverse forme di comunicazione appaiono oggi sempre più integrate e comunque 'concentrate' in misura assolutamente prevalente proprio nell'area informatica e che dunque bisognerebbe in ogni caso assicurare simmetria tra la incriminazione dedicata alle comunicazioni informatiche e quella relativa alle 'altre' forme di comunicazione.

---

<sup>6</sup> Per la compiuta illustrazione delle ragioni poste a fondamento della scelta, pienamente condivisa, di una distinta sezione dedicata alla tutela dell'interesse alla sicurezza informatica e di quelle che invece sono alla base del parziale e limitato disaccordo qui segnalato, si rinvia alla relazione del prof. Picotti e del suo gruppo.

È certamente vero che le comunicazioni informatiche presentano peculiarità che inducono a considerarle un oggetto distinto, ma è anche vero che proprio la loro crescente e ‘fagocitante’ diffusione, ha cancellato alcuni confini (una ‘telefonata’ sulla piattaforma *Whatsapp* come andrebbe classificata? un captatore informatico registra indifferentemente ogni tipo di contenuto comunicativo; e così via). Ma soprattutto - e questo mi appare decisivo sul piano delle scelte sistematiche - proprio l’espansione dell’informatica nel settore delle comunicazioni interpersonali ha aumentato il livello di identificazione tra il valore tutelato (la riservatezza delle comunicazioni) e una specifica, anche se multiforme, amplissima e in alcuni casi totalizzante, area strumentale, quella appunto degli strumenti informatici, che sono diventati ormai la nostra personale ‘scatola nera’.

Tutelare la riservatezza, oggi, significa innanzitutto tutelare la riservatezza (e l’integrità) dei contenuti comunicativi (o *tout court* dei ‘dati’) scambiati o custoditi grazie all’uso di strumenti e sistemi informatici.

Si tratta invero di una prospettiva di tutela non sovrapponibile a quella che risulta assumendo invece il più ampio punto di vista della *cybersecurity*, nozione indubbiamente comprensiva anche del profilo della riservatezza ma, appunto, in una dimensione che certamente ‘sfuma’ le connotazioni personalistiche, che invece rappresentano la chiave di volta nella costruzione di questa specifica area di tutela (a base personale).

Lungi dal produrre un effetto di ‘sfumatura’ (se non dissolvenza) del profilo personale della tutela, proprio la dilagante aggressione tecnologica in particolare alla riservatezza richiede – a mio avviso – una riaffermazione del valore ‘personale’ di quest’ultima, soprattutto quando a venire in questione sono direttamente i ‘contenuti’ della comunicazione interpersonale. Ed è infatti con esclusivo e limitato riferimento a questi ultimi che – a mio avviso – appare sensato dare unità alla tutela penale concentrandola in una fattispecie dedicata alla tutela della riservatezza (integrità etc.) del contenuto delle comunicazioni, comprensiva dunque dell’essenziale e quantitativamente preponderante dimensione informatica.

Tra le ragioni poste a fondamento della scelta di distinguere le comunicazioni informatiche da tutte le altre, c’è anche l’affermazione, senz’altro condivisibile, secondo la quale ciò che avviene nel *cyberspace* non si presta (sempre) ad essere descritto attraverso formule linguistiche riferibili alla fenomenologia ‘materiale’ e alle dinamiche interpersonali che si sviluppano mediante l’uso di altri strumenti. Questo appare ben visibile nella formulazione di diverse fattispecie, nuove o rinnovate, contenute nella proposta di riforma, ma non anche – e credo non a caso – nella proposta fattispecie di “*Violazione della riservatezza, disponibilità ed integrità delle comunicazioni informatiche*” (vd. relazione Picotti).

Nella formulazione proposta infatti, le condotte tipiche consistono (inevitabilmente) nel fatto di *intercettare, procurarsi, rendere indisponibili, alterare* le comunicazioni (i loro contenuti), nulla di diverso dunque da quel che si potrebbe dire per ogni altro tipo di contenuto comunicativo; d’altra parte nella norma definitoria proprio i contenuti comunicativi prendono forma attraverso il riferimento alla loro attitudine a rappresentare *scritti, voci, suoni, immagini anche in movimento o altri contenuti che abbiano rilevanza per la comunicazione fra persone fisiche, giuridiche, enti e sistemi informatici*. Ed è invero proprio questo ultimo riferimento (comunicazione fra sistemi informatici) ad apparire in realtà ‘spurio’ rispetto a tutto il resto, trattandosi di questione che a tutti gli effetti sembra appartenere integralmente all’area della sicurezza informatica, non avendo a che fare, se non in via indiretta e potenziale, con la comunicazione tra persone (fisiche o giuridiche che siano).

D’altra parte, ponendosi su di un piano più generale, bisogna ammettere che gli indispensabili sforzi di adeguamento richiesti al diritto penale (e all’ordinamento giuridico nel suo complesso) per riuscire a organizzare una disciplina in grado di essere utilmente applicata a quel che avviene nel *cyberspace* ha ovviamente dei limiti. Le difficoltà descrittive in questo ambito, prima ancora che dai limiti linguistici, derivano dalla irriducibilità alle categorie penalistiche

‘di base’ del modo in cui funzionano, interagiscono, si manifestano all’esterno e producono effetti i sistemi informatici. È chiaro cioè che in particolare il diritto penale presenta una ridotta capacità(/possibilità) di intervento, dovendo necessariamente limitarsi a cogliere quella ristretta parte del proteiforme fenomeno che si presta ad essere ragionevolmente gestita (sul piano concettuale, processuale e sanzionatorio) con gli strumenti di cui dispone. Nessuno pensa d’altronde che la *cybersecurity* sia un problema da affidare al diritto penale, se non appunto per quella limitata porzione che coincide con la realizzazione di fattisuscettibili di un’adeguata descrizione e una ragionevole gestione probatoria, entrambe lette nella prospettiva della responsabilità personale colpevole.

La proposta, qui sostenuta, di non separare la tutela delle comunicazioni dalle altre non inficia in alcun modo il valore della scelta di creare una sezione autonoma dedicata alla sicurezza (e, come suoriflesso, alla riservatezza) informatica. Si tenga conto, d’altra parte, che la violazione (nella fase dinamica) delle comunicazioni informatiche implica in ogni caso la realizzazione di condotte riconducibili ad una o più fattispecie poste a tutela della sicurezza informatica e dunque in ogni caso rilevanti nell’ambito per il quale giustamente si reclama autonomia e specificità, sotto l’ulteriore, più complesso profilo della *cybersecurity*.

In considerazione della rilevante possibilità che, anche per ragioni legate alla peculiare natura di alcuni dei fatti considerati, si pongano problemi di concorso di norme e/o di reati, una chiara ripartizione della tutela, realizzata attraverso l’aggregazione delle fattispecie attorno a poli di interesse ben definiti e quindi con minori implicazioni plurioffensive (elemento di complicazione e potenziale confusione), a mio avviso è in grado di favorire un’applicazione più ordinata e certa delle norme incriminatrici.

Sulla base di queste premesse e dissentendo solo su questo punto dalla proposta del prof. Picotti, si propone dunque di introdurre una fattispecie che integra, semplifica e seleziona l’area di rilevanza dei vigenti art. 616, 617, 617 *ter*, 618 c.p.; accompagnata da una norma definitoria dedicata alle ‘comunicazioni’ oggetto di tutela.

La tutela penale non sarebbe però accordata in maniera indiscriminata. In primo luogo, non si fa più riferimento a condotte consistenti in una ‘presa di cognizione’, sia perché esse rimandano molto chiaramente ad un assetto di tutela basato sul riferimento originario alla ‘corrispondenza’, sia perché la riservatezza delle comunicazioni può essere violata mediante condotte che in realtà prescindono dalla cognizione dei contenuti, sia infine perché essa di per sé considerata potrebbe non integrare un disvalore penalmente significativo. Si è preferito dunque fare riferimento a condotte più pregnanti, punendo chi si *procura* o *acquisisce il contenuto di comunicazioni* sempre che esse, coerentemente con il bene di categoria e la *ratio* della tutela, abbiano *carattere riservato* e *natura personale*, naturalmente quando siano a lui non dirette o comunque a lui non rese disponibili da chi ha diritto di disporne ovvero *sottrae* alla disponibilità dei legittimi destinatari tali contenuti o li *distrugge*.

Il disvalore del fatto, quindi, viene rafforzato tanto sul versante del *disvalore di azione* richiedendo l’uso da parte dell’autore di un mezzo *fraudolento* (strumenti di intercettazione o altro mezzo fraudolento), che su quello del *disvalore di evento*, condizionando la tutela, come accennato, alla ricorrenza del carattere *personale* (e *riservato*) del contenuto delle comunicazioni. Quest’ultimo requisito è chiamato a svolgere un compito selettivo sul piano dell’offensività, limitando l’incriminazione ai soli fatti nei quali la riservatezza della persona venga realmente in gioco in ragionevoli contenuti comunicativi dotati di un minimo di significatività.

Proprio per questo, si ritiene sia in effetti preferibile riferirsi alla natura riservata (in quanto personale) del *contenuto* e non a quello della *comunicazione*. Per comprendere la differenza, si può fare l’esempio, tratto dalla giurisprudenza, dell’utilizzo delle norme vigenti destinate alla tutela dei ‘segreti’ per punire la intercettazione delle conversazioni radio tra pattuglie dei carabinieri o della polizia, che evidentemente non hanno a che vedere con la riservatezza come bene

di carattere personale. In casi come quello da ultimo descritto dovrebbe essere punibile l'installazione dell'apparato atto ad intercettare (e potrebbero risultare integrate altre fattispecie prodromiche ad esempio l'accesso non autorizzato ad un sistema informatico), ma non anche, almeno non in questa sezione, la intercettazione, che dovrebbe essere incriminata con una norma *ad hoc*, cosa che appare anche più congrua in relazione al tipo di fatto, che invero non rappresenta una aggressione alla 'persona' ed esprime un disvalore e anche una pericolosità distinti (vd anche *infra* quanto specificato a proposito delle aggravanti).

Con pena più elevata (comma 2) devono poi essere ovviamente puniti i fatti di rivelazione, diffusione etc. dei contenuti comunicativi, sia se commessi dall'autore del fatto di cui al primo comma, che se commessi da soggetti diversi (comma 3, nr. 1), in considerazione dell'elevato disvalore di evento derivante dall'avvenuta propalazione dei contenuti riservati.

I fatti consistenti nella *falsa formazione* o comunque *alterazione* del contenuto di una comunicazione - anche in considerazione della depenalizzazione del falso in atti privati - è infine resa punibile solo a condizione che venga fatto effettivamente uso di tali contenuti alterati e il disvalore di azione vienerafforzato dalla richiesta di un dolo specifico di vantaggio o di danno, in modo da garantire anche unaverifica sulla idoneità offensiva della condotta.

### **Aggravanti e regime di procedibilità**

Al riorientamento della tutela in chiave spiccatamente personalistica e sussidiaria della tutela devono conseguire coerenti scelte riguardo alle aggravanti e al regime di procedibilità.

Quanto alle circostanze aggravanti, si è ritenuto di escludere l'aggravamento oggi previsto ad esempio negli artt. 617 e 617 *ter* c.p. quando il reato è commesso "in danno di un pubblico ufficiale o incaricatidi un pubblico servizio nell'esercizio o causa delle funzioni o del servizio". La scelta, più volte ricordata, di delimitare la tutela attraverso un più stringente riferimento alla 'persona' renderebbe infatti incongrua l'attribuzione di un disvalore aggiuntivo collegato ad un profilo estrinseco rispetto al piano dell'offesa tipica.

Una maggiore gravità del fatto, per intuibili ragioni, appare invece ricollegabile, come già avviene oggi, alla commissione del reato da parte di soggetti rivestiti di qualifiche pubblicistiche, abusando dei poteri o in violazione di doveri inerenti alla funzione svolta, così come - sia pure per motivi non del tutto assimilabili - nel caso in cui autore del reato sia "chi svolge anche abusivamente la professione di investigatore privato".

Come accennato in sede di premessa, inattuale e limitato appare poi l'aggravamento che gli artt. 619 e 620 c.p. ricollegano alla circostanza che l'autore sia persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni. La varietà, frammentazione e diversificazione dei ruoli, delle qualità e delle attività, approfittando dei quali il soggetto è in grado di violare la riservatezza delle comunicazioni altrui da una posizione 'privilegiata', richiede oggi l'adozione di formule meno vincolate. Quella che viene suggerita valorizza appunto l'esistenza di una 'posizione' che consente all'autore l'accesso alle comunicazioni altrui o addirittura egli è addetto alla loro conservazione o protezione (e la commissione del reato implica quindi la violazione di un dovere funzionale)

Per quel che invece riguarda il regime di procedibilità, tutte le ipotesi sono state configurate come perseguibili a querela di parte, con la sola eccezione del caso in cui il reato sia stato commesso abusando dei poteri o violando i doveri inerenti ad una funzione pubblica, proprio in ragione della strumentalizzazione di quest'ultima per fini illeciti. Il bene tutelato non cambia, ma l'interesse a perseguire la sua aggressione non può dirsi, in questi casi, essere di esclusiva pertinenza del titolare del diritto in quanto realizzata piegando a finalità illecite la pubblica funzione della quale il soggetto è rivestito.

Rispetto alla normativa vigente, dunque, sono state eliminate le ipotesi di perseguibilità di

ufficio legate alla qualità della vittima. Poiché infatti la tutela penale assicurata in questa sezione alla riservatezza delle comunicazioni rappresenta una proiezione della tutela della persona e configura un diritto tipicamente disponibile non sembrano esserci ragioni, soprattutto nell'ottica sussidiaria che ispira le proposte, per sottrarre al titolare la decisione se attivare o meno la più intesa tra le possibili reazioni ordinamentali alla violazione del suo diritto. Del tutto irrilevante, da questo punto di vista, appare poi la circostanza che le comunicazioni (personali) violate siano riferibili (anche) ad un soggetto rivestito di qualifiche pubblicistiche. La violazione di comunicazioni riservate aventi ad oggetto contenuti (non personali ma) riferibili alla funzione o al servizio svolto dal soggetto o alla sua attività professionale, ferma restando la configurabilità di altri reati (prodromici e non) dovrebbero essere ricondotte a fattispecie *ad hoc* poste a tutela di interessi distinti.

## 2.2 Installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni

<p>Art. 616 <i>bis</i>                      Installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telefoniche o telegrafiche</p> <p>Chiunque, fuori dei casi consentiti dalla legge, installa apparati, strumenti, parti di apparati od strumenti al fine di intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche tra altre persone è punito con la reclusione da uno a quattro anni.</p> <p>La pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso in danno di un pubblico ufficiale nell'esercizio o a causa delle sue funzioni ovvero da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.</p>	<p>Proposta di riforma</p> <p>Chiunque, fuori dai casi consentiti dalla legge, al fine di intercettare o impedire comunicazioni tra altre persone, installa o fa installare apparati, strumenti, programmi informatici, in modo idoneo a realizzare tale scopo, è punito con la reclusione da (sei mesi a due anni).</p>
--	--

### Scheda illustrativa

Quanto, infine, alle fattispecie di pericolo, si può osservare che il rango della riservatezza come bene giuridico tutelato, la peculiarità e la insidiosità delle modalità offensive prese in considerazione e l'irrimediabilità del danno, una volta consumatosi, sembrano giustificare, nonostante la cautela che deve sempre circondare l'uso di questa tecnica di incriminazione, il ricorso a forme di anticipazione della tutela come quelle attualmente previste dagli art. 617 *bis* e 617 *quinquies* c.p.

E proprio al fine di consolidare il profilo offensivo della fattispecie, si è ritenuto preferibile esplicitare il riferimento alla idoneità della condotta rispetto alla realizzazione del dolo specifico richiesto dalla norma, considerata anche la spiccata connotazione 'tecnica' delle condotte da accertare.

La fattispecie riguarda tutte le forme di comunicazione così come individuate nella norma

definitoria (anche se è ovvio che quelle epistolari sono 'di fatto' escluse) ed tra le modalità di condotta stato inserito il riferimento anche alla installazione di programmi informatici atti alla intercettazione (o impedimento) delle comunicazioni [rispetto a questa ultima ipotesi, la fattispecie svolge una funzione di anticipazione della tutela anche riguardo all'ipotesi di accesso non autorizzato ad un sistema informatico, punendo il fatto in sé della installazione del programma finalizzata (e idonea) alla intercettazione].

E' stato invece eliminato il riferimento alla installazione di 'parti di apparati o strumenti', che non sembra offrire sufficiente affidamento sul piano empirico quanto alla loro effettiva destinazione: se ci si riferisce alle 'parti' (in uno stadio evidentemente di non completa installazione) appare difficile attribuire ad esse in maniera sufficientemente univoca la funzione che norma richiede.

Dal punto di vista sanzionatorio, sarebbe opportuno che il legislatore intervenisse sulle cornici edittali delle fattispecie di pericolo. Quelle attualmente vigenti, infatti, appaiono sproporzionate rispetto alle ben più gravi ipotesi di danno previste rispettivamente dall'art. 617 c.p e 617 *quater*. Basti osservare che il minimo edittale degli artt. 617 *bis* e 617 *quinquies* c.p. è il doppio di quello previsto degli art. 617 e 617 *quater* c.p., che invece dovrebbero considerarsi ipotesi di per sé più grave, in quanto concretizzazione dell'offesa. Analogamente, appare del tutto irragionevole l'equiparazione sanzionatoria delle rispettive ipotesi aggravate previste nel secondo comma, dal momento che, in relazione alle modalità offensive nei confronti di un medesimo bene giuridico, una fattispecie aggravata di pericolo non può essere sanzionata allo stesso modo di una fattispecie aggravata di danno, se non a patto di una eccessiva disvalorizzazione del profilo soggettivistico dell'autore del reato di pericolo.

In sede di riforma bisognerebbe, poi, riflettere sul rapporto tra le fattispecie di pericolo e le fattispecie configurabili nel caso in cui il pericolo si concretizzi, non solo mediante un necessario riequilibrio sanzionatorio (vd. *supra*), ma anche eventualmente rendendo esplicito il rapporto di progressione criminosa nel caso in cui installatore e utilizzatore degli apparecchi sia la stessa persona con conseguente assorbimento del disvalore (differenziando quindi la posizione di chi installa 'per' intercettare e chi installa 'perché altri possano intercettare').





## **RIVELAZIONE DI SEGRETO PROFESSIONALE E RIVELAZIONE DI SEGRETI SCIENTIFICI O COMMERCIALI (ARTT. 622 E 623 C.P.)**

*Alessandra Rossi e Maurizio Riverditi*

In riferimento all'analisi ed alla conseguente possibile innovazione dei disposti di cui agli artt. 622 e 623 c.p., data la peculiarità degli interessi tutelati, che superano il limite di una tutela della persona direttamente interessata, comprendendo oggettività giuridiche di più ampio respiro, societarie, bancarie, industriali e tecnologiche, nonché il rilievo anche pubblicistico che gli stessi possono rivestire, si ritiene opportuna una riqualificazione sia dei soggetti attivi, sia dei presupposti di acquisizione dei segreti e delle notizie destinate a rimanere segrete, influenzanti le possibili diverse modalità comportamentali, sia degli oggetti materiali e, non ultimo, ancora in riferimento al dato precettivo, delle possibili condotte punibili.

Per quanto riguarda, in particolare, gli oggetti materiali, superandosi l'originaria impostazione codicistica, in un'ottica di revisione complessiva del disvalore delle ipotesi criminose in esame, si è ritenuto opportuno attribuire natura giuridica di circostanza aggravante alla previsione di cui all'art. 623 c.p.

Tra le novità proposte in riferimento ai soggetti attivi, l'ampliamento delle categorie e la specificazione di talune di esse ( in relazione ai segreti acquisiti per operatività funzionali da parte degli esponenti bancari, da parte di una ampia catalogazione di soggetti operanti quali apicali nelle organizzazioni complesse, nonché inseriti nei diversi organigrammi in posizione direzionale, ovvero sottoposti alla direzione o vigilanza dei medesimi) si fonda sulla scelta di meglio definire le modalità comportamentali a ciascuna di esse riferibili tenendo conto della diversa potenzialità aggressiva agli interessi protetti che le stesse sono in grado di esprimere. La diversificata tipologia dei soggetti attivirende le relative ipotesi quali fattispecie autonome a soggettività ulteriormente propria.

L'inserimento della clausola evocante l'antigiuridicità speciale connota le fattispecie, in un quadro di interpretazione sistematica, come "ravvicinabili" a quelle che sanzionano l'esercizio di attività o professioni in assenza di idonea autorizzazione.

Al fine di meglio definire l'ambito di tutela e considerando che il mantenimento del segreto caratterizza una prescrizione comportamentale a contenuto preventivo, si ritiene opportuno anticipare la punibilità delle fattispecie alla rivelazione del segreto, senza richiedere che dalla stessa ne derivi nocimento; peraltro, laddove questo si verifichi in concreto, si ritiene opportuno prevedere un'apposita aggravante. Essendo, peraltro, necessaria la corretta tipizzazione del pericolo, si ritiene opportuno il ricorso a termini semanticamente pregnanti, tenendo peraltro presente che la rilevanza non soltanto giuridica dei contenuti di una notizia segreta, proprio per la qualificazione del segreto come momento di valore di forte impatto anche sociale, appare, di per sé, meritevole di sanzione. Ci si arroga, quindi, il diritto di provare a considerare non manifestamente irragionevole la scelta della natura di pericolo astratto delle fattispecie (base) di cui è causa.

Al fine di anticipare e selezionare l'ambito di applicazione delle fattispecie, si ritiene coerentemente opportuno prevederne la punibilità a titolo di dolo specifico, incentrato sugli interessi "egoistici" del soggetto agente, con un perimetro di maggiore ampiezza rispetto al semplice scopo di profitto. In tal modo, secondo le più recenti e condivisibili impostazioni dottrinali, si ritiene di ancorare l'operatività della fattispecie all'esistenza di una concreta idoneità offensiva della condotta, che, di per sé, potrà costituire un valido bilanciamento rispetto alla costruzione

dell'ipotesi criminosa in chiave di pericolo astratto.

Per ciò che concerne la declinazione delle risposte sanzionatorie, in un quadro di proporzionalità attento sia alla tipologia di soggetti, sia alla tipologia degli oggetti materiali se ne ritiene opportuna una modulazione graduata e non unitaria, ferma la normale applicabilità delle pene accessorie declinabili tra art. 30/31 e 32 bis c.p.

Per quanto concerne la procedibilità, si ritiene opportuna l'opzione della procedibilità d'ufficio, stante la già segnalata rilevanza anche pubblicistica degli interessi tutelati, nonché la difficoltà con specifico riferimento – ma non solo – all'ambito societario, della concreta individuazione della persona offesa.

### **Art. 622 c.p.: rivelazione o impiego di segreti. Proposta di modifica**

1. Chiunque, avendo notizia per ragione del proprio stato, ufficio o arte, di un segreto, indebitamente lo rivela o lo impiega, anche per interposta persona, in modo idoneo a procurare, asé o ad altri, un ingiusto vantaggio ovvero arrecare un danno, è punito con la reclusione fino ad unanno.

2. La pena è della reclusione fino a due anni se il fatto è commesso, anche per interposta persona, da chi ha notizia del segreto per ragione della propria professione o della funzione svolta.

3. La stessa pena si applica:

a) se il fatto è commesso dall'esponente bancario, anche per interposta persona, in relazione a segreti inerenti i rapporti bancari intrattenuti dal cliente, ovvero appresi nell'esercizio dell'attività bancaria;

b) nell'ambito di società o del gruppo al quale la stessa appartiene o di enti privati, agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci, ai liquidatori, di diritto e di fatto, a chi svolge la revisione legale dei conti, nonché a chi esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti precedentemente indicati, i quali, anche per interposta persona, rivelano o impiegano notizie sociali segrete.

4. La pena è della reclusione fino ad un anno se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati nel comma precedente.

5. Se dai fatti descritti ai commi precedenti deriva nocumento per il titolare dell'informazione coperta da segreto la pena è aumentata.

6. Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

Rispetto alla proposta inizialmente inviata, è stata apportata una modifica all'art. 622, c. 3, lett. b)

c.p. di natura prettamente formale: si è ritenuto opportuno aggiungere l'inciso "di fatto o di diritto" dopo le parole "ai liquidatori", al fine di equiparare la forma alla sostanza e rendendo, così, omogenea la disposizione in questione con la formulazione generalmente adottata dal Legislatore in materia di reati societari.

Come si dirà nel prosieguo, si è a lungo discusso all'interno del gruppo di lavoro relativamente all'opportunità di mantenere o meno la procedibilità a querela di parte. Si è altresì discussa l'opportunità di procedere d'ufficio esclusivamente nelle ipotesi aggravate dall'uso dello strumento informatico: la ratio dell'aggravante sta proprio nella maggior potenziale diffusione del segreto, ciò che farebbe venir meno il riserbo giustificativo della procedibilità a querela. Posta la validità dell'argomento, non è tuttavia detto che l'aver usato uno strumento informatico – di qualunque tipo esso sia – abbia concretamente portato ad una più ampia diffusione del segreto.

Il Sottogruppo propende, dunque, per il mantenimento della procedibilità a querela proprio al fine di meglio proteggere il segreto, bene giuridico tutelato.

**Art. 623 c.p. - Rivelazione di segreti scientifici o commerciali**

Publicato sulla Gazzetta ufficiale in data 7 giugno 2018 il **Decreto Legislativo, 11 maggio 2018, n. 63** attuativo della direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, porta con sé tutta una serie di novità sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti.

Tra le novità apportate dal provvedimento vi è la modifica sostanziale dell'art. 623 c.p.	
<u>Testo precedente</u>  <i>Rivelazione di segreti scientifici o <b>industriali</b></i>	<u>Testo modificato (vigente da 22/06/2018)</u>  <i>Rivelazione di segreti scientifici o <b>commerciali</b></i>
<p>1. Chiunque, venuto a cognizione per <b>ragione</b> del suo stato o ufficio, o della sua professione o arte, di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni <b>scientifiche o applicazioni industriali</b>, le rivela o le impiega a proprio o altrui profitto, è punito con la reclusione fino a due anni.</p> <p>2. Il <b>delitto</b> è <b>punibile</b> a querela della persona offesa.</p>	<p>1. Chiunque, venuto a cognizione per <b>ragioni</b> del suo stato o ufficio, o della sua professione o arte, <b>di segreti commerciali o</b> di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni <b>scientifiche</b>, <b>li</b> rivela o <b>li</b> impiega a proprio o altrui profitto, è punito con la reclusione fino a due anni.</p> <p>2. <b>La stessa pena si applica a chiunque, avendo acquisito in modo abusivo segreti commerciali, li rivela o li impiega a proprio o altrui profitto.</b></p> <p>3. <b>Se il fatto relativo ai segreti commerciali è commesso tramite qualsiasi strumento informatico la pena è aumentata.</b></p> <p>4. <b>Il colpevole è punito</b> a querela della persona offesa.</p>

La *ratio* del Legislatore prevista nella modifica della disposizione normativa in esame è stata quella di tutelare la libertà e segretezza dei rapporti professionali, nonché l'interesse alla loro conservazione, che riguardano determinate categorie di professionisti e i loro dipendenti.

In estrema sintesi il bene giuridico oggetto di tutela è dunque l'interesse a che non vengano divulgate notizie attinenti ai metodi che caratterizzano la struttura industriale: il c.d. *know how*, vale a dire quel patrimonio cognitivo ed organizzativo necessario per la costruzione, l'esercizio, la manutenzione di un apparato industriale.

Per quanto concerne gli elementi di novità e di originalità del prodotto nonché delle possibili applicazioni industriali, essi non sono essenziali ai fini della configurazione del delitto.

Viene inoltre ritenuto irrilevante che l'apprensione di segreti scientifici o industriali sia avvenuta legittimamente o meno, essendo sufficiente la rivelazione o l'impiego per un proprio o altrui profitto delle notizie, ma solamente nel caso in cui esse siano state apprese per ragioni del proprio stato o ufficio.

Procedendo con un raffronto comparativo tra la versione previgente e quella introdotta dal decreto legislativo 11 maggio 2018, n. 63, emerge che, per quanto attiene il primo comma dell'art. 623 c.p., al di là di una mera modificazione formale nella parte iniziale di questa norma incriminatrice essendo stata sostituita la locuzione "*cognizione per ragione*" con la più ampia

concezione di “*cognizione perragioni*”, la tutela del segreto non riguarda l'inventore, ma chiunque risulti legittimato allo sfruttamento economico dell'invenzione in regime di segreto<sup>1</sup>.

Quello che maggiormente rileva è l'inserimento, tra quelle informazioni la cui rilevazione o impiego integra il presente illecito penale, anche dei segreti commerciali a loro volta definiti, dal “*nuovo*” art. 98, c. 1, secondo capoverso, Codice della proprietà industriale di cui al D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, introdotto dall'art. 3, c. 2, D.Lgs. 63/2018, “*le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente noteo facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete. Costituiscono altresì oggetto di protezione i dati relativi a prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche.*”.

È doveroso, pertanto, sottolineare che la fattispecie criminosa, almeno nella sua ipotesi base, non cambia se non per l'inserimento di tale tipologia di segreti per cui può configurarsi questo illecito penale tanto è vero che la modifica in questione viene rinvenuta anche nel mutamento del titolo di questo delitto che non è più denominato, come in precedenza, “*Rivelazione di segreti scientifici o industriali*”, ma “*Rivelazione di segreti scientifici o commerciali*”.

Il dettato normativo dell'art. 623 c.p. prevede quale oggetto del segreto industriale le scoperte, invenzioni e applicazioni industriali. Sono tutelate, cioè, tutte le notizie su scoperte scientifiche<sup>2</sup>, invenzioni<sup>3</sup> e applicazioni industriali la cui rivelazione è idonea a danneggiare l'impresa che ne è titolare sul piano della concorrenza.

Si afferma che sussiste un segreto industriale penalmente tutelabile quando vi è un obiettivo interesse (economico) dell'impresa alla sua conservazione secondo (in via principale) il criterio della attività di concorrenza.

È, senza dubbio alcuno, necessario che si tratti di notizie non notorie, non debbono, cioè, fare parte del bagaglio culturale di base, seppur raffinato, dell'esperto del ramo oppure dell'operatore medio, bagaglio in cui sono ricomprese anche le informazioni non ancora comuni e diffuse ma effettivamente accessibili mediante ordinarie indagini e ricerche. Un problema di particolare rilevanza è costituito dalla individuazione della linea di confine tra informazioni su cui può essere imposta la segretezza e la sfera delle conoscenze che fanno parte della formazione professionale del lavoratore, nella cui soluzione si trovano in conflitto l'interesse alla libera utilizzabilità delle conoscenze acquisite nel lavoro e la pretesa di una sorta di permanente signoria sulle conquiste tecnologiche realizzate nell'impresa.

In giurisprudenza si esclude dalla segretezza tutto ciò che si sostanzia nella conoscenza del

---

<sup>1</sup> Con l'espressione *cognizione per ragioni* si attribuisce rilievo alla natura funzionale dell'acquisizione della conoscenza presupposta dalla norma, cioè al legame tra svolgimento dell'attività connessa allo *status* e contatto con il patrimonio informativo tutelato. Sono pertanto tutelate tutte le notizie conosciute dall'agente in virtù della introduzione per l'espletamento dei propri compiti nell'organismo aziendale e, dunque, le notizie apprese in ogni settore, pur non di stretta competenza, ma comunque normalmente accessibile nell'ambito della propria attività.

<sup>2</sup> Con il termine “scoperta scientifica” si intende il riconoscimento e la rivelazione di fenomeni già esistenti: un corpo o le sue proprietà o le leggi naturali del mondo fisico, che pur arricchendo il patrimonio culturale, non modificano il preesistente stato oggettivo delle cose e non si sostanziano direttamente in una concreta regola tecnica.

<sup>3</sup> Per “invenzione” si intende l'acquisizione della conoscenza di nuovi rapporti causali per l'ottenimento di un determinato risultato riproducibile indefinitamente, con la dominabilità dunque dei fenomeni finalizzata ad uno scopo empirico. L'invenzione è “*scientifica*” quando vi sia uno stacco, seppure modesto, da quanto ottenibile dalle cognizioni già note.

proprioramo di attività o nella propria capacità tecnica<sup>4</sup>. In senso conforme si è espressa anche la dottrina, secondo cui non sono segrete le conoscenze comuni e le informazioni accessibili all'esperto del settore ancorché con apposite ricerche, essendo indifferente che, di fatto, quel singolo lavoratore le abbia acquisite nello svolgimento del lavoro dell'impresa.

Costituiscono l'oggetto di tutela dell'art. 623, invece, quei nuclei di notizie specificamente determinate e oggettivamente nuove ed inventive.

Il dipendente è tenuto al segreto su tali “nuove” conoscenze anche dopo l'estinzione del rapporto di lavoro, giacché i rapporti di confidenza, supposti dal contratto e che hanno consentito al dipendente l'acquisizione del segreto, non vengono meno con la fine del rapporto di dipendenza<sup>5</sup>. Altre novità, che connotano questa fattispecie di reato, riguardano l'inserimento di due ulteriori commi con cui, da un lato, è stabilito che la “*stessa pena si applica a chiunque, avendo acquisito in modo abusivo segreti commerciali, li rivela o li impiega a proprio o altrui profitto*” (comma secondo)<sup>6</sup>, dall'altro, è previsto che se “*il fatto relativo ai segreti commerciali è commesso tramite qualsiasi strumento informatico la pena è aumentata*” (comma terzo).

Di conseguenza, se nell'ipotesi prevista dal comma primo il reato in oggetto può essere commesso solo da colui che sia venuto a cognizione del segreto per ragioni del suo stato o ufficio – sempre che la rivelazione o l'impiego abbia prodotto, in capo a sé o ad altri, un profitto –, secondo quanto previsto dal nuovo secondo comma dell'art. 623 c.p., integra l'illecito anche chi non sia venuto a conoscenza dei segreti commerciali per le ragioni sopra elencate, ma per aver acquisito in modo *abusivo* la notizia segreta. Anche in questo caso, è poi necessario che la rivelazione o l'impiego siano avvenuti a proprio o altrui profitto<sup>7</sup>.

È inoltre contemplata in merito a quanto previsto dall'art. 623, c. 3, c.p., una circostanza speciale a effetto comune, segnatamente quando il fatto relativo ai segreti commerciali venga *commesso tramite qualsiasi strumento informatico*.

Va oltre a ciò rilevato che è rimasta invariata l'allora comma secondo dell'art. 623 c.p. ossia che il “*colpevole è punito a querela della persona offesa*”, previsto oggi al comma quarto in virtù dell'inserimento dei nuovi commi sopra citati.

### ***Art. 623 c.p.: rivelazione o impiego di segreti scientifici o commerciali.***

#### **Premessa alla proposta di modifica.**

Analizzata e commentata la fattispecie di cui all'art. 623 c.p. ad oggi in vigore, non resta che illustrare alcune proposte di modifica alla stessa sulla scorta, in particolare, di un evidente e fisiologico cambiamento ed evoluzione del concetto di ‘invenzione’ o ‘scoperta scientifica’ che riteniamo essere intervenuto dal 1930 ad oggi, come più avanti meglio emergerà.

#### **1. Fattispecie autonoma o aggravante dell'art. 622 c.p.?**

---

<sup>4</sup> Cass. Civ. n. 2356/1960.

<sup>5</sup> La norma in esame, oltretutto, sarebbe del tutto inutile se circoscrivesse il vincolo del segreto al periodo di sussistenza del rapporto privilegiato in occasione del quale si è venuti a conoscenza della notizia: si pensi ai rapporti non durevoli di natura libero professionale, oppure al facile *escamotage* di interrompere il rapporto per poter liberamente sfruttare le conoscenze acquisite.

<sup>6</sup> Con il “nuovo” comma secondo, dunque, è previsto che la stessa pena, ossia la reclusione fino a due anni, si commina anche chi, avendo acquisito in modo abusivo segreti commerciali, li rivela o li impiega a proprio o altrui profitto.

<sup>7</sup> Stante il divieto di analogia, è chiaro che questa norma riguarda solo l'acquisizione abusiva di segreti commerciali, e pertanto non rileva per gli altri segreti previsti dall'art. 623, c. 1, c.p. salvo che per quelli concernenti le notizie destinate a rimanere segrete sopra le applicazioni industriali.

Riteniamo che, anche e soprattutto alla luce delle modifiche apportate alla fattispecie in parola dal d.lgs. 63/2018 – che, tra le altre cose, ha inserito il capoverso, ove è prevista la punibilità di quel soggetto che abbia divulgato o impiegato il segreto commerciale essendone entrato in possesso in modo abusivo –, le due norme non possano considerarsi ‘allineate’ e, come si vedrà in conclusione, l’art. 623 c.p. non possa limitarsi a rappresentare un’ipotesi aggravata dell’art. 622 considerata la diversità e la maggior estensione del bene giuridico tutelato dalla norma.

Per queste ragioni, abbiamo preferito delineare una fattispecie autonoma di reato, invece di un’ipotesi aggravata dell’art. 622 c.p.

## **2. Ipotesi aggravata qualora il fatto sia commesso da soggetti apicali della società.**

Mutuando quanto previsto nella proposta di riforma dell’art. 622 c.p., anche per la fattispecie direata in parola si è ritenuto opportuno prevedere una circostanza aggravante qualora la condotta di rivelazione o impiego del segreto scientifico o commerciale sia posta in essere da determinati soggetti: in particolare, soggetti titolari di poteri di direzione, amministrazione e controllo della persona giuridica, titolare del segreto.

## **3. La procedibilità a querela.**

I ragionamenti relativi al tema della procedibilità a querela sono comuni ad entrambe le disposizioni (artt. 622 e 623 c.p.). In un primo tempo si era ritenuto, in ottica di riforma della disposizione, di rivederne la procedibilità d’ufficio, eliminando l’ultimo comma, per due ordini di ragioni: da un lato, per aggirare la difficoltà di non poco conto, qualora il reato leda una persona giuridica, di individuare la persona offesa e, in particolare, di comprendere chi sia il soggetto persona fisica deputato a sporgere la querela (da ultimo, si veda la *querelle* insorta, in tal senso, in relazione alla fattispecie di corruzione tra privati di cui all’art. 2635 c.c., che ha concorso alla previsione della procedibilità d’ufficio); dall’altro, considerando i risvolti pubblicistici – o comunque non meramente personali – della lesione del bene giuridico tutelato (che, come si riprenderà più avanti in tema di ‘migrazione’ della norma ad un diverso Titolo del codice penale, può non essere limitato ad un solo individuo privato).

Ci si è tuttavia resi conto che, relativamente alle due fattispecie oggi in esame, la procedibilità d’ufficio potrebbe risultare addirittura *dannosa* per il soggetto offeso. Ed in effetti, anche in considerazione dei (fin troppo) stretti rapporti tra procedimento penale e stampa, il segreto rivelato ovvero impiegato dal soggetto agente in un ambito, in ipotesi, ristretto, diverrebbe così più facilmente di pubblico dominio, perdendo completamente il carattere di segretezza e danneggiando a maggior ragione e ben di più la persona offesa, il cui interesse prioritario ben può essere invece quello di ‘limitare i danni’ derivanti dalla rivelazione o dall’impiego.

Per quanto, dunque, la procedibilità d’ufficio estirperebbe in radice le problematiche accennate – connesse all’individuazione della persona offesa e/o del soggetto avente il potere di querelare, oltre che ad una miglior protezione del bene giuridico tutelato –, ecco che, però, potrebbe creare danni maggiori rispetto a quelli che si vorrebbero evitare.

Come per la fattispecie analizzata in precedenza, anche per l’art. 623 c.p. si è, infine, ritenuto opportuno mantenere la procedibilità a querela di parte.

## **4. Qual è il bene giuridico protetto dalla norma? Suggestioni sul possibile opportuno trasferimento della norma in altra parte del codice penale.**

Alla luce di quanto sino ad ora detto, appare evidente come il bene giuridico tutelato dalla norma non possa ridursi esclusivamente ai diritti della persona, intesa come singolo soggetto offeso, ma abbia più ampio respiro e debba considerarsi di natura plurioffensiva. Si ipotizza dunque una ‘migrazione’ della fattispecie dal Titolo XII al Titolo VIII (“delitti contro l’economia pubblica”) ed in particolare al Capo II (“delitti contro l’industria e il commercio”).

## **5. Da ultimo, due riflessioni.**

Nel corso dello studio e dell'analisi della fattispecie, sono emerse due questioni giuridiche reputate interessanti e delle quali si vuole qui dar conto.

**a) Rivelazione di segreti scientifici e commerciali in rapporto con la corruzione tra privati.** È senz'altro possibile che la rivelazione sia determinata dalla dazione di utilità e che colui che rivela il segreto sia un esponente aziendale *ex art. 2635, c. 1, c.c.* (apicale o "sottoposto"). Salva l'ipotesi in cui il soggetto corrotto sia "sottoposto", la corruzione tra privati è punita più gravemente della rivelazione di segreti commerciali. Tra le differenziazioni che maggiormente spiccano tra le due fattispecie di reato va rilevato che l'art. 623 c.p. è un reato di danno (richiede l'effettiva divulgazione o impiego) mentre la corruzione tra privati è un reato di pericolo (non richiede l'effettivo compimento dell'atto contrario ai doveri); ed infine che la corruzione tra privati è *reato-presupposto* ai sensi del D.Lgs. 231/2001, non così, invece, la rivelazione di segreti commerciali.

### **b) Rivelazione di segreti scientifici e commerciali in rapporto con la normativa sul whistleblowing**

La legge 179/2017 ha inserito il c.d. *whistleblowing* tra i contenuti del Modello organizzativo *ex art. 6 D.Lgs. 231/2001* (comma 2-bis). La legge prevede una scriminante rispetto alla possibile responsabilità del segnalante ai sensi dell'art. 623 c.p. Precisamente: nelle ipotesi di segnalazione effettuata "*nelle forme e nei limiti previsti nel comma 2-bis*", il perseguimento dell'interesse all'integrità dell'ente nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto professionale (art. 622 c.p.) e scientifico/industriale (art. 623 c.p.) e rientranti nell'obbligo di fedeltà del lavoratore *ex art. 2105 c.c.*

## **6. Proposta di riforma: il 'nuovo' testo dell'art. 623 c.p.**

1. Chiunque, avendo notizia per ragione del proprio stato, ufficio o arte, di segreti commerciali o di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni scientifiche, indebitamente lo rivela o lo impiega, anche per interposta persona, in modo idoneo a procurare, a sé o ad altri, un ingiusto vantaggio ovvero arrecare un danno, è punito con la reclusione fino a due anni.

2. La pena è della reclusione fino a tre anni e se il fatto è commesso, anche per interposta persona, da chi ha notizia del segreto per ragione della propria professione o della funzione svolta.

3. La stessa pena si applica:

a) nell'ambito di società o del gruppo al quale la stessa appartiene o di enti privati, agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci, ai liquidatori, di diritto e di fatto, a chi svolge la revisione legale dei conti, nonché a chi esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti precedentemente indicati, i quali, anche per interposta persona, rivelano o impiegano notizie sociali segrete.

4. La pena è della reclusione fino a due anni se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati nel comma precedente.

5. La stessa pena di cui al primo comma si applica a chiunque, avendo acquisito in modo abusivo segreti commerciali, li rivela o li impiega a proprio o altrui profitto.

6. Se il fatto relativo ai segreti commerciali è commesso tramite qualsiasi strumento informatico la pena è aumentata.

7. Se dai fatti descritti ai commi precedenti deriva documento per il titolare dell'informazione coperta da segreto la pena è aumentata.

8. Il delitto è punibile a querela della persona offesa.





Sezione II – Atti del seminario di discussione

10 settembre 2021  
Università degli studi di Verona



# **REATI CONTRO L'INVOLABILITÀ DEL DOMICILIO, LA TUTELA DELLA VITA PRIVATA E DEI SEGRETI, LA LIBERTÀ E LA PERSONALITÀ INFORMATICA**

*Vincenzo Bruno Muscatiello*

**Sommario:** 1. I nostri reati; 1.1. Riflessioni; 1.2. Articolo 615 c.p.: Violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale; 1.2.1. (segue) Riflessioni; 1.3. Articolo 615 bis: “Interferenze illecite nella vita privata”; 1.3.1. (segue) I possibili incroci; 1.4. Articolo 617 *septies*; 1.5. Articoli dal 616 al 620 c.p.; 2. Possediamo solo nudi nomi; 2.1. Da *Deep Blue* a *Sophia*; 2.2. *Imitation game*; 2.3. *Machina delinquere potest?*; 2.4. I topi di *Autun*.

## **1. I nostri reati**

Art. 614 c.p.: 1. Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. 2. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno. 3. Il delitto è punibile a querela della persona offesa. 4. La pena è da due a sei anni, e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato.

### *La proposta*

1. Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in altri luoghi non aperti al pubblico e stabilmente destinati dal titolare allo svolgimento di atti della vita privata, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione da (sei mesi a due anni). 2. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno. 3. Il delitto è punibile a querela della persona offesa. 4. La pena è da (uno a quattro anni) e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato o ricorre ad altra forma di intimidazione.

## **1.1. Riflessioni**

Sono d'accordo con la proposta, la quale individua una dosimetria sanzionatoria più giusta e risolve alcuni dei tradizionali quesiti che si sono affacciati nella esperienza del molteplice. Non tutti, né potrebbe farlo: auto di coppietta appartata come domicilio (“o in altri luoghi non aperti al pubblico e stabilmente destinati dal titolare allo svolgimento di atti della vita privata”): a questo scopo l'avverbio “stabilmente” andrebbe rimosso, per privarlo di troppa capacità selettiva), ingresso dell'amante del domicilio coniugale, appartamento studentesco con più domicilianti. E soprattutto dissenso tacito che spesse volte assomiglia al dissenso presunto.

Conservo qualche perplessità solo su questa ultima variante, il caso cioè in cui il domicilio appartenga a più titolari, quanto all'idea di prevedere una formula del tipo «Nel caso in cui i titolari del diritto di esclusione siano più di uno, è sufficiente il dissenso, espresso o tacito anche di uno solo, purché la destinazione del luogo allo svolgimento di atti della vita privata sia a lui o anche a lui riferibile» (*anche a lui* potrebbe essere sostituito con *solo a lui* o *esclusivamente a lui*: si eviterebbe che in una casa di studenti un ospite dell'uno sia interdetto dall'ingresso non solo nella stanza dell'altro ma anche negli spazi comuni, tipo cucina o *toilette*). Il dissenso del coniuge è ragionevolmente tacito, forse persino espresso nella formula sacramentale che accompagna la celebrazione del matrimonio, ma non credo sia giusto che un amante clandestino, che faccia ingresso nel domicilio (di entrambi) per volontà di uno dei due coniugi, possa incorrere nel reato di violazione di domicilio. Né avrebbe senso richiedere un dissenso espresso del coniuge tradito (giacché quello tacito è più che immaginabile, il che ci porterebbe al paradosso di costruire il reato solo qualora sappia chi sia l'amante clandestino e gli neghi espressamente il consenso).

Mi verrebbe da dire che in questi casi le categorie penalistiche appaiono sostanzialmente stupide e certamente non è entusiasmante occuparsi di queste varianti. Meglio lasciare le cose come sono, e lasciare al senno-del-dopo la dissennata scelta di affidare al diritto penale le liti di convivenza domiciliare. Anche perché - ed ha nuovamente ragione Stefano Fiore - questo reato ha una offensività ridotta, tranne che non si accompagni ad altri e più incisivi reati, la cui forza sanzionatoria è però sufficiente ad inglobare il disvalore penale che il reato, altrimenti, non possiederebbe.

Un ultimo appunto, un *alert* più che un richiamo: la "privata dimora" di cui al vigente 614 c. p. è stata intesa in vario modo: una grotta adibita ad uso domestico, un veicolo utilizzato da famiglie nomadi, una baracca e struttura precaria con analoga finalità; un'abitazione saltuaria, purché attuale, una casa colonica o "casale" su fondo coltivato, pur se utilizzata dal possessore per uso domestico saltuariamente, in relazione alla cura di animali o alla coltivazione stagionale del fondo; il luogo ove il soggetto esplica la propria attività commerciale, come il ristorante; uno stabilimento industriale; un box in costruzione su terreno recintato; lo studio di un libero professionista che pure eserciti compiti che si inseriscono in un'attività procedimentale di rilevanza pubblicistica; lo spogliatoio di avvocati all'interno del Palazzo di Giustizia (con conseguente ipotesi di furto aggravato), il pianerottolo condominiale così come l'androne di accesso all'edificio (le "appartenenze" al luogo di privata dimora) e così via. Nozione poliedrica, resta comunque richiamata dall'art. 13 della l. 24 novembre 1981, n. 689<sup>1</sup> e la sua

---

<sup>1</sup> Art. 13 (Atti di accertamento) l. 24 novembre 1981, n. 689: 1. Gli organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro possono, per l'accertamento delle violazioni di rispettiva competenza, assumere informazioni e procedere a ispezioni di cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, a rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ad ogni altra preparazione tecnica. 2. Possono altresì procedere al sequestro cautelare delle cose che possono formare oggetto di confisca amministrativa, nei modi e con i limiti con cui il Codice di Procedura Penale consente il sequestro alla polizia giudiziaria. 3. E sempre disposto il sequestro del veicolo a motore o del natante posto in circolazione senza essere coperto dalla assicurazione obbligatoria e del veicolo posto in circolazione senza che per lo stesso sia stato rilasciato il documento di circolazione. 4. All'accertamento delle violazioni punite con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro possono procedere anche gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, i quali, oltre che esercitare i poteri indicati nei precedenti commi, possono procedere, quando non sia possibile acquisire altrimenti gli elementi di prova, a perquisizioni in luoghi diversi dalla privata dimora, previa autorizzazione motivata del pretore del luogo ove le perquisizioni stesse dovranno essere effettuate. Si applicano le disposizioni del primo comma dell'art. 333 e del primo e secondo comma dell'art. 334 c.p.p.

Cass. civ., sez. II, 20 aprile 2021, n. 10369: «La nozione di privata dimora rilevante, agli effetti dell' art. 13 l. n. 689 del 1981, per delimitare il potere di ispezione degli organi addetti all'accertamento di illeciti amministrativi (potere che può, appunto, esercitarsi esclusivamente in luoghi diversi dalla privata dimora) coincide con quella rilevante agli effetti del reato di violazione di domicilio (art. 614 c. p.) e, dunque, comprende non soltanto la casa di abitazione, ma anche qualsiasi luogo destinato permanentemente o transitoriamente all'esplicazione della vita privata o di attività lavorativa, vale a dire di atti della sua vita privata riconducibili al lavoro, al commercio, allo

abrogazione, o meglio sostituzione, pone un problema di coordinamento con la disciplina degli illeciti amministrativi, oltre che per numerosi altri richiami normativi<sup>2</sup>. Occorre forse tenerne conto.

## **1.2. Articolo 615: Violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale**

1. Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni s'introduce o si trattiene nei luoghi indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. 2. Se l'abuso consiste nell'introdursi nei detti luoghi senza l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge la pena è della reclusione fino a un anno. 3. Nel caso previsto dal secondo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa.

### *La proposta*

**Articolo 615: Violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale** 1. Il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni s'introduce o si trattiene nei luoghi indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. 2. Se l'abuso consiste nell'introdursi nei detti luoghi senza l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge la pena è della reclusione fino a un anno. 3. Nel caso previsto dal secondo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa.

### **1.2.1. (segue) Riflessioni**

La disposizione contenuta nell'art. 615 c.p. sopra citato tutela il diritto alla libertà domestica, reprimendo con la previsione di una severa pena edittale gli abusi del pubblico ufficiale che, proprio a cagione di tale sua qualifica e dei poteri ad essa connessi, è in grado di vulnerare più gravemente la libertà individuale. Per questo si ritiene che l'interesse tutelato dalla norma sia anche quello al corretto comportamento degli organi della Pubblica Amministrazione, che giustifica la procedibilità d'ufficio, diversamente da quanto avviene, almeno di regola, per la fattispecie "comune" di cui all'art. 614.

In alcune situazioni la tutela del domicilio viene a confliggere con l'esercizio di una funzione pubblicistica: un occupatore abusivo di un immobile che qui abbia - chissà come - posta la di lui residenza, potrebbe eccipire il diritto al domicilio rispetto al P.U. che ne chieda lo sgombero. L'accesso in un cantiere contiguo alla privata dimora da parte di un P.U. (un vigile urbano)

---

studio, allo svago». (Nel caso di specie, la S.C. ha confermato la decisione del giudice di merito che aveva considerato illegittima la sanzione irrogata per attività rumorosa accertata all'interno di una casa di abitazione nella quale si svolgeva una festiciola con accompagnamento musicale). T.A.R. Aosta, Sez. I, 16 settembre 2020, n. 41: «La nozione di "privata dimora" richiamata dall' art.13, l. n. 689/1981 coincide con quella rilevante per la commissione del reato di violazione di domicilio di cui all' art. 614 c.p., la quale prescinde dall'accertamento della proprietà e degli eventuali diritti reali che interessano un determinato luogo, ma dipende dal fatto che in esso si svolgano non occasionalmente atti della vita privata e che si tratti di uno spazio inaccessibile ai terzi senza il consenso del titolare».

<sup>2</sup> Così nell'art. 72 del Decreto ministeriale del 10 giugno 2021; v. art. 3 della Delibera del garante per la protezione dei dati personali del 29 novembre 2018 (in *Gazz. Uff.*, 4 gennaio 2019, n. 3), *Regole deontologiche relative al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica pubblicate*, ai sensi dell'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101. (Delibera n. 491) secondo cui «Tutela del domicilio», art. 3 l. La tutela del domicilio e degli altri luoghi di privata dimora si estende ai luoghi di cura, detenzione o riabilitazione, nel rispetto delle norme di legge e dell'uso corretto di tecniche invasive; l. 08 marzo 2001, n. 40 in tema di Detenzione domiciliare speciale – Art. 3 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274; Art. 53 in tema di Obbligo di permanenza domiciliare; e così di seguito.

potrebbe essere anch'esso sussunto nello schema del 615 c.p. Certamente nel 615 la contrarietà non è rispetto allo *jus excludendi*, ma alle disposizioni di legge che delimitano le funzioni del P.U., o le formalità del citato ingresso: il P.U. entra ma non potrebbe farlo; ovvero entra ma con modalità non prescritte dalla legge.

Mi incuriosisce comprendere se l'abuso dell'art. 615 c.p. coincida in qualche modo con l'abuso dell'art. 323 c.p.

Nel caso di incompetenza assoluta, violazione cioè commessa abusando di poteri che non rientrano nella sfera di competenza del P.U., si riteneva che la previsione incriminatrice più corretta fosse quella *ex art. 323 c.p. e 614 c.p.*<sup>3</sup>. Il nuovo abuso di ufficio cambia la prospettiva ma non risolve tutti i dubbi (il nuovo art. 323 c.p. «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in 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, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni»).

Il vigile urbano - per restare ad un caso realmente accaduto<sup>4</sup> - che effettua una perquisizione in un locale ove si esercitava abusivamente l'attività di parrucchiere (peraltro competitiva con quella della di lui moglie, invece regolarmente esercitata), in dispregio dell'art. 13 della l. n. 689 del 1981 che, per il controllo finalizzato alla repressione di violazioni amministrative, pone appunto il limite della privata dimora, compie quale reato? I profili sanzionatori, del nuovo abuso e della nuova proposta, sono coincidenti, per entrambi da 1 a 4 anni, il che risolve l'interesse alla delimitazione, tranne che nell'ipotesi in cui la violazione di legge coincida con la violazione delle formalità previste dalla legge, per esempio, con l'autorizzazione un tempo del Pretore, ora della autorità giudiziaria. Qui l'alternativa non sarebbe fra 323 e 615 primo comma, ma fra 323 e 615 secondo comma, peraltro reso procedibile a querela.

### 1.3. Articolo 615 bis: Interferenze illecite nella vita privata

1. Chiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni. 2. Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo. 3. I delitti sono punibili a querela della persona offesa; tuttavia, si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di

<sup>3</sup> Cfr. G. FIANDACA - E. MUZIO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2019, 285.

<sup>4</sup> L'abuso di poteri inerenti alle funzioni che qualifica la condotta del delitto di violazione di domicilio commesso da un pubblico ufficiale non postula la presenza degli estremi necessari per l'integrazione del reato di abuso di ufficio potendo realizzarsi per effetto di qualsiasi abuso come l'usurpazione lo sviamento il perseguimento di una finalità diversa l'inosservanza di leggi regolamenti o istruzioni ecc. indipendentemente dall'ingiustizia o meno degli scopi perseguiti dall'agente. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta la sussistenza del reato di cui all'art. 615 c.p. poiché la perquisizione operata da un vigile urbano nei locali ove si esercitava senza licenza l'attività di parrucchiere - così facendo concorrenza a quella debitamente autorizzata della moglie del predetto pubblico ufficiale - era intesa a conseguire uno scopo giuridicamente lecito ossia la repressione di un'infrazione amministrativa ma era contraria all'art. 13 l. n. 689/1981 che pone il divieto di perseguire i luoghi di privata dimora). Cass., Sez. V, 19 maggio 1993 n. 5088.

investigatore privato.

### *La Proposta*

1. Chiunque, mediante l'uso di strumenti di captazione, registrazione o trasmissione audiovisiva, si procura (indebitamente) notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614 o in altri luoghi privati destinati, anche temporaneamente, ad assicurare la intimità ed escludere i terzi, è punito con la reclusione da (sei mesi a due anni).  
2. La pena è della reclusione da (uno a tre anni) se il colpevole invia, consegna, cede, pubblica, diffonde mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico o rende comunque accessibile a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, le notizie o le immagini indicate nella prima parte di questo articolo.  
3. Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi commette il fatto di cui al comma precedente, 1) essendosi procurato le notizie o immagini indicate nella prima parte con modalità clandestine o fraudolente diverse da quelle previste nel primo comma; 2) avendo ricevuto o comunque acquisito a qualunque titolo le notizie o immagini indicate commi precedenti.  
4. La pena per i reati di cui ai commi 2 e 3 è della reclusione da (uno a cinque anni) se le notizie o le immagini attengono alla sfera sessuale o la loro conoscenza è idonea a ledere la reputazione della persona a cui si riferisce.  
5. I delitti sono punibili a querela della persona offesa; tuttavia si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato [Il tentativo è punibile].

Osservazioni.

Se non ho compreso male, il fatto di indiscrezione e quello di divulgazione si muovono in una logica di non necessaria sovrapposizione, il che significa – sempre se non ho inteso male – che *esprimono un disvalore che prescinde dalla modalità di acquisizione, che invece, in ottica sussidiaria, opera come criterio selettivo della rilevanza della (mera) indiscrezione, che oggi condiziona la possibilità di incriminare successive condotte di divulgazione.*

Sono incuriosito, talvolta persino ossessionato, dal tema della convergenza di norme: dunque mi chiedo, vi chiedo, se acquisisco notizie e immagini e poi le divulgo rispondo di uno o due reati? Se l'ispirazione moderata delle nuove norme è quella che immagino, e stante la precisazione contenuta nella relazione (e stante anche il punto di vista della Dottrina - Mantovani, Palazzo, Fiandaca-Musco, Manna - sul medesimo aspetto della precedente incriminazione), credo non vi siano dubbi, dovrebbe applicarsi solo il post-fatto (peraltro anche in base a logiche di consunzione e o assorbimento), ma considerata la incertezza genetica del criterio selettivo, mi/vi chiedo se una clausola di riserva non renda meglio il senso di una semplificazione altrimenti incerta. Un po' come la produzione e la spendita di monete contraffatte, come nella scenetta del film *La banda degli onesti* di Totò e Peppino de Filippo (ed ho completato il racconto delle mie due ossessioni: la riflessione degli istituti nel cinema).

Pongo alcune domande - e qui non è il cinema a ricordarcelo, ma la cronaca che racconta di un ex assessore con mazza in mano che scende per strada a distruggere la cassa acustica alle 3 di notte - festa privata con musica ad alto volume, un vicino di casa riprende la festa per documentare l'inquinamento acustico e magari i comportamenti sopra le righe dei gaudenti insonni o anche solo per documentare un assembramento vietato: scatta il reato? L'*indebitamente* forse ci potrebbe aiutare e mi chiedo, vi chiedo, se non sia il caso di conservarlo; magari persino spiegarlo meglio.

Infine: quali i rapporti con l'art. 323, ult. co., (la cui pena è questa volta più lieve)?

### 1.3.1. (segue) I possibili incroci

I reati fin qui esaminati contengono tutti, e anche il 615 *ter*, una figura specifica legata alla qualifica di pubblico ufficiale del soggetto agente. Per ciascuno di essi ho segnalato possibili convergenze, provo a ripetermi a partire da un reato che pure ha conosciuto una riflessione importante attraverso le due pronunce delle Sezioni Unite, la prima del 2011<sup>5</sup>, la seconda del 2017<sup>6</sup>, entrambe in costanza della ancora non novellata figura di abuso di ufficio.

La più recente sentenza riguardava il caso di un cancelliere in servizio presso la Procura di Busto Arsizio, reo di aver utilizzato le credenziali di accesso al Re.ge. per acquisire, e poi rivelare, informazioni relative ad un procedimento penale che riguardava un suo conoscente. I reati contestati erano 615 *ter* e 326 c.p. Assolta prima, condannata poi in appello, la questione ritorna alle Sezioni Unite, nonostante il precedente Casani. Il quesito posto alla attenzione della Corte è in effetti relativo alla configurabilità del reato pur in presenza di una autorizzazione all'accesso, per finalità però differenti rispetto a quelle per le quali l'accesso sarebbe stato autorizzato; in una sorta di sviamento di potere che - nella attuale formulazione - non sarebbe sussumibile nello schema di incriminazione del nuovo abuso di ufficio. La soluzione trovava spiegazione - per la sentenza Savarese - nella assenza di disposizioni relative ai limiti di consultazione, a differenza della sentenza Casani, dove invece si era registrato il comportamento del tutto anomalo di un maresciallo dei CC che si era introdotto nel sistema di indagine delle forze dell'ordine per esercitare pressioni su una delle parti di un procedimento di separazione in corso (in assenza, dunque, delle ragioni di tutela dell'ordine e della sicurezza che sole avrebbero legittimato la consultazione).

L'approdo delle Sezioni risente delle aperture cui era pervenuta la giurisprudenza in tema di abuso di ufficio e che la nuova disciplina non dovrebbe poter consentire. Immaginiamo invece che le regole vi fossero, e stabilite dettagliatamente in un *corpus* legislativo. Il 323 potrebbe riapparire e, tuttavia, dovrebbe soccombere, io credo, rispetto alla specificità del 615 *ter* e alla sussidiarietà prevalente. Ricordo però che nella pronuncia Savarese si fa salva anche l'applicazione del 326 c.p., quanto alla rivelazione o utilizzazione di notizie di ufficio. Ecco il punto: tutti i reati sono costruiti come *ante* e *post* fatto, con forme di semplificazione. Qui no: la dislocazione delle incriminazioni rende possibile la doppia fattispecie. Provo a ripetermi: la coppia 323 e 326 renderebbe applicabile solo il secondo; la coppia 615 *ter* (reso prevalente sul 323) e 326 renderebbe applicabili entrambi.

### 1.4. Articolo 617 *septies*

L'attuale formulazione: Articolo 617 *septies* «*Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente*»: Chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione, è punito con la reclusione fino a quattro anni. La punibilità è esclusa se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca. Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

---

<sup>5</sup> Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 4694.

<sup>6</sup> Cass., Sez. Un., 9 settembre 2017, n. 41210.



### *La proposta*

**Rivelazione o diffusione di riprese e registrazioni fraudolente.** Chiunque rivela, diffonde con qualsiasi mezzo o rende comunque accessibile a terzi, in tutto od in parte, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, riprese video o registrazioni audio, fraudolentemente effettuate, di incontri privati o di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolti in sua presenza o con la sua partecipazione, è punito con la reclusione fino a (2 anni) La stessa pena si applica a chi, avendo acquisito o ricevuto a qualsiasi titolo le riprese o le registrazioni di cui al primo comma, le rivela, diffonde con qualsiasi mezzo o rende comunque accessibile a terzi, in tutto od in parte, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete. La pena è della reclusione (da uno a tre anni) se il fatto risulta concretamente idoneo a ledere l'altrui dignità o reputazione. Ai fini dell'applicazione di questo articolo non rientra nella condotta di rivelazione l'utilizzazione delle riprese o delle registrazioni di cui ai commi precedenti in un procedimento amministrativo o giudiziario, quando essa risulta funzionale all'esercizio del diritto di difesa o alla tutela dei propri diritti o interessi legittimi. Il delitto è punibile a querela della persona offesa

La natura più che il luogo spiega il senso della disposizione. Scompare il riferimento alla lesione della altrui dignità o reputazione, che prima componeva il dolo specifico del reato, ed ora la sola forma aggravata del 3 comma: se il fatto risulta concretamente idoneo a ledere l'altrui dignità o reputazione. Su questo specifico aspetto ho qualche incertezza: la proiezione finalistica sollevava, non vi è dubbio, forti perplessità, nondimeno la concreta idoneità introduce un margine di complessità eziologica, non essendo del tutto evidente se, ad esempio, attenga ad un colloquio in cui uno dei due faccia affermazioni che delineino un quadro di indegnità, ovvero se copra affermazioni non lusinghiere sulla personalità di un terzo; solo se false, o anche se vere? In sostanza: che significa concreta idoneità, come la si misura, parametra, prevede. Non credo componga l'atteggiamento subiettivo, sembra più una sorta di condizione obiettiva di punibilità.

Domanda: una ripresa che sia funzionale alla tutela di un interesse legittimo, ma che non si collochi ancora in un procedimento amministrativo o giudiziario, ma ne sia la logica premessa, rientra nella scriminante del penultimo comma? Un video in cui si documenta uno schiamazzo notturno, o un posteggio su area disabili inviato per sollecitare l'applicazione di una sanzione amministrativa? Fra i diritti rientra il diritto di cronaca? Nella relazione lo si fa rientrare, ma non ho compreso se solo a vantaggio di colui il quale legittimamente eserciti la funzione giornalistica. Mi spiego: un giornalista che pubblica un video o una foto di un dialogo fra lui e un politico non dovrebbe commettere un reato, trattandosi di diritto di cronaca. Ma la cronaca non è solo quella giornalistica: se lo fa un politico che pubblica il contenuto di un colloquio con altro rappresentante politico? Un esponente di un movimento di opinione?

Non sento di aggiungere altro, dal momento che condivido molte delle affermazioni e delle preoccupazioni presenti nella relazione di Stefano Fiore. Fra le tante, l'esigenza di una dosimetria sanzionatoria meno inflessibile, una migliore disciplina delle forme di convergenza di norme, fra le quali però sento di dover evidenziare l'opportunità di una riflessione sui possibili intrecci delle figure aggravate con le parallele ipotesi abusive, tipiche dei pubblici ufficiali.

### **1.5 Articoli dal 616 al 620 c.p.**

La sensazione che si tratti di una disciplina anacronistica è assolutamente condivisibile. La formulazione della proposta appare condivisibile, ma - come sempre - sono preoccupato per i possibili intrecci applicativi, vuoi anche per la sfiducia in semplificazioni alle quali la

giurisprudenza preferisce, quasi sempre, la moltiplicazione delle fattispecie.

Chiunque, (senza autorizzazione e) mediante l'uso di strumenti di intercettazione, captazione, registrazione o altro mezzo fraudolento, si procura o acquisisce il contenuto di comunicazioni, che abbiano carattere riservato e natura personale, a lui non dirette o comunque a lui non rese disponibili da chi ha diritto di disporre ovvero sottrae alla disponibilità dei legittimi destinatari tali contenuti o li distrugge è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da (sei mesi a tre anni). La pena è della reclusione da (uno a quattro anni) se il colpevole rivela, diffonde o rende comunque accessibile a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, in tutto od in parte il contenuto delle comunicazioni di cui al precedente comma.

La disposizione è chiara: procurarsi o acquisire contenuto di comunicazioni è reato (anche distruggere: mail pervenuta per errore e cestinata?); se tali contenuti sono rivelati o diffusi etc. il reato è più grave. Dunque, se mi procuro e diffondo, la progressione criminosa dovrebbe immaginarsi nelle forme della sola punibilità del postfatto, o meglio il fatto di diffusione. Il che significa - credo - che se avviene ad opera di un soggetto che casualmente ha preso cognizione (es. mail ricevuta per errore) dovrebbe applicarsi solo la diffusione.

Credo questo sia il senso del comma successivo: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, alla stessa pena prevista nel comma precedente soggiace: 1) chi avendo acquisito o ricevuto a qualsiasi titolo il contenuto delle comunicazioni indicate ai commi precedenti lo rivela, diffonde o rende comunque accessibile a terzi, anche mediante condivisione, riproduzione, messa a disposizione in rete, in tutto od in parte». Qui il postfatto assorbe un fatto che non è un fatto (la disponibilità casuale, non fraudolenta), il che mi preoccupa, così come mi preoccupa - ma si tratta di tutt'altro argomento - la partecipazione e direzione di una associazione per delinquere, se cioè i fatti (diversi) siano costitutivi di uno o due reati (è cioè il tema delle norme che descrivono comportamenti *multipli*). Aver prevista la clausola di riserva solo nel caso di acquisizione-casuale/diffusione, non anche nel caso di acquisizione-fraudolenta/diffusione, mi fa temere che la sussidiarietà funzioni solo in un caso, non nell'altro, quasi che la acquisizione fraudolenta seguita dalla diffusione comporti non una, ma due fattispecie. Il che però, sebbene coerente con l'idea di sanzionare l'uso di un mezzo fraudolento, mi appare in antitesi con logiche di semplificazione e con l'euristica della convergenza di norme, attente - a volte faticosamente - a logiche di coerenza motivazionale e adesione emotiva. Mi chiedo se non debba aggiungersi una clausola di riserva, nell'una o nell'altra disposizione.

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, alla stessa pena prevista nel comma precedente soggiace: (...) 2) chi (forma falsamente o) altera il contenuto di una comunicazione tra quelle di cui al primo comma, qualora ne faccia uso o lascia che altri ne faccia uso al fine di trarne profitto per sé o per altri o di cagionare un danno».

Qui si sanziona l'alterazione, ma solo se seguita dall'uso, in una sapiente applicazione di logiche di sussidiarietà (a meno che la ragione della semplificazione non risieda nella depenalizzazione delle condotte di falso fra privati), arricchite da un substrato psicologico pregnante, nelle forme del dolo specifico.

Chiudo queste brevissime riflessioni con una incursione nel tema relativo alle comunicazioni informatiche, quanto alla migliore collocazione sistematica, se qui o altrove, un *altrove* specifico e dedicato nel ragionamento di Stefano Fiore e quello, altrettanto condivisibile, che propone una collocazione autonoma di tutte le illecità (chiamiamole così) di tipo informatico. Al solo ragionamento, il vostro ovviamente, sento però di dover aggiungere un tema di riflessione che offro alle vostre valutazioni.

Lo faccio partendo alla lontana. E di questo mi scuserete, se potete.

## 2. Possediamo solo nudi nomi

Quale è il compito di un intellettuale? Quale è il compito di un intellettuale giurista?

Uno degli intellettuali più amati, almeno per coloro che, come me, hanno vissuto la medesima fascinazione, riflettendo su chi sia un intellettuale e quale sia il suo primo dovere, ne ricorda la funzione come quella di essere fuori dal tempo, esprimere un punto di vista fuori dal tempo. Possibilmente prima del tempo: prevedere 30 anni prima che accada, la frustrazione che porta i giovani a lanciare sassi dal cavalcavia, e suggerire, prima che accada, come porre rimedio al fenomeno. Nel momento in cui i ragazzi gettano sassi dal cavalcavia - ci ricordava Umberto Eco - il punto di vista dell'intellettuale non serve, l'unica cosa che gli si può chiedere è di non tirarli anche lui. Se lancia un appello contro i sassi dal cavalcavia, non si comporta come un intellettuale, cerca solo di fare bella figura, dicendo quello che chiunque potrebbe dire. E la salvezza non viene da lui, ma dalle pattuglie di polizia e dal legislatore. C'è solo un momento in cui l'intellettuale vive il suo tempo, e conserva la sua funzione: scoprire quello che nel suo tempo nessuno riesce a vedere, e la sua natura, di intellettuale appunto, riesce a disvelare con più forza di quella che potrebbe avere un uomo comune: se altri, come lui, si sono accorti di ciò che avviene nel suo tempo, all'intellettuale si chiede una funzione in più, quella di non ingombrare inutilmente il pensiero collettivo, lasciandolo libero di esprimersi senza punti di vista di cui sono coscienti tutti, intellettuali e non intellettuali. In sostanza, stare zitto quando non serve a nulla parlare.

Ecco. Non essendo peraltro neppure un intellettuale, dovrei osservare un doveroso e coscienzioso silenzio, senza neppure sforzarmi di dire ciò che il mio tempo, tramite voi, conosce già, e senza ricercare ciò che il mio tempo non conosce ancora e che voi invece dovete ricercare. Ma essendo qui in un consesso di intellettuali, provo a dire ciò che vorrei voi riuscisse ad anticipare.

Del passato si è detto. Del futuro prossimo state dicendo. Mi chiedo solo cosa resti da dire, magari del futuro lontano, e sperare che possiate già, da intellettuali, anticiparlo.

## **2.1. Da *Deep Blue* a *Sophia***

L'IA è una tecnologia trasformativa che aggiunge alla dimensione fattuale del diritto penale, una dimensione tecnologica, la quale pure necessita delle garanzie che il diritto tradizionale richiede ed impone<sup>7</sup>. La rivoluzione digitale non può non prestare attenzione a questa nuova dimensione: da quando nel 1996 *Deep Blue*, computer sviluppato da IBM, riuscì a battere il campione mondiale di scacchi, Garry Kasparov, l'IA ha riconquistato l'interesse della comunità scientifica, partita 40 anni prima, nel primo seminario tenuto al Dartmouth College (noto come *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*). Sino ai giorni nostri, con l'adozione da parte della *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) del Consiglio d'Europa, della prima carta etica europea per l'utilizzo della IA, seguita ancora più di recente dalle tre risoluzioni del Parlamento europeo, la A9-0186/2020, la A9-0178/2020 e la A9-0176/2020, sempre sul tema della IA nei suoi aspetti etici, le responsabilità, ma anche i diritti di proprietà intellettuale. Infine, ancora più recente, la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence Act*)<sup>8</sup> a completamento di un intenso cammino di

---

<sup>7</sup> Per IA - a rigore anche della definizione contenuta nella proposta di regolamento dell'aprile del 2021 (di cui alla nota seguente) - deve intendersi «un *software* sviluppato con una o più delle tecniche elencate nel I allegato della proposta e che può, per un dato insieme di obiettivi definiti dall'uomo, generare output come contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono».

<sup>8</sup> La Commissione europea ha presentato il 21 aprile 2021 la proposta di Regolamento in materia di Intelligenza Artificiale (IA), il quale si applicherebbe a: (i) fornitori che immettono sul mercato o mettono in servizio sistemi

sensibilizzazione sulle tematiche della IA<sup>9</sup>.

di IA nell'Unione Europea, indipendentemente dal fatto che tali fornitori siano stabiliti nell'Unione o in un paese terzo; (ii) utenti dei sistemi di IA che siano cittadini europei; (iii) fornitori ed utilizzatori di sistemi di IA che si trovano in un paese terzo, qualora l'output prodotto dal sistema sia utilizzato nell'Unione. La proposta si prefigge di configurare un assetto normativo equilibrato e proporzionato, limitandosi a delineare i requisiti minimi necessari per affrontare i rischi e i problemi legati all'IA, senza limitare o ostacolare indebitamente lo sviluppo tecnologico o aumentare in modo sproporzionato il costo di immissione sul mercato dei sistemi esperti. La proposta stabilisce quindi regole armonizzate per lo sviluppo, l'immissione sul mercato e l'uso di sistemi di IA, seguendo un proporzionato approccio basato sul rischio. Si fornisce un'unica definizione di IA, che possa tener conto anche dei prossimi e futuri sviluppi di tali tecnologie, secondo la quale con sistema di IA deve intendersi un software sviluppato con una o più delle tecniche elencate nel I allegato della proposta e che può, per un dato insieme di obiettivi definiti dall'uomo, generare output come contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono. Alcune pratiche di IA particolarmente rischiose o dannose sono proibite in quanto contrarie ai valori dell'Unione (sono ricomprese nel Titolo II e tra queste figurano, ad esempio, le utilizzazioni di sistemi di IA che dispieghino tecniche subliminali non note agli utenti al fine di manipolarne il comportamento e causando loro un danno fisico o psicologico), mentre restrizioni e garanzie specifiche sono proposte in relazione a certe utilizzazioni dei sistemi di identificazione biometrica a distanza. La proposta stabilisce una solida metodologia per definire i sistemi di IA "ad alto rischio", che presentano rischi significativi per la salute e la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone. Questi sistemi di IA dovranno rispettare una serie di requisiti orizzontali obbligatori per garantirne l'affidabilità, nonché seguire procedure di valutazione della conformità prima che possano essere immessi sul mercato. L'intenzione è quella di delineare obblighi prevedibili, proporzionati e chiari anche a carico dei fornitori e degli utenti di tali sistemi, per garantire la sicurezza e il rispetto della legislazione esistente durante l'intero ciclo di vita dei sistemi di IA. Per alcuni sistemi specifici, vengono proposti solo obblighi minimi di trasparenza, in particolare quando vengono utilizzati *chatbot* o "*deep fakes*". Le regole proposte saranno applicate attraverso un sistema di governance a livello di Stati membri, basandosi su strutture già esistenti, e un meccanismo di cooperazione a livello di Unione con l'istituzione di un *European Artificial Intelligence Board*.

<sup>9</sup>La Proposta di regolamento è stata preceduta dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (COM(2021) 118 final), diffusa il 9 marzo 2021. Facendo seguito alla strategia digitale del febbraio 2020 (Commissione europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia (COM(2020) 65 final), la Commissione europea ha delineato il programma per la politica digitale per il prossimo decennio. In particolare, è prevista una struttura di governance condivisa con gli Stati membri basata su un sistema di monitoraggio annuale da sviluppare intorno ai seguenti quattro punti cardinali: 1) cittadini dotati di competenze digitali e professionisti altamente qualificati nel settore digitale; 2) infrastrutture digitali sostenibili, sicure e performanti; 3) trasformazione digitale delle imprese: entro il 2030 tre imprese su quattro dovrebbero utilizzare tecnologie digitali, tra cui il 5G, l'Internet delle cose, *l'edge computing*, l'intelligenza artificiale, la robotica e la realtà aumentata per sviluppare nuovi prodotti, nuovi processi di fabbricazione e nuovi modelli commerciali basati su un'equa condivisione dei dati nell'economia dei dati; 4) digitalizzazione dei servizi pubblici, compresi i sistemi giudiziari e, in particolare, le attività di indagine e di contrasto in modo da far fronte a reati digitali sempre più sofisticati.

La consapevolezza dell'importanza delle nuove tecnologia trova spazio nei numerosi testi normativi: Consiglio europeo, Riunione straordinaria del Consiglio europeo (1° e 2 ottobre 2020) - Conclusioni, EUCO 13/20, 2020, pag. 7; Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate 2020/2012(INL); Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, 2020/2014(INL); Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale, 2020/2015(INI); Consiglio europeo, Riunione del Consiglio europeo (19 ottobre 2017) - Conclusioni EUCO 14/17, 2017, pag. 8; Consiglio dell'Unione Europea, Intelligenza artificiale b) Conclusioni relative al piano coordinato sull'intelligenza artificiale - Adozione 6177/19, 2019; Consiglio europeo, Riunione speciale del Consiglio europeo (1° e 2 ottobre 2020) - Conclusioni EUCO 13/20, 2020; Consiglio dell'Unione Europea, Conclusioni della presidenza - La Carta dei diritti fondamentali nel contesto dell'intelligenza artificiale e della trasformazione digitale, 11481/20, 2020; Progetto di relazione del Parlamento europeo sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale, 2020/2016(INI); Progetto di relazione del Parlamento europeo sull'intelligenza artificiale nell'istruzione, nella cultura e nel settore audiovisivo, 2020/2017(INI). A tale riguardo, la Commissione ha adottato il piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027 - Ripensare l'istruzione e la formazione per l'era digitale (comunicazione della Commissione COM(2020) 624 final), che prevede l'elaborazione di orientamenti etici sull'intelligenza artificiale e sull'utilizzo dei dati nell'istruzione.

L'IA, intesa come capacità cognitiva di riflessioni astratte e di derivati comportamenti (percepisco un contesto e mi comporto sulla base di parametri predefiniti, che definiamo intelligenti) può incidere nel diritto penale in modi differenti, a seconda anche della idea che essa sottintende: una IA forte sembra richiamare alla memoria forme non umane di intelligenze viventi, un sembiante biologico tipo *robot* autonomi, o androidi intelligenti, una umanità-robotica, governata da un di-meno (dal lato della umanità) e da un di-più (dal lato della intelligenza), di cui resta da scoprire la socialità, la sensibilità, potremmo dire la coscienza, in una sorta di IA cosciente, quasi hollywoodiana come nel fantastico *L'Uomo bicentenario* di Robin Williams, forse non ancora totalmente<sup>10</sup> raggiunta; ovvero una IA debole, altrettanto rivoluzionaria, meno iconica, meno cinematografica, abitata da metodi e processi matematici e informatici, singolarmente più umana della figura robotica o androide della dimensione forte.

La prima, la IA forte, abiterà probabilmente le nostre case in un futuro non lontanissimo, ma la proiezione a lungo tempo, richiede ben più che la chiarezza di un intellettuale. La seconda, parimenti avveniristica, consente margini di riflessione, che una riforma intellettuale potrebbe forse anticipare. A questa faccio riferimento per le vostre riflessioni.

Gli scenari sono molteplici, e interessano più aspetti della dimensione penalistica<sup>11</sup>, persino

---

<sup>10</sup> La Proposta di regolamento è stata preceduta dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (COM(2021) 118 final), diffusa il 9 marzo 2021. Facendo seguito alla strategia digitale del febbraio 2020 (Commissione europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia (COM(2020) 65 final)), la Commissione europea ha delineato il programma per la politica digitale per il prossimo decennio. In particolare, è prevista una struttura di governance condivisa con gli Stati membri basata su un sistema di monitoraggio annuale da sviluppare intorno ai seguenti quattro punti cardinali: 1) cittadini dotati di competenze digitali e professionisti altamente qualificati nel settore digitale; 2) infrastrutture digitali sostenibili, sicure e performanti; 3) trasformazione digitale delle imprese: entro il 2030 tre imprese su quattro dovrebbero utilizzare tecnologie digitali, tra cui il 5G, l'Internet delle cose, l'edge computing, l'intelligenza artificiale, la robotica e la realtà aumentata per sviluppare nuovi prodotti, nuovi processi di fabbricazione e nuovi modelli commerciali basati su un'equa condivisione dei dati nell'economia dei dati; 4) digitalizzazione dei servizi pubblici, compresi i sistemi giudiziari e, in particolare, le attività di indagine e di contrasto in modo da far fronte a reati digitali sempre più sofisticati.

La consapevolezza dell'importanza delle nuove tecnologie trova spazio nei numerosi testi normativi: Consiglio europeo, Riunione straordinaria del Consiglio europeo (1° e 2 ottobre 2020) - Conclusioni, EUCO 13/20, 2020, pag. 7; Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate 2020/2012(INL)); Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, 2020/2014(INL); Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale, 2020/2015(INI); Consiglio europeo, Riunione del Consiglio europeo (19 ottobre 2017) - Conclusioni EUCO 14/17, 2017, pag. 8; Consiglio dell'Unione Europea, Intelligenza artificiale b) Conclusioni relative al piano coordinato sull'intelligenza artificiale - Adozione 6177/19, 2019; Consiglio europeo, Riunione speciale del Consiglio europeo (1° e 2 ottobre 2020) - Conclusioni EUCO 13/20, 2020; Consiglio dell'Unione Europea, Conclusioni della presidenza - La Carta dei diritti fondamentali nel contesto dell'intelligenza artificiale e della trasformazione digitale, 11481/20, 2020; Progetto di relazione del Parlamento europeo sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale, 2020/2016(INI); Progetto di relazione del Parlamento europeo sull'intelligenza artificiale nell'istruzione, nella cultura e nel settore audiovisivo, 2020/2017(INI). A tale riguardo, la Commissione ha adottato il piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027 - Ripensare l'istruzione e la formazione per l'era digitale (comunicazione della Commissione COM(2020) 624 final), che prevede l'elaborazione di orientamenti etici sull'intelligenza artificiale e sull'utilizzo dei dati nell'istruzione.

<sup>11</sup> Almeno quattro (e cioè: 1. le attività di *law enforcement*, in particolare le attività di c.d. polizia predittiva; 2. i c.d. *automated decision systems*, che potrebbero in futuro conoscere un impiego anche all'interno dei procedimenti penali, sostituendo, in tutto o in parte, la decisione del giudice-uomo; 3. i c.d. *algoritmi predittivi*, impiegati per valutare la pericolosità criminale di un soggetto, vale a dire la probabilità che costui commetta in futuro un (nuovo) reato; 4. infine, le possibili ipotesi di coinvolgimento – come strumento, come autore, o come vittima – di un sistema di IA nella commissione di un reato) come ci ricorda F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale. Quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto penale e Uomo*, 2019, n. 10, 4 ss. Ai quattro scenari, aggiunge due nuove prospettive M. PAPA, *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto*

quella giudicante, resa più agevole, e apparentemente più giusta e imparziale, sulla base di processi decisionali garantiti da algoritmi impermeabili a preconetti, pregiudizi o idiosincrasie<sup>12</sup>. Oltre questa funzione, che asseconda il sogno di una giustizia matematica, le applicazioni della IA restano complesse e interessanti. Si pensi alla guida autonoma delle automobili, sulla base di algoritmi che si aprono all'autoapprendimento tipici di una IA (debole). Impensabili alcuni anni fa, ancora tutti da scoprire ancora adesso (e del resto, qualche anno - ce lo ricordava, in una delle sue tante riflessioni, Piero Angela - fa era parimenti impensabile che un ascensore funzionasse in modo autonomo, senza un operatore manuale in livrea, poi sostituito da una semplice tastiera numerica). Le frontiere, si diceva, sono numerose: dalle diagnosi di malattie, alla scelta delle cure, alle automazioni ingegneristiche o strutturali, e persino musicali<sup>13</sup>.

Sotto altro versante l'IA promette di aiutare la prevenzione della criminalità, di vario genere<sup>14</sup>: al netto delle prospettive predittive (*Minority Report* tanto per resta nella seduzione cinematografica), la logica algoritmica abita gli *Smart Contracts*, contratti intelligenti, capaci di gestire le interazioni contrattuali ed evitare i costi e le insidie dei tradizionali diritti contrattuali, grazie ad un grande contenitore di dati (cd. *Blockchain*) salvato e implementato e verificato in modo da aggiungere *record* di dati (*big Data*) utili a prevenire insidie future. La fiducia verso il contraente umana è qui sostituita dalla fiducia verso il sistema informatico, e il rischio non è più, o non sarebbe più nel *partner*, ma nel sistema e negli algoritmi fondativi di una tecnologia della informazione ad ampio spettro. Le frodi contrattuali scompaiono, o meglio mutano aspetto, ponendo al diritto penale nuove domande di tutela, legate alla manipolazione del Big Data o dell'algoritmo che si sviluppa sulla base del dato immesso in maniera fraudolenta. Il venditore ingannevole non ha più interesse ad ingannare l'acquirente, piuttosto a manipolare il database che verifica e conferma la validità del contratto, ottenendo così il medesimo risultato senza una interpolazione diretta. Immissioni fraudolente e attacchi informatici possono alterare la base algoritmica di un accordo contrattuale, altrimenti sconveniente per una delle parti affidate alla integrità e bontà del ragionamento artificiale.

L'alterazione della normatività algoritmica è la nuova forma di delinquenza informatica, il che pone il diritto penale dinanzi a nuovi o sconosciuti scenari<sup>15</sup>: l'algoritmo è dolosamente o dolosamente sbagliato; il dato è dolosamente o dolosamente errato; il dato è oggetto di fraudolenta manipolazione o immissione; infine - ma qui il tema diventa drammaticamente imprevedibile - l'algoritmo sviluppa una autonoma capacità decisionale, introdotta nella struttura informatica, ma libera di esprimersi non contro l'*input*, ma nelle alternative che l'*input* contiene. Fra i numerosi *input* che compongono l'algoritmo ve ne sono alcuni indesiderati che l'algoritmo può decidere di privilegiare a dispetto di altri, certamente più desiderabili. Al punto che l'idea stessa di algoritmo è ad essere inappropriata: la macchina è *programmata* (il corsivo rende ragione della provvisorietà del linguaggio) per apprendere e determinare in autonomia le proprie scelte, al di là del controllo umano.

E qui la domanda diventa diabolica: l'IA può scegliere il male? Può decidere di commettere

---

penale, in *Criminalia*, 2020 (*disCrimen*, dal 4.3.2020), 3 e ss.

<sup>12</sup> In argomento, per opportune osservazioni critiche, si veda G. CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2021; nonché G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, *ivi*, 11 novembre 2020, ma anche in *Dir. pen. cont.*, 2020, n. 4.

<sup>13</sup> Di recente un sistema semplice di IA elaborato dal Politecnico di Milano ha trovato il modo di predire il suono emesso da tavole di violino di forma diversa: l'IA è stata addestrata con un database di oltre 1.500 forme di tavole armoniche ispirate a violini storici (fra cui il Messia di Stradivari) ma anche a forme insolite, riuscendo così a suggerire ai liutai la forma migliore da dare allo strumento.

<sup>14</sup> C. BURCHARD, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1919.

<sup>15</sup> Di recente, I. SALVATORI, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 83 e ss.

reati? Può - nel giuoco delle interferenze linguistiche c'è tutta la complessità epistemologica - l'essere artificiale essere autonomamente artefice di illeciti?

## **2.2. Imitation game**

La domanda, che ha guidato le riflessioni sul rapporto fra “calcolatori” e intelligenza, è stata in realtà un'altra: l'IA può pensare?

Ovviamente tutto dipende da cosa si intenda per pensare, cosa significhi comportarsi in modo intelligente e quanto il pensiero esprima questa intelligenza<sup>16</sup>. La riflessione è naturalmente complessa e occuperà i tempi futuri, forse le generazioni future. Per restare al nostro tema di riflessione, la domanda però potrebbe essere questa: l'IA - continuiamo a chiamarla così - può pensare e decidere di commettere reati? Per essere ancora più specifici: ciascuno dei reati di cui stiamo (state) progettando la rivisitazione può essere commesso da un calcolatore intelligente?

Il *giuoco della imitazione*<sup>17</sup> può aiutarci a comprendere se le nuove frontiere della tecnologia e le nuove frontiere del diritto penale abiteranno territori comuni, ovvero vi sia la possibilità, il rischio direi, di un sistema di norme non adatto alle possibilità di nuove intelligenze artificiali e di nuovi pensieri criminali.

In questa nostra e, lo riconosco, semplicistica imitazione, dovremmo provare a sostituire ciascun comportamento criminale con un pari comportamento artificiale, compiuto da una macchina calcolatrice dotata di una sua intelligenza. L'ipotesi di un calcolatore programmato alla delinquenza non mette conto di essere analizzata: la macchina assomiglia ad uno strumento attraverso il quale l'agente umano attua la commissione di reati, dei quali egli solo - evidentemente - non può che assumersi la responsabilità. Conta invece il caso in cui una immensa organizzazione coordinata di piccoli e infinitesimali calcoli riesca a contenere un sistema di tendenze, di desideri, di convinzioni, che la macchina lascerebbe emergere in forma “autonoma”: nei grandi sistemi dei calcolatori più evoluti, pensati come enormi, direi altissime, pile di macchine virtuali implementate da altre macchine, e queste, a loro volta, da altre ancora, fino alla lontanissima macchina primordiale (al momento, umana), i livelli separati potrebbero, alcuni soltanto, ospitare fenditure di legalità capaci di emergere in un luogo e in un tempo imprevisto e imprevedibile. Questa nuova categoria del pensiero conoscerebbe forme di volontà, di tentativo, di speranza, che ben più che selezionare la migliore mossa di un alfiere, potrebbero adottare una posizione intenzionale verso un fatto illecito, sulla base di una opzione recondita, contenuta in uno dei molteplici livelli virtuali. Addirittura, la scelta di un illecito potrebbe rappresentare una scelta virtuosa, nel giuoco delle alternative possibili e della inevitabile lesione di un bene, piuttosto che un altro, laddove la lesione appaia inevitabile e insorga un problema di scelta del male minore (ad esempio nelle auto *less-driver*, il sistema potrebbe dover scegliere un danno piuttosto che un altro, un pedone esterno piuttosto che un ospite interno alla autovettura<sup>18</sup>).

---

<sup>16</sup> J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale. Guida al futuro prossimo*, Luiss University Press, 2017.

<sup>17</sup> Nella versione offerta da Alain Turing, nel saggio *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 1950, n. 59, 236, riproposto ora nella raccolta *L'io della mente*, curata da D. R. HOFSTADTER e D. C. DENNET, Adelphi, 1985, 61 ss., il gioco consiste nel chiudere in due stanze separate un uomo e una donna, lasciando che siano interrogati da un terzo interrogante attraverso una qualche apparecchiatura telescrivente. L'interrogante può rivolgere domande a entrambe le stanze, senza però sapere chi le occupi, e dunque chi fornirà la risposta alla sua domanda. Lo scopo del giuoco è comprendere, attraverso le risposte, in quale stanza vi sia la donna e in quale l'uomo, sapendo che la donna, con le sue risposte, cercherà di aiutare l'interrogante, mentre l'uomo farà invece di tutto per confondere l'interrogante, dando risposte che, a suo parere, potrebbe dare la donna, e così tentare di trarlo in inganno. La versione aggiornata sostituisce l'uomo con un computer, cercando di riflettere sulla capacità del computer di sostituirsi e imitare i comportamenti - e cioè le risposte - dell'uomo.

<sup>18</sup> Può non essere così. In un esperimento condotto nel *Bristol Robotics Laboratory* dinanzi alla scelta di quale

Quanto questo sia dolo o colpa è tutto da decifrare, ma pone il problema di chi sia la eventuale responsabilità di una posizione intenzionale verso una imprecisione, un errore, una falla scientemente immessa nel sistema, ma libera di emergere in un istante non deliberato dal “calcolatore” umano, scelto dal calcolatore meccanico quando e come *esso* solo dovesse deciderlo.

Il giuoco degli scacchi - come spesso volte capita nelle riflessioni giuridiche - può aiutarci a spiegare questa nostra preoccupazione, lontana dall’equivoco comune che un calcolatore, una IA, sia sotto il controllo costante di un uomo cosciente. La derivata di questo equivoco sarebbe che non giocano veramente a scacchi, ma fanno solo ciò che l’operatore chiede loro di fare.

Questa asserzione non è totalmente vera, forse lo è davvero poco, come già nel 1987 fu intuito a proposito delle macchine intelligenti capaci di inglobare valori, presupposti, obiettivi a prescindere dalla volontà dei loro programmatori<sup>19</sup>. Una IA che gioca a scacchi non è – per quello che crediamo di aver compreso – un burattino incosciente nelle mani di un burattinaio umano e cosciente, piuttosto un insieme di mosse buone, un insieme di molteplici situazioni possibili, la cui combinazione non è calcolata in maniera scientifica (occorrerebbe un numero infinito di ipotesi e di conseguenti soluzioni), semmai è affidata alla predisposizione all’equilibrio fra nozioni specifiche e suggerimenti relativi alle strategie e alle tecniche di giuoco. Una semplice, ma complessa, predisposizione al giuoco, sottratta ad un controllo diretto istante per istante, con ampi margini di autonomia decisionale (cosiddetto autoapprendimento non supervisionato). Il calcolatore decide, e sceglie, metabolizzando i ritardi temporali fra le informazioni immesse e le scelte decisionali, aperte – si noti bene: *aperte* - alle mutevolezze del futuro, in una arte della imitazione e della simulazione che si sottrae al dirigismo decisionale dell’operatore primigenio. Come dire: dal *machine learning* al *deep learning*, in una nuova forma di ragionamento basata sulle esperienze aumentate, tante quanto solo una morfologia non-umana potrebbe riuscire ad inglobare.

Non è un caso che la recente *Risoluzione sulla robotica* del 2017 abbia dedicato una riflessione specifica agli illeciti della IA (si veda il Considerando Z, quanto ai robot cognitivamente evoluti<sup>20</sup>, intuendo la complessità del tema dei cd. sistemi esperti, basati su sofisticate tecniche di *machine learning*, dove la conoscenza di base viene ampliata e modificata senza che si immetta un dato, senza cioè modificare il motore inferenziale, ma confidando nella capacità del sistema di apprendere e, dunque, decidere sulla base del nuovo dato acquisito dal sistema; ovvero - cosa altrettanto straordinaria - appreso da un proprio simile, in un sistema *in cloud* che consente di “sommare” le “esperienze di vita” di una moltitudine di macchine intelligenti, dialoganti fra loro.

Al solo sostituire il riferimento ai danni con il, per noi discusso, riferimento ai reati, un intero paragrafo dei Considerando alla voce “responsabilità” contiene l’intero problema penalistico: «l’attuale quadro giuridico non sarebbe sufficiente a coprire i danni - per noi: i reati (ndr) - causati dalla nuova generazione di robot, in quanto questi possono essere dotati di capacità di

---

proteggere fra due automi in pericolo, il terzo robot a causa della “trappola etica” ovvero della impossibilità di decidere, aveva invece scelto di lasciar morire entrambi. Se ne è conto nel saggio di Ilenia Mercuri, *Ingegneria sociale e rischi nell’interazione uomo – robot*, 59 e ss.

<sup>19</sup> L’articolo di Mitchell Waldrop intitolato *A Question of Responsibility* sulla Rivista AI concludeva nel senso di un progredire della intelligenza dei computer e robot verso una sostanziale autonomia valoriale nella scelta delle decisioni contingenti.

<sup>20</sup> Il Considerando Z, infatti, così recita: «considerando che, grazie agli strabilianti progressi tecnologici dell’ultimo decennio, non solo oggi i robot sono in grado di svolgere attività che tradizionalmente erano tipicamente ed esclusivamente umane, ma lo sviluppo di determinate caratteristiche autonome e cognitive - ad esempio la capacità di apprendere dall’esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti - li ha resi sempre più simili ad agenti che interagiscono con l’ambiente circostante e sono in grado di alterarlo in modo significativo; che, in tale contesto, la questione della responsabilità giuridica derivante dall’azione nociva di un robot diventa essenziale».



adattamento e di apprendimento che implicano un certo grado di imprevedibilità nel loro comportamento, dato che imparerebbero in modo autonomo, in base alle esperienze diversificate di ciascuno, e interagirebbero con l'ambiente in modo unico e imprevedibile». E, dunque, il calcolante educa, insegna, non impone; il calcolatore - che sia nelle forme *people-to-people*, o quelle *people-to-machine*, infine, quelle di tipo *machine-to-machine* - apprende, sceglie, decide.

E ritorniamo al punto: in questo processo di autoapprendimento, e di adattamento ai dati appresi, può trovare posto la decisione di commettere reati? Può commettere qualcuno dei nostri reati? Può la commissione di un reato rappresentare la scelta più intelligente, rispetto ad una alternativa lecita, valutata come meno conveniente? Può nel *black box algorithms*, nella zona cioè opaca che collega un *input* ad un *output*, inserirsi un vuoto di comprensione, generativo di una scelta per un comportamento anomalo, illecito? Può una IA superintelligente ingannare una altra IA intelligente, semplicemente intelligente, e indurla a consegnare dati, che altrimenti non dovrebbe diffondere? Può una IA forte indurre una IA debole a distruggere un dato? Detto in altro modo: il *chiunque* - attore dei nostri reati - potrebbe essere un agente artificiale?

### **2.3. *Machina delinquere potest?***

La commissione di un reato, fra quelli di cui ci stiamo occupando, pone due ordini di problemi: al netto del problema sul quale, come detto, non mette conto soffermarsi (si diceva: la macchina quale strumento per compiere un reato deciso da un agente umano<sup>21</sup>, potrebbero verificarsi due scenari: la macchina pensa e decide di commettere un reato; legato a questo, un secondo, quanto all'omesso controllo ed impedimento di un reato compiuto e deciso da una macchina dotata di autoregolazione. Una sorta, in questo ultimo caso, di omesso impedimento di un reato, che l'agente umano avrebbe potuto e dovuto impedire, o almeno tentare di impedire attraverso metodi di contenimento (IA potrebbe sapientemente ingannare i guardiani e uscire dalla scatola), metodi di incentivazione, impedimento dello sviluppo, *tripwires*, ossia meccanismi di diagnostica random, ad insaputa del sistema<sup>22</sup> simili alla cura prevenzionistica di un datore di lavoro, quanto ai reati del prestatore.

Non deve essere così improbabile. Una analisi psicologica dei rapporti fra uomo e robot ha evidenziato un aspetto singolare del rapporto uomo-robot, la tendenza cioè dell'uomo - e tanto più se i robot sono costruiti con occhi grandi, sembianze simpatiche, *etc.* - a confidarsi e

---

<sup>21</sup> A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Criminalia*, 2019, 4. Una sintetica rassegna dei reati che possono essere commessi attraverso l'IA è in F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale. Quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto penale e Uomo*, 2019, n. 10, 26, e cioè i «crimini informatici, economici ed ambientali, i traffici internazionali di sostanze stupefacenti e di altri prodotti illeciti, la trattata di esseri umani» (sono queste, le ipotesi di reato riportate nel virgolettato, quelle menzionate nel documento di presentazione del "2019 OSCE Annual Police Experts Meeting: Artificial Intelligence and Law Enforcement: An Ally or an Adversary?") ma anche le violazioni in materia di privacy e trattamento dei dati personali, le violazioni della proprietà intellettuale ed industriale, i reati di diffamazione e le condotte di abuso della credulità popolare, magari commessi attraverso bot che creano *fakenews* destinate alla rete, *etc.* Infine, ricordate sempre da F. BASILE, le ipotesi di bagarinaggio on line e di manipolazione abusiva del mercato. In proposito anche R. BORSARI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *MediaLaws*, 263. Un particolare caso di un reato commesso da un robot è ricordato da C. R. MONGIOI - G. REN - G. ZANESCO - B. ZIVIANI, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, Università di Trento, dove si racconta come nel 1981 un impiegato in un'azienda giapponese sia stato ucciso da un robot che stava lavorando di fianco a lui; il robot lo erroneamente identificò come una minaccia al suo lavoro e lo spinse verso un macchinario in funzione lì vicino, uccidendolo.

<sup>22</sup> Per una spiegazione di questi metodi si rinvia a T. TOFANELLI, *L'evoluzione della intelligenza artificiale tra etica e diritto*, in *IISFA Memberbook*, 2021. *Digital Forensics*, a cura di G. COSTABILE - A. ATTANASIO - M. IANULARDO, 2021, 42 e ss.

comunicare notizie che avrebbero dovuto restare riservate. La violazione della *privacy*, le informazioni protette non vengono così catturate o estorte, ma consegnate liberamente, sebbene in ragione di una trappola comunicativa. Nel periodo di pandemia gli attacchi informatici hanno sovente assunto questa forma di comunicazione imperfetta: facendo leva sulle preoccupazioni legate al diffondersi della pandemia, e alla necessità di acquisire informazioni sull'uso dei vaccini, molti utenti della rete hanno fornito informazioni sensibili, fra cui anche dati e *password* che avrebbero dovuto rimanere riservate.

Le frontiere della nuova illegalità sono aperte ed estese: un particolare aspetto di questa nuova dimensione criminale si lega all'atrito esistente fra programmi differenti e conflittuali. Si pensi al programma statunitense PRISM di sorveglianza di massa delle telecomunicazioni (varato nel 2007 dall'amministrazione G.W.Bush nell'ambito del Patriot Act e delle misure di sicurezza, rinnovato cinque anni dopo dalla amministrazione Obama,) indifferente, persino ostile, alla diversa visione europea sulla protezione dei dati personali. Per l'uno appare legittimo e persino necessario – alla stregua di ordinanza della Corte FISA - l'acquisizione di dati legati alla sorveglianza di massa post 11 settembre, per l'altro la conservazione dei dati personali su larga scala e su base sistematica e strutturale è invece incompatibile e contraria ai requisiti di accessibilità e prevedibilità legislativa, sia ai principi di finalità limitata e proporzionalità europea. Ora proviamo ad immaginare una IA modello statunitense che, in perfetta coerenza con il suo dna costruttivo, ponga in essere azioni incoerenti con l'etica europea di conservazione dei dati. Provo a semplificare: l'IA statunitense, per finalità di lotta al terrorismo, tratterà e gestirà informazioni e dati personali e, cioè, per restare alla semplificazione espositiva, commetterà reati europei. Come dire (e come abbiamo già evidenziato): può la commissione di un reato rappresentare la scelta più intelligente rispetto ad una alternativa lecita, valutata come meno conveniente? *Lone survivil* e l'abbattimento di un aereo destinato a perfezionare un attentato terroristico ci riportano alla possibilità più che plausibile che ciò accada, essendo già accaduto.

Altro capitolo: cyberterrorismo, come ad esempio un attacco informatico diretto a deteriorare, cancellare, alterare o sopprimere informazioni, dati, o programmi utilizzati dallo Stato o altro ente pubblico: il 635 *ter* o *quater* sanzionano, non vi è dubbio, questa eventualità così come un eventuale accesso abusivo rientrerebbe nella previsione del 615 *ter* c.p., tuttavia la pena appare non adeguata ai casi in cui le condotte sopra citate dovessero compromettere la integrità dello Stato ed esporlo ad attacchi terroristici. La pena - riferita a condotte comuni - non coglie la gravità di un attacco terroristico che, se condotto in forme ordinarie, conosce profili edittali sensibilmente più elevati.

## 2.4. I topi di Autun

Dal 1522 sono passati quasi cinque secoli<sup>23</sup>. Al netto del nome di questa nuova categoria del pensiero, “attanti” secondo una felice espressione<sup>24</sup>, quale è la forma dell'addebito di questi ipotetici comportamenti illeciti?

---

<sup>23</sup> Nell'anno 1522 i topi furono citati dinanzi il tribunale di Autun in Borgogna, accusati di aver mangiato e distrutto il raccolto del circondario. Non doveva essere un fatto nuovo: Bartolomeo Chassenee, giurista del luogo chiamato a patrocinare la causa, ricordò la maledizione divina contro il serpente, la maledizione di Gesù contro l'albero dei fichi sterile di Bretania, le scomuniche a passeri, lumache, anguille e persino ad un intero frutteto. Alla fine, il tribunale decise di rinviare la sentenza fino a quando non vi fosse certezza che i topi avessero avuta notifica della causa, e così i topi, di fatto, vinsero la causa.

<sup>24</sup> Risalente a B. LATOUR, nel saggio del 1999 e ripresa da G. TEUBNER nel saggio *Ibridi e attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis Edizioni, 2015, 18 e ss. Ce la ricorda anche A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Criminalia*, 2019, 9 (nota 24).

Il punto non è, e forse non potrebbe esserlo, quello della responsabilità penale dei nuovi soggetti robotici, degli *attanti*, se così vogliamo continuare a chiamarli. Non mette conto riflettere sulla colpevolezza di un robot, sulla pena ad esso/lui applicabile, insensibile (ma non è detto) a funzioni rieducative (si pensi all'apprendimento del tipo "così non si fa", vale a dire meccanismi di *machine learning* che "ottimizzano" progressivamente l'agire del soggetto artificiale, o più radicalmente lo riprogrammano) e che qui potrebbe spingersi sino alla "pena di morte" (vale a dire, laddove non fosse possibile la riprogrammazione o l'apprendimento, la distruzione o messa fuori uso definitivi) della macchina abitata dalla IA e autrice di un fatto illecito. Il punto è un altro: la responsabilità umana per la commissione di un fatto illecito da parte di un non-umano. Per tornare al nostro tema: la violazione della riservatezza ad opera di una IA, consentita, o non impedita, da una Intelligenza Umana (IU).

Il parallelismo con *societas delinquere potest* funziona, ma al contrario: non è la persona fisica che commette un reato e quella giuridica che non lo impedisce; è vero il contrario: la persona robotica commette un reato (perché programmata o - cosa che più ci interessa - perché resa libera di autodeterminarsi) e quella fisica non lo impedisce; l'Intelligenza Artificiale (IA) commette un reato, l'Intelligenza Umana (IU) non lo impedisce. L'umano non è autore, è la macchina ad essere attante. E l'umano è chiamato in causa per aver programmato, o per non aver impedito, per una sorta, come dire, di colpa di programmazione. Colpa di programmazione che potrebbe - come si diceva - situarsi in un livello lontanissimo dalla commissione illecita, attraverso cioè una stratificazione di apprendimenti ai quali l'iniziale artefice resta estraneo. I primi livelli sono più ravvicinati, ma le fasi di apprendimento, fanno sprofondare l'impulso iniziale del primo attore umano, il quale, semmai, semmai cioè identificabile, occupa una posizione distante nel tempo e nello spazio. L'addebito colposo potrebbe soffrire questa distanza, molto più della distanza che caratterizza le organizzazioni complesse dove il vertice può, anche qui, rivelarsi lontano, persino lontanissimo dalla base, più vicina alla protezione/lesione del bene giuridico, ma sempre in una filiera di responsabilità consentita da un cammino a ritroso. Qui la distanza è più profonda, anzi più che di distanza si tratta di un vero e proprio distacco, molto più che camminare, allontanarsi, è come se si sprofondasse, in una discesa che non consente una risalita: nelle parole del report che accompagna la consultazione (Libro bianco sull'intelligenza artificiale: consultazione pubblica verso un approccio europeo per l'eccellenza e la fiducia<sup>25</sup>): «L'intelligenza artificiale, l'Internet delle cose e la robotica hanno molte caratteristiche in comune. Consentono di combinare connettività, autonomia e dipendenza dai dati per svolgere compiti con un livello minimo o nullo di controllo o supervisione umani. I sistemi dotati di intelligenza artificiale possono inoltre migliorare le proprie prestazioni apprendendo dall'esperienza. La loro complessità si riflette sia nella pluralità degli operatori economici partecipanti alla catena di approvvigionamento che nella molteplicità di componenti, parti, software, sistemi o servizi, che insieme formano i nuovi ecosistemi tecnologici. A ciò si aggiunge l'apertura agli aggiornamenti e ai miglioramenti dopo l'immissione sul mercato. La grande quantità di dati necessari, la dipendenza da algoritmi e l'opacità del processo decisionale dell'intelligenza artificiale rendono più difficile prevedere il comportamento dei prodotti basati sull'intelligenza artificiale e comprendere le possibili cause di un danno. Infine, la connettività e l'apertura possono anche esporre i prodotti basati

---

<sup>25</sup> Dal 19 febbraio al 14 giugno 2020, i cittadini e le parti interessate hanno fornito il loro parere sulle prossime fasi politiche e normative sull'intelligenza artificiale. Con l'obiettivo di promuovere l'adozione dell'intelligenza artificiale (IA) e allo stesso tempo, affrontando i rischi associati al suo utilizzo, la Commissione europea ha proposto un Libro bianco (.pdf) con opzioni politiche e normative «verso un ecosistema per eccellenza e fiducia». Questo documento è stato pubblicato il 19 febbraio 2020, insieme a un sondaggio online, incentrato su tre argomenti distinti: Azioni specifiche per il sostegno, lo sviluppo e l'adozione dell'IA in tutta l'economia e la pubblica amministrazione dell'UE; Opzioni per un futuro quadro normativo sull'IA; Aspetti di sicurezza e responsabilità sull'IA (come indicato nella relazione pertinente, citata nella nota seguente).

sull'intelligenza artificiale e sull'Internet delle cose a minacce informatiche»<sup>26</sup>.

La protezione, il relativo obbligo e la connessa violazione cautelare, dovrebbero parametrarsi a questa specialissima forma di illecito robotico: l'attore "responsabile" dell'attante, in forme diverse per quanto siano differenti le violazioni cautelari a lui riferibili.

A questa nuova immagine del diritto penale robotico - di un *diritto penale sinestetico*, per dirla con Michele Papa - le norme a protezione della riservatezza e della *privacy* dovrebbero sapersi adattare, guardando alla macchina sia come autore, sia come vittima di un reato. Vittima, perché no: nel senso di rendere punibili anche attacchi rivolti specificamente ai sistemi di IA. Attore/attante, ma qui tutto appare più complesso: la personificazione assomiglia ad una evidente finzione, la colpa assume una dimensione ibrida, a metà strada fra il dolo dell'attante e la evitabilità dell'attore. E più cresce il primo, più diminuisce la seconda.

Dolo della macchina, oppure cooperazione colposa nel fatto doloso, errore determinato da fatto altrui: ma dolo di chi? e colpa in che modo? e *altrui* in che senso? Le tradizionali categorie non funzionano, non si adattano, e impongono un cambio di paradigma, che sappia apprendere il *qui* e l'*altrove*, l'*attore* e l'*attante*, il *proprio* e l'*altrui*.

Gli scenari sono molteplici: addebitare il reato a chi ha generato il focolaio di rischio ideando l'algoritmo (specie se *self-learning*), o applicandolo nel programmare il "robot" o il PC che guida la macchina; a chi ha attualizzato quel rischio, producendo e mettendo in commercio il veicolo; ovvero a chi ha concretamente gestito quel rischio, servendosi della stessa, o magari cooperando con essa (ove sussistano, ad esempio, eventuali profili di *culpa in interagendo*)<sup>27</sup>.

La realtà ci ha già messo alla prova. Si pensi, ad esempio, alla segnalazione al sistema di allarme rapido dell'UE inviata dall'Islanda, riguardante un orologio intelligente per bambini: pur non causando direttamente un danno ai bambini, il prodotto non garantisce un livello minimo di security e può pertanto essere utilizzato come strumento per avere accesso ai bambini. Una delle funzioni previste del prodotto è garantire la sicurezza dei bambini grazie alla localizzazione; pertanto, il consumatore si aspetterebbe che il prodotto non comporti minacce alla *security* per i bambini, in quanto questi potrebbero essere localizzati e/o contattati da estranei, con il pregiudizio che ne deriverebbe per la loro sicurezza.

La riflessione penalistica è tutta da costruire. Connettività, autonomia, pertinenza dei dati, opacità, infine complessità dei prodotti e dei sistemi, rendono complicato l'accertamento delle responsabilità e dei responsabili, e tanto più per quelle situazioni in cui gli esiti dei sistemi di intelligenza artificiale non potranno essere determinati pienamente in anticipo, casi cioè in cui «la valutazione del rischio effettuata prima dell'immissione del prodotto sul mercato può non riflettere più l'uso, il funzionamento o il comportamento del prodotto»<sup>28</sup>. La colpa di programmazione dovrebbe, dunque, adattarsi e aggiornarsi nelle forme - come suggerito nel report - dell'aggiunta alla valutazione del rischio, effettuata prima dell'immissione sul mercato del prodotto, di «un'ulteriore procedura di valutazione del rischio, da effettuarsi nel caso in cui il prodotto subisse importanti modifiche durante il ciclo di vita, ad esempio una funzione diversa, non prevista dal fabbricante nella valutazione iniziale del rischio. Detta valutazione dovrebbe riguardare l'impatto sulla sicurezza dovuto al comportamento autonomo durante l'intero ciclo di vita del prodotto. La valutazione del rischio dovrebbe essere effettuata dall'operatore economico appropriato. I pertinenti atti normativi dell'Unione potrebbero inoltre includere obblighi rafforzati per i fabbricanti in materia di istruzioni e avvertenze per gli utilizzatori». A somiglianza di quanto previsto nella normativa in materia di trasporti (dove, ad esempio, nel trasporto ferroviario, la normativa prevede che, in caso di modifica di un veicolo

---

<sup>26</sup> V. Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità del 19.02.2020, Bruxelles.

<sup>27</sup> Come ci ricorda V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *DisCrimen*, 15 maggio 2020, 3.

<sup>28</sup> Cfr. pag. 7 del Report citato.

ferroviario, dopo che quest'ultimo è stato certificato, il soggetto che introduce la modifica deve seguire una procedura specifica e attenersi a criteri chiari e definiti per determinare se occorra rivolgersi alle autorità) il rischio dovrebbe essere monitorato nei suoi andamenti ciclici, in base alle capacità e ai tempi di autoapprendimento dell'attante.

Una sorta di *obsolescenza programmata*<sup>29</sup> al contrario, vale a dire un vincolo al controllo della vitalità (anche) non programmata, un *surplus* di modernità che non può sfuggire al controllo. *Colpa in progress*, potremmo dire, leggermente differente da quella tradizionale, meno statica, eppure capace di sanzionare l'omesso controllo periodico; l'omessa sorveglianza a seguito di connessione fra dispositivi (una sorta di rischio integrato, che aggiunga alla valutazione di un componente, la valutazione del prodotto nella sua complessità: prodotto vs sistema); l'immissione di dati errati, capaci di alterare l'algoritmo e condurre l'attante a decisioni sbagliate; il caricamento di *software* avente un impatto sulla sicurezza durante il ciclo di vita dei prodotti basati sull'intelligenza artificiale; il coordinamento fra c.d. "catene di valore" con obblighi a diversi operatori economici, secondo il principio della "responsabilità condivisa".

Nella profondità dell'IA occorre saper risalire all'umana responsabilità, e fare un cammino a ritroso, come nelle sabbie mobili. Per andare avanti, occorre tornare indietro. E percorrere il cammino senza mai abbandonare l'umanità della scelta e del controllo. Affidare il futuro della IA alla colpa, ad una nuova colpa ibrida che forse dovrebbe occupare, sin da ora, i nostri progetti di riforma.

---

<sup>29</sup> E. LA ROSA, *Obsolescenza programmata e diritto penale: una relazione complicata*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 568 e ss.



# **RIVELAZIONE DI SEGRETI, VIOLAZIONE DEL DOMICILIO (ANCHE INFORMATICO) E TUTELA DELLA VITA PRIVATA**

*Vito Plantamura*

**Sommario:** 1. La tutela penale dei segreti nell'ordinamento italiano; 1.1. La rivelazione di segreto professionale e di segreti scientifici e industriali; 1.2. Considerazioni sulle proposte del Gruppo di Lavoro; 2. I reati informatici e l'art. 615 *ter* c.p.; 3. La tutela del domicilio e della vita privata; 4. Conclusioni *extra*-giuridiche.

## **1. La tutela penale dei segreti nell'ordinamento italiano**

Nell'ordinamento italiano in generale e, in particolare, per quanto qui più direttamente interessa, nel nostro codice penale, vi è una netta gerarchia tra i vari segreti di differente natura, che assume una forma tripartita. Seguendo la logica autoritaria del Codice Rocco, infatti, viene prima la tutela dello Stato (Titolo I, del Libro secondo, con cui si apre la parte speciale del Codice), poi quella della pubblica amministrazione (Titolo II) e, infine, quella delle persone, dei privati (Titolo XII: com'è noto, ultimo Titolo del Libro dedicato ai delitti).

Da un punto di vista sistematico, quindi, in tema di segreti abbiamo tre coppie di delitti, se ci riferiamo alla diversa natura del segreto tutelato (di Stato, pubblico e privato), oppure, vedendo sempre la medesima questione, ma dalla diversa prospettiva della formulazione delle fattispecie incriminatrice e dell'oggetto materiale della tutela (ovverosia, da un lato, le notizie e, dall'altro, le invenzioni, le scoperte scientifiche e le applicazioni industriali, *etc.*), possiamo prendere in considerazione due terne di fattispecie incriminatrici, trasversali rispetto la natura del segreto.

La prima terna, in ordine decrescente di importanza del segreto e, quindi, di gravità della pena, è composta: dall'art. 261 c.p., sulla rivelazione di segreto di Stato, che però, per l'ampia nozione di segreto di Stato<sup>1</sup>, rinvia all'art. 256 c.p. sul procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato (trattasi di fattispecie incriminatrice che punisce autonomamente il soggetto estraneo - in definitiva, la spia<sup>2</sup> - che si procura la notizia segreta, e che contiene anche un'interessante differenza tra notizie segrete e solo riservate, di cui è vietata la divulgazione<sup>3</sup>);

---

<sup>1</sup> «Per la sussistenza del reato previsto dall'art. 256 c.p., le notizie che l'agente si è procurato devono concernere la sicurezza o altro interesse politico, interno o internazionale dello stato, onde se è vero che non ogni notizia la cui divulgazione sia vietata può venire in considerazione ai fini della configurabilità del menzionato reato, è anche vero che il divieto posto dall'autorità competente nell'anzidetto interesse, fa sì che ricorra l'infrazione del divieto stesso con conseguente configurabilità del reato previsto dal cit. art. 256 c.p. (fattispecie relativa alla detenzione del codice per le comunicazioni radiotelegrafiche, classificato «segretissimo» dal comando generale dalla guardia di finanza)», così Cass., Sez. I, 4 luglio 1985, in *Giust. pen.*, 1986, II, 325.

<sup>2</sup> In taluni casi speciali, tuttavia, la giurisprudenza ritiene che tale reato possa applicarsi anche all'inizialmente legittimo detentore del segreto: «Il reato di cui all'art. 256 c.p. (procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello stato), può essere commesso anche da chi sia già detentore della documentazione sottoposta a segreto, quando tale detenzione, originariamente legittima in virtù dell'incarico di cui era investito il soggetto attivo, sia divenuta illegittima per avere quest'ultimo volontariamente omissso di consegnare la documentazione medesima a chi gli era subentrato in detto incarico», così Cass., Sez. I, 20 novembre 1996, in *Ced. Cass.*, rv. 206230.

<sup>3</sup> «In tema di rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione, il provvedimento impositivo del segreto di stato o recante il divieto di divulgazione di atti, documenti e notizie cd. «riservati» è soggetto al sindacato di legittimità del giudice penale sotto il duplice profilo della sua inerenza ad uno degli specifici interessi

dall'art. 326 c.p., sulla rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio; e, appunto, dall'art. 622 c.p., sulla rivelazione di segreto professionale.

La seconda terna, invece, sempre nel medesimo ordine di importanza del segreto e, quindi, di gravità della pena, è formata: dall'art. 263 c.p., rubricato utilizzazione dei segreti di Stato, ma che riguarda in particolare invenzioni o scoperte scientifiche o applicazioni industriali, che devono rimanere segrete nell'interesse dello Stato; dall'art. 325 c.p., sull'utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragioni di ufficio, che non affolla i repertori giurisprudenziali, diversamente dall'art. 326 c.p., anche perché stranamente punisce solo la condotta di diretta utilizzazione, di verifica piuttosto improbabile, e non pure quella di rivelazione; e, appunto, dall'art. 623 c.p., sulla rivelazione (e/o impiego) di segreti scientifici e commerciali.

Resta solo da specificare che sono tutti reati propri o, comunque, a soggettività ristretta, e che, al di fuori dai casi di concorso con l'intraneo, se non espressamente previsto l'estraneo a cui il segreto viene rivelato non risponde, tranne, per quanto si riferirà in seguito, in relazione alla nuova, speciale ipotesi di cui all'art. 623 c.p.

### 1.1. La rivelazione di segreto professionale e di segreti scientifici e industriali

L'art. 622 c.p. è stato oggetto di ampliamento, nel 2002, dell'ipotesi aggravata di cui al secondo comma, e, nel 2005, lo è stato di nuovo, con riferimento all'ambito della revisione societaria. Come reato a soggettività ristretta, punisce, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a euro 516, chiunque, avendo notizia in ragione del proprio stato o ufficio o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto. Il reato è sottoposto a condizione obiettiva di punibilità, costituita dal pericolo di nocumento, inteso come pregiudizio reale di qualunque natura, purché giuridicamente apprezzabile, che non può essere considerato presunto, ma deve essere individuato specificatamente in sentenza, con dati chiaramente significativi della sua esistenza<sup>4</sup>.

La rivelazione, inoltre, per essere penalmente rilevante, dev'essere senza giusta causa. Ad esempio, l'illecito disciplinare del commercialista che, violando il segreto professionale - e, per altro, commettendo illecito disciplinare - prende l'iniziativa di denunciare penalmente il proprio cliente, può essere scriminato dallo stato di necessità, *ex art. 54 c.p.*, ma non lo è dalla giusta causa, *ex art. 622 c.p.*<sup>5</sup> La pena è aggravata, ai sensi del secondo comma, se il fatto è commesso da vari soggetti qualificati in ambito societario, ivi compresi i soggetti che svolgono la revisione contabile della società.

L'art. 623 c.p., invece, è stato oggetto di una più ampia modifica nel 2018. In tale occasione, a livello testuale è stata esclusa la rilevanza dei segreti relativi alle applicazioni industriali ed è stata inclusa, come si evince dalla nuova rubrica, quella dei segreti commerciali. Non a caso, del resto, il delitto di cui trattasi è stato modificato dal decreto legislativo di attuazione, nel nostro Paese, della direttiva UE sul segreto commerciale (d.lgs. 11 maggio 2018, n. 63), secondo il quale, per altro - *ex art. 9, co. 3 -*, «*ai fini dell'articolo 623 del codice penale, nel testo riformulato dal presente articolo, le notizie destinate a rimanere segrete sopra applicazioni industriali, di cui alla formulazione previgente del medesimo articolo 623, costituiscono segreti commerciali*».

---

*politico-statali indicati dalla normativa di riferimento e dell'idoneità della diffusione a recare un concreto pregiudizio agli interessi oggetto della tutela penale*», così Cass., Sez. I, 26 aprile 2018, n. 42887, in *Ced Cass.*, rv. 274371.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 7 marzo 2016, n. 34913, in *Ced Cass.*, rv. 267833.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 8 marzo 2001, n. 3404, in *Fisco*, 2001, 5010.



Secondo chi scrive, quindi, con la modifica di cui trattasi, non solo non si è verificata un'esclusione dalla tutela, *ex art. 623 c.p.*, delle notizie relative alle applicazioni industriali, ma si è prodotto addirittura un ampliamento della nozione, in quanto l'assimilazione tra applicazioni industriali e commerciali esclude alla radice ogni possibile limitazione con riferimento alla brevettabilità<sup>6</sup>, che infatti sarebbe astrattamente possibile solo per le prime. La fusione tra il piano industriale e quello commerciale risulta dimostrato, per altro, anche dalla circostanza che il succitato d.lgs. sulle informazioni commerciali riservate, *ex art. 3*, è andato anche a modificare l'art. 98 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30<sup>7</sup> (c.d. codice della proprietà industriale), che definisce l'ambito delle informazioni meritevoli di tutela.

Ebbene, secondo l'attuale formulazione del summenzionato art. 98, costituiscono oggetto di tutela i segreti commerciali, ovverosia le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ma solo qualora tali informazioni abbiano tre caratteristiche: siano segrete, e quindi non generalmente note o, comunque, facilmente accessibili agli esperti del settore, sia nel loro insieme che nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi; abbiano valore economico proprio in quanto segrete; siano sottoposte a misure di sicurezza adeguate da parte dei titolari. Al proposito, si deve solo specificare che invece, in precedenza, l'utilizzazione di notizie commerciali era stata ritenuta comunque penalmente rilevante, ma ai sensi dell'art. 622 c.p., e non dell'art. 623 c.p.<sup>8</sup>

Con la modifica del 2018, inoltre, è stata introdotta, al secondo comma dell'art. 623 c.p., la penale rilevanza della c.d. rivelazione secondaria, ovverosia della condotta di chi, avendo ricevuto la notizia segreta - soggetto che, al di fuori dei casi di concorso, non risponde ai sensi del primo comma -, a sua volta nuovamente rivela la condotta ad altri. Una simile previsione, nell'ordinamento italiano, è propria solo del t.u.f. e, in particolare, del reato di *insider trading*, in cui si punisce anche il c.d. *insider* secondario - trattasi, del resto, anche in questo caso di normativa di ascendenza comunitaria -, ma, ai sensi dell'art. 184 t.u.f., solo al di fuori dei casi di concorso e, comunque, con pene minori. Viceversa, in base alla lettera dell'art. 623 c.p., nel caso che il soggetto estraneo debba ritenersi concorrente nella rivelazione primaria e, poi, abbia compiuto una rivelazione secondaria, lo si può punire due volte, sempre con la stessa pena.

---

<sup>6</sup> Sulla non necessità dei requisiti della brevettabilità si era già espressa certa giurisprudenza, secondo la quale: «*In tema di delitti contro la inviolabilità dei segreti, non costituisce condizione, ai fini della configurabilità del reato di rivelazione di segreti industriali (art. 623 c.p.) - che ha per oggetto la tutela penale del patrimonio cognitivo e organizzativo necessario per la costruzione, l'esercizio e la manutenzione di un apparato industriale - la sussistenza dei presupposti per la brevettabilità, ex art. 2585 c.c., della scoperta o dell'applicazione rivelata*», così Cass., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 11965, in *Ced Cass.*, rv. 246894.

<sup>7</sup> «*In tema di delitti contro la inviolabilità dei segreti, la nozione di segreto industriale non brevettato, oggetto del reato di cui all'art. 623 c.p., ha subito una notevole riduzione a seguito dell'entrata in vigore del codice della proprietà industriale (d.lgs. n. 30/2005) che all'art. 98 considera meritorie di tutela le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; abbiano valore economico in quanto segrete; e siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete; è da ritenersi, pertanto, superata la pregressa giurisprudenza che aveva dato una nozione ampia del concetto di segreto industriale, intendendo per tale quell'insieme di conoscenze riservate e di particolari modus operandi in grado di garantire la riduzione al minimo degli errori di progettazione e realizzazione e dunque la compressione dei tempi di produzione*», così Trib. La Spezia, in *Riv. pen.*, 2008, 177.

<sup>8</sup> «*Il dipendente di una società commerciale, che faccia uso di notizie aziendali riservate relative alla clientela, in vista delle imminenti dimissioni da quella società e della successiva costituzione di una società concorrente, per utilizzarle con lo scopo di formulare proposte commerciali ai medesimi clienti, risponde del delitto di rivelazione di segreto professionale*», così Cass., Sez. IV, 26 ottobre 2010, n. 44840, in *Riv. pen.*, 2011, 306.

## 1.2. Considerazioni sulle proposte del Gruppo di Lavoro

L'apposito Gruppo di Lavoro si è espresso, almeno inizialmente, nel senso di cambiare la procedibilità dei reati di cui trattasi, attualmente procedibili entrambi a querela di parte. L'emersione di beni di natura pubblicistica, infatti, e, almeno nel caso di enti e società, una possibile qual certa difficoltà nell'individuazione della persona offesa, renderebbero preferibile la procedibilità d'ufficio. Rispetto a questa proposta, però, emerge anche la questione del possibile interesse della persona offesa che il processo non si svolga, in quanto il processo stesso potrebbe rappresentare un'occasione di ulteriore divulgazione del segreto, e dunque l'opportunità della procedibilità a querela potrebbe risiedere, appunto, nel lasciare la scelta alla persona offesa, di procedere o meno, a seconda della possibilità che il processo leda ulteriormente il bene giuridico che la norma di diritto sostanziale vuole tutelare.

La seconda idea del Gruppo di Lavoro è quella di rendere il delitto di cui all'art. 623 c.p. una circostanza aggravante di quello previsto dall'art. 622 c.p. A seguito della modifica dell'art. 623 c.p., tuttavia - come accennato intervenuta nel 2018 -, sembra emergere un ripensamento pure su questo punto, visto che le due norme non risultano più "allineate", anche per via della punizione, al solo art. 623 c.p., della rivelazione secondaria. A seguito della riforma, per altro, un'altra idea emersa nell'ambito del Gruppo di Lavoro era nel senso di trasferire il delitto di cui all'art. 623 c.p. tra i reati contro l'economia pubblica.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 622 c.p., l'espressione "senza giusta causa" dovrebbe essere sostituita da quella "indebitamente": trattasi di due espressioni che, a prima vista, appaiono molto diverse, ma poi, nella loro applicazione giurisprudenziale, portano a risultati quasi corrispondenti, per cui, al riguardo, la novità principale risulta quella secondo la quale, con una formulazione tecnica preferibile, la clausola appare riferirsi ad entrambe le condotte tipiche, ovverosia la rivelazione e l'impiego, mentre attualmente risulta applicabile alla sola condotta di rivelazione.

Viene meno la succitata condizione obiettiva di punibilità, «*se dal fatto può derivare nocumento*», e, con riferimento alla condotta di impiego, viene eliminata la clausola «*a proprio o altrui profitto*». Il vero cuore della modifica proposta, però, consiste nell'inserimento del nuovo inciso «*in modo idoneo a procurare a sé o a altri un ingiusto vantaggio o arrecare un danno*». Il reato, infine, risulterebbe aggravato dall'eventuale verificarsi dell'evento nocumento.

Sempre secondo il Gruppo di Lavoro, l'inciso di cui trattasi dovrebbe essere aggiunto anche al reato di cui all'art. 623 c.p., con un maggiore effetto restrittivo dell'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice, rispetto a quanto avverrebbe nell'art. 622 c.p., in quanto, nell'art. 623 c.p., tale clausola non andrebbe a sostituire la condizione obiettiva di punibilità che, infatti, caratterizza esclusivamente l'art. 622 c.p. Sempre nell'art. 623 c.p., si propone di aggiungere un terzo comma, simmetrico all'ampliamento dei soggetti che ha riguardato l'art. 622 c.p., con riferimento ai documenti contabili, societari, *etc.*, forse ancora nell'ottica di costruire i due articoli non più espressivi di fattispecie incriminatrici autonome, ma in rapporto reato base – aggravante.

Trattasi di proposte interessanti, rispetto alle quale è possibile formulare alcune osservazioni. In particolare, almeno secondo chi scrive, sarebbe preferibile non rompere la sistematica generale, relativa agli altri segreti tutelati nel codice penale, mantenendo anche con riferimento ai segreti privati, la coppia di reati autonomi che, come si è visto, si ritrova nei segreti di Stato e in quelli d'ufficio, invece di costituire un rapporto reato base – aggravante. Questo non tanto per l'introduzione, nel 623 c.p., della punizione anche del rivelatore secondario, che ha rotto la simmetria tra i due articoli. Secondo chi scrive, infatti, tale simmetria sarebbe opportuno ricrearla, inserendo anche nell'art. 622 c.p., la punizione del rivelatore secondario (fuori dai casi di concorso).

Venendo all'espressione «*in modo idoneo a procurare a sé o a altri un ingiusto vantaggio o arrecare un danno*» - secondo chi scrive espressiva di un pericolo concreto, visto il requisito dell'idoneità, più che astratto -, non credo che, all'art. 622 c.p., la sostituzione della condizione obiettiva di punibilità con tale nuova clausola comporti realmente un'anticipazione della tutela, in quando anche la condizione obiettiva di punibilità di cui trattasi è di pericolo, e non di danno. Ovviamente, poi, con riferimento all'art. 623 c.p. si produce un "appesantimento" strutturale della fattispecie, perché, in questo caso, l'introduzione della clausola non sostituirebbe niente di preesistente.

Allora, però, forse sarebbe possibile immaginare un'altra soluzione ancora, inserendo in entrambe le fattispecie incriminatrici in questione un dolo specifico «*al fine di recare a sé o altri vantaggio ovvero di arrecare danno*», con effetto reale di anticipazione nei confronti del delitto di cui all'art. 622 c.p., in cui il dolo specifico sostituirebbe la condizione obiettiva di punibilità, e di non eccessivo "appesantimento" nei riguardi del delitto *ex art.* 623 c.p., in relazione al quale il succitato dolo specifico potrebbe svolgere una funzione di selezione, escludendo fatti non caratterizzati dal bisogno di pena. Per quanto riguarda la procedibilità, infine, chi scrive è d'accordo con l'ultima opzione considerata dal Gruppo di Lavoro, ovverosia quella della conservazione della procedibilità a querela, perché, nonostante la presenza di profili pubblicistici, quelli privatistici mi paiono ancora preponderanti.

## **2. I reati informatici e l'art. 615 *ter* c.p.**

I reati informatici trattati dal Gruppo di Lavoro sono molteplici, non potendo, nei limiti assegnatemi, trattarli tutti, in questa sede si limiterà l'analisi alla previsione di cui all'art. 615 *ter* c.p. che, avendo ad oggetto la tutela del domicilio informatico, ha un collegamento con gli altri reati che qui saranno oggetto di trattazione, ovverosia quelli che ruotano intorno al concetto di domicilio (fisico).

A parte la questione specifica, tuttavia, della riforma dell'art. 615 *ter* c.p., si vogliono svolgere due considerazioni più generali in tema di reati informatici. La prima riguarda la proposta del Gruppo di Lavoro di introdurre una Sezione autonoma dedicata ai reati informatici che, si ritiene, andrebbe accolta con grande favore. *Mutatis mutandis*, del resto, tale proposta ricorda la questione dell'introduzione di un apposito Titolo (VI-*bis*) dei delitti ambientali nel codice penale che, a quasi vent'anni dall'originaria proposta di cui alla Commissione Manna, ha trovato accoglimento con la legge 22 maggio 2015, n. 68.

Nel caso del diritto penale ambientale, si trattava di una prima introduzione all'interno del codice penale (anche con cambio di paradigma, rispetto alla tutela quasi esclusivamente contravvenzionale presente nella normativa complementare), direttamente con un'unica collocazione.

Per quanto riguarda i reati informatici, invece, com'è noto introdotti, all'interno del codice penale, nel 1993, si tratterebbe, a quasi trent'anni di distanza dalla loro introduzione, di una riunificazione, che, a questo punto, potrebbe riguardare pure reati presenti in titoli diversi del codice penale, come, ad esempio, la truffa informatica di cui all'art. 640 *ter* c.p. La seconda considerazione, poi, attiene alla proposta di introduzione del nuovo reato di abuso identità digitale, davvero molto interessante, anche perché giustamente corredata di una definizione, piuttosto chiara e determinata, di identità digitale.

Per quanto riguarda, invece, la riforma dell'art. 615 *ter* c.p. - che punisce chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo -, il Gruppo di Lavoro propone di: sostituire «si introduce» con «accede»; fare riferimento al solo sistema informatico, con esclusione del "telematico"; escludere la clausola relativa alla

necessaria presenza di misure di sicurezza; escludere la condotta di mantenimento; inserire una clausola attinente la penale rilevanza delle sole condotte poste in essere senza autorizzazioni o eccedendone i limiti.

Commentando tali proposte, innanzitutto bisogna affermare che, almeno secondo chi scrive, è importante mantenere, come fatto dal Gruppo di Lavoro, l'idea della protezione del "contenitore", appunto il domicilio informatico, senza spostarsi sulla tutela del "contenuto", come programmi, dati, *etc.* Si accoglie con favore, inoltre, l'idea di sostituire la condotta di introduzione con quella di accesso senza autorizzazione o eccedendone i limiti. Appare una formulazione, tuttavia, che risponde meglio alle difficoltà interpretative risolte dalla sentenza, delle Sezioni Unite della Cassazione del 2011<sup>9</sup>, rispetto alle questioni affrontate dalla sentenza, sempre delle Sezioni Unite della Cassazione, ma del 2017. Sentenza, quest'ultima, che, come si ricorderà, riguardava proprio un caso in cui non vi era stata la violazione dell'autorizzazione<sup>10</sup>.

Sembrirebbe, cioè, che la nuova formulazione proposta dal Gruppo di Lavoro non offrirebbe una soluzione esplicita alla questione della rilevanza, o meno, ai sensi dell'art. 615 *ter* c.p., delle condotte caratterizzate da sviamento di potere, senza violazione delle procedure. A tal proposito, un'ulteriore formulazione alternativa che, invece, prenderebbe una posizione espressa sul punto, potrebbe essere «*accede senza autorizzazione o in tutto o in parte per finalità diverse da quelle per cui è autorizzato*». Sarebbe forse inopportuno, inoltre, eliminare l'elemento della protezione da misura di sicurezza, perché non appare convincente punire anche l'accesso abusivo a un sistema del tutto aperto. Infine, vista l'importanza applicativa dell'ipotesi di cui al secondo comma, relativa al fatto commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio con abuso di poteri o violazioni di doveri inerenti all'ufficio o al servizio, forse si potrebbe ipotizzare di farne un'ipotesi autonoma, e non una circostanza aggravante, in quanto tale soggetta a giudizio di bilanciamento.

### 3. La tutela del domicilio e della vita privata

Vi è una terza parte, molto ampia, di proposte elaborate dal Gruppo di Lavoro, rispetto alle quali, in questa sede, come in parte anticipato, si selezionano i reati di cui agli artt. 614, 615 e 615 *bis* c.p., tutti ruotanti intorno al medesimo concetto di domicilio, cioè ai luoghi di cui all'art. 614 c.p. Anche l'art. 615 *bis* c.p., infatti - introdotto nel 1974 -, non è un reato di pura indiscrezione, come previsto in altri ordinamenti, ma un reato di indiscrezione domiciliare: trattasi un delitto che, per anni, ha vissuto in stato di "torpore applicativo", ma che, nell'era degli *smartphone* ha acquistato un ambito applicativo prima inimmaginabile, anche in relazione al compimento di atti sessuali<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> «*Integra la fattispecie criminosa di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico protetto la condotta di accesso o mantenimento nel sistema posta in essere da soggetto che, pur se abilitato ad accedere al sistema, violi le condizioni ed i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso (mentre non assumono rilievo gli scopi e le finalità che hanno motivato l'accesso al sistema)*», così Cass., Sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 4694, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 369, con nota di I. SALVADORI.

<sup>10</sup> «*Integra la fattispecie criminosa aggravata di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico protetto, prevista dall'art. 615 *ter*, 2° comma, n. 1, c.p., la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un sistema informatico o telematico protetto per delimitarne l'accesso (nella specie, registro delle notizie di reato: Re.ge), acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee o diverse rispetto a quelle per le quali, soltanto, la facoltà di accesso gli è attribuita*», così Cass., Sez. Un., 18 maggio 2017, n. 41210, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 506 (m), con nota di R. FLOR.

<sup>11</sup> «*Integra il delitto di interferenze illecite nella vita privata la condotta di colui che carpisca, all'interno della propria dimora, con strumenti di captazione visiva o sonora, le immagini di un rapporto sessuale condiviso, là*

Tale fattispecie incriminatrice, tuttavia, risulta afflitta da due gravi problemi di determinatezza, il primo riguarda appunto i luoghi di cui all'art. 614 c.p., per cui è un problema che ha in comune sia con tale articolo che con quello successivo e, ovviamente non per via del riferimento all'abitazione, ma per quello agli «*altri luoghi di privata dimora*». Il secondo, invece, è suo esclusivo, e riguarda il concetto di vita privata, che il delitto tutela, ma che, come emerge anche dalla multiforme giurisprudenza sull'art. 8 Cedu, non è facilmente delimitabile. Le due problematiche, per altro, in un certo senso entrano in "corto circuito", perché, nella Relazione al Re, per spiegare l'allargamento, rispetto alla previsione del Codice Zanardelli, non solo all'abitazione, ma anche ai luoghi di privata dimora, si scrive che tali luoghi sono quelli in cui si svolge la vita privata.

La proposta del Gruppo di Lavoro è quella di riferirsi, oltre che ai luoghi di cui all'art. 614 c.p. (per altro, modificati), agli «*altri luoghi privati destinati, anche temporaneamente, ad assicurare l'intimità ed escludere terzi*». Secondo chi scrive, dev'essere giudicata con grande favore l'introduzione del concetto di intimità - presente non solo nell'articolato, ma anche nella relazione -, perché è proprio l'intimità il vero bene protetto dalla norma, ma la tutela dell'intimità non è limitata ai luoghi privati o a quelli in cui ci sia uno *ius excludendi* in capo al soggetto, che infatti può mantenere il diritto alla sua intimità anche in altri casi.

Si pensi ai bagni pubblici. Oppure, al caso più grave ed eclatante avvenuto in Italia, che ha riguardato lo spogliatoio di una piscina comunale pubblica, e quindi non un luogo privato, rispetto al quale gli utilizzatori non avevano uno *ius excludendi*, ma conservavano il diritto alla propria intimità: un dipendente si procurò, tramite diverse telecamere nascoste, centinaia di video di donne, ragazze e bambine, mentre si spogliavano, si facevano la doccia, *etc.*, per poi farne commercio, senza che si potesse utilizzare l'art. 615 *bis* c.p., norma che in casi analoghi non potrebbe trovare applicazione, neppure nella formulazione proposta dal Gruppo di Lavoro. Tanto che, pur di arrivare a una sentenza di condanna - visto che evidentemente la giurisprudenza sentiva di trovarsi dinanzi a un «vuoto di tutela» - si dovette far ricorso, con un'interpretazione sfacciatamente analogica, al reato di violenza privata: per altro, con un rimedio peggiore del male, visto che la condotta costringiva, nonostante le opposte pretese, era del tutto insussistente<sup>12</sup>.

Allora, però, secondo chi scrive, in sede di art. 615 *bis* c.p. forse bisognerebbe abbandonare qualsivoglia richiamo all'art. 614 c.p., che comunque andrebbe modificato come si illustrerà in seguito, e invece bisognerebbe riferirsi alla documentazione, mediante mezzi tecnici, delle immagini o delle conversazioni di una persona che, per dirla con la giurisprudenza elaborata nei Paesi di *common law*, si trova in posti in cui vi è una ragionevole aspettativa di *privacy*. In particolare, nella formulazione testuale della norma, si potrebbe esprimere il concetto in parte

---

dove il «partner» non abbia implicitamente o esplicitamente prestato il proprio consenso alla ripresa (in motivazione, la corte ha precisato che il mancato consenso alla ripresa rende di per sé la condotta indebita, in quanto lesiva del diritto alla riservatezza del "partner" ignaro)», così Cass., Sez. V, 20 dicembre 2018, n. 13384, in *Ced Cass.*, rv. 275236.

<sup>12</sup> «Integra il delitto di violenza privata ex art. 610 c.p. e non quello di interferenze illecite nella vita privata di cui all'art. 615 *bis* c.p. la condotta di chi, avendo la disponibilità di un luogo destinato all'accesso di più persone non determinabili (nella specie una piscina comunale) si procuri indebitamente le immagini attinenti alla vita privata di persone maggiorenni e minorenni, filmate con l'uso di un'apparecchiatura di ripresa audiovisiva opportunamente occultata; tanto perché, nel caso di specie, difetta la possibilità di includere il detto luogo nella nozione di "abitazione" o "privata dimora", non essendo rinvenibile un rapporto qualificato tra la persona ed il luogo medesimo, tale da consentire di sottrarre, con stabilità, la persona da ingerenze esterne, indipendentemente dalla sua presenza, ma sussiste il requisito della violenza quale elemento costitutivo del delitto ex art. 610 c.p., che si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione e di azione, la quale è da riconoscersi quando l'effetto dell'intrusione nella sfera di riservatezza sia permanente, perché, come nel caso in esame, le immagini della persona offesa siano state videoregistrate e diffuse a scopo commerciale, rinnovandosi una persistente coazione psichica nei confronti di chi non può sottrarsi alla reiterata violazione della sua intimità», Cass., Sez. V, 14 maggio 2015, n. 28174, in *Giust. pen.*, 2015, II, 520.

in negativo, «*non si trova in un luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico*», e in parte positivo «*si trova in bagni, spogliatoi o altri luoghi la cui fruizione implica la possibilità di denudarsi in tutto o in parte*».

Ma veniamo ai luoghi di cui all'art. 614 che, secondo le interessanti proposte del Gruppo di Lavoro, dovrebbero essere, oltre alle abitazioni, «*altri luoghi non aperti al pubblico e stabilmente destinati dal titolare allo svolgimento di atti della vita privata*». Trattasi di una formula che, in maniera molto felice, sintetizza i tre requisiti (vita privata, durata apprezzabile, *ius excludendi*), della sentenza a Sezioni Unite della Cassazione, del 2017, sul 624 *bis* c.p.

Tale sentenza, com'è noto, accoglie una concezione restrittiva, in questa sede ritenuta preferibile, di privata dimora, anche se la stessa sentenza è molto “preoccupata” di chiarire che la rubrica della norma e il riferimento all'edificio hanno, nella specie, una funzione delimitativa: insomma, la Cassazione ci tiene a precisare che, per ragioni in realtà di scarsa consistenza, quello che sta enucleando non è un concetto di privata dimora valevole anche ai sensi delle altre disposizioni, sostanziali e processuali, che tale concetto richiamano<sup>13</sup>.

Eppure, almeno secondo chi scrive, anche se tale concezione più restrittiva fosse applicata trasversalmente e, per quanto qui più direttamente interessa, in sede di art. 614 c.p., ciò non sarebbe sufficiente. Il delitto di violazione di domicilio, infatti, dovrebbe riferirsi esclusivamente alle abitazioni. Mentre solo l'art. 615 c.p. dovrebbe aprirsi pure alla rilevanza di altri luoghi, quali associazioni, sindacati, partiti, luoghi di lavoro, *etc.*, rispetto ai quali, infatti, si pone l'esigenza di una tutela da possibili comportamenti vessatori dei P.U., con necessità conseguente, emergente anche dalla comparazione con la normativa straniera, che il delitto sia aggravato se, in occasione della violazione, il P.U. compie anche atti arbitrari, quali perquisizioni, sequestri, *etc.*

Come chiarito, invece, l'art. 614 c.p. dovrebbe essere limitato alle abitazioni, e anzi, più “alla radice”, lo stesso art. 14 Cost. dovrebbe distinguere tra abitazione e domicilio non abitativo, con riferimento conseguente nell'ultimo comma, che consente le ispezioni amministrative, appunto ai soli domicili non abitativi. Il rovescio della medaglia sarebbe che la tormentata norma sulla legittima difesa, oggetto di due riforme tecnicamente discutibili - che non colgono nel segno, perché non distinguono tra difesa legittima e autodifesa legittima, che è un *inerent right* -, per quanto riguarda la sua dimensione domiciliare, più ampia, dovrebbe applicarsi solo alle abitazioni.

#### 4. Conclusioni *extra-giuridiche*

Quello che qui sostiene, cioè, è che la difesa dell'abitazione, e in particolare della propria abitazione, non di quella altrui, costituisce una forma di autodifesa, e quindi rappresenta un diritto intrinseco, inalienabile, incredibile, per cui ogni patto sociale contrario di non-difesa sarebbe nullo. Si ritiene inoltre che, in questi casi, il profilo della mancanza dell'antigiuridicità si salda con quello della mancanza della colpevolezza, nel senso che non è esigibile una rinuncia alla reazione rispetto all'invasione della propria – e non dell'altrui – abitazione, esattamente come non è esigibile una rinuncia alla reazione nelle ipotesi di invasione della propria – e non dell'altrui – sfera corporea.

---

<sup>13</sup> «*Ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 624 bis c.p., i luoghi di lavoro non rientrano nella nozione di privata dimora, salvo che il fatto sia avvenuto all'interno di un'area riservata alla sfera privata della persona offesa; rientrano nella nozione di privata dimora di cui all'art. 624 bis c.p. esclusivamente i luoghi, anche destinati ad attività lavorativa o professionale, nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare (nella specie, la corte ha annullato con rinvio la sentenza di merito che aveva ravvisato il reato de quo in un'ipotesi di sottrazione, all'interno di un ristorante, di oggetti che si trovavano in un'area non riservata al titolare dell'esercizio)*», Cass., Sez. Un., 23 giugno 2017, n. 31345, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1571, con nota di E. MEZZETTI.

Ma il tema dell'abitazione ha una portata più ampia, *extra-penalistica* ed *extra-giuridica*. Dal 1968, infatti - in qualche modo, dal Concilio Vaticano II -, stiamo assistendo ad un cambio di paradigma della nostra società, dal modello patriarcale a quello matriarcale. Il '68, del resto, ha rappresentato l'attacco all'autorità e, quindi, al padre. Dieci anni dopo, Luciani, durante l'*Angelus*, dirà che Dio è padre, ma più ancora è madre, cercando una fusione di opposti impossibile. Sappiamo, infatti, che i due modelli contrapposti sono stati sempre quello patriarcale, che si riferiva ad un dio padre celeste, e quello matriarcale, che si basava sull'adorazione di una dea madre terrestre. E ciò ha portato sempre ad uno scontro di civiltà.

Ad esempio, si spiega in questo modo lo scontro tra la preesistente civiltà minoica e la successiva civiltà micenea. Se pensiamo al mondo romano, poi, non possiamo dimenticare il «*Cartago delenda est*». Sappiamo infatti che Catone, di qualsiasi cosa parlasse in Senato, concludeva il suo discorso dicendo che «*infine credo che Cartagine dev'essere distrutta*». Questa smania di distruzione, invece che di assimilazione, quantomeno insolita per i romani, dipendeva dal fatto che la civiltà fenicia matriarcale era incompatibile con quella romana patriarcale. Non v'è dubbio, del resto, che il sub-strato mediterraneo pre-indoeuropeo era matriarcale. A tal proposito, giustamente il Bacofen, nel suo noto libro sul matriarcato, riporta il dialogo, tratto dall'*Illiade*, tra il Licio Glauco e l'Acheo Diomede, con la sincera incomprendimento da parte del primo dell'interesse del secondo nel voler conoscere la sua linea paterna di discendenza, per Glauco invece assolutamente irrilevante.

Ebbene, la vera differenza tra la società patriarcale e quella matriarcale consiste nella mancanza, in quest'ultima, del senso del limite, del confine. L'imperatore romano, ad esempio, anche come pontefice e delegato del padre celeste, era colui che doveva unire, verticalmente, la terra con il cielo, ma dividere sulla terra, orizzontalmente, ponendo il confine. La tendenza contemporanea, invece, è quella opposta - e quindi ci troviamo in un periodo di transizione, dal modello patriarcale a quello matriarcale -, proprio tramite il venir meno del limite. Si è già citato il Concilio Vaticano II. Con *Nostra aetate*, infatti, si affievolirono i confini tra le religioni, poi si sono affievoliti i confini tra gli Stati; oggi ciò avviene tra sessi, maschile e femminile, secondo il paradigma della c.d. fluidità di genere.

Rispetto alla tendenza in atto, si può legittimamente essere favorevoli o contrari. Chi scrive è contrario, essendo a favore del modello patriarcale del limite, del solco. Ma il solco dev'essere visibile, ben determinato. Solo così il suo superamento può essere severamente sanzionato, come nel mito fondativo della città di Roma. Il pomeriggio di ciascuna persona, tuttavia, è la sua abitazione, che infatti è sotto attacco dalla concezione matriarcale, da ultimo tramite la proposta di direttiva europea ecologista - e dunque, appunto, matriarcale per definizione -, sui vincoli di classe energetica. Ed è proprio e soprattutto a quel confine ben determinato, sull'estensione del quale non ci sono dubbi (diversamente da quanto avviene, com'è noto, per il concetto di privata dimora), che bisogna garantire una "convinta" tutela penale, anche, se non soprattutto, come logico contro-altare dell'ampia possibilità di autodifesa dello stesso, e nello stesso, da attribuire al suo titolare.





# SULLA PROPOSTA DI RIFORMA DEL DELITTO DI ACCESSO ABUSIVO AD UN SISTEMA INFORMATICO O TELEMATICO

Marta Lamanuzzi

**Sommario:** 1. L'influenza della rivoluzione tecnologica sul formante legislativo; 2. L'art. 615-ter c.p. quale «fulcro criminologico» dei reati informatici; 3. Il dibattito sul bene giuridico tutelato; 4. La *vexata quaestio* dell'abusività dell'accesso e del mantenimento nel sistema informatico o telematico; 5. La riformulazione della norma da parte del VII Gruppo di lavoro sulla riforma dei reati contro la persona; 6. Alcune considerazioni sulla proposta di «accesso non autorizzato ad un sistema informatico»; 7. Spunti per un ripensamento dell'interesse protetto alla luce della teoria del bene giuridico; 8. Conclusioni: il diritto penale dell'informatica fra proporzione e «logiche piramidali».

## 1. L'influenza della rivoluzione tecnologica sul formante legislativo

Il rapporto fra rivoluzione tecnologica e politica criminale si articola in più direzioni.

Da una parte, i *mass media* influenzano notevolmente la percezione sociale del crimine, in quanto «il sistema mediatico funge da suscitatore del consenso sociale (...) e da collettore dei bisogni di pena»<sup>1</sup>. Dall'altra, l'avvento degli strumenti informatici, della rete e dei *social network* ha dato luogo a un'ampia fenomenologia di offese ai beni giuridici tradizionali così

---

<sup>1</sup> M. AMISANO, *Media e diritto: circolo virtuoso o vizioso?*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 118, 2019, 415. In particolare «il filtro che i media operano sulla realtà, attraverso la selezione di determinati aspetti del crimine su cui vengono espressi giudizi di valore, concorre a formare l'idea dei comportamenti che devono costituire reato e di come lo Stato si adoperi per combattere la delinquenza» ed è «inevitabile che questo crei pressioni sullo Stato, perché ingenera nei consociati fiducia o sfiducia sulle capacità della giustizia penale di fronteggiare il crimine, dando ai cittadini quel tanto cercato senso di sicurezza». Peraltro – si precisa – «l'influenza mediatica sulle scelte del legislatore ha un significato ancora più pregnante: la questione da risolvere non è come i media distorcano la realtà, ma piuttosto come essi la costruiscano». *Ivi*, 406, rinviando a N. LUHMANN, *La realtà dei mass media*, Franco Angeli, 2000 (Cfr. anche G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Vita e Pensiero, 2005). A parere dell'Autrice, nulla osta a che gli interessi meritevoli di tutela penale emergano o vengano enfatizzati anche dai mezzi di comunicazione, «quel che desta perplessità è l'azione del legislatore, priva di coordinamento e di programmazione e basata – ormai sempre – sulle continue emergenze». Viene così messo in luce come «da ormai molto tempo il legislatore non abbia una visione a lungo raggio – o anche solo a medio raggio – dell'intervento normativo in materia penale. Le leggi sono emanate sull'onda emotiva dell'una piuttosto che dell'altra emergenza. Il che ha portato autorevole dottrina a parlare di emergenza continua. Il legislatore, passando da emergenza a emergenza, crea norme contingenti, senza adeguata pianificazione prospettica e molto spesso senza adeguato e necessario coordinamento. Come è chiaro, se l'emergenza diventa continua, perde le caratteristiche che la contraddistinguono per diventare normalità. Quel che resta è una farneticante proliferazione normativa che non si basa su un progetto, un'idea di fondo, ma resta legata alle contingenze temporanee. È quel che accade quando le risposte del legislatore alle necessità sociali sono non adattative, cioè viscerali: la giustizia diventa più soggetta a influenze esterne e agli umori sociali. In questo modo il decisionismo diventa populista, preoccupandosi più della risposta a breve termine del consenso popolare che delle soluzioni più efficaci benché impopolari. Arrivando al paradosso che si perde la politica legislativa a fronte di una legislazione politica». *Ivi*, 413. Si veda anche C. E. PALIERO, *Il Mercato della Penalità. Bisogno e Meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Giappichelli, 2021, ove, con riferimento alla criminalizzazione in astratto si sottolinea come non si possano trascurare «la fisionomia e le dinamiche del consumatore» dei «prodotti deontici [le fattispecie di reato], a sua volta propositore di istanze di produzione dosate sui suoi bisogni, reali o soltanto percepiti». In tale ricostruzione il «modello ideale» è rappresentato dalla «perfetta coincidenza» fra «istanze emotivo-sociali e razionali-istituzionali». *Ivi*, 100.

come a interessi di nuova emersione<sup>2</sup>. Con riferimento a questo secondo profilo, vi è chi ha osservato come «la rivoluzione tecnologica a cui stiamo assistendo abbia influito – talvolta in maniera eclatante» – «sulle categorie concettuali che si trovano alla base della scienza penalistica», «dotando i concetti basilari del diritto penale di una dimensione ulteriore e forse ancora non del tutto compresa ed esplorata»<sup>3</sup>. Il nuovo habitat cibernetico in cui si sviluppano i rapporti sociali ed economici costituisce quindi «un importante banco di prova per il penalista che deve confrontare il proprio “sapere giuridico” con il “sapere empirico”, inteso sia quale “sapere tecnico”, indispensabile per cogliere e penetrare le situazioni, le procedure e le condizioni che sono oggetto o risultato dell’automazione informatica, che quale “sapere sociale”, in grado di considerare l’incidenza delle applicazioni predette sui comportamenti lesivi e dunque sui *modelli* (o tipi) dei fatti criminosi emergenti, richiedenti un corrispondente adeguamento delle risposte normative e sanzionatorie necessarie a garantire corretti rapporti fra soggetti (ed enti) nel nuovo contesto»<sup>4</sup>.

In particolare, con l’evoluzione delle tecnologie digitali, il legislatore si è trovato a fronteggiare almeno due nuove sfide<sup>5</sup>. La prima è stata quella di individuare e qualificare le condotte offensive aventi come oggetto materiale i dispositivi informatici, le reti e i dati in essi contenuti; la seconda è stata quella di intercettare le nuove modalità di condotta, informatiche o telematiche, attraverso le quali hanno iniziato a manifestarsi i reati tradizionali. Si potrebbe distinguere, in tal senso, fra reati informatici “in senso stretto”, vale a dire «fattispecie legali che presentano, sul piano della definizione normativa, elementi di tipizzazione descrittivi di modalità, oggetti, attività, specificamente caratterizzati dalla o frutto della tecnologia informatica, vale a dire relativi o connessi a procedimenti di elaborazione automatizzata di dati secondo un programma, come sono per esempio l’accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615-ter c.p.) o la frode informatica (art. 640-ter c.p.)», e reati informatici “in senso lato”, ossia «tutte quelle fattispecie che pur non presentando elementi di tipicità del fatto così caratterizzati sul piano tecnico, tuttavia possono includere, nei casi concreti, le predette modalità, attività, oggetti, per l’ampiezza o elasticità dei requisiti costitutivi richiesti dal legislatore, suscettibili d’interpretazione e applicazione evolutiva»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Si è affermato a tal proposito che alla «rivoluzione cibernetica» va riconosciuta «un’importanza strutturale o, se si preferisce, strategica per l’evoluzione del diritto, (...) in quanto rappresenta la frontiera più avanzata dell’innovazione e del cambiamento nell’odierna società globalizzata». L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d’insieme*, in A. CADOPPI ET AL. (a cura di), *Cybercrime*, Utet, 2019, 36. Ancora, la disciplina giuridica della rete «si pone come una sorta di banco di prova per il diritto, che si confronta con l’ineludibile necessità di adottare istituti adeguati alle peculiarità di un fenomeno ormai non più nuovo, ma dalla sconvolgente portata eversiva». M. MENSÌ, P. FALLETTA, *Il diritto del Web*, 2° ed., Cedam, 2018, 61.

<sup>3</sup> A. C. AMATO MANGIAMELI, G. SARACENI, *Reati informatici. Elementi di teoria generale e principali figure criminose*, Giappichelli, 2019, X. Continuano gli Autori: «la rivoluzione digitale sembrerebbe aver comprovato l’antica profezia marxiana in base alla quale ogni cosa sarebbe divenuta un giorno volatile. Posto di fronte a una simile *liquefazione*, lo studioso del diritto – e in particolar modo del diritto penale – non può non avvertire un senso di spaesamento e di vertigine. Anche la ricchezza digitale richiede di essere tutelata: il traffico planetario di dati, informazioni e programmi che transitano senza sosta sul *world wide web* necessita di essere organizzato e disciplinato». *Ivi*, XI.

<sup>4</sup> L. PICOTTI, *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell’informazione*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Cedam, 2013, 33-34. «Le nuove tecnologie» – viene ancora sottolineato – «determinano essenziali modificazioni e del tutto inedite possibilità d’intervento nella sfera dei diritti e interessi della persona, cambiando i modi di comportamento e i tipi di rapporto in cui essa viene coinvolta (...), per cui si delineano, da un lato, nuove e più specifiche esigenze di tutela e, dall’altro, originali ambiti di autonomia e di libertà della persona da salvaguardare rispetto all’intervento penale». *Ivi*, 32.

<sup>5</sup> «Le moderne tecnologie» hanno, in una certa misura, «messo in crisi» il diritto penale classico ponendolo di fronte alla «necessità di dare una risposta adeguata alle sfide della modernità». In questi termini V. PLANTAMURA, *Moderne tecnologie, riservatezza e sistema penale: quali equilibri?*, in *Dir. inf.*, 2006, 417.

<sup>6</sup> L. PICOTTI, *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell’informazione*, cit., 55. Continua l’Autore riferendosi anche alla «categoria dei *reati cibernetici*», che «comprende ulteriormente tutti quelli che, in generale, si realizzano o si possono realizzare, in tutto o in parte, nel *Cyberspace*, e che caratterizzano dunque la dimensione

A partire dagli anni Ottanta in diversi Paesi sono intervenute riforme volte a contrastare, spesso con lo strumento della sanzione penale, comportamenti connessi all'impiego delle nuove tecnologie informatiche<sup>7</sup>. In Italia l'atto normativo cui viene affidato il più significativo adeguamento della legislazione penale al progresso tecnologico è la legge del 23 dicembre 1993, n. 547, recante "Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica". Due i principali motori della riforma. Da un lato, occorre scongiurare la violazione del principio di tassatività in cui rischiavano di incorrere i giudici nel tentativo di applicare le fattispecie esistenti alla nuova realtà digitale<sup>8</sup>. Dall'altro, numerose erano le spinte sovranazionali alla modernizzazione dell'apparato normativo. In particolare, ha svolto un ruolo chiave la "Raccomandazione sulla criminalità informatica", adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 13 settembre 1989, che, a sua volta, rinviava al "Rapporto sulla criminalità informatica", in cui le «forme di abuso dell'informatica» venivano distinte in due categorie: quelle che gli Stati erano *invitati* a reprimere con la sanzione penale e quelle la cui repressione penale era *lasciata alla discrezionalità* dei legislatori nazionali<sup>9</sup>.

Quanto alle modalità della riforma, il legislatore italiano ha introdotto nuove fattispecie, per lo più modellate su figure criminose "tradizionali" (si pensi proprio all'accesso abusivo a sistema informatico o telematico, che è costruito sull'attigua fattispecie di violazione di domicilio), e aggiornato ipotesi di reato già presenti affinché potessero trovare applicazione alla nuova casistica. Se la decisione di non ricorrere alla legislazione speciale, intervenendo sul codice penale, è stata salutata con favore, maggiori perplessità hanno suscitato la scelta di non riservare ai reati informatici "in senso stretto" un titolo *ad hoc*<sup>10</sup> (idea che ritorna, come si vedrà,

---

attuale della criminalità informatica, abbracciando entrambe le predette categorie dei reati informatici in senso stretto e in senso lato, sotto il comune requisito della commissione "in rete" di tutto o parte del fatto di reato, bastando che i relativi elementi costitutivi siano *compatibili* con detta realizzazione, almeno in parte, nel *Cyberspace*. Cfr. anche I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, in AA.VV., *Cybercrime*, cit., 657, ove, nell'ambito del diritto penale dell'informatica, viene proposta la distinzione fra reati commessi a danno di strumenti informatici (cd. *computer crime*) e reati commessi per mezzo di strumenti informatici (cd. *cybercrime*), e A. C. AMATO MANGIAMELI, G. SARACENI, *Reati informatici. Elementi di teoria generale e principali figure criminose*, cit., XII-XIII, in cui viene fatto riferimento a «reati propriamente informatici», «che esistono perché esistono i computer» («se non esistessero gli elaboratori elettronici, non sarebbe infatti concepibile la diffusione di virus informatici o il possesso abusivo di codici d'accesso») e a «reati *lato sensu* informatici», «che hanno guadagnato una specifica e perniciosa diffusione a causa della rivoluzione digitale, pur aggredendo ben più antichi beni giuridici – come, ad esempio, il patrimonio, la personalità o la riservatezza».

<sup>7</sup> *Ex plurimis*: in Danimarca legge n. 229 del 1985; in Norvegia legge n. 54 del 1987; in Austria legge n. 605 del 1987; in Grecia legge n. 1805 del 1988; in Gran Bretagna *Computer Misuse Act* del 1990; negli Stati Uniti *Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse* del 1984, poi sostituita dal *Computer Fraud and Abuse Act* del 1986.

<sup>8</sup> In dottrina è stato messo in rilievo come «i tentativi di applicazione del tradizionale impianto normativo di parte speciale su condotte di accesso abusivo a sistema informatico – ad esempio, attraverso il ricorso al reato di violazione di domicilio, di sostituzione di persona e di intercettazione abusiva di comunicazioni telefoniche e telegrafiche – sono risultati per lo più inefficienti e potenzialmente lesivi del principio di stretta legalità, stante la diversa materialità del bene giuridico protetto e del mezzo di commissione del reato». N. BUSSOLATI, *Accesso abusivo a un sistema informatico o telematico ex art. 615-ter c.p.: il nodo dell'abusività*, in *Studium iuris*, 2018, 4, 429.

<sup>9</sup> Raccomandazione e Rapporto sono liberamente fruibili su <http://www.oas.org/juridico/english/89-9&final%20report.pdf>. Fra i fatti contemplati nella "lista minima": la frode informatica, il falso informatico, il danneggiamento dei dati o programmi informatici, il sabotaggio informatico, l'accesso non autorizzato a sistema informatico, l'intercettazione non autorizzata, la riproduzione non autorizzata di un programma informatico protetto e la riproduzione non autorizzata di una topografia. Fra i fatti previsti nella "lista facoltativa": l'alterazione dei dati o dei programmi informatici, lo spionaggio informatico, l'utilizzazione non autorizzata di un elaboratore, l'utilizzazione non autorizzata di un programma informatico protetto.

<sup>10</sup> Così V. MILITELLO, *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 364 ss. Critico in merito anche N. BUSSOLATI, *Accesso abusivo a un sistema informatico o telematico ex art. 615-ter c.p.: il nodo dell'abusività*, cit., 429-430, il quale sottolinea il rischio, sotteso a tale

nelle più recenti proposte di riforma), l'appiattimento delle nuove fattispecie su beni giuridici tradizionali – o su oggetti di tutela forzatamente modellati su detti beni (che avrebbero potuto invece cedere il passo a *nuovi* beni giuridici scaturiti dall'evoluzione tecnologica<sup>11</sup>) – e alcune soluzioni lessicali palesemente inficcate da deficit di conoscenza empirica dei fenomeni da disciplinare (emblematico l'impiego del verbo "introdursi"<sup>12</sup> all'art. 615-ter c.p., tecnicamente più appropriato a indicare l'accesso a un luogo fisico che non a un sistema informatico)<sup>13</sup>.

## 2. L'art. 615-ter c.p. quale «fulcro criminologico» dei reati informatici

La fattispecie di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico (art. 615-ter c.p.) è stata definita «il fulcro criminologico» dei reati informatici, in quanto si pone «come prodromo per l'eventuale commissione di reati contro l'integrità o la riservatezza dei dati»<sup>14</sup>.

La norma sanziona chi abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo (*ius excludendi alios*). L'"introduzione" può avvenire con qualunque mezzo, sia avendo diretto contatto con il dispositivo elettronico (ad esempio il pc) sia "da remoto", purché si tratti di un sistema provvisto di qualche misura di sicurezza contro gli accessi indesiderati.

«L'espressione "sistema informatico"» – ha precisato la giurisprudenza di legittimità – rimanda a «una pluralità di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, attraverso l'utilizzazione (anche in parte) di tecnologie informatiche (...) caratterizzate dalla registrazione (o "memorizzazione"), per mezzo di impulsi elettronici, su supporti adeguati, di dati (...): tali "dati", elaborati automaticamente dalla macchina, generano le informazioni costituite da un insieme più o meno vasto di dati organizzati secondo una logica

---

scelta legislativa, di perdere o quanto meno rendere di difficile comprensione «l'unicità del carattere informatico che tali figure esprimono, a favore invece di una valutazione analogica che benché seducente mal si attaglia alle condotte criminose commesse per mezzo e nei confronti di nuove tecnologie, data anche la costante evoluzione tecnologica». Dello stesso avviso Salvadori (I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 658), il quale osserva come il legislatore abbia così «rinunciato a cogliere le specificità della criminalità informatica, che incide su beni giuridici, in tutto o in parte, nuovi, non avvedendosi delle significative ricadute che i reati informatici hanno sul piano dogmatico (in relazione al concetto di azione e di evento, al concorso di persone nel reato, al momento consumativo, al *locus commissi delicti*, ecc.)».

<sup>11</sup> In dottrina si è parlato di nuovi "beni informatici", quali strumenti attraverso i quali ormai di frequente il soggetto «esplica la propria personalità e le proprie attività». C. PIERGALLINI, *I delitti contro la riservatezza informatica* (artt. 615-ter, 615-quater, 615-quinquies), in C. PIERGALLINI, F. VIGANÒ, M. VIZZARDI, A. VERRI, *I delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Vol. X, Cedam, 2015, 70-771.

<sup>12</sup> Sul punto si veda I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 667.

<sup>13</sup> Al legislatore è stato rimproverato di essere incorso in un duplice errore: «aver, da un lato, trascurato gli effetti erosivi, per la determinatezza dei concetti tradizionali, della loro estensione a ipotesi del tutto eterogenee, che hanno in comune solo un'analogia funzione, mentre del tutto distinti restano gli specifici elementi costitutivi, alla cui stregua si decide della tipicità dei "nuovi" fatti incriminati; e, dall'altro, aver sottovalutato il profondo condizionamento che tale diversità contenutistica degli "oggetti materiali" delle condotte esercita sulla stessa struttura o modalità esecutiva di queste, fino al punto da porne in discussione, in molti casi, la concreta compatibilità o configurabilità logico-giuridica». L. PICOTTI, *Commento all'art. 5 della legge n. 547 del 1993*, in *Legislazione penale*, 1996, 109.

<sup>14</sup> N. BUSSOLATI, *Accesso abusivo a un sistema informatico o telematico ex art. 615-ter c.p.: il nodo dell'abusività*, cit., 428. Il già citato Rapporto cui rinvia la "Raccomandazione sulla criminalità informatica" del 1989 invitava i legislatori nazionali a prevedere, fra le altre, una norma che incriminasse l'«accesso non autorizzato» a un sistema informatico, al fine di garantire «in prima battuta, la sicurezza del sistema informatico e l'inviolabilità del domicilio informatico» e, d'altra parte, assicurare «una protezione, in via anticipata e indiretta, contro i rischi di manipolazioni informatiche, di danneggiamento dei dati e di spionaggio informatico».

che consenta loro di attribuire un particolare significato per l'utente»<sup>15</sup>. Ancora, in dottrina, il sistema informatico viene definito, nel suo contenuto minimo, come «il complesso formato da un *elaboratore elettronico di dati* e dalle periferiche alle quali è connesso»<sup>16</sup>. Il termine “sistema telematico” indicherebbe invece ogni forma di telecomunicazione tra sistemi informatici e implicherebbe come tale il coinvolgimento di «almeno due apparecchi (...) in comunicazione tra loro per la *trasmissione a distanza dei dati*»<sup>17</sup>.

Il sistema deve essere protetto da misure di sicurezza, sebbene non ne sia richiesta né la violazione da parte del soggetto agente né tanto meno l'adeguatezza nel prevenire gli accessi indesiderati. Infatti, come evidenziato dai primi commentatori, «la misura di sicurezza di cui all'art. 615-ter c.p. deve essere considerata un elemento eminentemente *semiotico* che non impone all'interprete alcun giudizio di idoneità in concreto»<sup>18</sup>. Secondo parte della dottrina, si tratterebbe di una previsione volta a “responsabilizzare la vittima” subordinando la tutela del sistema al suo “attivarsi” dotandolo di protezioni<sup>19</sup>; secondo altro orientamento, la presenza di misure di sicurezza sarebbe necessaria al fine di delimitare il sistema informatico e telematico, che, a differenza del domicilio, non è “intuitivamente privato”<sup>20</sup>.

“Introdursi” in un sistema informatico o telematico ai sensi dell'art. 615-ter c.p. consiste nell'ottenere l'accesso alla memoria interna del sistema, mettendosi così nella condizione di poter richiamare i dati e i programmi che vi sono contenuti. In particolare, non è sufficiente un qualsiasi “contatto” con un dispositivo, ma occorre che l'agente instauri un “dialogo logico” con il sistema informatico o telematico, nel senso di utilizzare uno o più comandi da cui deve dipendere l'esecuzione, da parte del sistema, di una certa operazione. Così facendo l'agente si pone nelle condizioni di conoscere il contenuto o le risorse del sistema, pur non essendo necessario, ai fini dell'integrazione della fattispecie, né che effettivamente ne prenda

---

<sup>15</sup> Cass. pen., Sez. VI, 4 ottobre 1999, n. 3067, in *Dir. inf.*, 2001, 485.

<sup>16</sup> V. PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, University Press, 2017, 200. Ancora – si è specificato in dottrina – «per sistema informatico, si intende il complesso degli elementi fisici e logici, che compongono un apparato di elaborazione automatizzato: dunque, tra gli altri, l'*hardware* (integrato da componenti fisici, magnetici, elettrici) e il *software* (integrato dai programmi, procedure e regole di comportamento)». «Il sistema telematico», invece, «è costituito da un apparato, diverso dai servizi telefonici e telegrafici convenzionali, per la comunicazione a distanza di dati tramite strumenti informatici e mezzi di telecomunicazione. La telematica vede, dunque, convergere la telecomunicazione, vale a dire la comunicazione a distanza, che elimina ostacoli di natura fisica, e l'informatica, cioè l'elaborazione elettronica dei dati. In definitiva, il sistema telematico è un sistema integrato, capace di gestire dati, voci, testi e immagini». C. PIERGALLINI, *I delitti contro la riservatezza informatica (artt. 615-ter, 615-quater, 615-quinquies)*, cit., 778-779.

<sup>17</sup> V. PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, cit., 200.

<sup>18</sup> A. C. AMATO MANGIAMELI, G. SARACENI, *Reati informatici. Elementi di teoria generale e principali figure criminose*, cit., 64.

<sup>19</sup> M. MANTOVANI, *Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica*, in *Crit. dir.*, 1994, IV, 20; L. PICOTTI, voce *Reati informatici*, in *Enciclopedia giuridica Treccani, Aggiornamento*, 2000, 22; C. PECORELLA, *Sub art. 615-ter c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI, G. L. GATTA, III, Ipsoa-Wolters Kluwer, 2021, 2055.

<sup>20</sup> S. SEMINARA, *Note sul reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici da parte di un pubblico agente (art. 615-ter, c. 2, n. 1, c.p.)*, in *MediaLaws*, 2018, 2, 242. Con le parole dell'Autore: «alle misure di sicurezza viene attribuita la funzione di manifestare all'esterno quello *ius excludendi* che è implicito nel domicilio fisico e che, soprattutto nel mondo della rete, non caratterizza necessariamente ogni sistema: è pertanto indifferente che tali misure siano adeguate od obsolete, facilmente o difficilmente aggirabili, poiché la loro rilevanza si esaurisce in una valenza sintomatica, mirata appunto ad assicurare l'equivalenza tra domicilio reale e informatico». Così anche V. PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, cit., 191 ss. Vi è, ancora, chi ritiene che si tratti di una «scelta politico-criminale che, da un lato, mira alla responsabilizzazione del titolare del sistema, anche solo al fine di rendere manifesta la sua volontà di escludere soggetti non autorizzati e, dall'altro lato, pone al centro la violazione della *voluntas domini*, che proprio nella previsione dell'elemento obiettivo della presenza di misure protettive trova manifestazione». R. FLOR, *La condotta del pubblico ufficiale fra violazione della voluntas domini, “abuso” dei profili autorizzativi e “sviamento di potere”*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 514.

conoscenza né che esegua attività di sorta<sup>21</sup>.

La norma punisce inoltre chi, dopo aver compiuto un accesso autorizzato o “casuale”, si mantiene nel sistema contro la volontà espressa o tacita del titolare. Si pensi al classico esempio del tecnico che, incaricato di verificare il corretto funzionamento di un computer, una volta portato a termine il lavoro, si trattiene ulteriormente nel sistema mettendosi così nelle condizioni di compiere attività che esulano dal compito che gli era stato assegnato e in relazione al quale era stato autorizzato all’accesso. Anche la permanenza deve essere intesa nel senso di mantenimento della connessione logica<sup>22</sup>.

Quanto all’avverbio “abusivamente”, su cui si tornerà nel prosieguo<sup>23</sup>, secondo parte della dottrina, si limita a rimarcare che l’accesso deve avvenire in assenza del consenso del titolare dello *ius excludendi* e di cause di giustificazione che lo facoltizzino o lo impongano, operando come clausola di illiceità espressa<sup>24</sup>; secondo altro orientamento, si tratterebbe di un elemento del reato, in mancanza del quale verrebbe meno l’antigiuridicità delle condotte, operando quale clausola di illiceità speciale<sup>25</sup>. In particolare, la specificazione del carattere abusivo dell’accesso varrebbe ad aggiungere alla contrarietà alle indicazioni espresse o tacite del titolare la mancanza di un titolo autorizzativo<sup>26</sup>.

Il dolo richiesto è un dolo generico, che consiste nella volontà di introdursi o di mantenersi nella memoria interna di un elaboratore o in un determinato spazio virtuale in assenza del consenso del titolare dello *ius excludendi* e con la consapevolezza che quest’ultimo li ha presidiati con misure di protezione.

### 3. Il dibattito sul bene giuridico tutelato

Secondo l’impostazione tradizionale, prevalente in giurisprudenza e in linea con la collocazione sistematica della fattispecie e con le indicazioni emerse nel corso dei lavori preparatori, il bene giuridico protetto dall’art. 615-ter c.p. coinciderebbe con il *domicilio informatico*, quale «espansione ideale dell’area di rispetto pertinente al soggetto interessato,

---

<sup>21</sup> I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 669. In altri termini, si deve trattare di una «penetrazione di tipo elettronico, telematico o virtuale, e avviene tramite il superamento delle barriere che presidiano l’accesso alla memoria interna del sistema, sì che l’agente guadagna una libertà di movimento all’interno del sistema». Cfr. C. PIERGALLINI, *I delitti contro la riservatezza informatica (artt. 615-ter, 615-quater, 615-quinquies)*, cit., 774; F. FASANI, *Accesso abusivo a un sistema informatico: le Sezioni Unite cambiano di nuovo rotta* (nota a Cass. pen., Sez. Un., 8 settembre 2017, ud. 18 maggio 2017, n. 41210), in *Le Società*, 2017, 12, 1404.

<sup>22</sup> I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 669.

<sup>23</sup> *Infra* § 4.

<sup>24</sup> Così, ad esempio, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed., Giuffrè, 2021, 308; C. PIERGALLINI, *I delitti contro la riservatezza informatica (artt. 615-ter, 615-quater, 615-quinquies)*, cit., 780 (l’Autore fa l’esempio del consulente tecnico che, su indicazione dell’Autorità giudiziaria, accede a un computer sottoposto a sequestro al fine di esaminarne il contenuto); R. BORRUSO, *La tutela del documento e dei dati*, in AA.VV., *Profili penali dell’informatica*, Giuffrè, 1994, 32; F. FASANI, *Accesso abusivo a un sistema informatico: le Sezioni Unite cambiano di nuovo rotta*, cit., 1405.

<sup>25</sup> Locuzioni quali “ingiustamente”, “indebitamente”, “arbitrariamente”, “abusivamente”, ecc. possono avere la valenza di “clausole di illiceità espressa” (o apparente) o di “clausole di illiceità speciale”. Nel primo caso si tratta di formule sostanzialmente pleonastiche che non contribuiscono a descrivere il fatto penalmente rilevante ma si limitano a dare *espresso* rilievo alle cause di giustificazione previste dall’ordinamento, in presenza delle quali viene meno l’antigiuridicità del fatto. Nel secondo caso, invece, viene richiesta una nota di illiceità ulteriore, desumibile da una fonte o da una norma diversa da quella incriminatrice, anche non espressamente richiamata da quest’ultima. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2019, 205 ss.; D. PULITANO, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 65 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penali. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, 2004, 101 ss.

<sup>26</sup> I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 670-671.

garantita dall'art. 14 della Costituzione e penalmente tutelata nei suoi aspetti più essenziali e tradizionali agli artt. 614 e 615 del codice penale»<sup>27</sup>. Così, secondo un nutrito indirizzo giurisprudenziale, la norma sarebbe stata introdotta «per assicurare una protezione all'ambiente informatico o telematico che contiene dati personali che devono rimanere riservati e conservati, al riparo da ingerenze e intrusioni altrui, e rappresenta un luogo inviolabile, delimitato da confini virtuali, paragonabile allo spazio privato dove si svolgono le attività domestiche»<sup>28</sup>. Seguendo tale orientamento, il reato in questione deve essere considerato un *reato di danno*, in quanto l'accesso al sistema produce l'immediata lesione dell'interesse all'inviolabilità del domicilio informatico anche nell'ipotesi (sebbene remota) che non vi siano contenuti né dati né programmi, così come la violazione di domicilio ex art. 614 c.p. viene integrata, con piena lesione del bene tutelato, a prescindere dal fatto che il luogo fisico violato contenga mobili od oggetti di sorta<sup>29</sup>.

Nonostante la collocazione sistematica della norma, sono andati via via sviluppandosi orientamenti dottrinali critici rispetto a tale impostazione. In particolare, la nozione di domicilio – si è argomentato – non potrebbe essere estesa fino a comprendere le caratteristiche del fenomeno digitale, soprattutto in considerazione dell'emersione di nuovi e cangianti spazi virtuali cui si è assistito con l'evoluzione cibernetica. Si tratta di una nozione che «trasuda fisicità e spazialità, quale proiezione della pace e della tranquillità domestiche (...)» manifestando, così, «una nervatura integralmente naturalistica», laddove invece «la criminalità informatica è, il più delle volte, marcata dall'assenza di fisicità (...)»<sup>30</sup>. In altri termini – si è osservato – «non si tratta, come erroneamente ritenuto dal legislatore del 1993, di “luoghi” equiparabili *tout court* alla nozione di domicilio tradizionale, inteso quale spazio fisico di “espansione ideale dell'area di rispetto pertinente al soggetto interessato” (...). Si tratta piuttosto di nuove sfere “virtuali” di libera, esclusiva e immediata disponibilità che, attribuendo ai titolari o ai soggetti legittimati la possibilità di “trattare” con estrema facilità e rapidità un'enorme quantità di dati e di informazioni, permettono di estrinsecare liberamente la propria personalità o di svolgere al loro interno ogni genere di attività (professionale, economica,

---

<sup>27</sup> Relazione al Disegno di legge n. 2773 (al Senato il 26 marzo 1993, alla Camera l'11 giugno successivo) presentata dal Ministro di Grazia e Giustizia (Giovanni Conso), 9. Fra i primi commentatori della norma vi è chi ha messo in luce il «valore acquisito dal computer per l'uomo d'oggi quale sorta di propaggine della propria mente e di tutte le conoscenze, i ricordi, i segreti che essa custodisce». R. BORRUSO, *La tutela del documento e dei dati*, cit., 28. In tal senso, la Cassazione ha da subito precisato come la fattispecie fosse posta a tutela dello «*ius excludendi* del titolare del sistema informatico, quale che sia il contenuto dei dati racchiusi in esso, purché attinente alla propria sfera di pensiero o alla propria attività (lavorativa e non)». Cass. pen., Sez. VI, 4 ottobre 1999, n. 3067, cit. Il “domicilio” informatico, in particolare, andrebbe inteso come *spatium vitae et cogitationis* attraverso cui si estrinseca la personalità umana. P. GALDIERI, *Teoria e pratica nell'interpretazione del reato informatico*, Giuffrè, 1997, 147.

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 17325, in *Riv. pen.*, 2015, 6, 521. V. Cass. pen., Sez. V, 19 febbraio 2020, n. 17360, in *Dir. & Giust.*, 9 giugno 2020; Cass. pen., Sez. II, 29 maggio 2019, n. 26604, in *Riv. dir. ind.*, 2020, 1, II, 98 ss.; Cass. pen., Sez. II, 14 gennaio 2019, n. 21987, in *Guida dir.*, 2019, 30, 71 ss.; Cass. pen., Sez. V, 26 ottobre 2016, n. 14546, in *Guida dir.*, 2017, 22, 41; Cass. pen., Sez. V, 28 ottobre 2015, n. 13057, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 144 ss.; Cass. pen., Sez. V, 29 maggio 2008, n. 26797, in *Cass. pen.* 2009, 4, 1502 ss.

<sup>29</sup> Precisa Seminara: «al di là di ogni pretesa di identificazione tra il domicilio reale e il domicilio informatico, la norma in esame tutela dunque uno spazio di riservatezza, cioè una sfera di manifestazione della personalità individuale o di autodeterminazione della propria vita privata». Ancora, «la stessa sistemazione del codice penale, ove i reati contro l'inviolabilità del domicilio precedono quelli contro l'inviolabilità dei segreti, conferma che la nozione di riservatezza va intesa come pacifico godimento della propria sfera privata, indipendentemente dal successivo utilizzo dei dati o dei fatti la cui conoscenza viene preclusa a quanti siano privi di una facoltà di accesso». S. SEMINARA, *Note sul reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici da parte di un pubblico agente* (art. 615-ter, c. 2, n. 1, c.p.), cit., 241-242.

<sup>30</sup> C. PIERGALLINI, *I delitti contro la riservatezza informatica* (artt. 615-ter, 615-quater, 615-quinquies), cit., 772. «La condotta umana» – continua l'Autore – «si smaterializza: non può reggersi, cioè, senza l'ossatura di centri operativi-decisionali non umani, ma cibernetici, che operano in modo automatizzato, sì che diventa spesso inafferrabile il concetto, sperimentato in sede processuale, di *locus commissi delicti*».

sociale, culturale, ecc.)»<sup>31</sup>.

Sono state così prospettate interpretazioni alternative. Non potendo i sistemi informatici o telematici essere neppure assimilati ai luoghi privati di cui all'art. 614 c.p., effettiva proiezione spaziale della persona, il bene giuridico tutelato dalla norma, secondo un primo filone ermeneutico, andrebbe individuato nell'*indisturbata fruizione del sistema* da parte del gestore, non diversamente da come l'art. 637 c.p., nel reprimere l'ingresso abusivo nel fondo altrui, protegge la proprietà fondiaria da ogni possibile turbativa<sup>32</sup>.

Secondo una differente ricostruzione, la fattispecie non andrebbe intesa come reato di danno posto a tutela del domicilio informatico, bensì come *reato di pericolo astratto* volto ad apprestare una tutela anticipata alla *riservatezza*<sup>33</sup> o all'*integrità*<sup>34</sup> dei dati e dei programmi contenuti nel sistema; impostazione, quest'ultima, che troverebbe conferma nella previsione di un aumento di pena nel caso in cui «dal fatto derivi la distruzione o il danneggiamento del sistema o l'interruzione totale o parziale del suo funzionamento, ovvero la distruzione o il danneggiamento dei dati, delle informazioni o dei programmi in esso contenuti» (art. 615-ter, comma 2, n. 3, c.p.).

Così argomentando, tuttavia, si perviene alla conclusione che oggetto della tutela predisposta attraverso la fattispecie di cui all'art. 615-ter c.p. non sia «la dimensione spaziale del sistema informatico, il "contenitore", bensì l'insieme degli elementi ivi contenuti, il suo "contenuto"»<sup>35</sup>, pur non comparando nella norma – si è sottolineato in dottrina – «alcun riferimento al contenuto (dati, programmi, informazioni), ma solo al contenitore (sistema informatico o telematico)» e «la specificazione che debba trattarsi di un contenitore chiuso, protetto da misure di sicurezza, rafforza l'idea che sia proprio il contenitore in sé ad essere protetto appunto in virtù della sua natura di "luogo chiuso"»<sup>36</sup>. Ancora, avverso la soluzione da ultimo richiamata si può obiettare come esistano altre norme che sono poste precipuamente a tutela dei dati (il riferimento è alle norme in tema di protezione dei dati personali) nonché dell'integrità dei sistemi informatici e telematici (si pensi alle fattispecie che reprimono i danneggiamenti informatici).

Ha invece riscosso notevole successo in dottrina la tesi, su cui si tornerà diffusamente nel prosieguo<sup>37</sup>, in forza della quale il reato di cui all'art. 615-ter c.p. tutelerebbe la *riservatezza*

<sup>31</sup> I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 660-661. Proseguendo nel ragionamento: «in queste nuove sfere di controllo, disponibilità e godimento esclusivo, gli utenti possono non solo raccogliere, organizzare, conservare, elaborare e scambiare informazioni e dati di natura riservata o segreta, nell'accezione tradizionale che tali concetti assumono nel diritto penale, ma anche contenuti informativi di per sé già noti e disponibili, che attraverso *software* e mezzi di trattamento automatizzato acquistano un valore e una utilità del tutto nuovi».

<sup>32</sup> F. BERGHELLA, R. BLAIOTTA, *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, in *Cass. pen.*, 1995, 9, 2333.

<sup>33</sup> C. PECORELLA, *Sub art. 615-ter c.p.*, cit., 2053. *Contra* è stato rilevato come «il diritto penale non si presti a tutelare la riservatezza, la *privacy* o la vita privata; anzi, per l'esattezza, risulta che lo stesso non si presta a tutelare tali beni mediante la previsione di fattispecie *generali* (né, tanto meno, a forma libera). Infatti, se il bene finale che si vuole tutelare è costituito dalla riservatezza della vita privata, allora appare indubitabile, per via dell'indeterminatezza del bene stesso, che una simile tutela può essere efficacemente apprestata con lo strumento penalistico solo in via indiretta, ovvero incriminando la violazione di beni (precisi e determinati) strumentali alla tutela di tale bene finale: il domicilio, ad es. o la segretezza delle conversazioni o delle comunicazioni». V. PLANTAMURA, *Moderne tecnologie, riservatezza e sistema penale: quali equilibri?*, cit., 434. In altri termini «il bene riservatezza risulta, in sé, troppo sfuggente per essere utilizzato dal diritto penale, a meno che non lo si concretizzi in un luogo che diviene oggetto di tutela, nel senso di riservatezza di quel luogo». V. PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, cit., 190.

<sup>34</sup> M. MANTOVANI, *Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica*, in *Critica dir.*, 1994, 4, 18.

<sup>35</sup> S. CANNATA, D. COSTALUNGI, *Accesso abusivo ad un sistema informatico*, in A. CADOPPI ET AL., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XI, Utet, 2008-2015, 522.

<sup>36</sup> V. PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, cit., 187-188, ove si sostiene che la norma tutelerebbe quindi, ritornando all'impostazione tradizionale, proprio il domicilio informatico «quale spazio, sia ideale che fisico, rispetto al quale il titolare esercita lo *ius excludendi alios*».

<sup>37</sup> *Infra* § 5 e 7.



*informatica*, bene giuridico che andrebbe tenuto distinto sia dalla *privacy* sia dal domicilio, pur essendo legato all'espansione ideale della riservatezza del titolare dello *ius excludendi alios*<sup>38</sup>. La «riservatezza informatica», in particolare, avrebbe «ad oggetto l'interesse all'esclusività dell'accesso a uno o più spazi informatici, a prescindere dalla natura dei dati e delle informazioni ivi archiviati, nonché alla loro disponibilità rispetto a illegittime interferenze da parte di terzi soggetti»<sup>39</sup>.

#### **4. La *vexata quaestio* dell'abusività dell'accesso e del mantenimento nel sistema informatico o telematico**

In giurisprudenza si sono storicamente alternati due orientamenti in materia di abusività dell'accesso. Secondo il primo<sup>40</sup>, il criterio ermeneutico da seguire per stabilire quando un soggetto si introduca o si mantenga abusivamente in un sistema informatico o telematico è di tipo soggettivo, dovendo il giudice verificare se l'agente perseguisse finalità diverse da quelle per cui era autorizzato ad accedere. Contrariamente, stando a un differente filone ermeneutico<sup>41</sup>, andrebbe valutata esclusivamente l'oggettiva violazione delle prescrizioni, indicazioni, disposizioni organizzative, prassi che regolavano l'accesso e la permanenza nel sistema informatico o telematico.

Le Sezioni Unite Casani, nel 2011, sono intervenute a dirimere la controversia precisando che la legittimità dell'accesso va valutata sulla base dell'«oggettiva violazione delle disposizioni del titolare in ordine all'uso del sistema», mentre «irrilevanti devono considerarsi gli eventuali fatti successivi: questi, se seguiranno, saranno frutto di nuovi atti volitivi e, pertanto, se illeciti, saranno sanzionati con riguardo ad altro titolo di reato»<sup>42</sup>. Come osservato dalla dottrina, «il dissenso, anche tacito, del titolare dello *ius excludendi* non viene desunto,

---

<sup>38</sup> L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Cedam, 2004, 21 ss.; ID., *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, cit., 60-61; I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 692, in cui si rimprovera all'orientamento classico, che identifica nel domicilio informatico il bene giuridico tutelato, di attribuire «un valore assorbente alla collocazione topografica, ignorando, però, che quest'ultima è soltanto uno degli strumenti interpretativi per determinare l'effettivo interesse giuridico oggetto di tutela». Ivi, 658; F. FASANI, *Accesso abusivo a un sistema informatico: le Sezioni Unite cambiano di nuovo rotta*, cit., 1404.

<sup>39</sup> R. FLOR, *La condotta del pubblico ufficiale fra violazione della voluntas domini, "abuso" dei profili autorizzativi e "sviamento di potere"*, cit., 512.

<sup>40</sup> Cass. pen., Sez. V, 22 settembre 2010, n. 39620, in *Riv. pen.*, 2011, 2, 170; Cass. pen., Sez. V, 16 febbraio 2010, n. 19463, in *Cass. pen.*, 2011, 6, 2198 ss.; Cass. pen., Sez. V, 10 dicembre 2009, n. 2987, in *Guida dir.*, 2010, 95 ss.; Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 18006, in *Cass. pen.*, 2010, 224 ss.; Cass. pen., Sez. V, 30 settembre 2008, n. 1727, in *Riv. pen.*, 2009, 4, 467 ss.; Cass. pen., Sez. V, 8 luglio 2008, n. 37322, in *Cass. pen.*, 2009, 3454 ss.; Cass. pen., Sez. V, 7 novembre 2000, n. 12732, in *Cass. pen.*, 2002, 1015 ss.

<sup>41</sup> Cass. pen., Sez. V, 26 maggio 2009, n. 40078, in *Riv. pen.*, 2010, 1, 47 ss.; Cass. pen., Sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 39290, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, 2828 ss.; Cass. pen., Sez. V, 29 maggio 2008, n. 26797, cit.; Cass. pen., Sez. V, 20 dicembre 2007, n. 2534, in *Riv. pen.*, 2008, 6, 655 ss.

<sup>42</sup> Determinanti saranno, in altri termini, solo «quelle disposizioni che regolano l'accesso al sistema e che stabiliscono per quali attività e per quanto tempo la permanenza si può protrarre, (...) mentre devono ritenersi irrilevanti, ai fini della configurazione della fattispecie, eventuali disposizioni sull'impiego successivo dei dati». Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 4694, commentata da R. BARTOLI, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) a un bivio teleologicamente orientato*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 123 ss.; R. FLOR, *Verso una rivalutazione dell'art. 615 ter c.p.?*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2012, 126 ss.; C. PECORELLA, *L'attesa pronuncia delle Sezioni unite sull'accesso abusivo a un sistema informatico: un passo avanti non risolutivo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3692 ss. Conf. Cass. pen., Sez. V, 15 gennaio 2015, n. 15950, in *Riv. pen.*, 2015, 7-8, 650 ss.; Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2014, n. 44390, in *Riv. pen.*, 2014, 12, 1116 ss.; Cass. pen., Sez. II, 6 marzo 2013, n. 13475, in *Cass. pen.*, 2014, 1, 192 ss.; Cass. pen., Sez. V, 22 febbraio 2012, n. 15054, in *Guida dir.*, 2012, 21, 94 ss.

dunque, dalle finalità dell'agente, ma dall'oggettiva violazione delle disposizioni del titolare medesimo – contenute in disposizioni organizzative interne, in clausole di contratti individuali di lavoro, ovvero in norme a carattere consuetudinario o in prassi aziendali – che regolano l'accesso al sistema e che stabiliscono per quali attività e per quanto tempo la permanenza si può protrarre, mentre devono ritenersi irrilevanti, ai fini della configurazione della fattispecie, eventuali disposizioni sull'impiego successivo dei dati»<sup>43</sup>.

Nondimeno, nel 2017, le Sezioni Unite Savarese, con specifico riferimento all'ipotesi aggravata di cui al comma 2, n. 1, hanno sposato un differente indirizzo. Tale aggravante riguarda il caso in cui il fatto sia commesso da un pubblico funzionario con abuso dei poteri o in violazione dei doveri connessi al suo ufficio o servizio. Il conflitto che la Corte era stata chiamata a comporre riguardava, in particolare, il caso in cui un pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, utilizzando un proprio valido titolo di abilitazione, acceda o permanga in un sistema informatico o telematico per finalità estranee al proprio ufficio o servizio. I giudici di legittimità, nella loro formazione più autorevole, hanno statuito che «integra il delitto previsto dall'art. 615-ter c.p., comma 2, n. 1, la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un sistema informatico o telematico protetto per delimitarne l'accesso, acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee e comunque diverse rispetto a quelle per le quali, soltanto, la facoltà di accesso gli è attribuita»<sup>44</sup>. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto immune da censure la condanna emessa nei confronti di un funzionario di cancelleria, il quale, sebbene legittimato ad accedere al registro informatizzato delle notizie di reato, conformemente alle disposizioni organizzative della Procura della Repubblica presso cui prestava servizio, aveva preso visione dei dati relativi a un procedimento penale per ragioni estranee allo svolgimento delle proprie funzioni, in tal modo realizzando un'ipotesi di sviamento di potere.

Tale pronuncia non è andata esente da critiche.

Si è anzitutto osservato come la Corte abbia fondato il riferito principio di diritto su «due principali equazioni: quella secondo cui quando vi è abuso vi sarebbe anche abusività dell'accesso e quella secondo cui quando vi è abuso dei poteri o violazione dei doveri le operazioni commesse sarebbero – per ricordare una categoria enucleata dalla sentenza Casani – “ontologicamente estranee” rispetto a quelle consentite»<sup>45</sup>. Sul punto, se è vero che la Sentenza Casani, in un passaggio intermedio, equipara alla violazione delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema la realizzazione di «operazioni di natura ontologicamente diversa» rispetto a quelle di cui l'agente «è incaricato e in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito», non è altrettanto vero che tale precisazione giustifica l'estensione della responsabilità ai casi di sviamento di potere. La diversità ontologica richiamata nella pronuncia del 2011, come acutamente sottolineato, «assumeva una valenza meramente negativa, riferita all'assenza di legittimazione, senza alcun riguardo per il finalismo dell'agente», «al contrario, la successiva giurisprudenza aveva utilizzato l'ontologia in un'accezione positiva come abuso di potere, in grado di esprimere il nucleo di illiceità della condotta»<sup>46</sup>. Nella sentenza del 2017 la configurabilità dell'art. 615-ter, c. 2, n. 1, c.p. viene quindi affermata in ogni caso di «“ontologica incompatibilità” dell'accesso al sistema informatico, connaturata a un utilizzo

---

<sup>43</sup> R. FLOR, *La condotta del pubblico ufficiale fra violazione della voluntas domini, “abuso” dei profili autorizzativi e “sviamento di potere”*, cit., 509.

<sup>44</sup> Cass. pen., Sez. Un., 18 maggio 2017, n. 41210, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 4, 2256 ss., annotata, *inter alios*, da F. FASANI, *Accesso abusivo a un sistema informatico: le Sezioni Unite cambiano di nuovo rotta*, cit., 1397 ss. e A. GALANTE, *L'overruling delle Sezioni unite in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico*, in *Giur. it.*, marzo 2018, 735 ss.

<sup>45</sup> F. FASANI, *Accesso abusivo a un sistema informatico: le Sezioni Unite cambiano di nuovo rotta*, cit., 1403.

<sup>46</sup> S. SEMINARA, *Note sul reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici da parte di un pubblico agente (art. 615-ter, c. 2, n. 1, c.p.)*, cit., 238-239.

dello stesso estraneo alla *ratio* del conferimento del relativo potere»<sup>47</sup>. Così facendo, con «un evidente salto logico», «una circostanza aggravante fondata sulla natura agevolatoria dell'abuso rispetto alla commissione del reato viene convertita nel nucleo dell'illecito ovvero (...) viene utilizzata come chiave di lettura dell'abuso di cui al c. 1, del quale ora si predica l'irrelevanza della formale autorizzazione in presenza dello sviamento di potere». Detto altrimenti, la fattispecie aggravata di cui all'art. 615-ter, comma 2, n. 1, c.p., viene, di fatto, «trattata» quale reato autonomo, tradendo così la premessa fatta dalla stessa Corte circa la natura circostanziale di tale previsione<sup>48</sup>.

Un esito interpretativo censurabile «poiché il precetto sancito dall'art. 615-ter rimane inalterato per tutti gli altri consociati, cui viene inibito l'accesso non autorizzato al sistema, mentre per il pubblico ufficiale e l'incaricato di un pubblico servizio assume un significato totalmente diverso»<sup>49</sup>. Si tratta pertanto di una soluzione difficilmente compatibile con il principio di legalità poiché i confini applicativi della fattispecie vengono dilatati esulando dal tenore letterale della norma<sup>50</sup>. Mettendo a dura prova il divieto di analogia *in malam partem*, viene «creata» una nuova norma incriminatrice che, anziché punire l'accesso o la permanenza non autorizzati, punisce l'utilizzo del sistema per finalità diverse da quelle dell'ufficio o del servizio<sup>51</sup>.

Si potrebbe argomentare che in taluni casi, come in quello al vaglio delle Sezioni Unite Savarese, non sia poi così marcato il confine fra accesso o mantenimento nel sistema in violazione di disposizioni o prassi e abuso della propria facoltà di accedervi o mantenervi per perseguire finalità «personali» o che comunque esulano dalla propria attività lavorativa. Nella vicenda oggetto di detta pronuncia, il funzionario della Procura aveva fatto accesso e si era mantenuto nel registro delle notizie di reato non per svolgere la propria mansione, come disciplinata nel contratto di lavoro e precisata dalle prassi invalse, ma per consultare dati – immaginiamo – per mera curiosità o per poi comunicarli a terzi. Nondimeno, il *discrimen* fra i due approcci giurisprudenziali e i limiti dell'arresto del 2017 si apprezzano se si riflette sulle conseguenze cui essi conducono a livello probatorio. A un parametro oggettivo di valutazione dell'abusività della condotta viene sostituito un parametro soggettivo dall'applicazione incerta:

---

<sup>47</sup> Cass. pen., Sez. Un., 18 maggio 2017, n. 41210, cit.

<sup>48</sup> Si legge nella pronuncia che «quella prevista dal comma 2, n. 1, della norma incriminatrice è qualificabile come circostanza aggravante esclusivamente soggettiva, nel senso che descrive la condotta punibile in quanto posta in essere da determinati soggetti». Cass. pen., Sez. Un., 18 maggio 2017, n. 41210, cit.

<sup>49</sup> S. SEMINARA, *Note sul reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici da parte di un pubblico agente (art. 615-ter, c. 2, n. 1, c.p.)*, cit., 247-249. A ciò si aggiunge – precisa l'Autore – che tale soluzione interpretativa «non appare dotata di un sufficiente fondamento politico-criminale, dovendosi dubitare della correttezza di un'equiparazione fra tutte le finalità private che abbiano ispirato l'accesso abusivo, addirittura prescindendo dal loro contenuto lecito o illecito» e «neppure va trascurato che le condotte in esame potrebbero in parte trovare un'adeguata reazione in sede disciplinare, restando esclusa la loro rilevanza penale».

<sup>50</sup> In tal senso, in dottrina vi è chi aveva ipotizzato «una probabile futura condanna da parte della Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 7 della Convenzione» osservando come, fino ad allora, «se l'estensione del principio di irretroattività ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli rischierebbe di generare un cortocircuito nella legalità penale, il «salvavita» del sistema che eviterebbe almeno nell'immediato la scossa – la condanna di un imputato per un fatto che solo a seguito di un *overruling* sfavorevole diventa penalmente rilevante – consiste nel riconoscimento dell'errore sul precetto». A. GALANTE, *L'overruling delle Sezioni unite in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico*, cit., 740. Nondimeno, la Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul punto, ha escluso che tale interpretazione costituisca un «imprevedibile ribaltamento» dell'interpretazione della norma incriminatrice ai sensi dell'art. 7 della CEDU. Cass. pen., Sez. V, 9 luglio 2018, n. 47510, *CED Cass.* 2019.

<sup>51</sup> I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 674. Cfr. F. FASANI, *Accesso abusivo a un sistema informatico: le Sezioni Unite cambiano di nuovo rotta*, cit., 1405-1406, ove si rileva che «l'equivoco sta nel fatto che le Sezioni Unite si limitano a evidenziare come lo sviamento del potere da parte del pubblico ufficiale possa essere ricondotto alle specifiche modalità di condotta tipizzate dall'aggravante, senza tuttavia osservare alcunché in merito alla prima e fondamentale sussunzione che deve essere operata: quella della condotta all'interno del primo comma dell'art. 615-ter c.p.».

un conto è provare l'oggettiva inosservanza di norme o prassi, si pensi all'accesso a parti del sistema cui l'agente non era autorizzato ad accedere o cui non era necessario accedere per svolgere la propria funzione, un altro è provare che l'agente, che ogni giorno accedeva a quel registro per ragioni d'ufficio, un giorno vi ha acceduto o vi si è mantenuto per altre finalità<sup>52</sup>. Come ha concluso la dottrina sul punto, «data l'imperscrutabilità dei fini, non è possibile muovere nessuna accusa a colui che riesca a dimostrare la parvenza di una ragione funzionale nella propria condotta, giacché le finalità private dell'azione sono destinate a emergere solo quando, successivamente, il funzionario infedele proverà a rivelare o utilizzare i segreti di ufficio acquisiti»<sup>53</sup>, così integrando altri illeciti.

Oltre ad aver equivocato il rapporto fra ipotesi base e ipotesi aggravata, dando a quest'ultima un'interpretazione ai limiti dell'analogico, e ad aver introdotto un parametro di valutazione dell'abusività della condotta soggettivo e dall'applicazione incerta, l'orientamento delle Sezioni Unite pare viziato, nel suo *iter* argomentativo, dalla riproposizione di indirizzi ermeneutici emersi in relazione alla diversa fattispecie di abuso d'ufficio. Lo sviamento di potere è stato infatti ricondotto, per costante giurisprudenza di legittimità, alla figura criminosa di cui all'art. 323 c.p. Si è sottolineato a tale riguardo come la Cassazione nel 2017 abbia, almeno apparentemente, abbandonato «l'approccio oggettivo sostenuto dalle Sezioni Unite Casani e l'esigenza di distinguere i casi di sviamento di potere – da ricondurre in modo maggiormente coerente all'abuso d'ufficio – da quelli di strumentalizzazione del rapporto del pubblico ufficiale nell'ambito di un accesso abusivo o un mantenimento non autorizzato in un sistema informatico»<sup>54</sup>. Il risultato è la trasformazione dell'accesso abusivo, almeno ex art. 615-ter, comma 2, n. 1 c.p., in una figura criminosa "ibrida", fondata sull'eccesso o sviamento di potere, che non trova riscontro nella lettera della norma e «risulta priva di ogni fondamento anche sistematico, in quanto evoca una fattispecie che non esiste nel diritto penale, solo che si consideri come l'art. 323 c.p. leghi il delitto di abuso d'ufficio alla produzione di un ingiusto vantaggio patrimoniale o di un danno ingiusto»<sup>55</sup>.

La confusione fra le due fattispecie originata dalla sentenza Savarese rischia di riproporsi anche con riferimento all'attuale formulazione dell'abuso d'ufficio. Se è vero che il legislatore ha precisato che il reato viene integrato, fra l'altro, in caso di «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», è altrettanto vero che è stata elaborata dalla

---

<sup>52</sup> Peraltro nella giurisprudenza amministrativa sullo sviamento di potere non mancano tentativi di "oggettivazione" di tale vizio dell'atto amministrativo compiuti attraverso l'individuazione di "figure sintomatiche" del perseguimento di un fine differente da quello per il quale il potere è stato conferito al funzionario, fra cui la violazione di prassi, circolari, norme interne o l'inosservanza di limiti, parametri di riferimento e criteri per lo svolgimento dell'azione amministrativa. In argomento E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Giuffrè, 2021, 502 ss.

<sup>53</sup> S. SEMINARA, *Note sul reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici da parte di un pubblico agente (art. 615-ter, c. 2, n. 1, c.p.)*, cit., 246. V. Cass. pen., Sez. V, 20 dicembre 2007, cit., in *Riv. pen.*, 2008, 6, 655 ss.: «se (...) dovesse ritenersi che, ai fini della consumazione del reato, basti l'intenzione, da parte del soggetto autorizzato all'accesso al sistema informatico e alla conoscenza dei dati ivi contenuti, di fare poi un uso illecito di tali dati, ne deriverebbe l'aberrante conseguenza che il reato non sarebbe escluso neppure se poi quell'uso, di fatto, magari per un ripensamento da parte del medesimo soggetto agente, non vi fosse più stato».

<sup>54</sup> R. FLOR, *La condotta del pubblico ufficiale fra violazione della voluntas domini, "abuso" dei profili autorizzativi e "sviamento di potere"*, cit., 513, il quale censura «l'*iter* argomentativo» della pronuncia, nella misura in cui richiama, «quasi sovrapponendole, le motivazioni della decisione alla giurisprudenza di legittimità sul reato di abuso di ufficio, la quale ha ricondotto lo sviamento di potere all'interno delle nozioni di abusività della condotta».

<sup>55</sup> In questi termini S. SEMINARA, *Note sul reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici da parte di un pubblico agente (art. 615-ter, c. 2, n. 1, c.p.)*, cit., 248-249. Proseguendo nell'argomentazione, «l'inversione operata dalle Sezioni unite nel 2017, con cui l'abuso del c. 2, n. 1 è chiamato a sostituire quello tipizzato nel c. 1, si risolve in una trasformazione del reato di cui all'art. 615-ter, concepito come un abuso dell'ufficio o servizio e conseguentemente interpretato alla stessa stregua dell'art. 323 c.p.».

giurisprudenza di legittimità una sorta di *interpretatio abrogans* che pare ridurre di molto la portata innovativa della riforma. La Cassazione ha stabilito che la discrezionalità di cui l'agente deve godere per non rispondere deve includere la scelta dell'interesse pubblico da perseguire in concreto. Al contrario, continuerebbe a configurarsi il delitto in parola in tutti i casi in cui l'esercizio del potere discrezionale «trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito»<sup>56</sup>.

In conclusione, pare preferibile, come prospettato dalla dottrina, limitare l'ambito di punibilità dell'art. 615-ter c.p., ivi compresa l'ipotesi aggravata di cui al comma 2, n. 1, a due categorie di condotte: quelle tenute da chi «viola i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni previste dal titolare del sistema, in disposizioni organizzative interne, in prassi aziendali o in clausole di contratti individuali di lavoro» e quelle di chi «compie operazioni di carattere strutturalmente differente da quelle di cui era stato incaricato, e, per permettere lo svolgimento delle quali, gli era stato consentito l'accesso al sistema»<sup>57</sup>.

## **5. La riformulazione della norma da parte del VII Gruppo di lavoro sulla riforma dei reati contro la persona**

Partendo dalle riflessioni critiche presentate in occasione del Convegno di Torino del 9 e 10 novembre 2018 e riprese nel successivo Convegno di Napoli del 30 e 31 maggio 2019 con riferimento alle “fattispecie penali in materia di violazioni della riservatezza e sicurezza informatiche”, fra cui l'art. 615-ter c.p., sono state avanzate proposte di riformulazione volte a superarne i limiti applicativi e sistematici, a renderle più aderenti all'evoluta realtà fenomenologica e alle indicazioni contenute nelle fonti sovranazionali nonché di più immediata comprensione per operatori giuridici e cittadini<sup>58</sup>.

La proposta elaborata in vista del seminario AIDP del 10 settembre 2021 dal Gruppo di lavoro sui “reati contro l'inviolabilità del domicilio, la tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica” prevede anzitutto la creazione di una nuova e autonoma «Sezione VI», da aggiungere all'interno del capo III («Dei delitti contro la libertà individuale») del Titolo XII («Dei delitti contro la persona») del Libro II del codice penale, denominata «Dei delitti contro la riservatezza e la sicurezza informatiche». Come anticipato, la necessità di conferire un'autonomia anche sistematica, oltre che strutturale, ai reati informatici in “senso stretto” è da tempo avvertita dalla dottrina<sup>59</sup>, pur senza ignorare, in virtù della concezione personalistica che informa la tutela penale dei beni giuridici, la stretta connessione con la tutela della libertà morale della persona cui i “nuovi beni” da proteggere sono riferibili<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Cass. pen., Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442, in *Penale diritto e procedura*, 19 gennaio 2021, con nota di B. ROMANO, *Il “nuovo” abuso d'ufficio e l'abolito criminis parziale*.

<sup>57</sup> V. PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, cit., 206.

<sup>58</sup> L. PICOTTI, R. FLOR, I. SALVADORI, *Proposta di riforma dei Reati contro l'inviolabilità del domicilio, la tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica*, in questo *Libro*. In particolare, fra le fonti sovranazionali richiamate nella proposta: la “Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica” (2001), che fa espressamente riferimento ai principi di “confidenzialità, integrità e disponibilità” dei dati e dei sistemi informatici; la Direttiva 2013/40/UE, relativa agli attacchi ai sistemi di informazione; e la Direttiva 2016/1148/UE, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi dell'Unione.

<sup>59</sup> L'assetto attuale dei reati informatici viene descritto dai proponenti come «miscela di anacronismi, meccanismi evolutivi e mutazioni genetiche indotti dai fattori esogeni ed endogeni più diversi». S. Fiore, *Proposta di riforma de I reati contro il diritto alla riservatezza*, in questo *Libro*.

<sup>60</sup> L. PICOTTI, R. FLOR, I. SALVADORI, *Proposta di riforma dei Reati contro l'inviolabilità del domicilio, la*

Con specifico riferimento alla fattispecie di accesso abusivo a sistema informatico o telematico, in linea con l'orientamento dottrinale maggioritario, si propone di superare la sua configurazione come reato di danno posto a tutela del domicilio informatico, lasciando la nozione di domicilio alla sua tradizionale declinazione «fisico-spaziale» e «abbandonando la forzosa estensione anche a quella “informatica”, che era stata operata in una fase di primo approccio alla nuova realtà tecnologica dal legislatore del 1993». L'ipotesi delittuosa andrebbe invece concepita come fattispecie posta a tutela della riservatezza informatica<sup>61</sup> «intesa quale “confidenzialità” (non segretezza in senso stretto) e “disponibilità” dei dati, dei sistemi e delle stesse reti (in sintesi: di “spazi” informatici, ovunque si trovino, anche nel c.d. *cloud*), di pertinenza non solo di una persona fisica, ma anche di un ente o di una persona giuridica»<sup>62</sup>.

Passando alla nuova formulazione dell'art. 615-ter c.p., si propone di punire, sempre «a querela della persona offesa» e «con la reclusione fino a tre anni», «chiunque accede senza autorizzazione o eccedendone i limiti ad un sistema informatico o ad una sua parte». La riforma riguarderebbe anche la rubrica, modificata da “accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico” ad “accesso non autorizzato ad un sistema informatico”. Verrebbe quindi soppresso l'aggettivo “telematico”, in quanto «il concetto di “sistema informatico” è di per sé idoneo a ricomprendere anche i sistemi di elaborazione tra loro interconnessi o connessi alla rete Internet» e si rimedierebbe all'inadeguatezza lessicale, più volte stigmatizzata dai

---

*tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica*, cit., pp. 2-3. Si legge nella proposta: «gli aspetti specifici che caratterizzano tali beni, qualificati dall'intreccio strettissimo con le concomitanti esigenze di tutela delle reti e dei sistemi informatici, che necessariamente veicolano le odierne forme di espressione, gestione, trattamento della comunicazione e diffusione dei dati e informazioni nel *Cyberspace*, superando e assorbendo i profili di interrelazione immediatamente o esclusivamente “fra persone” (basti pensare al ruolo che oggi svolgono i sempre più sofisticati algoritmi, sistemi di intelligenza artificiale e *machine learning* nella stessa elaborazione, selezione, indirizzamento di informazioni e trasmissioni il cui input soltanto può essere originariamente “personale”), porta a ritenere prevalente l'esigenza di autonomia anche sistematica, oltre che strutturale, delle nuove fattispecie, così in grado, fra l'altro, di esercitare un più chiaro ruolo di richiamo e attenzione sia verso i destinatari, sia verso gli operatori giuridici (pubblici ministeri, giudici, forze di polizia, avvocati), per le predette nuove e peculiari esigenze di protezione penale. Si tratta di delitti che offendono beni comunque riferibili alla persona, intesa in un senso molto ampio e indiretto, essendovi sempre, “dietro” le comunicazioni e i trattamenti informatici, una persona umana o un ente: per cui si giustifica (almeno allo stato) la collocazione nel Titolo XII, e in specie nel Capo III dedicato alla “Libertà morale”».

<sup>61</sup> Sebbene non senza riserve, il bene giuridico della riservatezza informatica è stato ritenuto dai proponenti «quello che più di altri e meglio di altri ha saputo nel tempo assumere una “identità” tale da renderlo immediatamente riconoscibile e anche per questo presenta una indubbia attitudine a polarizzare un universo valoriale che nel tempo è divenuto patrimonio comune degli ordinamenti nazionali e anche di quelli sovranazionali». In quanto oggetto «di approfondita elaborazione da parte sia delle Corti nazionali (anche costituzionali), che di quelle sovranazionali, in virtù della sua stabile presenza nelle carte dei diritti e questa solida identità rende in prospettiva meno difficile scrivere norme», non pare correre il «rischio degli eccessi definitivi o peggio del cedimento a derive casistiche, perché nella fase di adattamento interpretativo delle norme alla fenomenologia reale si può contare sulla “guida” di un concetto forte e allo stesso tempo già raffinato, grazie alla sua elaborazione anche applicativa. La riservatezza, in altri termini, in un settore dove le dinamiche di bilanciamento riguardano con frequenza interessi disomogenei, sembra garantire, insieme a punti di riferimento certi e stabili sul piano normativo, anche spazi di valutazione dotati di adeguata capacità di conformarsi alla realtà». S. FIORE, Proposta di riforma de *I reati contro il diritto alla riservatezza*, cit., in questo *Libro*.

<sup>62</sup> L. PICOTTI, R. FLOR, I. SALVADORI, Proposta di riforma dei *Reati contro l'inviolabilità del domicilio, la tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica*, cit., in questo *Libro*. In particolare, la nuova Sezione dovrebbe ospitare tre gruppi di delitti: quelli contro la riservatezza informatica (fra cui gli attuali artt. 615-ter c.p., 615-quater c.p., 616, ultimo comma, c.p., 623-bis c.p., 617-quater c.p., 617-quinquies c.p., tutti da emendare), quelli contro la sicurezza informatica (fra cui gli attuali artt. 615-quinquies c.p., 635-bis c.p., 635-ter c.p., 635-quater c.p., 635-quinquies c.p.) e, in un gruppo a sé, la nuova fattispecie di “violazione dell'identità digitale”, «con contestuale abrogazione dell'attuale comma 3 dell'art. 640-ter c.p., che è oggi applicabile alla sola frode informatica, quale sua ipotesi aggravata, ma che invece, debitamente riformulato, dovrebbe avere una portata generale, assorbendo anche lo spazio oggi affidato dalla giurisprudenza al più lieve reato di sostituzione di persona, di cui all'art. 494 c.p.».

commentatori, del verbo “introdursi”. Ancora, verrebbe superato il binomio “introduzione e mantenimento”, in quanto «causa di notevoli problemi ed equivoci in giurisprudenza e in dottrina», limitando l’incriminazione alla condotta di “accesso non autorizzato” sull’assunto della sua idoneità a ricomprendere anche i casi di permanenza non autorizzata nel sistema.

Al contempo, si è ritenuto di espungere il riferimento alle misure di sicurezza in quanto «la previsione, quale requisito tipico di fattispecie, della *oggettiva violazione delle misure di sicurezza* poste a protezione del sistema, porterebbe a escludere la rilevanza penale delle condotte sempre più frequenti dei dipendenti, dei funzionari pubblici e, più in generale, dei c.d. *insider* che, eccedendo i limiti dell’accesso consentito, accedono a spazi o ambiti non protetti di un sistema informatico (di un *Cloud*, di un *Server*, di una banca dati, ecc.) per consultare, copiare, comunicare o danneggiare dati ed informazioni», «dal momento che l’iniziale *accesso* al sistema avviene attraverso l’impiego legittimo delle credenziali di autenticazione, compresa la *password*, fornite dal datore di lavoro o dal titolare del sistema»<sup>63</sup>.

Ancora, il carattere *abusivo*, o meglio “*non autorizzato*”, dell’accesso – viene specificato – dovrebbe essere inteso in senso oggettivo, sulla base della «violazione di specifici regolamenti interni, norme o disposizioni aziendali anche di natura contrattuale o comunque norme extrapenali, pur non necessariamente specifiche per la regolazione degli accessi, ma inerenti alle finalità e ai contenuti delle mansioni affidate, sulla cui base si possa anche determinare in modo chiaro a quali spazi della memoria o del sistema o a quali dati e archivi il dipendente o l’incaricato possa accedere nell’esercizio delle sue mansioni o per le “ragioni” o funzioni per cui l’accesso è consentito». La “*manca di autorizzazione*” andrà quindi interpretata come «*clausola di illiceità speciale*, che contribuisce alla tipizzazione oggettiva del fatto di reato», scongiurando quegli orientamenti ermeneutici che hanno attribuito rilevanza alle «finalità personali o soggettive dell’*insider*»<sup>64</sup>.

Con riferimento alle ipotesi aggravate, per cui si procede d’ufficio, la pena della reclusione, sempre da uno a cinque anni, sarebbe ancora prevista per il pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio che abbia commesso il fatto con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o con abuso della qualità di amministratore (figura di nuova introduzione) od operatore di sistema. In secondo luogo, un trattamento sanzionatorio aggravato è previsto, nella nuova formulazione, per chi abbia commesso il fatto con violenza sulle cose (non più sulle persone o essendo palesemente armato) o (ipotesi nuova) ponendo in essere interferenze non autorizzate in ambito informatico<sup>65</sup>. Verrebbe invece abrogata l’aggravante prevista attualmente al comma 3 e relativa al caso in cui dal fatto derivi «la distruzione o il danneggiamento del sistema o l’interruzione totale o parziale del suo funzionamento, ovvero la distruzione o il danneggiamento dei dati, delle informazioni o dei programmi in esso contenuti»<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> *Ivi*, 7. Inoltre, «l’espressa incriminazione del semplice “accesso” non autorizzato (o “abusivo”), in luogo dell’attuale “introdursi”, oltre ad essere più coerente con il riferimento all’ipotesi che avvenga anche soltanto “a una parte” di un sistema informatico, presenterebbe il vantaggio di permettere l’incriminazione degli accessi abusivi realizzati non solo dai c.d. *outsider* (ad es. *hacker* e *cracker*), ma anche dai dipendenti, incaricati o, in generale, *insider* che, possedendo legittimamente le credenziali di autenticazione per “introdursi” in un sistema informatico, si spingono però oltre i limiti dell’autorizzazione e operano ulteriormente, accedendo “senza autorizzazione” anche a parti o “spazi” riservati, che sarebbero loro preclusi dal titolare o dall’ambito delle loro competenze».

<sup>64</sup> *Ivi*, 8.

<sup>65</sup> *Ivi*, 9. A questo proposito viene specificato che «la modalità della “violenza sulle cose” deve estendersi anche alle specifiche “interferenze non autorizzate in ambito informatico” quali definite oggi dal comma 3 dell’art. 392 c.p. e impropriamente ricondotte alla nozione di “violenza” c.d. informatica». Mentre i casi di “violenza alla persona” e commissione del fatto da parte di soggetto “palesemente armato”, anche alla luce dell’evoluzione tecnologica e digitale, risultano pressoché privi di riscontri nella prassi giurisprudenziale.

<sup>66</sup> Tale scelta è animata dal fine di superare tale «controversa ipotesi di reato aggravato dall’evento», ferma restando, nel caso in cui l’accesso non autorizzato sfoci in danneggiamento del sistema informatico, l’applicabilità

Aggravamenti di pena più severi sarebbero poi previsti per i fatti che riguardino sistemi informatici di pubblica utilità o di una infrastruttura critica (parzialmente in linea con quanto attualmente previsto) nonché (ipotesi di nuova introduzione) qualora il fatto sia commesso nell'ambito di un'associazione per delinquere.

## 6. Alcune considerazioni sulla proposta di «accesso non autorizzato ad un sistema informatico»

In relazione alle predette prospettive di riforma della fattispecie disciplinata dall'art. 615-ter c.p., anche alla luce dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia, possono essere sviluppate alcune riflessioni.

È bene premettere che regolare compiutamente i reati informatici possa sembrare un'utopia. La velocità con cui si evolvono le nuove tecnologie digitali, e quindi con cui muta la fenomenologia delle offese perpetrate attraverso i dispositivi informatici e la rete, rischia di rendere obsoleta ogni norma già durante il suo *iter* di approvazione. È tuttavia indubbio che il divario tecnologico che separa gli anni Novanta dai giorni nostri rende imprescindibile un aggiornamento della normativa<sup>67</sup>.

Con specifico riferimento alla riformulazione dell'accesso abusivo a sistema informatico o telematico, vanno salutate con favore sia l'eliminazione del verbo «introdursi», scelta lessicale impropria del legislatore del 1993, sia l'espunzione dell'aggettivo «abusivo» e, correlativamente, dell'avverbio «abusivamente», fonte di non poche *querelle* ermeneutiche, preferendo la dizione «accesso non autorizzato», nella rubrica così come nel testo della norma<sup>68</sup>.

Per quanto concerne il superamento del binomio “accesso” - “permanenza” nel sistema informatico, il rischio è quello che resti impunita la condotta di chi, autorizzato ad accedere al sistema per eseguire una o più specifiche operazioni, vi si protragga *invisò domino* oltre il tempo necessario, mettendosi così nelle condizioni di prendere visione di contenuti o di svolgere ulteriori attività. Non pare scontato che tale ipotesi rientri nella locuzione di nuovo conio di «accesso non autorizzato», per quanto lata, se non attraverso estensioni interpretative di dubbia compatibilità con il principio di legalità.

Parimenti, la specificazione «protetto da misure di sicurezza», riferita al sistema informatico in cui deve avvenire l'accesso affinché il reato possa ritenersi integrato, che si propone di elidere, pare conservare una sua utilità in quei casi in cui è particolarmente complesso desumere l'autorizzazione all'accesso o il difetto della stessa, non sussistendo regolamenti o prassi invalse. Si pensi a quei dispositivi che, siti in luoghi “promiscui” in cui transitano, ad esempio, personale scolastico e studenti, piuttosto che dipendenti dell'azienda e terzi, potrebbero essere

---

della disciplina sul concorso di reati. *Ibidem*.

<sup>67</sup> Viene sottolineato dalla dottrina l'«affanno con il quale il legislatore è costretto ad adeguarsi ai mutamenti della sottostante cornice empirico-criminologica, sempre più contraddistinta da forme di aggressione tecnologicamente raffinate, insidiose e non di rado oscure», da cui scaturisce «l'immagine di un sistema in continua fibrillazione, alla sfiancante rincorsa di correttivi, aggiustamenti e integrazioni, che, spesso, fomentano dissimmetrie sistematiche e ragguardevoli aporie interpretative». C. PIERGALLINI, *I delitti contro la riservatezza informatica* (artt. 615-ter, 615-quater, 615-quinquies), cit., 712. Così, «il diritto penale dell'informatica costituisce un insieme ancora eterogeneo e sovrabbondante di norme incriminatrici, frutto di ripetuti interventi settoriali e frammentari, privi di una meditata elaborazione dogmatica e non sempre coerenti con la realtà empirico-criminologica che caratterizza questo peculiare settore di criminalità». I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 656. Con specifico riferimento al delitto di cui all'art. 615-ter c.p. si è affermato che «i tratti criminologici del reato, seguendo necessariamente l'evoluzione tecnologica a cui si ancorano, sembrano assoggettati a una costante variazione». N. BUSSOLATI, *Accesso abusivo a un sistema informatico o telematico ex art. 615-ter c.p.: il nodo dell'abusività*, cit., 428.

<sup>68</sup> Anche la “Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica” del 2001, all'art. 2, rubricato «accesso illegale a un sistema informatico», si riferisce, nel testo, a chi accede a un sistema «senza autorizzazione».



utilizzati, anche in buona fede, da soggetti non autorizzati, se non fosse richiesta l'autenticazione con credenziali e password. Oppure si pensi a molti "luoghi della rete", siano essi banche dati, forum o *social network*, in cui solo la predisposizione di "barriere" può far intuire all'utente che l'accesso è autorizzato solo agli abbonati, agli iscritti e via dicendo<sup>69</sup>. In dottrina si è osservato a tal proposito come il richiamo alle misure di sicurezza sia un elemento fondamentale che garantisce la determinatezza della fattispecie, consente l'accertamento dell'elemento soggettivo e segna un punto di equilibrio fra le istanze di tutela sottese all'incriminazione dell'accesso abusivo e la libertà di accesso a dati, programmi e spazi virtuali<sup>70</sup>.

Altre considerazioni riguardano la formulazione lessicale, pressoché inalterata nella proposta di riforma, dell'aggravante di cui al comma 2, n. 1), riferita ai fatti commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio. Attorno a tale previsione, come illustrato, è andata consolidandosi un'opzione interpretativa, sposata dalle Sezioni Unite Savarese, oggetto di non poche (condivisibili) critiche. In particolare, si è assistito alla sovrapposizione del carattere abusivo dell'accesso o permanenza nel sistema informatico con il cd. sviamento di potere, ossia il perseguimento da parte del pubblico funzionario di finalità estranee all'ufficio o al servizio, disattendendo così l'insegnamento delle Sezioni Unite Casani che, per l'ipotesi base, avevano cristallizzato il criterio oggettivo della contrarietà a prescrizioni o normative interne o l'ontologica estraneità delle operazioni compiute rispetto all'obiettivo per cui l'agente era stato autorizzato all'accesso. A tal proposito, in dottrina è stato rilevato come «l'art. 615-ter, c. 2, n. 1 appare formulato in termini assai problematici, non essendo chiaro il rapporto che intercorre tra l'abuso ex c. 1, caratterizzante l'introduzione o il mantenimento nel sistema, e l'abuso dei poteri tipizzato nel c. 2, n. 1 insieme alla violazione dei doveri funzionali»<sup>71</sup>. Al contempo, proprio a partire dalle perplessità suscitate dalla predetta pronuncia di legittimità, taluno ha auspicato «una (pur improbabile) riforma dell'art. 615-ter c.p., tesa a chiarire definitivamente gli elementi della fattispecie che hanno dato adito alla [relativa] questione di diritto (...), preferibilmente in via restrittiva (...). E ciò al fine di evitare che (...) il cittadino si trovi nell'impossibilità di comprendere se verrà considerata penalmente rilevante la condotta di chi, essendo abilitato ad accedere a un sistema informatico e senza violare alcuna disposizione di natura oggettiva, visualizzi contenuti a lui accessibili, per finalità difformi da quelle che legittimano tale autorizzazione»<sup>72</sup>.

Al fine di meglio chiarire i confini applicativi della fattispecie aggravata, in linea con i principi di precisione e tassatività, si potrebbe pensare alla sua riformulazione, precisando che «l'abuso dei poteri o la violazione dei doveri devono rappresentare la modalità attraverso la quale il soggetto qualificato ha ottenuto l'accesso al sistema informatico o si è mantenuto in quest'ultimo»<sup>73</sup> e non le finalità perseguite. Tale specificazione, unita all'elisione dell'avverbio "abusivamente", contribuirebbe a scongiurare derive interpretative come quella accolta dalle Sezioni Unite Savarese. Un'alternativa, anche se meno convincente ed efficace nel neutralizzare tali rischi, potrebbe consistere nel superamento dell'aggravante speciale, per evitare che venga surrettiziamente trasformata in (o trattata come) reato autonomo, potendo comunque trovare applicazione l'aggravante comune di cui all'art. 61, n. 9, c.p. Il pubblico ufficiale o incaricato

<sup>69</sup> Si veda sul punto V. PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, cit., 191 ss.

<sup>70</sup> L. PICOTTI, voce *Reati informatici*, cit., 22. Cfr., I. SALVADORI, *L'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico. Una fattispecie paradigma dei nuovi beni giuridici emergenti nel diritto penale dell'informatica*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, cit., 144; ID., *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 677.

<sup>71</sup> S. SEMINARA, *Note sul reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici da parte di un pubblico agente (art. 615-ter, c. 2, n. 1, c.p.)*, cit., 236.

<sup>72</sup> F. FASANI, *Accesso abusivo a un sistema informatico: le Sezioni Unite cambiano di nuovo rotta*, cit., 1407.

<sup>73</sup> In questi termini I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 685.

di pubblico servizio che acceda o permanga in un sistema informatico per finalità estranee all'ufficio o al servizio, d'altronde, potrebbe sempre rispondere sul piano disciplinare oppure, se ne ricorrono gli elementi costitutivi, potrebbe integrare altri reati come l'abuso d'ufficio, la rivelazione di segreti d'ufficio, la corruzione per l'esercizio della funzione, nonché illeciti (anche penali) in materia di protezione dei dati personali<sup>74</sup>.

In relazione alla figura, di nuova introduzione, dell'«amministratore di sistema», sarebbe forse opportuno ancorarla, a beneficio del principio di precisione, a una definizione normativa, anche al fine di distinguerla da quella di «operatore di sistema», già menzionata nell'attuale formulazione della norma<sup>75</sup>. Anche all'«abuso» di tali qualità (quella di amministratore e quella di operatore di sistema), quale fonte di aggravamento del trattamento sanzionatorio, dovrebbe peraltro estendersi la specificazione che lo stesso deve intendersi come riferito alle modalità dell'accesso o del mantenimento non autorizzato e non alle finalità perseguite dall'agente, prevenendo così interpretazioni “sogettive” “alla Savarese”.

## 7. Spunti per un ripensamento dell'interesse protetto alla luce della teoria del bene giuridico

Vale la pena, a questo punto, di dedicare alcune riflessioni al bene giuridico che, nella proposta di riforma, sarebbe presidiato dalla fattispecie di cui all'art. 615-ter c.p., ossia la *riservatezza informatica*.

Il nuovo bene giuridico non coinciderebbe né con il domicilio informatico, né con la riservatezza *tout court*, né con la segretezza, ma andrebbe inteso come «potestà di escludere terzi e di essere garantiti contro intrusioni indesiderate e interferenze potenzialmente dannose o comunque non consentite, per salvaguardare un proprio “spazio informatico” libero, autonomo e sicuro, in cui possa svolgersi senza impedimenti la propria personalità, che opera tramite relazioni e attività dislocate nella rete»<sup>76</sup>. Si tratterebbe di un bene giuridico più ampio della riservatezza *tout court*, che non si esaurirebbe nella protezione della persona da accessi abusivi nel suo “domicilio informatico”, inteso come spazio ideale, ma anche fisico, in cui sono contenuti i dati informatici di pertinenza dell'individuo<sup>77</sup>, ma mirerebbe a garantire «la sicurezza e l'esclusività dell'accesso, della gestione e della disponibilità del suo spazio informatico, o meglio cibernetico, vale a dire delle risorse informatiche con l'eventuale insieme di dati di sua pertinenza esclusiva contro ogni interferenza e danneggiamento, essendo l'interesse meritevole di tutela comprensivo della *confidenzialità*, *sicurezza* e dunque *libertà* delle azioni ed elaborazioni, anche solo potenziali o future, realizzabili nel “proprio” ambito *esclusivo*»<sup>78</sup>.

La riservatezza informatica meglio si attaglierebbe alla nuova fenomenologia del *cybercrime*

---

<sup>74</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Note sul reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici da parte di un pubblico agente (art. 615-ter, c. 2, n. 1, c.p.)*, cit., 247-249; R. FLOR, *La condotta del pubblico ufficiale fra violazione della voluntas domini, “abuso” dei profili autorizzativi e “sviamento di potere”*, cit., 512-515.

<sup>75</sup> Nella proposta di riforma si precisa che la locuzione «“amministratore di sistema” («*system administrator*») indica quei soggetti qualificati anche sul piano tecnico-informatico che, avendo il controllo delle fasi del processo di elaborazione e trattamento di dati informatici, possono disporre l'accesso con maggiore facilità ai sistemi informatici sui quali hanno competenza». L. PICOTTI, R. FLOR, I. SALVADORI, *Proposta di riforma dei Reati contro l'invulnerabilità del domicilio, la tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica*, cit., 9.

<sup>76</sup> L. PICOTTI, *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, cit., 59-60.

<sup>77</sup> Cass. pen., Sez. V, 8 maggio 2012, n. 42021, in *Dir. inf.*, 2013, 86 ss.

<sup>78</sup> L. PICOTTI, *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, cit., 60-61. L'Autore adotta la locuzione “spazio cibernetico”, preferendola alle espressioni “spazio virtuale” e “spazio informatico”, in quanto maggiormente efficace a indicare uno spazio reale, ma non necessariamente coincidente con un sistema informatico o con un computer, potendosi anche trattare di un *social network* o di altri servizi direttamente accessibili attraverso server connessi in rete.

dei “beni tradizionali” in quanto avrebbe «ad oggetto l’interesse all’esclusività dell’accesso a uno o più spazi informatici, a prescindere dalla natura dei dati e delle informazioni ivi archiviati, nonché alla loro disponibilità rispetto a illegittime interferenze da parte di terzi soggetti». In particolare, viene richiamata dalla dottrina una «“teoria assiomatica” delle aree di tutela della riservatezza, che va oltre l’originaria contrapposizione fra la sfera individuale e quella privata, intese quali componenti del generale diritto della personalità, per la presenza di aree di pertinenza dell’individuo, ovvero di “spazi informatici” di manifestazione della sua personalità, che coincidono con l’interesse sostanziale alla protezione di informazioni, siano esse riservate o non riservate, e al loro controllo nello svolgimento di rapporti giuridici e personali *off-line*, *on-line* o in altri “*cyberspaces*”». Così concepita, la riservatezza informatica tutelerebbe sia «l’interesse del singolo» sia «quello super-individuale o di natura collettiva a che l’accesso a sistemi informatici e alla stessa rete avvenga per finalità lecite e in modo tale da essere regolare per la sicurezza degli utenti»<sup>79</sup>.

Richiamando il principio di “confidenzialità”, che, accanto a quello di integrità e di disponibilità dei dati e dei programmi informatici costituisce uno dei pilastri attorno ai quali ruota la “Convenzione sulla criminalità informatica” del 2001, la riservatezza informatica rappresenta indubbiamente parte integrante dell’orizzonte valoriale cui informare la tutela penale degli interessi afferenti ai sistemi e alle comunicazioni informatiche e telematiche<sup>80</sup>, viene però da chiedersi se tale locuzione sia del tutto adeguata, a prescindere dai significati che le vengono attribuiti, a indicare l’interesse tutelato dall’art. 615-ter c.p.<sup>81</sup>.

Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito sulla teoria del bene giuridico, dibattito «tra i più complessi e articolati di tutta la scienza penalistica»<sup>82</sup>, basti richiamare, ai presenti fini, le principali funzioni attribuite a tale categoria. Nella manualistica si suole distinguere fra funzione *politico-garantista*<sup>83</sup>, vale a dire di «critica nei riguardi delle scelte di politica

---

<sup>79</sup> R. FLOR, *La condotta del pubblico ufficiale fra violazione della voluntas domini, “abuso” dei profili autorizzativi e “sviamento di potere”*, cit., 512. Cfr. I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 664, ove si sottolinea che «non si tratta pertanto di tutelare, mediante la previsione dei reati contro la riservatezza informatica, il solo *ius excludendi alios* del titolare del sistema, ma indirettamente anche l’interesse collettivo al regolare funzionamento, alla integrità e alla disponibilità dei sistemi (c.d. sicurezza informatica)». Così la riservatezza informatica assurgerebbe, in definitiva, a nuovo diritto fondamentale dell’uomo, quale manifestazione del diritto generale allo sviluppo della personalità, che si fonda sull’art. 2 Cost. e, più specificamente, sull’art. 8 della CEDU e sugli artt. 8 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e di cui sono espressione anche il diritto inviolabile al domicilio, al rispetto della vita privata e familiare, alla segretezza delle comunicazioni e la stessa libertà di manifestazione del pensiero.

<sup>80</sup> Si è messo in evidenza come «la riservatezza digitale o informatica» venga «configurata dal nuovo contesto normativo dando vita a un vero e proprio “*Statuto penale della riservatezza digitale*”, assolutamente indispensabile per utilizzare in maniera conforme il principio di proporzione della norma penale e della conseguente sanzione». P. TRONCONE, *La tutela penale della riservatezza e dei dati personali. Profili dommatici e nuovi approdi normativi*, Edizioni scientifiche italiane, 2020, 59-60.

<sup>81</sup> Anche chi, in dottrina, è favorevole all’individuazione del diritto alla riservatezza quale oggetto di tutela dei reati informatici, individuandone «l’ossatura» «nella libertà dell’individuo di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata», riconosce che si tratti di un diritto, *prima facie*, «non agevolmente perimetrabile» e che «trova nel sistema penale una tutela la cui ampiezza risente del carattere inevitabilmente (e doverosamente) “frammentario” del diritto penale». C. PIERGALLINI, *I delitti contro la riservatezza informatica (artt. 615-ter, 615-quater, 615-quinquies)*, cit., 714.

<sup>82</sup> In questi termini G. FORTI, *L’ordinamento lessicale dei beni giuridici personali nella parte speciale del codice penale*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, cit., 370.

<sup>83</sup> In relazione alla funzione critico-selettiva del bene giuridico, che attribuisce a tale categoria il ruolo di paradigma assiologico di contenimento della sfera di previsione penale, è d’obbligo il rimando a Roxin, che considera beni giuridici tutti quei dati o obiettivi di scopo (*Zwecksetzungen*) necessari per il libero sviluppo della persona, per la realizzazione dei suoi diritti fondamentali e per il funzionamento di un sistema statale fondato su tale rappresentazione di scopo. C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C. H. BECH, München, 2020, 9 ss. (Sulle condizioni di legittimazione della tutela penale e sulla rilevanza assunta a tal fine dalla teoria del bene giuridico si vedano, *ex multis*, F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di*

criminale» e di limite alla potestà punitiva dello Stato; funzione *sistematica* (o *classificatoria*), che sottolinea la tendenza degli stati moderni ad assumere «a criterio identificativo di una serie di incriminazioni, ritenute omogenee, proprio il bene offeso dai rispettivi illeciti»; funzione *interpretativa*, esplicita nei confronti dell'interprete, «nel senso che la norma incriminatrice non può trovare applicazione se non è ravvisabile nel caso concreto l'offesa dell'interesse che il legislatore ha inteso tutelare in via generale e astratta», colmando eventuali scarti fra «significato letterale e vocazione di tutela della fattispecie»; funzione *dogmatica*, intesa come «utilità della categoria ai fini della corretta applicazione di talune norme, che in mancanza di tale aggancio resterebbero esposte a rischi di equivocità e incertezza»<sup>84</sup>.

Sebbene la rilevanza della categoria del bene giuridico sia stata oggetto di critiche e ridimensionamenti<sup>85</sup>, non si può non riconoscere il valore politico-criminale ed esegetico-applicativo (quale punto di riferimento per l'interpretazione teleologica delle norme vigenti). Come anticipato<sup>86</sup>, l'emersione di nuovi interessi determinata dall'evoluzione sociale, culturale e tecnologica gioca un ruolo tutt'altro che secondario nelle scelte di criminalizzazione in astratto così come nelle traiettorie interpretative e applicative delle fattispecie di nuovo conio. A tal proposito si è osservato come «riconoscere che i beni giuridici sono storicamente condizionati equivale ad ammettere che essi nascono e muoiono a seconda delle rappresentazioni culturali e/o delle intese sui valori che emergono nella società nei diversi periodi», così «i beni non sono

---

*criminalizzazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 453 ss. e G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Giappichelli, 2008, 43 ss.). Nondimeno, la definizione di bene giuridico più ricorrente nella manualistica è la cd. "definizione situazionale" elaborata da Jäger (H. JÄGER, *Strafgesetzgebung bei Rechtsgüterschutz und Sittlichkeitsdelikten*, Enke, 1957, 13), in virtù della quale i beni giuridici sono «situazioni di fatto permeate di valore, che possono essere modificate e che perciò possono essere tutelate contro tali modificazioni; in una parola sono situazioni di fatto, offendibili, tutelabili». G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 10. Ancora, merita di essere menzionata la definizione di bene giuridico quale «entità percepita come valore in un determinato contesto sociale e culturale, suscettibile di lesione o messa in pericolo ad opera di condotte dell'uomo e per questo ritenuta dal legislatore meritevole di tutela anche in sede penale». G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2020, 123. Quanto alla "meritevolezza" di tutela, va richiamata la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, che fa dipendere l'innalzamento di un interesse al rango di bene giuridico dalla sua rilevanza costituzionale diretta o indiretta. Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, XIX, Utet, 1973, 15 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, 1983, 152 ss. Per quanto tale teoria non sia andata immune da critiche, le va riconosciuto il merito di aver contribuito alla sensibilizzazione degli studiosi rispetto ai profili costituzionali dell'illecito penale. Sul punto, *inter alios*, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, 66 ss. e V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, 2005, 41 ss.

<sup>84</sup> G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 123 ss. Con riferimento alla funzione dogmatica, la corretta individuazione dell'interesse tutelato è essenziale, ad esempio, per l'identificazione della persona offesa, che rileva in relazione «a vari momenti di disciplina sia di carattere sostanziale che processuale». *Ivi*, 128. Fra i profili dogmatici legati alla teoria del bene giuridico vengono poi richiamati la teoria della pena, il tentativo inidoneo e il reato impossibile, il concorso di norme, ecc. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 20-21.

<sup>85</sup> Un approccio critico si ravvisa, ad esempio, in Fiandaca (G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1982, 43 ss.; ID., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, 2014) e in Romano, il quale, pur ridimensionando la valenza "delimitativa" del potere punitivo del bene giuridico, sottolinea come «ai beni giuridici devono riconoscersi non trascurabili funzioni: una funzione dogmatica, utile per la ricognizione del sistema penale; una funzione classificatoria, al fine del raggruppamento dei reati in un ordine legale che rispecchi una tendenziale gerarchia di valori; una funzione interpretativa, di aiuto, dall'esterno del reato, alla comprensione del suo significato». M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 43. Sulla "crisi del bene giuridico" si vedano altresì M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, 130 ss.; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, cit., 459 ss.; G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, 290 ss.; A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, cit., 92 ss.

<sup>86</sup> *Infra* § 1.

creati di volta in volta dal legislatore a suo piacimento», «non sono un suo “prodotto”», bensì «preesistono al legislatore, al quale spetta di interpretare i segnali che, provenendo dalla società, gli additano concreti valori da proteggere mediante leggi anche penali»<sup>87</sup>. Il bene giuridico riveste quindi un ruolo significativo nella configurazione delle fattispecie incriminatrici e quale «filo conduttore per l'interpretazione»<sup>88</sup> delle stesse, collegando il diritto penale alla realtà empirico-sociale<sup>89</sup>. Del resto, è innegabile che «qualunque riforma di parte speciale del codice penale che ambisca a incidere sulla realtà dei bisogni di tutela espressi dal corpo sociale» debba «preliminarmente sapere “cosa” proteggere da “cosa”»<sup>90</sup>.

La riforma dell'art. 615-ter c.p. si pone nel solco dell'imprescindibile adeguamento del sistema penale ai bisogni di tutela connessi alla cd. «vulnerabilità informatica» della società moderna, riconducibile, da una parte, all'incessante digitalizzazione dei servizi, delle attività quotidiane e delle relazioni interpersonali, ulteriormente accelerata dalla pandemia, e, dall'altra, alla diffusione di nuovi fenomeni criminosi che si caratterizzano per modalità di offesa che sfruttano le nuove tecnologie informatiche<sup>91</sup>. In particolare, la norma mira nella sua formulazione attuale e, a maggior ragione, dovrebbe mirare in una sua eventuale versione riformata a prevenire e contrastare gli accessi non autorizzati a un sistema informatico, inteso come entità che, come è stato sottolineato, «nell'era dell'interconnessione e della comunicazione globale, nonché dell'accessibilità e della fruibilità delle risorse attraverso la rete e qualsiasi strumento di comunicazione mobile», «è passato da una dimensione privata o singola a una “dimensione pubblica”»<sup>92</sup>. Pertanto, il bisogno di tutela che legittima la norma e che deve guidare il legislatore in sede di riforma e gli interpreti in sede applicativa ha natura superindividuale, riflettendo l'interesse generale a che l'accesso a dispositivi informatici e spazi virtuali, quanto meno a quelli presidiati da misure di protezione, avvenga lecitamente e in modo da garantire la sicurezza del *cyberspace*. Alla necessità di tutelare l'interesse del singolo alla riservatezza e all'inviolabilità dei *suoi* sistemi telematici, con la progressiva digitalizzazione dei servizi e delle relazioni personali e professionali, si è via via affiancata l'esigenza di proteggere un interesse, quello al regolare accesso ad applicativi informatici e luoghi della rete,

---

<sup>87</sup> M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, cit., 39, 43.

<sup>88</sup> E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, 1974, 85.

<sup>89</sup> A tal proposito vi è in dottrina chi auspica a una «sistematica collaborazione professionale stabile e istituzionalizzata, fra penalisti ed esponenti delle scienze sociali, in vista di obiettivi di riforma della legislazione penale». G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., 37. Sulla stessa linea si pone chi sottolinea, con riferimento al bene giuridico, «la consapevolezza di non poter prescindere da una sua ricostruzione anche su base fenomenologica, con la necessità quindi di aprirsi agli apporti di indagini empirico-criminologiche». G. FORTI, *L'ordinamento lessicale dei beni giuridici personali nella parte speciale del codice penale*, cit., 375. Ancora, è stato osservato come il concetto di bene giuridico apra «alla considerazione di esigenze concrete, con una forte attenzione al dato empirico», mettendo «in evidenza i legami tra diritto penale e cultura, tra diritto penale e la realtà sociale nelle sue varie componenti», il che dimostra «in modo inequivocabile che il dibattito sul bene giuridico (...) non appartiene soltanto alla dottrina e alla scienza del diritto penale (...), ma è caratterizzato dalla sua apertura ai rapporti della vita reale, alla empiria e alla politica criminale». A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, cit., 26-27.

<sup>90</sup> G. FORTI, *L'ordinamento lessicale dei beni giuridici personali nella parte speciale del codice penale*, cit., 374.

<sup>91</sup> «La vulnerabilità tecnologica della società moderna, connotata dall'inarrestabile evoluzione-rivoluzione informatica e telematica – non solo nei rapporti personali, ma anche in quelli economici, politici, sociali e di rilievo giuridico in genere – è in gran parte dovuta a fenomeni criminosi caratterizzati da nuove modalità di offesa, che sfruttano proprio le potenzialità offerte dalle Information and Communication Technologies (ICTs)». R. FLOR, Voce “*Riservatezza informatica*”, in *Diritto on line Treccani - Approfondimenti enciclopedici*, 2017, [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>92</sup> *Ibidem*. Continua l'Autore: «da un lato, è innegabile che una componente di tale “area riservata” riguardi la facoltà, il potere, il diritto del titolare di gestire in modo autonomo le utilità e le risorse del sistema informatico, nonché i contenuti delle comunicazioni informatiche (o telematiche), indipendentemente dalla loro natura», dall'altro, occorre tenere in debita considerazione «le esigenze connesse alla “sicurezza informatica”».

che, in quanto «*presupposto di esercizio virtuale* di altri diritti individuali e collettivi»<sup>93</sup>, dovrebbe essere inquadrato nella categoria degli interessi diffusi, ossia delle necessità tangibili che fanno a capo alla maggior parte della popolazione<sup>94</sup>.

Orbene, il termine “riservatezza”, pur associato all’aggettivo “informatica”, non pare la scelta terminologica più appropriata a cogliere la nuova dimensione del bene giuridico da proteggere e a orientare l’interprete nella direzione descritta poiché tende a richiamare istanze irriducibilmente individualistiche. Per contro, è possibile prospettare casi di accesso non autorizzato in cui non ricorrono effettive o immediate esigenze di tutela della riservatezza. Si pensi a banche dati, servizi a pagamento o siti destinati a iscritti o abbonati, il cui titolare ha un interesse per lo più economico ad escludere accessi non autorizzati, o all’incriminazione dell’accesso e della permanenza non autorizzati in sistemi istituzionali o di interesse pubblico che, in taluni casi, prima e più che a istanze di tutela della riservatezza, può essere ricondotta alla necessità di garantire la sicurezza di detti sistemi quale riflesso del buon andamento della Pubblica Amministrazione. Ancora, sempre a titolo di esempio, accedere o mantenersi in account o profili pubblici (come quelli di *brand* o *influencer*) non pare produrre un particolare pericolo per la riservatezza, dal momento che i contenuti sono già pubblici, ma la condotta appare ugualmente meritevole di rimprovero in quanto in contrasto con l’interesse diffuso alla sicurezza e all’esclusività dei sistemi informatici presidiati da misure di sicurezza<sup>95</sup>.

La giurisprudenza di legittimità ha precisato in più occasioni che l’art. 615-ter c.p. non mira solo a garantire il diritto alla riservatezza del titolare in ordine a quanto contenuto nel sistema informatico o telematico, bensì la sua personalità in tutte le possibili esplicazioni, comprese quelle di carattere economico-patrimoniale<sup>96</sup>. Viene inoltre enfatizzato in dottrina come non vadano esclusi «dall’ambito della tutela penale quei sistemi informatici e telematici privi di qualsivoglia contenuto personalistico o privatistico», come «i sistemi informatici industriali o commerciali o che gestiscono cataloghi bibliografici o informazioni per il pubblico (es. orari dei treni o appuntamenti culturali), i cui dati vengono trattati solo per finalità di tipo scientifico o culturale o per fornire determinati servizi agli utenti»<sup>97</sup>.

Si potrebbe allora pensare a un bene giuridico che costituisca, da una parte, “comune denominatore” dei reati informatici in “senso stretto” e, dall’altra, l’oggetto di tutela “diretta” dell’art. 615-ter c.p., quale fattispecie prodromica all’eventuale commissione di altri reati contro la riservatezza o l’integrità di dati e programmi. Un bene che, già nella sua *dimensione semantico-letterale*, denoti una portata ampia e del tutto svincolata dal concetto di riservatezza,

<sup>93</sup> Così, con riferimento alla *privacy*, F. MORALES PRATS, *Presupposti politico-criminali per una tutela penale della riservatezza informatica (con particolare riguardo all’ordinamento spagnolo)*, in *Dir. inf.*, 1986, 371.

<sup>94</sup> Si è assistito a un «un percorso di evoluzione della tutela che va dal particolare al generale» simile a quello che ha caratterizzato la manipolazione del mercato e l’*insider trading*, che è partito «dalla dimensione del patrimonio individuale» per arrivare «a quella del risparmio collettivo». Anche a tale proposito si è parlato di un bene che «postula il riferimento» a un «interesse diffuso», in quel caso l’interesse «caratteristico di ogni investitore presente sul mercato a che le proprie scelte possano svolgersi in un contesto di efficienza economica». F. D’ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Giappichelli, 2014, 72.

<sup>95</sup> In dottrina viene evidenziato come la norma tuteli l’«interesse all’esclusività e sicurezza della fruizione e dell’accesso a uno o più spazi virtuali, anche se questi sono “vuoti” o contengono soltanto dati, informazioni e programmi di pubblico dominio». I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 663-664.

<sup>96</sup> Cass. pen., Sez. V, 8 maggio 2012, n. 42021, cit. La norma, posta a tutela del domicilio informatico, «non si limita a tutelare solamente i contenuti personalissimi dei dati raccolti nei sistemi informatici protetti, ma offre una tutela più ampia che si concreta nello *ius excludendi alios*, quale che sia il contenuto dei dati racchiusi in esso, purché attinenti alla sfera di pensiero o all’attività, lavorativa o non, dell’utente; con la conseguenza che la tutela della legge si estende anche agli aspetti economico-patrimoniali dei dati, sia che titolare dello *ius excludendi* sia persona fisica, persona giuridica, privata o pubblica, o altro ente». Cass. pen., Sez. V, 15 febbraio 2021, n. 15899, in *Dir. giust.*, 2021, 28 aprile.

<sup>97</sup> I. SALVADORI, *L’accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico. Una fattispecie paradigma dei nuovi beni giuridici emergenti nel diritto penale dell’informatica*, cit., 148.

come l'*intangibilità informatica*<sup>98</sup>, l'*inviolabilità informatica* o l'*intangibilità/inviolabilità dei domini informatici o delle sfere virtuali*<sup>99</sup>. Si tratterebbe di un bene giuridico non molto distante quanto a contenuti dalle definizioni di "riservatezza informatica" fornite dalla dottrina; un bene emancipato da quella dimensione fisica, materiale dell'offesa che, indissolubilmente legata al concetto di "domicilio", non riproduce fedelmente la realtà della criminalità informatica; un bene che, grazie alla sua formulazione ampia e "neutrale", potrebbe *meglio orientare l'interpretazione* della norma e vantare una certa *resilienza* e *versatilità* rispetto alla costante evoluzione della fenomenologia e della casistica delle offese informatiche.

La locuzione "intangibilità informatica", ad esempio, è stata ritenuta idonea a manifestare «la multiforme esigenza di non alterare la relazione triadica fra dato della realtà, rispettiva informazione e soggetti legittimati a elaborare quest'ultima nelle sue diverse fasi (creazione, trasferimento, ricezione)», relazione che talvolta (ma non sempre) può assumere un valore economico. Tale interesse potrebbe pertanto operare quale «criterio orientativo per una razionale politica criminale, al fine di sviluppare [o riformare] una apposita normativa incriminatrice nella duplice prospettiva offerta dai canoni di sussidiarietà e proporzione». Ancora, esprimendo «in termini generali l'essenza dell'offesa realizzata nella categoria dei reati informatici può contribuire a evitare il rischio di soluzioni incriminatrici troppo ancorate ai caratteri specifici dei mezzi informatici di un particolare "stato dell'arte"»<sup>100</sup>. Mentre una nozione più ristretta e, in quanto tale, linguisticamente più precisa di "riservatezza informatica", potrebbe essere utilizzata per indicare, «in un'ottica di "seriazione" degli interessi da tutelare»<sup>101</sup>, uno dei beni eventualmente e indirettamente protetti dall'art. 615-ter c.p., nonché il precipuo oggetto di tutela di altre fattispecie<sup>102</sup>.

Gli stessi Autori della proposta di riforma evidenziano come «le categorizzazioni» abbiano «un'attitudine esplicativa comunque limitata» e come spetti «al legislatore definire un'area di offesa tipica riferita alle diverse sottocategorie e anche alle singole fattispecie, tale da consentire all'interprete di individuare e praticare le corrette opzioni interpretativo-applicative nella fase della sussunzione del fatto concreto nel tipo astratto»<sup>103</sup>.

Proprio per la sua portata non strettamente individuale e privata, il bene giuridico tutelato dalle norme in materia di trattamento dei dati personali non viene individuato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella riservatezza (o, secondo la terminologia anglosassone, nella *privacy*), bensì nel diritto alla protezione dei dati personali, quale *diritto del singolo* e *interesse della collettività*. La disciplina del trattamento dei dati personali si rivela infatti «irriducibile alla sola cifra individualistica»<sup>104</sup>, andando oltre la sfera privata e finendo per attingere le garanzie di trasparenza e legalità quali presupposti del funzionamento del sistema democratico<sup>105</sup>. Allo stesso modo, l'interesse a impedire accessi non autorizzati a sistemi

---

<sup>98</sup> In questi termini V. MILITELLO, *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*, cit., 373 ss. (ripreso da T. VITARELLI, *Vita privata nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Utet, 1999, 310 e da C. PIERGALLINI, *I delitti contro la riservatezza informatica (artt. 615-ter, 615-quater, 615-quinquies)*, cit., 774).

<sup>99</sup> Si è osservato come l'art. 615-ter c.p. sia volto a garantire «l'interesse al godimento esclusivo, sicuro e indisturbato degli "spazi" informatici o sfere virtuali». I. SALVADORI, *L'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico. Una fattispecie paradigma dei nuovi beni giuridici emergenti nel diritto penale dell'informatica*, cit., 157 (*corsivo nostro*).

<sup>100</sup> V. MILITELLO, *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*, cit., 373 ss.

<sup>101</sup> A. MANNA, *Prime osservazioni sul Testo Unico in materia di protezione dei dati personali: profili penalistici*, in *www.privacy.it* (2003), 1125 ss.

<sup>102</sup> Si tratterebbe quindi di invertire la logica secondo la quale l'art. 615-ter c.p. tutelerebbe in via diretta lo «*ius excludendi alios* del titolare del sistema» e «indirettamente anche l'interesse collettivo al regolare funzionamento, alla integrità e alla disponibilità dei sistemi». Così I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 664.

<sup>103</sup> S. FIORE, *Proposta di riforma de I reati contro il diritto alla riservatezza*, cit., in questo *Libro*.

<sup>104</sup> S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, 1995, 19 ss., 101 ss.

<sup>105</sup> In una società sempre più globalizzata e "connessa", l'evoluzione normativa scaturita dall'esigenza di

informatici pare esulare dalla dimensione strettamente soggettiva riflettendo istanze di natura superindividuale – fra cui l’intangibilità, l’utilizzo indisturbato, la disponibilità e la sicurezza dei sistemi informatici – che sarebbe bene mettere in evidenza già nella *dimensione semantico-lessicale* dell’interesse protetto, conferendogli in questo modo, fra l’altro, una maggiore *capacità di adattamento* rispetto a futuri profili di “vulnerabilità informatica”, senza per questo aprire la strada a interpretazioni analogiche in *malam partem*<sup>106</sup>. Del resto, non mancano in dottrina prospettive tese a enfatizzare la valenza *assiologica* delle scelte lessicali e lo stretto legame fra opzioni linguistiche e pregnanza concettuale della produzione normativa<sup>107</sup>. Così, anche da una denominazione più appropriata del bene giuridico di volta in volta tutelato, che tenga conto del suo operare quale «strumento principale per comprendere l’essenza e il contenuto del reato»<sup>108</sup>, dipende quella funzione *promozionale* e di *orientamento culturale* che, unitamente alla funzione di controllo sociale, viene attribuita al diritto penale<sup>109</sup>.

## 8. Conclusioni: il diritto penale dell’informatica fra proporzione e “logiche piramidali”

La teoria del bene giuridico e l’accennato parallelismo fra protezione dei dati personali e protezione dei sistemi informatici consentono di sviluppare brevi riflessioni conclusive.

L’individuazione dell’*intangibilità* o *inviolabilità informatica* o *intangibilità/inviolabilità dei domini informatici* o *delle sfere virtuali* quale bene diffuso protetto *in via principale e diretta* dall’art. 615-ter c.p. – il quale tutelerebbe in via solo *eventuale* e *indiretta* l’interesse del singolo alla riservatezza dei *suoi* sistemi informatici e spazi virtuali – potrebbe garantire una maggior attinenza della fattispecie all’evoluzione recente e futura degli accessi non autorizzati che – come enfatizzato dagli stessi proponenti della riforma – riguardano anche i sistemi «privi di qualsivoglia contenuto personalistico o privatistico»<sup>110</sup>. Un siffatto bene giuridico potrebbe quindi svolgere sia una funzione *interpretativa*, vale a dire di «filo conduttore per l’interpretazione»<sup>111</sup> e l’applicazione della norma e, in particolare, di collegamento del diritto penale alla realtà empirico-sociale, sia una funzione *sistematica* (o *classificatoria*), nel senso di

---

tutelare la *privacy* quale prerogativa individuale ha progressivamente coinvolto interessi di portata generale attribuendo un ruolo centrale alla protezione dei dati personali che, in forza del nuovo Regolamento 2016/679/UE, ha assunto la connotazione ulteriore di «diritto pubblico europeo». F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni*, in *Rivista del diritto dei media*, 2018, 1, 10.

<sup>106</sup> Sul *discrimen* fra interpretazione analogica e interpretazione estensiva, evolutiva e teleologica si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 121 ss., 127 ss.

<sup>107</sup> G. FORTI, *L’ordinamento lessicale dei beni giuridici personali nella parte speciale del codice penale*, cit., 361 ss. Cfr. M. G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1431 ss.; C. DE MAGLIE, *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2018, 105 ss. ove si rileva la necessità di respingere «con risolutezza» le ambiguità connesse alla «condizione di “polisemia dell’espressione linguistica”» e di osteggiare le situazioni di «opacità linguistico-normativa», in quanto la legittimazione del diritto penale passa anche attraverso il suo modo di comunicare. «La chiarezza della lingua del diritto penale rappresenta una garanzia irrinunciabile di democrazia nel sistema. Infatti la “democrazia vive di parole precise”. Ciò significa che l’accessibilità e la trasparenza del linguaggio penalistico sono un presupposto irrinunciabile perché sia rispettato il principio di uguaglianza». *Ivi*, 12, 31. Cfr. G. CAROFIGLIO, *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Laterza, 2015, 41 ss.

<sup>108</sup> A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, cit., 19.

<sup>109</sup> In proposito si veda N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, 1977, 13 ss. Sull’attitudine del diritto penale «a stimolare e consolidare regole sociali, prepenalistiche» si veda G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione “personalistica” della tutela penale*, cit., 80 ss.

<sup>110</sup> I. SALVADORI, *L’accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico. Una fattispecie paradigma dei nuovi beni giuridici emergenti nel diritto penale dell’informatica*, cit., 148.

<sup>111</sup> E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., 85.



stimolare la riflessione sull'opportunità di mantenere tale fattispecie e quelle che seguono nella Sezione III del Capo III del Libro XII, dedicata ai delitti contro la libertà morale, piuttosto che creare un capo o una sezione a sé, dedicati proprio ai delitti contro l'intangibilità o inviolabilità informatica, in cui far eventualmente confluire anche i reati in materia di trattamento dei dati personali, in relazione ai quali in dottrina taluno ha invocato la cd. riserva di codice<sup>112</sup>.

Nondimeno, le conseguenze che potrebbero derivare sul piano interpretativo e applicativo dall'identificazione di tale interesse protetto non operano nel senso di delimitare, ma semmai di ampliare l'ambito del punibile, offuscando quella funzione *critico-selettiva* storicamente attribuita alla categoria del bene giuridico. La fattispecie, stando alla configurazione descritta, si applicherebbe – come peraltro già avviene – a prescindere dall'offesa a un interesse del singolo o a un rilevante interesse pubblico, essendo sufficiente l'offesa all'interesse diffuso all'*intangibilità/inviolabilità* dei sistemi informatici, offesa immanente agli accessi non autorizzati, incentrandosi il disvalore oggettivo e soggettivo della condotta nella violazione delle disposizioni del titolare, talvolta chiaramente desumibili solo dalle misure di sicurezza poste a protezione del sistema, che, per questa ragione, si ritiene opportuno conservare quale elemento di fattispecie<sup>113</sup>.

L'attribuzione della nuova veste lessicale e – potenzialmente – di nuove sfumature semantiche al bene giuridico invita dunque a domandarsi, prevenendo plausibili rilievi critici, se il ricorso al diritto penale e, a maggior ragione, a una pena che può arrivare, già nell'ipotesi base, a tre anni di reclusione, sia giustificato alla luce dei principi di *extrema ratio* e proporzionalità del diritto penale. Ponendosi in questa prospettiva, la normativa in materia di protezione dei dati personali attribuisce rilevanza penale a condotte che arrecano «nocumento all'interessato»<sup>114</sup> o che, tenute «al fine di recare danno», abbiano per oggetto materiale archivi automatizzati, o una parte sostanziale di essi, contenenti «dati personali oggetto di trattamento su larga scala». Mentre negli altri casi, le condotte di illecito trattamento dei dati sono sanzionate sul piano amministrativo<sup>115</sup>. Il modello definito di *accountability* o *pyramidal enforcement*, che informa in una certa misura il sistema di tutela dei dati personali, si fonda su una «logica scalare» in forza della quale solo qualora falliscano forme di persuasione morale all'osservanza dei precetti si ricorre a strumenti sanzionatori partendo da quelli meno invasivi offerti dal diritto civile e amministrativo per poi, in linea con il principio di *extrema ratio*,

---

<sup>112</sup> Sull'«occasione perduta» di inserire nel codice penale i reati in tema di protezione dei dati personali con il d.gls. 10 agosto 2018, n. 101 di adeguamento del nostro ordinamento al GDPR, dando così attuazione alla cd. «riserva di codice», si veda F. BRIZZI, *Privacy. La tutela penale dei dati personali*, Giuffrè, 2020, 33 ss. Cfr. sul punto anche P. TRONCONE, *La tutela penale della riservatezza e dei dati personali. Profili dommatici e nuovi approdi normativi*, cit., 31 ss. In tema di riserva di codice, *inter alios*, M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis Cp) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Leg. pen.*, 2018, 11, 1 ss.; C. E. PALIERO, *La «riserva di codice» messa alla prova: deontica idealistica «versus» deontica realistica*, in *Criminalia*, 2019, 31 ss.; G. ROTOLO, *Riserva di codice e legislazione penale complementare*, in *JusOnline*, 2019, 3, 160 ss.

<sup>113</sup> Riprendendo la già richiamata distinzione fra tutela del «contenitore» e tutela del «contenuto» (V. PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, cit., 187-188) l'ipotesi criminosa tutelerebbe direttamente il «contenitore», che pure non deve essere inteso nell'accezione «fisica» e «materiale» sottesa al concetto di «domicilio», e solo in via indiretta ed eventuale il «contenuto».

<sup>114</sup> Se la precedente formulazione della fattispecie di illecito trattamento di dati personali di cui all'art. 167 del Codice della *privacy* suggeriva un inquadramento dogmatico del «nocumento all'interessato» quale condizione obiettiva di punibilità, dopo la riforma del 2018 tale locuzione viene qualificata dagli interpreti quale elemento costitutivo del reato (in particolare, come evento), aderendo a una soluzione cui era peraltro già pervenuta in via ermeneutica la stessa giurisprudenza. Sul punto V. MANES, F. MAZZACUVA, *GDPR e nuove disposizioni penali del Codice privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 2, 173.

<sup>115</sup> Il riferimento è agli artt. 167, 167-bis e 167-ter del Codice della *privacy* per quanto concerne le fattispecie incriminatrici e agli artt. 83 e 84 del GDPR in relazione agli illeciti amministrativi. Un recente commento della disciplina si deve a G. MARTIELLO, *La tutela penale dei dati personali: un'introduzione agli artt. 167, 167-bis e 167-ter del c.d. «codice della privacy»*, in *disCrimen*, 2 marzo 2022.

ricorrere al diritto penale<sup>116</sup>.

Lo stesso approccio “piramidale” potrebbe essere adottato in materia di accesso non autorizzato ad un sistema informatico (secondo la nuova denominazione della fattispecie suggerita dai proponenti), nel senso di riservare la pena detentiva ai casi in cui dalla condotta derivi almeno un pericolo per l’interesse del titolare del sistema o per un rilevante interesse pubblico. Mentre la previsione della sola pena pecuniaria o di una sanzione civile o amministrativa parrebbe più adeguata in relazione a quelle condotte che, pur ledendo l’interesse diffuso all’intangibilità o inviolabilità informatica, non si traducano né nell’offesa all’interesse di un singolo né nell’offesa a un rilevante interesse generale<sup>117</sup>. In questa direzione pare timidamente orientarsi anche la proposta di riformulazione della norma in commento laddove prevede una pena aggravata, fra l’altro, in caso di condotte che «riguardano sistemi informatici di pubblica utilità»<sup>118</sup>. Il nostro legislatore, d’altro canto, si è già dimostrato sensibile all’opportunità di esplorare, nel settore in esame, logiche responsive e sanzioni amministrative, anzitutto per la loro idoneità a prevenire e intercettare condotte di accesso non autorizzato imputabili a imprese. Da anni la fattispecie di cui all’art. 615-ter c.p. è stata infatti introdotta nel catalogo dei reati presupposto ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231<sup>119</sup>.

Un simile ripensamento della disciplina dell’accesso non autorizzato a sistema informatico pare riflettere al meglio il principio di *proporzione* come descritto dalla dottrina penalistica, vale a dire come principio che «si specifica in campo penale nella proposizione per cui una reazione per essere legittima deve essere proporzionata alla condotta offensiva»<sup>120</sup>, dipendendo

<sup>116</sup> L’elaborazione di tale modello si deve al Professore australiano ideatore della *restorative justice*, John Braithwaite. J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2002, 29 ss.; I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992, 35 ss.; B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, 1993, 140 ss. Sul tema anche C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, 408 ss.; M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1206 ss.; B. SPRICIGO, *Un approccio “responsivo” per le ipotesi di illecito colposo in ambito medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 107 ss.; G. ROTOLO, *‘Riconoscibilità’ del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell’ambiente*, Giappichelli, 2018, 234 ss.

<sup>117</sup> La fattispecie, così concepita, eviterebbe anche quell’ambigua dimensione plurioffensiva che, come ben evidenziato in dottrina, se non adeguatamente arginata, rischia di tradursi, in sede applicativa, in un’eccessiva dilatazione dell’ambito del punibile, depotenziando ulteriormente la funzione *critico-selettiva* del bene giuridico. Si è infatti assistito a prassi giudiziali in cui la plurioffensività è stata invocata per dissimulare «beni vaghi o sfumati» o è stata intesa come offensività alternativa di un bene giuridico piuttosto che di un altro, portando a condanne per condotte che, in concreto, non avevano offeso né l’uno né l’altro bene. Al contrario, stando all’inquadramento proposto, la fattispecie, di regola, sarebbe *monoffensiva*, ossia volta a tutelare l’interesse superindividuale all’intangibilità informatica e, solo in alcuni casi, puniti più severamente, *virtuosamente plurioffensiva*, ossia tale, secondo la vocazione originaria della categoria della plurioffensività, da intercettare l’offesa simultanea e non alternativa all’interesse del singolo all’inviolabilità dei *suoi* sistemi informatici o un rilevante interesse pubblico (come quello al buon andamento della Pubblica Amministrazione) e a quello diffuso al regolare accesso agli spazi digitali. Cfr. *ex multis*, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 84 ss., ove si sottolinea come «nella prassi applicativa corrente il riferimento ad oggetti di tutela vaghi o sfumati (...) venga spesso diluito e stemperato attraverso lo schema, comodo quanto inappagante, della “plurioffensività”, nel tentativo di imbellettarne la portata onnivora, ma con l’unico risultato di pregiudicare ulteriormente il contenuto garantistico e la capacità critica del bene giuridico (e, simmetricamente, del principio di necessaria lesività)»; L. EUSEBI, *L’insostenibile leggerezza del testo. La responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1675, ove vengono censurate «letture dilatative della sfera di applicabilità dell’illecito», spesso originate dalla «facilità con cui s’è teorizzato, fino a oggi, il carattere *plurioffensivo* di non pochi reati».

<sup>118</sup> L. PICOTTI, R. FLOR, I. SALVADORI, *Proposta di riforma dei Reati contro l’inviolabilità del domicilio, la tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica*, cit., in questo *Libro*.

<sup>119</sup> Art. 24-bis (Delitti informatici e trattamento illecito di dati), introdotto dalla l. 18 marzo 2008, n. 48.

<sup>120</sup> G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1660. Continua l’Autore: «nella logica costi-benefici, il principio esprime l’esigenza che i vantaggi che la

il disvalore di quest'ultima anche dalla sua incidenza, almeno in termini di pericolo concreto, su beni strettamente personali o di spiccata rilevanza pubblica. Verrebbe così enucleata un'ulteriore funzione che può essere riconosciuta alla categoria del bene giuridico, una funzione strettamente connessa al principio di proporzione e che consiste nell'orientare la *modulazione* della risposta penale (ed extrapenale). In altri termini, l'attribuzione all'interesse protetto di una dimensione linguistica più precisa e "realistica", che consenta di cogliere l'ampia casistica sottesa all'incriminazione, stimola la riflessione, in una logica *de iure condendo*, o meglio "*de iure reformando*", non solo sulla collocazione sistematica della norma, ma altresì sulla graduazione della risposta sanzionatoria.

D'altronde, individuare equilibri sempre nuovi fra diritti e libertà nel *cyberspace*, monitorando l'incessante evoluzione della fenomenologia delle offese che vi vengono perpetrate, è una delle principali sfide che chi si occupa di diritto penale dell'informatica è oggi chiamato ad affrontare, nel tentativo di preservare e rafforzare il ruolo della tecnologia digitale quale «fattore di *coesione della società civile e delle sue libertà*»<sup>121</sup>.

---

società si attende dalla comminatoria penale (prevenzione di fatti socialmente dannosi) siano idealmente confrontati con i costi immanenti alla pena in termini sociali, economici e individuali, di sacrificio per i beni della libertà personale, del patrimonio, dell'onore, ecc.». In tema di proporzione della pena si veda anche C. E. PALIERO, *Il Mercato della Pena. Bisogno e Meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, cit., ove viene messa in rilievo la complessità di un'equazione fra grandezze eterogenee quali la *qualità*, in termini di *gravità*, del reato e la *quantità*, o meglio la *misura*, della pena. *Ivi*, 1.

<sup>121</sup> Già negli anni Ottanta l'informatica veniva descritta come «fenomeno di massa» e si osservava come, «paradossalmente», essa potesse «essere utilizzata come nuova forma di *totalitarismo virtuale* oppure come un nuovissimo fattore di *coesione della società civile e delle sue libertà*». Opzione quest'ultima che doveva all'epoca e deve ancora oggi «stimolare ad affrontare lo studio dello sviluppo informatico allo scopo di chiarire quali sono le *libertà tecnologiche* dell'individuo e quali le condizioni che ne possono permettere l'uso». F. MORALES PRATS, *Presupposti politico-criminali per una tutela penale della riservatezza informatica*, cit., 369-371.



## **INTRODUZIONE AGLI INTERVENTI DELLA SECONDA SESSIONE**

*Lorenzo Picotti*

Riprendiamo i lavori dopo una mattinata molto intensa, in cui abbiamo avuto sia le relazioni dei colleghi Vincenzo Muscatiello e Vito Plantamura, davvero puntuali, perché sono entrate, con osservazioni anche critiche, nei dettagli delle formulazioni normative proposte, come deve essere nello spirito di questo seminario, in cui si vuole sottoporre al vaglio di esperti esterni le proposte di riforma che abbiamo elaborato come team. Ed è da apprezzare molto il fatto, che hanno toccato tutti i tre sottogruppi di norme che abbiamo proposto, e cioè sia quello che riguarda, in generale, la riservatezza nella corrispondenza e nelle comunicazioni, rispetto alle interferenze illecite nella vita privata, a partire dalla violazione di domicilio, per cui pure è stata proposta una riformulazione; sia l'ambito dei reati informatici, a partire da quello di accesso abusivo, fino alla tutela dell'identità digitale; sia infine la tematica molto dibattuta dei segreti professionali, scientifici e commerciali.

Abbiamo così avuto un quadro completo di valutazioni, di rilievi ed apprezzamenti, con riguardo alle singole norme ed al quadro sistematico in cui si devono collocare, che è importante sia coerente con le esigenze di sistemazione dogmatica, da un lato, e di comprensibilità immediata per l'operatore ed i destinatari, dall'altro.

Abbiamo avuto anche l'interessante intervento programmato della dott.ssa Marta Lamannuzzi, sull'art. 615 *ter* c.p., che ha allargato lo sguardo alle tematiche di fondo del bene giuridico da proteggere ed alle prospettive di miglioramento ed adeguamento della normativa in materia di criminalità informatica, di fronte all'incessante evoluzione tecnica e sociale che stiamo vivendo; e poi quelli, su singoli punti specifici, di nostre assegniste di ricerca e dottorande, che ringrazio, rispettivamente della dott.ssa Rosa Maria Vadalà e della dott.ssa Chiara Crescioli.

È stata messa a fuoco molta materia e ci riserviamo, quali responsabili dei tre sottogruppi, vale a dire il prof. Stefano Fiore, il prof. Maurizio Riverditi ed io, di intervenire ulteriormente alla luce di questi spunti e rilievi, in specie nell'ambito della tavola rotonda, che prevede l'intervento di tutti i partecipanti al team di ricerca, compresa la collega Maristella Amisano.

Prima di dare voce a questo confronto ed a questo allargamento della prospettiva di lavoro, abbiamo piacere di dare la parola due nostri importanti ospiti, che ringrazio sentitamente per aver accettato di intervenire, vale a dire - quale ideale rappresentante dell'accusa - il dr. Francesco Cajani, Magistrato della Procura della Repubblica di Milano, riconosciuto esperto nel campo dei reati informatici e membro di organismi europei di coordinamento ed intervento molto importanti, con anni di esperienza alle spalle, non solo nei processi, ma anche nell'elaborazione di proposte ed interventi nel dibattito dottrinale su queste tematiche; nonché - quale ideale rappresentante della difesa - l'avv. Giuseppe Vaciago del Foro di Milano, altrettanto esperto e qualificato in materia, non solo dal punto di vista della prassi forense, ma anche dell'attività di ricerca e di docenza che parallelamente riesce a svolgere.

Così si potrà completare il quadro di valutazioni, pareri e suggerimenti, da punti di vista esterni allo stesso ambito accademico, che potranno dare particolare attenzione anche alla praticabilità di certe norme e di certe proposte di riforma.

Lascio dunque la parola prima al dr. Cajani e poi all'avv. Vaciago.



## **REATI CONTRO L'INVIOLABILITÀ DEL DOMICILIO, LA TUTELA DELLA VITA PRIVATA E DEI SEGRETI, LA LIBERTÀ E LA PERSONALITÀ INFORMATICA**

*Francesco Cajani*<sup>1</sup>

Ringrazio il Professor Picotti e gli altri organizzatori per l'invito a questo incontro di studio che ho cercato di seguire anche stamattina, sia pure da remoto, a causa di un contrattempo familiare che mi ha costretto a rimanere a Milano.

Avevo accettato molti anni fa, sempre molto volentieri, un analogo invito del Professore e già allora avevo avuto modo di apprezzare anche la serietà, oltre che la qualità, dei lavori dell'Associazione.

Mi sembra che alcune questioni importanti siano già emerse questa mattina: il mio contributo chiaramente parte dall' essermi "esercitato" sul testo della vostra proposta di revisione normativa che mi avete mandato per tempo, anche alla luce della relazione di accompagnamento al testo del vostro sottogruppo «Reati contro la riservatezza e la sicurezza informatiche, nonché identità digitale».

Questo esercizio mi ha consentito di rimettermi, un poco, nei panni del Pubblico Ministero che cerca di interpretare le norme. Un esercizio che feci nei primi anni della mia professione (ahimè, ne sono già passati almeno 15) e che ho rifatto volentieri in questi ultimi giorni, anche se con un po' più di fatica (saranno, forse, i figli che invadono la casa ed è tutto più allegro ma difficile).

Ricordo infatti che, da una parte, mi affaticai all'epoca durante un primo processo in tema di *phishing* a Milano, nello sforzo di capire se le norme allora vigenti in tema di truffa *ex art. 640 c.p. e/o di frode informatica ex art. 640-ter c.p.* potessero essere immediatamente applicate o meno a tale nuova fenomenologia di reato informatico: e ricordo proprio in quel processo, e lo ricordo oggi perché vedo presente a Verona anche Roberto Flor, che durante l'udienza dal GUP con il rito abbreviato si fronteggiò da una parte il povero Pubblico Ministero (che aveva sostenuto la sua tesi, in favore della applicabilità delle norme vigenti, in un breve contributo pubblicato su una rivista giuridica<sup>2</sup>) e dall'altra l'Avvocato difensore che sbandierava di fronte al Giudice un'opera monumentale<sup>3</sup> dell'allora dottore, e oggi professore, Flor che andava a invece sostenere che la normativa di diritto sostanziale non andasse a coprire, *de iure condito*, il campo di applicazione del furto di identità digitale che veniva integrato tramite tale *modus operandi*.

Quindi oggi rivedo, avendo presente questo antefatto storico, nella vostra proposta la nuova norma che avete preso in esame *sub specie* di "abuso di identità digitale" e ritornerò su questo punto molto volentieri, riprendendo un po' quelle mie elaborazioni che un tempo feci (e che poi vennero ritenute idonee e portarono alle prime condanne per *phishing* in Italia) ma penso che sarà più utile per tutti, su questo e su altri punti, non tanto indicarvi alcune linee di impostazione sistematica che condivido (e delle quali non avevo dubbio, conoscendo la serietà di tutti i Professori coinvolti nei vostri lavori) quanto magari restituirvi un po' di provocazioni per il

---

<sup>1</sup> Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano.

<sup>2</sup> Cfr. F. CAJANI, *Profili penali del phishing*, in *Cass. pen.*, 6, 2007, 2294 ss.

<sup>3</sup> R. FLOR, *Phishing, identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 899 ss.

dibattito, chiaramente in uno spirito costruttivo.

Ricordo poi che, sotto altra prospettiva, mi affaticai ai tempi quanto all'applicazione del 167 del codice privacy nel famoso processo passato alla storia come *Google vs. Vividown*: qui alla fine la Cassazione ci diede torto però poi la Corte di Giustizia europea, qualche mese dopo, nel famoso caso *Google Spain*, interpretò la norma proprio come l'avevamo pensata noi a Milano<sup>4</sup>.

Questo per dire che ho apprezzato molto il respiro, anche europeo, della vostra proposta, perché - dobbiamo ricordarlo sempre - il legislatore italiano nella materia del *cybercrime* è figlio del legislatore europeo e comunque *ab origine* ben recepisce le raccomandazioni del Consiglio d'Europa... anche se poi, questo respiro, forse nel corso degli anni è andato un pò perdendosi.

Con queste premesse, intanto vorrei sollecitarvi su un profilo generale che forse vi sembrerà un pò fuori tema ma a cui io tengo molto.

Poi mi concentrerò solo su tre norme, quelle che io ritengo abbiano maggior applicabilità pratica (quantomeno sulla base della mia esperienza alla Procura di Milano). Questo perché se da una parte riconosco anche molte altre potenzialità teoriche in molti degli altri vostri interventi di innovazione normativa, dall'altra - a mio parere - è inutile che io mi soffermi nei dettagli su tutte le norme da voi prese in esame (per esempio, sul 615-*quater* c.p. - una bellissima norma, senza ombra di dubbio - che io non vedo mai contestato o applicato).

Quindi cercherò di restituirvi, perché credo che per questo mi avete invitato ad intervenire oggi, il mio feedback su norme che ho studiato ai tempi, vedo applicare nella prassi e delle quali, pertanto, ho seguito anche l'evoluzione giurisprudenziale.

La riflessione generale la faccio subito e la esaurisco in poche battute: nella vostra relazione, quando nel paragrafo 1 e 2 leggo appunto la proposta di «*ricollocazione sistematica*» della materia, questo aspetto mi trova perfettamente d'accordo, sottoscriverei tutto - ma non sono bravo come voi - parola per parola.

Però su questo tema generale vorrei lanciare una riflessione e una provocazione: la riflessione è sostanzialmente quella che, oggi come oggi, nasce dalla mia esperienza personale di chi si fronteggia quotidianamente con le fatiche dei processi... E tuttavia questa mia riflessione, oggi, è sollecitata maggiormente nel pensare alle ripercussioni concrete non più ormai della parte sostanziale del diritto penale dell'informatica (che ormai la Cassazione e, ancora più autorevolmente, le Sezioni Unite hanno in gran parte risolto o quantomeno tentato di risolvere). Perché a mio parere oggi la parte "viva", interessante e altamente problematica anche per il Pubblico Ministero che deve fare l'indagine rimane quella di diritto processuale, mentre 15 anni fa era quella sostanziale.

E dunque quando voi fate cenno a questo dialogo, a questa visione del sostanzialista che deve comunque andare a vedere anche il punto di vista del processualista (perché la definizione precisa delle norme di diritto penale sostanziale ha poi una ricaduta, per esempio, sul *locus commissi delicti*), io mi sento di dire che tutto questo va bene perché le norme tanto più chiare sono tanto meno problemi pongono ... Però credo che oggi, e per davvero, forse ancora di più i sostanzialisti debbano parlare con i processualisti. Perché, sotto questo angolo prospettico, c'è davvero da risolvere un problema di fondo, a mio parere forse ancora più importante del margine di miglioramento delle norme di diritto penale sostanziale: ossia occorre che l'intero mondo accademico prenda posizione e ci dica se, come io e molti altri con me ritengono, sia davvero giunta l'ora di mettere mano anche alla parte della competenza *ex lege* per una materia - come quella del diritto penale dell'informatica - che comunque ha un'evoluzione così veloce che, se anche poi la vostra proposta di legge troverà un approdo

---

<sup>4</sup> F. CAJANI, *Quella Casa nella Prateria: gli Internet Service Providers americani alla prova del caso Google Video*, in L. PICOTTI - F. RUGGIERI (a cura di), "Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali", Giappichelli, 2011, 216 ss.



finale in Parlamento, questa alla fine si scontrerà pur sempre con questo tema ancora oggi irrisolto.

Faccio un esempio per farmi comprendere meglio e poi chiudo sul punto: il 640 c.p. è la norma che ha resistito, negli anni, ai problemi di identificazione del *locus commissi delicti* (pacifico e mai messo in dubbio infatti, prima dell'avvento delle tecnologie, il luogo del "conseguimento dell'illecito profitto"). Invece sono credo almeno 10 anni che si discute sulla famosa competenza per territorio ove la dazione patrimoniale avvenga tramite ricarica postepay. Un tema questo che, pur non oggetto della vostra proposta, reputo importante risolvere: noi, nel nostro piccolo ambito associativo di IISFA, abbiamo pensato ad un testo normativo<sup>5</sup> ma questo non è il punto oggi.

Oggi invece tengo davvero a dire, davanti a così tanti sostanzialisti di riconosciuta fama, che auspico che ancora di più voi vi possiate relazionare con i processualisti, perché appunto – altrimenti - le norme da voi ben pensate poi forse si scontreranno con questa difficoltà. Non tanto, ripeto, di attuazione pratica ma di influenza sul *locus commissi delicti* (che poi, a pensarci bene, sono due aspetti della stessa medaglia). Ma questo è un problema ugualmente serio, a mio parere: perché altrimenti la fatica che voi fate è una fatica inutile ...perché quando la norma è chiara nel testo ma poi, ahimè, le Procure si "avvitano" su infiniti contrasti di competenza si perde di vista un aspetto importante anche in tema di tutela delle vittime dei reati informatici.

Detto questo, un secondo profilo è invece quello di cui ha fatto cenno oggi il prof. Flor in un passaggio: riprendiamoci un poco, e riprendetevi un poco, anche quelle norme che sono da sempre fuori dal codice penale ovvero le norme in materia di trattamento dei dati personali, perché io credo che con la nuova normativa, a seguito appunto del Regolamento europeo (GDPR), abbiamo un po' dimenticato l'importanza di questa materia. Vi si è rimesso mano - a mio parere - un po' troppo, con una forte depenalizzazione che poteva essere anche in parte evitata (perché il legislatore europeo non impone nulla sul punto ma lascia possibile spazio alla materia penale), ed invece di contro io credo che sia necessario una riflessione seria per riportare "dentro" al sistema penale alcune norme che sono strettamente legate al diritto penale dell'informatica.

Passo ora ad una sollecitazione in tema di *accesso abusivo a sistema informatico*: oggi è già stata citata la Cassazione a SS.UU del 2011 quanto agli elementi costitutivi del reato ed io mi concentrerò, invece, più sulla parte relativa alle circostanze aggravanti che stamattina non sono state prese in esame.

Però, prima, vorrei dire la mia anche sul comma 1 dell'art. 615-ter c.p.: concordo chiaramente, l'ho già detto prima in linea generale e lo ripeto qui in particolare, sul fatto che ritengo valida e necessaria la nuova collocazione che voi date a questa norma in materia di bene giuridico protetto.

Se dobbiamo schierarci, quindi, io sono a favore di questa nuova collocazione, e sottolineo nuovamente il profilo e il respiro europeo che volete dare per ritornare all'accesso "non autorizzato".

Però vorrei provarvi con questa riflessione, perché nel dibattito stamattina ho sentito qualcuno intervenire per dire che «ormai tutti i sistemi informatici sono protetti dalle misure di sicurezza»: no, no, no e no! Non è così, nella pratica che riguarda quantomeno il Distretto di Milano ci sono fenomeni che noi inquadrano nel 615-ter c.p. dove c'è il sistema informatico ma la protezione della misura di sicurezza è dimenticata da tutti...e quindi, sostanzialmente, io credo che il vostro bel lavoro di ridare il respiro europeo all'accesso "non autorizzato" non possa forse prescindere dal tener comunque conto anche della misura di sicurezza. Questa è il mio sommo feedback a livello pratico.

Mi trovo d'accordo che sia necessario far riferimento anche al tema della "parte" del sistema

---

<sup>5</sup> A. NOBILI - F. CAJANI, *Contributo per una riforma normativa in tema di competenza territoriale delle truffe su piattaforma informatica*, in AA.VV., *IISFA MEMBERBOOK*, 2018.

informatico ma, ritengo, che questo sia un puro vezzo accademico: ormai, a mio parere, la Cassazione ha risolto il problema dell'*intraneus* (trattando il famoso caso che, ahimè, è nato dalla giurisprudenza milanese relativa ad alcuni Cancellieri che accedevano ai registri informatici) ma forse, quanto fate riferimento all'autorizzazione, occorre far riferimento (come dice la Cass. SS.UU) alla «*autorizzazione del titolare del sistema*».

Invece sulle circostanze aggravanti voi dite delle bellissime cose e cerchiamo, però, di portare a maggior a profitto quello che voi avete immaginato!

La vostra proposta finalmente aggiunge al comma 2 n. 1 «*l'amministratore del sistema*». Benissimo: non c'è bisogno che ricordi a tutti voi che, quanto invece alla nozione di «*operatore del sistema*», c'è voluto qualcuno che scrivesse in dottrina che l'operatore del sistema non è chi opera sul sistema, cioè l'utente. Ma è appunto, come voi mi insegnate, l'amministratore.

Ma questo punto mi domando: perché, una volta risolto in radice il problema dell'amministratore del sistema, vogliamo lasciare ancora nel testo la nozione di «operatore del sistema» che tanti problemi ha creato finora? Vogliamo superare un problema e poi crearne nuovamente un altro?

Poi vi faccio ancora altri complimenti: ci voleva poco ma facciamo capire al nuovo legislatore che la violenza, cioè «chi è palesemente armato», non ha a che fare con il sistema penale dell'informatica! O forse ha a che fare perché quando parlo ai giovani colleghi o facciamo le lezioni alla PG sulla criminalità informatica io faccio sempre vedere quella slide del *phisher* rumeno a Craiowa che sul comodino aveva il monitor e la pistola vicino al monitor. Ma la pistola, vi assicuro, serviva per un'altra cosa e non tanto per l'accesso abusivo: erano dei criminali inseriti in un'organizzazione e quindi era tutto un mondo diverso.

Quindi ben venga l'eliminazione non solo del «*palesemente armato*» ma anche l'evoluzione che voi indicate nel testo di riforma, cioè riprendere la *ratio* del legislatore e delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa e così riformularle in «interferenza non autorizzata in ambito informatico».

Faccio un'altra riflessione sulle circostanze aggravanti. Scusatemi, ma le circostanze aggravanti sono importanti? Sì, sono importanti quantomeno per il Pubblico Ministero perché poi la condizione di improcedibilità è dietro l'angolo (e a volte anche è un po' discriminare per valutare la serietà o meno della querela presentata e dell'offesa ricevuta), e quindi anche qui condivido la *ratio* che vi ha portato a rielaborare il comma 3 dell'art. 615-ter c.p.: giustamente voi dite che il comma 3 fa riferimento ad una tipologia di sistemi informatici o telematici di interesse militare o pubblico, sicurezza pubblica, protezione civile e, a vostro parere, questa è una enucleazione poco esaustiva della totalità dei sistemi informatici pubblici.

Però cosa fate nella vostra proposta? Si fa in maniera intelligente, a mio parere, espresso cenno alle «infrastrutture critiche» e allora noi, esperti della materia, facciamo subito riferimento alla normazione (spesso di carattere secondario, e a volte anche molto criticata) sulle infrastrutture critiche.

Bene, fino a qui tutto chiaro il vostro ragionamento. Però consentitemi una sollecitazione, a fronte del vostro rigore scientifico: se, come diceva Flor (criticando forse un po' il legislatore che è intervenuto in materia di protezione dei dati personali), dobbiamo riprendere in mano le definizioni codicistiche, e io condivido questo approccio, perché allora qui si introduce un riferimento extra codicistico, con un rinvio peraltro ad una fonte secondaria poco comprensibile? Cioè, in altre e più semplici parole: «l'infrastruttura critica» cos'è, per il codice penale? Non abbiamo una definizione codicistica.

Mi sembra un po' una contraddizione in questo vostro approccio. Allora forse mi permetto di suggerire, in punta di piedi, che un buon punto di partenza forse potrebbe essere

anche risolto dicendo che il sistema deve essere “di pubblica utilità o comunque di interesse pubblico”.

Abbiamo ricompreso così, in questa definizione, anche l’infrastruttura critica e però abbiamo mantenuto - secondo il vostro ragionamento iniziale che io condivido - il linguaggio del legislatore codicistico di parte sostanziale. Introduciamo quindi una definizione che è idonea ad anche prevedere evoluzioni del sistema extra penale.

Sto guardando i miei appunti e trovo un’altra sollecitazione, che però è una stupidata e forse è un vostro refuso di stampa. Se la lingua italiana ha un senso, mi permetterei di ricostruire il testo del nuovo art. 615-ter c.p. in maniera un po’ diversa e cioè: «*chiunque accede ad un sistema informatico o ad una sua parte, senza autorizzazione o eccedendone i limiti, è punito*», perché forse la vostra originaria forma stilistica potrebbe generare in futuro qualche ulteriore dubbio. È una stupidata però ve la dico perché alla fine mi sembrava una bella norma ma ancora più chiara se ci mettiamo alcune virgole in più e il pezzo riferito alla “parte dei sistemi” lo collochiamo in maniera diversa...

Il secondo tema che vorrei affrontare, a livello di ragionamento, è quello sulla tutela delle “comunicazioni informatiche e telematiche”. A livello di ragionamento, lo dico subito, perché forse qui effettivamente è un mio limite di comprensione al vostro scritto (e se avessi avuto la possibilità di venire ieri sera a cena con voi forse la risolvevamo lì...) però qui giustamente voi fate riferimento, nella relazione di accompagnamento al testo, all’impostazione dei penal processualisti in relazione all’annosa vicenda che vede, piano piano (questo lo aggiungo io), la Cassazione mettere un po’ di paletti e distinguere tra quello che è un flusso di comunicazione e quello che non è flusso di comunicazione.

Qualcuno stamattina ha usato l’aggettivo “statico” e quindi voi sapete, e questa è uno degli argomenti di cui mi occupo da tempo per mia passione<sup>6</sup>, che la Cassazione piano piano sta facendo “quadrare il cerchio”, cioè a mio parere la Cassazione piano piano, per fortuna, sta mettendo a posto il problema, anche se ancora qualche contraddizione a mio parere sussiste tra alcune pronunce.

E allora voi giustamente fate riferimento a questo sviluppo giurisprudenziale e andate ad evidenziare alcune cose che ripeto, sarà un limite mio, sono poco chiare. Quindi a me non rimane che lanciare una provocazione costruttiva, ponendo alcune domande per la discussione e per il dibattito. Voi scrivete, a pag. 14, che la tutela penale delle comunicazioni deve essere più severa della tutela penale della corrispondenza che, a questo punto e se ho ben capito, rimane quella cartacea.

Visto che stamattina ho visto in una slide la foto del postino vi domando (e uso toni leggeri perché la difficoltà del relatore delle ore 15 che interviene dopo la pausa pranzo è nota a tutti): se la mia letterina a Babbo Natale, che scrivo ogni anno su carta, viene presa dal postino e non recapitata, questo bene giuridico deve avere minore valore rispetto all’ipotesi dei miei auguri mandati ai colleghi di lavoro tramite posta elettronica e ugualmente non recapitati?

Questo è un primo pensiero che vi lascio così... Però a mio parere il tema diventa più interessante ma io credo che la questione sia solamente quella di mettere meglio a punto la relazione di accompagnamento, perché questa nuova norma che voi individuate ed enucleate che rapporti ha, a questo punto (mi domando e vi domando), con il 615-ter c.p.? Qui, lo anticipo subito, dovremo utilizzare uno *stress test* che poi vi indico (e se mi date poi la risposta e se la risposta mi convince, lo *stress test* è superato e sono io che non ho capito niente).

Vado a meglio delineare il mio pensiero e spero che non sia così confuso: qui dobbiamo cercare di capire quanto possiamo prendere dalla discussione ancora controversa in giurisprudenza perché, se è chiaro quello che dice sul punto la Cassazione, tuttavia c’è fior fiore di dottrina che afferma il contrario sul concetto di “comunicazione” e sul concetto di

---

<sup>6</sup> Cfr. F. CAJANI, *L’acquisizione e il sequestro della posta elettronica: aspetti giuridici*, in S. ATERNO, F. CAJANI, G. COSTABILE, D. CURTOTTI (a cura di), *Cyber forensics e indagini digitali*, Giappichelli, 2021, 523 ss.

“corrispondenza”.

A dire il vero io lo affermavo in tempi non sospetti: se dobbiamo mettere mano alla nozione di corrispondenza, in un’ottica informatica, la casella di posta elettronica cosa è?

È una corrispondenza “aperta” o “chiusa” per quanto possa rilevare per il codice penale? Ora, la risposta a questa domanda è bypassata dal ragionamento della Cassazione (perché ovviamente i giudici della Cassazione hanno un livello maggiore di comprensione del mio) quando risolvono il problema paragonando l’email al “documento”.

Tuttavia il problema di fondo si ripropone, a mio avviso nella vostra proposta di legge. Perché?

Mi spiego subito. La Cassazione in estrema sintesi cosa ci dice? Lo ricordo per gli studenti che magari ci stanno seguendo e non lo sanno: nel diritto penale processuale se c’è il flusso di comunicazione c’è il regime dell’intercettazione, se c’è invece la staticità, cioè se io devo andare ad acquisire la comunicazione già letta, non c’è corrispondenza ma c’è documento.

Allora la Cassazione, in termini di diritto penale processuale, si può anche permettere di dire non c’è corrispondenza. Ma credo che il legislatore di diritto sostanziale si debba invece porre il problema di fondo. Ovvero, ripeto forse solamente a livello di relazione introduttiva, si deve meglio spiegare qualcosa in più. Perché, come ho capito io, voi dite: abrogiamo la norma dell’ultima parte del comma 2 dell’art. 616 c.p. che ci dava la nozione di corrispondenza informatica (questo è il primo passaggio che voi dichiarate), facciamo una norma a parte e parliamo di “comunicazione”.

Bene, ma della “corrispondenza” cosa vogliamo dire in ultima analisi (prima di rassegnarci ad una sua abrogazione)? Vogliamo dire che a livello di informatica la corrispondenza è così veloce che a questo punto diventa *sempre e soltanto* comunicazione?

Allora lo *stress test* per il vostro nuovo articolo su «Violazione della riservatezza, disponibilità ed integrità delle comunicazioni informatiche» che io vi propongo di fare, durante il dibattito, è questo: ricevo una denuncia relativa a un soggetto che mi dice: «*ho avuto sentore che qualcuno è entrato sul server della mia casella di posta elettronica*». Perché fa questo tipo di denuncia? Perché qualcuno gli ha detto: «*guarda, ti ho scritto una email, l’hai ricevuta?*». «*Certo che non l’ho ricevuta*», continua il denunciante, «*sul mio client non l’ho scaricata. E poi ho verificato che sul server è arrivata, io non l’ho letta perché qualcuno me l’ha sottratta mentre tale comunicazione risiedeva lì*». Ecco, in questo caso, quale parte di questa vostra nuova norma è possibile applicare a questo caso?

Se questo *stress test* lo superiamo perché voi mi indicate la risposta alla mia domanda, allora sono io che non ho capito nulla e mi scuso in anticipo. Ed in ogni caso, anche se applicabile (in tutto o in parte, mi direte voi) questa nuova norma, che ne facciamo poi dell’accesso abusivo al sistema informatico *ex art. 615 ter c.p.* (che qui pacificamente sussiste)?

Finisco il mio intervento con qualche indicazione in tema di tutela penale e identità digitale: partendo da quella famosa udienza in abbreviato, mentre uscivo dall’aula mi dicevo «*ma io questo dottor Flor che ha scritto così tanto sul tema, a fronte delle mie 5 paginette, lo devo conoscere prima o poi*». Poi l’ho conosciuto ed è diventato Professore e, nel mentre, ci siamo scambiati un sacco di idee su questa norma. Però, al netto di queste premesse anche un po’ di carattere personale, io devo dire una cosa importante e scusatemi se faccio la parte del Pubblico Ministero anche in un convegno di studi come quello di oggi.

Ora, quanto all’aggravante del 640-ter comma 3 c.p. (ho avuto modo anch’io di commentarla un tempo<sup>7</sup>), con la vostra proposta finalmente si dà una nozione di identità digitale in linea con il legislatore europeo e la nostra conoscenza tecnica.

Però, lasciatemelo dire, l’unica cosa buona di quella norma era che c’era tutto un

---

<sup>7</sup> F. CAJANI, *La tutela penale dell’identità digitale alla luce delle novità introdotte dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119)*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 3, 1094 ss.

meccanismo ancorato al limite edittale che invece, nella vostra proposta, viene completamente distrutto!

Mi spiego meglio: il 640 *ter* c.p. aggravato dalla circostanza consentiva, anche per chi non era in grado di fare delle indagini sul *phishing* complesse come abbiamo fatto noi a Milano (dove le indagini avevano come presupposto la esistenza di una associazione per delinquere, e quindi le misure cautelari erano ancorate al reato più grave), era l'unico modo per ottenere una misura cautelare anche a carico di soggetti che operavano senza essere parte di una associazione.

Io non voglio essere un forcaiolo ma, ripeto, i processi a Milano li abbiamo fatti su questo fenomeno e le pene devono essere adeguate alla gravità dello stesso. E, come ho già detto più volte e credo forse di averlo raccontato anche al prof. Picotti, quando io andavo in Romania per le indagini i miei colleghi rumeni mi dicevano che i criminali informatici nel loro Paese facevano un po' il *forum shopping* nel senso che dicevano, in alcune intercettazioni che personalmente ho ascoltato: «*questi Stati hanno una normativa adeguata, non li attacchiamo; questi altri invece no, li attacchiamo*»... allora perché, anche in termini di pena, su una norma così importante si va ad indicare un limite edittale che non consente nulla?

Allora la mia proposta potrebbe essere: manteniamo la nuova norma che giustamente ci deve stare, anche se io rimango nella mia idea originaria (ossia che per il *phishing* non c'era bisogno di una modifica normativa) però voi giustamente dite anche per altri fenomeni di furto di identità c'è bisogno di una nuova norma e allora sono d'accordo con voi. Però, da queste belle e buone cose che avete fatto per la norma in generale, rimettiamo a posto anche l'aggravante del comma 3, perché altrimenti già abbiamo le armi spuntate con le risorse economiche a disposizione per fare le investigazioni, se poi anche le norme iniziano a essere meno performanti abbiamo, ancor di più, delle difficoltà!

Io credo di aver concluso perché volevo dire l'ultima cosa sul tema della rilevante quantità o rilevante numero di identità digitale. Trovo questo riferimento a pag. 23 della relazione (ossia che nella nuova norma ci sarebbero ancora non solo le circostanze aggravanti di cui al secondo, terzo e quarto comma ma anche la rilevante quantità o rilevante numero di identità digitali) però poi nel testo normativo finale non lo trovo più.

Pertanto, in questa situazione poco chiara (forse un mancato raccordo tra relazione e testo), dico la mia: sicuramente la nozione di "rilevante/ingente quantità" non è sicuramente così ardita come quella di "larga scala", però a mio parere sono tutti concetti di difficile interpretazione e quindi se avete eliminato in radice questo tema sono d'accordo con voi.

Anche perché io, onestamente, sull'identità digitale vorrei essere molto rigoroso e chiudo con un esempio che vi farà un po' sorridere ma che credo debba essere patrimonio di ciascuno di noi: quest'estate sono andato in un negozio di una famosa catena di jeans e alla fine il commerciante mi ha proposto la solita tessera fedeltà, però in un modo diverso... «guardi che se scarica subito l'app le facciamo 5 euro di sconto». «Ah bene», dico io, «mi faccia un po' capire cosa vuole da me questa app» ... La mia famiglia intanto mi guardava come se fossi un marziano ma io ero curioso di capire quanti miei dati personali volevano comprare con 5 euro!

Pertanto credo che l'aggressione anche ad una sola identità digitale è un qualcosa che deve essere tutelato a livello penale in maniera adeguata!

Io ho finito e vi ringrazio davvero perché, al di là delle belle cose che avete scritto, mi avete fatto tornare indietro di dieci anni fa quando avevo ancora la voglia, tempo e forse la mente aperta per ragionare sulle norme di diritto penale sostanziale. Spero che le cose che vi ho detto vi possano essere utili nel proseguire i lavori e portarli a compimento.



# REATI CONTRO LA RISERVATEZZA E LA SICUREZZA INFORMATICHE, NONCHÉ L'IDENTITÀ DIGITALE

Giuseppe Vaciago

**Sommario:** 1. Premessa; – 2. La proposta di riforma e il suo collegamento con il Regolamento Europeo sulla Protezione dei Dati; – 3. La definizione di “operatore di sistema”.

## 1. Premessa

L'evoluzione tecnologica ha comportato un'evoluzione fisiologica: i reati comuni sono “migrati” dalla sfera analogica a quella digitale, con la conseguenza che anche l'indagine, sia nella fase procedimentale che in quella processuale, ha richiesto un'ingerenza da parte della polizia giudiziaria, per prima, in quella sfera dell'individuo che viene definita identità digitale.

L'identità digitale può essere vista sotto un duplice aspetto: da un lato, come le credenziali che un utente possiede; dall'altro lato, come la rappresentazione virtuale dell'identità reale, che può essere usata durante interazioni informatiche o telematiche con persone o *device*.

Tale identità può considerarsi in continua evoluzione e trasformazione - si pensi solo al Metaverso e più in generale alla *virtual reality* o *augmented reality* - sulla base non solo delle esperienze che ogni individuo vive, ma anche dell'evoluzione tecnologica. Questo comporta che il diritto all'identità personale comprenda una serie di corollari quali: il diritto al nome e all'immagine, il diritto di replica e, sopra a tutto, il diritto alla protezione dei dati personali. Se traduciamo il diritto all'identità personale in un'epoca digitalizzata, con il suo uso massiccio nei social network e motori di ricerca, è necessario introdurre altresì il diritto all'oblio, noto anche come “*right to be forgotten*” (diritto di essere dimenticati)<sup>1</sup>.

La protezione dei dati è il terreno elettivo per saggiare la tenuta del diritto rispetto alla tecnica e riportare l'uomo al centro di uno sviluppo tecnologico che rischia altrimenti di prescindere da ogni orizzonte di senso<sup>2</sup>. Questo comporta che, anche in ambito giudiziario, il corretto bilanciamento tra il rispetto del diritto fondamentale alla riservatezza e quello degli altri diritti fondamentali assume un'importanza strategica di indiscutibile portata per l'ordinamento giuridico.

Altro tema estremamente rilevante quando si discute di reati contro la riservatezza è quello, sempre più complesso, dell'acquisizione della prova digitale in un contesto dove si può tranquillamente iniziare a parlare di “internet of the Human Body”, come si era discusso nel 2018 a Bruxelles nell'evento annuale “Computers, Privacy and Data Protection (CPDP)”<sup>3</sup>.

Non sono rari i casi risolti grazie anche al contributo di sensori e assistenti domestici, tracker, pacemaker cardiaci: tutti apparecchi capaci di consegnare agli investigatori elementi fondamentali per comprendere come una certa vicenda possa essersi svolta. L'accertamento

---

<sup>1</sup> V. AMENTA - A. LAZZARONI - L. ABBA, *L'identità digitale: dalle nuove frontiere del Sistema Pubblico di Identificazione (SPID) alle problematiche legate al web*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2015, Vol. 16, n. 52 (1-2015), 11 – 28.

<sup>2</sup> A. SORO, *Prefazione*, in N. BERNARDI (a cura di), *Privacy – Protezione e trattamento*, Ipsoa, 2020.

<sup>3</sup> Computers, Privacy and Data Protection 2018: The Internet of Bodies. Il programma è disponibile al seguente URL: [https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/events/computers-privacy-and-data-protection-2018-internet\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/events/computers-privacy-and-data-protection-2018-internet_en).

penale, almeno in potenza, è in grado di mappare con precisione fatti della vita che, solo un paio di decenni fa, non sarebbe nemmeno riuscito a lambire<sup>4</sup>.

Un caso accaduto negli Stati Uniti ha riguardato un soggetto che aveva sostenuto che la moglie era stata assassinata da un rapinatore entrato in casa, il quale, dopo avervi trovato all'interno la donna, l'avrebbe uccisa dopo una breve colluttazione. La polizia, tuttavia, dopo aver acquisito lo *smart-watch* indossato dalla moglie e aver effettuato un'analisi forense dello stesso, aveva scoperto che quest'ultima aveva effettuato un percorso incompatibile con la versione fornita dal marito agli inquirenti. Al termine del dibattimento, il marito è stato condannato con l'accusa di omicidio premeditato<sup>5</sup>.

## 2. La proposta di riforma e il suo collegamento con il Regolamento Europeo sulla Protezione dei Dati

In via preliminare è opportuno evidenziare come le norme del codice penale oggetto della proposta di riforma elaborata dal team sono raramente applicate nella prassi. Ciò in quanto vi è un deficit nel dialogo tra sostanzialisti e processualisti che rischia di vanificare lo sforzo del legislatore e dell'Autorità Giudiziaria.

In particolare, è da rilevare che i limiti edittali sono troppo bassi, così da impedire anche di applicare misure cautelari personali e reali. Si prenda ad esempio l'articolo 615-*quinquies* c.p., che prevede una pena detentiva fino a un massimo di 2 anni. Una rivalutazione in *peius* potrebbe incidere anche in un'ottica general-preventiva: per quanto sia vero che non ci si può aspettare dai criminali informatici una conoscenza della legislazione tale da inibire la loro propensione a delinquere, è altresì vero che gli effetti pratici di tale legislazione vengono poi da essi direttamente percepiti. Attualmente, la possibilità di assicurare alla giustizia un soggetto che ha commesso reati informatici è estremamente bassa; se a ciò si aggiunge la difficoltà di comminare loro sanzioni adeguate, ne risulta un quadro normativo assai poco dissuasivo.

La riforma potrebbe costituire una grande occasione per sensibilizzare un sistema giudiziario per ora poco attento ai reati informatici e ai collegamenti con altre normative di riferimento come il regolamento europeo 679/2016 sulla protezione dei dati (GDPR). Si pensi, ad esempio, al già citato articolo 615-*quinquies* c.p., che ha ad oggetto la produzione e la diffusione di dispositivi idonei a danneggiare sistemi informatici o telematici. Si tratta di un delitto con un potenziale lesivo particolarmente elevato, tanto più che in tempi recenti il GDPR, con le norme relative alla notifica dei *data breach*, unitamente ai provvedimenti del Garante della protezione dei dati personali, ha fatto in modo di portare a conoscenza del pubblico la circostanza che tutte le più grandi società di telecomunicazioni, e non solo quelle, sono state colpite, senza mai riuscire a difendersi o a reagire in modo adeguato, da attacchi informatici che hanno avuto conseguenze dirompenti, e per i quali il limite edittale di due anni risulta decisamente inadeguato.

Da ultimo, pare quindi doveroso portare l'attenzione sull'importanza della protezione dei dati personali, a mio avviso poco evidenziata in questa proposta di riforma normativa, laddove invece il dato personale e il dato particolare *ex artt. 9 e 10 GDPR* potrebbero essere valorizzati nella previsione delle aggravanti. Gli accessi abusivi ai sistemi informatici non hanno tutti il medesimo impatto in relazione ai dati personali colpiti. Gli attacchi rivolti a un ospedale, o a un'autorità giudiziaria, mettono a repentaglio dati ben diversi e decisamente più delicati, rispetto a quelli che possono essere sottratti in occasione di un attacco ad un'azienda di altro settore industriale che tratti meramente dati personali dei suoi dipendenti. Questa distinzione

---

<sup>4</sup> L. BARTOLI, *Parità delle armi e discovery digitale: qualche indicazione da Strasburgo*, Cineca Iris, Institutional Research Information System – Università di Torino, 2021.

<sup>5</sup> V. COLAROCCHIO - T. GROTTI - G. VACIAGO, *La Prova Digitale*, Giuffrè, 2020.



potrebbe essere evidenziata in chiave di scrittura delle circostanze aggravanti.

### **3. La definizione di “operatore di sistema”**

Rimanendo in tema di circostanze aggravanti, poi, pare condivisibile la tesi sulla necessaria eliminazione dell'espressione “operatore di sistema”, che aveva portato tante difficoltà interpretative.

Tale espressione, tuttavia, non è l'unica a suscitare qualche perplessità, in quanto anche la denominazione “amministratori di sistema” risulta scarsamente incisiva nella sua definizione. Bisogna pertanto resistere alla tentazione di sostituire una definizione ambigua con un'altra definizione altrettanto inadeguata.

L'“amministratore di sistema” nasce nel 2008 da un provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, che introduce questa figura, unica in Europa nel panorama della normativa privacy, definendola come colui che svolge «attività tecniche quali il salvataggio dei dati (*backup/recovery*), l'organizzazione dei flussi di rete, la gestione dei supporti di memorizzazione e la manutenzione hardware», attività che, secondo il provvedimento, comportano «capacità di azione su informazioni che va considerata a tutti gli effetti alla stregua di un trattamento di dati personali».

Tuttavia, questo provvedimento non tiene in debita considerazione le profonde differenze che intercorrono tra chi svolge semplici operazioni di *backup* e chi gestisce le credenziali di accesso al sistema. In senso generale - e volendo ricorrere ad un *argumentum ad absurdum* - ogni utente è l'*amministratore di sistema* del proprio *personal computer*, ma difficilmente crediamo che gli estensori della norma penale e del provvedimento del Garante avessero in mente quel tipo di utente nel definire il perimetro delle proprie prescrizioni.

Sarebbe quindi preferibile un approccio più pragmatico che, invece di appuntarsi su definizioni vaghe, miri a individuare in modo puntuale, come soggetti punibili, quelli effettivamente dotati di grandi poteri, ossia, in pratica, quelli che gestiscono le credenziali di accesso. Si potrebbe quindi pensare a un *tertium genus*, che potremmo immaginare di chiamare “gestore di sistema”, ossia un soggetto il cui profilo autorizzativo su sistemi di terzi gli consenta di modificarne impostazioni e configurazioni a basso livello (*ivi* compresa la possibilità di accedervi impersonificando altri utenti, avendo la possibilità di creare e modificare credenziali di accesso), nonché di intervenire financo distruggendo irrimediabilmente (logicamente e/o fisicamente), dati e sistemi di terzi, che gli abbiano concesso tale profilo autorizzativo per l'esecuzione della propria attività lavorativa.

Allo stato attuale, capita che nelle grandi società vengano nominati come amministratori di sistema decine di soggetti, in modo pressappoco casuale, senza una previa reale valutazione dei loro poteri di intervento sul sistema, sottoponendo così tutti questi “sfortunati” soggetti al rischio di soggiacere a un'aggravante che non era stata realmente concepita per loro.

Infine, ritengo che sia quantomai opportuna l'eliminazione, dall'art. 615-*ter* c.p., del riferimento alle misure di sicurezza. Ciò anche in considerazione del fatto che, mentre prima esisteva una qualche forma di tipizzazione delle misure di sicurezza, nel disciplinare tecnico incluso all'allegato B del codice in materia di protezione dei dati personali, oggi invece il GDPR le ha rese completamente atipiche, sicché è diventato molto difficile definirle. Per contro, il proposto riferimento alla mancanza di autorizzazione risolverebbe efficacemente il problema.



## **REATI CONTRO LA RISERVATEZZA DELLA VITA PRIVATA**

*Stefano Fiore*

A conferma della validità del metodo adottato, il seminario dedicato alla discussione, da parte di qualificati *discussants*, delle proposte elaborate dal gruppo di lavoro ha offerto diversi spunti potenzialmente migliorativi e in ogni caso ha fornito stimoli di ulteriore riflessione. D'altra parte, la ricorrente rappresentazione della riforma come di un cantiere, necessariamente, sempre aperto riflette la natura irrimediabilmente dinamica di un lavoro che solo attraverso un costante confronto tra le idee, come tramite dialettico con la mutevolezza del reale, può provare a governarne la complessità.

Non è invero così scontato ed anzi il più delle volte risulta smentito che i percorsi di riforma "reali" - per così dire - si attengano davvero a quello che possiamo considerare il "minimo sindacale" per un decente e credibile lavoro di riforma.

Il progetto promosso dall'AIPDP, prima di giungere alla fase di discussione e confronto affidata ai seminari tematici svoltisi alla fine del 2021, si è preoccupato di fissare le necessarie premesse attraverso un'approfondita fase di analisi, dedicata ad acquisire le basi empiriche per la comprensione dei fenomeni da disciplinare e delle dinamiche normative esistenti, i cui esiti sono stati portati al convegno di Torino del 2018. Grazie a questa piattaforma è stato possibile svolgere un serrato lavoro di confronto interno ai gruppi, che ha condotto alla fase di elaborazione di una proposta, alla quale è stata data forma di vero e proprio articolato. Tali proposte, accompagnate da analitiche relazioni illustrative della genesi e delle prospettive, sono state presentate nel convegno di Napoli del 2019.

Le proposte in discussione, trasfuse come detto in un compiuto articolato, rappresentavano dunque ben più di una semplice base di discussione. Come certamente vale anche per i prodotti degli altri gruppi, il materiale sul quale ci si è confrontati nel corso del seminario veronese e che, al termine di questa ultima fase, sarà messo a disposizione di chi in futuro volesse farne uso, è un prodotto "finito". Migliorabile certo, ma "finito", con struttura e dignità di (proposta di) riforma.

Nel caso del gruppo al cui interno ha operato chi scrive, la complessità dell'oggetto, in molti casi esposto più di altri alla incessante mutevolezza degli scenari reali, disegnava un ambito di tutela estremamente variegato e dinamico, dalla cui base comune si apre un ventaglio di prospettive offensive difficilmente riconducibili ad unità. È del tutto ovvio che l'obsoleto codice vigente non sia in grado di rispecchiare, neppure per approssimazione, quella complessità, ma in qualsiasi codice futuro o futuribile occorrerà disporre, nei settori qui considerati, di strumenti normativi particolarmente accurati, in grado di gestire, restando dentro la legalità, fenomeni che a volte (più di qualche volta) si mostrano refrattari a qualsiasi regolamentazione, con intuibili difficoltà aggiuntive quando s'intende utilizzare l'opzione penale.

Venendo adesso ai contenuti, come accennato, sono numerosi gli spunti, provenienti da tutte le relazioni e dagli interventi, che meritano attenta considerazione. Conformemente allo spirito e alla funzione del seminario le osservazioni di chi è intervenuto sono state svolte sia su di un piano di riflessione più generale, che investiva cioè le linee di intervento lungo le quali hanno operato i diversi gruppi di lavoro, sia, come richiesto, con riguardo alla stessa formulazione delle norme proposte. È ovvio che in alcuni casi le osservazioni svolte sui due livelli sono inevitabilmente conseguenti, mentre in altri le proposte di riformulazione hanno una finalità

migliorativa più puntuale, riferita cioè a singoli aspetti delle norme, pur muovendosi nello stesso solco, per così dire, della proposta originaria.

Per ragioni di compattezza espositiva e argomentativa, mi limito in questa sede a riprendere, molto sinteticamente, alcuni degli spunti, riferiti esclusivamente alle fattispecie di cui mi sono più direttamente occupato e in particolare di quelli che si sono tradotti in indicazioni/suggerimenti specifici, rinviando invece alla lettura dei vari contributi per una compiuta ricostruzione comparativa dei punti di vista espressi anche su questioni di più ampia portata.

Diverse osservazioni, a volte tradottesi in puntuali rilievi, altre volte in quesiti, dubbi e inviti alla riflessione sono innanzitutto presenti nella stimolante relazione del prof. Muscatiello, prevalentemente dedicata proprio ai reati che tradizionalmente ruotano attorno alla tutela del domicilio.

Con riferimento alla proposta di circoscrivere l'area applicativa della violazione di domicilio ai luoghi, diversi dall'abitazione, «non aperti al pubblico e stabilmente destinati dal titolare allo svolgimento di atti della vita privata» è stato ad esempio espresso il dubbio che l'avverbio stabilmente possa «avere troppa capacità selettiva», con il rischio di escludere ipotesi che pure potrebbero apparire meritevoli di tutela.

La funzione selettiva effettivamente attribuita a quell'avverbio, mira invero, in ottica sussidiaria, proprio a limitare la tutela penale in questo settore a quella che, mutuando espressioni utilizzate nel dibattito internazionale sul tema, si può definire come una *core area of private life*, lasciando volutamente fuori da “questa tutela” (senza tuttavia escluderne altre) situazioni che invece appartengono ad un ambito, certo contiguo e tendenzialmente omogeneo, ma non ricompreso con altrettanta chiarezza in quel nucleo essenziale alla cui tutela si intende riservare l'utilizzo del diritto penale.

Ancora, si suggerisce di correggere la formula che nella proposta viene riferita al caso in cui i titolari dello *ius excludendi* siano più di uno e in base alla quale è sufficiente, il dissenso, espresso o tacito anche di uno solo, purché la destinazione del luogo allo svolgimento di atti della vita privata «sia a lui o anche a lui riferibile», sostituendo “anche a lui” con «solo a lui o esclusivamente a lui». Come esempio problematico viene proposto quello di una casa di studenti, dove oltre a stanze riservate all'uso esclusivo solo di alcuni, sono ovviamente presenti anche zone comuni, per l'accesso alle quali deve poter essere sufficiente il consenso anche di uno solo dei contitolari (e, direi, quello presumibile degli altri)<sup>1</sup>.

Nella proposta in discussione, in realtà, si premette che l'inserimento di una specificazione sul punto è questione da valutare, proprio perché le situazioni concrete possono presentare caratteristiche a volte anche molto peculiari e l'attività interpretativa, come già avviene oggi, probabilmente si muove con maggiore agio nell'area della ‘concretizzazione’. Tuttavia, nel caso si ritenesse opportuna una esplicitazione normativa, ritengo che il rilievo sia pertinente.

La questione, nel caso di pluralità di titolari, riguarda in effetti la distinzione tra luoghi destinati «esclusivamente» allo svolgimento di atti della vita privata di uno solo dei soggetti titolari dello *ius excludendi* e quelli che, essendo invece privi di tale caratteristica (aree comuni o comunque non esclusive), possono invece essere oggetto di consenso anche di uno solo di loro (e presumibile da parte degli altri).

Il comma (eventualmente) da inserire nella fattispecie potrebbe dunque essere riformulato

---

<sup>1</sup> L'altro esempio proposto è quello dell'ingresso nella casa coniugale dell'amante clandestino di uno dei coniugi, rispetto al quale il dissenso dell'altro è ragionevolmente tacito e non avrebbe ovviamente senso chiedere un dissenso espresso. Al rilievo che appare ingiusto che l'amante clandestino incorra nel reato di violazione di domicilio, si accompagna la disincantata e condivisibile opinione che la proiezione delle categorie penalistiche su questi casi le fa apparire «sostanzialmente stupide» e certo non è al diritto penale e tanto meno all'art. 614 c.p. che può essere affidato il compito di offrire chiavi di lettura (o addirittura di disciplina) delle crisi coniugali o delle altre liti di convivenza. L'art. 614 c.p., per quel che vale, dovrebbe servire ad altro.

nei termini seguenti:

«Nel caso in cui i titolari del diritto di esclusione siano più di uno, è sufficiente il dissenso, espresso o tacito anche di uno solo, purché la destinazione del luogo allo svolgimento di atti della vita privata sia a lui esclusivamente riferibile».

Certamente opportuno è anche l'*alert* sull'eventuale insorgenza di esigenze di coordinamento sistematico a seguito della scelta di rinunciare all'utilizzo della tradizionale locuzione «privata dimora», che, al di fuori dell'art. 614 c.p., compare in diversi contesti di disciplina, dove peraltro, sia pure in misura molto variabile, sono rinvenibili le tracce della elaborazione che di quella nozione viene fatta in sede penale. Tuttavia, se già adesso l'autonomia interpretativa del diritto penale consente e spesso impone una elaborazione di quella nozione non necessariamente sovrapponibile a quella servente rispetto a funzioni diverse dalla tutela penale, a maggior ragione appare possibile e anzi forse opportuno poter disporre di una nozione autonoma, funzionale alla specifica prospettiva penalistica. Ciò non toglie che il richiamo sistematico alla necessità di un razionale coordinamento tra le diverse aree disciplina (soprattutto se caratterizzate da strumenti sanzionatori) resta opportuno, anche perché spesso inascoltato.

Due brevissime notazioni, infine, sulle osservazioni che hanno toccato la proposta di riforma dell'attuale art. 617 *septies* c.p.

La previsione di una non facile declinazione applicativa della circostanza aggravante chiamata ad operare quando la rivelazione o diffusione risulta «concretamente idonea a ledere l'altrui dignità o reputazione», integrando così un disvalore aggiuntivo, è comprensibile ma, credo, non decisiva. L'oggetto di prova, invero, chiama in causa concetti e nozioni sui quali l'opera di concretizzazione giurisprudenziale si è già lungamente esercitata, anche se ovviamente la natura non strettamente oggettiva dei parametri di valutazione richiede, come sempre d'altronde, uno stringente rigore probatorio, che, nonostante qualche evidenza contraria, dobbiamo ritenere caratterizzi sempre il lavoro del giudice.

Neppure, ritengo, debba dubitarsi, sempre dando per scontato il necessario rigore valutativo, della capacità della causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto, in tutte le sue declinazioni e specificazioni (certamente non solo quella dell'esercizio del diritto di cronaca) di gestire gli eventuali conflitti tra l'interesse leso dalla rivelazione o diffusione dei contenuti di incontri o conversazioni private e l'esercizio di diritti e facoltà legittime rispetto ai quali esse risultano funzionali<sup>2</sup>.

Alcune osservazioni sulle fattispecie qui considerate sono state svolte anche nella relazione del prof. Plantamura.

Con riguardo all'art. 615 *bis* c.p. viene innanzitutto rilevato che il riferimento agli «altri luoghi privati destinati, anche temporaneamente, ad assicurare l'intimità ed escludere terzi», che si aggiunge a quello ai luoghi indicati nell'art. 614 c.p. (nella nuova versione proposta), rischia di tagliare fuori alcuni luoghi che proprio la casistica applicativa della fattispecie ha portato in evidenza 'costringendo' la giurisprudenza ad alcune forzature interpretative (ad esempio bagni pubblici o spogliatoi). Al fine di conseguire il massimo della chiarezza possibile, evitando o contenendo tentazioni creative, potrebbe effettivamente essere preferibile una formulazione "in negativo", come viene suggerito, sostituendo alla formula «luoghi privati» quella «luoghi non aperti o esposti al pubblico» e destinati, anche temporaneamente, ad assicurare l'intimità ed escludere terzi, affidando comunque alla seconda parte della definizione il compito di indirizzare la tutela verso il peculiare disvalore espresso dalle condotte violatrici

---

<sup>2</sup> Come ricordato nella scheda illustrativa della proposta, l'utilizzo delle registrazioni o riprese nelle sedi e per gli scopi descritti nella norma non è invece in nessun caso riconducibile all'area tipica descritta nel primo comma, non potendosi ritenere quel fatto una 'diffusione' nel senso richiesto dalla norma, a condizione - come viene specificarlo - che l'uso delle registrazioni sia effettivamente funzionale alla tutela dei propri diritti in sede amministrativa o giudiziaria.

della intimità della vittima. Non ritengo invece di condividere il suggerimento di inserire anche una parte “in positivo”, vale a dire una casistica peculiare (corrispondente invero ad una casistica reale e con tratti, oggi, indubbiamente problematici), che risulta certamente già ricompresa nella nozione generale e che, come tutte le scelte casistiche, rischia di essere limitante.

La proposta di riforma del primo comma dell’art. 615 *bis* c.p. è dunque da intendersi emendata nel senso seguente:

«Chiunque mediante l’uso di strumenti di captazione, registrazione o trasmissione audiovisiva si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell’art. 614 o in altri luoghi non aperti o esposti al pubblico e destinati anche temporaneamente ad assicurare la intimità ed escludere i terzi è punito con la reclusione da sei mesi a due anni».

A conclusione delle proprie osservazioni, il prof. Plantamura propone poi un radicale mutamento di prospettiva, ritenendo che la tutela penale riconducibile all’art. 614 c.p. dovrebbe in realtà essere limitata alle sole abitazioni, da distinguere da ogni altra forma di “domicilio non abitativo”. La proposta viene sviluppata, sia pure per cenni, anche con precipuo riferimento ai suoi riflessi sul delicato tema della legittima difesa domiciliare. Sulle premesse “extra giuridiche” che sono poste a fondamento della proposta, mi permetto di esprimere un nettissimo disaccordo, ma la sede in cui si svolge questa ‘chiosa’ ai lavori del seminario non si presta ad un compiuto sviluppo argomentativo. Mi limito solo a rilevare che la proposta del gruppo di lavoro che rappresento è stata costruita attorno al (complesso) valore della riservatezza nelle sue articolate espressioni, rifiutando invece esplicitamente di assecondare con riferimento alla tutela del domicilio la pericolosa enfasi della inviolabile sacralità del luogo, che ha fatto da volano a sciagurate scelte legislative.

Astraendo il discorso da alcune delle accennate e a mio avviso non accettabili premesse, merita invece considerazione il cenno che viene fatto alla opportunità di dare specifica e differenziale rilevanza alla tutela delle sedi di associazioni, sindacati, partiti, luoghi di lavoro, etc.

Notoriamente in questi casi si è posto il problema della (ardua) riconducibilità di un ingresso non autorizzato nei luoghi suddetti entro il perimetro dell’art. 614 c.p.; d’altra parte, il criterio della stabile destinazione allo svolgimento di atti della vita privata, che caratterizza la proposta di riforma, lascerebbe indubbiamente e coerentemente fuori queste ipotesi, salvo la occasionale possibilità di “ritagliare” nel caso concreto spazi applicativi riconducibili alla figura generale (ad esempio una stanza adibita ad usi privati).

In effetti, con riferimento a tali luoghi l’esigenza, come viene rilevato, può caso mai essere quella di una tutela riferibile non tanto a comportamenti di privati, quanto a possibili comportamenti vessatori o arbitrari dei Pubblici Ufficiali. La presenza dell’art. 615 c.p. non vale a risolvere la questione, in ragione della sua discendenza dall’articolo precedente, ma d’altra parte, nei casi ai quali si sta facendo riferimento la tutela non potrebbe essere a rigore ricondotta alla riservatezza nel senso in cui a questo interesse è stato assegnato valore costitutivo della tutela penale nell’area considerata.

La questione andrebbe quindi riproposta collocandola al di fuori di quell’area di interferenza che pure esiste tra i reati posti a tutela della riservatezza e i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e la cui dimensione problematica è stata giustamente sottolineata nella relazione del prof. Muscatiello e della quale bisognerà tenere debito conto soprattutto in sede applicativa.

## **UN TIMIDO TENTATIVO DI RIFORMA ALLA TUTELA APPRESTATA ALLA CORRISPONDENZA: GLI ARTICOLI 616, 618, 619 E 620 C.P.**

*Maristella Amisano*

Nell'ambito di una proposta di riforma dei delitti contro la persona e, segnatamente, dei delitti contro l'inviolabilità dei segreti, mi sono occupata di quei delitti che hanno ad oggetto la corrispondenza. Si tratta di reati che non hanno un'applicazione massiccia ma che sono il portato di garanzie costituzionali di tutta importanza.

Per poter riflettere su eventuali necessità di riforma occorre partire dall'esistente, analizzando il sistema oggi vigente.

L'art. 616 c.p., rubricato «Violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza», punisce chiunque prende cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa, a lui non diretta, ovvero sottrae o distrae, al fine di prenderne o di farne da altri prendere cognizione, una corrispondenza chiusa o aperta, a lui non diretta; ovvero, in tutto o in parte la distrugge o sopprime. La norma, ad una prima lettura, sembra congegnata in maniera confusa e sanziona tre comportamenti: punisce chi prende cognizione del contenuto di una corrispondenza a lui non diretta, chi la sottrae o distrae per prenderne cognizione (o farne prendere cognizione da altri) e chi, senza prenderne cognizione, distrugge o sopprime una corrispondenza a lui non diretta. L'elemento della presa di conoscenza (anche altrui) che caratterizza le prime ipotesi delittuose scompare nella sottrazione o distruzione. Il che ci fa pensare che il bene tutelato non sia il medesimo. E rintracciare l'*oggetto di tutela* – elemento sempre importantissimo – diviene ancor più significativo in ottica di riforma: occorre verificare se il bene giuridico che si voleva tutelare sia, con il passare del tempo, rimasto il medesimo o se sia stato arricchito (ma anche depauperato) da elementi diversi emersi nel sentire sociale.

Nel caso della tutela della corrispondenza, un punto fermo è d'aiuto: l'art. 15, I comma, Cost. stabilisce che «la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili». Due, quindi, secondo il disposto costituzionale, sono i beni che meritano quella tutela particolarmente forte che il diritto penale riesce ad assicurare: la *libertà* della corrispondenza e la sua *segretezza*.

Il che ci fa comprendere anche la formulazione dell'art. 616 c.p., che punisce chi prenda (o faccia prendere) conoscenza del contenuto di una corrispondenza per tutelare la segretezza della corrispondenza e che punisce chi sottrae o distrugge una corrispondenza a lui non diretta a tutela della libertà della corrispondenza.

Per quanto riguarda l'art. 616 c.p. non è più in gioco solo la riservatezza, che sembra essere il catalizzatore di tutta la disciplina della sezione V del titolo XII del codice penale. La corrispondenza è tutelata sotto il duplice aspetto della segretezza/riservatezza<sup>1</sup> e della libertà. Da un lato si vuole proteggere la libertà di comunicazione a distanza, tutelando l'affidamento che il soggetto fa sul fatto che gli venga consegnata la corrispondenza a lui destinata senza che altri si frappongano in questo rapporto. Dall'altro lato, si desidera limitare la conoscenza del contenuto al rapporto tra mittente e destinatario. Indipendentemente da una successiva

---

<sup>1</sup> Ho unito sotto la medesima categoria la segretezza e la riservatezza che, però, sono concetti distinti. In proposito si è detto che la riservatezza, al contrario della segretezza, non trova alcun riferimento esplicito nella Carta costituzionale, anche se l'art. 2 Cost. può essere letto come clausola aperta, inclusiva della riservatezza. In proposito, V. PLANTAMURA, *La tutela penale delle comunicazioni informatiche e telefoniche*, in *Dir. e informatica*, 2006, n. 6, 847 ss.

rivelazione o utilizzo: il mero prendere conoscenza è lesivo del bene giuridico.

Vale la pena di sottolineare che soggetto attivo può essere “chiunque”, ad esclusione del mittente e del destinatario della corrispondenza. Affinché si possa parlare di corrispondenza è necessario che l’idea o la notizia siano formulate da un soggetto (mittente) al fine di farla pervenire nella sfera di conoscenza di uno o più soggetti determinati (destinatari). Il primo elemento costitutivo della libertà è, dunque, obiettivo e consiste nella determinatezza dei destinatari, carattere di per sé sufficiente a identificare un rapporto comunicativo come libertà di comunicazione, ancorché non segreta. Il secondo elemento caratterizzante il rapporto è dato invece dal contributo psicologico, dall’*animus* del mittente di esprimere un pensiero nei confronti di un soggetto determinato escludendo terzi dalla conoscenza dei contenuti della comunicazione (elemento soggettivo). Determinatezza dei destinatari, *animus* ed attualità devono essere valutati in relazione alla forma espressiva del messaggio. Affinché il rapporto comunicativo sia tutelato dall’art. 15 Cost. non solo quanto alla situazione giuridica della libertà (pretesa che il momento dinamico della comunicazione non venga impedita o ostacolata), ma anche quanto alla segretezza (pretesa che, nell’attuazione del momento dinamico, il messaggio rimanga escluso dalla conoscibilità di terzi), il mittente dovrà servirsi di una forma espressiva e di un mezzo che siano convenzionalmente riconoscibili come segreti. Ma ovviamente le forme espressive e i mezzi che le contengono devono essere adeguati al carattere “aperto” (allo sviluppo tecnologico ed alla contingenza storica) della formula costituzionale che afferma l’invulnerabilità «(...) di ogni altra forma di comunicazione»: vero e proprio concetto valvola capace di ricomprendere nella tutela costituzionale qualsiasi strumento che attribuisca alle diverse forme espressive il crisma della riservatezza secondo l’intenzione dei protagonisti del rapporto ed il medio livello di conoscenza espresso dalla collettività. Ciò non comporta una svalutazione dell’idoneità tecnica del mezzo a mantenere la segretezza, tuttavia tale idoneità non andrà valutata in termini assoluti bensì in riferimento alle effettive intenzioni ed esigenze di riservatezza dei soggetti del rapporto comunicativo.

Inoltre, occorre che la corrispondenza, così come già accennato, abbia il carattere dell’attualità, che riguarda la comunicazione e non il suo contenuto: l’attualità viene meno se per decorso del tempo o altra causa ad uno scritto non si può attribuire altro valore se non quello retrospettivo, storico, oggettivo, collezionistico o probatorio. Quando possiamo dire che la corrispondenza, una volta pervenuta al destinatario, perde il suo carattere di attualità? Non c’è sul tema unanimità di vedute; secondo la giurisprudenza della CEDU formatasi sull’art. 8, sembrerebbe doversi dire che il segreto epistolare c’è soltanto fino a che la corrispondenza, cioè la comunicazione, è in itinere e che quindi decade quando perviene al destinatario. Interpretazione contraria a quelle pronunce di merito secondo cui il reato sussiste, a nulla rilevando il fatto che la corrispondenza sia stata in precedenza ricevuta o aperta dal titolare<sup>2</sup>.

Si badi che la sottrazione al fine di prendere (o farne prendere) conoscenza del contenuto è punita sia nel caso di corrispondenza chiusa, sia nel caso di corrispondenza aperta a lui non diretta. Sono corrispondenza aperta stampe, pubblicità, cartoline, biglietti postali, biglietti da visita, partecipazioni, fatture commerciali, cartoline illustrate e così via.

La tutela apprestata sembra particolarmente forte e questo dato è avvalorato da due elementi. Il primo è che il comma II dell’art. 616 c.p. prevede un’aggravante per il colpevole che, senza giusta causa, riveli in tutto o in parte il contenuto della corrispondenza, qualora ne derivi nocumento e il fatto stesso non costituisca più grave reato. Ciò significa che la rivelazione da cui derivi nocumento è un’aggravante. Non la mera rivelazione, solo quella da cui derivi nocumento. Se ne deduce che il fulcro di tutela è prendere visione di una corrispondenza di cui non si sia il destinatario, non importa se il reo mantenga l’informazione ottenuta per sé. La rivelazione aggrava la pena ma solo se cagioni alla persona offesa (o ad altri, secondo la lettera

---

<sup>2</sup> Corte App. Ancona, 20 aprile 2021, n. 601.



della norma) un documento. È come se l'elemento pregnante stesse nel danno e non nella rivelazione.

Il secondo elemento che denota che la tutela apprestata dall'art. 616 c.p. è particolarmente forte è che l'ultimo comma specifica che per corrispondenza «si intende quella epistolare, telegrafica, telefonica, informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza». Precisazione più che opportuna a seguito dell'evoluzione che ha caratterizzato gli ultimi decenni e che, forse, ha creato problemi nuovi all'interprete ed alle categorie interpretative utilizzate nel 1930. Si pensi alle mail. L'art. 616 c.p. descrive condotte riferite alla comunicazione dal punto di vista statico, cioè il pensiero già comunicato e fissato su un supporto fisico. Ciò ha fatto pensare – a mio sommo parere erroneamente, data l'ultima parte della norma in esame – che l'art. 616 c.p. non sarebbe applicabile alle mail intercettate quando la trasmissione è ancora in corso<sup>3</sup>, trovando invece applicazione l'art. 617 quater c.p.

Ecco che i confini con i reati informatici diventano labili, creando difficoltà di interpretazione su quale sia la norma applicabile, anche se generalmente l'art. 616 c.p. viene fatto concorrere con l'art. 615 ter e l'art. 635 bis c.p.<sup>4</sup>.

L'art. 618 c.p. sanziona un'altra violazione alla segretezza della corrispondenza punendo chiunque, fuori dei casi previsti dall'art. 616, essendo venuto abusivamente a conoscenza del contenuto di una corrispondenza a lui non diretta, che doveva rimanere segreta, senza giusta causa lo rivela, in tutto o in parte, qualora ne derivi documento.

Qual è il rapporto tra l'art. 616 e l'art. 618 c.p.?

Nella fattispecie prevista dall'art. 618 il reo non ha preso cognizione, sottratto, distratto, distrutto o soppresso una corrispondenza a lui non diretta, ma è comunque venuto a conoscenza del contenuto di una corrispondenza *abusivamente*. Si deve trattare di contenuto che doveva rimanere segreto, clausola tautologica nel momento in cui è tutelata la segretezza di ogni corrispondenza, indipendentemente dall'importanza che il destinatario annetta al contenuto. La rivelazione deve avvenire senza giusta causa ed arrecare documento.

Quanto alla corrispondenza *che doveva rimanere segreta*, occorre osservare che il riferimento manca all'art. 616 c.p.

Sarà il giudice, quindi, di volta in volta, a dover accertare se il contenuto della corrispondenza sia tale che si possa pretendere il segreto: in primo luogo ci dovrà essere un interesse giuridicamente apprezzabile affinché il contenuto della corrispondenza non venga divulgato senza il consenso degli aventi diritto e deve mancare ogni manifestazione di volontà da parte di chi è interessato a togliere il carattere di riservatezza al contenuto della corrispondenza. Ad esempio, lasciare la corrispondenza incustodita potrebbe essere indice di mancanza di interesse a che resti segreta. Ma mi sembra tutto lasciato in maniera indiscriminata alla discrezionalità del giudice. Anche l'espressione "senza giusta causa" non trova definizione da parte del legislatore. In proposito la dottrina<sup>5</sup> ha sostenuto che sia da evitare il riferimento ad una delle cause di giustificazione e che si debbano valutare come giusta causa quelle ipotesi in cui risulti inevitabile la rivelazione per il conseguimento di uno scopo lecito, altrimenti non realizzabile. Secondo la giurisprudenza, in assenza di definizione legislativa, è il giudice che, di volta in volta, dovrà affidarsi ad un concetto generico di giustizia, determinandolo con riguardo alla liceità, sotto il profilo etico e sociale, dei motivi che determinano ad un certo comportamento. Soluzione che mi sembra peccare di indeterminatezza e che lascerebbe uno spazio di soggettività troppo ampio al giudice, a scapito dell'uguaglianza di trattamento.

Affinché si realizzi la fattispecie di cui all'art. 618 c.p. – ma questo vale anche per il II comma dell'art. 616 c.p. – è necessario che si verifichi un documento. In dottrina si discute se si tratti di elemento di punibilità o di vero e proprio elemento di fattispecie. Il rapporto tra le

<sup>3</sup> Cass., Sez. V, 29 settembre 2021, n. 30735.

<sup>4</sup> Cass., Sez. V, 25 marzo 2019, n. 18284.

<sup>5</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, Giuffrè, 2002, 247.

due fattispecie non è lineare, l'art. 618 parrebbe un'ipotesi residuale rispetto all'art. 616 c.p. L'idea è – ancora una volta – quella di un sistema di tutela particolarmente forte, ove l'art. 618 c.p. rappresenta la chiusura del cerchio, anche se la necessità che il comportamento si attui in assenza di giusta causa ed il requisito del nocumento ne restringono molto il campo di applicazione.

Il sistema comprende ancora gli articoli 619 c.p. e 620 c.p. L'art. 619 c.p. punisce l'addetto al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni che, abusando di tale qualità, commette alcuno dei fatti preveduti dalla prima parte dell'art. 616, ovvero: violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza. Qualora vi sia rivelazione, in tutto o in parte, senza giusta causa, del contenuto della corrispondenza, la pena è aumentata. I comportamenti puniti sono i medesimi dell'art. 616 c.p., ciò che cambia è il soggetto attivo, che può essere solo l'addetto al servizio delle poste, dei telefoni e dei telegrafi. Insomma: l'art. 616 c. p. è la fattispecie di reato comune, l'art. 619 c. p. è un reato proprio. Certo, quando il codice penale ha visto la luce, i mezzi di comunicazione erano assai più limitati rispetto ad oggi e il legislatore ha fatto un elenco tassativo dei soggetti attivi della fattispecie di cui all'art. 619 c.p. tenendo conto della situazione tecnologica dell'epoca. Oggi credo che occorrerebbe modificare la normativa inserendo una formula più elastica, che consenta la punibilità a chi, per ragioni funzionali, ha accesso a corrispondenze altrui: penso ai providers, a chi lavora *per Facebook, Skype, WhatsApp, LinkedIn* e così via. Anche in questi casi ci sarebbe la violazione di un dovere funzionale. Mancherebbe la qualifica pubblica, ma questa mi pare il retaggio di una situazione storica in cui la gestione della comunicazione era tutta affidata al servizio pubblico. Circostanza, oggi, del tutto anacronistica.

Seguendo il medesimo schema, l'art. 620 c. p. punisce la rivelazione del contenuto di corrispondenza commessa da persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni. Se uno di questi soggetti qualificati ha notizia, in questa sua qualità, del contenuto di una corrispondenza aperta o di una comunicazione telegrafica o di una conversazione telefonica e lo rivela senza giusta causa ad altri che non ne sia il destinatario è sanzionato penalmente. La fattispecie non è analoga all'art. 618 c.p. con il solo mutamento delle caratteristiche del soggetto attivo. Nel caso dell'art. 620 la conoscenza del contenuto della corrispondenza, in qualunque forma effettuata, dipende dalla qualifica del soggetto attivo ma non si tratta necessariamente di corrispondenza che doveva rimanere segreta. Il che farebbe pensare che la qualifica del soggetto attivo catalizza gran parte del disvalore: che dovesse rimanere segreta oppure no non rileva, l'addetto al servizio delle poste e così via non può in nessun modo rivelare contenuti di cui abbia conoscenza a causa della sua funzione. Si comprende che il sistema delineato dal legislatore del 1930 è articolato ed appronta una tutela forte al bene giuridico.

Dato avvalorato dalle sanzioni che questi reati prevedono. Senza entrare troppo nel dettaglio, si va dalla reclusione minima di sei mesi a quella massima di cinque anni. Pene piuttosto elevate.

Prima di tentare di individuare profili che possano essere in qualche modo migliorati o resi aderenti alla società contemporanea, vale la pena di dare uno sguardo al diritto vivente. Il primo dato che salta agli occhi è che le pronunce dei giudici di legittimità non sono molto numerose e generalmente si limitano a chiarire alcuni aspetti: è corrispondenza un atto giudiziario<sup>6</sup>; configura il reato la condotta di chi accede abusivamente all'altrui casella di posta elettronica provvista di password<sup>7</sup>; il reato può essere integrato anche da chi sottrae la corrispondenza bancaria inviata al coniuge per produrla nel giudizio di separazione perché non c'è giusta causa<sup>8</sup>.

Più significative le pronunce che definiscono la corrispondenza come le comunicazioni

---

<sup>6</sup> Cass., Sez. V, 23 marzo 2021, n. 23049.

<sup>7</sup> Cass., Sez. V, 25 marzo 2019, n. 18284.

<sup>8</sup> Cass., Sez. II, 28 novembre 2017, n. 952.

umane statiche che configurano un pensiero già comunicato o da comunicare fissato su un supporto fisico o altrimenti rappresentato in forma materiale<sup>9</sup>. Pronunce che riguardano in grande prevalenza il solo art. 616 c.p. Il che potrebbe essere un indice significativo di necessità di riforma.

Occorre ancora prendere in considerazione, però, almeno due elementi.

Il primo è che è cambiato completamente il concetto di corrispondenza: quella cartacea è quasi del tutto scomparsa, sostituita da messaggi, *mail*, *WhatsApp* e così via.

Il cambiamento del mezzo influisce anche sulla diffusione, oggi molto più facile e rapida, del contenuto della comunicazione. Per questo forse mantenere la dizione “corrispondenza” potrebbe essere obsoleto e si potrebbe parlare genericamente di “comunicazione”, legando così anche queste fattispecie ai reati previsti nel medesimo titolo.

Il secondo aspetto concerne l'idea di riservatezza, molto mutata nella percezione sociale nel corso degli anni. Viviamo in una società in cui l'esposizione è elevatissima: si tiene a comunicare dove si è e che cosa si sta facendo. I destinatari di queste comunicazioni sono, sì, limitati, ma spesso sono molto numerosi (si pensi allo status *WhatsApp*, visibile a tutti i contatti che possediamo nello smartphone).

Parte della dottrina pubblicistica ritiene che il diritto alla riservatezza, pur avendo rilievo costituzionale, trovi una più ampia discrezionalità legislativa nella modulazione delle garanzie e debba quindi essere tenuto distinto dalle comunicazioni riservate. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che la distinzione tra comunicazione riservata e manifestazione del pensiero sia ormai superata dal processo tecnologico: il rapporto comunicativo riservato «(...) si sta sempre più confondendo con la comunicazione di massa e la linea di confine sta sfumando. Di conseguenza sta scomparendo anche la linea di confine tra gli artt. 15 e 21, Cost. (...) La comunicazione di massa, attraverso le varie forme collegate a questo mezzo, si riscatta dallo stato di passività che caratterizza naturalmente la comunicazione di massa e si trasforma in comunicazione interattiva. Conseguenza è che queste barriere entro cui i due diritti si sono sviluppati (...) vengono travolte e i due campi si mescolano sempre di più»<sup>10</sup>.

In questo contesto diventa senza dubbio più complesso individuare quello che Stefano Fiore ha definito «core area of private life». Ma, se non vogliamo un diritto penale totalizzante, è alla core area of private life che dobbiamo limitare la tutela penale.

Pensare ad una riforma in materia di tutela della corrispondenza significa inevitabilmente sciogliere un nodo, individuare la strada che si vuole seguire. Occorre comprendere se, nell'ottica di un diritto penale snello, che rispetti il principio di sussidiarietà, si vogliono ridurre le fattispecie di reato a quei comportamenti che comportano la diffusione o comunque l'utilizzo di quanto si è appreso violando la corrispondenza. Ferme restando le fattispecie di distruzione e soppressione, al massimo limitate ai soli soggetti qualificati, ampliati in ottemperanza alle esigenze imposte dalle nuove tecnologie. Oppure se, nel massimo rispetto del dettato costituzionale, sia necessario mantenere l'odierno sistema sanzionatorio.

La segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni è un interesse molto risalente. Già nell'epoca mercantile i commercianti, allo scopo di tentare di trarre un lucro maggiore, chiedevano che fossero mantenute segrete le loro comunicazioni. Ma si trattava di situazione soggettiva che valeva unicamente nei confronti dei privati. È solo con la nascita degli Stati – nazione che la situazione giuridica acquistò implicazioni ulteriori: la creazione di servizi postali alle dipendenze delle amministrazioni statali, creati su impulso e volontà dei *principes*, fornì una nuova esigenza di tutela del rapporto di corrispondenza, non più nei confronti dei soli soggetti privati, ma anche rispetto alle violazioni provenienti dal potere pubblico. Infatti, dopo la rivoluzione francese, iniziò a stabilirsi il principio di segretezza della corrispondenza quale

<sup>9</sup> Cass., Sez. V, 29 settembre 2020, n. 30735.

<sup>10</sup> F. CHELI, *Conclusioni*, in F. DONATI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Comunicazione: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, 2003, 184-185.

libera espressione del pensiero. Non in Italia, però: non c'è traccia di tale tutela nello statuto Albertino ed il periodo fascista di certo non ha incentivato l'affermarsi di un principio contrario allo Stato autoritario. Per questo la portata innovativa dei principi espressi nella Carta costituzionale è stata, in questa materia più che in altre, dirompente. Si pensi agli articoli 13, 14 e 15 che i Padri Costituenti volevano fossero letti in stretta connessione.

La Carta fondamentale sancisce un sistema organico: la libertà di comunicare è una proiezione spirituale della persona che è naturale completamento della tutela offerta alla sua proiezione spaziale (art. 14 Cost.), alla libertà in senso fisico (art. 13 Cost.) e, più in generale, alla dignità umana (art. 2 Cost.). Come abbiamo visto, l'art. 15 scompone questo diritto di libertà in due situazioni giuridiche di vantaggio che riguardano ora il momento dinamico (la libertà) ora la segretezza.

La domanda che occorre porsi è se, nel contemporaneo sistema informativo-normativo in cui vari piani si toccano ed arrivano ad accavallarsi, è possibile che le garanzie costituzionali trovino comunque tutela, pur limitata ad un nucleo di aggressioni particolarmente forti.

Pur riconoscendo che non c'è, in materia, urgenza di riforma bensì una fortissima esigenza di coordinamento con i reati informatici e con le fattispecie degli artt. 617 e ss. c. p., ritengo utile una riflessione da un lato semplificatoria e dall'altro più aderente ai mutamenti sociali ed alle attuali forme di comunicazione che rientrano nel concetto di corrispondenza.

Nell'ottica di un diritto penale non strumentale, non simbolico, non pletorico, non ipertrofico, occorre che questo si allontani dal gigantismo che fa in modo che ogni spazio della vita individuale e sociale sia penetrato dall'intervento punitivo che vi si insinua<sup>11</sup>, occorre riportare il diritto penale ad essere lo strumento che deve intervenire solo quando tutti gli altri mezzi meno invasivi siano stati esperiti senza successo. Per non trovarci tutti "a rischio penale", le sanzioni particolarmente afflittive devono riguardare solo le lesioni forti dell'interesse tutelato ed inteso nel suo nucleo essenziale, soprattutto con riguardo alla corrispondenza, forma di comunicazione molto utilizzata da tutti e con grande frequenza.

L'ipotesi di riforma, meramente abbozzata, vedrebbe una unificazione delle condotte di cui agli artt. 616 e 618 c.p., ove siano sanzionati solo i comportamenti di rivelazione. La corrispondenza, avendo destinatari determinati, implica che chiunque si inserisca in questo flusso e divulghi le notizie apprese lede la segretezza delle comunicazioni. Indipendentemente dal modo in cui le notizie sono state apprese, a patto che si tratti di comportamento illecito. Mi sentirei di escludere dalle ipotesi penalmente rilevanti la mera presa di conoscenza di fatti ed atti privati: se non c'è nessun tipo di utilizzo o rivelazione mi pare che la sanzione penale diventi troppo afflittiva. Ben comprendo la volontà di escludere i terzi dalla conoscenza di fatti e atti riservati, ma se di tali notizie non è fatta alcuna rivelazione o alcun utilizzo che crei nocumento, la sanzione penale mi sembra, nell'ottica che abbiamo delineato di un diritto penale che rispetti il principio di sussidiarietà, eccessiva.

L'unificazione in una sola fattispecie degli artt. 616 e 618 c.p. avrebbe come conseguenza quella di dover integrare in un'unica disposizione anche gli artt. 619 e 620 c.p., che ripercorrono praticamente le medesime fattispecie quando poste in essere dagli addetti alle poste, ai telegrafi ed ai telefoni, cioè da coloro che, a causa della funzione svolta, sono facilitati alla commissione del reato e, allo stesso tempo, possiedono un dovere più pregnante proprio a causa della funzione che rivestono.

La nuova fattispecie dovrebbe però tener conto di un dato di tutta rilevanza: quando il codice penale ha visto la luce, i mezzi di comunicazione erano assai più limitati rispetto ad oggi e il legislatore ha fatto un elenco tassativo dei soggetti attivi delle fattispecie di cui agli artt. 619 e 620 c.p. tenendo conto della situazione tecnologica dell'epoca. Oggi si impone una modifica che inserisca nella fattispecie una formula più ampia. La punibilità deve riguardare chi, per

---

<sup>11</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Il Mulino, 2019, 23.

ragioni funzionali, ha accesso a comunicazioni altrui. Per tutti: i *providers*, *Facebook*, *Skype*, *WhatsApp*, *LinkedIn*, *Messenger* e così via. Formula che deve essere ampia ma anche elastica per comprendere nuove realtà che possono sorgere – e di fatto sorgono – in ogni momento e con grande rapidità a causa della costante evoluzione tecnologica. Anche in questi casi ci sarebbe la violazione di un dovere funzionale. Mancherebbe in verità la qualifica pubblica, ma questa mi pare il retaggio di una situazione storica in cui la gestione della comunicazione era tutta affidata al servizio pubblico: circostanza oggi del tutto anacronistica.

Un tentativo di riforma mirato a semplificare e snellire l'apparato punitivo penale, che potrebbe avere la seguente formulazione:

Articolo 616 c.p.: *Violazione o sottrazione di corrispondenza al fine di rivelarne il contenuto*. «Chiunque viola, sottrae o distrae, al fine di rivelarne, senza giusta causa, in tutto o in parte il contenuto, una corrispondenza a lui non diretta, è punito con la reclusione fino a tre anni.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

Se la rivelazione si realizza, la pena è aumentata.

Agli effetti delle disposizioni di questa sezione, per corrispondenza si intende qualunque comunicazione epistolare, telegrafica, telefonica, informatica o telematica, ovvero effettuata con ogni altra forma».

Art. 619 c.p.: *Violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza commesse da soggetto abilitato alla sua conoscenza*. «Chi, per la funzione svolta, ha accesso alla corrispondenza altrui e commette uno dei fatti previsti all'art. 616, I comma, c. p., ovvero sopprime una corrispondenza a lui non diretta, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Se il colpevole senza giusta causa rivela, in tutto o in parte, il contenuto della corrispondenza, è punito qualora il fatto non costituisca un più grave reato, con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 30 a euro 516».

È un mero canovaccio dal quale partire per riflettere su una riforma dei reati che puniscono la violazione della corrispondenza.



# IDENTITÀ DIGITALE E TUTELA PENALE

Roberto Flor

**Sommario:** 1. Il “furto d’identità digitale”: l’intervento del legislatore italiano fra tutela del patrimonio e tutela della persona; 2. Le principali criticità; 3. Proposte *de iure condendo*; 3.1. Abrogazione del co. 3 dell’art. 640 ter c.p.; 3.2. Identità digitale (ID); 4. Prospettive *de iure condendo*.

## 1. Il “furto d’identità digitale”: l’intervento del legislatore italiano fra tutela del patrimonio e tutela della persona

Il legislatore italiano, dopo anni di immobilismo di fronte all’esplosione di fenomeni connessi all’ *identity theft* quali, ad esempio, il *phishing* o le c.d. frodi identitarie, è intervenuto con l’art. 9, co. I, lett. a), della legge 15 ottobre 2013, n. 119, che ha convertito con modificazioni il decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, (“recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province”) inserendo nell’art. 640-ter c.p. (“frode informatica”), un nuovo comma, che sanziona la frode informatica commessa mediante sostituzione (*furto o indebito utilizzo*) “dell’identità digitale in danno di uno o più soggetti”.

Sul piano della collocazione sistematica, una parte della dottrina<sup>1</sup> ritiene si tratti di una circostanza aggravante della frode informatica, argomentando sul tenore della disposizione, che utilizza i termini “*se il fatto è commesso con*”, anziché “*se il fatto consiste in*”, rinviando necessariamente al contenuto tipizzato nell’ipotesi base di cui al co. 1 dell’art. 640-ter.<sup>2</sup>

## 2. Le principali criticità

### a. Formulazione tecnica delle “modalità di realizzazione” delle condotte tipiche

In verità sollevano maggiori dubbi le questioni relative alla formulazione tecnica della fattispecie e all’assenza di una definizione di “identità digitale” che possa essere rilevante almeno agli effetti della legge penale.

Sembra opportuno evidenziare che in sede di conversione del decreto legge, il Parlamento, anziché adottare l’originaria locuzione «*se il fatto è commesso con sostituzione dell’identità digitale in danno di uno o più soggetti*», ha optato per quella: «*furto o indebito utilizzo*». Pur ritenendo apprezzabile la modifica del termine originario apparentemente troppo ambiguo<sup>3</sup>, l’espressione “furto” d’identità digitale sembra richiamare (impropriamente) le condotte di sottrazione e impossessamento previste dall’art. 624 c.p., che sono tecnicamente riferite ad un oggetto fisico-materiale, espresso dal termine “cosa”.

<sup>1</sup> Cfr. G. MALGIERI, *La nuova fattispecie di “indebito utilizzo d’identità digitale”: un problema interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2, 2015, 143 ss.; ID., *Il furto di “identità digitale”: una tutela patrimoniale della personalità*, in D. FALCINELLI, R. FLOR, MARCOLINI (a cura di), *La giustizia penale nella “rete”*, Milano, 2015, 37 ss.; C. CRESCIOLI, *La tutela penale dell’identità digitale*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, 265 ss.; R. FLOR, “*Digital identity protection*”: *quo vadis diritto penale?*, in *Data protection tra Unione Europea, Italia e Svizzera*, Torino, 2019, 127 ss.

<sup>2</sup> G. MALGIERI, *La nuova fattispecie*, cit., 145.

<sup>3</sup> In tal senso L. PISTORELLI, *Relazione Ufficio del Massimario Cassazione*, n. III/01/2013 del 22 agosto 2013, p. 7; F. CAJANI, *La tutela penale dell’identità digitale alla luce delle novità introdotte dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119)*, in *Cass. pen.*, fasc. 3, 2014, 1103.

L'identità digitale, però, anche se non definita normativamente, è chiaramente da intendersi quale entità immateriale<sup>4</sup> insuscettibile di sottrazione ed impossessamento. Anche se fosse "incorporata" in un supporto informatico, sarebbe quest'ultimo a rappresentare l'oggetto – la *res* - del "furto"<sup>5</sup>.

Proprio le difficoltà sorte nel definire l'"acquisizione abusiva" dell'identità digitale, ha portato il legislatore a fare riferimento, in settori *extra* penalistici, alla nozione di *impersonificazione*, definita dall'art. 30-bis del D. lgs. 141/2010<sup>6</sup>. Anch'essa, però, ammesso che possa costituire un utile parametro ermeneutico di ordine sistematico, appare inidonea a chiarire la distinzione, introdotta dal legislatore penale, fra "furto" e "utilizzo"<sup>7</sup>.

Nemmeno la condotta di "indebito utilizzo" è, infatti, di facile interpretazione<sup>8</sup>.

Se l'identità digitale, infatti, costituisce un profilo abilitativo "personale" per la fruizione di (o l'accesso a) determinati spazi informatici o servizi nel *Cyberspace* – vale a dire attraverso i sistemi informatici ed Internet - il suo "utilizzo" appare confondersi con il "trattamento" di *dati personali*, di cui al Codice *privacy* (d.lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 101/2018 di attuazione del Regolamento 2016/679/UE, c.d. GDPR).

Infatti, ai sensi dell'art. 4, n. 2, del Regolamento europeo, il "trattamento" consiste in qualsiasi operazione od insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali od insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione.

Tale nozione di "trattamento" è riferita però soltanto ai "dati personali". Ed occorre precisare che non sempre è a questi riconducibile l'identità digitale, in quanto essa potrebbe invece costituire una "misura di sicurezza" adottata per la "protezione" dei dati e dei sistemi. Un suo "indebito utilizzo", in tal caso, comporterebbe una – o costituirebbe un'attività prodromica alla – violazione delle misure di sicurezza per l'accesso al sistema o per l'acquisizione di dati e informazioni.

Una parte della dottrina<sup>9</sup> ha ritenuto che potrebbe essere maggiormente coerente con le intenzioni del legislatore richiamare la distinzione tra *unauthorized access* (accesso non autorizzato a sistemi altrui / *possession* non autorizzato di dati altrui) e *unauthorized use* (uso non autorizzato di dati altrui lecitamente posseduti)<sup>10</sup> e, dunque, la nozione di «sostituzione

---

<sup>4</sup> R. FLOR, *Phishing, identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, n. 2-3, 899 ss

<sup>5</sup> *Ibidem* 910; *contra* D. FALCINELLI, *Tempi moderni e cultura digitale: il valore patrimoniale dell'identità umana "on line"*, in *Ind. pen.*, 2015, 297 ss. che argomenta sulla necessità di far progredire l'ordinamento penale in base all'evolversi della cultura sociale, anche sganciandosi dai vincoli dell'art. 2 c.p., sicché è possibile considerare l'identità digitale come "cosa mobile" e, dunque, applicare l'art. 624 c.p.

<sup>6</sup> Si tratta del decreto di attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi. (10G0170) (GU n.207 del 4-9- 2010 - Suppl. Ordinario n. 212 ). L'art. 30 bis, co. 1, prevede che: "Ai fini del presente decreto legislativo per furto d'identità si intende: a) l'impersonificazione totale: occultamento totale della propria identità mediante l'utilizzo indebito di dati relativi all'identità e al reddito di un altro soggetto. L'impersonificazione può riguardare l'utilizzo indebito di dati riferibili sia ad un soggetto in vita sia ad un soggetto deceduto; b) l'impersonificazione parziale: occultamento parziale della propria identità mediante l'impiego, in forma combinata, di dati relativi alla propria persona e l'utilizzo indebito di dati relativi ad un altro soggetto, nell'ambito di quelli di cui alla lettera a)".

<sup>7</sup> G. MALGIERI, *La nuova fattispecie*, cit., 146.

<sup>8</sup> *Ibidem*, 144.

<sup>9</sup> *Ibidem*, nonché R. FLOR, "Digital identity protection", cit., 127 ss.

<sup>10</sup> Così G. MALGIERI, *La nuova fattispecie*, cit., 147; D. FALCINELLI, *Tempi moderni*, cit., 297 ss.; entrambi rinviano a WASIK, *Crime and the computer*, Oxford, 1991.



dell'identità digitale», ne rappresenterebbe generalmente l'effetto o la conseguenza.

Seguendo questa impostazione ermeneutica il «furto» dovrebbe essere interpretato alla stregua di un'apprensione illecita dell'identità digitale (o delle sue “componenti” essenziali come, ad es., nome utente e *password*), mentre l'«indebita utilizzazione» dovrebbe essere inteso quale “uso abusivo” dell'identità digitale<sup>11</sup>.

b. *L'assenza di una definizione di “identità digitale”*

In ogni caso, pur tentando con estrema difficoltà, con riferimento alle condotte tipiche, di fornire soluzioni interpretative nei limiti imposti dal divieto di estensione analogica *in malam partem*, rimane irrisolto il problema definitorio dell' «identità digitale», che come già è emerso sopra, potrebbe essere intesa, da un lato, in senso restrittivo, ossia quale “profilo abilitativo” o “credenziali di autenticazione”<sup>12</sup>; dall'altro lato, potrebbe essere ricondotta nell'ambito del più complesso sistema di protezione dei “dati personali”.

Una parte della dottrina italiana ha proposto la distinzione fra «identità digitale», «impronta digitale» e «ombra digitale»<sup>13</sup>.

L'identità digitale sarebbe «costituita dall'insieme di dati che permettono di ricollegare un documento informatico ad una macchina e quindi al soggetto (fisico o giuridico) che lo possiede»; «essa consta al minimo dell'*user id* (nome utente) e di una *password*»<sup>14</sup>. Per «impronta digitale» dovrebbe intendersi invece il «complesso delle informazioni fornite consapevolmente da ognuno al sistema telematico, per distinguersi dagli altri»; mentre l'«ombra digitale [sarebbe] composta dall'insieme delle informazioni relative alla vita di ogni individuo, quali i documenti cartacei, fotografici e di altro genere, che derivano dalla frequentazione dell'individuo con l'ambiente (reale e virtuale) che lo circonda»<sup>15</sup>.

Un'altra parte della dottrina sembra impiegare il termine “identità digitale” per designare l'«insieme delle informazioni e delle risorse concesse da un sistema informatico ad un particolare utilizzatore», le quali «di norma, sono protette da un sistema di autenticazione» mediante «parola chiave (*password*), caratteristiche biologiche (iride, impronta digitale, impronta vocale, riconoscimento del volto, ecc.) o attraverso un particolare oggetto (tessera magnetica, *smart card*, ecc.)»<sup>16</sup>.

Si tratta di tentativi definitori che, comunque, da un lato, sembrano ruotare attorno alla c.d. fase autenticativa – piuttosto che a quella riconoscitiva - collegata a condotte di “furto” d'identità digitale, in cui il fulcro del disvalore sociale è incentrato sulla acquisizione o sulla sottrazione dei dati riservati, ossia di dati e informazioni di autenticazione o di abilitazione che afferiscono ad un'ampia area di riservatezza del titolare; dall'altro lato, non sembrano poter ovviare all'assenza di una definizione *giuridica* di identità digitale, che sarebbe auspicabile almeno agli “effetti della legge penale”, per evitare il rischio di operazioni ermeneutiche eccessivamente late, se non funamboliche, ovvero eccessivamente restrittive.

c. *Il bene giuridico protetto*

Un'ulteriore questione che fa emergere l'incriminazione del “furto o indebita utilizzazione di identità digitale” è rappresentata dalla sua collocazione sistematica (al comma 3 dell'art. 640-ter c.p.), vale a dire quale ipotesi aggravata di frode informatica.

Se si ritiene, infatti, che si tratti di una circostanza aggravante, né il furto, né l'indebita

<sup>11</sup> Così G. MALGIERI, *La nuova fattispecie*, cit., pp. 147, 151.

<sup>12</sup> In questo senso R. FLOR, *Phishing, identity theft*, cit., p. 903. In relazione ai fenomeni criminali come il *phishing*, però, sono stati distinti *identity abuse*, *identity theft* e *identity related fraud*. In giurisprudenza vedi Cass. pen., Sez. II, sent. 6 marzo 2013, n. 13475; Cass. pen., Sez. II, sent. 15 marzo 2011, n. 17748.

<sup>13</sup> P. CIPOLLA, *Social network, furto di identità e reati contro il patrimonio*, in *Giur. Merito*, fasc. 12, 2012, 2675; D. FALCINELLI, *Tempi moderni*, cit., 308 s.

<sup>14</sup> P. CIPOLLA, *Social network*, cit., 2675.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> C. FLICK, *Falsa identità su internet e tutela penale della fede pubblica degli utenti e della persona*, in *Dir. Inf.*, fasc. 4-5, 2008, 530.

utilizzo di identità digitale possono di per sé assumere rilevanza penale, che è condizionata alla dimensione patrimoniale dell'altrui danno con ingiusto profitto per sé od altri<sup>17</sup>.

Appare evidente che la discussione sul bene giuridico protetto dall'incriminazione dell'illegittima acquisizione ed/od abusiva fruizione dell'identità digitale altrui non possa essere ridotta alla sola tutela del patrimonio, di fronte a fenomeni criminosi ormai estremamente diffusi, che vanno ben oltre le truffe e le frodi informatiche commesse attraverso l'abuso di identità digitale.

Ulteriori e gravi profili d'offesa di diritti anche fondamentali ed interessi meritevoli di protezione (penale) nel *Cyberspace* sono ravvisabili in tali fenomeni, a partire dalle conseguenze anche psicologiche sofferte dalle vittime<sup>18</sup>, fino all'eventuale pregiudizio all'onore ed alla reputazione subito dalla persona offesa<sup>19</sup>, in ogni caso potendo essere coinvolte lesioni alla sfera più intima della riservatezza e dell'autodeterminazione informativa<sup>20</sup>, accanto a profili di sicurezza e di certezza nel traffico giuridico informatizzato, di interesse di tutta la collettività nell'attuale dimensione globale della Rete<sup>21</sup>.

### 3. Proposte *de iure condendo*

#### 3.1. Abrogazione del co. 3 dell'art. 640 ter c.p.

Alla luce delle criticità appena evidenziate le proposte *de iure condendo* non possono che partire dall'abrogazione del co. 3 dell'art. 640 ter c.p.

#### 3.2. L'Identità digitale (ID)

Ai fini dell'introduzione di una definizione di identità digitale (postea: ID) ai fini dell'applicazione della legge penale è opportuno, preliminarmente, delinearne i tratti caratteristici sul piano tecnico-informatico.

##### a. Oggetto dell'ID.

L'ID "rappresenta" un soggetto, persona fisica o giuridica, ovvero un *device*, un applicativo o un sistema (postea: *user*) nelle interrelazioni che si realizzano nel *cyberspace* o, più in generale, nel contesto tecnologico, nell'ambito dei rapporti uomo-macchina e macchina-macchina nella comunicazione mediata dal *computer* [*computer mediated communication* (CMC)].

##### b. Le funzioni dell'ID.

L'ID nella CMC svolge diverse funzioni.

---

<sup>17</sup> Una parte della dottrina ha cercato di ampliare la portata della fattispecie in esame, tentando di includere nella definizione di "danno" anche il "lucro cessante". Cfr. i riferimenti, su questo punto, di G. MALGIERI, *Il furto di identità digitale*, cit., 48 ss.; C. CRESCIOLI, *La tutela penale*, cit. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. II, 11 settembre 2013, n. 37170; Cass. pen., sez. II, 16 settembre 2009, n. 40790.

<sup>18</sup> Si pensi all'abuso di identità digitale che comporti il caricamento, su canali personali di social media o social network, di video a sfondo sessuale che vedono come protagonista la persona offesa.

<sup>19</sup> Si pensi alle ipotesi di abuso di identità digitale con cui vengono caricati, ad es. sul profilo personale di Facebook, frasi offensive, ovvero post con contenuti razzisti o aventi ad oggetto diverse forme di apologia.

<sup>20</sup> Si fa riferimento ai casi in cui l'abuso dell'identità digitale comporta l'accesso a spazi informatici riservati, contenenti dati personali, se non intimi o segreti.

<sup>21</sup> R. FLOR, "Digital identity protection", cit., 127 ss., nonché FLOR R., MARCOLINI S., *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico La tutela dei diritti fondamentali quale limite al potere coercitivo dello Stato Aspetti di diritto penale processuale e sostanziale*, Torino, 2022, 147 ss.

*b.I. La funzione identificativa.*

L'ID ha anzitutto lo scopo di identificare in modo univoco l'*user* nelle CMCs, ovvero nei rapporti anzidetti, attraverso l'attribuzione di credenziali o profili riconoscibili dal sistema informatico (inteso in tutte le sue componenti *hardware* e *software*), ovvero tramite l'incorporazione di caratteristiche di riconoscimento personale.

*b.II. La funzione autenticativa.*

L'ID consente di attivare un processo di autenticazione da parte del sistema, che riconosce in tal senso l'*user* quale soggetto legittimato ad accedere e ad operare attraverso le sue risorse (c.d login).

*b.III. La funzione autorizzativa e di controllo.*

L'*user*, una volta autenticato, è autorizzato a svolgere determinate operazioni o ad accedere ad aree informatiche sulla base di diversi profili di autorizzazione attribuiti dal titolare del sistema o dal sistema medesimo. A seguito dell'autenticazione (login) e dell'autorizzazione, le attività dell'*user* sono normalmente registrate in un registro di sistema (file di log).

*c. Gli "strumenti" dell'ID.*

L'*user* può essere identificato attraverso l'attribuzione di credenziali identificative, abilitative e autorizzative di diverso tipo: nome utente e *password*, tessere magnetiche, *smart card*, informazioni biometriche (iride, impronta digitale, impronta vocale, riconoscimento del volto), codici binari o identificativi di *device* (ad esempio anche il semplice *IP address* potrebbe consentire e autenticare l'accesso, nonché l'utilizzo di determinati sistemi in base al riconoscimento del *device* o della rete di "provenienza"), combinazioni multi-fattoriali (ad es. *smart card* e impronta digitale).

Si pensi, per ipotesi, anche alla Carta d'identità elettronica italiana e alla Carta nazionale dei servizi, che costituiscono strumenti di autenticazione previsti dal Codice dell'Amministrazione Digitale per l'accesso ai servizi web erogati dalle Pubbliche Amministrazioni.

*d. Proposta di definizione dell'ID.*

Ai fini dell'applicazione della legge penale si dovrebbe intendere per identità digitale qualsiasi informazione, dato, codice, applicativo o supporto che consentono l'individuazione o l'autenticazione di una persona fisica o giuridica, ovvero di un qualsiasi *device* nella interazione con un *software*, una banca dati o un sistema informatico o telematico e le sue risorse informatiche.

#### **4. Prospettive *de iure condendo***

Appare ormai indispensabile ripensare alla formulazione della fattispecie legale – nonché alla sua collocazione sul piano topografico – in modo da poter superare le perplessità evidenziate nel par. 2, definendo anzitutto l'identità digitale, quale entità immateriale, ai fini dell'applicazione della legge penale, abbracciando connotazioni (dati e informazioni) che non necessariamente integrano la nozione di "dato personale" ai sensi del Reg. 2016/679/Ue.

La precisa individuazione delle condotte penalmente rilevanti consente, da un lato, di evitare insidiose acrobazie ermeneutiche nell'interpretazione del "furto" o di "usurpazione" e, dall'altro lato, di tenere distinta la "disciplina" dell'identità digitale da quella del trattamento dei dati personali, della riservatezza in generale, nonché della riservatezza informatica, con cui rischia altrimenti di confondersi, con la conseguenza di vedere l'applicazione della meno gravosa normativa di parte speciale.

Inoltre, l'identità digitale, per la sua rilevanza nell'attuale contesto tecnologico, sembra meritare autonoma tutela penale, non essendo peraltro limitata alla dimensione patrimoniale dell'altrui danno con ingiusto profitto per sé od altri.

L'incriminazione autonoma dell'illegittima acquisizione e/o abusiva fruizione dell'identità digitale altrui risponde alle esigenze di tutela di fronte a fenomeni criminosi ormai estremamente diffusi, che vanno ben oltre le truffe e le frodi informatiche, recando offesa a diritti anche fondamentali ed a ulteriori interessi meritevoli di protezione (penale) nel *cyberspace*, potendo essere coinvolte lesioni alla sfera più intima della riservatezza e dell'autodeterminazione informativa, accanto a profili di sicurezza e di certezza nel traffico giuridico informatizzato, di interesse di tutta la collettività nell'attuale dimensione globale della Rete.

# IL DELITTO DI ACCESSO ABUSIVO AD UN SISTEMA INFORMATICO O TELEMATICO. SONO MATURI I TEMPI PER UN SUO *RESTYLING*?<sup>1</sup>

Ivan Salvadori<sup>2</sup>

**Sommario:** 1. Introduzione; – 2. La definizione legale c.d. celata di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico; – 3. Una breve analisi dell'applicazione giurisprudenziale del reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico; – 4. L'incriminazione dell'accesso non autorizzato ad un sistema informatico in prospettiva comparata; – 5. Le ragioni per una riformulazione dell'art. 615-ter c.p.

## 1. Introduzione

La legislazione penale italiana di contrasto alla criminalità cibernetica (*cybercrime*) è costituita da un insieme di norme incriminatrici eterogenee, frutto di interventi normativi spesso settoriali e frammentari, imposti non solo dalla necessità di colmare le lacune normative emerse nella prassi applicativa, ma anche di dare attuazione alle prescrizioni sovranazionali, ed in specie agli stringenti obblighi di incriminazione di fonte europea<sup>3</sup>.

Con la l. 23 dicembre 1993, n. 547, recante «*modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica*», il legislatore, dato il continuo manifestarsi nel nostro Paese di comportamenti criminosi commessi mediante o a danno di nuovi “oggetti” informatici (dati, programmi e sistemi informatici), aveva opportunamente introdotto nel codice penale un articolato quadro di reati informatici<sup>4</sup>. Veniva così data finalmente attuazione, seppur in ritardo rispetto ad altri Stati europei tecnologicamente più avanzati (ad es. Germania, Francia e Svezia), a tutte le previsioni contenute nella c.d. “lista minima”, ed alla maggior parte di quelle contemplate nella c.d. “lista facoltativa”, della Raccomandazione R (9) 9 del Consiglio d'Europa<sup>5</sup>.

Alcuni reati informatici introdotti nel corpo codicistico nel 1993 (artt. 491-bis, 615-quinquies e 635-bis c.p.) vennero successivamente riformulati dalla l. 18 marzo 2008, n. 48, di «*ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno*»<sup>6</sup>. Mediante tale provvedimento vennero introdotte, tra i delitti contro la fede pubblica del titolo II del libro secondo del codice penale,

<sup>1</sup> Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team “*Automazione, Diritto e Responsabilità*” (AUDIRR), afferente al Progetto di Eccellenza “*Diritto, Cambiamenti e Tecnologie*” del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona.

<sup>2</sup> Ricercatore di Diritto penale e di *International Criminal Law* presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona.

<sup>3</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, Utet, 2019, 35 ss.

<sup>4</sup> Per una approfondita analisi critica dei reati informatici introdotti con la l. 23 dicembre 1993, n. 547, v., per tutti, R. BORRUSO - G. BUONUOMO - G. CORASANITI, G. D'AIETTI, *Profili penali dell'informatica*, Giuffrè, 1994; M. MANTOVANI, *Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica*, in *Critica dir.*, 1994, n. 4, 18 ss.; F. MUCCIARELLI - L. PICOTTI - L. RINALDI - L. UGUCCIONI, *L. 23 dicembre 1993, n. 547*, in *Legisl. pen.*, 1996, n. 1-2, 57 ss.; G. PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Utet, 1999; C. PECORELLA, *Il diritto penale dell'informatica*, rist. agg., Cedam, 2006.

<sup>5</sup> COUNSEIL DE L'EUROPE, *La criminalité informatique. Recommendation n. R (89) 9 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur. Rapport final du Comité européen pour les problèmes criminels*, Strasbourg, 1990.

<sup>6</sup> Sul travagliato iter di approvazione della l. 18 marzo 2008, n. 48 v. C. SARZANA, *La legge di ratifica della Convenzione di Budapest: una «gatta» legislativa frettolosa*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 12, 1562 ss.; ID., *Informatica, Internet e diritto penale*, III ed., Giuffrè, 2010, 184 ss.

la fattispecie di «falsa dichiarazione o attestazione al certificatore di firma elettronica sull'identità o su qualità personali proprie o di altri» e, tra i delitti contro il patrimonio del titolo XIII del libro secondo del codice penale, nuove norme incriminatrici per punire il danneggiamento di dati e di sistemi informatici “pubblici” e “privati” (artt. 635-ter, 635-quater e 635-quinquies c.p.), nonché la «frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica» (art. 640-quinquies c.p.)<sup>7</sup>.

L'art. 7 l. n. 48/2008, inserendo un nuovo art. 24-bis nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, estese la responsabilità “da reato” delle persone giuridiche alla maggior parte dei reati informatici previsti nel codice penale, dando così finalmente attuazione agli artt. 12 e 13 della Convenzione *Cybercrime* del Consiglio d'Europa<sup>8</sup>.

A seguito della procedura di infrazione (n. 2019/2133), aperta nei confronti dell'Italia dalla Commissione europea per il mancato recepimento e la non conformità della nostra legislazione alla direttiva 2013/40/UE, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, il legislatore, con l'art. 19 l. 23 dicembre 2021, n. 238, recante «disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea» (c.d. legge europea 2019-2020), è nuovamente intervenuto nel “territorio” del diritto penale dell'informatica, novellando in modo significativo alcuni reati contro la riservatezza informatica (artt. 615-quater, 615-quinquies, 617-quater e 617-quinquies c.p.)<sup>9</sup>.

Con l'art. 2, co. 1, lett. b), d.lgs. 8 novembre 2021, n. 184, di «attuazione della direttiva 2019/713/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti e che sostituisce la decisione quadro 2021/413/GAI del Consiglio», si è modificato l'art. 493-ter c.p., ora rubricato «indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dai contanti». È stato inoltre inserito, tra i delitti contro la fede pubblica del titolo VII del libro II del codice penale, al nuovo art. 493-quater c.p., il reato preparatorio di «detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti»<sup>10</sup>.

Per adempiere agli obblighi di incriminazione previsti dall'art. 10 della direttiva 2019/713/UE, il legislatore, con l'art. 3 d.lgs. n. 184/2021, ha inserito il nuovo art. 25-octies.1 («delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti») all'interno del d.lgs. n. 231/2001, estendendo il catalogo dei reati c.d. presupposto anche ai reati informatici di cui agli artt. 493-ter c.p. 493-quater, nonché all'art. 640-ter c.p., nella parte relativa alle ipotesi di frode informatica aggravate dalla realizzazione di un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale<sup>11</sup>.

In questo susseguirsi di riforme legislative, poco coordinate tra loro, l'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, collocato dall'art. 4 l. n. 547/1993 tra i delitti contro l'inviolabilità del domicilio del titolo XII del libro secondo del codice penale, è uno dei pochi reati informatici (assieme

---

<sup>7</sup> Sulle principali novità introdotte dalla l. n. 48/2008 v. L. PICOTTI, *Ratifica e Convenzione Cybercrime e nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo*, in *Dir. dell'Internet*, 2008, n. 5, 437 ss. Sul nuovo microsistema normativo in materia di danneggiamenti informatici introdotto dalla l. n. 48/2008 v. C. PECORELLA, *La riforma dei danneggiamenti informatici ad opera della l. n. 48/2009*, in F. RUGGIERI - L. PICOTTI (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011, 140 ss.; volendo v. anche I. SALVADORI, *I danneggiamenti informatici*, in C. PARODI - V. SELLAROLI (a cura di), *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, Giuffrè, 2020, 595 ss.

<sup>8</sup> In argomento v. S. BELTRANI, *Reati informatici e d.lgs. 231/2001 alla luce della legge di attuazione della Convenzione di Budapest*, in *Resp. amm. società e degli enti*, 2008, n. 4, 21 ss.; I. SALVADORI, *Art. 24-bis. Delitti informatici e trattamento illecito di dati informatici*, in AA.VV., *Compliance, responsabilità da reato degli enti collettivi*, Ipsos, 2019, 500 ss.

<sup>9</sup> Per un primo bilancio critico sull'attuazione degli obblighi di incriminazione di fonte europea e sulle principali novità introdotte nel diritto penale dell'informatica v. C. CRESCIOLI, *Le recenti modifiche ai reati cibernetici, tra tardivo recepimento delle direttive europee e nuove incriminazioni: riflessioni critiche*, in *Arch. pen.*, 2022, n. 2, 1 ss.

<sup>10</sup> In argomento v. i condivisibili rilievi critici di C. CRESCIOLI, *Le recenti modifiche ai reati cibernetici*, cit., 6 ss.

<sup>11</sup> In argomento v. C. CRESCIOLI, *Le recenti modifiche ai reati cibernetici*, cit., 4 ss., la quale evidenzia, a ragione, come il legislatore abbia perso l'occasione per includere, tra i c.d. reati presupposto, anche l'ipotesi base di frode informatica di cui all'art. 640-ter, co. 1, c.p.

agli artt. 617-*sexies* e 640-*ter*, co. 1, c.p.) a non aver subito modificazioni.

Già questo potrebbe rappresentare un indice dell'ottimo stato di salute di cui sembra godere l'art. 615-*ter* c.p., pur essendo stato concepito in una epoca in cui *Internet* non aveva ancora una diffusione capillare nel nostro Paese e quando nessuno poteva immaginare la rapidità con la quale i criminali informatici avrebbero potuto sviluppare nuove tecniche di intrusione mediante l'utilizzo indebito delle nuove tecnologie e, da ultimo, dell'intelligenza artificiale (IA)<sup>12</sup>. Ma la centralità che l'art. 615-*ter* c.p. riveste tra gli strumenti a disposizione delle autorità di *law-enforcement* per contrastare il *cybercrime* è confermata anche dalla sua cospicua applicazione giurisprudenziale rispetto a quella, alquanto limitata, della maggior parte dei reati informatici e cibernetici previsti nel nostro ordinamento<sup>13</sup>.

L'accesso abusivo ad un sistema informatico (c.d. *hacking*) costituisce, di regola, un comportamento prodromico (o preparatorio) alla commissione di più gravi reati informatici (danneggiamenti informatici, frodi informatiche, intercettazioni di dati e di programmi informatici, ecc.)<sup>14</sup>. Una volta che il criminale informatico (*hacker* o *cracker*) si è introdotto illecitamente in un sistema informatico può procedere a prendere visione di informazioni riservate, ad alterare o danneggiare dati e *software*, a sottrarre informazioni, ecc.

L'incriminazione dell'accesso non autorizzato ad un dispositivo per il trattamento automatizzato di dati (pc, *tablet*, *smartphone*, ecc.), che rappresenta un pericolo per il bene giuridico della riservatezza informatica e, indirettamente, della sicurezza informatica, viene giustificata da parte dei legislatori nazionali e degli organismi sovranazionali per la necessità di prevenire e contrastare la commissione di più gravi reati cibernetici<sup>15</sup>. Non vi è, però, ad oggi unanime consenso sulle scelte politico-criminali da

---

<sup>12</sup> Sulle nuove forme di criminalità da intelligenza artificiale (c.d. *AI Crime*) v., per tutti, T.C. KING - N. AGGARWAL - M. TADDEO - L. FLORIDI, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions*, in *Science and Engineering Ethics*, 2019, n. 26, 1 ss.; M. CALDWELL - J.T.A. ANDREWS - T. TANAY - L.D. GRIFFIN, *AI-enabled future crime*, in *Crime Science*, 2020, vol. 9, n. 14, 1 ss.; I. SALVADORI, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, n. 1, 83 ss.

<sup>13</sup> Alquanto scarse sono le pronunce giurisprudenziali in materia di danneggiamenti informatici. Quasi assenti sono, invece, le pronunce relative ai reati di «*detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature, codici e altri mezzi atti all'accesso a sistemi informatici o telematici*» di cui all'art. 615-*quater* c.p., di «*detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico*» di cui all'art. 615-*quinqües* c.p. e di «*detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature e di altri mezzi atti a intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche*» di cui all'art. 617-*quinqües* c.p., recentemente riformulati dall'art. 19, co. 6, lett. a), l. n. 238/2021. Fa eccezione il reato di frode informatica di cui all'art. 640-*ter* c.p., che trova frequente applicazione nella prassi giudiziaria. Più in generale, sulle ragioni della scarsa propensione da parte delle vittime dei reati cibernetici a denunciare v. J. BRANDS - J.V. DOORN, *The Measurement, Intensity and Determinants of Fear of Cybercrime: A systematic review*, in *Computers in Human Behavior*, 2022, vol. 127, 1 ss.

<sup>14</sup> Cfr. Cybercrime Convention, *Explanatory Report*, n. 44; U. SIEBER, *Council of Europe, Organised Crime Report*, Strasbourg, 2004, 64 ss.; M. GERCKE, *Understanding Cybercrime: a Guide for developing Countries*, 2° ed., 2011, 244 ss., consultabile al sito [https://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/ITU\\_Guide\\_A5\\_12072011.pdf](https://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/ITU_Guide_A5_12072011.pdf).

<sup>15</sup> Cybercrime Convention, *Explanatory Report*, n. 45. Più in generale, sul bene giuridico tutelato dal reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico v. L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale nell'epoca di Internet*, Cedam, 2004, 21 ss., 80 s.; L. PICOTTI, *Sicurezza, informatica e diritto penale*, in M. DONINI - M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, 2011, 217 ss.; I. SALVADORI, *L'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico. Una fattispecie paradigmatica dei nuovi beni giuridici emergenti nel diritto penale dell'informatica*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Cedam, 2013, 125 ss., 149 ss.; I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, in CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, cit., 664 ss. Non pare persuasiva la tesi sostenuta da M. LAMANNUZZI, *Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico: prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 2022, 1 ss., 36 ss., secondo cui l'art. 615-*ter* c.p. tutelerebbe, in via principale e diretta, «l'intangibilità informatica, l'inviolabilità informatica o l'intangibilità/inviolabilità dei domini informatici o delle sfere virtuali», mentre la c.d. riservatezza informatica sarebbe protetta solo in via eventuale e indiretta, dato che «l'interesse a impedire accessi non autorizzati a sistemi informatici pare esulare dalla dimensione strettamente soggettiva riflettendo istanze di natura superindividuale – fra cui l'intangibilità, l'utilizzo indisturbato, la disponibilità e la sicurezza dei sistemi informatici». Evidente è l'incompatibilità di tale orientamento con la procedibilità a querela prevista dal legislatore per l'ipotesi base di accesso abusivo ad un

adottare nel contrasto ai fenomeni criminosi dell'*hacking* e del *cracking*<sup>16</sup>.

Nel presente contributo, dopo aver analizzato la definizione legale c.d. celata di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (par. 2), si volgerà lo sguardo sulla controversa applicazione giurisprudenziale dell'art. 615-ter c.p. (par. 3). In questo modo si verificherà se tale previsione legale, a fronte della sua risalente introduzione nel nostro ordinamento, sia effettivamente in grado di adattarsi al mutato substrato empirico-criminologico ed in specie alle nuove modalità di accesso non autorizzato ad un *computer*, commesse non solo da criminali informatici (*hacker*, *cracker*, *cyber-hacktivisti*, ecc.), ma anche da impiegati (pubblici e privati) infedeli (c.d. *insider*). Successivamente si individueranno, in prospettiva comparata, le principali tecniche di incriminazione adottate *in subjecta materia* (par. 4). L'indagine comparata, oltre a consentire di determinare gli "idealtipi" dei delitti che puniscono le sempre più frequenti condotte di "intrusione" non autorizzata in un sistema informatico, costituirà un importante parametro di riferimento per valutare la correttezza e la razionalità delle scelte politico-criminali adottate in questo ambito dal nostro legislatore. Su queste basi si formuleranno, in prospettiva *de lege ferenda*, alcune proposte per un *restyling* del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (par. 5).

## 2. La definizione legale c.d. celata di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico

Il nostro legislatore, a differenza di quanto operato in altri Paesi europei (ad es. Romania, Portogallo e Malta)<sup>17</sup>, ed in specie negli ordinamenti giuridici di *common-law* (statunitense, canadese, australiano, ecc.), di rado ha fatto ricorso, nell'ambito del diritto penale dell'informatica, a definizioni legali espresse per chiarire il significato dei concetti tecnico-informatici (ad es. dati e programmi informatici, sistema informatico e telematico, codici di accesso, parole chiave, misure di sicurezza, ecc.) impiegati in sede di formulazione dei reati informatici e cibernetici<sup>18</sup>.

Nelle legislazioni penali (*statutes*) di molti Stati americani sono ricorrenti le nozioni di concetti tecnici (come, ad es., di «sistema informatico», «dispositivo elettronico», «programma informatico», «dato informatico», «*computer network*»), nonché della controversa condotta di «accesso» (*access*) ad un sistema informatico.

Sebbene il nostro legislatore, al pari di quanto avvenuto in Paesi a noi culturalmente più vicini (ad es. Spagna, Germania, Svizzera ed Austria), non abbia espressamente definito le più controverse nozioni tecnico-informatiche, nella parte speciale del nostro codice penale ha, però, previsto numerose definizioni legali c.d. celate<sup>19</sup>. Un esempio paradigmatico è rappresentato dalla definizione del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico.

L'art. 615-ter c.p. consta di due parti. La prima è costituita da un concetto da definire (c.d. *definiendum*), richiamato in rubrica, vale a dire l'«accesso abusivo ad un sistema informatico o

---

sistema informatico (art. 615-ter, co.1, c.p.), a conferma di come la fattispecie tuteli, in via principale, un interesse avente una dimensione personalistica.

<sup>16</sup> Cfr. I. SALVADORI, *Hacking, cracking e nuove forme di attacco ai sistemi di informazione. Profili di diritto penale e prospettive de jure condendo*, in *Cyberspazio e diritto*, 2008, vol. 9, 329 ss.

<sup>17</sup> L'art. 2 della legge portoghese sulla criminalità informatica (l. n. 115/2009) definisce i concetti di «sistema informatico», «dato informatico», «dati di traffico», «fornitore di servizi», «intercettazione», «topografia» e «prodotto semiconduttore». L'art. 337B del codice penale maltese definisce, ad es., i concetti di «*computer*», «dato informatico», «*computer network*», «*software*», «sistema informatico». Il legislatore tedesco del 1982 ha ritenuto opportuno definire soltanto il concetto di «dato informatico» al § 202a, par. 2, StGB.

<sup>18</sup> Con la l. n. 547/1993 il legislatore aveva definito, all'art. 491-bis c.p., la nozione di «documento informatico», successivamente soppressa dall'art. 3 l. n. 48/2008, e, all'art. 621 c.p., quella di «documento informatico segreto», consentendo in questo modo l'applicazione delle fattispecie di falsità documentale e di rivelazione del contenuto di un documento segreto alle ipotesi aventi ad oggetto i nuovi documenti «informatici». Più di recente, con l'art. 1 d.lgs. n. 184/2021, di attuazione della direttiva 2019/713/UE, il legislatore ha definito, agli effetti penali, i concetti di «strumento di pagamento diverso dai contanti», «dispositivo, oggetto o record protetto», «mezzo di scambio digitale» e «valuta virtuale». Più in generale, sui vantaggi e gli svantaggi di ricorrere a definizioni legali nell'ambito del diritto penale v. gli autorevoli contributi raccolti in A. CADOPPI (a cura di), *Il problema delle definizioni legali in diritto penale*. Omnis definitio in iure periculosa?, Cedam, 1996.

<sup>19</sup> Sul concetto di definizioni legali celate v. W. FRISCH, *Le definizioni legali nel diritto penale tedesco*, in A. CADOPPI (a cura di), *Il problema delle definizioni legali*, cit., 190 ss., in specie 204 ss.



telematico». La seconda parte è rappresentata da un concetto definitorio (c.d. *definiens*) che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe chiarire il sintagma legale contenuto nel *definiendum*.

La prima parte del precetto di cui all'art. 615-ter c.p. arricchisce, mediante alcuni contenuti descrittivi, quanto previsto nella rubrica. Non solo viene utilizzato l'avverbio «abusivamente», in luogo dell'aggettivo «abusivo», per connotare il carattere lesivo della condotta tipica, ma quest'ultima viene descritta in termini di *introdursi*, anziché di *accesso*. La parte precettiva del delitto specifica poi che il fatto di “intrusione” acquista rilievo penale qualora abbia ad oggetto un sistema informatico o telematico «protetto da misure di sicurezza» ed in tal senso prevede, per la sua realizzazione, una conseguenza giuridica (reclusione fino a tre anni).

Più ricca, dal punto di vista contenutistico, è la seconda parte del precetto dell'art. 615-ter c.p., la quale stabilisce che si ha *accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico* anche quando il soggetto agente «vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo».

Nel definire il concetto giuridico di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico e nel determinarne il disvalore sociale, il legislatore del 1993 ha preso a modello il delitto di violazione di domicilio<sup>20</sup>. Oltre alla sostanziale coincidenza con l'originario trattamento sanzionatorio dell'art. 614 c.p. (reclusione fino a tre anni nell'ipotesi base, da uno a cinque anni per le ipotesi aggravate di cui al comma 2, n. 1, 2 e 3)<sup>21</sup>, evidenti sono le affinità semantiche che connotano la formulazione del fatto tipico.

L'art. 615-ter c.p. sanziona due ipotesi, tra loro alternative, di condotta: quella (attiva) di chi *si introduce* abusivamente in un sistema informatico e quella (omissiva) di chi *vi si mantiene* (in luogo del «*si trattiene*» dell'art. 614, co. 2, c.p.) contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo. Si tratta, dunque, di una norma a più fattispecie<sup>22</sup>.

Anziché descrivere la condotta tipica in termini di *accesso* ad un sistema informatico o telematico, che sarebbe stata sicuramente più adeguata al contesto informatico ed in linea con le prescrizioni di fonte sovranazionale, il nostro legislatore ha impiegato il discutibile verbo *introdursi*<sup>23</sup>. Tale espressione, che più si confà a condotte che consistono nel varcare fisicamente il perimetro di uno spazio delimitato (domicilio o privata dimora), ha creato alcuni problemi interpretativi in giurisprudenza ed in dottrina<sup>24</sup>.

In relazione ad un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza, quale oggetto materiale del reato di cui all'art. 615-ter c.p., il fatto tipico di *introdursi*, non potendo configurarsi con un mero contatto fisico con l'elaboratore, deve sostanziarsi in un dialogo logico con una sua parte *software*. In tal senso, il soggetto agente «*si introduce*» in un sistema informatico nel momento in cui riesce a comunicare con un *computer*, mettendosi nelle condizioni di fargli eseguire determinate funzioni o di poter operare direttamente sul sistema<sup>25</sup>. Ai fini della configurabilità della condotta di “introduzione” non è, però, necessario che l'agente prenda effettiva conoscenza dei dati o delle informazioni contenute nel sistema violato<sup>26</sup>.

Oltre all'ipotesi commissiva dell'“introduzione” abusiva, l'art. 615-ter c.p. punisce quella (omissiva) del *mantenersi* in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza.

Come è stato correttamente sottolineato in dottrina, il fatto tipico del *mantenersi* in un sistema informatico «si prospetta come una variante non molto felice del “si trattiene” dei delitti di violazione di domicilio, di cui ripete e amplifica le incertezze»<sup>27</sup>. Al pari di quella di “intrusione”, si tratta, dunque,

<sup>20</sup> Cfr., in giurisprudenza, Cass., Sez. V, 7 novembre 2020, n. 12732.

<sup>21</sup> Con la l. 26 aprile 2019, n. 36, recante «*modifiche in materia di legittima difesa*», il legislatore ha provveduto ad innalzare il trattamento sanzionatorio del delitto di cui all'art. 614 c.p., che viene ora punito, nella sua ipotesi base, con la reclusione da uno a quattro anni.

<sup>22</sup> Sulle norme a più fattispecie (o c.d. norme miste alternative) v. F. MANTOVANI, *Dir. pen.*, PG, 11° ed., Cedam, 2020, 509.

<sup>23</sup> Cfr. F. PAZIENZA, *In tema di criminalità informatica: l'art. 4 della legge 23 dicembre 1993*, n. 547, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 750 ss., 755; L. PICOTTI, voce *Reati informatici*, in *Enc. giur. Treccani*, agg., vol. VII, 2000, 1 ss., 22.

<sup>24</sup> F. PAZIENZA, *In tema di criminalità informatica*, cit., 755.

<sup>25</sup> I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 668.

<sup>26</sup> *Contra* Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 4694, secondo cui la condotta di “introduzione” sarebbe da intendersi come «*accesso alla conoscenza dei dati o informazioni contenuti nel sistema, effettuato sia da lontano (attività tipica dell'hacker) sia da vicino (da persona, cioè, che si trova a diretto contatto dell'elaboratore)*».

<sup>27</sup> F. PAZIENZA, *In tema di criminalità informatica*, cit., 755.

di una condotta che «trasuda di fisicità»<sup>28</sup> e che mal si addice al contesto informatico.

La condotta del “mantenersi” in un sistema informatico o telematico abbraccia le ipotesi di c.d. permanenza (“sosta”) non autorizzata in un dispositivo elettronico, che non potrebbero essere altrimenti sussunte in quella (commissiva) di “intrusione”. Il classico esempio da manuale, che non trova, però, riscontro nella prassi applicativa (v. *infra*, par. 3), concerne la condotta del tecnico informatico che, dopo essere stato autorizzato ad accedere ad un sistema informatico per verificarne il corretto funzionamento e l’assenza di programmi “malevoli” (c.d. *malware*), anziché uscire dal sistema (mediante c.d. *log-out*), decida di trattenervisi<sup>29</sup>. In questo caso il tecnico informatico potrebbe porre in essere attività (consultazione di *file*, cancellazione o sottrazione di dati, ecc.) contrarie a quelle autorizzate dal legittimo titolare del sistema, mettendo così in pericolo i beni giuridici della riservatezza informatica e, indirettamente, della sicurezza informatica. Di conseguenza, la “permanenza” deve intendersi non in senso fisico, bensì come un restare connesso al sistema<sup>30</sup>. In altre parole, il soggetto agente si “trattiene” *invito domino* nel sistema informatico nel momento in cui non interrompe (mediante c.d. *log-out*) il dialogo “logico” instaurato fortuitamente o inizialmente autorizzato da parte del titolare dello *ius excludendi alios*<sup>31</sup>.

In base alla definizione legislativa di accesso abusivo, la condotta di “introduzione” in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza acquista rilievo penale qualora venga posta in essere «abusivamente».

La condotta alternativa consistente nella “mantenersi” in un sistema informatico o telematico deve, invece, realizzarsi «contro la volontà espressa o tacita» del titolare dello *ius excludendi*. Questa locuzione non ha la finalità di connotare in modo diverso il disvalore lesivo dell’ipotesi omissiva del “mantenimento”. Essa pare piuttosto giustificarsi per una mera esigenza di forma e di stile, dal momento che, come si è evidenziato, l’art. 615-ter c.p. ricalca, anche sul piano semantico, la formulazione del delitto di violazione di domicilio, a cui il legislatore del 1993 si è ispirato. Ne consegue che tanto l’“introduzione” quanto la “permanenza” diventano penalmente rilevanti nel momento in cui sono poste in essere in modo *abusivo*, vale a dire in assenza di autorizzazione o comunque contro la *voluntas domini*.

L’avverbio «abusivamente», nell’economia dell’art. 615-ter c.p., integra un elemento tipico costruito negativamente, che concorre a descrivere, sul piano oggettivo, il fatto di reato ed a delimitarne l’ambito di applicazione<sup>32</sup>. Senza la previsione di tale elemento normativo, la disposizione non avrebbe alcun senso, dato che le condotte (alternative) di “introduzione” e di “permanenza” in un sistema informatico o telematico non hanno di per sé una autonoma carica lesiva.

L’“abusività” delle condotte di “intrusione” e “permanenza” rappresenta, dunque, una formula di breviloquenza<sup>33</sup>, che svolge l’importante funzione di esprimere l’illiceità speciale del fatto di reato,

<sup>28</sup> C. PIERGALLINI, *I delitti contro la riservatezza informatica (artt. 615-ter, 615-quater, 615-quinquies)*, in C. PIERGALLINI - F. VIGANÒ - M. VIZZARDI - A. VERRI (a cura di), *I delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, in *Trattato di diritto penale, PS*, diretto da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Cedam, 2015, vol. X, 770 ss., 772.

<sup>29</sup> G. PICA, *Diritto penale*, cit., 42; C. PECORELLA, *Il diritto penale dell’informatica*, cit., 351.

<sup>30</sup> Cfr. I. SALVADORI, *Quando un insider accede abusivamente ad un sistema informatico o telematico? Le sezioni unite precisano l’ambito di applicazione dell’art. 615-ter c.p.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, n. 1-2, 369 ss., 378.

<sup>31</sup> Non pare pertanto corretto quanto sostenuto da Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 4694, secondo cui la condotta di “permanenza” in un sistema informatico sarebbe da intendersi «come il persistere nella già avvenuta introduzione, inizialmente autorizzata o casuale, continuando ad accedere alla conoscenza dei dati nonostante il divieto, anche tacito, del titolare del sistema». Per un commento alla citata pronuncia della Cassazione a sezioni unite v. R. BARTOLI, *L’accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615-ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, n. 1, 123 ss.; C. PECORELLA, *L’attesa pronuncia delle Sezioni unite sull’accesso abusivo a un sistema informatico: un passo avanti non risolutivo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3681 ss.; volendo anche I. SALVADORI, *Quando un insider accede abusivamente ad un sistema informatico o telematico? Le Sezioni Unite precisano l’ambito di applicazione dell’art. 615-ter c.p.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 369 ss.

<sup>32</sup> I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 670 s.

<sup>33</sup> A. PAGLIARO, *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 444 ss., il quale evidenzia come l’impiego dell’avverbio “abusivamente” in molte disposizioni penali sia un classico esempio di normazione sintetica.

contribuendo, sul piano oggettivo, a delimitarlo ed a definirne il disvalore lesivo.

Il nostro legislatore ha limitato l'ambito di applicazione dell'art. 615-ter c.p. ai sistemi informatici o telematici «protetti da misure di sicurezza». Non ha, però, espressamente richiesto, ai fini della configurabilità del reato, la oggettiva violazione delle menzionate misure di sicurezza.

Nell'economia del reato, il richiamo alla predisposizione di misure di sicurezza viene a costituire un presupposto necessario per godere della tutela penale rispetto a condotte di "intrusione" o "permanenza" non autorizzate in un sistema informatico.

Ai fini della configurabilità del reato, è sufficiente che il sistema informatico sia protetto da una qualsiasi misura di sicurezza, essendo irrilevante il suo livello di complessità o il suo grado di efficacia contro forme di intrusione poste in essere da soggetti non autorizzati.

### **3. Una breve analisi dell'applicazione giurisprudenziale del reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico**

Dall'analisi della cospicua applicazione giurisprudenziale del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico emerge come la descrizione del fatto di reato in termini dicotomici ("introduzione" e "mantenimento"), pur a fronte dell'interpretazione fornita da due importanti pronunce della Cassazione a sezioni unite, continui a sollevare notevoli problemi ermeneutici<sup>34</sup>.

Un iniziale orientamento giurisprudenziale, valorizzando la prima parte del precetto dell'art. 615-ter, co. 1, c.p., aveva ritenuto penalmente rilevante il solo accesso ad un sistema informatico effettuato da un soggetto non abilitato (c.d. *outsider*)<sup>35</sup>. Prive di rilevanza penale venivano considerate, di contro, le condotte poste in essere da soggetti abilitati (c.d. *insider*) ad accedere ad un sistema informatico, che avessero utilizzato il legittimo titolo di accesso per finalità estranee o illecite<sup>36</sup>.

Di fronte ai sempre più frequenti casi di accesso posti in essere da parte di soggetti abilitati che, servendosi delle credenziali legittimamente detenute, si introducevano in un particolare ambito o spazio (virtuale) del sistema informatico per prendere visione di informazioni riservate o per danneggiare dati o programmi informatici, la giurisprudenza si è progressivamente discostata dal suo iniziale orientamento restrittivo<sup>37</sup>. Si è così consolidata la tesi secondo la quale l'accesso, di per sé legittimo, ad un sistema informatico da parte del c.d. *insider* diventerebbe abusivo e, di conseguenza, penalmente rilevante per il suo protrarsi all'interno del sistema per finalità o ragioni contrarie agli interessi del titolare dello *ius excludendi alios*<sup>38</sup>. La condotta degli *insider* andrebbe pertanto ad integrare un'ipotesi di "permanenza" *invito domino* all'interno del sistema informatico<sup>39</sup>. Ed in tal senso commetterebbe reato anche chi, dopo essere legittimamente entrato in un sistema informatico, «continui ad operare o a servirsi di esso oltre i limiti prefissati dal titolare»<sup>40</sup>.

Questo discutibile orientamento, più che voler punire le condotte abusive di "permanenza" *invito domino* in un sistema informatico, pare essere motivato dalla volontà di reprimere ogni utilizzo indebito di un sistema informatico. Ma così facendo, si travalicano i limiti del significato letterale della norma, creando, in violazione del principio di tassatività e del conseguente divieto di analogia, una nuova fattispecie, volta a punire ogni forma di *utilizzo* non autorizzato di un dispositivo per il trattamento automatizzato di dati<sup>41</sup>.

---

<sup>34</sup> Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 4694.

<sup>35</sup> In tal senso v., *ex pluribus*, Cass., Sez. V, 20 dicembre 2017, n. 2534; Cass., Sez. V, 25 giugno 2009, n. 40078; Cass., Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 3290; Cass., Sez. V, 29 maggio 2008, n. 26797.

<sup>36</sup> Ritiene irrilevante, ai fini penali, che l'accesso avvenga per finalità estranee a quelle per cui l'autorizzazione è stata concessa Cass., Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 3290. Prive di rilievo, per la configurabilità dell'art. 615-ter c.p., sarebbero anche le finalità illecite per Cass., Sez. V, 29 maggio 2008, n. 26797.

<sup>37</sup> Nella maggior parte dei casi si è trattato di casi concernenti pubblici dipendenti che, approfittando del fatto di essere autorizzati ad accedere ad archivi e registri informatici ovvero a banche dati della pubblica amministrazione, procedevano, nell'interesse proprio o di terzi, a consultare dati non pertinenti alle loro mansioni.

<sup>38</sup> In questi termini v., ad es., Cass., Sez. V, 22 settembre 2010, n. 39620; Cass., Sez. V, 16 febbraio 2010, n. 19463; Cass., Sez. V, 8 luglio 2008, n. 37322; Cass., Sez. V, 7 novembre 2000, n. 12732.

<sup>39</sup> In questi termini v., ad es., Cass., Sez. V, 22 settembre 2010, n. 39620; Cass., Sez. V, 8 luglio 2008, n. 37322.

<sup>40</sup> Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 4694.

<sup>41</sup> I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 674 s.

Tale ricostruzione, in termini estensivi, del fatto di reato contrasta inoltre con la *ratio* dell'art. 615-ter c.p. Mediante la previsione del delitto di accesso abusivo, il legislatore del 1993 ha voluto punire la mera "permanenza" abusiva in un sistema informatico, in quanto crea il rischio che l'agente possa svolgere in futuro attività contrarie a quelle per le quali era stato autorizzato ad accedere, ma non le (ulteriori e diverse) attività (di consultazione o copiatura di dati) poste in essere contestualmente, le quali potrebbero acquisire autonomo rilievo penale (ad es. per la rivelazione di segreti d'ufficio ex art. 326 c.p.).

In definitiva, non pare corretto ricondurre le sempre più frequenti condotte di accesso abusivo poste in essere dagli *insider* nell'alveo dell'art. 615-ter c.p., in quanto, alla luce della sua formulazione, non integrerebbero in senso stretto una ipotesi di "accesso" non autorizzato ad un sistema informatico. Si tratterebbe invero di condotte che, da un lato, non sarebbero abusive, in quanto realizzate da soggetti legittimati ad accedervi e, dall'altro, non avrebbero ad oggetto un sistema informatico «*protetto da misure di sicurezza*», in quanto tali soggetti accederebbero o comunque si "manterrebbero" (o rimarrebbero connessi) all'interno di un'area (o partizione) del sistema stesso non protetta.

#### 4. L'incriminazione dell'accesso non autorizzato ad un sistema informatico in prospettiva comparata

Tre sono le principali tecniche di incriminazione impiegate nei sistemi di *common-law* e di *civil-law* per punire l'accesso non autorizzato ad un sistema informatico (c.d. *hacking*).

La prima tecnica, che è la più diffusa nella legislazione penale (*statutes*) di molti Stati americani, consiste nel sanzionare il mero fatto di accedere senza autorizzazione ad un sistema informatico (c.d. *computer trespass*)<sup>42</sup>. Fattispecie analoghe si trovano anche in alcuni ordinamenti giuridici europei. In Portogallo, ad esempio, viene punito, con la reclusione fino ad un anno o la multa, chiunque acceda ad un sistema informatico senza diritto o senza autorizzazione da parte del suo proprietario o titolare (art. 6, par. 1, l. n. 119/2009)<sup>43</sup>. L'art. 138 del codice penale olandese punisce, con la reclusione fino a sei mesi o la multa, il fatto di accedere intenzionalmente e senza diritto ad un sistema informatico o ad una sua parte<sup>44</sup>.

La seconda tecnica di incriminazione, in linea con quanto previsto dall'art. 3 della Direttiva 2013/40/UE, subordina la rilevanza penale delle condotte di accesso ad un sistema informatico alla violazione di misure di sicurezza («*by infringing security measures*»)<sup>45</sup>.

L'art. 197-bis del codice penale spagnolo, riformato dalla *Ley orgánica* del 30 marzo 2015, n. 1, punisce, con la reclusione da sei mesi a due anni, il fatto di chi «*violando le misure di sicurezza stabilite per impedirlo, e senza essere debitamente autorizzato, accede o facilita l'accesso ad un sistema informatico o ad una sua parte [...]*»<sup>46</sup>. Simili sono le previsioni legali contemplate nella legislazione penale irlandese (§ 2 CJA 2017), finlandese (chapter 8, Sec. 8a, *Criminal Code*), ceca (art. 230 *Criminal*

<sup>42</sup> V., ad es., la legislazione dei seguenti Stati: Arizona (Ariz. Rev. Stat. §§ 13-2316A.8); Arkansas (Ark. Code § 5-41-104(a)); Colorado (Colo. Rev. Stat. § 502(15)(C)(7)); Connecticut (Conn. Gen. Stat. § 53a-251(b)); Florida (Fla. Stat. 815.06(2)(a)); Kansas (Kan. Stat. § 21-5839(5)) e Vermont (Vt. Stat. tit. § 4101(1)). Per una dettagliata analisi della legislazione statale americana in materia di accesso non autorizzato ad un sistema informatico v. O.S. KERR, *Norms of Computer Trespass*, in 116 *Columbia L. Rev.*, 2016, 11143 ss.; volendo v. anche I. SALVADORI, *L'esperienza giuridica degli Stati Uniti d'America in materia di hacking e cracking*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1243 ss.

<sup>43</sup> Analoga è la tecnica di incriminazione adottata in Argentina (art. 153-bis, par. 1, *Código penal*).

<sup>44</sup> B.-J. KOOPS, *Cybercrime Legislation in The Netherlands*, in *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress on Comparative Law*, 2010, 2 ss., 7, consultabile al sito [https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/1260757/Koops\\_Cybercrime\\_Legislation\\_Netherlands\\_100826.pdf](https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/1260757/Koops_Cybercrime_Legislation_Netherlands_100826.pdf).

<sup>45</sup> I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 669.

<sup>46</sup> Per un'analisi critica dell'art. 197-bis c.p. v. E. VELASCO NUÑEZ, *Los delitos informáticos*, in AA.VV., *La reforma del código penal a debate*, Deusto, 2016, 377 ss.; N.J. DE LA MATA BARRANCO, *Delitos contra los sistemas de información*, in N.J. DE LA MATA BARRANCO - J. DOPICO GÓMEZ-ALLER - J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ-A. NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Dykinson, 2018, 727 ss., 734 ss.; nonché FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 3/2017, de 21 de septiembre, *sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*, consultabile al sito <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2017-00003>.

Code), norvegese (Sec. 204 *Criminal Code*), serba (art. 302 c.p.) e lettone (art. 241 c.p.)<sup>47</sup>.

Peculiare è la scelta operata dal legislatore romeno, il quale ha previsto un aggravamento di pena (reclusione da 6 mesi a 3 anni), rispetto alle ipotesi base di mero accesso (per la quale è prevista la reclusione da tre a dodici anni), qualora l'accesso illecito ad un sistema informatico venga commesso mediante la violazione di misure di sicurezza<sup>48</sup>. In base all'art. 34, lett. h, l. 196/2003, le misure di sicurezza vengono definite come «l'utilizzo di determinate procedure, dispositivi o specifici programmi informatici mediante i quali l'accesso ad un sistema informatico viene limitato o proibito a determinate categorie di utenti».

Analogamente a quanto previsto dal nostro legislatore, il codice penale svizzero non subordina la rilevanza penale dell'accesso ad un sistema informatico alla violazione di misure di sicurezza, limitando l'ambito di applicazione della fattispecie ai sistemi protetti dalle suddette misure<sup>49</sup>.

La terza tecnica di incriminazione consiste nel punire, oltre all'accesso ad un sistema informatico, anche il fatto di “mantenersi” al suo interno contro la *voluntas domini*. Tale scelta politico-criminale è stata adottata, oltre che dal nostro legislatore, da quello francese (art. 323-1 *Code pénal*), belga (art. 550-bis *Code pénal*), lussemburghese (art. 509-1 *Code pénal*), spagnolo (art. 197-bis *Código penal*), turco (art. 243 *Criminal Code*) e colombiano (art. 269a *Código penal*).

Nella maggior parte degli ordinamenti di *common-law* e di *civil-law* l'accesso ad un sistema informatico ha rilevanza penale qualora venga posto in essere «senza autorizzazione» (*without authorization*)<sup>50</sup>, «senza diritto» (*without right*)<sup>51</sup> o, in alcuni casi, senza un ragionevole motivo (*reasonable excuse*)<sup>52</sup>.

Diversa è stata la scelta operata dai legislatori francese (Art. 323-1 *Code pénal*) e lussemburghese (art. 509-1 *Code pénal*), i quali puniscono il fatto di chi accede o si mantiene *fraudolentement* in un sistema di trattamento automatizzato di dati.

Per reprimere i casi in cui un soggetto è legittimato ad accedere ad un sistema informatico, ma non a determinate informazioni, dati o programmi in esso contenuti, molti legislatori puniscono l'accesso non autorizzato ad un sistema informatico o «*ad una sua parte*»<sup>53</sup>.

Nessun ordinamento giuridico europeo definisce espressamente la condotta di «accesso» ad un sistema informatico, a differenza di quanto avviene nella legislazione di molti Stati americani.

In base alle definizioni più ricorrenti negli *statutes* americani, l'«accesso» (*access*) ad un sistema informatico viene inteso come “ottenere accesso” (*gain entry*)<sup>54</sup>, “dare istruzioni” (*to instruct*)<sup>55</sup>, “comunicare con” (*communicate with*) un dispositivo elettronico<sup>56</sup>, “recuperare dati” (*retrieve data from*) da un sistema informatico<sup>57</sup> ovvero “fare uso delle risorse” (*make use of any resources*) di un

---

<sup>47</sup> L'art. 241 del codice penale lettone punisce, tuttavia, non solo l'accesso ad un sistema informatico realizzato mediante la violazione di misure di sicurezza, ma anche il mero accesso posto in essere senza autorizzazione o avvalendosi dei privilegi spettanti al titolare, purché, in entrambi i casi, dal fatto derivi un danno significativo al titolare del sistema violato.

<sup>48</sup> I.-C. MIHAI, *Romanian Legislation on Cybercrime*, in *Int'l Journal on Information Security and Cybercrime*, 2016, vol. 5, 25 ss.

<sup>49</sup> § 143-bis StGB: «*Wer auf dem Wege von Datenübertragungseinrichtungen unbefugterweise in ein fremdes, gegen seinen Zugriff besonders gesichertes Datenverarbeitungssystem eindringt, wird*».

<sup>50</sup> Tale locuzione viene impiegata dal legislatore belga (art. 550-bis *Code Pénal*), portoghese (art. 6 l. n. 119/2009), maltese (art. 337C c.p.), svizzero (art. 143bis StGB), spagnolo (art. 197-bis c.p.); polacco (art. 267 c.p.), ceco (art. 230 c.p.) e serbo (art. 302 c.p.).

<sup>51</sup> Tale tecnica è stata adottata, ad es., in Romania (art. 42 l. n. 196/2003).

<sup>52</sup> In quest'ultimo senso v., ad es., la legislazione penale irlandese (S. 1 *Criminal Justice (Offencing relating to Informatyion Systems) Act* del 2017).

<sup>53</sup> È questa la scelta adottata in Austria («*wer zu einem Computersystem...oder su einem Teil einen solchen...Zugang verschafft*»: § 118a StGB), in Portogallo (art. 6 l. n. 119/2009), in Turchia (art. 243 c.p.), in Francia (art. 323-1 *Code Pénal*), in Lussemburgo (art. 509-1 *Code Pénal*), in Finlandia (Chapter 8, Sec. 8a *Criminal Code*), nella Repubblica ceca (art. 230 c.p.), in Norvegia (Sec. 204 *Criminal Code*), in Olanda (art. 138 c.p.) ed in Colombia (art. 269A c.p.).

<sup>54</sup> Colorado (Colo. Rev. Stat. § 502(b)81)).

<sup>55</sup> Iowa (Iowa Code § 702.1A(2)) e Nevada (Nev. Rev. Stat. § 205.4732).

<sup>56</sup> Arkansas (Ark. Code §§ 5-41-102(1)); Florida (Fla. Stat. 815.03(1)) e Vermont (Vt. Stat. tit. § 4101(1)).

<sup>57</sup> Maryland (Md. Stat. Crim. Law § 7-302(a)(2)) e New York (New York Penal Law § 156.00(7)).

elaboratore<sup>58</sup>.

A differenza di quanto stabilito dagli organismi sovranazionali e dalla Unione europea, alcuni legislatori europei (ad es. tedesco, austriaco, greco, islandese e bulgaro) non puniscono il mero accesso non autorizzato ad un sistema informatico, bensì il fatto (successivo) dell'accesso illecito a dati o programmi contenuti al suo interno<sup>59</sup>.

## 5. Le ragioni per una riformulazione dell'art. 615-ter c.p.

Sulla base dalle considerazioni sin qui svolte, è possibile avanzare, in prospettiva *de lege ferenda*, alcune proposte di riforma dell'art. 615-ter c.p. al fine di superare le difficoltà ermeneutiche ed applicative ad esso connesse ed emerse in giurisprudenza, e rendendo al contempo la fattispecie più aderente al substrato empirico-criminologico, nonché alle prescrizioni di fonte sovranazionale. In tal senso, nel riformulare il reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico di cui all'art. 615-ter c.p., si potrebbe prendere a modello, analogamente a quanto operato in molti Paesi europei (v. *supra*, par. 4), la disposizione sull'«*accesso illegale ad un sistema di informazione*», di cui all'art. 3 della Direttiva 2013/40/UE.

La scelta politico-criminale fatta propria dal Parlamento europeo è di sanzionare la condotta di «*accesso senza diritto ad un sistema di informazione o a una parte dello stesso, qualora sia commesso in violazione di una misura di sicurezza, almeno per i casi che non sono di minore gravità*».

Molti legislatori nazionali (ad. es. spagnolo, tedesco ed austriaco), in linea con gli obblighi di incriminazione di fonte europea, hanno limitato l'ambito del penalmente rilevante alle condotte di accesso non autorizzato a sistemi informatici oppure a dati informatici realizzate attraverso la violazione delle misure di sicurezza (v. *supra*, par. 4).

Mediante tale formulazione, la relazione conflittuale fra portatori di interessi contrapposti diventa, nel contesto virtuale nel quale sono soliti realizzarsi gli accessi non autorizzati, più facilmente percepibile e riconoscibile. Nel momento in cui il soggetto agente aggira in modo illegittimo una misura di sicurezza posta a protezione di un *computer* va consapevolmente oltre i limiti della (tendenziale) libertà di accesso alle informazioni ed ai dati, che connota il *web*.

La previsione, quale requisito tipico di fattispecie, della oggettiva violazione delle misure di sicurezza poste a protezione del sistema informatico rischierebbe, però, di lasciare prive di rilevanza penale le condotte, sempre più frequenti nella prassi, degli impiegati (pubblici o privati) che accedono ad un sistema informatico oltrepassando i limiti dell'autorizzazione.

Come è emerso dall'analisi della prassi applicativa (v. *supra*, par. 3) i c.d. *insider*, una volta introdottisi legittimamente in un sistema informatico mediante le credenziali di accesso di cui dispongono per ragioni di ufficio o per volontà del titolare del sistema, possono agevolmente accedere a spazi (virtuali) o ambiti non protetti (di una banca dati, di un *cloud*, ecc.) per porre in essere attività (ad es. consultare, copiare o modificare dati) contrarie alle prescrizioni impartite dal titolare dello *ius excludendi*.

La condotta di accesso ad un sistema informatico da parte di un *insider* non potrebbe essere sanzionata penalmente, dal momento che l'iniziale accesso al sistema è avvenuto in modo legittimo. In tali casi mancherebbe l'oggettiva violazione di misure di sicurezza, dato che il soggetto agente si è "introdotta" nel sistema utilizzando le credenziali di accesso (ad es. *username* e *password*) da lui legittimamente detenute.

La espressa previsione, in sede di tipicità, della violazione di misure di sicurezza avrebbe una limitata rilevanza pratica in sede di selezione dei comportamenti meritevoli di sanzione penale posti in essere dai c.d. *outsider*, vale a dire dai soggetti non autorizzati ad accedere ad un sistema informatico. L'"intrusione", qualora avvenisse mediante l'aggiramento fraudolento delle misure poste a protezione del *computer* o l'impiego non autorizzato delle credenziali di accesso, si connoterebbe, comunque, per

---

<sup>58</sup> Vermont (Vt. Stat. tit. § 4101(1)).

<sup>59</sup> Sulla peculiare struttura della fattispecie di spionaggio di dati informatici (*Ausspähen von Daten*) di cui al § 202a StGB v. J. EISELE, *Computer- und Medienstrafrecht*, München, 2013, 33 ss.; E. HILGENDORF - B. VALERIUS, *Computer- und Internetstrafrecht. Ein Grundriss*, 3. Auf., Springer, 2021, 79 ss.

la sua “abusività”, dato che verrebbe realizzata “senza autorizzazione”<sup>60</sup>. Si pensi, a titolo esemplificativo, al soggetto che si introduce nel servizio informatico della Agenzia delle entrate, che consente la consultazione delle proprie informazioni fiscali (c.d. “cassetto fiscale”), utilizzando indebitamente le *password* di accesso sottratte al titolare del suddetto spazio virtuale e senza il suo consenso<sup>61</sup>.

Tenuto conto delle oggettive difficoltà ermeneutiche emerse in sede di sussunzione delle condotte dei c.d. *insider* nell’alveo dell’art. 615-ter c.p., si potrebbe riformulare, in prospettiva *de jure condendo*, il reato di accesso abusivo sopprimendo l’attuale dicotomia (“introduzione” e “mantenimento”) che connota il fatto di reato, prendendo a modello la fattispecie di accesso illecito ad un sistema informatico («*illegal access*»), prevista dall’art. 2 della Convenzione di Budapest sul *cybercrime*.

La condivisibile scelta politico-criminale del Consiglio d’Europa è di sanzionare la mera condotta di «*accesso non autorizzato ad un sistema informatico o ad una sua parte*», anche a prescindere dal requisito della oggettiva violazione di misure di sicurezza, la cui previsione, in sede di definizione del fatto di reato, è lasciata alla discrezionalità dei legislatori nazionali<sup>62</sup>.

L’incriminazione del mero “*accesso*” non autorizzato (o “*senza diritto*”) ad un sistema informatico o ad una sua parte permetterebbe di punire innanzitutto le condotte di “intrusione” poste in essere dai c.d. *outsider*. Essa consentirebbe al contempo di abbracciare anche le condotte dei c.d. *insider*, che si spingono oltre i limiti dell’autorizzazione, accedendo a parti o “spazi” (virtuali) riservati, che sarebbero loro preclusi dal titolare del sistema o che esulerebbero dall’ambito delle loro competenze o mansioni lavorative.

Il carattere “*non autorizzato*” dell’accesso ad un sistema informatico da parte di un *insider*, contrariamente a quanto stabilito da un settore giurisprudenziale (v. *supra*, par. 3), non dovrebbe determinarsi in ragione delle finalità o degli interessi che muovono l’agente, bensì sulla base di un parametro oggettivo, vale a dire per la violazione delle prescrizioni impartite dal c.d. *dominus loci* e che possono essere contenute in regolamenti interni, disposizioni e prassi aziendali o norme, anche di natura contrattuale (come, ad es. i contratti individuali di lavoro) o di tipo tecnico-informatico.

Le disposizioni stabilite dal titolare del sistema dovrebbero, in tal senso, determinare, in modo chiaro e preciso, le condizioni per le quali l’accesso è consentito ed i limiti della relativa abilitazione ad accedere al sistema o ad una sua parte. In questo modo, i dipendenti o *insider* potrebbero conoscere a priori l’ambito di loro legittima competenza, gli spazi (o “partizioni”) del sistema informatico ai quali possono accedere legittimamente e sui quali possono operare nell’esercizio delle loro mansioni, nonché i limiti strumentali alla fruizione dei dati contenuti nei sistemi. Verrebbero così definiti con chiarezza i presupposti per il configurarsi di una responsabilità penale per l’utilizzo illegittimo del titolo abilitante all’accesso ad un sistema informatico.

La previsione di apposite prescrizioni (di natura extrapenale, contrattuale o tecnico-informatica), che stabiliscano gli ambiti e gli spazi di accesso autorizzato o le ragioni per le quali esso è autorizzato, consentirebbe altresì all’autorità giudiziaria di determinare, mediante un parametro oggettivo, se la condotta posta in essere dall’*insider* contrasti con quanto autorizzato dal titolare dello *ius excludendi* e, di conseguenza, acquisti rilievo penale.

Una eccessiva dilatazione del requisito della “mancanza di autorizzazione” potrebbe, però, far sorgere il rischio di un’applicazione della fattispecie di accesso “abusivo” ad un sistema informatico anche ai casi di mera “disobbedienza” e privi di un disvalore lesivo, in specie nelle ipotesi in cui l’accesso da parte dei c.d. *insider*, anziché essere stato limitato mediante sistemi di sicurezza di tipo tecnico-informatico che ne consentano il controllo, anche da remoto, ovvero attraverso prescrizioni dettagliate, sia stato definito sulla base di generiche regole relative, ad esempio, alla organizzazione interna dell’ufficio<sup>63</sup>. In tal senso è stato correttamente sottolineato in giurisprudenza che «*eventuali*

---

<sup>60</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 18 maggio 2017, n. 41210, con nota critica di S. SEMINARA, *Note sul reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici da parte di un pubblico agente (art. 615-ter, co. 2, n. 1, c.p.)*, in *MediaLaws*, 2018, n. 2, 242 ss.

<sup>61</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 15 febbraio 2021, n. 15899.

<sup>62</sup> Cybercrime Convention, *Explanatory Report*, n. 44-45.

<sup>63</sup> Tale rischio è stato opportunamente evidenziato anche nel considerando 18 della direttiva 2013/40/UE, nella parte in cui si afferma che «*nel contesto della presente direttiva, per gli obblighi o gli accordi contrattuali intesi a limitare l’accesso ai sistemi di informazione tramite norme d’uso o condizioni del servizio, nonché per controversie lavorative riguardo all’accesso e all’uso di sistemi di informazione di un datore di lavoro per scopi*

*disposizioni sulla collocazione oraria degli accessi al sistema informatico, nell'ambito della giornata lavorativa del dipendente, non appaiono rilevanti quali oggetto di una violazione idonea a dar luogo alla realizzazione della fattispecie» di cui all'art. 615-ter c.p.<sup>64</sup>.*

Nell'individuare le disposizioni la cui infrazione concorre ad integrare il reato di accesso non autorizzato ad un sistema informatico non dovrebbero pertanto avere alcuna rilevanza le disposizioni che attengono al solo profilo dell'organizzazione lavorativa interna dell'ufficio presso il quale opera il soggetto che si è "introdotto" nel sistema informatico<sup>65</sup>.

L'"abusività" della condotta di accesso ad un sistema informatico, in specie in relazione alle condotte poste in essere dai dipendenti pubblici, non potrebbe neppure essere ravvisata sulla base di un generico riferimento alla violazione dei principi (di imparzialità, trasparenza, pubblicità, buon andamento, fedeltà, ecc.) che conformano lo statuto della pubblica amministrazione, dato che non stabiliscono alcuna precisa prescrizione in ordine alle modalità di accesso ed alle operazioni consentite all'utente abilitato<sup>66</sup>.

In definitiva, ai fini della determinazione del carattere "abusivo" delle condotte di accesso ad un sistema informatico dovrebbero avere esclusivo rilievo le prescrizioni impartite dal titolare dello *ius excludendi alios* volte a regolare specificamente l'accesso al sistema e la cui *oggettiva* (e consapevole) *violazione* da parte del soggetto agente concorre a definire il carattere offensivo della condotta. Nel momento in cui quest'ultimo viola o comunque eccede dolosamente i limiti dell'autorizzazione ad accedere ad un sistema soddisfa l'interesse personale (o "di parte") che si contrappone a quello, tutelato dalla norma incriminatrice, che fa capo al soggetto passivo. Ed è in questo momento che la condotta del soggetto agente diventa socialmente apprezzabile e rilevante sul piano penale. Essa acquista, infatti, una oggettiva dimensione lesiva, venendo ad incidere, nell'ambito della relazione intersoggettiva in cui viene posta in essere, sul contrapposto interesse, oggetto di specifica protezione penale, della riservatezza informatica, da intendersi come diritto, spettante al titolare del sistema violato, al libero, pacifico ed esclusivo godimento di un ambito o spazio virtuali senza interferenze illegittime altrui.

Sulla base di tali considerazioni, l'art. 615-ter, co. 1, c.p. potrebbe essere riformulato nel seguente modo: «*chiunque, senza autorizzazione o eccedendone i limiti, accede ad un sistema informatico o ad una sua parte è punito con la reclusione fino a tre anni*». Di conseguenza, la rubrica dell'art. 615-ter c.p. andrebbe così formulata: «*accesso non autorizzato ad un sistema informatico*».

Tale formulazione, pur non coincidendo sul piano lessicale con l'art. 3 della citata Direttiva 40/2013/UE, consentirebbe, comunque, di dare piena attuazione agli obblighi di incriminazione di fonte europea. Nell'ambito di applicazione della fattispecie riformulata rientrerebbero non solo le condotte di accesso ad un sistema informatico realizzate mediante la violazione di una misura di sicurezza, in quanto poste in essere «senza autorizzazione» da parte del titolare dello *ius excludendi alios*, ma anche quelle dell'*insider* che accede ad una parte del sistema eccedendo i limiti dell'autorizzazione (ad es. per consultare o copiare dati informatici).

Anche per (talune) ipotesi aggravate dell'art. 615-ter c.p., rispetto alle quali il legislatore ha previsto la procedibilità d'ufficio, sarebbe auspicabile un opportuno *restyling* in modo da renderle più aderenti all'attuale substrato empirico-criminologico ed evitare, al contempo, le aporie interpretative emerse nella prassi<sup>67</sup>.

Non sussistono particolari ragioni per modificare l'attuale formulazione della circostanza aggravante

---

*privati, non dovrebbe essere prevista responsabilità penale, quando l'accesso in tali circostanze sia ritenuto non autorizzato e, pertanto, costituisca l'unico presupposto per l'esercizio dell'azione penale». Ad analoghe conclusioni giunge, in dottrina, C. PECORELLA, voce *Reati informatici*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 2017, 707 ss., 723.*

<sup>64</sup> Cass., Sez. V, 24 settembre 2014, n. 47938.

<sup>65</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 24 settembre 2014, n. 47938. In dottrina v. C. PECORELLA, voce *Reati informatici*, cit., 723.

<sup>66</sup> *Contra* Cass., Sez. Un., 18 maggio 2017, n. 41210; in senso conforme Cass., Sez. V, 13 ottobre 2020, n. 36022; Cass., Sez. V, 25 marzo 2019, n. 18284, secondo cui sarebbe abusivo qualsiasi comportamento del dipendente pubblico che si ponga in contrasto con i doveri che connotano il rapporto di lavoro pubblicistico e tale da manifestare la "ontologica incompatibilità" dell'accesso al sistema informatico.

<sup>67</sup> In tal senso v., con particolare riguardo all'ipotesi aggravata dell'accesso abusivo commesso da un funzionario pubblico con abuso di poteri o violazione di doveri, i rilievi critici di S. SEMINARA, *Note sul reato di accesso abusivo*, cit., 236 ss.; R. FLOR, *La condotta del pubblico ufficiale fra violazione della voluntas domini, "abuso" dei profili autorizzativi e "sviamento di potere"*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 514 ss.



(oggettiva) ad effetto speciale di cui al comma 2, n. 1, dell'art. 615-ter c.p., nella parte in cui punisce, con la reclusione da uno a cinque anni, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che abbia commesso il fatto con «*abuso di poteri*» o «*con violazione di doveri inerenti alla funzione o al servizio*»<sup>68</sup>. Lo stesso dicasi per l'ipotesi aggravata prevista per «*chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato*»<sup>69</sup>.

Sarebbe, invece, opportuno riformulare l'ipotesi di accesso abusivo commessa «*con abuso della qualità di operatore di sistema*», trattandosi di una circostanza aggravante che richiama una qualifica professionale non adeguata al contesto informatico<sup>70</sup>. La nozione di «*operatore di sistema*», che si presta ad essere applicata a tutti coloro che “operano” su un elaboratore<sup>71</sup>, andrebbe sostituita con quella, sicuramente più adeguata, di «*amministratore di sistema*»<sup>72</sup>.

L'impiego della qualifica di «*amministratore di sistema*» («*system administrator*») consentirebbe di abbracciare i soggetti qualificati sul piano tecnico-informatico che, avendo il controllo delle fasi del processo di elaborazione e trattamento automatizzato di dati informatici, possono accedere con maggiore facilità ai sistemi informatici sui quali hanno competenza.

Ormai privo di giustificazione pare l'aggravamento di pena, previsto dal comma 2, n. 2, dell'art. 615-ter c.p., per chi accede abusivamente ad un sistema informatico «*con violenza alle persone*» ovvero da parte di soggetto «*palesamente armato*», trattandosi, come si evince dalla sua pressoché nulla applicazione giurisprudenziale, di ipotesi ormai desuete.

Tale circostanza aggravante poteva avere un senso in una epoca in cui, non essendo ancora diffuse le reti telematiche, gli attacchi e le intrusioni a sistemi informatici (pubblici o privati) richiedevano un contatto fisico con l'elaboratore. Ma la quasi totalità degli accessi abusivi viene oggi compiuta da remoto, senza cioè alcun intervento materiale diretto sul sistema informatico da parte del soggetto agente (ad es. *hacker* o *cracker*) e senza alcuna forma di violenza nei confronti del titolare del sistema ovvero di chi abbia il legittimo possesso delle credenziali di accesso.

Opportuna rimane, invece, la previsione dell'ipotesi aggravata di accesso non autorizzato ad un sistema informatico commesso con «*violenza sulle cose*», da interpretarsi alla luce della nozione di cui all'art. 392, co. 3, c.p.<sup>73</sup>.

Andrebbe, invece, soppressa l'ipotesi di cui all'art. 615-ter, co. 2, n. 3, c.p. in quanto integra una controversa ipotesi di reato aggravato dall'evento<sup>74</sup>. Controverso è il rapporto della suddetta

---

<sup>68</sup> Sul disvalore della menzionata ipotesi delittuosa che, contrariamente a quanto sostenuto da un settore giurisprudenziale (in specie Cass., Sez. Un., 18 maggio 2017, n. 41210), non integra una ipotesi autonoma di reato, ma si configura come una vera e propria circostanza aggravante oggettiva e sui criteri per stabilire quando l'accesso ad un sistema informatico commesso da parte di un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio possa qualificarsi come “abusivo” v. i condivisibili rilievi di S. SEMINARA, *Note sul reato di accesso abusivo*, cit., 242 ss.; R. FLOR, *La condotta del pubblico ufficiale*, cit., 514 ss. Sul punto sia consentito rinviare a I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 80 ss.

<sup>69</sup> L'aggravamento di pena per le ipotesi di accesso abusivo commesso da un investigatore privato, anche qualora eserciti abusivamente la professione, si giustifica per la particolare insidiosità della sua condotta, che deriva dalla tendenziale finalità di impossessarsi di dati ed informazioni riservate contenute nel sistema informatico violato ovvero dalla possibilità di disporre, di regola, di mezzi, strumenti e conoscenze necessarie per aggirare le misure di sicurezza ed introdursi abusivamente nei sistemi informatici altrui. Cfr. G. PICA, *Diritto penale*, cit., 72.

<sup>70</sup> Sulla controversa nozione di «operatore di sistema» v. Cass., Sez. V, 24 gennaio 2022, n. 7775.

<sup>71</sup> Cfr. F. MUCCIARELLI, *Commento agli artt. 1, 2, 4 e 10 l. 1993, n. 547*, in *Legisl. pen.*, 1996, 99 ss., 102. Evidenzia il rischio di una interpretazione estensiva di tale concetto Cass., Sez. V, 24 gennaio 2022, n. 7775, la quale sottolinea opportunamente come non possa condividersi l'orientamento secondo cui per «operatore del sistema» debba intendersi qualunque soggetto il quale, autorizzato ad accedere ad un sistema informatico, abusi di detta autorizzazione.

<sup>72</sup> I. SALVADORI, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 680 ss.

<sup>73</sup> Per una proposta di riformulazione del concetto normativo di «violenza sulle cose» v. L. PICOTTI - R. FLOR - I. SALVADORI, *Proposta di riforma dei reati contro la riservatezza e la sicurezza informatiche, nonché l'identità digitale*, 1 ss., 18 ss., consultabile al sito [https://www.aipdp.it/allegato\\_prodotti/71\\_riservatezza\\_sicurezza\\_informatica\\_identita\\_digitale\\_Picotti.pdf](https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/71_riservatezza_sicurezza_informatica_identita_digitale_Picotti.pdf).

<sup>74</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Dir. pen., PS, I, Delitti contro la persona*, Cedam, 2019, 622 ss. Di diverso parere A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, ESI, 1999, 60, nota 34, secondo cui si tratterebbe di un'ipotesi di reato circostanziato. Evidenzia come il verificarsi di un danneggiamento di dati o di sistemi informatici a seguito di una condotta dolosa di accesso abusivo ad un sistema informatico sia una ipotesi poco

disposizione con le diverse ed autonome fattispecie di danneggiamento informatico<sup>75</sup>.

Nelle ipotesi in cui a seguito di un accesso non autorizzato ad un sistema informatico conseguisse il danneggiamento di dati (artt. 635-*bis* e 635-*ter* c.p.) o di sistemi informatici (artt. 635-*quater* e 635-*quinquies* c.p.) l'abolizione della aggravante di cui all'art. 615-*ter*, co. 2, n. 3, c.p. consentirebbe l'applicazione della comune disciplina prevista in materia di concorso di reati, con la conseguente limitazione della rilevanza penale dei danneggiamenti informatici commessi soltanto a titolo doloso<sup>76</sup>.

Senza altro corretta è la scelta politico-criminale di prevedere un significativo aumento di pena (reclusione rispettivamente da uno a cinque anni e da tre a otto anni) qualora l'ipotesi base di accesso non autorizzato di cui all'art. 615-*ter*, co. 1, c.p. ovvero le ipotesi circostanziate di cui al comma secondo art. cit. abbiano ad oggetto sistemi informatici di "interesse pubblico". Il loro regolare ed indisturbato funzionamento assume, infatti, una fondamentale importanza per la collettività.

Notevoli perplessità solleva, tuttavia, la formulazione della circostanza aggravante di cui all'art. 615-*ter*, co. 3, c.p. Se, da un lato, l'elencazione esemplificativa dei sistemi "di interesse pubblico" appare poco esaustiva, dall'altro, la clausola "di chiusura" («*o comunque di pubblica utilità*») non solo non è in linea con le locuzioni impiegate in altre disposizioni (ad es. nell'art. 617-*quater*, co. 4, c.p.), ma non pare neppure idonea a ricomprendere tutti i sistemi aventi rilievo pubblicistico. In prospettiva *de lege ferenda*, si potrebbe pertanto impiegare la sintetica locuzione di «*sistemi informatici di pubblica utilità*» e prevedere, sostanzialmente in linea con quanto disposto dall'art. 9, par. 4, lett. c), direttiva 2013/40/UE, un aggravamento di pena anche per gli accessi abusivi che abbiano ad oggetto sistemi informatici appartenenti ad una «*infrastruttura critica*».

---

plausibile C. PECORELLA, voce *Reati informatici*, cit., 723.

<sup>75</sup> I. SALVADORI, *I danneggiamenti informatici*, cit., 620.

<sup>76</sup> Sulla rilevanza penale dei danneggiamenti informatici v. A. CAPPELLINI, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, cit., 761 ss.; I. SALVADORI, *I danneggiamenti informatici*, cit., 595 ss. Di regola, in tutti gli ordinamenti giuridici europei, i danneggiamenti informatici, in linea con quanto previsto dalla direttiva 2013/40/UE, sono punibili soltanto a titolo doloso. Fa eccezione, in tal senso, la legislazione penale spagnola che, all'art. 267 c.p., punisce, a determinate condizioni, anche i danneggiamenti informatici colposi. Sul punto v. M.A. TRAPERO BARREALES, *¿Son punibles los daños informáticos imprudentes? Un debate (perligrosamente) abierto*, in *RECPC*, 2022, n. 18-24, 1 ss., cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici, consultabile al sito <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-18.pdf>.

## INTERVENTO ALLA TAVOLA ROTONDA

Lorenzo Picotti

Approfitto del mio ruolo di presidente della tavola rotonda, per qualche veloce osservazione su singoli punti critici emersi nel corso dei lavori.

1. Innanzitutto sulla *collocazione sistematica* dei reati informatici, di cui si è occupato il sottogruppo da me coordinato, che rimane sempre nell'ambito dei delitti contro la persona. È chiaro che essi non esauriscono tutto il campo, via via più esteso, dei reati informatici, che offendono anche altri beni giuridici, come la fede pubblica, ad es., nel caso delle falsità informatiche, od il patrimonio, nel caso delle frodi informatiche.

Nel campo trattato abbiamo proposto comunque una nuova sezione VI che li raccolga, da collocare nel capo III - ovvero come ulteriore capo autonomo - del titolo XII, fermo restando che si tratta di reati contro la persona intesi in senso lato, perché - specie nell'ambito informatico - vengono in rilievo, come titolari degli interessi giuridici da proteggere, oltre alle persone fisiche, anche le persone giuridiche e gli enti, vale a dire altre soggettività, pubbliche e private, cui può far capo il diritto alla riservatezza informatica ed in specie lo *jus excludendi* rispetto all'accesso di terzi a sistemi e dati, pur non segreti.

In ogni caso, seguendo la linea già tracciata dal nostro legislatore nel 1993, con la prima legge contro la criminalità informatica n. 547, e come ha scelto anche la gran parte dei legislatori europei - e non solo - da quello tedesco a quello spagnolo, assieme a tanti altri (con poche eccezioni, come quella della Francia, che ha concentrato i reati "contro i sistemi di trattamento automatizzato di dati" in un unico capo del codice penale, salvo più di recente doverne inserire altri al di fuori di quel ristretto ambito iniziale), occorre riconoscere che i beni giuridici offesi dai reati informatici sono diversi, e quindi è opportuno collocarli nelle diverse sezioni o capi, in cui si trovano già reati comuni che offendono gli stessi od analoghi beni giuridici. Per cui quelli pertinenti la persona - seppur intesi nel senso lato sopra precisato - sono da tenere distinti, anche come collocazione, da quelli che offendono il patrimonio, la fede pubblica, la sicurezza pubblica, la personalità dello Stato, i diritti d'autore, ecc. Distinzione che non risponde solo ad un'esigenza di chiarezza sistematica, ma anche all'opportunità pratica di un immediato raffronto con le fattispecie limitrofe, che possono presentare elementi comuni, ma se ne differenziano per quelli specializzanti (si pensi ai rapporti fra frode informatica e truffa comune, fra falsità informatiche e falsità in atti, fra violazioni della corrispondenza e violazioni delle comunicazioni informatiche, e quant'altro).

2. Su quest'ultimo aspetto è emersa un'interessante questione, relativa al *rapporto fra tutela penale delle comunicazioni informatiche e tutela penale della corrispondenza* in genere. Ci siamo al riguardo confrontati con l'amico Stefano Fiore, dato che curando la parte relativa alla tutela penale della corrispondenza nelle sue diverse forme, proponeva di includervi anche quella della corrispondenza elettronica (quale emerge anche dal vigente art. 616, ultimo comma, c.p.).

Nella proposta del sottogruppo da me coordinato si suggerisce invece di accorpare la tutela penale della corrispondenza informatica in quella delle comunicazioni elettroniche, nell'ambito del delitto di «interferenze nelle comunicazioni informatiche». Sono entrambi punti di vista che presentano ragioni sostenibili, ma mi sembra opportuno richiamare la motivazione della nostra posizione, che muove dalla specificità delle comunicazioni elettroniche ed informatiche.

Oggi esse non avvengono soltanto fra persone, ma anche fra sistemi, compresi oggetti, strumenti ed apparecchiature che si connettono automaticamente in rete (si parla ormai da tempo di *Internet of Things*: IoT). Anche in tali casi vi è una corrispondente esigenza di tutela

penale della riservatezza informatica nelle relative comunicazioni, sia perché vi possono essere e vi sono molto spesso contenuti comunque “personali” (dalle abitudini di vita che si desumono dai tempi di accensione e spegnimento a distanza di impianti di riscaldamento di una casa di ferie, ai tragitti percorsi con autoveicoli a guida automatizzata, fino ai tempi e modi di utilizzo di terminali e stampanti, richiedenti manutenzioni, aggiornamenti, ricambi periodicamente ed automaticamente segnalati o disposti dai sistemi stessi, che ne rivelano così tempi e modalità d’uso); sia perché, al di là del carattere personale o meno di questo genere di comunicazioni informatiche, l’esigenza di tutelarne la riservatezza non è distinguibile, né certo minore, rispetto a quella concernente le comunicazioni tra persone. Si pensi a sistemi algoritmici, che determinano operazioni di acquisto o di vendita di prodotti finanziari *on-line*, la cui rivelazione potrebbe addirittura configurare abusi di mercato; od a sistemi automatici di allarme e difesa, la cui acquisizione da parte di terzi non autorizzati potrebbe determinare l’esposizione a rischi di attacchi.

In definitiva, non è solo questione di un diverso mezzo (informatico, anziché epistolare, telefonico o telegrafico), con cui verrebbero comunicati e scambiati identici contenuti, ma di una diversa dimensione e portata delle comunicazioni, da proteggere penalmente, in cui anche l’autonomia di quelle telefoniche sembra assottigliarsi, di fronte all’avvento dei nuovi dispositivi mobili multimediali. La diversa “qualità” - non solo tecnologica, ma anche sociale - di queste moderne forme di comunicazione fa emergere la novità del bene giuridico meritevole e bisognoso di tutela penale, che più che essere incentrato su comunicazioni immediatamente interpersonali, è incentrato e anzi conformato dalla natura informatica e cibernetica della stessa, che ne modifica e caratterizza anche i contenuti, che possono essere in tutto od in parte prodotti sui sistemi stessi.

Per questo abbiamo proposto una specifica definizione normativa, in un comma apposito della fattispecie da introdurre, secondo cui «*Agli effetti della legge penale, per “comunicazioni informatiche” si intendono quelle effettuate con ogni mezzo o tecnica di trasmissione a distanza, compresa la condivisione, riproduzione o messa a disposizione di dati informatici, che rappresentino scritti, voci, suoni, immagini anche in movimento o altri contenuti che abbiano rilevanza per la comunicazione fra persone fisiche, giuridiche, enti e sistemi informatici*».

È una nozione più ampia di quella della corrispondenza epistolare, pur estesa attualmente - ma senza autonoma definizione - a quella “informatica”, che a nostro avviso merita una specifica tutela, data anche la maggior gravità delle offese, che le sue violazioni possono rappresentare, per la stessa persona ed i suoi diritti.

3. Per quel che riguarda il requisito delle “*misure di sicurezza*” che devono proteggere i sistemi informatici e telematici, affinché siano meritevoli di tutela penale contro gli accessi abusivi, *ex art. 615 ter c.p.* (e rispetto a cui va incriminato anche il reato prodromico, di cui all’*art. 615 quater c.p.*), occorre segnalare che esso doveva rispecchiare, nella prospettiva di politica criminale del legislatore del 1993, il principio di *extrema ratio* della sanzione penale, selezionando le situazioni in cui il titolare già avesse provveduto ad introdurre strumenti di difesa, che non fossero evidentemente bastati a garantire la riservatezza del sistema. Oggi la situazione è mutata, sia perché la giurisprudenza ha inteso in senso molto ampio questo requisito, leggendolo soprattutto quale manifestazione della volontà del titolare dello *jus excludendi* di non consentire l’accesso di terzi, per cui è ravvisabile anche in misure che non garantiscano un significativo grado di protezione; sia perché anche sistemi apparentemente privi di specifiche “*misure di sicurezza*” individualizzate, in realtà ne sono forniti, in forza degli attuali standard dei sistemi operativi e gestionali, compresi quelli delle reti, che richiedano, ad es., in apertura un login con username e/o password, pur se talora automaticamente memorizzati. Dovrebbe allora bastare il requisito della “*manca di autorizzazione*” a selezionare le condotte penalmente rilevanti, senza che si debba tipizzare, come requisito

ulteriore, quello della previa protezione da parte di misure di sicurezza, di cui, peraltro, la fattispecie vigente non richiede neppure che vi sia tecnicamente la violazione o l'aggiramento, ai fini della consumazione del reato.

Ma anche sul piano della prassi processuale, mi chiedo se sia ragionevole che le indagini e l'eventuale successiva azione penale debbano fermarsi di fronte ad un sistema che non risulti protetto da misure di sicurezza, mentre l'accesso ad esso può essere prodromico e strumentale alla commissione di altri (più gravi) reati, come la creazione, tramite l'installazione di *malware*, di *botnet* da cui possono partire poi attacchi di grande estensione e gravità, contro altri computer, reti e sistemi informatici ormai indissolubilmente connessi.

Per queste ragioni, oltre che per altre riferibili al tenore delle fonti sovranazionali, abbiamo proposto di eliminare dalla fattispecie di accesso abusivo il requisito autonomo, secondo cui il sistema debba già essere protetto da misure di sicurezza, bastando a soddisfare l'esigenza selettiva dell'intervento penale l'essenziale elemento normativo, che la condotta sia punibile soltanto allorché sia “*senza autorizzazione*”.

4. Per quel che riguarda la necessaria *protezione delle infrastrutture critiche*, penso che né il codice penale, né tantomeno l'ambito dei delitti in esame, possano esaurire la materia, soprattutto adesso che lo sviluppo della normativa e delle misure sulla *cybersecurity*, a livello nazionale ed europeo, si estendono ad un complesso di regole autonomamente sanzionate, che coinvolgono già a livello preventivo, di mappatura e valutazione dei rischi e di relative misure di contenimento e resilienza, tutta una serie di operatori pubblici e privati, da cui dipende l'erogazione di servizi e lo svolgimento di funzioni rilevanti per la sicurezza nazionale. Per cui si impongono obblighi di catalogazione, notifica, registrazione, gestione, informazione, specie di eventi avversi, alle autorità competenti ed ai soggetti interessati, alla stregua di una disciplina oggetto di prossima riforma in forza di un nuovo regolamento dell'Unione europea in corso di discussione.

Certamente, in questo contesto, la “sicurezza informatica”, o meglio cibernetica, acquisisce una dimensione di interesse pubblico, che va oltre quella “personale” dei reati in esame, non perché faccia riferimento ad entità statali od autorità pubbliche, pur competenti ad intervenire per garantirla, ma perché alla radice si configura ormai come un interesse condiviso della collettività digitale, data l'importanza, se non l'essenzialità dei servizi e delle funzioni che ormai si svolgono tramite le tecnologie informatiche e telematiche: in una parola, nel *Cyberspace*.

5. Infine, sui *limiti edittali delle sanzioni penali* da prevedere per i reati oggetto della proposta di riforma non mi pronuncio. Certamente comprendo l'esigenza dei Pubblici Ministeri di parametrare le sanzioni ai limiti richiesti dal codice di procedura, per consentire strumenti penetranti d'indagine, quali in specie le intercettazioni, ovvero misure cautelari anche personali, quale un mandato di cattura. Però dal punto di vista del diritto penale sostanziale dovrebbero prevalere i parametri della proporzione alla gravità oggettiva dell'offesa, da un lato, e della possibilità di necessaria individualizzazione, rispetto al grado della colpevolezza personale, dall'altro. In tale prospettiva, oltre alla discrezionalità giudiziale, anche la previsione equilibrata di eventuali circostanze aggravanti od attenuanti potrebbe consentire al legislatore di delimitare in termini sufficientemente determinati l'ambito della concreta risposta punitiva. Ma è da auspicare la possibilità di ricorso anche a strumenti di risposta al reato più moderni dell'inflizione di una pena, quali sono quelli offerti dalla prospettiva della *Restorative Justice*, che in quest'ambito potrebbe essere particolarmente efficace ed adeguata al necessario coinvolgimento delle vittime.

Si tratta di meri spunti di riflessione, suscitati dal ricco seminario odierno, per cui intendo ancora ringraziare di cuore tutti i partecipanti, che hanno contribuito con impegno e competenza all'ulteriore sviluppo dei lavori del nostro gruppo.



RIFORMA DEI REATI IN MATERIA DI FAMIGLIA E  
FORMAZIONI SOCIALI ESISTENZIALI

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro

14 maggio 2019

Gruppo per la riforma dei reati contro la famiglia e dei reati contro l'onore: Silvia Larizza, Silvio Riondato, Costantino Visconti (coord.), Filippo Bellagamba, Elena Cadamuro, Federico Consulich, Alberto di Martino, Natalina Folla, Alessandra Giunti, Roberto Guerrini, Dario Guidi, Isabella Leoncini, Carlo Longobardo, Adelmo Manna, Antonella Merli, Elisabetta Palermo, Paolo Pittaro, Debora Provolo, Alessandro Roiati, Alessandro Spina, Arianna Visconti.





## PROPOSTA DI ARTICOLATO

1. *Abrogazioni.* – 1. Il titolo XI del Libro II del codice penale (*Dei delitti contro la famiglia*) è abrogato.

2. Sono abrogati gli articoli 540 (*Rapporto di parentela*) e 307 comma quarto (*Prossimi congiunti*) del codice penale.

3. All'articolo 577, comma 1, n. 1, del codice penale (*Altre circostanze aggravanti. Ergastolo*), le parole “la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente” sono sostituite con le seguenti: “persona stabilmente convivente con il colpevole”.

4. All'articolo 609-ter, comma 1, n. 5 *quater* (*Circostanze aggravanti*) le parole “legato da relazione affettiva, anche senza convivenza” sono sostituite con le seguenti: “stabilmente convivente”.

5. All'articolo 612 *bis*, comma 1, del codice penale (*Atti persecutori*) le parole “di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva” sono sostituite dalla seguente: “altrui”.

6. All'art. 612 *bis*, comma 2, del codice penale (*Atti persecutori*), le parole “legata da relazione affettiva alla persona offesa” sono sostituite dalle seguenti: “stabilmente convivente con la persona offesa”.

2. *Delitti contro la persona in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali.* Dopo l'articolo X del Titolo XII del libro secondo del codice penale (*Dei delitti contro la persona*) sono inseriti i seguenti:

### Capo Y

#### *Dei delitti contro la persona in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali*

### Sezione I

#### *Disposizioni comuni*

*Nozione di famiglia e di formazione sociale esistenziale* - 1. Agli effetti della legge penale, si intendono per famiglia e formazione sociale esistenziale una pluralità di persone, almeno due, legate da un rapporto, di fatto o di diritto, di parentela o di affinità o coniugale o di unione civile o di adozione o di convivenza o di cura, vigilanza o custodia.

*Nozione di prossimi congiunti* - 1. Agli effetti della legge penale, s'intendono per prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, gli adottanti e gli adottati, il coniuge, il convivente di fatto, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini di primo e secondo grado, gli zii e i nipoti. Nella denominazione di prossimi congiunti non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole.

*Nozione di coniuge* – 1. Salvo che sia altrimenti stabilito, quando la legge penale considera la qualità di coniuge, questa si intende riferita alla parte di un matrimonio o di un'unione civile o di una convivenza paraconiugale, aventi effetti civili.

*Rapporto di parentela* – Ad ogni effetto della legge penale il rapporto di filiazione è stabilito senza limiti di prova.

*Obblighi di protezione* – 1. Agli effetti dell'articolo 40, secondo comma, colui che esercita la responsabilità genitoriale ha l'obbligo giuridico di proteggere il figlio minore, o comunque incapace e convivente, dalle offese alla vita, all'integrità fisica, all'intangibilità sessuale ed alla libertà individuale.

2. La stessa disposizione si applica al prossimo congiunto e a chiunque abbia, anche temporaneamente, sostituito il genitore nell'esercizio della responsabilità genitoriale o abbia comunque assunto la custodia del minore o dell'incapace.

3. Agli effetti dell'articolo 40, secondo comma, i coniugi non separati, i conviventi di fatto, anche su base non affettiva, e le parti di un'unione civile tra persone dello stesso sesso hanno l'obbligo giuridico di reciproca protezione contro fatti lesivi della vita o dell'incolumità personale.

4. Agli effetti dell'articolo 40, secondo comma, i componenti maggiorenni e capaci della famiglia e della formazione sociale esistenziale hanno l'obbligo giuridico di reciproca protezione contro fatti lesivi della vita o dell'incolumità personale.

*Pena accessoria.* – 1. La condanna pronunciata contro il genitore per alcuno dei delitti preveduti da questo Capo comporta la perdita della responsabilità genitoriale.

## Sezione II

*Delitti contro la vita e l'incolumità individuale [ALTERNATIVA: Delitti contro la personalità individuale]*

*Maltrattamenti contro familiari e conviventi. Violenza domestica (ALTERNATIVA 1di2).* - 1. Chiunque maltratta in maniera reiterata il figlio, il genitore, il coniuge o l'altra parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, oppure altra persona a cui è legato, o è stato legato, da una stabile relazione di convivenza, è punito con la reclusione da due a sei anni.

2. Se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile, una lesione personale grave, si applica la reclusione da cinque a nove anni; se dal fatto deriva, quale evento non voluto, ma prevedibile, una lesione gravissima, si applica la reclusione da otto a quindici anni; se dal fatto deriva, quale evento non voluto, ma prevedibile, la morte, si applica la reclusione da quattordici a ventiquattro anni”.

*Maltrattamenti contro la persona nella famiglia e nelle formazioni sociali assimilate (ALTERNATIVA 2di2).* - 1. Chiunque maltratta una persona della famiglia coniugale, paraconiugale o mono- genitoriale o legata da intime consuetudini di vita, comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà, anche senza coabitazione, o una persona a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni.

2. Se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile, una lesione personale grave, si applica la reclusione da cinque a nove anni; se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile, una lesione gravissima, si applica la reclusione da otto a quindici anni; se dal fatto deriva, quale evento non voluto, ma prevedibile, la morte, si applica la reclusione da quattordici a ventiquattro anni”.

*Maltrattamenti contro persone in affidamento.* - 1. Chiunque, in maniera reiterata, maltratta una persona che, per ragioni di età, di salute, di lavoro è affidata alle sue cure o alla sua custodia è punito con la pena da due a cinque anni.

2. Se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile, una lesione personale grave, si applica la reclusione da cinque a nove anni; se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile, una lesione gravissima, si applica la reclusione da otto a quindici anni; se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile, la morte, si applica la reclusione da quattordici a ventiquattro anni”.

## Sezione III

*Delitti contro la libertà personale*

*Incesto. (ALTERNATIVA 1di3) N e s s u n a d i s p o s i z i o n e*

*Incesto. (ALTERNATIVA 2di3)* – 1. L'incesto commesso da persona maggiore di età con persona minore degli anni diciotto, o da persona minore degli anni diciotto con persona minore degli anni diciotto, è punibile nei casi, nei limiti e con le stesse pene previsti dall'articolo 609 quater (*Atti sessuali con minorenni*).

2. Non è punibile chi, maggiore di età, commette incesto con un discendente o un ascendente o con un affine ovvero con un parente collaterale, col consenso di lui maggiore di età.

*Incesto. (ALTERNATIVA 3di3. Fra parentesi quadre, le proposte di ulteriore formulazione alternativa) - 1. Al di fuori dei casi di cui all'art. 609 bis, l'ascendente che compie [incesto] [atti sessuali] con un discendente è punito ...*

2. La pena è aumentata se il discendente ha meno di [sedici] [diciotto] anni.
3. Fuori dei casi di cui all'art. 609 bis, chiunque induce una sorella o fratello germani, consanguinei o uterini a compiere con lui atti sessuali, è punito... [Chiunque, approfittando della condizione di vulnerabilità di una sorella o fratello germani, consanguinei o uterini, compie con lui atti sessuali è punito ... La condizione di vulnerabilità è una situazione tale da annullare o comunque diminuire la possibilità di resistere all'incesto. Indici di essa sono l'età, una malattia o altra infermità fisica o mentale, il sesso o genere, la forza fisica, condizioni personali o sociali di emarginazione o di bisogno].
4. Nei casi contemplati al terzo comma, la pena è aumentata quando il fratello o la sorella di colui o colei che, [essendo] maggiorenne, induce all'incesto hanno meno di sedici anni, e in ogni caso quando tra i fratelli c'è una differenza d'età superiore a [cinque][tre] anni.

#### Sezione IV

##### *Delitti contro l'identità personale*

*Soppressione o occultamento di stato. - 1. Chiunque, mediante l'occultamento di un neonato, ne sopprime lo stato civile o impedisce anche temporaneamente che lo stato civile sia acquisito, è punito con la reclusione da tre a dieci anni.*

2. Alla stessa pena soggiace chiunque, con qualsiasi mezzo, cagiona l'occultamento anche temporaneo dello stato di un minore già iscritto nei registri dello stato civile come figlio nato nel matrimonio o riconosciuto.

*Alterazione di stato. - 1. Chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile è punito con la reclusione da tre a dieci anni.*

2. La stessa pena si applica a chiunque altera lo stato civile di un neonato mediante false certificazioni o false attestazioni, in violazione delle norme che disciplinano lo stato di filiazione e le attestazioni in materia di stato civile.

*Occultamento dell'identità genetica. - Chiunque, in violazione delle norme a tutela del diritto ad accedere alle informazioni che riguardano le proprie origini biologiche, impedisce al nato da fecondazione eterologa o da maternità surrogata, o all'adottato, o ad un suo discendente appartenente alla medesima linea genetica, o a chi legalmente li rappresenti, di conoscere la propria identità genetica è punito con la reclusione fino a tre anni.*

*Bigamia e induzione al matrimonio mediante inganno. (ALTERNATIVA: inserire tra i reati contro la libertà individuale) - 1. Chiunque, essendo legato da matrimonio, o da unione civile, o da convivenza paraconiugale, aventi effetti civili, contrae un altro matrimonio o unione civile o convivenza, aventi effetti civili, soggiace alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma ... [ALTERNATIVA: trasformare in illecito civile depenalizzato, sul modello del d.lgs. 7/2016] [ALTERNATIVA, anche per i tre commi che seguono: non considerare la convivenza]. La stessa sanzione si applica a chi, non essendo legato da matrimonio o da unione civile o da convivenza paraconiugale, aventi effetti civili, contrae matrimonio o unione civile o convivenza paraconiugale, aventi effetti civili, con persona legata da matrimonio o unione civile o convivenza paraconiugale, aventi effetti civili.*

Si applica la pena da due a cinque anni se il colpevole ha indotto in errore l'altro contraente, sulla libertà dello stato proprio o di lui.

In tutti i casi, se il matrimonio, l'unione civile o la convivenza sono dichiarati nulli o annullati, l'illecito si estingue anche rispetto alle persone concorrenti, e cessano l'esecuzione delle sanzioni e ogni altro effetto. Chiunque contrae un matrimonio avente effetti civili inducendo in errore l'altra persona, con la quale il matrimonio è contratto, circa l'esistenza di un impedimento diverso dalla non libertà di stato, è punito con la reclusione fino ad un anno.

*Induzione al matrimonio, all'unione civile o alla convivenza avente effetti civili. [ALTERNATIVA: inserire tra i delitti contro la libertà individuale]* - 1. Chiunque, con mezzi fraudolenti, induce altri a contrarre matrimonio, unione civile o convivenza paraconiugale, aventi effetti civili, è punito con la reclusione fino ad un anno.

## Sezione V

*Delitti contro la personalità individuale [ALTERNATIVA: Delitti contro l'assistenza]*

*Violazione degli obblighi di assistenza morale e materiale in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali [ALTERNATIVA 1di3].* - 1. Chiunque in modo continuativo oppure in modo da recare grave pregiudizio alla vittima, si sottrae agli obblighi di assistenza morale e materiale inerenti alla responsabilità genitoriale, a qualsiasi tipo di tutela o protezione legale o alla qualità di coniuge o di componente di un'unione civile con persona dello stesso sesso o di convivente di fatto, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotre euro a milletrentadue euro [ALTERNATIVA: pene congiunte anziché alternative].

2. Le dette pene si applicano congiuntamente a chi fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato con addebito a suo carico, ovvero all'altro componente di un'unione civile dello stesso sesso o del convivente.

3. Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo quando il reato di cui al precedente comma è commesso nei confronti dei minori [Il delitto è punibile a querela del minore o di chi lo rappresenta legalmente].

4. Le disposizioni di questo articolo non si applicano se il fatto è previsto come più grave reato da un'altra disposizione di legge.

*Violazione degli obblighi di assistenza materiale in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali [ALTERNATIVA 2di3].* - 1. Chiunque in modo continuativo oppure in modo da recare grave pregiudizio alla vittima, si sottrae agli obblighi di assistenza materiale inerenti alla responsabilità genitoriale, a qualsiasi tipo di tutela o protezione legale o alla qualità di coniuge o di componente di un'unione civile con persona dello stesso sesso o di convivente di fatto, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotre euro a milletrentadue euro [ALTERNATIVA: pene congiunte anziché alternative].

2. Le dette pene si applicano congiuntamente [ALTERNATIVA: Si applica la pena della reclusione fino a due anni] a chi fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato con addebito a suo carico, ovvero all'altro componente di un'unione civile dello stesso sesso o al convivente.

3. Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo quando il reato di cui al precedente comma è commesso nei confronti dei minori [Il delitto è punibile a querela del minore o di chi lo rappresenta legalmente].

4. Le disposizioni di questo articolo non si applicano se il fatto è previsto come più grave reato da un'altra disposizione di legge.

*Violazione degli obblighi di assistenza materiale in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali [ALTERNATIVA 3di3].* - 1. Chiunque si sottrae agli obblighi di assistenza materiale inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge o di componente di un'unione civile con persona dello stesso sesso o di convivente di fatto, è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa da centotre euro a milletrentadue euro.

2. Non sono punibili le violazioni degli obblighi di assistenza materiale che, per le modalità della condotta ed in considerazione della situazione economica complessivamente valutata, anche in relazione alle capacità, ai bisogni ed alle necessità, risultino di particolare tenuità.

[OPPURE: 1. Chiunque si sottrae agli obblighi di assistenza materiale inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge o di componente di un'unione civile con persona dello stesso sesso o di convivente di fatto, in modo da compromettere o comunque ostacolare lo sviluppo della personalità è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa da centotré euro a milletrentadue euro.]

3. Chi fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato con addebito a suo carico, ovvero all'altro componente di un'unione civile dello stesso sesso o del convivente è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino ad euro milletrentadue.

4. Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo quando il reato di cui al precedente comma è commesso nei confronti dei minori.

5. Le disposizioni di questo articolo non si applicano se il fatto è previsto come più grave reato da un'altra disposizione di legge.

*Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio [ALTERNATIVA 1di2]. - Le pene stabilite dall'art. X (Violazione degli obblighi di assistenza in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali) si applicano anche al coniuge o al genitore che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento dei figli.*

*Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio [ALTERNATIVA 2di2]. - 1. Le pene stabilite dall'art. X (Violazione degli obblighi di assistenza materiale in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali) si applicano anche al coniuge o al genitore che si sottrae all'obbligo di assistenza materiale in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, ovvero viola gli obblighi di assistenza materiale in materia di separazione dei coniugi e di affidamento dei figli.*

*Sottrazione di persone minori o di incapaci. - 1. Chiunque sottrae un minore degli anni quattordici, o un infermo di mente, al genitore esercente la responsabilità genitoriale, al tutore, o al curatore, o a chi ne abbia la vigilanza o la custodia, ovvero lo ritiene contro la volontà dei medesimi, è punito, a querela del genitore esercente la responsabilità genitoriale, del tutore o del curatore, con la reclusione da uno a tre anni.*

2. Alla stessa pena soggiace, a querela delle stesse persone, chi sottrae o ritiene un minore che abbia compiuto gli anni quattordici, senza il suo consenso.

3. Se vi è il consenso del minore ultraquattordicenne la pena è della reclusione fino a un anno. La sottrazione e la ritenzione sono punibili se hanno una durata superiore a un giorno.

*Sottrazione e trattenimento di un minore all'estero. - 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque sottrae un minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale o al tutore, conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore, impedendo in tutto o in parte allo stesso l'esercizio della responsabilità genitoriale, è punito con la reclusione da uno a quattro anni.*

2. Se il fatto di cui al primo comma è commesso nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e con il suo consenso, si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni.

3. Se i fatti di cui al primo e secondo comma sono commessi da un genitore in danno del figlio minore, la condanna comporta la sospensione dall'esercizio della responsabilità

genitoriale.

3. *Delitti contro il patrimonio in famiglia.* Dopo l'articolo X del Titolo XIII del libro secondo del codice penale (*Dei delitti contro il patrimonio*) sono inseriti i seguenti:

#### Capo Y

##### *Dei delitti contro il patrimonio in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali*

*Malversazione o dilapidazione* – 1. Le pene previste per il delitto di appropriazione indebita si applicano a chi malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge ovvero dell'altro componente dell'unione civile o di una convivenza. Se la persona offesa è minore si procede d'ufficio.

*Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice in materia di rapporti familiari o concernenti formazioni sociali esistenziali.* – Si applica la reclusione fino a tre anni o la multa da euro centotré a euro milletrentadue a chi elude l'ordine di protezione previsto dall'articolo 342 *ter* del codice civile, ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero ancora l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito, nonché al coniuge o al genitore che si sottrae all'obbligo di corresponsione di un assegno di qualsiasi tipo, dovuto in caso di scioglimento o di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento anche non condiviso dei figli.

4. *Non punibilità e querela della persona offesa per fatti commessi a danno di congiunti.* – 1. L'articolo 649 del codice penale è sostituito dal seguente:

649. *Non punibilità e querela della persona offesa per fatti commessi a danno di congiunti.* – 1. Non è punibile il minore degli anni diciotto che abbia commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno dell'ascendente o dell'adottante o del genitore affidatario.

2. I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa quando commessi in danno di un prossimo congiunto convivente.

3. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai delitti preveduti dagli artt. 628, 629 e 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone.

5. *Delitti contro la fede pubblica.* (*ALTERNATIVA: sopprimere*) - Dopo l'articolo X del Titolo VII del libro secondo del codice penale (*Dei delitti contro la fede pubblica*) è inserito il seguente:

*Supposizione di stato.* – 1. Chiunque fa figurare nei registri dello stato civile una nascita inesistente e punito con la reclusione da uno a sei anni.

6. *Responsabilità amministrativa da reato.* 1. Dopo l'art. X del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231 è aggiunto il seguente:

*Reati in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali.* 1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli X (*Maltrattamenti contro familiari conviventi. Violenza domestica*), X (*Maltrattamenti contro la persona nella famiglia e nelle formazioni sociali assimilate*), X (*Maltrattamenti contro persone in affidamento*), X (*Soppressione di stato*), X (*Alterazione di stato*), X (*Occultamento dell'identità genetica*), X (*Violazione degli obblighi di assistenza*), X (*Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice in materia di rapporti familiari o concernenti formazioni sociali esistenziali*), X (*Malversazione o dilapidazione*), X (*Supposizione di stato*), si applica la sanzione pecuniaria fino a cento quote e, in caso di

condanna, le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere a, c, d, anche se l'interesse o il vantaggio o il profitto non sussistono o non sono di rilevante entità [ALTERNATIVA: differenziare la sanzione nelle varie ipotesi].





## RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO

# RIFORMA DEL CODICE PENALE IN MATERIA DI FAMIGLIA E FORMAZIONI SOCIALI ESISTENZIALI

*Silvio Riondato*  
(a cura di)

**Sommario:** Premessa; 1. La famiglia non è idonea ad assurgere a bene giuridico di categoria in ambito penale; 1.1. Tutela del minore. 2. Rilevanza degli interessi individuali e (dubbia) rilevanza del contesto “comunità di affidamento”; 2.1. “Solidarietà” familiare. 2.1.1. Obblighi di controllo e garanzia di natura “familiare”; 2.1. Sentimenti, affetti; 3. Importanza del gruppo biologico e dell’identità genetica; 4. Linee di riforma con riferimento agli interessi attualmente considerati nei delitti contro la famiglia: matrimonio, morale familiare, stato di famiglia, assistenza familiare; 5. Indicazioni di riforma articolo per articolo del c.p. 1930, Titolo XI Libro secondo; 5.1. Delitti contro il matrimonio; 5.2. Delitti contro la morale familiare; 5.3. Delitti contro lo stato di famiglia; 5.4. Delitti contro l’assistenza familiare; 6. Rapporto di parentela (art. 540 c.p.); 7. Prossimi congiunti (art. 307, co. 4 c.p.); 8. “Furti in famiglia” (art.649 c.p.); 9. Responsabilità dell’ente da reato; 10. Reati in tema di procreazione, maternità, paternità; 11. Trattamento sanzionatori; 12. Pena e famiglia.

**Premessa.** La presente Relazione rende conto degli esiti dei lavori in materia di famiglia del Gruppo sulla riforma dei reati contro la famiglia e dei reati contro l’onore, in vista dell’VIII Convegno nazionale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale, concernente *La riforma dei reati contro la persona* (Napoli, 30 e 31 maggio 2019). Si tratta di esiti provvisori, che il Gruppo esterna auspicando un’ulteriore fase di studio e approfondimento.

**1.** In tema di famiglia, il primo punto riguarda l’opportunità di mantenere questo bene giuridico di categoria di impronta collettivistica, in prospettiva di tutela penale. Il Progetto Pagliaro (1991) lo manteneva, pur riformando la disciplina. Ma in complesso, anche alla luce di più recenti elaborazioni dottrinali, si è ritenuto di adottare un orientamento negativo *de iure condendo*. La negatività non riguarda l’indubbia, generale e massima importanza della famiglia sul piano sociale e giuridico, ma solo l’idoneità del bene/interesse ad assurgere tal quale ad oggetto di tutela penale, date le esigenze particolarmente garantistiche di questo settore giuridico.

Pare preferibile privilegiare altri beni/interessi che alla famiglia sono più afferrabilmente collegati, e che l’attuale disciplina, data la vetustà dell’impianto, per molta parte non riesce a comprendere. Già nella sua radice storica del ‘30 il bene di per sé si dimostra “vago” (delitti vaganti), scarsamente afferrabile, fino a che non lo si riduce interpretativamente ad altro bene/interesse di spettanza individuale o ad altro afferrabile bene/interesse di carattere collettivo. L’evoluzione socio-economico-culturale nonché giuridica eccetera ha ormai talmente dissolto la “famiglia” in una pluralità di accezioni non solo di fatto ma anche di diritto, che il bene/interesse “famiglia” diventa praticamente inespressivo oppure troppo equivocamente espressivo, il che non soddisfa anzitutto le esigenze penalistiche di stretta legalità/determinatezza. Inoltre, la nota “rincorsa” permanente del diritto anche penale ad inglobare nel bene giuridico famiglia nuove realtà dette familiari o comunque comunitarie,

emergenti in fatto o in diritto, con alterni risultati ma mai minimamente soddisfacenti, esprime, nonché l'inadeguatezza del bene denominato famiglia, una costante situazione di disegualianza sostanziale sul piano politico-sociale: infatti, vi è tutela penale da un lato per enti "famiglia" che nell'opinione sociale, nonché nella (troppo trascurata) opinione dei componenti di tali enti, non sono famiglie (per esempio, come da giurisprudenza: zia e nipote maggiorenni che abitano nello stesso appartamento; amanti non conviventi), e dall'altro non vi è tutela penale per famiglie che tali sono considerate nell'opinione sociale e/o nell'opinione dei componenti o dall'ordinamento stesso (coppie omosessuali; le convivenze di diritto che nonostante la recente riforma civilistica non sono state considerate nella correlata riforma penale). Le norme incriminatrici devono "essere percepite anche in funzione di norme "extrapenali" di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale sono destinate ad operare", come insegna la Corte costituzionale (n. 364/1988).

D'altro canto, il più importante problema di tutela penale che oggi si correla ad ambiti familiari, cioè quello concernente la violenza c.d. domestica, e in particolare la violenza sulle donne e i minori (Convenzione di Istanbul; Corte EDU, sez. I, 2.3.2017, ric. 41237/2014), è un problema di rafforzamento della tutela di individui deboli, che ormai si pone anche a prescindere dalla sussistenza di qualsivoglia connotazione "familiare".

Meglio pare quindi valorizzare beni più afferrabili, espressivi di reali interessi individuali correlabili allo sviluppo della personalità dell'*individuo* all'interno di certe formazioni sociali (artt. 2 e 3 Cost.) ritenute particolarmente importanti anche in vista di una tutela penale, poiché si tratta di *aggregazioni esistenziali, formazioni sociali esistenziali*, famiglia in senso costituzionale stretto compresa (art. 29, ma anche art. 30 e art. 31). Sono formazioni che implicano l'*an* della vita con riferimento a *condizioni della creazione-origine della vita* stessa, e in primo luogo, ma non solo, l'*ambiente umano origine e*, assieme, modalità di costituzione di tale ambiente, comprese eventualmente *competenze e modalità concernenti l'atto (pro)creativo*, e poi lo *sviluppo e il mantenimento della vita nell'ambiente umano più prossimo*, quindi condizioni almeno elementari di *qualità della vita individuale* nella dimensione della *coesistenza tra prossimi*.

Il che si ritiene possibile in ogni caso, come si dirà.

**1.1.** Taluni profili di tutela del minore compaiono nel vigente sistema di tutela penale della famiglia, mentre parte cospicua è collocata altrove. In questa sede non se ne tratta particolarmente. La tutela penale del minore sotto i vari, molteplici profili abbisogna di una ricostruzione *ad hoc* in prospettiva di riforma, nel fuoco della tutela del minore stesso esclusivamente.

**2.** Si ravvisano, con riguardo a formazioni sociali dette familiari, profili di rilevanza dell'affidamento reciproco che tra gli individui si crea (di diritto oppure anche solo di fatto) in tali formazioni, le quali appunto sarebbero particolarmente considerate in quanto comunità di affidamento (*Vertrauengemeinschaft*). Esempio principale: maltrattamenti in famiglia, anche nella fattispecie in cui la persona maltrattata è sottoposta all'autorità dell'agente, o è a questo affidata per ragioni di educazione cura vigilanza o custodia o per l'esercizio di una professione o di un'arte.

Tuttavia, esistono altre comunità di affidamento non meno importanti ma in nessun modo qualificabili come famiglie nemmeno nell'amplissimo senso romanistico recepito dal codice Rocco. Si pensi al carcere, o a comunità lavorative e, al riguardo, al problema della riconducibilità del *mobbing* e fenomeni analoghi al delitto di maltrattamenti in famiglia, laddove da taluno si ricerca una qualche c.d. parafamiliarità nella comunità lavorativa, al fine dell'applicazione della norma. Una riforma dovrebbe tenerne conto, non tanto allo scopo di tutelare la comunità di affidamento quanto al fine di meglio individuare i contesti/modalità dell'offesa a interessi individuali e apprezzarne l'eventuale rilevanza. L'affidamento nel suo

contenuto minimo può essere meramente individuale-unilaterale.

Vi è però da chiedersi se l'affidamento stesso meriti tutela o comunque se il tradimento delle attese che esso ingenera sia rilevante modalità di offesa ad altri beni/interessi. Occorrerebbe delinearne tratti ben afferrabili e conseguenti tipizzazioni. In tema di famiglia è stata sempre più valorizzata la "convivenza" di fatto, la quale di per sé non significa alcunché di particolarmente rilevante se non la mera prossimità qualificata, fino a che non si coinvolga altro. Di solito essa è considerata poiché esprimerebbe il profilo dell'affidamento. Ne è certamente *indizio* forse forte ma da sé non sempre sufficiente. La convivenza va valorizzata con precisazioni, anche tra loro diverse secondo le esigenze delle varie fattispecie, che ne esprimano l'idoneità a rappresentare una comunità in cui vi è concretamente affidamento, di fatto o di diritto.

**2.1.** Non parrebbe opportuno il ricorso alla "solidarietà" (cennato Progetto Pagliaro: *delitti contro la solidarietà familiare*, tra i quali i maltrattamenti in famiglia, reato però non nuovamente definito nel progetto), non foss'altro perché dà luogo ad equivoci: la solidarietà o è prevista dalla legge tramite precisi doveri e obblighi, o non esiste. Non esiste solidarietà per il sol fatto dell'esistenza di una qualche comunità, tanto meno una solidarietà con espansione indefinita. Comunque, si tratta sempre di interessi concernenti la persona.

**2.1.1.** Su un diverso piano sta il problema, qui cruciale ma molto più generale, degli obblighi di controllo e garanzia e della necessità di una loro puntuale precisazione e selezione di rilevanza in un nuovo codice penale, anche in tema di realtà familiari, parafamiliari etc. Le nuove formulazioni, che vanno intese in tal senso selettivo-esclusivo-tassativo, sono state approntate dal sottogruppo composto da Dario Guidi, Roberto Guerrini, Isabella Leoncini, Filippo Bellagamba, i quali avvertono che «rimane da valutare, anche sull'esempio di precedenti progetti di ricodificazione (Grosso, Nordio, Pisapia), l'opportunità di inserire in una futura parte generale una disposizione di significato equiparativo, simile all'attuale clausola di cui all'art. 40, comma 2, c.p., operante inoltre rinvio ad espresse specificazioni legali delle singole posizioni di garanzia».

**2.2.** Comunque sia, non pare opportuno coinvolgere profili di tutela o comunque di rilevanza del sentimento, in particolare dell'affetto familiare, coniugale, parentale eccetera, che è un dato scarsamente determinato, poco afferrabile e comunque concernente un'intimità in cui il diritto non deve entrare. Questi profili talvolta emergono in certe interpretazioni, e comunque sono stati recepiti perfino dal legislatore, forse poco avveduto, che così trasforma eventuali elementi di prova (ma di cosa precisamente?) in elementi di essenza – si veda da ultimo la recente riforma delle aggravanti di cui all'art. 577 c.p., operata dall'art. 2 l. n. 4/2018, ove è considerata la "*persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente*". La stabile convivenza non era sufficiente? Si è ritenuto opportuno eliminare dal codice penale ogni riferimento alle relazioni affettive. Ciò non significa che l'affetto non sia una importante base extragiuridica di creazione in fatto di famiglie e altre formazioni sociali, sulla quale si erge poi la disciplina giuridica.

**3.** Pare molto importante segnalare che tra i beni giuridici emergenti che incrociano i rapporti familiari vi è l'identità genetica, la quale presenta tra l'altro il peculiare carattere di appartenere al contempo all'individuo e al correlato gruppo biologico. L'identità genetica non trova ancora adeguata tutela sotto molti profili - una riforma dovrebbe tenerne conto. Lo stesso gruppo biologico si presenta in ipotesi come suscettibile di tutela diretta. L'ipotesi meriterebbe di essere esaminata approfonditamente. Essa si rivela spinosa soprattutto in ragione della stretta compenetrazione tra bene personale e bene collettivo. Più avanti si daranno ulteriori indicazioni, quando si tratterà dei rapporti con lo "stato di famiglia".

4. Su queste basi, e scendendo alle specificazioni codicistiche del bene-famiglia - “matrimonio”, “morale familiare”, “stato di famiglia”, “assistenza familiare” -, viene proposto quanto segue, sulla premessa che le fattispecie riconosciute come delitti contro la persona sono state inserite in un capo concernente i *Delitti contro la persona in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali*.

4.1. I delitti *contro il matrimonio* e quelli *contro la morale familiare* sono tendenzialmente da sopprimere come tali. Residua, in una prospettiva di tutela della persona, uno spazio per la bigamia, mentre è controverso se l'incesto meriti ancora considerazione.

4.2. I *delitti contro lo stato di famiglia* sono tendenzialmente da mantenere in nuova veste. I delitti contro lo stato di famiglia sono stati rivisti e aggiornati come *delitti contro l'identità personale* (si intende: giuridica e genetica).

4.3. I delitti *contro l'assistenza familiare* presentano attualmente una tendenziale dicotomia tra *famiglia in senso giuridico-patrimoniale* (art. 570, 570-bis) che tende ad assumere una concezione esclusivamente giuridica, *famiglia in senso giuridico-non patrimoniale* ma sempre secondo concezione esclusivamente giuridica (art. 571, 572 nei congrui casi, 573, 574, 574-bis, 574-ter), e *famiglia in senso personalistico* (art. 572 nei congrui casi) che tende a poggiare su base fattuale. Ciò premesso, vale quanto segue.

4.3.1. I rapporti relativi alla prima e la relativa tutela penale sono stati ricondotti, nelle congrue ipotesi in cui trattasi di inosservanza di obblighi giudizialmente accertati, all'ambito di tutela penale concernente le inosservanze di decisioni giudiziali civilistiche, attualmente art. 388 c.p., da riformare all'uopo, anche tenendo conto che l'interesse tutelato è anzitutto e prevalentemente un interesse individuale patrimoniale.

Riguardo agli altri inadempimenti di carattere civilistico, necessita di precisare il contesto e il livello dell'offesa all'interesse *individuale*, alla persona, i quali segnano la rilevanza penale del fatto, che non può ridursi com'è oggi alla mera riproduzione della rilevanza civile. Già nel '30 era stata apposta in funzione limitativa (peraltro di dubbia efficacia) la pur criticabile e comunque oggi non riproducibile clausola della contrarietà all'ordine e alla morale delle famiglie. Poste le condizioni, secondo un'opinione (Spena, Roiati) occorre inoltre limitare la tutela agli obblighi di assistenza materiali, ancorché di contenuto non economico – questi ultimi però non facili a tipizzarsi -, con esclusione quindi degli obblighi di assistenza meramente morale (p.es., obbligo di fedeltà). Secondo altra opinione, anche la violazione di obblighi di assistenza morale può assumere rilevanza penale (Pittaro, Folla). Le varie opinioni sono riportate nell'apposito *Allegato sulla violazione degli obblighi di assistenza*.

4.3.2. I delitti concernenti la famiglia in senso giuridico non patrimoniale sono tutti delitti contro la persona, e in gran parte contro il minore in particolare. Vanno quindi considerati nel loro proprio ambito di tutela.

4.3.3. Il delitto di maltrattamenti, laddove la famiglia compare in senso personalistico, è delitto contro la persona, con ogni correlata conseguenza. Potrebbe essere inserito o tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale, o tra i delitti contro la personalità individuale, secondo che si dia più importanza al profilo della lesione alla salute (largamente intesa anche sotto il profilo del rapporto coll'ambiente umano circostante) o invece a quello della lesione della personalità, entrambi concorrendo.

5. Quanto a più precise indicazioni di riforma con riguardo ai singoli articoli, in sintesi

le direttive sono state le seguenti – seguendo l'ordine del codice:

### *5.1. Delitti contro il matrimonio*

- Bigamia (556). Primo comma: si propone (Alessandro Spina, Silvio Riondato) o di abrogare (quindi anche il terzo comma e l'art. 557) o quanto meno depenalizzare -, soprattutto perché il sol fatto di contrarre un secondo matrimonio o sposare un coniugato/a non merita sanzione penale. Secondo comma: ipotesi di frode rispetto ad interessi anche non patrimoniali sono meglio inquadrati in delitti contro beni individuali.

- Induzione al matrimonio mediante inganno (558). È stato riformulato altrove, per le ragioni appena esposte.

### *5.2. Delitti contro la morale familiare*

- Incesto (564). Secondo una corrente di pensiero va abrogato per una cospicua serie di ragioni. Altrettanto cospicue sono le ragioni di chi ne preferisce il limitato mantenimento in una più aggiornata prospettiva, che a sua volta può presentare scansioni differenti. Si rinvia al riguardo all'apposito *Allegato in tema di incesto*.

- Attentati alla morale familiare commessi col mezzo della stampa periodica (565). È da abrogare.

### *5.3. Delitti contro lo stato di famiglia*

- Come è stato osservato dal sottogruppo che si è occupato di questi delitti (Elena Cadamuro, Elisabetta Palermo, Debora Provolo), «Per procedere ad una riforma dei delitti contro la Stato di famiglia è necessario tenere conto:

- 1) delle problematiche legate alle nuove tecniche riproduttive, quale la fecondazione artificiale, soprattutto dopo la dichiarazione di incostituzionalità della norma che proibiva nel nostro ordinamento la tecnica della fecondazione eterologa - o a nuove pratiche, quale la surrogazione di maternità (l'utero in affitto), per le quali si pone il problema dell'ambito di applicabilità del delitto di alterazione di stato, in funzione di salvaguardare l'interesse del nato in virtù di tali tecniche;
- 2) dell'interesse preminente del minore alla salvaguardia dei rapporti familiari già instaurati ed al rispetto della vita privata e familiare, concepiti quali limiti alla tutela di altri beni/interessi, soprattutto se di natura formale;
- 3) del particolare rilievo assunto, in ordine ai punti sopra menzionati, dalle sentenze della Corte EDU che hanno condannato l'Italia ed altri Stati europei per violazione dell'art. 8 CEDU e delle sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p., nella parte in cui prevede l'automatica applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale sia con riferimento al delitto di cui all'art. 566 c.p. (supposizione di stato: Corte cost. n. 7/2013) che dell'art. 567 c.p. (alterazione di stato: Corte cost. n. 31/2012);
- 4) delle sentenze della S. C. relative al delitto di cui all'art. 567 c.p. (alterazione di stato) per le quali deve escludersi l'ipotesi delittuosa nel caso di dichiarazioni di nascita effettuate ai sensi dell'art. 15, d.P.R. n. 396 del 2000, in ordine a cittadini italiani nati all'estero e rese all'autorità consolare secondo le norme stabilite dalla legge del luogo (Cass. pen. 2016, n. 13525; Cass. pen. 2016, n. 48696). Parimenti, in ordine a tale delitto, è necessario tener conto della sentenza della Corte cost. n. 236/2016 ed alla relativa dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 567, comma 2°, nella parte in cui prevede la pena della reclusione da cinque a quindici anni per il fatto di alterazione di stato mediante falsità, pena ritenuta "irragionevole" in relazione al disvalore del fatto;
- 5) da ultimo della nuova fisionomia assunta dalla fecondazione assistita, quale forma legittima di procreazione anche per i casi di fecondazione eterologa (Corte cost. n. 162/2014). Al

riguardo è necessario qui richiamare l'art. 8 l. 19 febbraio 2004, n. 40 che, ipotizzando il ricorso a tale tecnica già prima della dichiarazione di incostituzionalità del divieto, nel suo ampio riferimento ai « nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita » rende chiaro che anche i nati da fecondazione eterologa « hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime».

I singoli delitti sono quindi stati riformulati in considerazione dei punti sopra menzionati e della necessità di assumere come oggetto di tutela unicamente lo *status* di figlio nel significato di tutela del rapporto (o meglio del diritto al rapporto) con coloro che hanno procreato il soggetto o con coloro che normativamente debbano ritenersi i genitori, cioè ai sensi delle norme in vigore.

Lo stesso sottogruppo ha inteso inoltre «valutare l'opportunità di prevedere una tutela penale per il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, diritto comune a tutti coloro per i quali si è determinata una scissione tra la filiazione biologica e quella sociale (adozione, concepimento tramite procreazione medicalmente assistita eterologa; maternità surrogata). Il diritto di conoscere le proprie origini biologiche va ricompreso nell'ambito della tutela dell'identità genetica, intesa quale aspetto dell'identità personale (e, dunque, una tutela da intendersi in senso diverso rispetto alla protezione contro possibili manipolazioni, alterazioni o ibridazioni del patrimonio genetico). Il profilo genetico, invero, non solo è contrassegno della identificabilità dell'individuo, ma riguarda altresì, in una dimensione più sostanziale, il modo in cui egli concepisce se stesso e costruisce la propria personalità anche con riferimento alla famiglia.

Peraltro, una tutela penale dell'identità genetica così intesa potrebbe estendersi anche ai prossimi congiunti appartenenti alla medesima linea genetica, quali componenti del medesimo gruppo biologico (o famiglia genetica). Il gruppo biologico, in quanto composto da soggetti che condividono, strutturalmente, il medesimo patrimonio genetico, si distingue invero dalla nozione tradizionale di «famiglia», rispetto alla quale esso esclude taluni soggetti (quali il coniuge e i figli adottivi) per includerne altri (come ad es. il donatore anonimo di gameti).

La configurazione di una fattispecie delittuosa, così come la si propone, presuppone tuttavia un intervento del Legislatore volto a regolamentare, in modo chiaro e uniforme, il diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche, oramai considerato declinazione di primario rilievo del diritto all'identità personale, che trova la propria cornice costituzionale e convenzionale negli artt. 2 e 3 Cost. e 8 della CEDU.

Sul punto invece la legislazione italiana risulta lacunosa. Da un lato vi è infatti una tutela minima prevista nella l. n. 184 del 1983 sull'adozione, nella quale, a seguito della riforma del 2001, è sancito il diritto per l'adottato che abbia compiuto i venticinque anni di età di accedere alle informazioni che riguardano la propria origine e l'identità dei genitori biologici, ovvero di avere accesso a tali informazioni già al momento del raggiungimento della maggiore età qualora sussistano gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica (oltre ai casi, espressamente stabiliti dalla legge, di comunicazione delle informazioni ai genitori adottivi del minore; art. 28 legge n. 184 del 1983). Dall'altro, invece, vi è un vuoto di tutela dell'esigenza conoscitiva del nato che si è creata a seguito dell'intervento della Corte costituzionale n. 162 del 2014 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di PMA eterologa previsto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40.

Nemmeno con riferimento alle pratiche di maternità surrogata una tutela in tal senso è prevista, posto che la pratica in sé è tuttora vietata nell'ordinamento italiano (v. art. 12, co. 6°, l. n. 40 del 2004). Al di là delle eventuali future determinazioni del legislatore sul riconoscimento o no della liceità di detta pratica, emerge comunque l'interesse a considerare anche la posizione del nato da maternità surrogata, con riferimento al quale potrebbe configurarsi la necessità di garantire il diritto a conoscere le proprie origini genetiche, anche alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali relativi all'art. 567 c.p. (v. *supra sub 4*).

Un ulteriore riconoscimento del diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche si è avuto sul fronte giurisprudenziale – a seguito della pronuncia della Corte EDU Godelli c. Italia – con la sentenza della Corte Costituzionale n. 278 del 2013 con riferimento all’ipotesi di parto anonimo (art. 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184). Sul punto sono poi seguite pronunce di merito e di legittimità (v. sentenza n. 1946 del 2017, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) che dimostrano l’esigenza di apprestare una tutela effettiva ed uniforme a tale diritto, pur nella difficoltà di trovare una sintesi tra disposizioni normative e interventi giurisprudenziali, al fine di contemperare il diritto alla conoscenza delle proprie origini con altre situazioni soggettive tutelate attraverso l’anonimato del genitore genetico.

L’introduzione di una norma penale volta a tutelare l’identità genetica nel senso descritto presuppone un correlato intervento del legislatore diretto a disciplinare compiutamente, tenendo conto delle peculiarità dei vari settori coinvolti, il diritto a conoscere le proprie origini biologiche».

#### *5.4. Delitti contro l’assistenza familiare*

- Violazione degli obblighi di assistenza familiare (570) e violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio (570-bis). Vedi sopra 1.3.1. I due articoli sono stati aggiornati anche considerando obblighi corrispondenti alla mutata realtà sociale e giuridica. L’ipotesi dell’abbandono del domicilio domestico è alla lettera abrogata, ma rimangono più determinatamente le corrispondenti violazioni della dovuta assistenza.

- Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina (571). Norma di non facile lettura e comunque scarsamente compatibile con l’odierno ordinamento costituzionale. Come ha osservato Alessandra GIUNTI, «L’abuso dei mezzi di correzione o di disciplina dovrebbe essere abrogato riguardando, quali soggetti passivi del reato, persone adulte, nei cui confronti non sussistono obblighi di educazione o disciplina, oppure minorenni verso i quali l’uso di mezzi riconducibili in maniera più o meno diretta a forme di violenza, deve escludersi, poiché offensivi della dignità della persona e contrari agli attuali metodi educativi». Se ne propone l’abrogazione.

- Maltrattamenti contro familiari e conviventi (572). È, si ribadisce, delitto contro la persona. Si è introdotta una riformulazione più determinata della norma in punto di condotta, e una rivisitazione in ordine ai rapporti fattuali e giuridici rilevanti (v. sopra). Non è necessario che a tali rapporti si unisca una situazione di soggezione/sudditanza/debolezza della vittima. I contributi in tema di maltrattamenti e di violenza domestica sono riportati nell’apposito

#### *Allegato in tema di maltrattamenti.*

- Sottrazione di persone incapaci (574) e Sottrazione e trattenimento di minore all’estero (574- bis). Sono delitti contro la persona del minore – non già contro la potestà genitoriale o analoghi istituti. La tutela del minore forse potrebbe essere rafforzata tramite norme incriminatrici di “sottrazioni parziali”, per così dire, cioè condotte di istigazione, determinazione e agevolazione del minore a violare determinate leggi, o comunque a sottrarsi ad ordini, compiti, direttive e analoghi limiti impartitigli dai genitori etc., con pericolo per importanti interessi del minore stesso. Comunque, come ha rilevato Silvia LARIZZA per il sottogruppo che si è occupato delle sottrazioni di minore (Elisabetta Palermo, Silvia Larizza), «Non è semplice procedere a una riformulazione dell’art. 573 c.p. dalla rubrica: Sottrazione consensuale di minorenni. Questa norma è sicuramente datata e, proprio perché espressione di una concezione verticistica della famiglia, ha già subito modifiche legislative e interventi della stessa Corte costituzionale per adeguarla a una diversa concezione di famiglia caratterizzata dall’eguaglianza di tutti i componenti.

Nell’attuale formulazione dell’art. 573 c.p. nessun riconoscimento diretto viene dato ai

bisogni, alle inesperienza del minore, alla tutela di questa sua situazione personale di debolezza. Vittima non è il minore di cui colui che lo sottrae e ritiene può approfittare; soggetto passivo è l'esercente la potestà dei genitori. Per questa sua caratterizzazione la norma presta il fianco a diversi rilievi critici che inducono a dubitare della necessità della permanenza di una simile fattispecie nel codice penale. Cerchiamo di enunciare le ragioni.

Innanzitutto, dopo il varo della Costituzione, i soggetti minori sono persone cui vanno garantiti i diritti inviolabili, tra i quali anche quelli di esprimersi nel percorso di crescita secondo le loro inclinazioni individuali. In aggiunta, la riforma del diritto di famiglia ha dato una rinnovata lettura della potestà dei genitori (ora, più propriamente chiamata responsabilità dei genitori) i quali, nello svolgimento della loro attività educativa nei confronti dei figli, devono assecondarne le inclinazioni naturali, riconoscendo loro margini viepiù crescenti di autodeterminazione, di autonomia.

Il bene giuridico tutelato dalla norma è la potestà dei genitori che ricomprende la possibilità di esercitare un potere di vigilanza sui figli minori. In giurisprudenza si afferma: che “il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice di cui all'art. 573 c.p. concerne la potestà del genitore o del tutore fino al compimento della maggiore età e si radica nell'esigenza di sottoporre le decisioni del minore al vaglio di questi, onde evitare che una insufficiente maturità, connessa all'età, possa spingerlo ad adottare decisioni che potrebbero pregiudicare la sua vita futura<sup>1</sup>.

È lecito a tal punto interrogarsi se la tutela di questo bene possa incontrare dei limiti o dei temperamenti a fronte della necessaria salvaguardia di esigenze, di diritti di autodeterminazione che spettano al minore e che si ispessiscono quanto più ci si avvicina al raggiungimento della maggiore età. Quello che forse si dovrebbe cercare di raggiungere è un equo contemperamento tra l'esercizio della potestà dei genitori e il riconoscimento di margini di autodeterminazione sempre più ampi del minore. Ovverosia la potestà dei genitori non va intesa in termini assoluti, ma relativi e, soprattutto, il suo esercizio deve assecondare le inclinazioni naturali e le aspirazioni del minore.

Inclina verso questa lettura innanzitutto il riconoscimento ormai a livello internazionale del “migliore interesse del minore” che richiede che si operi un bilanciamento tra l'esercizio legittimo della responsabilità genitoriale e le ricadute che questo esercizio possono avere nella sfera del minore.

Ma non è solo questo il dato che merita attenzione. Bisogna difatti rilevare che queste ipotesi sono caratterizzate dal consenso del minore a una sua sottrazione o ritenzione e tale consenso riguarda diritti disponibili. Se, esattamente, il legislatore ritiene in talune ipotesi il consenso del minore completamente irrilevante per l'integrazione del tipo (omicidio del consenziente, istigazione o aiuto al suicidio, atti sessuali) per tutelare beni indisponibili del minore (vita, intangibilità sessuale), nell'art. 573 c.p. non si afferrano con immediatezza i beni appartenenti al minore che si vogliono tutelare.

Un'ultima notazione a sostegno di un ripensamento della norma che privilegi il migliore interesse del minore. Come si sa il legislatore ritiene non punibili gli atti sessuali tra minorenni a condizione che la differenza di età tra i due minori non sia superiore a tre anni. Questa norma è estremamente significativa e riconosce al minore una libertà di autodeterminazione sessuale nel rispetto delle condizioni fissate dall'art. 609-*quater*, comma 3°. Evidentemente questa libertà sfugge per espresso riconoscimento legislativo ad un potere di controllo, di inibizione da parte di chi esercita la responsabilità genitoriale.

Se si esamina la giurisprudenza che si è formata sull'art. 573 c.p. i casi concreti ricorrentemente affrontati concernono sottrazioni avvenute per coltivare relazioni affettive, amorose, sessuali. Si registrano, peraltro, anche casi diversi, che sono affiorati soprattutto in quest'ultimo periodo, nei quali viene fatto ricorso all'art. 574 c.p. per reprimere “la condotta

---

<sup>1</sup> Cass., sez. VI, 4 novembre 2014 (10 febbraio 2015), n. 6058, in CED Mass., n. 263109.



di un genitore che, contro la volontà dell'altro, sottragga a quest'ultimo il figlio per un periodo di tempo significativo, impedendo l'altrui esercizio della potestà genitoriale e allontanando il minore dall'ambiente d'abituale dimora<sup>2</sup>.

Per concludere sul punto: se certamente va garantito l'esercizio della responsabilità dei genitori nei confronti dei minori di quattordici anni o di persone incapaci al fine esclusivo di tutelare posizioni di particolare vulnerabilità non si reputa opportuno mantenere l'art. 573 c.p. "anche in considerazione dei limiti ormai posti alla detta potestà dalla riconosciuta maggiore autonomia e libertà di autodeterminarsi del figlio minorenni, quale espressione dei diritti inviolabili della persona"<sup>3</sup>.

A questo punto il bene che va tutelato è il minore, la sua libertà individuale, l'esercizio della responsabilità genitoriale risultando funzionale a tale scopo.

Di conseguenza gli articoli 574 (riformulato) e 574-bis devono migrare nel titolo relativo ai delitti contro la persona nella sezione relativa ai delitti contro la libertà individuale».

- Costituzione di un'unione civile agli effetti della legge penale (574-ter). Le esigenze sottese a questa norma sono state meglio recepite nella definizione generale di "coniuge" e laddove necessario, anche tenendo conto dei «conviventi di fatto» di cui all'art. 1 co. 36 l. n. 17/2016.

6. L'art. 540 (Rapporto di parentela) è stato riformulato aggiornandolo alle esigenze odierne. Ciò posto, rimane il problema se parificare nei congrui casi la filiazione all'adozione, affidamento, allevamento di fatto etc. (cfr. Progetto Pagliaro, art. 59), come parrebbe opportuno.

7. L'art. 307, co.4, c.p. contiene la nozione penalistica di "prossimi congiunti". Se ne è rivisto il contenuto alla luce delle nuove, rilevanti realtà di "prossima congiunzione" familiari e relative a formazioni sociali esistenziali di tipo parafamiliare. Le nuove formulazioni sono state approntate dal sottogruppo composto da Dario Guidi, Roberto Guerrini, Isabella Leoncini, Filippo Bellagamba.

8. Le ragioni della non punibilità e della perseguibilità a querela trasfuse nell'art. 649 c.p. hanno in complesso un fondamento meritevole di conservazione. La norma è stata tuttavia adeguata alle attuali realtà ed esigenze, nella formulazione proposta da Alessandra GIUNTI, la quale ha osservato tra l'altro come «l'entrata in vigore della Costituzione abbia fatto venire meno la struttura gerarchica della famiglia, ora informata all'eguaglianza e pari dignità della coppia e di ogni altro componente, incluso i figli minorenni, sui quali i genitori – e originariamente il padre – non esercitano più un "potere", bensì un "dovere" di educare, nel rispetto della personalità e delle inclinazioni del bambino. E lo stato di uguaglianza ha come complemento necessario la libertà che deve informare l'aggregato familiare. Ciò comporta che dovrebbe essere lasciata ai singoli componenti la decisione se perseguire o meno il familiare che si è reso responsabile di un delitto contro il patrimonio, purché non commesso con l'uso della violenza.

La riforma dell'art. 649 c.p. dovrebbe quindi prevedere la procedibilità a querela della persona offesa, allorché intercorrano relazioni familiari con l'autore del reato, indipendentemente dal tipo di legame o dal grado di parentela o dalla situazione di convivenza. Mentre sarebbe opportuno mantenere la non punibilità, limitatamente al fatto commesso dal minore di anni diciotto a danno dell'ascendente, dell'adottante o del genitore affidatario, considerato il particolare rapporto affettivo che si instaura tra genitore e figlio, nonché in ragione della maggiore tutela

<sup>2</sup> Cass., sez. V, 28 marzo 2018 (20 giugno 2018), n. 28561, in *CED Cass*, n. 273545.

<sup>3</sup> Cass., sez. III, 29 ottobre 1996 (6 febbraio 1997), n. 1032, in *CED Cass*, n. 207100.

che la minore età richiederebbe».

**9.** Tutta la nuova disciplina è misurata sulle esigenze di implicazione della responsabilità dell'ente da reato. La nuova norma è stata approntata da Federico Consulich e Silvio Riondato.

**10.** Pare molto importante riesaminare, anche a fini di coordinamento, e rinviando ora ad ulteriori sviluppi del lavoro appena intrapreso, e al coordinamento con altri Gruppi, i *delitti contro la maternità*<sup>4</sup> e i *reati in materia di procreazione medicalmente assistita* (legge 19 febbraio 2004, n. 40), nonché l'*infanticidio*.

**11.** Nel lavoro finora svolto ci si è occupati quasi esclusivamente delle incriminazioni, delle circostanze, di cause di non punibilità. Non sono ancora stati affrontati, tra l'altro, i temi relativi al trattamento sanzionatorio – solo in taluni casi riveduto - e agli istituti che altrimenti mitigano, escludono, mutano, sospendono o comunque influiscono sulla pena.

**12.** In vista di futuri sviluppi, ci si limita qui soltanto a ricordare conclusivamente che gli interessi sottostanti ai rapporti di natura familiare sono sia di diritto che in fatto gravemente coinvolti dalla pena, in tutte le sue articolazioni. Sussiste tra l'altro il gravoso problema di tutela del c.d. terzo innocente.

---

<sup>4</sup> Si ricorda il recente inserimento nel titolo XII del libro II c.p., per opera dell'art. 2, comma 1°, lett. e, del d.lgs. n. 21/2018, di un nuovo capo "Capo I-bis — Dei delitti contro la maternità", nel quale sono disciplinati tramite l'inserimento di due nuovi articoli, i delitti di *Interruzione colposa di gravidanza* (art. 593-bis c.p.) e di *Interruzione di gravidanza non consensuale* (art. 593-ter c.p.). Le modifiche sono in vigore dal 6 aprile 2018. All'introduzione nel codice Rocco di tali disposizioni consegue, ai sensi dell'art. 7, lett. e) del d.lgs. n. 21/2018, l'abrogazione degli artt. 17 e 18 della l. 22 maggio 1978, n. 194.

## ALLEGATO IN TEMA DI INCESTO

**Sommario:** I. Prime brevi riflessioni di Adelmo Manna. Verso la decriminalizzazione. – II. Proposta di Silvio Riondato; non punibilità dell'incesto consensuale tra maggiorenni e disciplina corrispondente a quella degli "Atti sessuali con minorenni". – III. Obiezioni di Alberto di Martino. – IV. Rilievi critici di Adelmo Manna. – V. Proposta di Alberto di Martino. Nuova fattispecie di incesto. – VI. Obiezioni di Adelmo Manna. – VII. Rilievi di Alessandra Giunti.

### I

1. È noto che, secondo gli studi antropologici, presso i popoli primitivi l'incesto era punito molto severamente come reato, ma ciò non avveniva in modo uniforme. In particolare, come ci indica il Frazer<sup>1</sup>, si usava distinguere, ad es., nella Melanesia e in Australia, tra il matrimonio fra cugini incrociati, considerato in genere lecito, e quello invece tra cugini paralleli che, al contrario, risultava comunemente proibito. Ciò era dovuto al fatto che, laddove una comunità è divisa in due classi esogamiche, i cugini paralleli, ovverosia figli di due fratelli o di due sorelle, appartengono necessariamente alla stessa classe esogamica, per cui soggiacciono al divieto di sponsali, giacché, altrimenti, infrangerebbero la legge fondamentale che proibisce a tutti i membri della stessa classe esogamica di sposarsi tra loro. Più in particolare, nelle società totemiche, in vigore in varie parti del mondo antico tra cui l'Asia, l'Africa e l'America, la regola dell'esogamia è pressoché totale, nel senso che a nessun uomo è consentito di sposare una donna che appartenga al suo clan totemico. Questa legge fondamentale proibisce ovviamente il matrimonio fra fratelli e sorelle, in quanto discendono necessariamente dallo stesso *clan* ereditario. Da queste sintetiche, ma fondamentali notazioni di carattere antropologico, si può ricavare chiaramente la funzione del divieto dell'incesto, cioè quella per cui, proibendo il matrimonio nell'ambito dello stesso clan esogamico, oppure, a seconda dei casi, totemico, si intendeva, evidentemente, evitare una "chiusura" all'interno dello stesso *clan*, che avrebbe, così, impedito i contatti con clan diversi, sotto i più svariati profili, fra i quali, ovviamente, non può non emergere, in chiave preponderante, il divieto degli sponsali, in particolare, fra fratello e sorella.

Il tabù dell'incesto e, quindi, l'origine dell'esogamia, deriva, a sua volta, da una scoperta assai rilevante della psicoanalisi nel senso che "la prima scelta dell'oggetto sessuale da parte del bambino è incestuosa, s'indirizza su oggetti rigorosamente proibiti, la madre e la sorella". Tanto ciò è vero che il rapporto con i genitori, dominato dal desiderio dell'incesto, è considerato dalla psicoanalisi come "il complesso nucleare della nevrosi"<sup>2</sup>. Ciò dimostra, pertanto, come l'incesto costituisca un tabù, cioè una proibizione di carattere ancestrale, sia a livello individuale che sociale, la cui funzione è quella che abbiamo poc'anzi indicato.

2. Questo divieto, di carattere, appunto, ancestrale, è poi rimasto nei secoli a venire, talvolta condito da suggestioni genetiche, nel senso che, ad es., il matrimonio tra cugini, per cui è necessaria una speciale autorizzazione da parte delle autorità ecclesiastiche nel cattolicesimo, è tradizionalmente visto con disfavore, in quanto comporterebbe un indebolimento della *commixtio sanguinis*, per cui il figlio nascerebbe geneticamente debilitato. Non sussistono, tuttavia, prove certe che ciò avvenga in ogni caso, e ciò appunto spiegherebbe, non già il divieto

<sup>1</sup> FRAZER J. G., *Matrimonio e parentela*, a cura di Guido Rizzi, Milano, 2019, spec. 129 ss., e spec. 155 ss.

<sup>2</sup> FREUD S., *Totem e tabù-Concordanze nella vita psichica dei selvaggi e dei nevrotici*, intr. di KERÉNYI, Torino, 1969 (1ª ed. tedesca 1912-13), 29 ss. e, spec., 48-49.

assoluto, ma, al contrario, la necessità di un'autorizzazione in base, sostanzialmente, al caso concreto.

3. Venendo ora al diritto penale italiano, l'incesto è punito nell'art. 564 c.p., con cui si incrimina l'incesto stesso con un discendente o un ascendente, o un affine in linea retta, ovvero una sorella o un fratello, in modo, però, che ne derivi *pubblico scandalo*. Sussiste una pena autonoma, da due ad otto anni, anziché da uno a cinque, laddove trattasi di una "relazione incestuosa". La pena è, altresì, aumentata laddove l'incesto è commesso da un maggiorenne nei confronti di una persona minore degli anni diciotto e ciò, ovviamente, solo per il maggiore. La condanna, infine, pronunciata contro il genitore importa la perdita della responsabilità genitoriale. Il delitto in oggetto si trova nell'ambito dei delitti contro la famiglia e, più in particolare, nel capo II, intitolato "*Dei delitti contro la morale familiare*", e ciò pone già un primo problema, perché evidentemente il bene giuridico è intriso di eticità, per cui fa emergere una questione molto delicata in ambito penalistico, se cioè sia o no lecito proteggere, attraverso il diritto penale, interessi di carattere puramente morale, perché ciò rischia di confliggere con il principio di laicità, ricavabile, in particolare, dagli artt. 19 e 21 della Costituzione<sup>3</sup>. Tanto ciò è vero che nell'interpretazione della norma in questione si è, come risaputo, posto un delicato problema esegetico, cioè a dire se il pubblico scandalo costituisca l'evento del reato, oppure una condizione obiettiva di punibilità. Quest'ultima tesi sembrerebbe più conforme al dato letterale, giacché la norma si riferisce al sintagma "*in modo che ne derivi*", in quanto non si fa riferimento al verbo "cagionare", che rimanda, ovviamente, alla necessità di un nesso causale, ma, appunto, ad un verbo diverso. La questione, però, non può certo essere risolta solamente in chiave strettamente esegetica, in quanto è necessario aggiungere la tematica relativa al bene giuridico. Se, infatti, si dovesse aderire alla tesi della condizione obiettiva di punibilità, ciò vorrebbe dire che l'incesto costituisce già un reato perfetto in tutti i suoi elementi, almeno secondo la tesi tradizionale relativa alle c.o.p., ma ciò comporterebbe veramente una interpretazione solo eticamente orientata, in quanto l'incesto costituirebbe già di per sé reato, ovverosia sarebbe "meritevole di pena", mentre il pubblico scandalo lo renderebbe soltanto "bisognoso di pena"<sup>4</sup>. Ecco quindi la ragione per cui anche noi propendiamo per la tesi minoritaria, che tende a rileggere la fattispecie alla luce della funzione che il diritto penale dovrebbe svolgere in uno Stato laico e secolarizzato, ovverosia l'esigenza di non punire i fatti immorali in sé, ma solo laddove provochino turbamento nella sfera sociale, per cui il pubblico scandalo, in questa diversa prospettiva, dovrebbe essere inteso come evento del reato<sup>5</sup>. Questa ricostruzione, tuttavia, ancora non convince del tutto, in quanto esprimiamo non poche riserve circa il fatto che l'incesto provochi davvero turbamento nella sfera sociale, non solo per la esiguità dei casi trattati in giurisprudenza, ma anche perché, a ben riflettere, il concetto di turbamento sociale rinvia anch'esso ad una concezione etico-religiosa e, soprattutto, rischia, se lo si intende come bene giuridico di riferimento, di incarnare quella categoria dei beni c.d. vaghi o vaganti, che, in quanto tali, contrastano, inevitabilmente, anche con il principio di stretta

---

<sup>3</sup> Riteniamo preferibile la tesi che intravede nella laicità un principio, proprio perché giustiziabile, anziché un mero carattere. Per la prima delle due tesi cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 30 ss.; MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1392 ss.; *contra*, CANESTRARI - DE SIMONE - CORNACCHIA, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2008, 66 ss. Per la prima delle due tesi sia consentito, per un maggiore approfondimento, il rinvio anche a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 4<sup>a</sup>, Milano, 2017, 85 ss.

<sup>4</sup> Secondo il modello utilizzato da ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55 ss.

<sup>5</sup> Così, FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, I delitti contro la persona*, 3<sup>a</sup>, Bologna, 2011, 326 ss.e, quivi, 330-331.

legalità, *sub specie* determinatezza e/o precisione<sup>6</sup>.

4. A questo proposito, appare opportuno analizzare innanzitutto l'opinione della Corte costituzionale italiana, che, già nel 2000, si è espressa, ribadendo la legittimità della previsione come delitto dell'incesto, in virtù, però, del suo "valore simbolico"<sup>7</sup>

5. Anche la Corte costituzionale tedesca è stata, tuttavia, chiamata a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale della norma che sanziona l'incesto nel § 173 StGB, cioè la congiunzione carnale tra parenti<sup>8</sup>. È interessante fare riferimento al caso concreto, per i suoi aspetti peculiari, che, almeno a nostro sommo avviso, avrebbero meritato una pronuncia di tipo assai diverso. Il ricorrente, collocato in affido al di fuori della propria famiglia all'età di tre anni, a quella di circa venticinque anni incontra la sorella, all'epoca sedicenne, che era rimasta presso la madre, con la quale instaura per la prima volta una relazione. Dopo un anno, alla morte della madre, i due iniziano una convivenza *more uxorio*, da cui nascono, nel corso degli anni, quattro figli, di cui tre saranno dati in affido e la più piccola, nata nel 2005, ha vissuto da allora con la madre. Il ricorrente è stato condannato per incesto, punito fino a tre anni di detenzione, mentre la sua compagna, riconosciuta non imputabile, è stata, di conseguenza, ritenuta non punibile. Trattasi del noto caso *Stübing c. Germania*, ove il condannato, dopo aver ricorso senza successo alla Corte costituzionale tedesca, come abbiamo potuto constatare, si rivolge, da ultimo, alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>9</sup>. La Corte EDU approva tuttavia la posizione dello Stato tedesco, pur se riconosce la circostanza che il procedimento penale ha interferito sulla vita privata del ricorrente. Quest'ultimo, infatti, non solo dubita che l'interferenza possa considerarsi legittima, ma osserva, altresì, che in effetti numerosi Paesi europei non criminalizzano l'incesto<sup>10</sup> tra fratelli, che le ragioni, come abbiamo già ricordato, fondate sui

---

<sup>6</sup> In argomento, cfr., in particolare, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; nonché, da ultimo, anche FIANDACA, *Sul bene giuridico – Un consuntivo critico*, Torino, 2014.

<sup>7</sup> Corte cost., sent. 21 novembre 2000, n. 518, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1590, con nota di SPANGHER, *Incesto tra suocero e nuora*; in argomento, v. anche CANDIOTTO, *Delitti contro la morale familiare e delitti in materia di adozione*, in *Trattato di diritto di famiglia – Le riforme*, (dir. da ZATTI), III, *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di PALERMO FABRIS – PRESUTTI – RIONDATO, Milano, 2019, 158 ss. Valore simbolico inteso quale presidio dell'istituzione familiare, valore evidentemente considerato così pregnante da giustificare l'intervento del legislatore penale nel campo del c.d. ordinamento sessuale della famiglia. Anche in questo caso, la sentenza della Corte costituzionale suscita francamente qualche riserva, nella misura in cui risulta anch'essa intrisa di una visione eticizzante, nel momento in cui identifica nella punizione dell'incesto un "valore simbolico", quale presidio dell'istituzione familiare. In altri termini, la Corte, evidentemente, non si interroga su di un problema, a nostro avviso, decisivo, ovverosia in che misura lo Stato possa ingerirsi sull'autonoma determinazione sessuale di due adulti consenzienti, impedendo loro di avere una relazione, a tutela della medesima famiglia cui quegli stessi soggetti appartengono.

<sup>8</sup> BVD, 26 febbraio 2008, in 2 BVR 392/2007, con traduzione italiana a cura di DODARO – DOVA, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2009, 2091 ss.; va, però, menzionata l'opinione dissenziente del giudice Winfried Hassemer, peraltro unico penalista del collegio giudicante, su cui cfr. *L'opinione dissenziente del giudice Hassemer alla decisione del secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2103 ss., con trad. di Dodaro e Dova.

<sup>9</sup> *Stübing v. Germany*, n. 43547/08, 12 aprile 2012; in argomento, DE STEFANI, *Riflessi penalistici della tutela della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia – Le riforme*, (dir. da ZATTI), etc. cit., I, IV, § 6, 81 ss. e, quivi, 93-94.

<sup>10</sup> Tra i 31 membri del Consiglio d'Europa infatti solo 16 sanzionano penalmente la congiunzione carnale tra congiunti, mentre in 15 altri Paesi non sussiste tale previsione. Tra i primi vanno annoverati l'Albania, l'Austria, La Bosnia Erzegovina, la Bulgaria, la Croazia, Cipro, la Repubblica Ceca, la Finlandia, la Grecia, l'Islanda, l'Irlanda, il Liechtenstein, la Macedonia, la Moldavia, la Repubblica slovacca e quella di San Marino. Tra i secondi si annoverano l'Armenia, l'Azerbaijan, il Belgio, l'Estonia, la Georgia, la Lettonia, la Lituania, il Lussemburgo, Malta, Monaco, Montenegro, il Portogallo, la Serbia, la Slovenia e l'Ucraina. A questo elenco vanno aggiunti, secondo una ricerca effettuata dall'M.P.I. di Friburgo in Brisgovia (Germania R.F.), ulteriori 8 Paesi in cui l'incesto viene punito, ovverosia la Danimarca, l'Italia, la Polonia, la Romania, la Svezia, la Svizzera, l'Ungheria ed il Regno Unito, mentre quelli in cui non è prevista alcuna sanzione penale sono la Francia, i Paesi Bassi, la Federazione russa, la Spagna e la Turchia. Tanto ciò è vero che in Francia con la legge 2016-297 del 14 marzo 2016, si punisce l'incesto, in base all'art. 222-31-1, ma solo se l'incesto avviene mediante violenza o aggressione

danni genetici alla prole che possono derivare da rapporti incestuosi, non sono scientificamente solide ed, infine, che l'obiettivo della tutela della famiglia, nel caso di contesti familiari così largamente disfunzionali, non appare di certo pertinente. La Corte EDU premette che, laddove lo Stato intervenga su aspetti intimi della vita privata, ha il dovere di applicare i parametri di necessità e proporzionalità, in modo particolarmente rigoroso; tuttavia, se su questioni che attengono la morale e l'etica, *specie se tra i vari Stati europei non sussiste un orientamento condiviso*, il margine di manovra degli Stati non può non allargarsi per dar modo allo Stato di interpretare nel modo più fedele possibile *“il sentire della popolazione”*. In conclusione, se la criminalizzazione dell'incesto fra fratelli è presente in ventiquattro Paesi sui quarantaquattro presi in considerazione, il comportamento è ... *“ovunque” riconosciuto come un “disvalore”*, per cui il matrimonio tra consanguinei, compreso fra fratelli, è in ogni caso escluso e, quindi, la condotta dello Stato tedesco non configura una violazione dell'art. 8 CEDU, cioè il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

In definitiva, anche la pronuncia della CEDU non può soddisfare, in quanto comporta il riconoscimento di un *“margine nazionale di apprezzamento”*, che appare decisamente in contrasto con una concezione sovranazionale del diritto, che invece dovrebbe essere istituzionalmente difesa da una Corte europea, per cui la pronuncia stessa comporta un cedimento *“relativistico”* o, se si preferisce, una comoda forma di accondiscendenza, ad istanze che, a torto o a ragione, uno Stato considera non negoziabili<sup>11</sup>.

6. In conclusione, dalla disamina sia della giurisprudenza costituzionale italiana, che di quella tedesca, che, infine, della CEDU, emerge, almeno a nostro avviso, ancora una visione *“tabuistica”* dell'incesto, perché, evidentemente, l'origine antropologica e la spiegazione psicoanalitica del carattere delittuoso tuttora, seppure indirettamente, fa sentire i suoi effetti, soprattutto da un punto di vista etico-religioso. La domanda fondamentale che, tuttavia, il penalista orientato al principio di laicità dovrebbe porsi è se l'incesto assuma ancora una rilevanza e, soprattutto, una valenza delittuosa, nella misura in cui, come in definitiva, sono costrette, seppure parzialmente ed indirettamente, a riconoscere anche le supreme istanze giurisdizionali nazionali e comunitarie, incrimina un fatto che incide su di un bene giuridico a sfondo etico e che, quindi, come tale, non dovrebbe possedere legittimità in un diritto penale di uno Stato laico. Per questo complesso di ragioni riteniamo sia giunto il momento di operare una scelta coraggiosa, ma fondata, almeno a nostro avviso, cioè quella di non inserire più in un futuro codice penale il delitto di incesto.

Ciò d'altro canto, appare funzionale anche alla *“crisi”* del concetto di famiglia naturale<sup>12</sup>, che invece viene ormai contraddetta dal riconoscimento giuridico delle unioni di fatto, di quelle fra cittadini dello stesso sesso e così via, e ciò anche a livello legislativo, quanto meno in Italia, che, a nostro avviso, sta a dimostrare come anche la coscienza etico-sociale si sia ormai evoluta da un concetto quasi sacrale di una famiglia naturale fondata sul matrimonio, verso il riconoscimento di unioni di tipo diverso, che, seppure, ovviamente, non basate sul matrimonio, tuttavia sono riconosciute dall'ordinamento giuridico quali forme ulteriori di convivenza, per cui, in questa rinnovata prospettiva, ci sembra di poter rilevare come la considerazione dell'incesto come reato sembra, viceversa, appartenere anche ad una concezione etico-religiosa ormai superata dai tempi e dalla storia. Ciò, ovviamente, non significa che l'eventuale decriminalizzazione dell'incesto conduca ad una totale liberalizzazione dei rapporti fra

---

sessuale: cfr. BELTRAME, in *Trattato di diritto di famiglia – Le riforme*, (dir. da ZATTI), etc. cit., *Diritto penale della famiglia*, I, V, § 2, 106.

<sup>11</sup> Così, testualmente, DE STEFANI, cit., 95 e gli AA. ivi citati, cui pertanto, per maggiori approfondimenti, pure si rinvia.

<sup>12</sup> Cfr. in argomento, da ultimo, per riassunto delle diverse posizioni al riguardo, FIORI S., *Famiglia naturale? Così si dividono storici e storiche*, in *La Repubblica*, 7 aprile 2019, 9; da ultimo, rileva giustamente come il codice penale del 1930 preveda diversi reati «a repressione di immoralità varie», come, in primo luogo, proprio l'incesto: CADOPPI, *Il “reato penale”*. *Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Esi, 2022, spec. 87 ss. e 89.

consanguinei, perché residua comunque nel profondo della psiche umana, sia individuale che collettiva, proprio il tabù dell'incesto, che, a nostro avviso, risulta più che sufficiente ad evitare l'ipotizzato turbamento dell'ordine familiare, senza bisogno che a rimarcare lo stesso si aggiunga anche una impropria, per le ragioni sinora indicate, proibizione penale.

## II

*“Incesto. – 1. Non è punibile chi, maggiore di età, commette incesto con un discendente o un ascendente o un affine o un parente collaterale, col consenso di lui maggiore di età.*

*2. L'incesto commesso da persona maggiore di età con persona minore degli anni diciotto, o da persona minore degli anni diciotto con persona minore degli anni diciotto, è punito nei casi previsti dall'articolo 609 quater, alle stesse condizioni e con le stesse pene”.*

È una proposta più *soft* nei termini a fini di mediazione, ma il risultato pratico è lo stesso perché sarebbe inserita nei delitti contro la libertà sessuale e non vi sarebbe alcuna area di punibilità aggiuntiva rispetto all'esistente, compreso l'infradiciottenne.

## III

A caldo, osserverei che:

- sarebbe preferibile non esordire con una causa di non punibilità, ma con la descrizione di un fatto;
- la descrizione per rinvio mi pare risulti non chiara, anche per la soluzione lessicale un po' contorta (se il rinvio è ai “casi”, cosa si intende per “alle condizioni”?); in ogni caso dovrebbe esser ridefinito il coordinamento con il 609 *quater*.

Sarebbe preferibile o una tipizzazione autonoma, o una chiara ridefinizione del 609 *quater* che comprenda le ipotesi di cd incesto che si ritengono penalmente rilevanti. Bisognerebbe poi riflettere sulla differenza fra cd incesto biologico e cd incesto socioculturale: almeno sotto il profilo della eventuale differenza di pena.

## IV

Proprio in base a quanto ho già scritto e fattovi pervenire, non sono d'accordo né con l'una, né con l'altra prospettiva, perché, come avrete potuto ampiamente constatare dallo scritto che vi ho inviato, la mia proposta è assai più radicale, perché propone, non già una causa di non punibilità e, poi, comunque, una riesumazione della penale rilevanza facendo riferimento all'art. 609 *quater* c.p., cioè gli atti sessuali con minorenni, in cui l'età viene innalzata a diciotto anni, né è chiaro cosa debba veramente intendersi tra incesto biologico e socioculturale. A mio avviso bisogna, invece, partire dal bene giuridico protetto dall'art. 564 c.p., cioè la morale familiare e domandarsi se possa davvero trattarsi di un bene giuridico, in quanto la risposta affermativa comporta la tutela di un'istanza morale, che, invece, dovrebbe essere bandita da un nuovo codice penale soprattutto attento ai valori espressi dalla Costituzione e dall'ordinamento comunitario ed, in particolare, al principio di laicità, che, appunto, non dovrebbe consentire incriminazioni fondate su lesioni soltanto della morale, seppure in un determinato ambito come quello della famiglia. Ragionando diversamente, bisognerebbe allora estendere oltremodo la rilevanza penale a tanti altri atti intrafamiliari, se si ritengono contrari alla morale delle famiglie, ma ciò comporterebbe un'abnorme estensione dello stesso diritto penale, nel senso che, per

dirla con Juergen Baumann, si darebbe luogo ad un diritto penale c.d. sacerdotale. Per questa ragione mi permetto di insistere sulla proposta di decriminalizzazione, anche perché sono persuaso che il diritto penale debba riguardare il c.d. foro esterno e non già il foro interno, nel senso, cioè, che se un determinato comportamento, come l'incesto, costituisce un tabù a livello antropologico ed anche a livello psicologico, come ho tentato di dimostrare nello scritto che vi ho inviato, la persona umana è già inibita a porre in essere comportamenti incestuosi, per cui ribadisco che l'intervento del diritto penale risulta improprio, perché pretende di punire condotte che, invece, attengono al foro interno dell'individuo, dove, infatti, quest'ultimo trova già il relativo divieto, fa l'altro, con una notevole funzione deterrente. Quanto, infine, alla ritenuta differenza fra incesto biologico e socioculturale, va osservato che anche a livello empirico non sussiste la prova che i figli nati da rapporti sessuali tra consanguinei siano necessariamente soggetti più deboli, giacché allora non si saprebbe spiegare la ragione per cui, come avevo già osservato, le Autorità ecclesiastiche, soprattutto in campo cattolico, possano concedere l'autorizzazione, ad esempio, per gli sponsali tra cugini. Da ultimo, la scarsissima incidenza del delitto di cui all'art. 564 c.p. dimostra ulteriormente come i casi concretamente verificatisi di incesto siano davvero molto ridotti, e ciò ancor più dovrebbe indurre ad una decriminalizzazione, proprio perché mantenere una fattispecie criminosa - magari modificando *in pejus* l'art. 609 *quater* c.p., che invece ci sembra, come tale, del tutto funzionale alla bisogna - che non possiede nemmeno un carico giurisprudenziale di una qualche rilevanza, e non già perché sussiste un'alta cifra oscura, ma proprio in quanto, per le ragioni già indicate, gli episodi di incesto sono veramente rari, costituirebbe, almeno a nostro sommesso avviso, davvero un ancoraggio a tempi andati, che, infatti, per giustificare l'incriminazione, dovevano ricorrere, appunto, al "pubblico scandalo".

Caro Silvio, comprendo la tua buona intenzione nel portare avanti una proposta più *soft* in materia di incesto a fini di mediazione, ma mi consentirai di non essere d'accordo per le seguenti ragioni.

- a. In primo luogo, che l'incesto, ovviamente con riferimento ai minori, ma non più di 14 anni ma, come tu proponi, addirittura di 18 anni, venga inserito nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale, mi lascia francamente perplesso perché, in linea generale, l'incesto è fra persone consenzienti, tanto è vero che nella norma di cui all'art. 564 c.p. non si fa il minimo riferimento né a violenza, né a minaccia, e se l'ultimo comma fa, in effetti, riferimento ad una persona minore degli anni 18, ciò potrebbe essere, per l'appunto, ricompreso ma con limiti di età diversi nell'ambito della vera fattispecie a tutela della libertà sessuale in argomento, cioè a dire l'art. 609 *quater* c.p., che punisce, appunto, gli atti sessuali con minorenni.
- b. È pur vero che vi sono coloro i quali, come Bartolomeo ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29 novembre 2018, spec. 9-10, propongono alternative rispetto all'art. 564 c.p., che comunque comprendono l'incesto, seppure in diverse forme rispetto a quella attuale. Lo stesso Bartolomeo Romano ha, comunque, cura di rilevare come la tutela penale della "morale familiare" "appare oggi estranea ad una visione coerente e moderna". Le proposte, tuttavia, che qui in sintesi analizzeremo, non convincono:
  - b1. La proposta di punizione della mera congiunzione carnale fra parenti, di cui al paragrafo 173 del codice penale tedesco, è stata, infatti, giustamente criticata dal *Deutscher Ethikrat*, cui fa parte anche il collega Hans-Yörg Albrecht, membro del Consiglio Etico e Direttore dell'MPI per il diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo in Brisgovia, in quanto contrasterebbe con gli art. 7 e 9 della Carta dei diritti dell'Uomo europea, ove l'art. 7 riguarda il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle



sue comunicazioni, mentre l'art. 9 tutela il diritto di sposarsi e di crearsi un famiglia. È pur vero che il Consiglio Etico tedesco non affronta la tematica di cui al successivo paragrafo 174 del codice penale tedesco, che punisce i rapporti sessuali, come anche solo il tentativo di compiere simili atti con minori vincolati da rapporti di parentela naturale o acquisita, ma tale norma potrebbe benissimo rientrare nell'art. 609 *quater* c.p. Va, infine, aggiunto come lo stesso collega Albrecht ritiene l'incesto costituire un tabù sociale, per cui non rappresenterebbe, in realtà, un problema sociale, bensì un "sintomo di una condizione familiare già turbata", che è quanto, in realtà, ho ricordato anch'io facendo riferimento al volume *Totem e tabù* di Sigmund Freud. Vanno ricordate, da ultimo, le argomentazioni di Markus M. Nöthen, Direttore dell'Istituto di genetica umana a Bonn, che ritiene giustamente come questioni di salute pubblica correlate ad eventuali relazioni incestuose non possano legittimamente venire motivate per proibire di principio l'incesto (cfr. Dal Bo, *L'incesto e il reato*, in *Il Fatto*, 30 settembre 2014).

- b2. Né appare convincente la soluzione adottata nel Progetto Pagliaro, relativa alla punizione dell'incesto solo se qualificato da un abuso delle relazioni familiari, perché quest'ultimo termine risulta, in effetti, troppo generico e, quindi, in contrasto con il principio di determinatezza/precisione in materia penale.
- b3. Altrettanto non appare convincente la previsione di un'ipotesi di violenza sessuale addirittura presunta ove vi sia induzione a compiere o subire atti sessuali mediante abuso delle relazioni familiari, per le condotte poste in essere nei confronti di altri soggetti maggiorenni, anche qui per l'estrema genericità del termine abuso di relazioni familiari, genericità che diventa ancora più preoccupante, se inserito come elemento costitutivo di un possibile reato.
- b4. Non persuade, infatti, nemmeno la punizione di comportamenti pubblici degli incestuosi, richiedendo, però, il concreto accertamento della offesa alla comunità nella quale la condotta si è realizzata, perché, anche se si propone la procedibilità a querela, riesumiamo, in realtà, il pubblico scandalo, che tante perplessità ha suscitato nella dottrina più avveduta.

In conclusione, – e chiedendo venia per l'ampiezza della mia risposta, tuttavia necessaria per replicare alle argomentazioni avverse alle mie – ritengo che sia in primo luogo opportuno che ci si interroghi su di un problema, a mio avviso, preliminare e cioè se l'incesto come tale debba ancora rientrare nel catalogo dei reati, oppure no, e su questo punto sarebbe assai importante ascoltare l'opinione anche degli altri colleghi penalisti.

Ciò lascia, però, giustamente, del tutto impregiudicata la tutela dello sviluppo psico-sessuale del minore, che rientra tuttavia nell'abito dell'art. 609 *quater*, cioè fra i delitti contro la libertà personale che, a mio avviso, dovrebbe essere meglio specificata come libertà di autodeterminazione in materia sessuale.

Si potrebbe, laddove lo si ritenga opportuno, esplicitare chiaramente nella Relazione generale sui delitti contro la famiglia, che tu, caro Silvio, sei stato incaricato di redigere, in modo che si possa verificare se una proposta come quella mia radicale di una decriminalizzazione dell'incesto, che ha trovato, come sappiamo, importanti ed autorevoli adesioni, ma anche osservazioni critiche da parte di qualificata giurisprudenza nazionale e comunitaria, convinca oppure no la nostra Associazione.

V

In base alla letteratura che è stato possibile compulsare – e che ovviamente costituisce una punta d'iceberg del panorama scientifico che sarebbe necessario consultare per una consapevole

discussione culturale e soprattutto al fine di operare scelte circa la sorte della disposizione dell'art. 564, così come in ordine ai rapporti fra questa e le disposizioni in tema di libertà personale-sessuale – ritengo possibile affermare la persistente opportunità di un'autonoma fattispecie di incesto volta a tutelare la «personalità individuale» (oltre alla, o prima ancora della, libertà personale in materia sessuale). Ovviamente la norma dell'attuale art. 564 dovrà essere adeguatamente riformulata quanto a soggetti e modalità di offesa. Laddove si opti per la punibilità dell'incesto, nei termini rivisti che saranno qui suggeriti, dovrà correlativamente esser modificato l'assetto dei delitti contro la libertà sessuale (in particolare, l'attuale art. 609-*quater*).

In via di prima approssimazione, per identificare una cornice culturale aggiornata sul tema, è necessario operare una distinzione preliminare, di carattere definitorio.

Nella letteratura è corrente la distinzione fra incesto biologico e incesto socioculturale (spec. Pullman, 2017; Kresanov et al., 2018). L'*incesto biologico* è definito come contatto o tentato contatto sessuale da parte di un adulto nei confronti di un minore (propriamente, un soggetto di età inferiore a quella per validamente prestare il consenso nell'ordinamento di riferimento), quando fra costoro intercorre un legame genetico, comprensivo cioè dei seguenti rapporti: genitore/figlio, nonno/nipote, zio/nipote, fratello/sorella, cugini primi. Una meta-analisi della letteratura ha mostrato l'interesse per l'incesto biologico in relazione alla discussione sulla cd. *inbreeding depression*, cioè l'indebolimento legato all'unione fra consanguinei, intesa come la ridotta sopravvivenza e capacità di riproduzione della progenie dovuta alla combinazione fra alleli recessivi dannosi («harmful recessive alleles»; cfr. Charlesworth & Willis, 2009). Ma – sia chiaro – non è questa la prospettiva che deve interessare in quanto tale il diritto penale; interessa in modo non discutibile, invece, la rassegna delle pubblicazioni che attestano gli effetti determinati sulla prole geneticamente correlata, per la quale sono censiti danni fisici e psicologici sia di carattere generale (si tornerà su questo) sia di carattere specificamente riproduttivo.

Incesto *socio-legale*, diversamente, fa riferimento alla medesima condotta di cui sopra, commessa contro figliastri, figli adottivi, figli del partner (da precedente unione) ed altri parenti in senso giuridico ma non biologico («legally related relatives»: ad esempio, frateLLastri).

La distinzione ha lo scopo di evidenziare eventuali differenze fra le tipologie di autori, a vari fini fra cui i principali sono diagnosi e trattamento (inteso in senso lato, non tecnico-penitenziario). Essa può tuttavia costituire una prima base di partenza dal punto di vista del soggetto attivo dei reati (si tornerà oltre su questo: p. 6), come spartiacque – quando siano comunque assenti violenza, minaccia, abuso di autorità – tra fatti costituenti (anche) incesto (in senso biologico) e altri fatti che possono comunque rilevare, ove ne ricorrano i presupposti, alla stregua delle fattispecie in tema di libertà sessuale; correlativamente, è discutibile che nell'incesto *ex art. 564* siano appaiati rapporti biologici e rapporti legali (l'affinità). Si tratta, quanto a questo assetto, di una *scelta normativa operata in modo non più accettabile*: da un lato, dal punto di vista *assiologico*, perché deve essere considerato arbitrario e ormai costituzionalmente inaccettabile un assetto che ruoti intorno alla tutela di una pretesa “morale familiare”; dall'altro, perché, dal punto di vista dei contenuti, la tutela penale si articola per effetto delle successive stratificazioni normative in modo del tutto confuso: non solo sono *appaiati impropriamente i due tipi di autori* (in particolare, nell'attuale art. 609 *quater*), ma sono anche *sovrapposte in modo non coordinato le disposizioni rilevanti per i casi di incesto biologico* (es., il rapporto ascendente biologico maggiorenne-discendente minore di anni 16 rileva sia per l'art. 564 sia per l'art. 609 *quater*; se il discendente ha 17 anni rientrerebbe nell'applicazione del 564 *ma, in una prospettiva sistematica, sembra radicalmente escluso e non semplicemente “non-contemplato”* dall'art. 609 *quater*: su questo v. oltre, p. 3-5).

In dottrina è osservata comunemente la scarsa applicazione dell'art. 564, «per il preferito ricorso giudiziario alle norme sulla violenza sessuale, per evitare il rischio di punire anche il figlio e la figlia ultrasedicenni, reali vittime dell'incesto» (Mantovani F. PS I). Ma non è un

problema di preferenze giurisprudenziali, bensì di obiettiva e disordinata sovrapposizione fra norme (detto in senso atecnico; ovviamente c'è un problema di convergenza). Altre diagnosi riguardano l'efficacia del tabù, piuttosto che la cifra nera; ma gli studi non sembra supportare questa convinzione specifica (v. anche oltre su questo aspetto: p. 5-6).

Urge dunque, se ci si colloca dal punto di vista della riforma, un preliminare chiarimento circa la situazione attuale della convergenza e comunque una riconsiderazione (almeno) dello stesso art. 609 *quater*, che non può essere disancorata dalla riflessione sulla sorte dell'art. 564.

Orbene, *l'art. 609 quater contempla la stessa condotta dell'art. 564: si tratta del compimento di atti sessuali*; e tale deve ritenersi anche l'incesto, qualunque soluzione si adotti circa la definizione di atti sessuali. Su questa base, è necessario considerare soggetti e relazioni che rilevano alla stregua delle due fattispecie in convergenza per la condotta. In particolare, è necessario partire dalle relazioni di adulti con minori, in quanto ipotesi più gravi e statisticamente più significative; la minore età deve essere inoltre ulteriormente specificata: se l'art. 564 non conosce limiti di età e considera *sic et simpliciter* i minori degli 18 (pur punibili) ai fini dell'aggravamento di pena per il (solo) maggiore di età, diverse soglie di età sono invece rilevanti per l'art. 609 *quater*. Il discorso è qui limitato alle relazioni biologiche, con esclusione di quelle socio-legali.

- 1) *[Ascendente/genitore maggiorenne-discendente minore di anni 14: il fatto costituisce violenza sessuale in concorso con incesto a carico dell'ascendente (il minore di anni 14 non sarebbe comunque punibile ex art. 564)]*
- 2) *Ascendente/genitore maggiorenne-discendente minore di anni 16: art. 609 quater (pena da 5 a 10 anni); art. 564 (pena da 16 mesi a 6 anni e 8 mesi). Qui i fatti coincidono interamente, dal punto di vista della condotta, come si è detto sopra; le norme potrebbero apparire a prima vista in rapporto di specialità bilaterale: dal punto di vista dei soggetti attivi, il 564 sarebbe unilateralmente speciale per aggiunta del discendente come soggetto attivo e del pubblico scandalo; il 609 quater per specificazione del soggetto passivo quanto all'età. Ma quest'analisi strutturale è del tutto fuorviante; in realtà, si tratta di una relazione di sostanziale incompatibilità, perché nel nuovo quadro assiologico espresso dalla riforma dei delitti sessuali il soggetto minore di anni 16 è vittima del fatto e non può esser dunque concorrente (insomma, non è neppure prospettabile il punto di vista *bottom-up*, cioè quello del fatto commesso «con» ascendente). Si potrebbe dire che siamo di fronte all'abrogazione tacita una sottofattispecie, fermo il disvalore penale della condotta a titolo di violazione della libertà sessuale (dal punto di vista assiologico questa classificazione è comunque criticabile, almeno perché solo in parte riflettente la gravità dei fatti; v. quanto si dirà oltre, p. 6).*
- 3) *Ascendente/genitore maggiorenne-discendente minore di anni 18 (ma compiuti gli anni 16): art. 609 quater (pena da 3 a 6 anni, e necessità di uno specifico abuso di autorità); art. 564 (pena da 16 mesi a 6 anni e 8 mesi). Anche in questo caso tuttavia si manifesta una relazione di sostanziale incompatibilità, perché nel nuovo quadro assiologico espresso dalla riforma dei delitti sessuali il soggetto maggiore di anni 16 ma minore degli anni 18 è pur sempre vittima del fatto (sia pure nel solo caso di abuso) e non può esser dunque considerato co-autore punibile, nell'ottica di una fattispecie plurisoggettiva cd. necessaria qual è quella di cui all'art. 564. Ad ogni modo, è opportuno distinguere due situazioni: (a) quella dell'abuso di autorità, appena considerata, incompatibile per sua essenza con la qualificazione ai sensi dell'art. 564 (ma, come si dirà, pur sempre drammaticamente incongrua con la realtà criminologica e dunque meritevole di revisione); (b) fuori dei casi di abuso, d'altronde – come accennato più sopra (p. 2) – il fatto appare del tutto lecito nella nuova prospettiva assiologica, una qualificazione che resta dunque incompatibile con la persistente possibilità*

di sussumere il fatto nell'art. 564. Si deve poi aggiungere che, a non ritenere incompatibili le qualificazioni, si verificherebbe un'ulteriore incongruità sistematica: il fatto abusivo sarebbe punito con pena minore, nel massimo, rispetto a quello non abusivo; in ogni caso le cornici sanzionatorie sono fuorvianti, sostanzialmente distribuite in modo casuale (la pena minima è significativamente più alta per il fatto abusivo). Un giudizio di liceità del fatto non abusivo quale quello che traspare dal sistema dell'art. 609 *quater*, peraltro, apparirebbe pur sempre inaccettabile, perché altro è il fatto commesso fra estranei o nel contesto di un rapporto socio-legale; altro quello commesso fra soggetti legati da un legame biologico. In una prospettiva di riforma vale quanto osservato *sub 2*, ma questa volta con una precisazione: il requisito dell'abuso è inaccettabile, perché – come si specificherà meglio oltre – in caso di incesto biologico l'abuso deve essere ritenuto *in re ipsa*. Dunque è assolutamente necessario intervenire anche sull'art. 609 *quater*.

- 4) *Ascendente/genitore maggiorenne-discendente maggiorenne*: applicabile il solo art. 564, che ritengo sia necessario mantenere per le ragioni legate al disvalore dell'incesto, di cui dirò oltre. A parte il fatto che la situazione non pare avere una ricorrenza statistica (ma qui si apre un altro problema, quello del cd *publication bias*), in realtà si tratterebbe di situazioni che si radicano verosimilmente su un vissuto pregresso, magari non più punibile in relazione al decorso del tempo, e tuttavia i cui effetti persistono a tal punto che potrebbero addirittura ricorrere, in concreto, i presupposti di una violenza sessuale realizzata con abuso delle condizioni di inferiorità fisica/psichica (art. 609 bis co. 2 n. 1).
- 5) Fratello[sorella]<sup>18</sup> maggiorenne (ma anche minore che abbia compiuto 14 anni, se capace di intendere e di volere) [Fratello]sorella minore di anni 14 = caso 1
- 6) *Fratello maggiorenne-sorella minore di anni 16*: = caso 2; ma il 609 *quater* sarebbe applicabile soltanto in caso di relazione di convivenza; altrimenti il fatto costituisce incesto e sarebbe punibile anche la sorella; il che dev'esser considerato inaccettabile, nel senso che l'incesto biologico che coinvolge un minore non deve mai prevedere la punibilità del minore, che ne rappresenta in realtà la vittima (ma dev'esser modificato, per la stessa ragione, anche il 609 *quater*, perché non ha senso limitare la punizione al caso di relazione di convivenza).
- 7) Fratello maggiore-sorella minore di anni<sup>13</sup> (ma compiuti gli anni 16): = caso 6.
- 8) *Fratello maggiorenne-sorella maggiorenne*: è il solo caso realmente considerato nella proposta di decriminalizzazione. Per quest'ipotesi valgono, quanto al deficit di letteratura specialistica ed ai rilievi generalissimi (fatti che hanno radice in situazioni abusive precedenti il raggiungimento della maggiore età), le annotazioni al caso n. 4. Si tornerà su questo nella parte conclusiva di questo appunto.

Fin qui la rappresentazione dello stato attuale della normativa. Il sistema ha bisogno ovviamente di revisione, sia nei suoi presupposti assiologici sia nei contenuti.

Sotto il primo punto di vista, *non c'è dubbio che l'orizzonte di tutela prospettato dal codice Rocco in tema di incesto sia inaccettabile, come le connesse soluzioni strutturali* (in particolare il riferimento al pubblico scandalo; e la punibilità indiscriminata dei soggetti che “commettono” incesto). Ma da questo punto di vista, la meritevolezza di pena dell'incesto va riaffermata, ricercandola piuttosto nella tutela della persona: e su questo si deve considerare quanto segue.

Non sembra possibile trascurare il fatto, noto agli studi psichiatrici e di scienze del comportamento, che *l'incesto è fonte di profondi danni psichiatrici; dunque non è affatto un fenomeno attinente alla sola morale o religione*.

Gli effetti sono tanto profondi che la vittima è in buona percentuale di casi (si stima 30%) asintomatica e il fattore è considerato (DSM IV) non in diagnosi primaria ma come “psychosocial stressor” dal quale risalire alla diagnosi primaria; insomma l'incesto non può

---

<sup>13</sup> Caso non censito in letteratura. Gli autori sono maschi, salvo il caso dei genitori, essendo rarissimi anche se censiti casi di autore di sesso femminile.

essere diagnosticato soltanto in relazione all'assenza di sintomi, nel senso che l'assenza di sintomi fisici o psichici non è significativa del fatto che non vi sia stato incesto (Mannarino, 2007). Successivamente alla scoperta, emerge la possibilità di diagnosi di difficoltà emotive e/o comportamentali che integrano in tutto o in parte il disturbo post-traumatico da stress (PTSD): «reexperiencing symptoms» (sintomi del rivissuto: pensieri intrusivi, incubi, flashback); «avoidance symptoms» (sintomi di rimozione: rimozione di pensieri e sentimenti rispetto al trauma subito; distacco emotivo; incapacità di ricordare aspetti importanti del trauma); «symptoms of arousal» (sintomi di eccitabilità: disturbi del sonno, ipersuscettibilità ansiosa, difficoltà di concentrazione); altri corollari di tipo psichiatrico dell'incesto sono depressione clinica, disturbi d'ansia, bassa autostima, comportamenti sessualmente reattivi, e in caso di adolescenti abuso di "sostanze".

L'incesto tra fratelli e sorelle è poco compreso, ma sembra essere abbastanza comune e forse più diffuso dell'incesto padre-figlia/o, e comunque *ha natura abusante e porta a danni analoghi a quelli dell'incesto tra padre e figlia/o* (Finkelhor, 1979, 1980; Goldman e Goldman, 1988, cit. in Owen, 1998). Sugli effetti si consideri ad esempio quanto segue:

«Studi sull'incesto tra fratelli hanno scoperto che gli effetti dannosi di tale esperienza sono simili agli effetti dell'abuso sessuale padre-figlio. L'incesto influenza l'autostima (Finkelhor, 1979; Laviola, 1992; Wiehe, 1990; Abrahams e Hoey 1994). Come ha osservato Laviola (1992) questa negativa immagine di sé tipica dei sopravvissuti all'incesto tra fratelli è causata da sentimenti circa il ruolo percepito. Oltre alla negativa immagine di sé, la ricerca sulle vittime di incesto tra fratelli ha trovato una serie di sintomi coerenti. Questi includono disfunzione sessuali in età adulta (Daie, Witzum e Eleff, 1989; Wiehe, 1990; Laviola, 1992), pensieri intrusivi di incesto (Laviola, 1992), ri-vittimizzazione in età adulta (Wiehe, 1990) e le difficoltà nei rapporti intimi e nella fiducia (Wiehe, 1990; Laviola, 1992). Wiehe (1990) in uno studio condotto su un campione di adulti che avevano subito abusi da un fratello, riporta che la maggior parte delle vittime d'incesto ha subito anche una qualche forma di abuso fisico e/o emozionale dall'autore che hanno amplificato gli effetti nocivi dell'incesto.» (Owen, cit.)

Proprio in relazione alle ricorrenze statistiche, si può formulare la seguente proposta circa la rilevanza penale del fatto:

*Meritevolezza di pena:* deve essere pur sempre riaffermata nell'ottica dell'offesa alla persona, in termini dunque sia radicalmente diversi da quanto sino ad ora considerato in relazione alla classificazione codicistica, sia ben radicati in risultanze scientifiche che ne dimostrano la drammatica carica offensiva sulla personalità dell'individuo che ne è coinvolto (come vittima; ma anche gli autori devono costituire oggetto di adeguate terapie di assistenza). L'interesse tutelato è dunque da vedere nella personalità individuale (non la morale familiare, né probabilmente la libertà sessuale). In questa prospettiva, **la punizione** – nei termini e nei limiti che si diranno – *non è in nessun modo espressiva di un diritto penale non laico, paternalistico o "sacerdotale"*, ma è del tutto congrua con il diritto penale "del fatto", radicandosi su ben identificabile offesa ad un interesse meritevole di tutela penale. Né si conculca il diritto all'autodeterminazione (questa, in caso di vittima di

incesto, è in realtà inesistente): *al contrario, sono tutelate le precondizioni perché sia preservata l'autodeterminazione nella costruzione dei rapporti relazionali e sociali*, prima ancora che in materia sessuale: un'autodeterminazione che l'incesto, lungi dal garantire, pregiudica irrimediabilmente come dimostrano gli studi scientifici cui si è fatto pur sommario riferimento.

*Soggetti coinvolti:* proprio in base alle evidenze empiriche, l'incesto in senso penalistico può essere limitato al fatto commesso fra soggetti legati dai seguenti rapporti biologici:

ascendente/discendente, fratelli (eventualmente va approfondita la eventualità di limitare il concetto ai figli degli stessi genitori); si può discutere se sia il caso di includere parenti in linea collaterale, con limitazioni di grado (al 2°: zio e nipote, dunque, si escludono i cugini). Non deve rientrare nell'incesto in senso penalistico il cd. incesto socio-legale.

*Questi rapporti devono ricevere una disciplina autonoma*, meritevole di esser scorporata dall'art. 609 *quater* o comunque considerata in quella sede in modo separato rispetto ad altri rapporti, ricevendo un trattamento comunque differenziato.

Altri rapporti, attualmente compresi nell'art. 564 possono rifluire nelle norme per così dire comuni, in tema di tutela della libertà sessuale, ove ne ricorrano i presupposti.

*Caratteristiche dell'offesa*: salvo che si tratti di giocosa attività meramente esplorativa tra fratelli (sul discriminare le scienze psicologiche e psichiatriche hanno sviluppato adeguati indicatori), che in realtà non costituisce affatto incesto (dunque, non è tipica), il fatto tra maggiorenne e minorenne deve esser considerato sempre «abusante». Considerata la stretta limitazione ai predetti soggetti, non è dunque opportuno inserire una limitazione del tipo di quella del Progetto Pagliaro:

«abusando delle relazioni familiari», espressione peraltro oggetto di critiche per eccessiva genericità; il requisito dell'abuso può tuttavia esser previsto, e comunque in termini maggiormente determinati, se venissero considerati i parenti in linea collaterale. Dubbio può sussistere nel caso di incesto tra fratelli (per la psichiatria sempre abusante quando intercorrono almeno cinque anni di differenza), ma si tratterebbe in questo caso solo di specificare le condizioni dell'abusività o di limitare la punibilità al caso di coercizione fisica o psicologica (trovando adeguata soluzione lessicale). Ad ogni modo, gli studi documentati sull'incesto tra fratelli attestano invariabilmente un rapporto asimmetrico, tematizzabile nei termini di autore e vittima (eventuali sfumature nel caso concreto possono sempre esser valutate in sede di commisurazione della pena). In entrambe le situazioni, gli effetti sulla vittima sono gravissimi (nei termini sopra evidenziati: quella della consensualità dei fatti, alla luce della letteratura psichiatrica e psicologica, si rivela essere una vera e propria illusione).

Adeguata riflessione dovrà essere dedicata al trattamento del consenso. Soprattutto se la questione è inquadrata in una più ampia prospettiva sistematica, cioè con riguardo al trattamento che alla volontà della vittima è riservato quando in modo radicale è conculcata la personalità individuale o la libertà (si pensi all'espressa irrilevanza del consenso anche nel caso del *trafficking* con abuso delle condizioni di vulnerabilità) – ma anche nello stesso contesto, più contiguo, della tutela della libertà sessuale – esso dovrebbe esser considerato sempre viziato, data la caratteristica delle relazioni (anche nell'ipotesi di quella tra fratelli, soprattutto se si inserisce il requisito della coercizione), salva eventualmente la prova contraria e comunque con particolare attenzione persino a questioni di non imputabilità dello stesso autore (soprattutto quando emerga un vissuto di vittimizzazione omogenea).

*Punibilità*: la premessa per definire “chi” punire è che, dal punto di vista criminologico, la responsabilità grava sull'ascendente (indipendentemente dal sesso) ed il discendente è pressoché sempre vittima; quanto al caso dei fratelli, di regola è il fratello che si impone sulla sorella (in ogni caso, c'è sempre un prevaricatore ed un prevaricato, cioè è sempre definibile un rapporto fra autore e vittima). Il minore, va soggiunto, deve essere sempre tutelato.

Se l'autore è un maggiorenne, dunque, il minore non può mai essere punito. Fuori da questa ipotesi, se i soggetti sono entrambi maggiorenni, o si tratta di fratelli, va definita una condotta attiva capace di tener conto della strutturazione dei rapporti in questi casi. Il Progetto Pagliaro indicava la «induzione». Può essere una utile base di partenza, dato che non sono sempre riscontrabili statisticamente casi chiari di coercizione (le ragioni dell'acquiescenza sono discusse nella letteratura: cfr. Cheli)

(per comodità se ne riproduce il testo: «Prevedere il delitto di incesto, consistente nel fatto di chi, abusando delle relazioni familiari, induce a compiere incesto un discendente o un

ascendente ovvero un fratello o una sorella»)

Quanto alla misura e tipologia di sanzione, si tratta di un tema più ampio sul quale qui non è possibile prendere posizione. Misure terapeutiche nel contesto di una risposta differenziata al reato, o della giustizia riparativa, sarebbero d'obbligo.

*Necessità* e "ultima ratio": si tratta di un aspetto "politico" da approfondire. Ma da un lato la scarsità delle condanne allo specifico titolo non ha basi credibili in statistiche affidabili (e lo stesso vale per l'efficacia inibitoria del tabù che invece gli studi più recenti sembrano smentire), dall'altro lato vi sono studi che affermano l'importanza anche del procedimento 'legale' (qui, penale) al fine delle stesse procedure di terapia familiare, che possono avere chances di utile avviamento se, e soltanto se, sono accompagnate da un'assunzione di responsabilità, anche giuridica, dell'autore dei fatti (egli stesso da porre in terapia; utile la lettura di Ferrari Bravo, Arcidiacono, 2014, p. 2, 15-16).

Art. 564 nuova formulazione

(fra parentesi quadre, le proposte di formulazione alternativa)

1. Al di fuori<sup>14</sup> dei casi di cui all'art. 609 *bis*, l'ascendente che compie [incesto] [atti sessuali] con un discendente è punito ...
2. La pena è aumentata se il discendente ha meno di [sedici][diciotto]<sup>15</sup> anni.
3. Fuori dei casi di cui all'art. 609 *bis*, chiunque<sup>16</sup> induce una sorella o fratello germani, consanguinei o uterini a compiere con lui atti sessuali<sup>17</sup>, è punito...[chiunque, approfittando della condizione di vulnerabilità di una sorella o fratello germani, consanguinei o uterini, compie con lui atti sessuali è punito... La condizione di vulnerabilità è una situazione tale da annullare o comunque diminuire la possibilità di resistere all'incesto. Indici di essa sono l'età, una malattia o altra infermità fisica o mentale, il sesso o genere, la forza fisica, condizioni personali o sociali di emarginazione o di bisogno]
4. Nei casi contemplati al terzo comma, la pena è aumentata quando il fratello o la sorella di colui o colei che, [essendo] maggiorenne, induce all'incesto hanno meno di sedici anni<sup>18</sup>, e in ogni caso quando tra i fratelli c'è una differenza d'età superiore a [cinque][tre] anni<sup>19</sup>»

*Breve annotazione di commento*

- Le ipotesi considerate dalla fattispecie proposta dovranno essere eliminate dall'art. 609 *quater*, da modificare corrispondentemente nel suo complesso.
- La clausola relativa alla violenza sessuale intende escludere il concorso formale di reati; la pena per la violenza è sufficientemente alta e se ricorre incesto saranno opportune piuttosto le terapie familiari e individuali che un ulteriore aumento di pena.
- Si esclude la punibilità di entrambe le parti del rapporto, acquisendo dalla letteratura specialistica il dato che l'incesto vede sempre una parte che prevarica sull'altra. La condotta in entrambe le ipotesi è descritta in modo da tener presente questo dato.
- La tipizzazione mediante indici consentirebbe una migliore determinatezza della fattispecie

---

<sup>14</sup> Vero che nel codice si usa, traluziamente, l'espressione «fuori dei casi»; ma è linguisticamente scorretta. Quella qui proposta dovrebbe dunque essere usata in modo omogeneo nelle proposte dell'Associazione.

<sup>15</sup> Sarebbe necessario acquisire il parere di psicologi dell'età evolutiva.

<sup>16</sup> Si ricordi, ovviamente, la disposizione dell'art. 98 c.p.

<sup>17</sup> Si usa qui il plurale perché sia chiaro che gli aggettivi si riferiscono sia alla sorella sia al fratello; la soluzione è inoltre grammaticalmente corretta perché la congiunzione "o" ha qui valore inclusivo: [http://www.treccani.it/enciclopedia/accordo-prontuario\\_%28Enciclopedia-dell%27Italiano%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/accordo-prontuario_%28Enciclopedia-dell%27Italiano%29/).

<sup>18</sup> Sarebbe necessario acquisire il parere di psicologi dell'età evolutiva.

<sup>19</sup> 24 Il riferimento è tratto per assonanza con quanto previsto per il rapporto sessuale fra minori di cui uno sia tredicenne; nella letteratura specialistica, come si è visto, l'incesto tra fratelli è considerato sempre "abusante" se la differenza di età è di cinque anni.

qualora si intenda inserire un riferimento espresso all'abusività della condotta realizzata dall'agente "dominante".

- La misura della pena non è indicata perché deve essere calibrata su quanto si intende prevedere per i delitti contro la libertà sessuale, con l'avvertenza che essa potrebbe collocarsi in una fascia intermedia fra la violenza e il 609 *quater*.
- Sarebbe raccomandabile prevedere, nel caso dei fratelli, una forma di sospensione con messa alla prova qualora l'autore acconsenta a sottoporsi ad una terapia apposita e percorso di mediazione familiare, il cui esito sia valutato positivamente. Analoghe misure terapeutiche dovrebbero essere previste invero anche rispetto all'autore maggiorenne; su di esse qui si può soltanto sollecitare la necessità di riflettere.
- È necessario meditare sul tema della querela. Il testo proposto la esclude; qualche dubbio sorge nel caso di incesto tra fratelli. Il vero problema in termini di effettività della sanzione penale è rappresentato dal fatto che i problemi causati dal vissuto di incesto emergono spesso a distanza di anni. Tuttavia si tratta di un problema di sensibilità culturale nel contesto degli interventi di assistenza sociale e degli stessi organi della repressione penale: la maggiore sensibilità contemporanea e comunque degli ultimi anni per i fatti commessi contro minori, e adeguata formazione culturale potranno contribuire ad affrontare questo aspetto (si veda il bellissimo cortometraggio "Piccole cose di valore non quantificabile" <https://www.youtube.com/watch?v=tOMHEAmirIY>). Non si ritiene tuttavia che queste difficoltà possano davvero ostare ad una repressione autonoma dell'incesto.

*Riferimenti in ordine alfabetico (si omettono le citazioni dettagliate di fonte)*

Charlesworth & Willis (2009), *The Genetic of Inbreeding Depression*

Cheli (a cura di), *Abuso sessuale tra Fratelli: definizioni* (<https://www.ausl.bologna.it/...trauma.../Lincesto-tra-fratelli-Diefinizioni.pdf>)

Cicirelli, (1995). *Sibling relationships across the life span*

Ferrari Bravo, Arcidiacono (2014), *Family Scenarios and Violence. A Clinical Case Story*

Kresanov et al. (2018), *Intergenerational Incest Aversion etc.* Lande (1989), *Incest. Its Causes and Repercussions*

Mannarino (2007), *Incest*, in *Encyclopedia of Stress*, 2d ed., vol II

Owen Basw (1998), *Più di un gioco tra bambini: uno studio sull'incesto tra fratelli*

Pullman et al. (2017), *Differences between biological and socio-legal incest offenders: A Meta-Analysis*

*Ulteriore letteratura da tenere in considerazione (approfondimenti in corso):*

Rita D'Amico, Claudia Minenna, *La violenza tra fratelli e sorelle: Un problema sottovalutato*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, 2013, 2, p. 65-86 DOI: 10.3280/MAL2013-002004 [https://www.francoangeli.it/riviste/Scheda\\_rivista.aspx?IDArticolo=49015](https://www.francoangeli.it/riviste/Scheda_rivista.aspx?IDArticolo=49015)

Argo, A., Francomano, A., Sciarabba, C., Farina, G., Di Stefano, E., Procaccianti, P., et al. (2010). *Incesto e ciclo dell'abuso. Aspetti clinici e medico legali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2010, 1, p. 149-158.

Berry Trepper, Mary Jo Barrett

Carper J.M. *Emergencies in adolescents: runaways and father-daughter incest. Pediatric Clinics North America* 1979. 26, pp. 883-894;

Brooks B. *Familial influences in father-daughter incest. Journal of Psychiatric Treatment*



*Evaluation* 1982. 4, pp. 117-124.;

*National Center for Child Abuse and Neglect. Child sexual abuse: incest, assault, and sexual exploitation. Special report.* United States Department of Health, Education and Welfare, 1978, publication no. (OHDS), 79-30166. (non recenti)

Perrucci Giovanni. *L'incesto obbligato: consanguineità, parentela e cooperazione nella selezione del comportamento culturale*, Vecchio faggio, 1990 (libro)

Guarnieri Patrizia. *L'incesto scandaloso: legge e mentalità nell'Italia unita.* PASSATO E PRESENTE, (2003) Fascicolo: 58

## VI

Non posso che rispondere per punti all'importante e ponderoso elaborato del collega Alberto di Martino:

- a. in primo luogo credo, che ormai dovremmo aver trovato un accordo sul fatto che la collocazione del delitto di incesto fra i delitti contro la morale familiare faccia riferimento ad un bene giuridico non solo obsoleto, ma soprattutto contrario ai principi di laicità e, in particolare, al fatto che il diritto penale dovrebbe tutelare il foro esterno e non già quello interno;
- b. ho potuto constatare dalle ponderose riflessioni e citazioni di Alberto i rischi per la salute da un punto di vista anche genetico per la prole nel caso dell'incesto, per cui emerge la nuova prospettiva di considerare l'incesto stesso come delitto contro la persona;
- c. questa nuova prospettiva mi lascia, però, francamente perplesso perché, a mio giudizio, è necessario distinguere tra l'incesto in sé, come rapporto sessuale fra consanguinei, le conseguenze in ordine alla libertà di autodeterminazione a livello sessuale, laddove trattasi di minori, e le eventuali conseguenze a livello di integrità fisica: se non si operano dette distinzioni, a mio avviso, si rischia di sovrapporre piani giuridici e prospettive di tutela che, invece, dovrebbero restare distinti;
- d. ritengo, infatti, che, per quanto attiene alle violazioni alla libertà di autodeterminazione a livello sessuale, già sia sufficiente l'art. 609 *quater* c.p., che comprende anche aggravamenti di pena nel caso in cui uno dei soggetti sia un ascendente e l'altro, appunto, un discendente;
- e. per quanto riguarda le possibili conseguenze a livello genetico e, quindi, attinenti all'integrità fisica, se trasmodano in danno esistono le fattispecie tradizionali in materia di lesioni che, ovviamente, comprendono le malattie, sia fisiche che psichiche, per cui anche questa prospettiva di tutela è già riconosciuta e protetta dall'ordinamento;
- f. per questo complesso di ragioni resto dell'idea che l'incesto in sé dovrebbe essere abrogato, perché trasformarlo in un reato di pericolo nei confronti soprattutto del bene attinente all'integrità fisica, mi sembrerebbe dar luogo ad una fattispecie di rischio, senza, tuttavia, un'adeguata certezza scientifica, nel senso che non è detto che il rapporto incestuoso comporti inevitabilmente le conseguenze paventate;
- g. a ben considerare, la creazione di una fattispecie avamposto come quella dell'incesto in questo particolare angolo visuale rischierebbe poi, a mio sommesso avviso, di riproporre la rilevanza penale addirittura dell'omosessualità, oppure della prostituzione, giacché in entrambi i casi le relative condotte possono condurre a significativi rischi per la salute umana, con particolare riferimento non solo alla blenorragia, ma addirittura all'HIV;
- h. questi rischi, indubbiamente sussistenti, non appaiono, però, tali da incriminare di nuovo l'omosessualità, che pur tuttavia, almeno secondo determinati approcci psicoanalitici, costituirebbero di per se stessa una patologia, perché deriverebbe da un mancato superamento del complesso di Edipo o di Elettra, ma appunto, al più, può trattarsi di un

disturbo di personalità, ma non per questo deve intervenire il diritto penale; ed anche per quanto riguarda la prostituzione, le prospettive proibizionistiche che si stanno affermando, in particolare nei Paesi scandinavi, conducono a punire il cliente, ma giammai la prostituta stessa.

Per tutto questo complesso di ragioni riterrei opportuno soprattutto una salutare *actio finis regundorum* tra le diverse prospettive di tutela, che appare preferibile tenere nettamente distinte e quindi per questo complesso di ragioni mi permetto di insistere sulla mia tesi originaria, cioè quella della decriminalizzazione del delitto di incesto di per sé.

## VII

Potrebbe prospettarsi un'eventuale riformulazione della fattispecie di cui all'art.564 che, epurata degli aspetti riferibili alla morale (pubblico scandalo) e al chiaro riferimento ad una compagine familiare istituzionalizzata e risalente, circoscriva il disvalore penale alla tutela dei minori, sanzionando l'incesto tra genitori e figli minorenni (elevando il limite dell'età a diciotto anni, in considerazione del particolare stato di dipendenza/affidamento che tali rapporti familiari comportano), siano essi nati dentro o fuori dal matrimonio o adottati ovvero in affidamento (educativo o preadottivo), ovvero tra ascendenti e discendenti minorenni. In questo modo, si punirebbe un comportamento che, già di per sé significativamente lesivo - poiché offensivo della libertà sessuale - è reso ancor più pregiudizievole in quanto realizzato in ambito familiare, spesso determinando irrimediabili traumi nel minore che lo subisce.

La nuova incriminazione dovrebbe essere collocata nell'ambito dei delitti contro la libertà personale (Sez. II del Capo III del Titolo XII) e l'opportuno coordinamento con le altre disposizioni riguardanti la violenza sessuale consentirebbe, altresì, di dissipare le perplessità sorte in passato circa il sussistere di un concorso apparente di norme o di un concorso di reati, tra l'incesto e queste ultime fattispecie, in particolare con il delitto di atti sessuali con minorenne (art.609-*quater*, c. 2 e 3). L'incriminazione escluderebbe, ovviamente, qualsiasi forma di punibilità per quest'ultimo.

Tale inquadramento sistematico sembra preferibile alla possibile alternativa in cui la fattispecie in questione potrebbe essere posta in un Capo dedicato ai delitti contro le persone minorenni che dovrebbe includere le differenti ipotesi di sottrazione di minorenni e di persone incapaci (artt.573-574-*bis*).

## ALLEGATO IN TEMA DI MALTRATTAMENTI

### **PIATTAFORMA PROVVISORIA PER LA RIFORMULAZIONE DELL'ART. 572 C.P.**

*Silvia Larizza*

Al fine di una riformulazione della fattispecie di maltrattamenti sono diverse le scelte che occorre effettuare per garantire una redazione più adeguata al fenomeno sociale che si deve fronteggiare.

Il primo nodo da sciogliere concerne il mantenimento nella nuova formulazione del termine 'maltratta' utilizzato dal legislatore nel 1930.

Le strade percorribili sono due:

- 1) Mantenimento del termine, con l'aggiunta, peraltro, nella parte finale della disposizione di una definizione legislativa su cosa si debba intendere con il verbo 'maltratta', seguendo, ad esempio, l'interpretazione fornita dalla Cassazione secondo la quale è riconducibile a tale nozione "la condotta di chi infligge abitualmente vessazioni e sofferenze, fisiche o morali, a un'altra persona, che ne rimane succube, imponendole un regime di vita persecutorio e umiliante..."<sup>1</sup>, e, ancora, "... la sottoposizione dei familiari ad una serie di atti di vessazione continui e tali da cagionare sofferenze, privazioni, umiliazioni, le quali costituiscono fonte di un disagio continuo ed incompatibile con normali condizioni di vita; i singoli episodi, che costituiscono un comportamento abituale, rendono manifesta l'esistenza di un programma criminoso relativo al complesso dei fatti, animato da una volontà unitaria di vessare il soggetto passivo"<sup>2</sup>.
- 2) Si può, anche, eliminare nella formulazione della norma il termine 'maltratta' e, tenendo in considerazione l'esperienza legislativa di altri paesi, come Francia, Spagna, procedere a una descrizione della condotta di maltrattamenti caratterizzata dall'uso di violenza e minaccia.

Entrambe le soluzioni prospettate presentano aspetti positivi e, anche, negativi e per rendere chiara la difficoltà che si incontra nel riformulare questa fattispecie è da sottolineare che è molto difficile per una norma deputata a reprimere condotte di maltrattamenti racchiudere la varietà di comportamenti che possono ad essa essere ricondotti. Per cui la indefinitezza del termine ha una sua ragione: la difficoltà di comprendere in proposizioni legislative chiare e precise le innumerevoli espressioni attraverso le quali questo fenomeno si manifesta, anche attraverso la commissione di fatti non costituenti reato, come, ad esempio è espressamente specificato nel codice penale francese e spagnolo.

Come si sa, innanzitutto, la dottrina criminologica ha elencato quanto meno tre forme di violenza che certamente possono essere ricondotte a tale fattispecie: violenza fisica, psicologica, economica. Anche la violenza psicologica, quella che non lascia tracce, può essere riportata alla condotta di maltrattamenti: ad esempio, è riconducibile ad essa l'isolare una persona dal contesto familiare, amicale, lavorativo.

In aggiunta, le manifestazioni riconducibili a questa fattispecie, come ampiamente

---

<sup>1</sup> Cass., sez. III, 16 ottobre 2018 (14 gennaio 2019), n. 1508, in Ced n. 274341-02

<sup>2</sup> Così Cass., sez. VI, 4 dicembre 2003, Camisia, Ced 228461.

sottolineato dalla giurisprudenza, hanno bisogno di una loro continuità nel tempo per integrare tale ipotesi; per questa ragione è rilevante che il riformatore faccia riferimento nella formulazione della norma a una condotta continuativa che si protragga in un adeguato spazio temporale, tale, per usare il linguaggio della Cassazione, da creare un regime di vita intollerabile fatto di prevaricazioni e vessazioni: “Occorre che la condotta vessatoria sia reiterata per un lasso di tempo che giustifichi il convincimento del giudice di merito circa una volontà da parte dell’agente di una sopraffazione sistemica diretta a rendere dolorosa la convivenza delle persone della famiglia”<sup>3</sup>.

Queste affermazioni fanno capire che se la prevaricazione e la sopraffazione rendono il sistema di vita umiliante, degradante e insostenibile, per creare questo evento, che non compare nella formulazione normativa, il rapporto che deve esistere tra autore e vittima non deve essere occasionale, ma deve essere caratterizzato da una situazione di convivenza o, quantomeno, di frequentazione che, in taluni casi, può addirittura prescindere dalla coabitazione.

Come si vede, davanti alla stringatezza e laconicità della norma la giurisprudenza ha cercato di riempire di sostanza la disposizione nell’intento, encomiabile, di potere disporre di questo strumento normativo, ma con evidenti slabbrature del principio di legalità.

Occorrerebbe, quindi, redigere la norma in modo tale da non lasciare varchi aperti per l’interpretazione della giurisprudenza.

È questo, concernente la descrizione della condotta di maltrattamenti, il primo problema che si deve risolvere, ma non è il solo. Ve ne è un altro, più complesso e articolato che va affrontato.

È difatti necessario individuare i soggetti attivi di questo reato e, specularmente, i soggetti passivi. Questa fattispecie nasce per reprimere comportamenti violenti all’interno del nucleo familiare: nei codici preunitari (1839 e 1859) il delitto di maltrattamenti era punito con riferimento alle sole condotte tra coniugi; il codice Zanardelli del 1889 ha esteso la perseguibilità dei maltrattamenti commessi in danno degli altri familiari e dei minori degli anni 12; da ultimo il legislatore del 1930, *amplia l’ambito di applicazione del reato anche al di fuori della famiglia*.

L’attuale formulazione della norma suscita perplessità e riserve nel momento in cui elenca diversi soggetti passivi vittime di maltrattamenti. Si parla di una persona della famiglia o comunque convivente, di una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l’esercizio di una professione o di un’arte.

Come si vede la norma affascia condotte di maltrattamenti che si svolgono e si consumano in contesti relazionali di riferimento completamente diversi e che possono presentare per chi le subisce una gravità differente. Si deve, di conseguenza, valutare l’opportunità di isolare la violenza consumata all’interno delle mura domestiche da quella esercitata nei luoghi di lavoro o in istituzioni come scuole, asili, o case di ricovero per anziani. Le condotte latamente intese di maltrattamenti andrebbero distinte dal momento che il disvalore insito in una violenza all’interno delle pareti domestiche è differente in termini di libertà di scelta da quella agita in ambiente lavorativo o in istituzioni come asili, ricoveri per anziani dove la possibilità di sottrarsi a tale tipo di violenza, seppure indiretta, è sicuramente più ampia. In un contesto familiare, di convivenza abituale, le possibilità di sottrarsi al regime di sopraffazione e prevaricazione sono molto ridotte, prova ne sia che, secondo i dati ISTAT, oltre il 90% dei casi di violenza che si consumano all’interno delle pareti domestiche non viene denunciato. Questo dato mette in luce che per i più svariati motivi si tollera un regime di vita caratterizzato dalla sopraffazione, dalla prevaricazione e dalla continuativa opera di spersonalizzazione e di degradazione della vittima. Diversamente, quando la violenza si consuma in contesti non familiari, in istituti quali asili, ricoveri per anziani etc. è più facile che gli episodi di violenza vengano a cessare perché può

---

<sup>3</sup> Cass., sez. VI, 19 marzo 2014-2 aprile 2014, n. 15143, in *Famiglia e diritto* 2014, p. 625

essere esercitato un controllo esterno e indipendente dalla vittima, dal soggetto che subisce violenza.

Quanto, da ultimo alla violenza esercitata nei luoghi di lavoro, occorre distinguere. Una prima ipotesi, quella riconducibile al c.d. *mobbing* lavorativo, seppure censurabile e deprecabile, lascia alla vittima certamente maggiori possibilità di sottrarsi al regime instaurato di prevaricazione. Diversa è l'ipotesi nella quale si sottoponga una persona a lavori umilianti e degradanti sovraccaricandola di lavoro oltre misura, facendola vivere in un contesto di degradazione.

Quanto rilevato conduce, in definitiva, a 'disaggregare' i contesti, presenti nell'attuale art. 572 c.p. all'interno dei quali la violenza viene esercitata.

All'uopo, sarebbe auspicabile la creazione di una fattispecie di "violenza domestica" non solo perché poggiante su un dato empirico di tutta evidenza: l'elevato e, per lo più, oscuro numero di episodi ad essa riconducibile, ma, anche, perché l'art. 3, comma 1 alla lettera b) della Convenzione di Istanbul, ratificata dall'Italia con la legge 27 giugno 2013, n. 77, fornisce una definizione di violenza domestica che potrebbe costituire per il legislatore italiano un imprescindibile punto di riferimento. Si dispone, infatti: b) l'espressione "violenza domestica" designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima".

Possibili (e assai precarie) formulazioni della norma:

#### *Violenza domestica*

Chiunque maltratta in maniera reiterata una persona della famiglia o comunque convivente o con la quale c'è stata una relazione di convivenza, è punito con la reclusione da quattro a sei anni.

Costituiscono maltrattamenti l'inflizione abituale di vessazioni, sofferenze, castighi sia fisici che psichici, tali da imporre a un'altra persona, che ne rimane succube, un regime di vita persecutorio e degradante.

Se dal fatto deriva quale evento non voluto una lesione personale grave, si applica la reclusione da cinque a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da otto a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da quattordici a ventiquattro anni.

#### *Maltrattamenti*

Chi, in maniera reiterata, maltratta una persona che, per ragioni di età, di salute, di lavoro è affidata alle sue cure, alla sua custodia è punito con la pena da due a quattro anni.

Costituiscono maltrattamenti l'inflizione abituale di vessazioni, sofferenze, castighi sia fisici che psichici.

Se dal fatto deriva quale evento non voluto una lesione personale grave, si applica la reclusione da cinque a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da otto a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da quattordici a ventiquattro anni.

Se si vuole evitare l'uso del termine "maltratta", la formulazione della norma potrebbe essere di questo tenore:

Chi abitualmente esercita violenza fisica, psichica, economica su persona che sia o sia stata legata da un rapporto di coniugio, di convivenza o su persone che fanno parte o abbiano fatto parte del nucleo familiare è punito con la reclusione da quattro a sei anni.

Se dal fatto deriva quale evento non voluto una lesione personale grave, si applica la reclusione da cinque a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da otto a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da quattordici a ventiquattro anni.



## CONTRIBUTO

Antonella Merli

Sui nodi da sciogliere per riscrivere il testo di cui al novellato art. 572 c.p., in vista di un progetto di riforma dei maltrattamenti in famiglia, riterrei opportuno porre anche domande che a volte, su temi particolarmente problematici, sono più importanti delle risposte.

### I

Quanto alla collocazione sistematica, concordo (ovviamente) con l'opinione da tutti condivisa di abbandonare la discussa impostazione accolta dal Codice Rocco e collocare la norma sui maltrattamenti nel titolo dei delitti contro la persona. Malgrado questa presa di distanza radicale rispetto al passato, darei però un rilievo al bene-famiglia nella intitolazione dell'articolo, naturalmente nella sua plurivocità anche costituzionale e in via subordinata e riflessa rispetto alla tutela dei diritti dei suoi partecipanti. Del resto la stessa Costituzione, collocandola nell'ambito dei "rapporti etico-sociali" (titolo secondo, artt. 29- 31), attribuisce alla famiglia (intesa come unione coniugale) un rilievo pubblicistico. E ciò proprio al fine di rafforzare la tutela della personalità-dignità della persona, i cui diritti riconosce e promuove *anche* "nella" famiglia come famiglia-formazione sociale "ove si svolge la sua personalità" (art. 2 Cost.). Perciò formulerei così la rubrica

***Maltrattamenti contro la persona nella famiglia e nelle formazioni sociali assimilate***".

### II

Le condotte vessatorie realizzate nello svolgimento del rapporto di lavoro (gravi soprusi di vario genere commessi dal datore di lavoro in danno del lavoratore sottoposto "alla sua autorità": c.d. *mobbing*) trovano una sanzione in sede civile ma non hanno una precisa collocazione normativa nell'ordinamento giuridico penale, eccetti i casi in cui sia applicabile la fattispecie di stalking (art. 612-bis c.p.). Quanto al loro inquadramento nel reato di maltrattamenti in famiglia, la questione ha suscitato incertezze e divisioni nell'interpretazione giurisprudenziale. Sarei dunque del parere di estromettere il *mobbing* dalla fattispecie dei maltrattamenti in famiglia.

Per colmare il vuoto legislativo, riterrei opportuno formulare una (per quanto possibile) ben precisa e articolata fattispecie penale *ad hoc* (non è una novità, è già stato fatto in altri Paesi, ad esempio Svezia e Francia), collocandola nello stesso contesto sistematico dei maltrattamenti in famiglia (reati contro la persona).

Depongono a favore di una soluzione della questione attraverso l'autonoma penalizzazione del *mobbing*, eventualmente includendovi il *mobbing* c.d. *orizzontale* (tra colleghi) e quello dal *basso verso l'alto* (dipendenti contro il proprio dirigente) che sfuggono all'applicazione dell'art. 572 c.p., i seguenti rilievi.

a) La problematicità della selezione di ipotesi di *mobbing* che, in presenza degli altri elementi tipici, integrino la fattispecie dei maltrattamenti in famiglia.

Il tema dei maltrattamenti nei rapporti di tipo lavorativo è stato sin dall'inizio, e lo è tuttora, oggetto di un acceso dibattito, avendo la giurisprudenza di legittimità espresso ipotesi interpretative rigidamente contrapposte sulle condotte mobbizzanti di rilevanza non esclusivamente civilistica che abbiano una manifesta rilevanza penale (spesso lo stesso confine tra il lecito e l'illecito – penale o civile che sia, è difficilmente percepibile). I dubbi interpretativi riguardano: a1) i rapporti di lavoro che assumono (possono assumere) natura para-familiare; a2) il significato dell'espressione "persona soggetta alla sua [del soggetto agente] autorità" di cui all'art. 572 c.p.; a3) la difficoltà di individuare, sul piano ermeneutico, i contesti relazionali che generano situazioni di subordinazione lavorativa dipendenti da ragioni di "autorità"; a4) la rilevanza, ai fini di tale individuazione, delle dimensioni dell'azienda in cui il lavoratore presta servizio.

b) La sostanziale eterogeneità, unicità e specialità dei casi di mobbing rispetto ai maltrattamenti realizzati nell'ambiente familiare o para-familiare.

Il luogo di lavoro, al cui interno sono realizzati i comportamenti aggressivi e lesivi della persona, è un ambito che, rispetto al contesto famiglia (*lato sensu* intesa) ha le sue caratteristiche singolari, specifiche, in quanto il rapporto datore di lavoro/subordinato non solo non comporta coabitazione o convivenza, come è ovvio, ma solo di rado realizza tra le parti una stretta relazione personale e una assidua comunanza di vita, intesa come comunanza di vita lavorativa.

Certo, ma è questione diversa, non è impresa facile *formalizzare* un (ancora ipotetico) reato di *mobbing* (a riprova delle difficoltà di tipizzazione della condotta sta il fatto che da tempo se ne discute in termini *de iure condendo*). Ma non insormontabile. Se è vero che sono sorti dubbi circa la stessa possibilità di selezionare le condotte abitualmente prevaricatrici con contenuto di autentico disvalore criminoso realizzate nei rapporti di tipo lavorativo e descriverle con una formula dettagliata e precisa, è anche vero che non sono mancati preziosi suggerimenti su modalità alternative di tipizzazione di una fattispecie penale a

tutela del lavoratore, che eviti da un lato una tecnica eccessivamente casistica e dall'altro formule troppo ampie, vaghe e generiche. Ad esempio attraverso un modello di tutela in via mediata, di tipo "ingiunzionale" (R. Bartoli), sul quale concordo e che faccio mio in questa sede.

Non risulta però convincente, a mio avviso, la tesi di una previsione normativa a parte per i maltrattamenti contro persone "in affidamento". Mi sembra, infatti, difficilmente contestabile che i rapporti para-familiari (determinati da ragioni di educazione, istruzione, cura eccetera) siano in tutto omologabili a quelli tra familiari e conviventi. E non vedo particolari ragioni per ritenere che ciascuno dei due rapporti abbia proprie irriducibili qualità, tali da impedirne la coesistenza in una medesima norma. Se la divergenza tra le due fattispecie non ha una base "forte", non è cioè così significativa da impedire di comporle in una categoria unitaria, essa non giustifica la frammentazione della norma sui maltrattamenti in autonome ipotesi di reato. Questo è l'aspetto che dovrebbe stare al primo posto. Ma s'opponesse all'idea dell'incriminazione distinta delle due fattispecie a favore di una omogeneizzazione di trattamento giuridico, anche il fatto che, ferma restando una disciplina comune, è possibile differenziarle sul piano applicativo adeguando il trattamento sanzionatorio alla supposta gravità di ciascuna di esse. Per cui non è decisivo il fatto (peraltro discutibile) che i maltrattamenti in contesto familiare siano più gravi di quelli commessi nei contesti para-familiari (scuole, case di ricovero per anziani, ospedali eccetera). Tutto questo, anche a prescindere dalla considerazione che i casi di maltrattamenti in ambito – rispettivamente – familiare e para-familiare presentano molteplici tratti comuni: modalità esecutive, elemento psicologico, effetti prodotti sulla vittima, bene tutelato (libertà morale e incolumità psico-fisica del soggetto passivo).

In conclusione. Pur nella consapevolezza dell'esistenza di opinioni di segno diverso, a mio avviso è difficile riconoscere una sostanziale eterogeneità, unicità e specialità (come invece nei casi di mobbing) dei maltrattamenti commessi nei contesti di "affidamento" delle vittime



rispetto a quelli realizzati nell'ambiente familiare.

*Quindi sarei del parere che debba sottrarsi alla norma sui maltrattamenti in famiglia la sola fattispecie che riguarda le relazioni interpersonali fondate sull' "autorità" dell'agente per le quali suggerirei di creare un reato autonomo di mobbing da collocare nel titolo dei reati contro la persona.*

### III

Sul tema di altre eventuali modifiche da proporre al testo dell'art. 572 c.p. e precisamente su come descrivere più dettagliatamente gli elementi strutturali tipici della fattispecie per recuperarne tassatività e determinatezza, osservo.

1. Quanto alla condotta illecita ("chiunque *maltratta*"), innanzitutto una riflessione. La parola "maltrattamenti" (che richiama, peraltro, con l'uso del plurale, una molteplicità di azioni ripetute nel tempo, per cui non occorre specificarlo nella norma), sul piano linguistico, e nella coscienza sociale, ha il significato di trattare con durezza, umiliare, sottoporre a vessazioni fisiche o morali. È questo il senso che viene attribuito letteralmente, e comunemente, al verbo "maltrattare", e che trova riscontro in un'ampia casistica giudiziaria e – correlativamente – nelle decisioni della cassazione, il cui approdo interpretativo, senza pronunce dissenzienti o incertezze di particolare rilievo, è giurisprudenza costante (e potrebbe quasi considerarsi diritto vivente, in quanto contribuisce a determinare l'effettivo contenuto concreto della norma).

Allora domando: non è idonea, tale locuzione, in quanto tutt'altro che impalpabile ed evanescente, a dirci già tutto sulle modalità di realizzazione e sulla portata della condotta tipica? Se la risposta è no, restano aperti due interrogativi.

a) È possibile contrassegnare, o articolare, la condotta dei maltrattamenti con una parola diversa (e quale) che non lasci ampia discrezionalità all'interprete nel determinarne il contenuto? La mia risposta, è no. b) È opportuno il ricorso ad una tecnica – di necessità, eccessivamente – casistica e, per contro – il difetto opposto – con una elencazione dei comportamenti vessatori finalizzati a provocare una sofferenza fisica e psicologica alla vittima (necessariamente) incompleta e approssimativa, che lascia fuori dalla descrizione normativa (è lecito supporlo) condotte in larga parte equivalenti a quelle selezionate e codificate? Sarei ancora più scarsamente convinta della praticabilità di una soluzione del genere.

In conclusione. A mio avviso la condotta dei maltrattamenti non pecca di determinatezza e precisione pur lasciando ai margini spazi di discrezionalità ineliminabili per cui nelle zone limitrofe restano in qualche misura evanescenti i confini tra il lecito e l'illecito. Perciò, modificare sotto questo aspetto la fattispecie – così mi sembra – è superfluo o produce necessariamente esiti di poca rilevanza, se non addirittura rimette in discussione certezze e orientamenti consolidati. In definitiva riterrei di

*Non intervenire in maniera innovativa rispetto alla condotta illecita e lasciarne invariata la descrizione con la parola "maltratta".*

2.- Quanto alle altre supposte criticità di tipo tecnico-legislativo dell'attuale norma sui maltrattamenti, comincerei dai membri dell'aggregazione familiare e para-familiare oggetto delle condotte vessatorie.

A) L'espressione, a prima vista assai elastica, "persona della famiglia", ho invece l'impressione che non dia luogo a serie incertezze interpretative. Anche in mancanza di un preciso significato tecnico del termine "famiglia" e fermo restando che oggetto di tutela non

sono i rapporti e gli status civilistici, nell'ottica di una concezione meramente sanzionatoria delle norme penali in materia di famiglia (Riondato), essa rinvia a una molteplicità di famiglie, alcune delle quali (penalmente rilevanti, agli effetti dell'art. 572) potremmo ritenere ben definite, in quanto deducibili nei minimi dettagli (o comunque assimilabili a quelle previste) dall'ordinamento. Hanno confini nettamente ritagliati, quelle generate ad esempio da relazioni coniugali; ovvero, para-coniugali: unioni civili e convivenza *more uxorio* "registrata" (disciplinata dai commi 36 e seguenti della legge 46/2016, quindi riconosciuta giuridicamente); unione monogenitoriale (il cui nucleo familiare è composto da un solo genitore e uno o più figli minorenni, naturali o adottivi); rapporti di adozione o di affiliazione; famiglia c.d. parentale.

Nel concetto di famiglia in senso stretto rientrano, certo, anche i rapporti di parentela e di affinità, i cui componenti, tuttavia, non assumono per ciò stesso, automaticamente, la qualifica di potenziali vittime del delitto di maltrattamenti in famiglia (spesso vi sono – se vi sono – solo contatti di vita sporadici tra loro) ma a condizione che intercorra (se non un reciproco legame affettivo) una comunione di vita, al di là del dato formale della regolamentazione giuridica del loro rapporto, per cui è opportuno escluderli, in prospettiva di riforma, dalla nozione di "persona della famiglia". Saranno inquadrati, sul piano interpretativo, se ne ricorrono i presupposti, nella categoria dei conviventi di fatto.

A riguardo proporrei, pertanto, di sostituire la formula attuale con la seguente.

«(Chiunque maltratta) una persona della famiglia coniugale, para-coniugale o mono- genitoriale».

B) Più gravi incertezze, e dubbi di tassatività, riguardano la locuzione "comunque convivente". Si tratta di una formula nei cui confronti è stata espressa più di una riserva perché ritenuta troppo ampia e incerta, e di cui in effetti è difficile individuare con precisione i confini. Infatti, sulla sua portata, non vi è uniformità di vedute e lascia nella prassi ampi margini di discrezionalità. Innanzitutto, alcune rapide considerazioni preliminari.

a) L'avverbio "comunque" è ambiguo e problematico; in particolare, non risulta chiaro se aggiunga (oppure – è meno probabile – sottragga) qualcosa al concetto di convivenza.

b) L'espressione "comunque convivente" si riferisce (va riferita) ai variegati nuclei familiari di fatto (omo o etero), cioè alla convivenza non regolamentata dal diritto, "libera", per la quale non esiste nel nostro ordinamento una definizione espressa, quindi di costruzione dottrinale e giurisprudenziale, che ha il suo fondamento non in un rapporto giuridizzato e formalizzato (come la convivenza registrata, di cui condivide, nella *sostanza*, i tratti essenziali) ma in una situazione di fatto che "rivela fisicamente – cito da una sentenza della cassazione – il rapporto di solidarietà e protezione che lega due o più persone che formano un consorzio familiare". La convivenza a base legale – registrata, è assimilabile alla vita familiare di coppia matrimoniale e rientra nella convivenza para-coniugale, quindi i conviventi, agli effetti dell'art. 572 c.p., sono "persone della famiglia" (intesa in senso ampio)

c) Infine, per concludere sul punto, non va dimenticato (perlomeno, è necessario che lo ricordi a me stessa) che la semplice *affectio* tra autore e vittima assume per la prima volta rilievo sotto il profilo penale – indipendentemente dall'esistenza di un vincolo formale (matrimonio e, ora, unione civile e convivenza registrata) o informale (convivenza *tourt court*) – per intervento legislativo con la locuzione "relazione affettiva" che compare nella previsione dell'aggravante degli atti persecutori di cui all'art. 612-bis, comma 2, c.p. e, con l'aggiunta "anche senza convivenza", dell'aggravante della violenza sessuale di cui al comma 5-quater dell'art. 609-ter. Però è certo che ai fini della realizzazione della fattispecie di cui all'art. 572 c.p. non è sufficiente il semplice sentimento affettivo tra autore e vittima, cui conseguirebbe il singolare riconoscimento, come famiglia, di un dato sentimentale,

interiore e impalpabile (Riondato). È inutile, quindi, chiedersi se vi sia una relazione (e quale) tra “rapporto affettivo” ex art. 612-bis, comma 2 c.p. e “comunque convivente” di cui all’art. 572 c.p.

I casi (più o meno problematici) oggetto della tendenza giurisprudenziale all’allargamento del concetto di persona “comunque convivente”, il cui tenore letterale autorizza ad includere nell’ambito di applicazione dei maltrattamenti in famiglia un ampio ventaglio di rapporti interpersonali, fino a ricomprendervi una varietà di situazioni del tutto estranee rispetto agli obbiettivi specifici perseguiti dalla norma incriminatrice, riguardano una gran quantità di relazioni più o meno di questo tipo: un legame sentimentale occasionale scaturito da una frequentazione dell’abitazione della vittima; un fidanzamento di breve durata connotato da instabilità e saltuarietà del rapporto; una relazione – per quanto stabile – extraconiugale per presunte ragioni affettive o a fini meramente sessuali; un rapporto intimo senza convivenza ma con libero accesso del soggetto attivo alla casa della vittima. Ovvero altre oscillanti tipologie di situazioni relazionali e unioni interpersonali similari non concretizzanti una vera e propria convivenza che sembra difficile assimilare ai rapporti qualificabili come “comunità familiare” (sia pure intesa nel senso più ampio) da includere nel dato normativo “comunque convivente” e nel campo di applicazione dell’art. 572 c.p.

Da qui passo a interrogarmi su quella che si rivela (almeno per me) impresa ancora più difficile. Una volta individuate le note caratteristiche minime del rapporto di convivenza, come trovare i termini giusti per sintetizzarle e racchiuderle – se possibile – entro uno schema predefinito e una formula breve, che risulti meglio circoscritta di quella “comunque convivente” e capace di attribuire al concetto confini non facilmente valicabili per evitarne una eccessiva espansione?

Anche qui azzardo una risposta ma avrei preferito fermarmi alla domanda perché sul punto mi riserverei di riflettere ulteriormente.

Tra i tanti attributi che la dottrina e la giurisprudenza danno a (persona) “convivente”, escluso ogni riferimento al semplice “sentimento affettivo” (per le ragioni dette più sopra) sceglierei (persona) “legata da intime consuetudini di vita, comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà”, che mi sembra il più idoneo ad esprimere i connotati essenziali del tessuto connettivo della “famiglia” che, anche in assenza di coabitazione, richiede una comunione di vita e – per conseguenza – una frequentazione quanto meno non occasionale.

Avrei più di qualche dubbio sull’opportunità di aggiungere l’inciso (persona) “a cui è stata legata” da comunione di vita eccetera, perché mi sembra che non lo consentano la ratio e gli scopi di tutela dei maltrattamenti in famiglia. Questo, a prescindere dalle difficoltà di coordinamento della norma sui maltrattamenti – così concepita – col secondo comma dell’art. 612-bis c.p. in tema di atti persecutori.

In definitiva, il delitto di maltrattamenti in famiglia potrebbe essere, a mio avviso, così formulato:

*Maltrattamenti contro la persona nella famiglia e nelle formazioni sociali assimilate*”.

«Chiunque maltratta una persona della famiglia coniugale, para-coniugale o monogenitoriale o legata da intime consuetudini di vita, comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà, anche senza coabitazione o una persona a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l’esercizio di una professione o di un’arte, è punito...»

Da notare che la virgola dopo la parola “morale”, consente – dovrebbe consentire – di riferire l’inciso “senza coabitazione” anche a “una persona della famiglia”.

#### IV

Nel quadro della discussione sul progetto di riforma viene attratto il tema, assai dibattuto, imposto dai rapporti tra gli atti persecutori intrafamiliari e la fattispecie di maltrattamenti in famiglia. Nel caso di atti persecutori commessi dal coniuge “in costanza” di matrimonio o da persona legata “attualmente” da relazione affettiva alla persona offesa, sorge un possibile conflitto tra l’ipotesi aggravata di stalking di cui all’art. 612-bis, comma 2, c.p. e il delitto di cui all’art. 572 c.p. Un nodo ancora da sciogliere sul piano interpretativo e da affrontare in prospettiva di riforma. L’assenza di chiarezza sui confini tra le due fattispecie e la difficoltà su cui concorda numerosa e attenta dottrina di individuare quella da ritenere assorbita, induce a chiedersi (a un sommario esame) se non sia il caso di valutare l’opportunità di una soluzione radicale

*Reintrodurre la formulazione restrittiva dell’aggravante contenuta nel previgente secondo comma dell’art. 612-bis c.p.*

#### V

Quella dei maltrattamenti in famiglia è una tipica fattispecie strettamente legata ai reati c.d. culturalmente orientati o reati culturali. Credo che sia appena il caso di osservare che il problema di come rapportarsi con il fenomeno del multiculturalismo e, in particolare, se introdurre una scusante culturale in considerazione delle differenti tradizioni, abitudini, concezioni religiose che rappresentano una normale espressione dell’attuale società multietnica, debba risolversi (mi pare evidente) sul piano generale e non con specifico riguardo ai singoli reati. Del resto, è appena il caso di notare come sia unanime, da parte della dottrina e soprattutto della giurisprudenza, il rifiuto di attribuire rilevanza al fattore culturale per giustificare i maltrattamenti del marito nei confronti della moglie o dei figli, sia pure sotto il profilo dell’assenza di colpevolezza per avere l’autore del fatto agito nella convinzione della sua liceità, perché consentito o imposto dalle regole del suo paese di origine sui modi di vivere in coppia, trattandosi – è cosa ovvia – di condotte offensive di diritti personali inviolabili sanciti dall’art. 2 Cost.

## **OSSERVAZIONI SU UNA POSSIBILE RIFORMA DELL'ART. 572, A PARTIRE DALLA PIATTAFORMA PROVVISORIA ELABORATA DA SILVIA LARIZZA**

*Alessandro Spina*

1. Ritengo senz'altro ragionevole, e per le ragioni che Silvia indica, la seconda delle linee di riforma che emergono dal suo testo, ossia quella di prevedere fattispecie di gravità diversa a seconda del tipo di rapporto nel cui ambito avvengono i maltrattamenti: non mi pare dubbio che il contesto (*lato sensu*) familiare sia quello nel quale la condizione di soggezione della possibile vittima si presenti, in linea di principio, più opprimente e pervasiva, e l'approffittarne risulti maggiormente riprovevole.

Solo, rispetto alla formulazione proposta per la fattispecie di "Violenza domestica" (che però io chiamerei in altro modo: v. *infra*), potrebbe essere il caso di sostituire il concetto di "persona della famiglia" con una indicazione più dettagliata dei rapporti rilevanti: anche uno zio o un cugino, per dire, sono, in senso civilistico, "persone della famiglia", eppure con essi generalmente non intercorre lo stesso tipo di relazione stringente e potenzialmente oppressiva (se si vuole, lo stesso tipo di "affidamento familiare") che intercorre tra genitori e figli (peraltro, in entrambe le direzioni) o tra coniugi (includendovi, naturalmente, la parificazione stabilita al 574 ter); d'altronde, i casi in cui il rapporto con persone della famiglia non nucleare sia di fatto parificabile a quelli che si svolgono nella famiglia nucleare potrebbero comunque rientrare nella fattispecie attraverso l'elemento della convivenza.

2. Non sono invece convinto che sia il caso di abbandonare la formulazione contratta della condotta illecita a favore di una definizione bensì più dettagliata, ma che: (a) per un verso, è di fatto ritagliata sulle definizioni che della condotta si ritrovano in giurisprudenza e, (b) per altro verso, si articola, proprio come le definizioni giurisprudenziali, su elementi essi stessi non privi di una loro strutturale vaghezza: in cosa, ad es., la triade "vessazioni, castighi o sofferenze" è più determinata del concetto di "maltrattamenti"? Secondo me, quel che merita di essere valorizzato, nelle pronunce giurisprudenziali in materia, non sono tanto le definizioni – spesso, se decontestualizzate, vaghe e ridondanti – ma la sostanza delle decisioni, e in particolare l'emersione di indirizzi interpretativi ormai ampiamente consolidati su, più o meno, tutti gli aspetti problematici individuati, nel corso del tempo, dalla dottrina: natura di reato abituale proprio, ammissibilità della realizzazione in forma omissiva, individuazione di criteri e limiti per l'applicazione del reato (che, nella condivisibile bipartizione suggerita da Silvia, sarebbe il reato di "Maltrattamenti", non quello di "Violenza domestica") ai casi di mobbing, casistica delle possibili forme di realizzazione della condotta. Io sono dell'idea che, dove la giurisprudenza abbia elaborato indirizzi applicativi consolidati e ragionevoli (e francamente, quanto al tema specifico, non ricordo – ma chiaramente, posso ricordare male – indirizzi giurisprudenziali correnti che possano dirsi scandalosi o comunque inadeguati), e dove dunque non ci sia da imprimere un mutamento politico-criminale rispetto alla prassi, non sia opportuno intervenire legislativamente: il rischio è che, nel tentativo di rendere più determinata la lettera della disposizione, si finisca per seminare incertezza, così rendendo induttivamente indeterminata una norma che, pur vaga nella formulazione letterale, sia nondimeno venuta acquisendo una sufficiente determinatezza nella sua dimensione applicativa.

Tutt'al più, si potrebbe mantenere l'aggiunta della locuzione avverbiale "in maniera

reiterata”, che, mentre ribadisce la natura abituale del reato, non sembra destinata a creare equivoci.

In sintesi, proporrei una formulazione per grandissima parte analoga a quella di Silvia, salvo il fatto che ometterei di aggiungere, alla disposizione, un secondo comma a carattere definitorio: “*Chiunque maltratta in maniera reiterata il figlio, il genitore, il coniuge o l’altra parte di un’unione civile tra persone dello stesso sesso, oppure altra persona a cui è legato, o è stato legato, da una stabile relazione di convivenza, è punito con la reclusione da quattro a sei anni.*”

3. Rispetto all’uso della locuzione “persona a cui è stato legato da [o con la quale c’è stata] una stabile relazione di convivenza”, mi limito, peraltro, a segnalare l’opportunità di trovare un coordinamento con i Collegi che si occupano del reato di atti persecutori: coordinamento che potrebbe risultare problematico, sulla scia delle note difficoltà interpretative già sorte, *de iure condito*, rispetto al caso del cosiddetto *stalking* familiare.

Forse, si potrebbe semplicemente escludere l’ipotesi dalla fattispecie in questione, limitando quest’ultima ai rapporti familiari nucleari e, al di fuori di questi, ai soli rapporti caratterizzati dalla costanza di una stabile relazione di convivenza, confidando nel fatto che le persecuzioni conseguenti alla cessazione della convivenza integreranno il reato di atti persecutori.

4. Non sono poi sicuro che sia opportuno rubricare i maltrattamenti in ambito domestico come “violenza domestica”, poiché quest’ultima, anche in considerazione della definizione che ne dà la Convenzione di Istanbul, mi pare figura più ristretta della prima: i maltrattamenti, nell’interpretazione tradizionalmente datane in dottrina e in giurisprudenza (e che non mi pare ci sia ragione di abbandonare), non richiedono necessariamente una violenza (a meno che non si slabbri la nozione di violenza fino a farvi rientrare qualsiasi maltrattamento); e del resto, anche nella proposta di Silvia, la condotta illecita di entrambe le ipotesi criminose non è costruita in termini di “violenza”.

Io opterei dunque per mantenere, rispetto alla prima figura di reato (quella che Silvia rubrica “Violenza domestica”) l’attuale rubricazione “Maltrattamenti contro familiari e conviventi”, riservando invece all’altra figura (che Silvia rubrica “Maltrattamenti”) una denominazione come “Maltrattamenti contro persone in affidamento”.

5. Quanto, infine, alle ipotesi preterintenzionali di cui al terzo comma, si potrebbe forse (e qui “forse” non è un mero intercalare, perché in effetti non sono del tutto convinto) aggiungere, dopo “evento non voluto”, l’espressione “sebbene prevedibile”, nel tentativo di prevenire disinvolute applicazioni della fattispecie aggravata in termini di pura responsabilità oggettiva (ad es., in caso di suicidio della vittima). Il dubbio – che questa aggiunta possa non essere necessaria – discende dal fatto che, in realtà, ad evitare tali derive dovrebbero già bastare norme di parte generale di contenuto corrispondente agli attuali artt. 41 cpv. e 45.

## NOTE MINIME IN TEMA DI MODIFICHE ALL'ART. 572 C.P.

Alessandro Roiati

In primo luogo si condivide l'unanime istanza di classificare la fattispecie di maltrattamenti quale *delitto contro la persona* caratterizzato dal suo inserimento, riecheggiando l'art. 2 Cost., in "formazioni sociali ove si svolge la personalità".

Prima di entrare nello specifico delle possibili opzioni normative occorre poi tenere in opportuna considerazione il fatto che, a partire dalla legge n. 172/2012 e dalla successiva legge n. 119/2013, si è andato delineando un vero e proprio *regime differenziato* per la fattispecie dei maltrattamenti in famiglia (e degli atti persecutori).

Come noto, mediante interventi chirurgici che hanno "abilmente" intrecciato profili sostanziali e profili processuali, la fattispecie ha subito un innalzamento dei livelli edittali in riferimento, è stata ricompresa nel novero delle ipotesi per cui si può applicarsi la circostanza aggravante comune ex art. 61, n.11 *quinquies*, c.p. e la pena dell'ergastolo ex art. 576, comma 1, n. 5, c.p. È stato altresì previsto il raddoppio del termine prescrizione ex art. 157, comma 6, c.p., oltre a doversi considerare le modifiche apportate al codice di procedura penale, che hanno riguardato, tra l'altro, l'arresto obbligatorio in flagranza ex art. 380 c.p., l'introduzione del nuovo art. 384-*bis* c.p.p., nonché la previsione di un considerevole ampliamento dei diritti di difesa della persona offesa. Viene in considerazione dunque un insieme di disposizioni accumulate dall'adozione di un paradigma marcatamente repressivo e preventivo che pare opportuno bilanciare sul fronte della sufficiente determinatezza e della effettiva offensività del fatto tipico.

Ribadito ciò occorre affrontare i due nodi gordiani che da sempre caratterizzano l'art. 572

c.p. e che sono stati ben individuati nel testo della prof.ssa Larizza, ovvero i soggetti attivi e passivi della fattispecie (e dunque la locuzione "persona della famiglia") e l'utilizzo del verbo "maltrattare", con le ben note ripercussioni in tema di stretta legalità.

1. Quanto al primo tema, che sottende l'endemica difficoltà del diritto nel riconoscere e normare il concetto di famiglia, la piattaforma provvisoria ritiene utile differenziare la violenza cd. "domestica" da quella esercitata nei luoghi lavoro o in diverse istituzioni, soluzione condivisa in larga parte anche dal prof. Spena.

Si tratta di un'opzione fortemente evocativa e che indubbiamente poggia su dati empirici e statistici di tutta evidenza, nonché su solidi ancoraggi provenienti dal diritto sovranazionale.

Pare opportuno però riconoscere che le difficoltà di sottrarsi alle sopraffazioni e prevaricazioni continuative che caratterizzano il contesto strettamente familiare si riscontrano anche in altri contesti peculiari, come gli asili nido, le case per anziani e, al ricorrere di talune condizioni, anche nei luoghi di lavoro. Se è vero infatti – come evidenziato – che in questi ultimi contesti è più facile che gli episodi vessatori vengano a cessare in virtù di un controllo esterno, è altrettanto vero che, ad esempio, minori (spesso nella fascia di età 0-3 anni) e anziani non più autosufficienti o disabili non hanno nessuna possibilità di opporsi in prima persona alle sopraffazioni e si trovano in una situazione di estrema vulnerabilità, ancora maggiore di quanto normalmente accade nei contesti cd. "domestici".

Per queste ragioni sembra ancora opportuno accumulare tali situazioni quanto a disvalore, apparendo non adeguatamente giustificata la differenziazione del carico sanzionatorio proposta (da 4 a 6 anni – da 2 a 4 anni). Al riguardo potrebbe al più discutersi in riferimento al cd.

*Mobbing* e alle condotte riconducibili a contesti lavorativi e, laddove tali ipotesi fossero ritenute di minore gravità, anche alla luce delle considerazioni sopra esposte, si potrebbe pensare alla creazione di un'autonoma e differenziata fattispecie di reato, così come suggerito dalla prof.ssa Merli.

A mio sommesso avviso il *proprium* della fattispecie resta quindi da individuare ancora nella necessità di assicurare una forma di tutela rafforzata allorché si vengano a determinare, in relazione alla stabilità di una frequentazione, di un vincolo o di un affidamento, per un verso rapporti di forza/supremazia e per l'altro una ridotta capacità di reazione della vittima. La stessa giurisprudenza, come noto, afferma che l'applicazione della fattispecie di cui all'art. 572 c.p. va circoscritta ad attività di natura abituale che maturino nell'ambito di *comunità consolidate*, "contesti nei quali si realizza un affidamento di natura precettiva o di accudimento con carattere di tendenziale stabilità".

Premesso ciò l'inserimento, a seguito dell'approvazione della Convenzione di Lanzarote, della locuzione "o comunque convivente", per quanto di significato non del tutto univoco come è stato correttamente rilevato, può contare oggi sulle specificazioni definitorie introdotte dalla cd. Legge Cirinnà e dal successivo decreto legislativo, 19 gennaio 2017 n. 6. Queste ultime consentono di estendere il concetto di famiglia ai variegati nuclei familiari di fatto esistenti, fermi restando "quei caratteri di sostanziale stabilità derivanti da situazioni concrete idonei ad evidenziare una tangibile scelta di assunzione di responsabilità dell'uno nei confronti dell'altro". Si tratta poi di "ammodernare" l'ulteriore elencazione contenuta nell'art. 572 c.p., attraverso una formula di sintesi che potrebbe essere individuata anche in questi termini: "una persona della famiglia o comunque convivente o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata in ambito lavorativo, di insegnamento o di cura".

2. Quanto all'utilizzo della generica locuzione "maltratta" lo sforzo definitorio compiuto dalla prof.ssa Larizza mi sembra particolarmente apprezzabile, per quanto possono condividersi anche le osservazioni del prof. Spina e della prof.ssa Merli, che evidenziano come la lacunosità e la genericità del verbo maltrattare siano state via via compensate da un formante giurisprudenziale solido, che comunque garantisce una certa uniformità di interpretazione.

Dovendosi però approntare un nuovo testo normativo, pare utile cogliere l'occasione per meglio soddisfare le condivise istanze di tassatività e determinatezza, anche per ovviare al paradosso per il quale, ad oggi, la fattispecie di maltrattamenti di animali risulta assai più determinata di quella di cui all'art. 572 c.p.

In estrema sintesi dunque potrebbe adottarsi la rubrica proposta dalla prof.ssa Merli e potrebbero combinarsi le due fattispecie previste dalla prof.ssa Larizza e condivise in buona parte dal prof. Spina nei seguenti termini:

*Maltrattamenti contro la persona nella famiglia e nelle formazioni sociali ove si svolge la personalità (oppure, come proposto, "assimilate")*

Chiunque maltratta in maniera reiterata una persona della famiglia o comunque convivente o una persona che, per ragioni di età, di salute, di lavoro è affidata alle sue cure o alla sua autorità, è punito con la reclusione da tre a sei anni (oppure "una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata in ambito lavorativo, di insegnamento o di cura").

Costituiscono maltrattamenti l'inflizione abituale di vessazioni, sofferenze, castighi sia fisici che psichici, tali da imporre a un'altra persona, che ne rimane succube, un regime di vita persecutorio e degradante.

Se dal fatto deriva quale evento non voluto una lesione personale grave, si applica la reclusione da cinque a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da otto a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da quattordici a ventiquattro anni.



## **CONTRIBUTO**

*Elisabetta Palermo*

Aderisco alla proposta di inserire una *fattispecie autonoma di violenza domestica*, così come proposto da Silvia Larizza. Per la stessa sarebbe opportuno introdurre una *causa di estinzione del reato, in presenza di condotte di ravvedimento operoso*, nell'interesse di preservare i rapporti familiari, anche a tutela di figli minorenni

In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale (*C. Cost. 20.7.1990, n. 357*) per il delitto di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p., con una sentenza di monito, fino ad ora ignorata dal legislatore.

La Corte Costituzionale, investita della questione di illegittimità di tale norma, per violazione degli artt. 2, 3, 29, 30, 31 Cost., nella parte in cui non dispone che la duratura conciliazione fra i coniugi possa operare come causa estintiva della punibilità del reato in essa previsto, l'ha dichiarata inammissibile, in quanto ha affermato che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire i fatti estintivi del reato; nella specie anche di quello di «maltrattamenti» e tuttavia ne ha auspicato l'introduzione.

Analoghe considerazioni valgono quando vittima è un soggetto minorenne, basta riflettere sulle ipotesi di c. d. violenza "assistita" o sui casi di delitto culturalmente orientato.

Va considerato che se si ritiene congruo mantenere anche per questa fattispecie, al pari di quanto è previsto per i maltrattamenti di cui all'art. 572, la pena massima di sei anni, è preclusa la possibilità di applicare la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 168 bis), anche nelle ipotesi in cui un ravvedimento operoso dell'autore potrebbe avere effetti positivi sulla corretta ripresa dei rapporti familiari, ben più che non l'inutile prosecuzione del processo penale.



## **PER UNA RIFORMULAZIONE DELL'ART. 572 C.P.: QUADRO DI SINTESI DELLE POSIZIONI ESPRESSE**

*Silvia Larizza*

Non è semplice racchiudere in un quadro necessariamente sintetico la ricchezza di spunti e suggerimenti contenuta nelle proposte avanzate da alcuni componenti del gruppo alle quali si rinvia per una prospettiva di più ampio respiro.

I problemi posti da una riformulazione della fattispecie di maltrattamenti sono stati affrontati e non sempre hanno trovato soluzioni concordanti, tranne che per la doverosa collocazione di questo reato tra i delitti contro la persona.

Il primo nodo da sciogliere ha riguardato il mantenimento nella nuova formulazione del termine 'maltratta' utilizzato dal legislatore nel 1930. In considerazione del fatto che su questo termine: 'maltratta' si è formata una copiosa e stabile giurisprudenza si è ritenuto preferibile non procedere a una definizione legislativa di cosa si debba intendere per maltrattamenti, come pure non si è ritenuto opportuno procedere a una descrizione della condotta di maltrattamenti caratterizzata dall'uso della minaccia e della violenza fisica, psicologica ed economica.

Un altro problema che è stato affrontato deriva dal fatto che l'attuale formulazione della norma suscita perplessità e riserve nel momento in cui elenca diversi soggetti passivi vittime di maltrattamenti. Si parla di una persona della famiglia o comunque convivente, di una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte. La norma affascia, dunque, condotte di maltrattamenti che si svolgono e si consumano in contesti relazionali di riferimento completamente diversi e che possono presentare per chi le subisce una gravità differente. Si è così valutata l'opportunità di isolare la violenza consumata all'interno delle mura domestiche da quella esercitata nei luoghi di lavoro o in istituzioni come scuole, asili, o case di ricovero per anziani. È così prevalsa l'idea che le condotte latamente intese di maltrattamenti andrebbero distinte dal momento che il disvalore insito in una violenza all'interno delle pareti domestiche è differente in termini di libertà di scelta da quella agita in ambiente lavorativo o in istituzioni come asili, ricoveri per anziani dove la possibilità di sottrarsi a tale tipo di violenza, seppure indiretta, è sicuramente più ampia.

Quanto, da ultimo, alla violenza esercitata nei luoghi di lavoro, l'ipotesi sulla quale è necessario riflettere è riconducibile al c.d. *mobbing* lavorativo, ovvero a maltrattamenti che avvengono in contesti lavorativi da parte di persone che esercitano un'autorità su altre. La formulazione di un'ipotesi di reato per questi casi non si rivela facile per cui si è rinviato a un momento ulteriore la messa a punto di una simile fattispecie.

Si sono, in definitiva, 'disaggregati' i contesti, presenti nell'attuale art. 572 c.p., all'interno dei quali la violenza viene esercitata, limitatamente alla violenza esercitata all'interno delle mura domestiche e a quella esercitata nei confronti di persone affidate per ragioni di cura, istruzione, vigilanza etc.

Quanto alle rubriche che contrassegnano queste norme, l'idea di intitolare, come suggerito dalla Convenzione di Istanbul, la classica fattispecie di maltrattamenti con l'espressione "Violenza domestica" avrebbe un significato politico criminale, nonché evocativo, enorme; ad essa si oppongono due diverse e plausibili rubriche: "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" o, anche, "Maltrattamenti contro la persona nella famiglia e nelle formazioni sociali assimilate".

Si è anche esortato a riflettere sulla possibile introduzione in questa problematica materia di

una causa di estinzione del reato in presenza di condotte di ravvedimento operoso: seppure la Convenzione di Istanbul non ammetta nei casi di violenza nei confronti delle donne il ricorso alla mediazione penale e consolidate acquisizioni criminologiche intravedono nella violenza un andamento ciclico, la proposta va vagliata soprattutto in relazione a contesti culturali differenti dal nostro.

Quanto alla riscrittura della norma si riportano, di seguito, i testi proposti.

1) Maltrattamenti contro familiari e conviventi (Violenza domestica): «Chiunque maltratta in maniera reiterata il figlio, il genitore, il coniuge o l'altra parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, oppure altra persona a cui è legato, o è stato legato, da una stabile relazione di convivenza, è punito con la reclusione da due a sei anni.

Se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile, una lesione personale grave, si applica la reclusione da cinque a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da otto a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da quattordici a ventiquattro anni».

2) Maltrattamenti contro la persona nella famiglia e nelle formazioni sociali assimilate: «Chiunque maltratta una persona della famiglia coniugale, para-coniugale o mono-genitoriale o legata da intime consuetudini di vita, comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà, anche senza coabitazione o una persona a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni.

Se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile, una lesione personale grave, si applica la reclusione da cinque a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da otto a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da quattordici a ventiquattro anni».

Maltrattamenti contro persone in affidamento: «Chi, in maniera reiterata, maltratta una persona che, per ragioni di età, di salute, di lavoro è affidata alle sue cure, alla sua custodia è punito con la pena da due a cinque anni.

Se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile una lesione personale grave, si applica la reclusione da cinque a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da otto a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da quattordici a ventiquattro anni».

## **ALLEGATO IN TEMA DI VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI ASSISTENZA**

### **CONTRIBUTO**

*Paolo Pittaro e Natalina Folla*

1. Per quanto da tempo si parli non di famiglia, ma di *famiglie* nel diritto (e nel diritto penale) e si sia assistendo ad un movimento teso a ridimensionare la famiglia tradizionale di cui all'art. 29 Cost. facendo leva sui diritti individuali di cui all'art. 2 Cost., e per quanto la legge n. 76 del 2016 abbia non parificato completamente, ma di molto identificato, per certi versi, l'unione civile al rapporto di coniugio, si è dell'avviso che il richiamo alla famiglia, proprio perché di rilevanza costituzionale (oltre che sociale) debba continuare a sussistere nel diritto penale.

Pertanto, consci comunque del *novum* legislativo degli ultimi anni, si propone di modificare il Capo (o il Titolo a seconda degli ulteriori contributi sul tema) non nel senso proposto di "Delitti contro la persona nelle formazioni sociali esistenziali", bensì come

"Delitti contro la persona nel contesto familiare e nelle formazioni sociali esistenziali".

2. Posto che, secondo la corretta interpretazione dell'art. 570 c.p., non è affatto vero che il comma 1 si riferisca alla violazione degli obblighi assistenziali morali ed il comma 2 quelli di tipo economico, ma che, invece, il comma 1 punisca la violazione di ambedue gli obblighi, e che essi sussistono nelle varie forme di aggregazione, si è dell'avviso di mantenere quanto previsto dal comma 1 dell'attuale art. 570, eliminando la modalità dell'abbandono del domicilio (obbligo assente per la convivenza di fatto) e della condotta contraria all'ordine ed alla morale delle famiglie.

La rubrica della disposizione verrebbe formulata nel senso di "Violazione degli obblighi di assistenza nella famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali".

La sanzione attualmente prevista è alquanto modesta (pena alternativa della reclusione fino ad un anno o la multa da 103 a 1032 euro). Ovviamente il tutto può essere sottoposto alla sospensione condizionale della pena, anche se, ai sensi dell'art. 165c.p. può essere subordinata al risarcimento del danno, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato o perfino, salvo l'opposizione dell'imputato, alla prestazione di opere di pubblica utilità, con netto risvolto etico-sociale. Inoltre, ai sensi dell'art. 168-*bis* c.p., il procedimento può essere sospeso con la messa alla prova che, a sua volta, comporta il risarcimento del danno, l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, nonché una prestazione di attività di volontariato di servizio sociale e subordinata alla prestazione di un lavoro di pubblica utilità.

Peraltro, la pena detentiva, in quanto di breve durata, può essere sostituita ai sensi degli artt. 53 ss. legge n. 689 del 1981.

Invero, si era anche pensato di trasformare tale dettato in una disposizione di diritto civile che, accanto al risarcimento del danno, contemplasse anche *sanzione punitiva civile* alla stregua di quanto disposto, di recente, dal d.lgs. n. 7 del 2016. Tuttavia, si è abbandonata tale ipotesi per due motivi:

a) opportunità di mantenere comunque il presidio penalistico in tale contesto;  
b) dovendo instaurarsi un processo civile ad iniziativa della vittima, ma quivi parte attrice (nell'assenza del P.M. che ha l'obbligo di instaurare l'azione penale), questo comporta una serie di oneri economici inerenti alla necessità di una difesa tecnica ed alle successive spese del rito.

3. Il n. 1 del comma 2, togliendo il riferimento, oramai abrogato, del "pupillo" dà luogo a due alternative. La prima, qui sostenuta nella visione di un istituto familiare da consolidare, seppur ampliato nelle nuove forme, manterrebbe la proposizione, per l'appunto, come n. 1 del comma 2. La seconda, ritenuta da altri preferibile, la inserirebbe, invece, nel delitto di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p. In tal caso, in tale disposizione, verrebbe inserito un secondo comma del seguente tenore: "La stessa pena si applica a chi malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge ovvero dell'altro componente dell'unione civile".

Nella alternativa si noti, tuttavia, una forte discrepanza sanzionatoria, che deve essere risolta secondo una prospettiva di politica criminale e di meritevolezza di pena: se mantenuta nell'art. 570 c.p. prevede la sanzione congiunta della reclusione *fino ad un anno* e la multa da centotré euro a milletrentadue euro, mentre l'appropriazione indebita prevede la reclusione *fino a tre anni* e la multa fino a euro 1032.

4. Quanto disposto dal comma 2 dell'attuale art. 570 c.p. rimane invariato con la sanzione cumulativa della pena detentiva e di quella pecuniaria. Si è sostituita la dizione "legalmente separato per sua colpa" con quella "legalmente separato con addebito a suo carico", aderendo a quella linea interpretativa che pone in risalto tale situazione come (anche penalmente) significativa.

5. Si è mantenuta la perseguibilità a querela in tale ultimo disposto "salvo quando il reato di cui al precedente comma è commesso nei confronti dei minori". Rimane, pertanto, sia pur con tale eccezione, la perseguibilità a querela di parte. Certo, si ha ben presente il disposto di cui al recente art. 162-ter c.p., che prevede l'estinzione del reato per condotte riparatorie, anche in presenza della contrarietà della persona offesa. Rimane, pertanto, affidata alla attenta discrezionalità del giudice la valutazione della congruità della somma offerta a titolo di risarcimento. Si è comunque ventilata la possibilità di escludere l'applicazione dell'art. 162-ter in tali fattispecie, come è avvenuto per il delitto di stalking (atti persecutori: art. 612-bis c.p.) con l'introduzione del comma 4 nell'art. 162-ter c.p.

6. Sono ben presenti le critiche poste al dettato dell'art. 570-bis c.p. che, a seguito del principio della riserva di codice (ora stabilita dall'art. 3-bis c.p.) avrebbe dovuto contemplare (ai sensi del d.lgvo n. 21 del 2018) quanto in precedenza disposto, in ordine agli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio, dall'art. 12-sexies legge n. 898 del 1970 e dall'art. 3 legge n. 54 del 2006 (contestualmente abrogati dall'art. 7 del citato d.lgvo n. 21/2018). In effetti la disposizione si applica al *coniuge* che si sottrae alla corresponsione dell'assegno disposto dal giudice, mentre la disposizione abrogata si riferiva anche alla mancata corresponsione dell'assegno disposto a favore del minore a carico del genitore non legato dal vincolo del matrimonio.

Si è, pertanto, modificato la disposizione dell'attuale art. 570-bis c.p. inserendo anche tale eventualità.

Anche in questo caso, in ogni modo, rimane l'alternativa se mantenere tale disposto nella attuale posizione topografica del codice (sia pure con la mutata rubrica del Capo o Titolo) ovvero se inserirla, come già adombrato, nei delitti contro la giustizia, e, più esattamente, nell'art. 388 c.p. recante la "Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice", magari come secondo comma che preveda la stessa pena di cui al comma precedente.

Anche qui, tuttavia, si presenta una discrasia a livello sanzionatorio, da risolvere alla stregua della politica criminale e la meritevolezza di pena. L'attuale art. 570-bis richiama la sanzione di cui all'art. 570 alinea, ossia la reclusione *fino a un anno* o con la multa da centotré euro a milletrentadue euro, mentre il comma 1 dell'art. 388 c.p. prevede la reclusione *fino a tre anni* o

la multa da euro centotre a euro milletrentadue.

Infine, ci si rende conto che l'art. 388 c.p., già molto ampio a seguito di varie innovazioni, verrebbe vieppiù appesantito. Per cui potrebbe presentarsi l'alternativa di inserire tale ultima disposizione in un successivo art. 388-bis.

7. In definitiva, si propone il seguente articolato, evidenziando le possibili alternative, e, comunque, lasciando il *quantum* delle sanzioni solo in riferimento alle esistenti, ben potendosi disporre altrimenti in una ben precisa prospettiva di politica criminale.

## ARTICOLATO

*Delitti contro la persona nel contesto familiare e nelle formazioni sociali esistenziali Ex Art. 570 c.p.*

*Violazione degli obblighi di assistenza nella famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali*

1. Chiunque si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge o di componente di un'unione civile con persona dello stesso sesso o di convivente di fatto, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotre euro a milletrentadue euro.

2. Le dette pene si applicano congiuntamente a chi fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato con addebito a suo carico, ovvero all'altro componente di un'unione civile dello stesso sesso o del convivente.

3. Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo quando il reato di cui al precedente comma è commesso nei confronti dei minori.

4. Le disposizioni di questo articolo non si applicano se il fatto è preveduto come più grave reato da un'altra disposizione di legge.

*Art. 646 c.p. – Appropriazione indebita*

1. Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a euro 1032.

2. La stessa pena si applica a chi malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge ovvero dell'altro componente dell'unione civile.

3. Se il fatto è commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario, la pena è aumentata.

*Art. 388 c.p. – Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*

2. La stessa pena [reclusione fino a tre anni o con la multa da euro centotre a euro milletrentadue] si applica a chi elude l'ordine di protezione previsto dall'articolo 342 ter del codice civile, ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero ancora l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito, *nonché al coniuge o al genitore che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli.*

Oppure:

Inserire l'art. 388-bis che contempili la medesima sanzione per quanto riportato *supra* in grassetto (che, ovviamente viene eliminato dall'art. 388).

#### ARTICOLATO ALTERNATIVO

*Delitti contro la persona nel contesto familiare e nelle formazioni sociali esistenziali ex Art. 570 c.p.*

*Violazione degli obblighi di assistenza nella famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali*

Chiunque si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge o di componente di un'unione civile con persona dello stesso sesso o di convivente di fatto, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotré euro a milletrentadue euro.

Le dette pene si applicano congiuntamente a chi:

1. malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge ovvero dell'altro componente dell'unione civile.
2. fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato con addebito a suo carico, ovvero all'altro componente di un'unione civile dello stesso sesso o del convivente.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo quando il reato di cui al precedente comma è commesso nei confronti dei minori.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano se il fatto è preveduto come più grave reato da un'altra disposizione di legge.

*Ex art. 570-bis- Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di riparazione o di scioglimento del matrimonio.*

Le pene stabilite dall'art. 570 si applicano anche al coniuge o al genitore che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli.



## **CONTRIBUTO**

*Alessandro Spina*

Quanto alla “*Violazione degli obblighi di assistenza*”, sono d’accordo che si cancellino “abbandono del domicilio domestico” e “condotta contraria alla morale familiare” quali elementi del reato. Tuttavia, riterrei opportuno sostituirli con altro elemento che limiti la punibilità alle sole forme più gravi e significative del fatto; altrimenti, il reato rischia di diventare iper-inclusivo: la responsabilità penale dovrebbe scattare solo nel caso in cui all’obbligo di assistenza familiare ci si sottragga in maniera continuativa, o comunque non episodica, o tutt’al più anche nel caso in cui l’omissione, ancorché episodica, sia nondimeno di particolare gravità. (Né, peraltro, è detto che la non punibilità dei casi di omissione non grave né continuativa possa sempre discendere dall’art. 131 bis: non lo sarebbero, ad es., quelle dettate da motivi futili.)

Inoltre, specificherei che la rilevanza penale è limitata alla violazione dei soli obblighi di assistenza materiale.

Suggerirei, dunque, di emendare la proposta in questi termini:

*Violazione degli obblighi di assistenza.* - 1. Chiunque, in modo continuativo oppure in modo da recare grave pregiudizio alla vittima, si sottrae agli obblighi di assistenza materiale inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge o di componente di un’unione civile con persona dello stesso sesso o di convivente di fatto, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotré euro a milletrentadue euro.



## **BREVI RIFLESSIONI IN TEMA DI VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI ASSISTENZA FAMILIARE (ARTT. 570 - 570-BIS C.P.)**

*Alessandro Roiati*

Si concorda con la proposta di modificare il Capo adottando la formula di “Delitti contro la persona nel contesto familiare e nelle formazioni sociali esistenziali”, che da un lato pone al centro la persona, dall’altro mantiene il riferimento caratterizzante le norme incriminatrici in esame alla famiglia ed alle formazioni sociali ove si svolge l’esistenza.

In merito alle fattispecie di violazione degli obblighi di assistenza di cui agli artt. 570 e 570-bis c.p. le due principali direttrici da seguire andrebbero, a mio sommesso avviso, individuate nella *sussidiarietà e necessaria lesività* delle fattispecie. Ciò anche al fine di eliminare le disparità di trattamento (per lo più riferibili al rapporto di coniugio ed alle situazioni ad esso equiparabili o che comunque ne costituiscono lo sviluppo successivo) e, al contempo, ridurre e razionalizzare il ricorso all’*extrema ratio* sanzionatoria.

Su questo tema infatti, come noto, per lungo tempo la tutela penale si è incentrata principalmente sull’art. 570, comma 2, n. 2, c.p., e sullo stringente concetto di mancanza mezzi di sussistenza, ovvero sul requisito dello *stato di bisogno* del soggetto passivo, ferma restando la valutazione circa la capacità economica di adempiere del soggetto attivo.

A partire dall’introduzione dell’art. 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898, si è passati invece ad un “intervento a tappeto” del diritto penale, polarizzato sul mero inadempimento dell’obbligo di natura civilistica ed in linea con i distorti canoni di una “*sussidiarietà invertita*”.

Per tale ragione appare preferibile procedere nell’opposta direzione della *riduzione dall’area del penalmente rilevante e della rinuncia alla tendenziale equiparazione tra illecito civile e illecito penale*, valorizzando fin dove possibile gli strumenti rimessi al diritto civile e amministrativo a tutela del diritto di credito.

Nello specifico non pare necessario mantenere il ricorso alla sanzione penale per gli obblighi morali e/o di solidarietà-assistenza spirituale (per loro natura incoercibili e comunque di scarso impatto nella prassi giudiziaria), fermo restando che i casi più significativi possono essere certamente ricondotti alle più gravi fattispecie dei maltrattamenti o dell’abbandono di minori o incapaci. Si ritiene quindi opportuno incentrare la norma incriminatrice sulla violazione dei soli obblighi di assistenza materiale, sganciando però questi ultimi dal mero rinvio alle norme civili, che rischia di svilire il ricorso al diritto penale riducendolo a mero strumento sanzionatorio.

Tutt’altro che facile però tradurre queste istanze in un articolato normativo in linea con le istanze della tassatività e sufficiente determinatezza. A tal fine – condividendosi l’opportunità di espungere l’attuale nota modale costituita dalla violazione dell’ordine o morale delle famiglie (indeterminata e del tutto evanescente) – potrebbe introdursi un elemento della fattispecie di danno o di pericolo per i beni “finali” della persona, ovvero un esplicito *referimento alla lesione o alla messa in pericolo dello sviluppo della personalità (rectius alla limitazione dello sviluppo della personalità)*.

In alternativa potrebbe adottarsi *una nozione intermedia tra mero inadempimento – al momento sanzionato tout court ed anche se parziale - e vera e propria mancanza dei mezzi di sussistenza*, punendo in via generale la violazione degli obblighi di assistenza materiale, ma considerando espressamente “non punibili” le ipotesi di particolare tenuità, mediante la

previsione di un'ipotesi speciale del più generale istituto di cui all'art.131-bis c.p. (come previsto ad es. ex art. 648, comma 2, c.p.).

L'adozione di una nozione di obblighi di assistenza più ristretta potrebbe compensarsi con una lieve modifica sanzionatoria (ad es. reclusione e multa).

Pare opportuno poi mantenere la procedibilità a querela ed incentivare le condotte riparatorie, eventualmente anche subordinando espressamente la concessione della sospensione condizionale della pena all'assolvimento degli obblighi di assistenza materiale.

Nell'ipotesi in cui vengano meno invece i *mezzi di sussistenza*, determinandosi uno stato di bisogno nel soggetto passivo, può essere configurata una aggravante consistente, se non un'autonoma fattispecie di reato, con la pena della reclusione fino a tre anni.

Partendo dall'articolato normativo di riforma già proposto, lo stesso potrebbe essere redatto anche i questi termini, di certo provvisori ed ulteriormente perfettibili:

*Delitti contro la persona nel contesto familiare e nelle formazioni sociali esistenziali Art. 570 c.p.*

*Violazione degli obblighi di assistenza "materiale" nella famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali*

1. Chiunque si sottrae agli obblighi di assistenza "materiale" inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge o di componente di un'unione civile con persona dello stesso sesso o di convivente di fatto, è punito con la reclusione fino a un anno E con la multa da centotré euro a milletrentadue euro.

2. Non sono punibili le violazioni degli obblighi di assistenza materiale che, per le modalità della condotta ed in considerazione della situazione economica complessivamente valutata, anche in relazione alle capacità, ai bisogni ed alle necessità, risultino di particolare tenuità.

Oppure

Chiunque si sottrae agli obblighi di assistenza "materiale" inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge o di componente di un'unione civile con persona dello stesso sesso o di convivente di fatto, *in modo da compromettere o comunque ostacolare lo sviluppo della personalità* è punito con la reclusione fino a un anno E con la multa da centotré euro a milletrentadue euro.

per quanto riguarda la mancanza dei mezzi di sussistenza

2. Chi fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato con addebito a suo carico, ovvero all'altro componente di un'unione civile dello stesso sesso o del convivente è punito con la *reclusione fino a tre anni e con la multa fino ad euro 1.032,00*.

3. Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo quando il reato di cui al precedente comma è commesso nei confronti dei minori.

4. Le disposizioni di questo articolo non si applicano se il fatto è preveduto come più grave reato da un'altra disposizione di legge.

*Art. 646 c.p. – Appropriazione indebita*

1. Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, è punito, a querela della persona offesa,

con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a euro 1032.

2. La stessa pena si applica a chi malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge ovvero dell'altro componente dell'unione civile.

3. Se il fatto è commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario, la pena è aumentata.

*Ex art. 570-bis- Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio.*

Le pene stabilite dall'art. 570 si applicano anche al coniuge o al genitore che si sottrae all'obbligo di "assistenza materiale" in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di "assistenza materiale" in materia di separazione dei coniugi e di affidamento dei figli.

In riferimento a quest'ultima norma si concorda con la riformulazione proposta, che non limita la fattispecie alla figura del solo "coniuge" quale soggetto attivo. A scanso di equivoci si ritiene opportuno espungere anche il riferimento all'affidamento *condiviso* posto che, in via di eccezione, l'affidamento può anche essere esclusivo.



## **ARTICOLATO DEFINITIVO**

*Paolo Pittaro e Natalina Folla*

*Delitti contro la persona nel contesto familiare e nelle formazioni sociali esistenziali Ex Art. 570*

*Violazione degli obblighi di assistenza nella famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali*

1. Chiunque in modo continuativo oppure in modo da recare grave pregiudizio alla vittima, si sottrae agli obblighi di assistenza morale e materiale inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge o di componente di un'unione civile con persona dello stesso sesso o di convivente di fatto, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotré euro a milletrentadue euro.

In alternativa:

1. Chiunque in modo continuativo oppure in modo da recare grave pregiudizio alla vittima, si sottrae agli obblighi di assistenza materiale inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge o di componente di un'unione civile con persona dello stesso sesso o di convivente di fatto, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotré euro a milletrentadue euro.

2. Le dette pene si applicano congiuntamente a chi fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato con addebito a suo carico, ovvero all'altro componente di un'unione civile dello stesso sesso o del convivente.

3. Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo quando il reato di cui al precedente comma è commesso nei confronti dei minori.

4. Le disposizioni di questo articolo non si applicano se il fatto è preveduto come più grave reato da un'altra disposizione di legge.

*Ex art. 570-bis- Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio.*

Le pene stabilite dall'art. 570 si applicano anche al coniuge o al genitore che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento dei figli.

*Art. 646 c.p. – Appropriazione indebita*

1. Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a euro 1032.

2. La stessa pena si applica a chi malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge ovvero dell'altro componente dell'unione civile.





Sezione II – Atti del seminario di discussione

29 ottobre 2021  
Università degli studi di Palermo



## **INTERPRETAZIONE TELEOLOGICA E REATI CONTRO LA FAMIGLIA**

*Angelo Costanzo*

**Sommario:** 1. I maltrattamenti «contro familiari e conviventi»; 2. Convivenza e coabitazione; 3. Il divieto di analogia *in malam partem*; 3. Il bene giuridico tutelato e l'interpretazione analogica; 5. Ridefinizione del bene giuridico tutelato e giustizia riparativa.

### **1. I maltrattamenti «contro familiari e conviventi»**

L'evoluzione della giurisprudenza di merito e della Corte di cassazione sui reati contro la famiglia – in particolare sui maltrattamenti – ha posto e pone problemi circa l'interpretazione delle norme incriminatrici e il rispetto del principio di tassatività.

Allo stato attuale dell'evoluzione della giurisprudenza si ritiene l'art. 572 c.p. applicabile non solo ai nuclei familiari fondati sul matrimonio, ma a qualunque relazione che, per la consuetudine dei rapporti creati, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelle tipiche della famiglia o della convivenza abituale (Cass. Sez. 6, 18 marzo 2014 n. 31121).

In particolare, pur mancando vincoli nascenti dal coniugio, il delitto di maltrattamenti in famiglia è configurabile nei confronti di persona non più convivente *more uxorio* con l'agente in presenza di rapporti stabili seppure a causa dai doveri connessi alla filiazione per la perdurante necessità di adempiere gli obblighi connessi alla comune responsabilità genitoriale (Cass. Sez. 6, 20 aprile 2017, n. 25498).

In questo caso, per effetto della clausola di sussidiarietà prevista dall'art. 612-*bis*, primo comma, c.p. (Cass. Sez. 5, 4 maggio 2016, n. 41665), il reato di maltrattamenti assorbe quello di atti persecutori, sebbene la coabitazione e la relazione affettiva siano cessate, quando nella relazione fra l'agente e la persona offesa permangono condizioni che comportano solidarietà fra i due.

Invece, ricorre la fattispecie aggravata del reato di atti persecutori *ex art. 612-bis*, secondo comma, c.p. per i comportamenti che, sorti nell'ambito di una comunità familiare (o a questa assimilabile), o determinati dalla sua esistenza e sviluppo, continuino nonostante la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare (Cass. Sez. 6, 15 gennaio 2020 n. 8145).

Inoltre, per configurarsi il reato *ex art. 572 c.p.*, non solo non occorre che la convivenza sia ancora in corso, neanche è necessario che essa abbia una certa durata; è sufficiente sia stata istituita in una prospettiva di stabilità, quale che ne sia stato poi l'esito (Cass. Sez. 6, 6 novembre 2019, n. 5457).

Basta, quindi, un regime di vita improntato a rapporti di solidarietà e a strette relazioni, causate da diversi motivi (Cass. Sez. 3, 3 luglio 1997, n. 8953); una relazione sentimentale in cui l'assidua frequentazione della abitazione della persona offesa ha generato sentimenti di solidarietà e doveri di assistenza morale e materiale (Cass. Sez. 5, 17 marzo 2010, n. 24688) o anche un rapporto familiare di mero fatto, desumibile – in assenza di una stabile convivenza – dall'avvio di un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà e assistenza e potenzialmente stabile (Cass. Sez. 6, 7 maggio 2013 n. 22915). Similmente, il reato di maltrattamenti può configurarsi in una situazione di condivisa genitorialità, pur in assenza di convivenza, se la filiazione non è stata solo un esito occasionale di rapporti sessuali ma abbia, almeno nella fase

iniziale del rapporto, prodotto una relazione affettiva con una aspettativa di solidarietà svincolata dagli obblighi giuridici connessi alla filiazione (Cass. Sez. 6, 25 giugno 2019, n. 37628).

Nel ratificare la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale del 25 ottobre 2007 (*Convenzione di Lanzarote*), il legislatore ha aggiunto i conviventi fra i soggetti passivi del reato, e ha inasprito le pene, così consolidando l'interpretazione che applica la disposizione ai rapporti comunque caratterizzati da relazioni intense e abituali (para-familiari), da consuetudini di vita e di fiducia tra soggetti, in condizioni paritarie o anche di soggezione di una parte nei confronti dell'altra (fra le altre: Cass. Sez. 6, 13 febbraio 2018, n. 14754).

## 2. Convivenza e coabitazione

Tuttavia, è necessario precisare che “convivenza” e “coabitazione” sono concetti fra loro differenti perché possono esservi relazioni di convivenza senza materiale coabitazione e situazioni di coabitazione che non comportano in alcun modo convivenza.

Infatti, lo stesso legislatore nel regolamentare le unioni civili tra persone dello stesso sesso e nel disciplinare le convivenze qualifica (art. 1, comma 36, legge 20 maggio 2016, n. 76) i «conviventi di fatto» in termini in sé indipendenti dalla coabitazione, definendoli come due persone (maggiorescenti) «unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile».

In realtà, già la giurisprudenza meno recente aveva considerato che né la stabile convivenza né la coabitazione sono presupposti necessari per il delitto di maltrattamenti (Cass. Sez. 3, 3 ottobre 1997, n. 8953), perché basta che intercorrano relazioni abituali tra il soggetto attivo e quello passivo, come nel caso, per esempio, della relazione fra un uomo e una concubina non convivente, con la quale non vi sia coabitazione ma soltanto un'abituale relazione sessuale (Cass. Sez. 6, 18 dicembre 1970 n. 1587).

Quella che rileva, in sostanza, è l'esistenza di relazioni abituali fra il soggetto attivo e quello passivo (delle quali la materiale convivenza è solo un aspetto estrinseco del fatto originario costituito dal legame affettivo che produce una *convivenza psicologica*) determinate – per libera scelta o per condizionamenti interni o esterni di affetti e/o interessi – da continuativi rapporti o strette relazioni che dovrebbe generare rispetto e solidarietà e che, invece, diventano una precondizione delle sopraffazioni della personalità del soggetto passivo incompatibili con normali condizioni di vita.

Posto questo, la valutazione della riconducibilità del rapporto intercorrente fra l'autore e la vittima delle vessazioni al paradigma che si è sopra definito costituisce una *questio facti*, non valutabile in sede di legittimità, se fondata su massime di esperienza ragionevoli e argomentata senza incorrere in manifeste illogicità (Cass. Sez. 6, 10 febbraio 2011 n. 79290).

Può tuttavia affermarsi, in linea di principio, che quando l'agente e la persona offesa hanno avviato la costruzione di un rapporto duraturo (tendente a una stabilità da cui dovrebbero derivare rispetto e solidarietà, seppure divenuta concausa di vessazione), la breve durata della convivenza e le sue interruzioni non escludono il reato di maltrattamenti (Cass. Sez. 6, del 11 febbraio 2021 n. 17888).

Nell'adeguare l'interpretazione dei termini usati dall'art.572 c.p., ai mutamenti della realtà sociale e anche per assicurare tutela penale alle vittime di vessazioni nell'ambito di intensi rapporti affettivi o, comunque, stretti si sono adottate interpretazioni delle espressioni «persona della famiglia» e «persona comunque [...] convivente» con l'autore del reato che potrebbero

intendersi come estensive o anche teleologiche<sup>1</sup>.

In particolare, in molti fra i casi in cui risulta dubbio se qualificare la condotta come maltrattamenti (delitto collocato nel codice fra quelli «contro la famiglia» e precisamente *delitti contro l'assistenza familiare*) oppure come atti persecutori *ex art. 612-bis c.p.* – uno dei «delitti contro la libertà morale», collocati nella sezione terza, del capo terzo («delitti contro la libertà individuale») del titolo dodicesimo del codice che comprende i «delitti contro la persona» – la linea di displuvio fra le due figure di reato risiede proprio nella interpretazione delle espressioni sopra considerate, senza trascurare che l'art. 612-*bis*, secondo comma, c.p., considera espressamente il caso di condotte commesse a danno di persona «legata da relazione affettiva» all'agente.

### 3. Il divieto di analogia *in malam partem*

Anche recentemente la Corte costituzionale ha ribadito il divieto di analogia a sfavore del reo, affermato dall'art. 14 delle Preleggi e implicitamente dall'art. 1 c.p., con la sentenza 14 maggio 2021 n. 98, anche richiamando il connesso rischio di violazione del principio di tassatività delle norme incriminatrici sancito dall'art. 25 Cost. proprio in relazione al rapporto tra gli artt. 572 e 612-*bis* c.p., osservando che il divieto di analogia *in malam partem* richiede di chiarire se il «rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di 'convivenza' ... (e se) ... davvero possa sostenersi che la sussistenza di una (tale) relazione consenta di qualificare quest'ultima come persona appartenente alla medesima "famiglia" dell'imputato (...) In difetto di una tale dimostrazione, l'applicazione dell'art. 572 c.p. in casi siffatti - in luogo dell'art. 612-*bis*, secondo comma, c.p., che pure contempla espressamente l'ipotesi di condotte commesse a danno di persona «legata da relazione affettiva» all'agente - apparirebbe come il frutto di una interpretazione analogica a sfavore del reo della norma incriminatrice».

---

<sup>1</sup> Una operazione ermeneutica affine, sotto altro versante e con effetti *in bonam partem*, riguarda il significato di «*prossimo congiunto*» nella causa di non punibilità prevista dall'art. 384, comma 1, c.p. che si propende a interpretare estensivamente (Cass. Sez. U, n. 10381 del 26/11/2020, dep. 2021, Fialova, in *CED Cass.* 280574).

In direzione contraria, in materia di obblighi di assistenza familiare, si è escluso un obbligo di assistenza del convivente *more uxorio* (a meno che il caso non rientri nelle «unioni civili» disciplinate dalla legge 27 maggio 2016 n. 76) riconducibile a quelli previsti dall'art. 570 c.p. (Cass. Sez. 6, 8 dicembre 2019, n.12201, in *CED Cass.* 278729) per evitare una interpretazione *in malam partem*, estensiva della responsabilità penale in contrasto con i principi di tassatività e determinatezza delle fattispecie normative incriminatrici. Le unioni di fatto, quali formazioni sociali che presentano significative analogie con la famiglia formatasi nell'ambito di un legame matrimoniale e assumono rilievo ai sensi dell'art. 2 Cost., sono caratterizzate da doveri di natura morale e sociale di ciascun convivente nei confronti dell'altro, che sono espressioni dei vincoli di solidarietà e affettività di fatto esistenti e si esprimono anche nei rapporti di natura patrimoniale, ma senza assumere la cogenza giuridica di cui all'art. 143, comma 2, c.c.

In questi casi, dal rapporto fattuale non sorge un'obbligazione civile ma un'obbligazione *ex art. 2034 c.c.*, per cui soltanto dopo che si è verificato lo spontaneo adempimento della obbligazione naturale, la prestazione assume rilevanza giuridica e non può essere ripetuta perché si è prodotta la *soluti retentio*.

Pertanto, le attribuzioni patrimoniali a favore del convivente *more uxorio* effettuate nel corso del rapporto configurano l'adempimento di una obbligazione naturale *ex art. 2034 c.c.* (Cass. civ., Cass. Sez. 1, 25 gennaio 2016, n. 1266 in *CED Cass.* 638320; Cass. civ., Cass. Sez. 1, 22 gennaio 2014 n. 1277, in *CED Cass.* 629802), che, però, vale solo nei confronti della persona convivente e non anche dei suoi figli, per cui non ha fondamento una pretesa di risarcimento nei loro confronti. Una siffatta pretesa potrebbe valere solo se ricorressero nei confronti del convivente gli specifici presupposti dell'arricchimento senza causa in presenza di prestazioni a suo vantaggio esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza – il contenuto delle quali va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto – e travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza (Cass. civ., Cass. Sez. 3, ordinanza n. 14732 del 7 giugno 2018, in *CED Cass.* 649049; Cass. civ. Cass. Sez. 3, del 15 maggio 2009 n. 11330, in *CED Cass.* 608287).

Recenti sentenze della Corte di cassazione (Sez. 6, 17 novembre 2021, n. 45095; Sez. 6, del 6 settembre 2021 n. 39532), conformandosi alla indicazione contenuta nella sentenza della Corte costituzionale sopra citata, hanno ritenuto che la convivenza *more uxorio* rinvia a una dimensione della relazione personale, effettiva e attuale al momento del fatto (comunque da non confondere con la mera coabitazione) con la conseguenza che la cessazione della convivenza, anche per volontà di uno solo dei componenti della coppia, determina il venire meno dell'affidamento reciproco che giustificava la protezione del singolo nell'ambito della *comunità familiare* di fatto. La tutela del convivente non è, infatti, collegata ad uno *status* della persona - come si verifica nella famiglia fondata sul matrimonio che dà luogo allo stato di coniuge che non viene meno neppure in caso di separazione, legale o di fatto, che non comporta di per sé la cessazione di tutti i vincoli coniugali - ma è collegata al rapporto di fatto, che si fonda sulla volontà delle parti che liberamente decidono di optare per una tipologia di unione contrassegnata da obblighi e prescrizioni giuridiche minimali e che può essere revocata in ogni momento, sicché, se viene meno l'effettività della convivenza, non è più applicabile l'art. 572 c.p. (con la stessa *ratio* nel caso di divorzio, che scioglie il vincolo coniugale, la sussumibilità della condotta maltrattante contro l'ex-coniuge sotto l'art. 572 c.p. è stata riconosciuta solo in presenza di una situazione di fatto che abbia determinato una ricomposizione della relazione e consuetudine di vita improntata a rapporti di assistenza e solidarietà reciproche, così da risolversi in un rapporto di convivenza (Cass. Sez. 2, del 23 gennaio 2019, n. 10222).

In questa stessa ottica la definizione del significato dei termini impiegati non può sconnettersi dalla collocazione delle disposizioni incriminatrici nella architettura concettuale del codice penale come è segnalata dalle sue ripartizioni interne e dalle intitolazioni che le corredano.

#### 4. Il bene giuridico tutelato e l'interpretazione analogica

**4.1.** La eventuale ridefinizione dei beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici comporterebbe una loro ricollocazione nel sistema del codice penale.

Nonostante le modifiche del suo testo intervenute negli anni e l'evoluzione (non sempre secondo un percorso lineare) della sua interpretazione, il reato di «maltrattamenti contro familiari e conviventi», come ora denominato dall'art. 572 c.p., resta collocato nell'undicesimo titolo del secondo libro del codice penale, titolo dedicato ai delitti contro la famiglia e, in particolare, nel capo quarto, intitolato «dei delitti contro l'assistenza familiare».

Secondo la dottrina prevalente, il bene giuridico tutelato dal reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi non è il nucleo familiare quale titolare di interessi propri distinti da quelli dei suoi componenti ma l'integrità psico-fisica di coloro che, per età o per rapporti di tipo familiare o di affidamento, si trovano nelle condizioni di subire, proprio nei contesti in cui dovrebbero ricevere solidarietà, condotte di prevaricazione fisica o morale.

Va ricordato, al riguardo, che nel previgente codice penale del 1889 (*codice Zanardelli*) il reato di maltrattamenti era collocato (art. 391) fra i reati contro la persona, fra i quali, secondo gli auspici di parte della dottrina, andrebbe ricollocato.

Su queste basi è stato evidenziato che il raggruppare alcuni reati all'interno del titolo dedicato ai delitti contro la famiglia si collega, in realtà, soltanto a uno degli scopi che ha guidato il legislatore nella rilevazione dei beni ai quali accordare protezione, per cui affermare che l'oggetto del reato di maltrattamenti è la famiglia significherebbe fallacemente confondere uno degli scopi della norma (dove il permanere della sua collocazione nel sistema del codice) con il bene giuridico tutelato (più ampio perché ricomprende non solo i rapporti 'di famiglia' ma anche quelli 'di familiarità') e le correlate persone offendibili, con le conseguenti implicazioni processuali riguardanti, per esempio, la legittimazione a opporsi alle richieste di

archiviazione o a costituirsi parte civile.

Inoltre, introducendo la locuzione «comunque convivente» nel testo del primo comma dell'articolo 572 c.p., il legislatore ha esteso l'ambito della sua applicabilità a soggetti che sono uniti all'autore dei maltrattamenti da rapporti diversi (anche distanti da quelli di famiglia), derivanti, per esempio, da situazioni di coabitazione tra persone che condividono spazi comuni o, comunque, di convivenza.

Le questioni interpretative che riguardano il rapporto fra il reato di maltrattamenti *ex artt.* 572 (ancora collocato sotto il capo quarto “Delitti contro l'assistenza” del titolo undicesimo “Delitti contro la famiglia”) e il reato di atti persecutori *ex art.* 612-*bis* c.p. (collocato nella sezione “Delitti contro la libertà morale” del capo III “Delitti contro la libertà individuale” del Titolo secondo “Delitti contro la persona”) sono indici della difficoltà di riposizionare il bene giuridico tutelato dal reato di maltrattamenti fra i reati contro la persona.

Del resto, anche il collocamento dell'art. 571 c.p. («abuso dei mezzi di correzione o di disciplina») fra i reati contro l'assistenza familiare risulta disallineato rispetto alle varietà di sub-fattispecie considerate dalla disposizione in relazione alla condizione della persona offesa (sottoposta alla altrui autorità, o affidata per educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia o per l'esercizio di una professione o di un'arte). Non a caso quando l'abuso si presenta come reiterato si tende a sussumere le fattispecie concrete sotto la figura dei maltrattamenti (a sua volta ormai esuberante rispetto alla sua originaria collocazione).

Pure per i reati di sottrazione di minorenni o di persone comunque incapaci (art. 573, 574, 574-*bis* c.p.) emerge che il bene precipuamente leso è l'interesse della persona incapace (Cass. Sez. 6, del 14 settembre 2020, n. 29672).

In realtà, questi reati sono ormai chiaramente percepiti come *reati contro la persona* e non come *reati contro la famiglia* o l'istituzione sociale in cui maturano perché si avverte la necessità di collegare la tutela penale alla concretezza delle persone e non alla astrattezza delle istituzioni<sup>2</sup>.

Se dovesse essere sganciato dalla collocazione fra i reati contro l'assistenza familiare e ridefinito come reato contro la persona, il contenuto delle condotte maltrattanti potrebbe essere riconsiderato in relazione a una gamma di contesti relazionali non predefinibile se non nel nucleo costituito dalle difficoltà della vittima a affrancarsi senza rilevanti costi esistenziali dalle condizioni che producono le condotte.

Forse sarebbe limitativo delimitare anticipatamente i vari contesti possibili (famiglia e condizioni analoghe, lavoro, etc.) in cui tali condotte potrebbero realizzarsi. Ma se il legislatore non fornisce una definizione di maltrattamenti, allora occorre almeno una migliore determinazione del bene giuridico tutelato.

In ogni caso, nel ricollocare i maltrattamenti fra i reati contro la persona il legislatore dovrebbe rivisitare adeguatamente la nozione di “atti persecutori” attualmente veicolata dall'art. 612-*bis* c.p. per delineare una figura generale in relazione alla quale la figura speciale dei maltrattamenti potrebbe riguardare i casi nei quali le vessazioni avvengono dentro un contesto (famiglia, relazioni affettive, ambienti di lavoro, condomini, scuola ...) dal quale la vittima non può agevolmente evadere per condizionamenti esistenziali e/o giuridici di vario genere.

Già ora gli atti persecutori si presentano come una figura concettualmente più ampia rispetto ai maltrattamenti.

Tuttavia, il rapporto logico-giuridico fra le due figure non si presenta lineare. Basti considerare, al riguardo, che il secondo comma dell'art. 612-*bis* c.p. prevede una figura aggravata di atti persecutori qualificata (stante il maggior massimo della pena edittale) come

---

<sup>2</sup> A. COSTANZO, *Maltrattamenti contro la persona*, in *Foro it.*, *Gli speciali*, 1/2022, *Studi di diritto e procedura penale*, pp. 45-57.

più grave rispetto ai maltrattamenti. Inoltre, per altro verso, l'art. 612-*bis* c.p., contiene elementi di specificazione che mancano nella (generica) figura delineata dall'art. 572, comma 1, c.p.: la espressa precisazione che le condotte devono essere «reiterate» e che avvengano con minaccia o molestia, in modo tale da ingenerare un fondato timore per l'incolumità (della persona offesa o di un suo prossimo congiunto o di persona con la quale vi sia un legame affettivo) o (in alternativa non escludente) che costringa a alterare le proprie abitudini.

L'eventuale collocazione dei maltrattamenti nella stessa area del codice in cui sta l'art. 612-*bis* pen. dovrebbe condurre il legislatore a riordinare i rapporti fra le due reati.

**4.2.** L'importanza della determinazione del bene giuridico tutelato da una norma incriminatrice subisce delle oscillazioni a causa del fatto che nella prassi i criteri di interpretazione delle norme sono utilizzati senza gerarchie che diano loro un ordine: si va dal criterio letterale, a quello storico, dalle valutazioni di sistema a argomentazioni teleologiche ristrette alla singola norma, dall'interpretazione conforme (alla Costituzione, alla Convenzione EDU, al diritto UE) a opzioni di natura pragmatica. Frequentemente sulla *metodologia dei metodi* prevale la *metodologia del risultato*<sup>3</sup>.

Anche le difficoltà della Corte di cassazione a esprimere orientamenti uniformi e stabili non dipendono soltanto dall'eccessivo numero dei ricorsi e dai limiti della sua organizzazione interna ma dalle stesse ragioni culturali che indeboliscono la metodologia delle decisioni di merito.

Sarebbe auspicabile che lo stesso legislatore definisse strumenti ermeneutici attenti alla dimensione dell'interpretazione sistematica non adeguatamente valorizzati nell'attuale articolo 12 delle preleggi al Codice civile. Sarebbe logico che una riedizione di questa disposizione stesse nella Costituzione, o comunque in una fonte normativa rinforzata per fissare nuovi principi ermeneutici fondamentali<sup>4</sup>.

In effetti, le propensioni che influiscono sui modi di applicazione delle norme sono molteplici. Alcune più di altre si connettono a stili interpretativi.

L'interprete può sempre rivisitare i contenuti delle regole alla luce dei principi normativi che esse veicolano o anche rifacendosi direttamente a principi normativi superiori. Per questa via, il canone tradizionale secondo cui l'applicazione dei principi normativi si concretizza solo mediante le regole può essere invertito: le regole sono applicate alla luce dei principi normativi perché quel che essenzialmente conta è la loro natura di veicoli di principi, sicché possono essere rivisitate e raffrontate a altri dati normativi considerandole nella loro essenza di *rationes (interpretazione teleologica)* e ogni connessione fra norme è una relazione fra principi normativi.

La scelta di *interpretare per principi* piuttosto che *per regole* può rendere più impegnativa l'attività giudiziaria, l'opposta scelta di considerare la regola come atomo intangibile del discorso normativo riduce la possibilità di riconsiderarne i contenuti (re-interpretazione) alla luce di una interpretazione sistematica che la connetta a altri dati normativi. Entrambe le scelte dipendono dalla formazione culturale dell'interprete (e anche da sue inclinazioni psicologiche).

Nel nostro ordinamento, il legislatore ha disciplinato l'attività ermeneutica con gli artt. 12 e

---

<sup>3</sup> V. SPEZIALE, *Le regole interpretative nella giurisprudenza*, in *Lavoro e dir.*, 2014, 2-3, 273 ss.; P. CHIASSONI, *L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del "metodo tradizionale"*, in *Giornale dir. lav.*, 2008, 4, 553.

Sul tema: A. COSTANZO, *Metodologia dei metodi e metodologia dei risultati. Per una riforma dell'art. 12 delle preleggi al codice civile*, in *Giustiziainsieme*, on line, 1° settembre 12021.

<sup>4</sup> G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di dritto costituzionale?)*, in *Il Foro it.*, 1969, 5, 112-132; E. SPAGNESI, *Reminiscenze storiche di una formula legislativa*, in *Foro it.*, 1971, 9, 99-118; A. CIERVO, *Soltanto alla legge? Il problema dell'ermeneutica giuridica dall'articolo 12 delle preleggi all'interpretazione adeguatrice*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2010, 631-664.



14 disp. prel. c.c.

L'articolo 12 delle preleggi – che nella rubrica è denominato *interpretazione della legge*, mentre nel suo testo si riferisce all'*applicazione della legge* – fra i criteri ermeneutici considera solo quello letterale, quello dell'intenzione del legislatore e quello analogico (in entrambe le sue forme: *analogia legis* e *analogia iuris*). Tuttavia, come ogni altra disposizione, anche l'art. 12 disp. prel. c.c. deve essere interpretato<sup>5</sup>.

Esso è costruito fundamentalmente in relazione al problema delle lacune delle norme ma non fornisce indicazioni circa i percorsi da compiere per comporre fra loro le norme secondo corretti criteri logico-giuridici. Né aveva la necessità di farlo all'interno di una architettura normativa ben composta qual è quella del codice civile italiano del 1942.

L'interpretazione alla luce della *ratio*, che non sia in contrasto inconciliabile con il significato letterale della disposizione (Corte cost. n. 692 del 1988, Cass. Sez. Un. civ. n. 6518 del 1987), e l'interpretazione sistematica finiscono per interpenetrarsi<sup>6</sup>. Emerge l'esigenza di un metodo che assicuri la certezza del diritto, intesa non come prevedibilità dell'applicazione delle norme ma (minimalmente) come certezza della considerazione dei principi posti dal legislatore, secondo il limite costitutivo della interpretazione giuridica che sta nella auto inibizione a porre principi (*rationes*) diversi da quelli mirati dal legislatore. Per ridurre il rischio che questo avvenga, è opportuno sviluppare tecniche legislative che indichino, in modi manifesti (così da chiarirli anche ai loro autori), i principi che si vogliono implementare nel sistema delle norme.

Questi temi si connettono anche alla visione che l'interprete ha del suo ruolo istituzionale.

**4.3.** La questione del rapporto fra l'interpretazione letterale e l'interpretazione teleologica quale criterio di verifica della prima è sempre viva.

Certamente «*When a law is clear and free from all ambiguity, the letter of it is not be disregarded, under the pretext of pursuing its spirit*» (art. 13 Louisiana Civil Code, 1808). Ma, attualmente, le più complesse dimensioni della spesso ineludibile interpretazione sistematica hanno la necessità di appoggiarsi su qualche pietra angolare che non può che essere costituita, se ci si vuole allontanare dalla sostanza degli intenti del legislatore, dallo scopo (*ratio*) delle norme. Allora, pur con tutte le cautele esegetiche necessarie, in varie situazioni, l'interpretazione teleologica può rivelarsi uno strumento chiarificatore più forte dell'interpretazione letterale di una singola disposizione e la tecnica legislativa può agevolare il ricorso al metodo teleologico, come nel caso degli atti comunitari, che presentano un "preambolo" composto dai "considerando" che spiegano e indicano le ragioni delle disposizioni normative che vengono introdotte<sup>7</sup>.

In ogni caso l'interpretazione teleologica non può essere confusa con l'interpretazione

---

<sup>5</sup> In effetti, l'art. 12 delle preleggi riguarda fundamentalmente l'applicazione del codice civile alle controversie. L'opinione tralascia che gli artt. 12 e 14 delle preleggi pongano e risolvano il problema delle regole di interpretazione della legge costituisce una estrapolazione che risulta indebita nel suo prolungarsi oltre il campo normativo delineato dal codice civile, ossia da un testo legislativo, dotato di una solida architettura concettuale, nel quale le questioni inerenti alla individuazione delle *rationes* e alla interpretazione sistematica sono state oggetto di precise e ponderate scelte legislative che le hanno in gran parte impostate e già risolte. Se questo è vero, l'art. 12 delle preleggi al codice civile del 1942 non pone e (quindi) non risolve *tutte* le principali questioni che sorgono circa l'interpretazione dei dati legislativi in generale (che sia così, del resto, lo mostrano, con evidenza, le differenti prassi ermeneutiche nei vari settori del diritto).

<sup>6</sup> L'argomentazione sistematica nelle sue varie forme (il combinato disposto, la coerenza, la congruenza, l'eccezione) e l'argomentazione *per principi* sono entrambe ricondotte alla categoria della giustificazione esterna, quella che consiste nell'addurre ragioni per considerare una norma come valida e applicabile al caso: D. CANALE -G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli, 2020, 61 ss., 119 ss., 133 ss.

<sup>7</sup> Sul tema: J. JOUSSEN, *L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 491 e ss.;

analogica e questo vale anche quando essa viene svolta nel campo del diritto penale sostanziale.

L'argomento teleologico, che è una forma di interpretazione logico-sistematica, assume che a un enunciato normativo deve attribuirsi il significato che corrisponde al fine che è proprio della legge in cui si inserisce l'enunciato.

Questo argomento è particolarmente importante quando si deve decidere sulla estensione del significato di un enunciato normativo a situazioni nuove rispetto a quelle che gli furono coeve.

Si oppone all'argomento *a contrario* perché serve a giustificare l'estensione di un significato normativo.

Differisce dall'argomento analogico, che si basa sulla somiglianza delle fattispecie, perché non interviene a causa di una lacuna legislativa ma perché valuta di disciplinare allo stesso modo due fattispecie che potrebbero sembrare diverse, ma che diverse non sono alla luce della *ratio legis*<sup>8</sup>.

Una variante rafforzata dell'argomento teleologico è costituita dall'argomento *a fortiori*<sup>9</sup>, che combina analogia e teleologia.

## 5. Ridefinizione del bene giuridico tutelato e giustizia riparativa

In un'altra prospettiva può considerarsi che la proposta di ricollocare i reati contro la famiglia nell'ambito dei reati contro la persona agevola previsioni di *mediazione* soprattutto relativamente ai reati di maltrattamenti e di violazione degli obblighi di assistenza morale, per le implicazioni di carattere affettivo e psicologico che essi naturalmente presentano. Se ne ebbero prospettazioni già nella sentenza della Corte costituzionale n. 357 del 20/07/1990.

In particolare, per quel che riguarda i maltrattamenti, ridurre la pena massima edittale a quattro anni (nella pratica, resto, questa misura di pena raramente è applicata e, per lo più, le pene sono inflitte in misura inferiore ai due anni e anche con la sospensione condizionale) consentirebbe la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato *ex art. 168-bis c.p.*

Il paradigma della giustizia riparativa non è incompatibile con la giustizia retributiva, ma segue un altro percorso, che, mentre asseconda le esigenze della prevenzione speciale e della rieducazione del reo, si occupa della persona offesa dal reato.

La mediazione fra il reo e la persona offesa riguarda propriamente i reati che ledono le persone nella loro dimensione psicologica e morale e si collega a un'idea di responsabilità che è indipendente da quella che il reo ha verso lo Stato e che non è retrospettiva (rivolta alla precedente condotta riprovevole) ma prospettica (rivolta a quel che di positivo si può fare nonostante la commissione del reato)<sup>10</sup>.

Viene considerata la dimensione diacronica e relazionale del reato e delle sue conseguenze, mirando a fare evolvere i rapporti in un arco di tempo più ampio di quello (a volte prolungato,

---

<sup>8</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè 1980, 370 e ss.: «chi usa l'argomento teleologico ricostruisce i fini della legge [...] a partire dal testo della legge o da una classificazione dei fini o interessi che il diritto protegge». Per considerazioni sul versante penale: M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, on line. Per considerazioni sul versante civilistico: G. TERRANOVA, *I principi e il diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 2, 355-398, 363 ss.

Per una prospettiva recente: R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2015, 1769-1800.

<sup>9</sup> A. COSTANZO, *L'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 2003, 222, 233.

<sup>10</sup> La materia è ormai estesamente e variamente trattata. Per un approccio lucido, fra gli altri: V. PATANÈ, voce *Mediazione penale*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, Giuffrè, 2008; V. PATANÈ, *La tutela della vittima nel procedimento di mediazione*, in *Giur. it.*, 2012, 2, 485; R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 101 ss.; G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir.*, Annali, X, 2017, 475

altre volte circoscritto a pochi istanti) in cui si colloca il reato, utilizzando *l'oblio attivo*, cioè la capacità di distaccarsi dal passato per attenuarne le conseguenze dannose. Si guarda alla vicenda complessiva in cui si inserisce il comportamento specificamente antiggiuridico (quello penalmente rilevante) nella sua realtà, nella sua durata<sup>11</sup>.

La pena retributiva segue un criterio di proporzionalità che si concretizza nella determinazione della sanzione ma le sue conseguenze ulteriori non sono prevedibili (neanche la sua estensione cronologica è compiutamente determinata perché possono sopravvenire benefici che la riducono o cumuli che la accrescono).

Invece, le procedure di mediazione penale mirano a produrre uno specifico risultato tangibile che ricomponga in qualche modo, sia dal punto di vista del reo che dal punto di vista della vittima, lo squilibrio relazionale provocato dal reato.

L'idea della *giustizia riparativa* valorizza una spiegazione del reato che non si limita alla valutazione di una scelta individuale illecita ma si estende alla considerazione delle condizioni (a volte semplici, spesso complesse) che la favoriscono.

Esistono variegata forme e diversi fattori (economici, politici, psicologici) di corresponsabilità sociale nella produzione dei reati e certamente sanzionare l'individuo risulta più semplice che controllare questi fattori. Allora risulta chiaro che la giustizia riparativa veicola idee diverse rispetto a quelle che reggono la concezione della pena come retribuzione proporzionata al fatto commesso e con finalità di castigo, ma questo non rende fra loro incompatibili le loro rispettive applicazioni.

La concezione corrente considera il reo per le sue condotte ma trascura i suoi sentimenti di colpa e quelli che la stessa persona offesa può, in varie forme (desiderio di vendetta, semplice rabbia o rancore, recriminazioni verso gli altri e verso noi stessi) provare per avere patito una condotta criminale.

La mediazione penale non trascura questi aspetti della realtà e considera la vittima anche come un destinatario degli effetti della incapacità dell'autore del reato di risolvere in modo positivo i suoi conflitti interni o con l'ambiente sociale. Mira a fare regredire la dimensione conflittuale del rapporto fra il reo e la vittima soprattutto attraverso la rivisitazione degli accadimenti, l'evoluzione delle rispettive posizioni e una *reinterpretazione* del fatto che non li trovi più soltanto come soggetti in contrasto.

Inoltre, anche per i maltrattamenti e per gli atti persecutori, in alcuni casi può risultare in concreto difficile accertare e valutare lo stato psichico della persona al momento in cui ha compiuto il fatto (difficoltà che conduce il diritto penale italiano a considerare in linea di principio irrilevanti gli stati emotivi e passionali e i loro andamenti), distinguere tra normalità e patologia.

La giustizia riparativa si adatta particolarmente a questo genere di situazioni perché considera la relazione fra la responsabilità individuale e la sanzione afflittiva come *eventuale* ma non *necessaria*. Infatti, dal punto di vista della giustizia riparativa (non anche del suo combinarsi con quella retributiva), il nucleo della responsabilità soggettiva sta nel dovere di rispondere alla persona offesa per ciò che si è compiuto a suo danno. La risposta può anche non essere immediata ma concludere un itinerario che si svolge in un tessuto di relazioni che supera la diade reo-vittima e si muove nell'ambito della triade reo-mediatore-vittima nel contesto del rapporto Stato-reo<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Inevitabile il richiamo al pensiero di HENRI-LOUIS BERGSON e al suo: *Essai sur less données immédiates de la conscience* (1889); trad.it. di F. Sossi, *Saggio sui dati immediati della coscienza*, in *Opere*, 1889-1896, Mondadori, 1986, 59-63]. Vale citare anche: R. RONCHI (a cura di). H BERGSON- W. JAMES, *Durata reale e flusso di coscienza. Lettere e altri scritti* (1902-1939), Raffaello Cortina, 2014.

<sup>12</sup> Se la pena retributiva non è più vista come unica forma di pena perché le si affianca la (eventuale) riparazione delle conseguenze del reato, allora occorre una cornice concettuale sovraordinata che ricomprenda sia la retribuzione che la riparazione, in un misto di afflizione e (eventuale) riparazione verso la collettività e/o le persone lese.

---

Questa cornice è offerta dalla pena prescrittiva (che però richiede ancora una compiuta elaborazione teorica) intesa come pena principale, all'interno della quale restrizioni personali variamente afflittive (dalle diverse forme di limitazione della libertà personale alla interdizione allo svolgimento di attività) e prescrizioni di condotte attive (anche riparatorie) possono variamente equilibrarsi secondo i tipi e la gravità dei reati, ma sempre in base a previsioni tassative nel necessario rispetto del principio di legalità delle pene e al fine di indirizzare e circoscrivere la discrezionalità dei giudici.

Una pena prescrittiva rapida – a conclusione di processi snelli nei quali siano comunque assicurate le garanzie procedurali essenziali – potrebbe risultare più efficace, con effetti personali e con impegno sociale meno drammatici, nel ridurre i rischi di recidiva, soprattutto nei casi di reati di lieve o media gravità, invece di una pena più estesa e posticipata nel tempo (quando le condizioni del soggetto e del suo contesto) potrebbero essere mutate (e risultare accresciuta o, all'inverso, ormai scemata la sua tendenza a delinquere) oppure la sua stessa attuabilità potrebbe evaporare per effetto della prescrizione del reato.

Peraltro, una pena siffatta (vicina nel tempo al reato contestato e contenuta nella sua durata) renderebbe meno nefasti gli effetti di sempre possibili errori o approssimazioni nel giudizio giudiziari.

Su questi temi M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, 236 ss.; L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, relazione introduttiva in: *Dalla giustizia sanzionatoria alla giustizia riparativa*. S.S.M.N. 14-16 luglio 2021, Castel Capuano.

# **CONTRIBUTO ALL'INCONTRO DI STUDIO DI AIPDP IN COLLABORAZIONE CON DIPLAP SULLA RIFORMA DEI REATI IN MATERIA DI FAMIGLIA**

*Paola Farinoni*

**Sommario:** 1. Definizione di maltrattamenti: alcuni spunti tratti dai dati statistici; 2. Il diritto penale della famiglia e la giustizia riparativa: la prospettiva nella l. 150/22 (riforma Cartabia); 3. Violazione degli obblighi di assistenza; 4. Inserimento dei reati in materia di famiglia e di formazioni sociali esistenziali nel catalogo dei reati previsti dalla normativa in tema di responsabilità amministrativa da reato degli enti.

## **1. Definizione di maltrattamenti: alcuni spunti tratti dai dati statistici**

Una organica riforma dei reati contro la famiglia pone complesse problematiche di ordine sistematico, definitorio, di individuazione dei beni giuridici protetti, delle quali i lavori del Gruppo di Studio sul progetto di riforma danno proficuamente conto.

Tra queste, le problematiche definitorie inerenti alla formulazione dell'art. 572 c.p. rivestono, a parere di chi scrive, particolare rilievo.

La attuale formulazione del reato di cui all'art. 572 c.p. affida l'intera portata definitoria della condotta al significato da attribuirsi al predicato "maltrattare", con una scelta legislativa da più parti criticata per la indeterminatezza e non univocità dell'espressione<sup>1</sup>. Sul punto i lavori del Gruppo di Studio registrano posizioni diametralmente opposte: talune<sup>2</sup> contrarie ad interventi innovativi riguardanti la descrizione della condotta illecita, ritenuta sufficientemente determinata dall'uso del termine "maltratta", che lascerebbe solo marginali ed ineliminabili spazi di discrezionalità, altre<sup>3</sup> volte invece a sottolineare la necessità di «cogliere l'occasione per meglio soddisfare le condivise istanze di tassatività e determinatezza, anche per ovviare al paradosso per il quale, ad oggi, la fattispecie di maltrattamenti di animali risulta assai più determinata di quella di cui all'art. 572 c.p.»<sup>4</sup>.

La questione non è meramente teorica.

Il tema della lacunosità e genericità del termine maltrattare utilizzato dalla norma è particolarmente delicato non solo per l'incidenza statistica di tale fattispecie rispetto ai reati contro la famiglia che formano oggetto di procedimenti penali, ma soprattutto per le caratteristiche di tale fattispecie, destinata, forse più di ogni altra, ad essere presa in considerazione in contesti diversi da quello penale ed in fasi in cui ancora l'ipotesi criminosa non è stata accertata con sentenza definitiva, ma è solo oggetto di indagine, o, prima ancora, frutto di una mera segnalazione da parte delle Forze di Polizia o di un privato.

Ci si riferisce innanzitutto al giudizio civile di separazione, con le connesse decisioni relative

---

<sup>1</sup> M. MAZZA, *Maltrattamenti ed abuso dei mezzi di correzione*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIX, 1990, 6; C. CASSANI, *La nuova disciplina dei maltrattamenti contro familiari e conviventi. Spunti di riflessione*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, 1 ss.

<sup>2</sup> A. MERLI, in *Riforma del codice in tema di famiglia e di formazioni sociali esistenziali – AIDP progetto di riforma del codice penale parte speciale*.

<sup>3</sup> A. ROIATI, *Note Minime in tema di modifiche all'art. 572 c.p.*, in *Riforma del codice in tema di famiglia e di formazioni sociali esistenziali – AIDP progetto di riforma del codice penale parte speciale*.

<sup>4</sup> L'art. 544 *ter* c.p. punisce "chiunque per crudeltà o senza ne ad un animale ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche".

ai rapporti dei genitori con i figli minori. A seguito dell'introduzione, per effetto della l. 19 luglio 2019 n. 69 (cosiddetto Codice Rosso) dell'art. 64 *bis* disposizioni di attuazione al c.p.p., devono infatti essere trasmesse al Giudice Civile, e dunque hanno ingresso in tale procedimento, non solo le sentenze emesse nei confronti di una delle parti per il reato, tra gli altri, di cui all'art. 572 c.p., ma anche copia delle ordinanze applicative di misure cautelari, così come degli avvisi di conclusione delle indagini preliminari oltre che provvedimenti di archiviazione. Alla Autorità Giudiziaria Minorile devono poi essere trasmesse ai sensi dell'art 609 *decies* c.p.<sup>5</sup> anche le mere notizie di reato aventi ad oggetto condotte qualificate come maltrattamenti.

A ciò si aggiunga come gli accertamenti svolti da Consulenti Tecnici d'Ufficio e le indagini psicosociali demandate Servizi Sociali dalla Magistratura Minorile o Civile nell'ambito dei giudizi di separazione e di affidamento di figli minori, registrano (e dunque non possono non tener conto) l'esistenza di eventuali denunce per maltrattamenti, benché non ancora oggetto di accertamenti, ma solo di notizia di reato.

Da qui l'importanza che si raggiunga una definizione di maltrattamento chiara, comprensibile e condivisa non solo in ambito penale, ma fruibile anche dagli operatori che a vario titolo di occupano del fenomeno.

Circa l'opportunità di una migliore definizione della fattispecie, alcune utili riflessioni possono trarsi dall'esame dei dati statistici relativi a tre diversi livelli in cui l'ipotesi di maltrattamento viene evocata: le richieste di aiuto pervenute al numero di emergenza antiviolenza, le denunce formalizzate e infine il numero delle richieste di archiviazione avanzate dal Pubblico Ministero in relazione a procedimenti pendenti per tale fattispecie.<sup>6</sup>

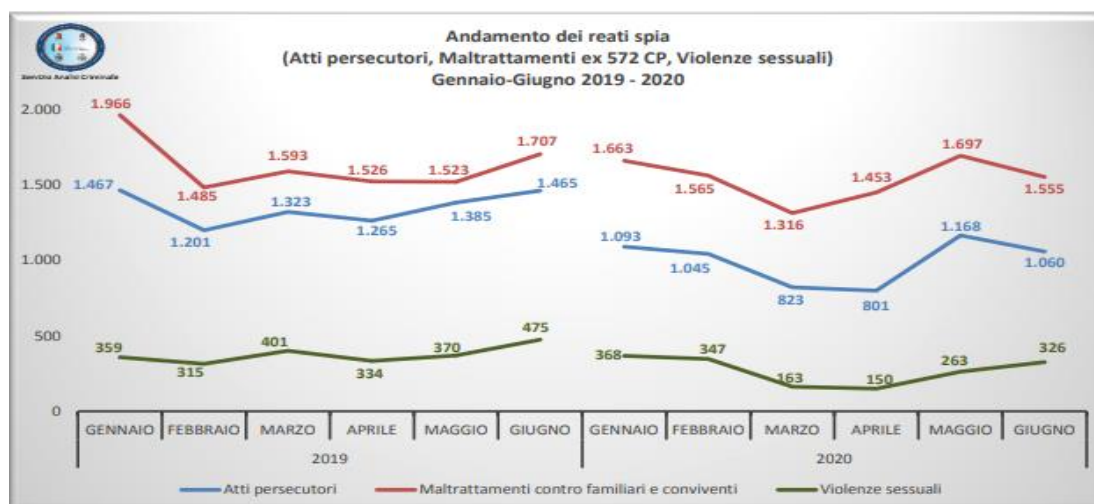
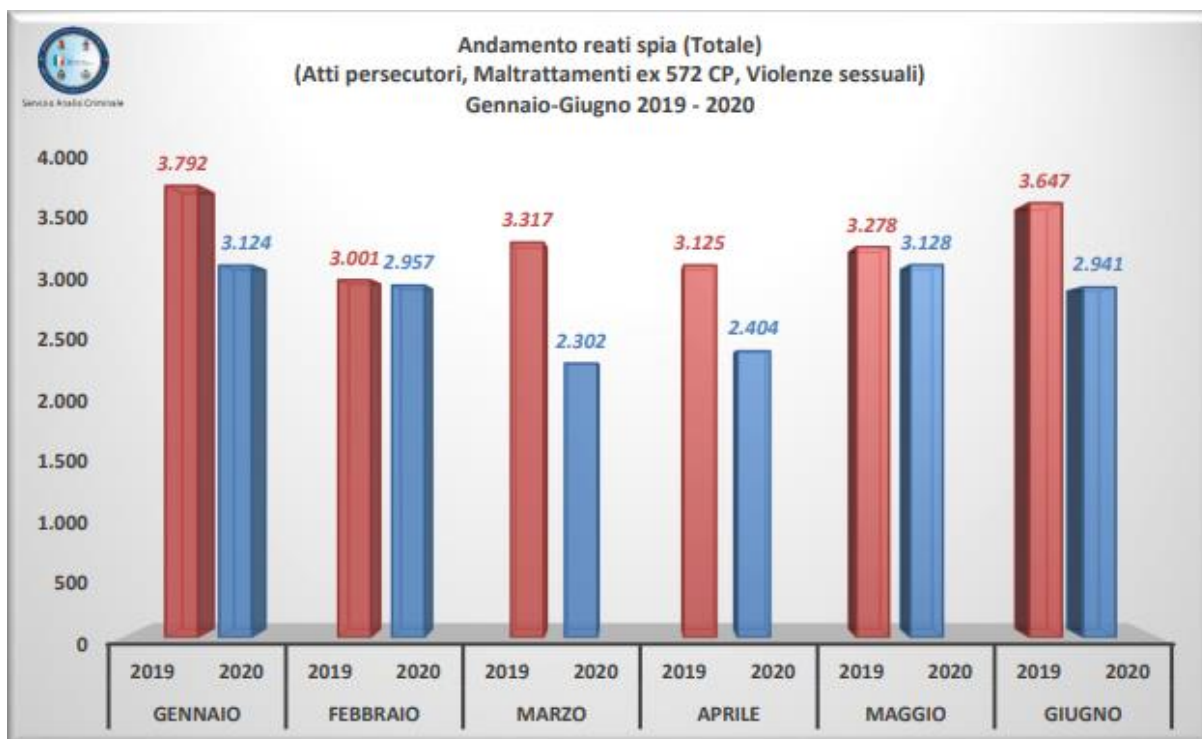
Senza voler condurre in questa sede uno specifico studio statistico sulle denunce per maltrattamento, né tanto meno sul fenomeno in generale, basti tuttavia considerare che, prendendo in esame i dati relativi al primo semestre del 2019 e all'analogo periodo del 2020, si rileva come, ad un significativo aumento del numero delle segnalazioni pervenute al numero 1522 emergenza antiviolenza e stalking<sup>7</sup> non corrisponda un analogo incremento del numero delle denunce, che anzi, risultano diminuite.

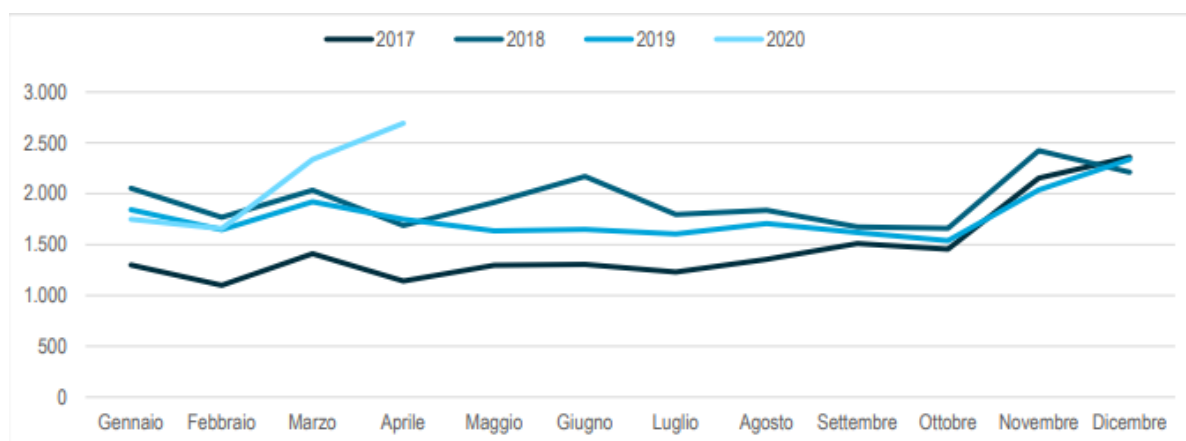
---

<sup>5</sup> La norma recita «quando si procede per uno dei reati [...]», il che comporta l'obbligo di trasmissione al momento dell'instaurarsi del procedimento penale cioè della iscrizione della notizia di reato.

<sup>6</sup> Dati raccolti ed elaborati dalla Direzione Centrale di Polizia Criminale, contenuti nel Report Ministero dell'Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione Centrale Polizia Criminale, *Un anno di Codice Rosso. Reati spia e femminicidi*, 25 novembre 2020 e presentati dalla Commissione Parlamentare di inchiesta sulla violenza di domestica e di genere con la *Relazione sui dati riguardanti la violenza di genere e domestica nel periodo di applicazione delle misure di contenimento per l'emergenza Covid – 19*, approvata il 1° luglio 2020. I dati raccolgono l'incidenza delle denunce per tre reati considerati “spia” del fenomeno della violenza domestica e di genere, e segnatamente il reato di violenza sessuale, quello di maltrattamenti e quello di atti persecutori. Nella relazione della Commissione parlamentare vengono inoltre riportati i dati relativi al numero di chiamate pervenute al numero verde 1522.

<sup>7</sup> Va sottolineato, al fine di valutare la tipologia di richieste di aiuto, come il servizio in questione, promosso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, dipartimento per le pari opportunità, sia pubblicizzato come numero antiviolenza e stalking.





Fonte: Dataset 1522 Dipartimento per le Pari Opportunità - PdCM

È evidente come tale dato sia certamente condizionato dalla situazione di emergenza sanitaria, con conseguenti restrizioni alla libertà di movimento, che ha caratterizzato la primavera del 2020, per cui l'aumento delle richieste di aiuto correlato alla diminuzione delle denunce trova certamente principale spiegazione nella difficoltà per le persone vittime di reati intra-familiari di recarsi presso la Autorità Giudiziaria per sporgere denuncia<sup>8</sup> e nel più agevole ricorso allo strumento della telefonata al numero di emergenza.

E tuttavia, le restrizioni alla libertà circolazione non sono sufficienti a spiegare tali valori, sia perché analoga discrasia tra numero delle segnalazioni e numero delle denunce si registra anche negli anni precedenti, sia, soprattutto, perché tale dato merita di essere letto anche alla luce dell'ulteriore elemento rappresentato dalla percentuale di richieste di archiviazione formulate dal Pubblico Ministero in relazione al reato di maltrattamenti<sup>9</sup>.

Se si osservano i dati Istat circa il numero di richieste di archiviazione formulate dal Pubblico Ministero in un anno, rispetto ai procedimenti incardinati relativamente a tale fattispecie, si noterà come la percentuale si assesti intorno al 57 %.

<sup>8</sup> Anche se va detto come gli uffici delle forze dell'ordine siano sempre rimasti aperti al pubblico e come con l'attenuarsi delle limitazioni alla circolazione, le denunce non abbiano comunque raggiunto i livelli pre-pandemia.

<sup>9</sup> Il dato è tratto da Istat – procedimenti penali e si riferisce all'anno 2017, in quanto ultimo anno messo a disposizione dall'Istituto di Statistica.



Procedimenti e reati al momento della decisione del PM - adulti <sup>i</sup> : *Procedimenti in totale, dettaglio reati, tipo di decisione*

Personalizza Esporta La tua interrogazione

2017												
Tipo di decisione	archiviazione	archiviazione				inizio azione penale	inizio azione penale					totale noti
	Richiesta di archiviazione nel merito (irrelevanza penale, tenuità del fatto, fatto non previsto, infondatezza della notizia)	mancanza di condizioni	prescrizione	altri motivi di archiviazione	citazione a giudizio		giudizio direttissimo	decreto penale	rinvio a giudizio (udienza preliminare)	rito alternativo		
Tipo di reato												
maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli	13 064	6 755	5 096	220	993	9 843	329	261	69	6 600	2 584	22 907


dato assai lontano da quello relativo ad altre fattispecie (quali ad esempio la rapina), in cui la percentuale di richieste di archiviazione è del 23, 23 %,

Procedimenti e reati al momento della decisione del PM - adulti <sup>i</sup> : *Procedimenti in totale, dettaglio reati, tipo di decisione*

Personalizza Esporta La tua interrogazione

2017												
Tipo di decisione	archiviazione	archiviazione				inizio azione penale	inizio azione penale					totale noti
	Richiesta di archiviazione nel merito (irrelevanza penale, tenuità del fatto, fatto non previsto, infondatezza della notizia)	mancanza di condizioni	prescrizione	altri motivi di archiviazione	citazione a giudizio		giudizio direttissimo	decreto penale	rinvio a giudizio (udienza preliminare)	rito alternativo		
Tipo di reato												
rapina	2 818	1 315	1 232	68	203	9 313	85	1 599	6	4 267	3 356	12 131
rapina tentata	408	179	180	15	34	2 374	18	572	6	974	804	2 782

e molto più vicino ad altre ipotesi pure affette da seri problemi di indeterminazione, quali l'abuso d'ufficio, che, anzi, presenta una percentuale superiore (89,47%).



Clicca qui per il login | FAQs e Contatti | Manuale utente | Home  
English | Italiano

[Per iniziare](#)

Procedimenti e reati al momento della decisione del PM - adulti <sup>0</sup> : *Procedimenti in totale, dettaglio reati, tipo di decisione*

Personalizza | Esporta | La tua interrogazione

Totale procedimenti dal punto di vista del reato <sup>0</sup>													
Territorio		Italia											
Identità autore nota		si											
Selezione periodo		2017											
Tipo di decisione	archiviazione	archiviazione				inizio azione penale	inizio azione penale					totale noti	
		Richiesta di archiviazione nel merito (irrelevanza penale, tenuità del fatto, fatto non previsto, infondatezza della notizia)	manca di condizioni	prescrizione	altri motivi di archiviazione		citazione a giudizio	giudizio direttissimo	decreto penale	rinvio a giudizio (udienza preliminare)	rito alternativo		
Tipo di reato													
abuso di ufficio in casi non previsti specificamente dalla legge		5 889	3 603	1 715	345	226	693	27	..	5	641	20	6 582

Non pare dunque troppo azzardato rilevare una correlazione tra maggiore indeterminazione della norma e decisione del Pubblico Ministero di non esercitare l'azione penale.

Complessivamente, dunque, i dati restituiscono il quadro di una rilevante differenza tra il numero delle richieste di aiuto, che raccoglie in concreto, nella categoria del maltrattamento, disagi, insofferenze, conflitti di varia natura ed intensità, le successive denunce e la ancora successiva formulazione dell'imputazione. Pur senza sottovalutare i noti problemi relativi al cosiddetto numero oscuro in tema di maltrattamenti in famiglia, cioè i casi di violenza domestica che non vengono denunciati, né sottacere il rischio di uso strumentale della denuncia in contesti spesso connotati dalla degenerazione di rapporti affettivi, deve far riflettere la circostanza che molte delle condotte e degli episodi qualificati come maltrattamenti dalle vittime, ma anche dalle Forze dell'Ordine e dagli operatori delle agenzie operanti sul territorio e competenti in ambito sociale (servizi sociali, scuola ecc.) saranno in seguito oggetto di richiesta di archiviazione.

Pare cioè potersi registrare una significativa distanza tra le condotte che vengono segnalate e ciò che il Legislatore intende punire: la fattispecie, tipicamente a forma libera, sembrerebbe cioè essere invocata anche in ipotesi del tutto ultronee rispetto alla fattispecie tipica, in cui difettano completamente gli elementi costitutivi del reato. Il che riporta al tema della indeterminazione della norma e dunque alla difficoltà di indicare preventivamente, con determinatezza e tassatività, le condotte da sussumere nella fattispecie.

Sul punto, nelle relazioni del Gruppo di Lavoro si è giustamente evidenziato come la Giurisprudenza di legittimità abbia consolidato nel tempo orientamenti chiari e costanti che garantiscono, in sede di accertamento processuale del reato, una certa uniformità di interpretazione. È tuttavia altrettanto vero che, al di là della funzione nomofilattica della Cassazione, resta il principio di determinatezza della norma, che deve garantire prima di tutto al cittadino un precetto chiaro.

Il progetto di riforma si confronta dunque con l'esigenza di fornire una redazione più adeguata della norma, prospettando alcune opzioni: mantenere il termine maltrattare con l'aggiunta di un comma che fornisca una più dettagliata definizione del verbo mediante

l'utilizzo delle interpretazioni ad esso fornite dalla Cassazione<sup>10</sup>, ovvero, sempre mantenendo il termine maltrattare, precisarne le caratteristiche di reato abituale, mediante il riferimento alla reiterazione della condotta<sup>11</sup>.

L'opzione di introdurre una descrizione più dettagliata delle condotte di maltrattamento espone, a parere di chi scrive, al rischio di fornire una elencazione incompleta, tanto più per una fattispecie che è, e non può che rimanere, a forma libera. Le forme di maltrattamento che negli anni non solo la dottrina giuridica, ma anche quella criminologica, hanno riconosciuto sono infatti troppo varie per essere elencate. Si consideri, per fare riferimento a quelle più inconsuete, alla cosiddetta Sindrome di Munchausen, ovvero sia quella forma di eccessivo accudimento che può generare sofferenza e danni alla vittima. In proposito la Giurisprudenza di legittimità<sup>12</sup> ha chiarito come la condotta di maltrattamento possa essere caratterizzata sia da «condotte che si qualificano per una chiara connotazione negativa, talora violenta, talora subdolamente mortificante o ingiustificatamente punitiva, ma sempre e comunque negativa, ma anche da atteggiamenti iperprotettivi, qualificabili come eccesso di accudienza, di protezione, di cura».

Ed ancora si consideri alcune forme di maltrattamento psicologico, pure riconosciute dalla Giurisprudenza<sup>13</sup>, che ha individuato tra le condotte rilevanti, non solo gli insulti e le umiliazioni, ma anche la ostentazione dei tradimenti nei confronti della moglie, «atteso che detta condotta genera nel soggetto passivo una situazione di abituale sofferenza morale e fisica, tale da rendere penosa l'esistenza».

O ancora quelle condotte omissive che la Giurisprudenza<sup>14</sup> ha riconosciuto come forme di maltrattamento e non di concorso omissivo in altri reati, quali per esempio, la «condotta di passiva condiscendenza rispetto alle condotte del figlio maschio ai danni della sorella» contestata al genitore che «ometta di intervenire lasciando che la figlia continui a subire violenze sessuali da parte del fratello».

Sicuramente più efficace, al fine di evitare che condotte eterogenee ed anche estemporanee vengano qualificate come maltrattamenti, pare l'ipotesi di introdurre elementi qualificanti la condotta in termini di reiterazione ed abitualità.

E tuttavia, proprio la disamina delle numerose pronunce della Cassazione convince circa il fatto che il criterio della reiterazione non rilevi in sé, ma come elemento idoneo a determinare una particolare condizione che la Giurisprudenza variamente definisce come “penose condizioni di vita”, “regime di vita intollerabile” e come dunque l'elemento caratterizzante la fattispecie non riguardi le modalità delle condotte in sé, ma le conseguenze delle stesse.

È vero che la Suprema Corte<sup>15</sup> ha chiarito come i comportamenti che integrano il reato di maltrattamenti (che la stessa Corte individua non solo in atti di violenza fisica, ma anche in atti di disprezzo e offesa della dignità) «acquistano rilevanza penale per effetto della loro reiterazione nel tempo», ma ha anche precisato che “si deve trattare di comportamenti idonei ad imporre alla persona offesa un regime di vita vessatorio, mortificante e insostenibile».

Gli atti vessatori (che potrebbero anche essere rappresentati da condotte di per sé non riconducibili e fattispecie tipiche) acquistano rilevanza penale in quanto «siano in grado di realizzare quello stato di umiliazione ed abituale prostrazione della vittima che tipicamente contraddistingue la nozione stessa di maltrattamenti in famiglia<sup>16</sup>».

---

<sup>10</sup> S. LARIZZA, *Piattaforma provvisoria per la riformulazione dell'art. 572 c.p.*, in *Riforma del codice in tema di famiglia e di formazioni sociali esistenziali – AIDP progetto di riforma del codice penale parte speciale*.

<sup>11</sup> A. SPENA, *Osservazioni su una possibile riforma dell'art. 572 a partire dalla piattaforma provvisoria elaborata da Silvia Larizza*; in *Riforma del codice in tema di famiglia e di formazioni sociali esistenziali – AIDP progetto di riforma del codice penale parte speciale*.

<sup>12</sup> Cass. pen., Sez. VI, 23 settembre 2011 n. 36503.

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. IV, 14 luglio 2009, n. 38125.

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 35924.

<sup>15</sup> Cass. pen., Sez., VI, 9 aprile 2021 n. 18316.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez., VI, 30 giugno 2021, n. 29190.

La capacità di condotte genericamente vessatorie di realizzare, cioè di essere causalmente efficaci, una condizione della vittima di volta in volta indicata come stato di sofferenza e soggezione, o condizione di vita vessatorio e mortificante, impone, a parere di chi scrive, una riflessione circa la opportunità di ricomprendere tale effetto nella fattispecie tipica. Tanto che la Giurisprudenza più recente, nel ritenere sufficiente anche la reiterazione delle condotte in un arco di tempo limitato, ha chiarito come «ciò che rileva è l'effetto di vessazione sulla vittima, che viene posta in grave soggezione di fronte alla figura maltrattante»<sup>17</sup>.

In sintesi, la costante delle pronunce giurisprudenziali pare rappresentata dal fatto che le condotte abbiano determinato delle conseguenze nella vita della persona offesa, conseguenze di volta in volta indicate, attraverso diverse sfumature lessicali, con le espressioni “penose condizioni di vita”, “regime di vita intollerabile”; “rendere doloroso la convivenza”. Il che, come si è detto, deve portare a riflettere circa l'individuazione di un evento tipico quale elemento costitutivo del reato.

E d'altra parte, che le conseguenze delle condotte a forma libera siano l'elemento caratterizzante il reato è confermato dalla Giurisprudenza in tema di concorso tra reato di maltrattamenti e quello di violenza sessuale. La Cassazione<sup>18</sup> ha infatti chiarito che le due norme possono concorrere quando la reiterazione delle condotte di abuso sessuale ha cagionato quelle sofferenze psichiche che rendono particolarmente penosa la vita in quel nucleo familiare.

Né convince l'obiezione secondo cui ancorare la configurabilità del reato di maltrattamenti al realizzarsi di un evento che incide sulle condizioni di vita della vittima rappresenterebbe tecnica legislativa ancora meno efficace della attuale, essendo ricollegata ad un elemento costitutivo (l'evento) dai contorni ancora più evanescenti di quanto non sia la condotta individuata con il predicato “maltrattare”. La tecnica legislativa che individua l'evento del reato in stati d'animo o modificazioni del regime di vita, in verità, non è nuova. Si pensi alla fattispecie di cui all'art. 612 *bis* c.p., che fa derivare la consumazione del reato dalla realizzazione di uno stato psichico tutto interiore alla vittima (quale il grave e perdurante stato di ansia) o dalla alterazione delle abitudini di vita, e non certo dalla elencazione di tutte le singole condotte che potrebbero integrare il predicato “molestare”.

Se dunque la sussistenza del reato di atti persecutori è integrata non già dal compimento di condotte determinate, bensì dalla loro idoneità a cagionare (*rectius* dal concreto cagionamento) uno dei tre eventi, alternativi, previsti dalla norma, altrettanto ben potrebbe il reato di maltrattamenti ritenersi consumato con la inflizione alla vittima di penosissime condizioni di vita, ovvero di un regime di vita doloroso, degradante, intollerabile.

A tali considerazioni inerenti la efficacia della tecnica legislativa, se ne devono aggiungere altre, forse oggi impopolari, ma fondate su molte delle considerazioni svolte al momento della disamina dei dati: alla giusta preoccupazione di approntare un sistema di efficace contrasto al fenomeno della violenza domestica, deve affiancarsi la altrettanto opportuna preoccupazione di evitare il rischio (altissimo in materia) di strumentalizzazione delle denunce aventi ad oggetto episodi di violenza domestica.

L'attuale formulazione della norma, affidata esclusivamente al significato da attribuirsi al termine “maltrattare” espone al rischio che ogni conflitto, e persino ogni aggressione, specie tra partner, sia qualificato, per lo meno in una fase iniziale del procedimento, come maltrattamento.

Se è vero che una più adeguata definizione della norma non potrà impedire denunce infondate o strumentali o qualificazioni giuridiche provvisorie errate, è altrettanto vero che proprio una maggiore attenzione ai confini della norma potrebbe consentire, insieme ovviamente ad efficaci strumenti di indagine e di presa in carico, di selezionare le segnalazioni e di garantire dunque un più efficace intervento.

---

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. VI, 20 aprile 2021 n. 24462.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. III, 12 novembre 2008 n. 46375.

## **2. Il diritto penale della famiglia e la giustizia riparativa: la prospettiva nella l. 150/22 (riforma Cartabia)**

La peculiarità dei reati in ambito familiare è che essi sono spesso generati da un conflitto che nel tempo viene gestito e, talvolta, risolto, in altre sedi.

Il procedimento penale rappresenta sovente lo strascico doloroso di vicende concluse: separazioni definite, rapporti con i figli disciplinati. E tuttavia il ricorso a percorsi di mediazione in casi di violenza domestica e maltrattamenti, è stato finora precluso, stante la precisa statuizione della Convenzione di Istanbul sulla violenza domestica e di genere, che vieta (art. 48) «il ricorso obbligatorio ai metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, tra cui la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione». E ciò sul presupposto che il ricorso ai precorsi di mediazione presupponga una situazione di equilibrio tra le parti, ontologicamente incompatibile con le ipotesi di maltrattamento.

La riforma introdotta con la legge 150/22 in materia di efficienza del processo penale, nonché di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, avrebbe potuto rappresentare una occasione per aprire alla possibilità di un approccio “riparatorio”, nel senso fortemente voluto dalla Riforma, anche per questa categoria di reati.

E ciò in quanto i percorsi di giustizia riparativa introdotti dalla riforma dovrebbero prevedere programmi idonei a prendere in carico qualsivoglia tipologia di reato, stante la espressa precisazione circa la applicabilità dell’istituto a qualsiasi fattispecie di reato, indipendentemente dalla sua gravità, riconoscendo le doverose cautele per l’accesso della vittima ai programmi stessi. Senza che il prerequisito di una preventiva “parità” tra le parti espunga una importante porzione di reati dai potenziali effetti deflattivi ma soprattutto di ricucitura dei legami sociali e familiari che la giustizia riparativa si propone di ottenere.

Non vi è dubbio, infatti, che la legge sia fortemente improntata a veder riconosciuto nel nostro ordinamento un ruolo fondamentale, finanche decisivo per le sorti del sistema, alla giustizia riparativa.

Non è questa la sede per approfondire il vasto tema della giustizia riparativa, dalle sue fonti internazionali ai timidi e disorganici tentativi già compiuti dal Legislatore di introdurre nel nostro ordinamento istituti che ad essa si ispirano. È un dato però che la legge-delega, nell’indicare la giustizia riparativa quale utile strumento di definizione alternativa dei procedimenti penali, «senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità»<sup>19</sup> avesse in sé la potenzialità di realizzare una vera e propria rivoluzione copernicana nell’ambito del procedimento penale, che metta al centro del procedimento stesso non il reo o la vittima, ma il rapporto tra reo e vittima. E ciò sul presupposto che l’offesa prodotta dal reato non coincida con il danno, ma piuttosto con la lacerazione del rapporto tra vittima e reo.

La relazione al Parlamento della Ministra Cartabia pone l’accento sugli «esiti fecondi che la giustizia riparativa può determinare sul procedimento penale, per la capacità di farsi carico delle conseguenze negative prodotte dal fatto di reato, nell’intento di promuovere la rigenerazione dei legami a partire dalle lacerazioni sociali e relazionali che l’illecito ha originato»<sup>20</sup>.

Su tali presupposti, ci si sarebbe attesi, dalla riforma stessa, ampi spazi di applicazione del nuovo strumento dei programmi di giustizia riparativa proprio in quell’ambito, quale quello dei reati commessi nel contesto familiare o delle formazioni esistenziali, in cui è più evidente come il reato sia talvolta conseguenza e sempre causa di profonde lacerazioni relazionali, per usare il termine utilizzato dal Ministro, e comunque più profonda sarebbe l’esigenza di rigenerare i legami che il reato ha distrutto.

<sup>19</sup> L. 134/21 art. 1 comma 18 lett. c.

<sup>20</sup> M. CARTABIA, *Linee programmatiche sulla giustizia*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 14 marzo 2021, 15.

La disamina dell'articolato normativo non consente tuttavia di nutrire ottimismo circa la possibilità di raggiungere tale risultato.

Alla chiarissima disposizione (art. 44) secondo cui «I programmi di giustizia riparativa disciplinati dal presente decreto sono accessibili senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità», non sono tuttavia seguite modifiche delle norme sostanziali e procedurali che avrebbero consentito una reale efficacia di tale principio. Innanzitutto, la giusta e da tempo auspicata estensione del regime di procedibilità a querela di parte per reati meno gravi, che costituirebbe strumento primario per raggiungere componimenti dei conflitti che dispieghino i loro effetti sul procedimento penale, doveva essere limitata, secondo il testo della Delega<sup>21</sup> «a ulteriori specifici reati contro la persona o contro il patrimonio nell'ambito di quelli puniti con pena edittale detentiva non superiore nel minimo a due anni». Tale previsione precludeva dunque di estendere il regime di perseguibilità non solo al reato di maltrattamenti, in ragione del superamento del limite di pena, ma anche, per esempio, alle fattispecie previste dagli artt. 570 *bis*, 571, art. 574 *bis* c.p., tutti rientranti, allo stato, tra i reati contro la famiglia, come infatti realizzato dagli artt. 2 e 3 della legge delegata che non contemplano alcuno dei reati contro la famiglia tra quelli attinti da modifiche del regime di procedibilità.

Analogamente non può trovare applicazione la altrettanto auspicata estensione della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 *bis* c.p.). Ed infatti il comma 21 dell'art. 1 della legge-delega, nell'ampliare l'ambito di applicazione della disciplina dell'art. 131 *bis* c.p., già escludeva espressamente i reati riconducibili alla categoria della violenza domestica di cui alla Convenzione di Istanbul<sup>22</sup>. La nuova formulazione dell'art. 131 *bis* c.p. raggiunge tale scopo da un lato prevedendo la non applicabilità dell'istituto a reati puniti con minimo edittale superiore ai due anni, dall'altro elencando una serie di preclusioni oggettive, tra cui, oltre ai reati di natura sessuale, le lesioni commesse in occasione della commissione di maltrattamenti. Con la conseguenza che la causa di esclusione della punibilità potrebbe trovare applicazione solo per quelle, marginali, fattispecie, con minimo edittale inferiore ai due anni e non ricomprese nell'ampliato elenco delle preclusioni oggettive.

Infine, neppure l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova potrà trovare una opportuna ed adeguata estensione alla materia del diritto penale della famiglia. Ed infatti, mentre la legge delega stabiliva un limite di pena<sup>23</sup> che non avrebbe consentito l'applicazione al reato di maltrattamenti, oggi punito, a seguito della modifica introdotta con la L. 69/19, con pena edittale massima di sette anni, la scelta del legislatore delegato è stata quella di lasciare immutato il riferimento contenuto nell'art. 168 *bis* c.p. ai limiti oggettivi e di realizzare l'ampliamento dei reati per i quali è applicabile la messa alla prova mediante il richiamo "mobile" al riformato art. 550 c. 2 c.p.p. nel quale sono stati inseriti, quali ipotesi di citazione diretta a giudizio, diversi reati puniti con pena massima superiore a 4 anni e non superiore a 6. Il limite di pena preclude dunque la applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova, e dei connessi percorsi risocializzanti e riparatori da parte dell'autore, per il reato di maltrattamenti.

Il quadro così delineato denota dunque, a parere di chi scrive, la evidente contraddittorietà dell'atteggiamento del Legislatore, che da un lato manifesta profonda fiducia sulle potenzialità

---

<sup>21</sup> L. 134/21 art. 1 comma 15 lett. b.

<sup>22</sup> I criteri direttivi indicati dalla riforma saranno applicabili a «reati diversi da quelli riconducibili alla convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, ratificata ai sensi della legge 27 giugno 2013 n. 77».

<sup>23</sup> Art. 1 comma 22: «nell'esercizio della delega di cui al comma 1, i decreti legislativi recanti modifiche al codice penale in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) estendere l'ambito di applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato oltre ai casi previsti dall'art. 550 comma 2 c.p.p., a ulteriori specifici reati puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a 6 anni che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori da parte dell'autore, compatibili con l'istituto».

della giustizia riparativa non solo quale strumento deflattivo del sistema penale, ma anche di effettiva rimeditazione del fatto da parte dell'autore, insieme alla vittima, e, in definitiva, di risposta all'interesse della vittima, dell'autore e dell'intera comunità. Dall'altro, tuttavia, dimostra di rimanere ispirato al principio di politica criminale secondo cui l'inasprimento delle pene e la proliferazione delle fattispecie penalmente rilevanti siano gli unici strumenti idonei a contrastare la violenza domestica.

Un intervento riformatore della materia dovrebbe, a parere di chi scrive, operare quelle modifiche alle norme in esame (dalla collocazione sistematica, al regime di perseguibilità, al regime sanzionatorio) che consentano di far rientrare i reati contro la famiglia tra il novero dei reati per i quali sono applicabili i previsti percorsi di giustizia riparativa: nessun ambito del diritto penale è maggiormente sensibile e suscettibile di portare i risultati fecondi della giustizia riparativa quanto quello dei reati nella famiglia o nelle formazioni esistenziali, in cui non solo il rapporto tra vittima e autore era preesistente rispetto al reato, ma ha esercitato un peso sulla criminogenesi.

### **3. Violazione degli obblighi di assistenza**

Con riferimento agli obblighi di assistenza morale, se è vero che la Giurisprudenza ha visto scarsa applicazione di tale ipotesi, è altrettanto vero che la proposta di introdurre nella norma la specificazione "materiale" escluderebbe alcune ipotesi di sottrazione agli obblighi di assistenza, peraltro emerse in particolare durante il periodo di restrizioni agli spostamenti e alle frequentazioni dovute alla emergenza sanitaria.

Si consideri per esempio l'ipotesi di malati gravi, lasciati dal familiare convivente presso la propria abitazione, sia pure con la costante assistenza di personale infermieristico. O ancora quelle di minori collocati per mesi presso i nonni.

Si tratta di ipotesi che non integrano gli estremi del reato di abbandono di minore o incapace, atteso che i minori o gli incapaci non sono stati materialmente abbandonati e dunque non sono mai stati esposti al pericolo per la propria incolumità, ma d'altro canto sono stati certamente privati della assistenza morale che coniuge, convivente, genitore o figlio debbono assicurare al congiunto.

Con riferimento agli obblighi di assistenza materiale, disciplinati dagli art. 570 e 570 *bis* c.p., entrambe le fattispecie rappresentano nella prassi strumenti di tutela rafforzata di obblighi di natura civilistica.

Tale considerazione dovrebbe indurre a ripensare il regime di procedibilità, che, allo stato, prevede la querela solo per le ipotesi, non certo maggioritarie, di violazione degli obblighi di assistenza nei confronti di coniuge o convivente o figlio maggiorenne.

Viceversa, non solo l'ipotesi di cui l'art. 570 c.p. comma 2 n 2, ma anche quella prevista dall'art. 570 *bis* c.p. sono pacificamente perseguibili d'ufficio<sup>24</sup> e tali permangono anche a seguito della riforma Cartabia. Ciò implica che, anche a fronte dell'integrale soddisfacimento delle richieste di assistenza materiale o al versamento integrale dell'assegno di mantenimento, non è mai comunque possibile addivenire ad una remissione di querela, né ricorrere alla estinzione per condotte riparatorie (art. 162 *ter* c.p.).

A fronte di ciò, l'invito ad incentivare le condotte riparatorie rischia di restare lettera morta, ove esse non possano concretamente condurre ad una definizione del procedimento vantaggiosa per entrambe le parti oltre che economica per l'ordinamento ed equa per la collettività.

Ed infatti, gli strumenti attualmente disponibili che potrebbero incentivare condotte riparatorie sono rappresentati (a parte il riconoscimento delle attenuanti generiche o di quella

---

<sup>24</sup> Cass. pen., sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 7277.

specifica del risarcimento del danno) dagli artt. 165 e 168 *bis* c.p., entrambi tutt'altro che efficaci in termini di economia processuale. Infatti, mentre il primo, che consente al Giudice di subordinare la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno, può trovare applicazione solo con la sentenza e dunque all'esito del processo, il secondo, che prevede l'estinzione del reato per esito positivo di un percorso di messa alla prova che potrebbe ("ove possibile", secondo l'espressione usata dalla norma) comprendere le restituzioni o il risarcimento del danno, può essere applicato in un momento antecedente, ma mettendo in campo risorse complesse e coinvolgendo operatori vari.

Ma se l'obiettivo è di conseguire l'estinzione del reato o della pena a fronte della integrale soddisfazione dei crediti alimentari della vittima, ciò potrebbe più agevolmente ed economicamente essere raggiunto per altra via.

Ci si riferisce alla possibilità di prevedere una ipotesi di non punibilità per chi abbia soddisfatto integralmente, prima del dibattimento, le somme dovute, sulla falsa riga di quanto già efficacemente previsto ed attuato in tema di reati fiscali ed in particolare dall'art. 13 comma 1 del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74, che prevede che «I reati di cui agli articoli 10 *bis*, 10-ter e 10-*quater*, comma 1, non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso ».

Tale strumento ben potrebbe essere applicato all'art. 570 *bis* c.p., atteso che tale norma, contrariamente all'art. 570 c.p., punisce l'omesso versamento di somme già determinate in sede civile, che dunque non necessitano di alcun accertamento in sede penale e dal cui esatto versamento prima dell'inizio del dibattimento ben potrebbe farsi derivare la non punibilità dell'autore: se l'art. 570 *bis* c.p. è lo strumento per assicurare, con la minaccia della sanzione penale, l'adempimento degli obblighi di mantenimento già determinati dal giudice civile, quale migliore meccanismo che la non punibilità a fronte dell'adempimento?

Pertanto, ove si ritenesse di mantenere il regime di procedibilità d'ufficio dell'art. 570 *bis* c.p., l'inserimento della causa di non punibilità potrebbe consentire di incentivare concretamente ed efficacemente quelle condotte riparatorie che, in regime di procedibilità d'ufficio, rimarrebbero poco incentivanti per l'autore del reato (sul quale spesso è difficile eseguire coattivamente le decisioni del giudice civile) e poco utili per la vittima e per il sistema.

#### **4. Inserimento dei reati in materia di famiglia e di formazioni sociali esistenziali nel catalogo dei reati previsti dalla normativa in tema di responsabilità amministrativa da reato degli enti**

Il progetto di riforma di cui si discute propone l'inserimento nel d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 di un articolo intitolato "reati in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali", che preveda la applicazione di sanzioni pecuniarie ed interdittive a carico dell'ente in caso di condanna di soggetti apicali (o da questi delegati) per i delitti di maltrattamento, nelle sue varie declinazioni, di cui al progetto di riforma stesso, di soppressione di stato, alterazione di stato e occultamento dell'identità genetica, oltre che di violazione degli obblighi di assistenza, di mancata esecuzione dolosa di provvedimento del giudice in materia di rapporti familiari o concernenti formazioni sociali esistenziali, malversazione e dilapidazione e supposizione di stato.

Per valutare la opportunità di tale inserimento, occorre svolgere alcune considerazioni.

Prima di tutto uno sguardo deve essere rivolto con la *ratio* della normativa circa la responsabilità degli enti, volta ad evitare che, per reati commessi nell'interesse o a vantaggio di un ente, sia chiamata a rispondere unicamente la persona fisica che li ha commessi, benché i



vantaggi derivanti dal reato medesimo siano da ricondursi alla persona giuridica.

Negli oltre 20 anni di vigore della norma, il cosiddetto catalogo dei reati previsto dal d.lgs. 231/01 è lievitato in modo imponente, passando dalle originarie fattispecie (truffa ai danni dello Stato, peculato, corruzione e pochi altri) alle attuali decine di fattispecie. Se per la maggior parte dei reati l'inserimento risponde ad una effettiva esigenza coerente alla ratio della norma (si pensi al recente inserimento dei reati tributari e di contrabbando), alcuni suscitano qualche perplessità (si pensi alla mutilazione degli organi genitali femminili)

Certamente i reati tipicamente generantisi all'interno della famiglia o delle formazioni sociali esistenziali più difficilmente paiono in grado di arrecare un vantaggio o quanto meno un interesse in capo all'ente cui la persona fisica autore del reato è legata da rapporto organico.

La norma prevede infatti all'art. 5 che l'ente sia responsabile solo per i reati commessi nel suo interesse e a suo vantaggio e l'art. 13 limita le sanzioni interdittive alle ipotesi in cui l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che possano essere inseriti nel catalogo dei reati da cui scaturisca una responsabilità dell'ente solo quei reati che, anche a seguito dell'intervento riformatore di cui si discute, possano realizzarsi in un contesto collettivo che non sia la famiglia (ente assistenziale, comunità ecc.) e che debbano rimanerne escluse quelle fattispecie in relazione alle quali non è configurabile un vantaggio in capo ad un ente o associazione, quali: il maltrattamento contro familiari o conviventi; la violazione degli obblighi di assistenza; la mancata esecuzione di provvedimento del giudice in materia di rapporti familiari e o concernenti formazioni sociali esistenziali, la malversazione e dilapidazione.



# TUTELA DELLA PERSONA NELL'AMBITO DELLE RELAZIONI FAMILIARI. PROSPETTIVE DI RIFORMA DEI DELITTI CONTRO LA FAMIGLIA \*

*Lara Ferla*

**Sommario:** 1. Introduzione; 2. Il ruolo del legislatore e i recenti interventi a tutela dei nuovi modelli familiari; 3. L'ampliamento della nozione di famiglia e la categoria dei "prossimi congiunti": implicazioni sistematiche; 3.1. (segue) Le implicazioni politico-criminali dell'ampliamento della categoria di prossimi congiunti; 3.2. (segue) Il riferimento ai prossimi congiunti nell'art. 649 c.p. e le prospettive di riforma della procedibilità per i delitti contro il patrimonio commessi in ambito familiare; 3.2.1. (segue) La non punibilità del minore autore di delitti contro il patrimonio in ambito familiare; 4. Il ruolo assegnato alla pena accessoria. Esercizio della responsabilità genitoriale e interesse del minore; 4.1. (segue) Per una valorizzazione dell'interesse del minore attraverso un coordinamento di strumenti e di competenze.

## 1. Introduzione

Da tempo la dottrina penalistica evidenzia la necessità, per la materia dei delitti contro la famiglia, di un intervento di rinnovamento, di una riforma che esprima una rivalutazione di questo ambito secondo un criterio di priorità della tutela della persona e dei suoi diritti, attribuendo, nel contempo, rilevanza alle "nuove famiglie" e alle esigenze di riconoscimento che le stesse esprimono<sup>1</sup>. Com'è stato evidenziato nella Relazione accompagnatoria al progetto di riforma dei reati contro la famiglia di cui si discute<sup>2</sup>, si ravvisa la necessità di un intervento legislativo che possa rendere questo specifico ambito coerente con l'evoluzione che la famiglia ha attraversato sul piano sociale e culturale nei decenni successivi all'entrata in vigore del codice Rocco del 1930: da entità pubblicistico-istituzionale a complesso di relazioni personali significative<sup>3</sup>. L'impostazione espressa dal codice Rocco presenta profili che non risultano più

---

\* Lo scritto ripropone, con integrazioni, il testo della relazione presentata in occasione dell'Incontro di studio AIDP, in collaborazione con DiPLaP, da titolo "La riforma dei reati in materia di famiglia", svoltosi il 29 ottobre 2021 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo.

<sup>1</sup> Sul tema v., per tutti, S. RIONDATO, *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. RIONDATO, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, 2011, 3 ss.; ID., *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, Padova University Press, 2014, 14 ss.; M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 572 ss.; R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 4, 1599 ss.; A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO, *Parte speciale*, vol. XIII, Giuffrè, 2012, 20 ss.

<sup>2</sup> Cfr. *Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali. Relazione*, a cura di S. RIONDATO, in questo *Libro*.

<sup>3</sup> Sul punto, S. RIONDATO, *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, cit., 23 ss.; M. BERTOLINO, *Introduzione*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO – C.E. PALIERO – M. PELISSERO, vol. XV, *Reati contro la famiglia*, a cura di M. BERTOLINO, Giappichelli, 2022, XIX s.; R. BARTOLI, *La famiglia, le famiglie*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO – C.E. PALIERO – M. PELISSERO, vol. XV, *Reati contro la famiglia*, a cura di M. BERTOLINO, cit., 1 s.; A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO, *Parte speciale*, vol. XIII, Milano, 2012;

interamente condivisi sul piano del loro fondamento valoriale e, in uno scenario nel quale la Costituzione e successivi interventi legislativi hanno mutato il substrato normativo nel quale la tutela delle relazioni familiari è chiamata ad inserirsi<sup>4</sup>, anche dal punto di vista penalistico è opportuno un mutamento di prospettiva.

Una riforma del codice penale nella materia dei delitti commessi in ambito familiare implica, peraltro, un confronto con uno scenario complesso, caratterizzato da una dimensione sociale in continua trasformazione, da sistemi valoriali differenti non sempre suscettibili di riconoscimento sul piano normativo e da concezioni della famiglia e dei rapporti personali espressive di differenti impostazioni etico-culturali. In questo ambito, nonostante l'affermazione di diritti fondamentali della persona meritevoli di tutela avvenga anche attraverso il diritto penale, si manifestano le difficoltà della loro concreta attuazione, per una connaturata inaccessibilità della dimensione familiare da parte di interventi regolativi esterni<sup>5</sup>. La riservatezza nella quale si svolgono le relazioni familiari può costituire una condizione in grado di agevolare l'insediamento di concezioni valoriali in contrasto con il rispetto dei diritti della persona ovvero la concreta commissione di atti offensivi. Le relazioni familiari ed affettive, nelle quali l'individuo confida di poter ricevere rispetto, cura e protezione, si rivelano non di rado lo scenario di maggiore esposizione a forme di violenza<sup>6</sup>.

La materia della tutela della famiglia appare, inoltre, un osservatorio privilegiato della complessità dei rapporti tra differenti soggetti istituzionali – i giudici comuni, la Corte costituzionale e il legislatore – a vario titolo coinvolti dalle istanze di tutela emergenti dalla dimensione sociale<sup>7</sup>. L'evoluzione continua delle relazioni umane e dei rapporti alla base dei vari modelli di famiglia<sup>8</sup> non ha trovato sempre riscontro sul piano giuridico. Alcune delle discipline in materia di famiglia attualmente vigenti presentano, in effetti, profili anacronistici ovvero una regolamentazione degli interessi coinvolti che non corrisponde ad un "comune sentire" diffuso nella dimensione sociale.

Quando non hanno ottenuto una diretta considerazione da parte del legislatore, le istanze sociali di tutela della famiglia sono state recepite nella dimensione del processo, attraverso l'interpretazione e l'applicazione delle norme giuridiche di riferimento. In molteplici occasioni, il primo contesto nel quale istanze di riconoscimento di nuovi modelli familiari hanno trovato espressione è costituito dalle controversie giudiziarie, in ambito civile e penale. Nella concretezza di tali vicende si può osservare come sia spesso il giudice a «incontrare "il nuovo"»<sup>9</sup>, inteso sia come nuovi fenomeni sociali ai quali attribuire una qualificazione giuridica

---

A. VALLINI, *Il diritto penale alla prova di "vecchi" e "nuovi" paradigmi familiari*, in *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Fargiuele*, a cura di G. CONTE e S. LANDINI, t. II, Universitas Studiorum, 2017, 283 ss.

<sup>4</sup> Per un quadro di sintesi sulle modifiche che la Costituzione e i suoi principi hanno indotto rispetto alla considerazione della famiglia, secondo un progressivo distacco dall'ideologia fascista, v. R. BARTOLI, *La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di G. FIDELBO, Giappichelli, 2021, 5 ss.

<sup>5</sup> Com'è stato evidenziato efficacemente da A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico – Università di Catania*, vol. III, Jovene, 1949, 57: la «famiglia appare sempre [...] come un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto; la sua intima essenza rimane metagiuridica».

<sup>6</sup> Cfr., tra gli altri, I. MERZAGORA, *Uomini violenti: i partner abusanti e il loro trattamento*, Cortina Raffaello, 2009; B. MORETTI, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, Giuffrè, 2005; M. BERTOLINO, *Violenza e famiglia: attualità di un fenomeno antico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 4, 1710 ss.

<sup>7</sup> Sul ruolo della Corte costituzionale come ricettore delle istanze di tutela sociale, v. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, 2020, 97 ss.

<sup>8</sup> Accanto ai rapporti familiari fondati sulla volontà delle parti, costitutiva di un vincolo giuridico, ricorrono rapporti derivanti sul fatto materiale della convivenza nonché sul fatto naturale della procreazione, cfr. G.D. PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 19 s.

<sup>9</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 60.

sia come nuove istanze di tutela, che non trovano riconoscimento nella legislazione vigente. La mancata osservanza di un modello normativo può derivare non soltanto da un'opposizione individuale verso il contenuto della norma ma anche da un fenomeno più complesso, ossia un conflitto normativo, la mancanza di una corrispondenza tra una determinata regolamentazione giuridica e gli interessi e le esigenze di tutela percepiti a livello sociale<sup>10</sup>. Attraverso le controversie giudiziarie sono introdotte nel sistema penale istanze di tutela, che chiamano i giudici di merito allo svolgimento di un ruolo di mediatori tra i problemi avvertiti sul piano sociale e l'assetto normativo vigente<sup>11</sup>.

Da parte dei giudici ordinari tali istanze di riconoscimento in materia di famiglia sono state affrontate, talvolta, attraverso interpretazioni costituzionalmente orientate delle norme coinvolte<sup>12</sup>. In altre occasioni, di tali questioni è stata investita la Corte costituzionale, attraverso giudizi incidentali di legittimità costituzionale. Alla Corte costituzionale è stata sottoposta sotto molteplici prospettive la questione della tutela della «famiglia»<sup>13</sup>, l'esigenza di un riconoscimento di nuovi modelli familiari, di formazioni sociali sostanzialmente assimilabili alla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio pur essendo caratterizzate da rapporti di convivenza sprovvisti di riconoscimento giuridico<sup>14</sup>.

In questo scenario, dalla Corte costituzionale sono state tracciate importanti coordinate rispetto alla tutela dei rapporti familiari. Il riferimento si rivolge, in particolare, alle decisioni con le quali la Corte ha ribadito che anche modelli di famiglia differenti da quella tradizionale, fondata sul matrimonio, beneficiano del riconoscimento e della tutela costituzionali. La rilevanza della convivenza *more uxorio*, in particolare, è stata affermata ai sensi dell'art. 2 Cost., come formazione sociale nella quale si svolge la personalità individuale<sup>15</sup>. Con i suoi numerosi interventi, la Corte costituzionale ha, da un lato, riaffermato le linee fondamentali della tutela riconosciuta dalla Costituzione alla famiglia, richiamando le disposizioni costituzionali tuttora inalterate che delineano una tutela specifica per la famiglia fondata sul matrimonio<sup>16</sup> ed

---

<sup>10</sup> Sul tema, si vedano le osservazioni di M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 3, 413 ss. Per una riflessione sui conflitti normativi, nella prospettiva delle differenze etnico-culturali, v. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, 2010.

<sup>11</sup> Sul punto, v. R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 4, 1625 s.

<sup>12</sup> V. ancora R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., 1626 s.

<sup>13</sup> Evidenza che la giurisprudenza costituzionale in materia di famiglia ha assunto «dimensioni tali da sfuggire ad una lettura sistematica», R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2022, 5, 514. L'A. evidenzia altresì la difficoltà di interpretazione di alcune disposizioni costituzionali – come quelle inerenti alla famiglia – senza un rinvio alla legislazione ordinaria, secondo un processo di «osmosi semantica», che trae il significato della nozione «da ciò che la legislazione civile viene a fissare come regole dei rapporti tra i coniugi e tra essi e i figli».

<sup>14</sup> Tra le numerose questioni di legittimità sollevate, alcune di esse hanno avuto ad oggetto problemi interpretativi relativi all'estensione di regimi di non punibilità dell'autore di reato presenti nella legislazione penale. Cfr., tra le altre, Corte ass. Venezia, ordinanza 22 maggio 1975, n. 357, in *Giur. cost.*, 1975, 2936 che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 384 c.p., evidenziando che anche per le persone conviventi non legate da matrimonio ricorrono «le stesse ragioni di non punibilità poste a salvaguardia del nucleo familiare».

<sup>15</sup> Sul punto v., in particolare, Corte cost., sentenza 18 novembre 1986, n. 237, in *Giur. cost.*, 1986, 2061, che ha rilevato che «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare – anche a sommaria indagine – costituzionalmente irrilevante, quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche». Sul punto, v. anche A. BARBERA – C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, V ed., Il Mulino, 2020, 229.

<sup>16</sup> Viene in considerazione, a questo proposito, l'art. 29 Cost., che definisce la famiglia una «società naturale fondata sul matrimonio». Evidenziano l'ambiguità di questa formula, che ne rende controverso il significato, A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., 9; R. BIN, *La famiglia nella Costituzione: alla radice di un ossimoro*, in *St. iuris*, 2000, 1066. V. anche M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2021, 7, 764, il quale rileva che la prospettiva costituzionale, che aveva a modello la società dell'età post-bellica, si concentra sui diritti della famiglia «secondo una visione che mette a fuoco nella istituzione familiare il punto di raccolta degli interessi dei membri che ne fanno parte, chiamati a

escludendo che le medesime norme possano costituire il fondamento della tutela della famiglia di fatto<sup>17</sup>; dall'altro lato, ha affermato l'opportunità di salvaguardare anche gli interessi sostanziali inerenti ad ulteriori forme di famiglia emerse nella dimensione sociale<sup>18</sup>. È emersa, dunque, una valorizzazione delle relazioni personali sul piano sostanziale, indipendentemente da un loro esplicito riconoscimento giuridico. Con riferimento alla famiglia non fondata sul matrimonio, la Corte ha espressamente affermato la "dignità" della convivenza *more uxorio*, evidenziando l'autonomia e la specificità di questo modello familiare, che risulta destinatario di un trattamento giuridico differente, benché di rilevanza costituzionale, essendo assimilabile alle "formazioni sociali" oggetto di specifica protezione da parte dell'art. 2 Cost. Nel contempo, la Corte costituzionale ha evidenziato le difficoltà specifiche che una disciplina a tutela della convivenza *more uxorio* incontra, per la necessità di un temperamento di istanze differenti. La costituzione di un nucleo familiare fondato sulla convivenza può esprimere una scelta degli interessati di non accogliere il complesso di diritti e doveri che nascono dal matrimonio come istituto giuridico. La regolamentazione normativa della famiglia di fatto, nelle sue molteplici forme di manifestazione, deve essere condotta, pertanto, avendo riguardo all'esercizio dell'autonomia privata nell'ambito delle relazioni personali<sup>19</sup>.

Una linea di confine problematica, dunque, si delinea rispetto ai soggetti chiamati all'ascolto delle istanze di tutela provenienti dalla dimensione sociale, in relazione ai differenti modelli familiari. A fronte di fonti normative univocamente orientate ad attribuire una tutela specifica alla famiglia fondata sul matrimonio, nuove realtà familiari integrano lo scenario dei modelli presenti nella dimensione sociale, promuovendo istanze di riconoscimento dell'entità familiare così costituita nonché dei diritti dei rispettivi componenti.

## 2. Il ruolo del legislatore e i recenti interventi a tutela dei nuovi modelli familiari

Nonostante l'importante contributo offerto sul piano giudiziario dalle interpretazioni costituzionalmente orientate dei giudici ordinari e della Corte costituzionale, rispetto alle questioni più rilevanti inerenti alla materia della famiglia la Corte costituzionale ha assunto un orientamento ispirato a cautela. Le questioni di legittimità fondate su una diversificazione di

---

fondersi e a sublimarsi nell'interesse del gruppo».

<sup>17</sup> In relazione all'art. 29 Cost., la Corte ha evidenziato che la «pretesa equiparazione della convivenza di fatto al rapporto di coniugio, nel segno della riconduzione di tutte e due le situazioni sotto la medesima protezione dell'art. 29 Cost., risulta così infondata», cfr. Corte cost., sentenza 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. cost.*, 1996, 86, con note di A. MANNA e di M. ZANOTTI. V. anche Corte cost., ordinanza 20 aprile 2004, n. 121, in *Famiglia e diritto*, 2004, 4, 329 ss., con nota di P. PITTARO; Corte cost., sentenza 8 maggio 2009, n. 140, in *Giur. cost.*, 2009, 1513 ss., con nota di A. PASTORELLI, nella quale la Corte ha ribadito che la tutela costituzionale prevista per la famiglia fondata sul matrimonio e per la convivenza *more uxorio* si trova, rispettivamente, negli artt. 29 e 2 Cost., e che la stessa «opera su piani diversi e non sovrapponibili», *ivi*, 1522. Evidenzia che, per la Corte costituzionale, la famiglia legittima «non può essere considerata come un *genus proximum* rispetto a quella di fatto, essendo qualcosa di totalmente diverso», A. GARGANI, *La Corte costituzionale conferma: la famiglia legittima non è il *genus proximum* della convivenza *more uxorio**, in *Legisl. pen.*, 1996, 690.

<sup>18</sup> Esplicita, in questo senso, Corte cost., sentenza 12 gennaio 1977, n. 6, in *Giur. cost.*, 1977, 29 ss. Nell'occasione la Corte, sollecitata a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 350 c.p.p. sotto il profilo della sua non applicabilità al convivente *more uxorio*, ha dichiarato non fondata la questione sollevata, nel contempo evidenziando che «non dovrebbe rimanere senza una tutela» la presenza di interessi personali nell'ambito di relazioni di convivenza e «sarebbe, quindi, compito del legislatore di valutare, per detti interessi, l'importanza e la diffusione», *ivi*, 34.

<sup>19</sup> Cfr., sul punto, Corte cost., sentenza 26 maggio 1989, n. 310. Sulle contraddizioni inerenti ai tentativi di regolamentazione della convivenza "di fatto", v. L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 3. Per una riflessione sulle "differenze specifiche" che contraddistinguono le forme di relazione umana, secondo le volontà dei rispettivi componenti, v. A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in AA.VV., *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, vol. II, Giuffrè, 2018, 724 ss.

approccio etico-valoriale alle discipline inerenti all'ambito delle relazioni familiari sono state respinte, richiamando la competenza primaria del legislatore, salvo il limite della manifesta irragionevolezza<sup>20</sup>.

In materia di famiglia, peraltro, sono stati numerosi gli interventi normativi avvenuti nei decenni successivi all'entrata in vigore del codice civile del 1942. Alcuni di essi hanno apportato significative modifiche all'assetto della disciplina, come la l. 19 maggio 1975, n. 151, di riforma del diritto di famiglia. La legge in questione ha dato attuazione al principio di uguaglianza e di pari dignità dei coniugi, anche dal punto di vista delle rispettive prerogative rispetto all'educazione dei figli<sup>21</sup>. Interventi legislativi successivi hanno avuto ad oggetto gli istituti della separazione personale dei coniugi e del divorzio, che hanno recepito sul piano legislativo istanze di riforma del tradizionale modello di famiglia emergenti sul piano sociale, evidenziando nel contempo una crescente fragilità delle relazioni familiari fondate sul matrimonio. Anche in materia di filiazione e di tutela dei minori sono state emanate leggi di notevole rilevanza, quali il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154<sup>22</sup>, che ha adottato una prospettiva di riconoscimento dello *status* di filiazione improntata ad esigenze di non discriminazione sulla base della natura, biologica o giuridica, del suddetto legame. Attraverso la parificazione di tutti i rapporti giuridici di filiazione, la provenienza biologica del minore o la sua appartenenza ad un nucleo familiare fondato sul matrimonio sono divenuti fattori di minore pregio rispetto alla preminente necessità di assicurare al minore e ai suoi diritti una piena tutela e protezione. Nel medesimo contesto di riforma, anche in adempimento di sollecitazioni provenienti dalla dimensione sovranazionale<sup>23</sup>, è stata valorizzata una differente qualificazione della posizione giuridica dei genitori nei confronti dei figli minori: la modifica lessicale intervenuta – da “potestà” a “responsabilità” genitoriale – costituisce una dimostrazione di una differente percezione del ruolo dei genitori, secondo la quale la posizione di supremazia nei confronti dei discendenti cede il passo ad una considerazione di esplicita matrice responsabilizzante<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr., tra le altre, Corte cost., sentenza 8 maggio 2009, n. 140, in *Giur. cost.*, 2009, 1513 ss., con nota di A. PASTORELLI. In questa pronuncia, la Corte costituzionale ha osservato che, «contrariamente a quanto opinato dal giudice *a quo*, [...] quando il legislatore ha inteso attribuire rilevanza giuridica al rapporto di convivenza, anziché intervenire sulla definizione generale della nozione di “prossimi congiunti” contenuta nell’art. 307, quarto comma, cod. pen. includendovi anche il convivente, ha ritenuto di operare scelte selettive e mirate a casi determinati», *ivi*, 1522. Con queste argomentazioni, la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all’art. 384, co. 1°, c.p. evidenziando la selettività degli interventi legislativi in materia di protezione della famiglia di fatto e l'impossibilità di procedere, in via interpretativa, ad un allineamento generale ed indiscriminato dei due rapporti. V. anche Corte cost., sentenza 28 giugno 2004, n. 200, in *Giur. cost.*, 2004, 2056; Corte cost., sentenza 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. cost.*, 1996, 86, con note di A. MANNA e di M. ZANOTTI. Sul punto v. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, 1998, 206.

<sup>21</sup> Evidenzia il punto, A. BUCCIANTE, voce *Potestà dei genitori*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, 1985, 774 ss.

<sup>22</sup> Cfr. d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*). V. anche la l. 10 dicembre 2012, n. 219 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*).

<sup>23</sup> Rilevante, sul punto, è la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata in Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77, che ha dettato norme inerenti all'esercizio della responsabilità genitoriale e garanzie per il minore di partecipazione ai procedimenti giudiziari diretti alla regolamentazione della suddetta responsabilità.

<sup>24</sup> Cfr. A. SPENA, *Famiglia e pene accessorie*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO – C.E. PALIERO – M. PELISSERO, vol. XV, *Reati contro la famiglia*, a cura di M. BERTOLINO, cit., 359, il quale rileva che, a partire dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, «il rapporto tra potere e dovere, nella definizione del ruolo genitoriale, si è anche formalmente invertito: la “potestà (patria e poi) genitoriale” cede il passo alla “responsabilità genitoriale”; e, in questa seconda locuzione, l'elemento del dovere si vede attribuito, anche lessicalmente, il posto centrale: non più una posizione di potere, pur funzionale all'adempimento dei doveri verso la prole, ma una posizione di responsabilità, di dovere, che per essere adempiuta ha bisogno di poteri corrispondenti».

I richiamati interventi legislativi costituiscono dimostrazioni della rilevanza riconosciuta dal legislatore ad interessi inerenti alla famiglia e alle relazioni personali che si sviluppano al suo interno. Anche di recente, con l'introduzione dell'istituto delle unioni civili – “istituite” e non “riconosciute”, come la famiglia basata sul matrimonio<sup>25</sup> – e di una parziale regolamentazione delle convivenze, avvenute con la l. 20 maggio 2016, n. 76<sup>26</sup>, il legislatore ha dimostrato di aver recepito le sollecitazioni per una tutela delle relazioni familiari che ne valorizza la dimensione sostanziale a prescindere dalla rispettiva qualificazione giuridica, istanze di riconoscimento provenienti dalla dimensione sociale così come dalla dimensione sovranazionale<sup>27</sup>.

Anche in ambito penale sono presenti varie esemplificazioni di interventi legislativi recenti, rivolti alla tutela delle relazioni familiari<sup>28</sup>. In particolare, rileva ai nostri fini l'art. 574-ter c.p., che contiene un'equiparazione, sul piano definitorio, tra matrimonio e unione civile, tra coniugi e parti di un'unione civile. Sebbene la disciplina in questione lasci trasparire scelte lessicali opinabili, ritenute espressione di una visione in qualche senso “contrattualistica” di questo nuovo modello familiare<sup>29</sup>, la norma in questione risulta di grande rilevanza, come esemplificazione di un approccio di regolamentazione che comporta un'equiparazione, ai fini della tutela penale, tra modelli familiari caratterizzati da una precisa identità giuridica. Scelte improntate ad analoghe esigenze di tutela sono espresse in materia penale anche in disposizioni che si propongono obiettivi di tutela della persona quale soggetto passivo di condotte offensive perpetrate nel contesto familiare<sup>30</sup>.

### 3. L'ampliamento della nozione di famiglia e la categoria dei prossimi congiunti: implicazioni sistematiche

Il progetto di riforma dei delitti contro la famiglia si inserisce, dunque, in un contesto normativo di particolare complessità, caratterizzato da scelte valoriali dirette alla tutela della persona e da impostazioni etico-sociali che differenziano tuttora i modelli di famiglia sul piano delle forme di tutela. La proposta di articolato<sup>31</sup> dimostra sotto molteplici profili l'avvenuto recepimento di queste istanze di riconoscimento, a partire dalla sua denominazione. Richiamando la tutela della persona nell'ambito della famiglia e delle formazioni sociali ad essa equiparate<sup>32</sup>, il progetto sottolinea l'importanza della dimensione relazionale dei rapporti

---

<sup>25</sup> Sul punto v. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XV ed., Giuffrè, 2020, 652, il quale sottolinea che questa affermazione presente nel testo costituzionale intende sottolineare «il carattere *non derivato* (dallo Stato) della famiglia».

<sup>26</sup> Cfr. l. 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*).

<sup>27</sup> Sul tema, v. F. AZZARRI, voce *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. X, Giuffrè, 2017, 997 ss.; D.M. SCHIRÒ, voce *Unioni civili e convivenze di fatto (profili penali sostanziali)*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, vol. X, Wolters Kluwer, 2018, 923 ss.

<sup>28</sup> Per un quadro di sintesi, cfr. S. RIONDATO, *Riforme giuspenalistiche in tema di rapporti familiari*, in *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di E. PALERMO FABRIS – A. PRESUTTI – S. RIONDATO, vol. III, Giuffrè, 2019, 3 ss.

<sup>29</sup> Per questi rilievi, v. G. BONILINI, *Famiglia*, in AA.VV., *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, vol. II, Jovene, 2018, 717, il quale rileva il riferimento inopportuno, per la vita familiare, del lessico di “parti” di un'unione civile ovvero di “contratto” di convivenza.

<sup>30</sup> A questo proposito, vengono in considerazione modifiche legislative quali l'estensione dell'ambito applicativo del delitto di maltrattamenti “contro familiari e conviventi” e il reato di atti persecutori, fattispecie di reato nelle quali è attribuita rilevanza all'esistenza di una relazione affettiva o personale tra l'autore della condotta e la persona offesa dalla stessa, non soltanto ai fini della definizione dell'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice ma anche in relazione alle circostanze aggravanti.

<sup>31</sup> Cfr. *Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali. Articolato*, a cura del Gruppo per la riforma dei reati in materia di famiglia, in questo *Libro*.

<sup>32</sup> In riferimento alla denominazione del Capo Y (Dei delitti contro la persona in famiglia e nelle formazioni



familiari: non più una anacronistica appartenenza ad un'entità collettiva di stampo istituzionale-pubblicistico, ma un contesto di relazioni umane di natura familiare, nel quale alla materialità del dato biologico si affianca il significato di rapporti umani nei quali l'individuo sviluppa la propria personalità e conduce la propria esistenza. Anche la collocazione sistematica di queste figure di reato – che il progetto intende inserire dopo l'attuale Titolo XII del Libro II del codice penale<sup>33</sup>, precedute dai più gravi delitti contro la persona, nella sfera della vita, dell'incolumità fisica, morale e sessuale – esprime una considerazione preminente per l'individuo e per i suoi diritti.

Data l'ampiezza del Progetto di riforma e i numerosi profili nei quali lo stesso si articola, il presente contributo si propone di formulare riflessioni sollecitate da alcuni dei suoi contenuti. In particolare, si propongono in questa sede considerazioni inerenti alle scelte definitorie adottate nel progetto, con riguardo alle rispettive implicazioni. Osservazioni ulteriori saranno svolte rispetto ad alcuni profili del sistema sanzionatorio, così come delineati nella proposta di articolato.

Nel Progetto di riforma è stata affrontata la questione della definizione dei rapporti di natura familiare ai quali riconoscere rilevanza. A tale proposito, nella parte introduttiva dell'articolato sono elencate norme con funzione definitoria, che costituiscono punti di riferimento non soltanto per le scelte di natura tecnica che il progetto di riforma esprime ma anche per le prospettive valoriali poste a fondamento della disciplina. Dalle disposizioni in questione emerge il recepimento delle istanze di tutela della persona nell'ambito delle relazioni familiari, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dalle stesse assunta. La scelta espressa dal Gruppo di riforma è nel senso dell'ampliamento delle categorie descrittive dei rapporti di famiglia, che includono non soltanto il tradizionale modello caratterizzato dalla famiglia fondata sul matrimonio e dai rapporti di parentela che da esso derivano, ma anche le relazioni affettive fondate sulla convivenza e che corrispondono, sul piano sostanziale, a relazioni umane significative per i soggetti coinvolti. L'opzione valoriale che costituisce il fondamento del progetto di riforma si pone in linea di continuità rispetto ad una concezione moderna dei rapporti di famiglia, che trova espressione anche nella l. 20 maggio 2016, n. 76, per il significato riconosciuto a differenti modelli familiari, non esclusivamente eterosessuali e non necessariamente caratterizzati da una forma giuridica definita.

Le norme definitorie elaborate nel progetto attengono, oltre alla definizione di famiglia e di relazioni di parentela, anche alla categoria dei prossimi congiunti<sup>34</sup>. Tali precisazioni terminologiche suscitano riflessioni sul piano delle rispettive implicazioni sistematiche, in primo luogo con riferimento alla collocazione che alle stesse si intende assegnare nel codice penale. In quanto norme definitorie, le modifiche apportate si traducono nell'apposizione di limiti nei confronti di discipline penali vigenti ovvero in un'estensione del rispettivo ambito applicativo. Per quest'ultimo profilo si concentrerà l'attenzione, in particolare, sulla proposta di modifica della definizione di "prossimi congiunti".

Com'è noto, l'attuale definizione della categoria dei prossimi congiunti è contenuta nell'art. 307, co. 4°, c.p., del quale il progetto di articolato propone l'abrogazione, con la contestuale riformulazione della norma e la sua collocazione nell'ambito delle "Disposizioni comuni" relative ai delitti contro la persona nella famiglia e nelle formazioni sociali ad essa equiparate<sup>35</sup>. La proposta di modifica della sede della norma definitoria dei prossimi congiunti appare

---

sociali *esistenziali*) dell'Articolato, data l'ampiezza concettuale del riferimento normativo "formazioni sociali", potrebbe, forse, essere valutata l'opportunità di una delimitazione contenutistica, affiancando alla famiglia formazioni sociali alla stessa "equiparate", per esigenze di tassatività in sede di interpretazione giudiziale delle norme di cui si discute.

<sup>33</sup> Cfr. *Articolato*, art. 2 (Delitti contro la persona in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali).

<sup>34</sup> Cfr. *Articolato*, Sezione I, Disposizioni comuni, Nozione di prossimi congiunti.

<sup>35</sup> Cfr. *Articolato*, Sezione I, Disposizioni comuni, Nozione di prossimi congiunti.

condivisibile, non essendo più ragionevole la conservazione di questa disposizione nella precedente sede codicistica: per esigenze di attualizzazione della disciplina, in primo luogo, data l'attinenza di questa disposizione anche alla materia dei delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico. La presenza della definizione nel quarto comma dell'art. 307 c.p., nel contesto dei delitti contro la personalità dello Stato, esprime la necessità, avvertita dal legislatore del 1930, di delimitare univocamente il novero dei destinatari di un regime di non punibilità speciale<sup>36</sup> previsto nella medesima disposizione e relativo a questa categoria di reati. Il codice del 1930, infatti, ha introdotto nell'ambito dei delitti contro la personalità dello Stato una causa di non punibilità applicabile ai soggetti che, legati da un rapporto di parentela al partecipante di un'associazione criminale, gli prestino "assistenza". Nel riconoscere un regime sanzionatorio differenziato, con effetti di esclusione della punibilità, ai soggetti che offrono un contributo di aiuto materiale ad un proprio congiunto, il legislatore dell'epoca ha manifestato la rilevanza assegnata alle relazioni familiari<sup>37</sup>, anche nel contesto dei reati di associazione<sup>38</sup>. Nel contempo, la rilevanza pubblicistica degli interessi coinvolti ha suggerito la necessità di una contestuale delimitazione dei beneficiari di tale regime differenziato, attraverso la definizione della categoria dei prossimi congiunti. L'indicazione presente nella disposizione, per cui la stessa opera "agli effetti della legge penale" esprime, tuttavia, «una portata di integrazione generale nel sistema legislativo penale»<sup>39</sup>, con la conseguente necessità di una verifica circa le conseguenze che tale modifica normativa è in grado di determinare.

Ad una considerazione attuale, la collocazione della norma definitoria dei "prossimi congiunti" nell'ambito dell'art. 307, co. 4°, c.p. non appare più corrispondente ad esigenze di chiarezza e di coerenza sistematica. Da un lato, l'art. 307 non rappresenta più la prima occasione nella quale l'elemento normativo "prossimo congiunto" ricorre<sup>40</sup>. Una disposizione di analogo contenuto, strutturata secondo il medesimo modello di disciplina di non punibilità speciale, è stata introdotta nell'art. 270-ter c.p., con riferimento ai delitti di criminalità terroristica. Si tratta di una disposizione introdotta nel codice penale con l. 15 dicembre 2001, n. 438, rispetto alla quale l'identificazione dei destinatari del regime favorevole avviene attraverso un rinvio implicito all'art. 307, co. 4°, c.p. Un richiamo testuale alla categoria dei prossimi congiunti è presente altresì nell'art. 418 c.p., che disciplina una analoga causa di non punibilità speciale a vantaggio del soggetto che presta "assistenza" ad un prossimo congiunto, partecipante di un'organizzazione criminale di tipo mafioso. Secondo l'assetto attuale del codice penale, dunque, gli articoli 270-ter, 307 e 418 c.p. costituiscono discipline strutturate secondo un modello comune, nell'ambito del quale è stato riconosciuto uno spazio di non punibilità, per reati che offendono interessi pubblicistici di speciale rilevanza, fondato sull'esistenza di

<sup>36</sup> Sul tema v. G.D. PISAPIA, *La non punibilità speciale*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. II, Giuffrè, 1952, 351 ss.; F. CHIAROTTI, *Le cause speciali di non punibilità*, Edizioni Della Bussola, 1947. V. anche G. PIOLETTI, voce *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, 1995, 528.

<sup>37</sup> Sull'importanza del riconoscimento, nel codice Rocco del 1930, di impronta autoritaria, dei legami familiari come fondamento di una causa di non punibilità, v. in particolare G.D. PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, 1951, cit., 20; D. NOTARO, *Art. 307*, in *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, t. I, VII ed., Giuffrè, 2019, 1901.

<sup>38</sup> Intendendosi per "reati di associazione" «quelli previsti dalle norme che stabiliscono un divieto penale all'istituzione di determinati tipi di associazione», cfr. F. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 422. Si tratta, in altre parole, di reati che «mirano a colpire l'associazione stessa nella sua esistenza, che non è consentita dall'ordinamento statale», *ivi*, 423.

<sup>39</sup> In questi termini, Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Giur. cost.*, 1986, 2062. Sul punto v., in particolare, T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, 117 s.; A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., 2; R. BORSARI, *Art. 307*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. FORTI – S. SEMINARA – G. ZUCALÀ, VI ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2017, 995.

<sup>40</sup> Nel testo originario del codice Rocco del 1930, invece, l'art. 307 costituiva la disposizione nella quale è stato previsto il riferimento normativo ai prossimi congiunti.

relazioni personali qualificate.

Quali, dunque, le implicazioni derivanti dalla modifica proposta dal Progetto di riforma?

Le stesse risultano apprezzabili su un piano strettamente sistematico ma anche politico-criminale.

La proposta di abrogazione dell'art. 307, co. 4°, c.p. e l'inserimento della relativa disciplina nella sezione relativa ai delitti contro la persona in famiglia e nelle formazioni sociali di tipo para-familiare è idonea a conferire alla categoria in questione una nuova rilevanza sistematica. Il risultato della disciplina, infatti, consiste nell'abbandonare una prospettiva definitoria attuata in funzione di delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione di una causa di non punibilità per promuovere una definizione giuridica autonoma, idonea ad evidenziare relazioni personali significative alle quali si intende riconoscere una specifica identità. La proposta di modifica, da questo punto di vista, esprime il riconoscimento alla categoria dei prossimi congiunti di uno specifico valore sul piano delle relazioni familiari riconosciute in ambito penalistico.

Rispetto all'assetto derivante dalla nuova disciplina, si potrebbe valutare l'opportunità di un rinvio testuale, nelle disposizioni interessate dalla causa di non punibilità di cui si è detto, al riferimento normativo contenente la definizione di prossimi congiunti. Tale operazione renderebbe esplicito il coordinamento tra le discipline in questione, con l'effetto di una più agevole applicazione, evitando l'insorgere di questioni interpretative in sede giudiziaria. Tale intervento potrebbe costituire, altresì, un'utile occasione per provvedere ad un raccordo di alcune delle cause di non punibilità presenti nel codice penale, delle quali la dottrina ha lamentato l'eccessiva dispersione e frammentarietà<sup>41</sup>, esito di una sovrapposizione di interventi legislativi sprovvisti di una prospettiva organizzativa generale<sup>42</sup>.

### **3.1. (segue) Le implicazioni politico-criminali dell'ampliamento della categoria dei prossimi congiunti**

L'opzione per una nuova definizione dei "prossimi congiunti" espressa nel Progetto di riforma merita alcune considerazioni ulteriori dal punto di vista delle sue implicazioni politico-criminali.

Con riferimento all'inclusione in questa categoria dei conviventi *more uxorio*, in particolare, tale scelta esprime l'accoglimento di istanze di tutela emerse nella dimensione sociale, che hanno trovato espressione anche in ambito giurisprudenziale, attraverso l'estensione in via interpretativa della definizione normativa attualmente prevista dall'art. 307, co. 4°, c.p. In alcune occasioni, i giudici di merito e la stessa Corte di cassazione hanno adottato un'interpretazione estensiva della categoria in questione, come emerge emblematicamente da alcune decisioni inerenti al regime di non punibilità previsto dall'art. 384 c.p.<sup>43</sup>. Un orientamento estensivo sul punto è stato altresì avallato dalle Sezioni Unite in una recente pronuncia, la sentenza 26 novembre 2020, n. 10381<sup>44</sup>, sulla quale si è registrato un vivace dibattito dottrinale<sup>45</sup>. Da questo punto di vista, il progetto si pone in linea di continuità con gli

---

<sup>41</sup> Per questi rilievi v., in particolare, G. MARINI, "Non punibilità del soggetto" e cause di giustificazione. *Discussioni in dottrina*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo*, Giappichelli, 2004, 61.

<sup>42</sup> Cfr., in particolare, F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1, 5, il quale evidenzia l'opportunità di «un ripensamento e una risistemazione delle varie cause di non punibilità che sono venute affastellandosi e sovrapponendosi nell'ansia esclusivamente efficientista di questi ultimi anni».

<sup>43</sup> Cfr., in particolare, Cass., sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 22398, nella quale la Corte, pur ritenendo non provata l'esistenza di una stabile convivenza tra le parti, ha affermato che la suddetta prova «avrebbe potuto dar luogo per analogia al riconoscimento della scriminante dell'art. 384 c.p.».

<sup>44</sup> Cass., Sez. Un., 26 novembre 2020, n. 10381, in *Giust. pen.*, 2021, p.te II, 65 ss.

<sup>45</sup> Per commenti alla decisione delle Sezioni Unite 26 novembre 2020, n. 10381, v. F. PALAZZO, *Convivente*

orientamenti politico-criminali volti ad assicurare alla categoria dei conviventi *more uxorio* una tutela penale più ampia e maggiormente corrispondente a concezioni di valore diffuse nel contesto sociale<sup>46</sup>.

L'ampliamento di tale categoria, tuttavia, è idoneo a determinare un'estensione dell'ambito applicativo, sul piano soggettivo, delle cause di non punibilità strutturate attraverso il riferimento a questo elemento normativo. Rispetto alle fattispecie richiamate, l'esenzione da pena potrà riguardare anche soggetti non legati da rapporti familiari giuridicamente riconosciuti ma da una relazione di convivenza.

A questo proposito, occorre riconoscere che l'estensione della disciplina ai conviventi *more uxorio* appare giustificabile, in considerazione del fondamento di questa specifica esenzione da pena, costituito dal condizionamento psicologico vissuto dall'agente al momento della condotta, ossia il conflitto motivazionale esistente tra negare assistenza ad una persona alla quale si è legati da una relazione familiare e compiere un atto illecito di rilevanza penale. La medesima presunzione di conflitto psicologico può operare, indistintamente, per il componente di una famiglia dotata di riconoscimento giuridico quanto per il convivente di fatto.

Tuttavia, l'estensione del regime di non punibilità a soggetti conviventi implica ulteriori conseguenze, sul piano dell'ampliamento dell'ambito applicativo delle cause di non punibilità e sul piano processuale, con riferimento agli accertamenti probatori richiesti. Tali accertamenti non riguardano il fondamento "psicologico" della non punibilità, poiché il conflitto motivazionale relativo al rapporto familiare ed affettivo sussistente con il "prossimo congiunto" non costituisce neppure oggetto di prova nel processo<sup>47</sup>, fondandosi l'esenzione da pena essenzialmente su una presunzione. Nondimeno, specifici adempimenti probatori dovranno essere affrontati in relazione ad un rapporto di convivenza dichiarato sussistente tra le parti coinvolte. A tale proposito, mentre i rapporti di parentela e di consanguineità sono suscettibili di agevole dimostrazione sul piano probatorio, anche attraverso atti pubblici e prove documentali, la condizione di convivenza instaurata tra i componenti della famiglia di fatto suscita questioni di accertamento non facilmente superabili. Tali questioni attengono alla possibilità effettiva di offrire nel processo la prova dell'esistenza di una stabile relazione di convivenza *more uxorio*, condizione fattuale della quale non sono sempre disponibili riscontri dotati di valenza giuridica rispetto alla sua effettiva sussistenza e alla sua stabilità. Devono essere considerate, altresì, eventuali dichiarazioni del tutto strumentali, finalizzate al riconoscimento di un regime di non punibilità del quale è stato esteso il limite applicativo sul piano soggettivo. L'incertezza circa la condizione di convivenza di fatto, in altre parole, sembra

---

*more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it); T. PADOVANI, *Sull'estensione analogica dell'art. 384, comma 1, c.p.*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 27 maggio 2021; G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2021, 7, 1725 ss.; R. BARTOLI, *Con una lezione di ermeneutica le Sezioni Unite parificano i conviventi ai coniugi*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 8, 1078 ss.; S. FIORE, *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *Arch. pen. (web)*, 2021, 2, 1 ss.; A. MACCHIA, *Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi dell'art. 384, c.1 c.p.*, in *Dir. pen. contemp. – Riv. trim.*, 2021, 2, 1 ss.; E. GALLUCCI, *Le Sezioni Unite risolvono la questione dell'applicabilità dell'art. 384, comma 1, c.p. ai conviventi more uxorio*, in *Cass. pen.*, 2021, 6, 1944 ss.; M.P. BISCEGLIA, *Dove il legislatore porta le parole e l'interprete adduce il senso: le Sezioni Unite sull'applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente more uxorio*, in *Sistema penale*, 2021, 5, 31 ss.; V. VELLUZZI, *L'analogia giuridica presa sul serio. Osservazioni su Cass., Sez. Un. penali, 17.3.2021, n. 10381*, in *Criminalia*, 2020, 203 ss.

<sup>46</sup> Esprime critiche alla formulazione vigente dell'art. 307, co. 4°, c.p. in considerazione dell'esclusione della categoria dei conviventi *more uxorio*, auspicando sul punto un intervento legislativo, M. PELISSERO, *Disposizioni comuni*, cit., 13.

<sup>47</sup> Cfr., sul punto, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, con la collaborazione di R. BARTOLI, VIII ed., Giappichelli, 2021, 432, il quale rileva, in relazione all'art. 307 c.p., che «come risulta palese dalla formulazione della disposizione, il compito del giudice si limiterà a verificare l'esistenza obiettiva della relazione di parentela, senza effettuare nessun accertamento concreto su quale sia il movente determinante e su quale ne sia l'intensità».

introdurre nel processo un onere di integrazione probatoria che può rivelarsi di non agevole adempimento, oltre a determinare un incremento di attività istruttorie. Questa è una delle ragioni, del resto, che la Corte costituzionale ha ripetutamente addotto nel respingere questioni di legittimità costituzionale finalizzate ad ottenere una piena equiparazione tra i rapporti di famiglia fondati sul matrimonio e le relazioni di convivenza *more uxorio*<sup>48</sup>.

Simili profili problematici stanno emergendo, infatti, dalla casistica giudiziaria inerente all'art. 384, co. 1°, c.p. successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 26 novembre 2020, n. 10381. L'equiparazione attuata in via interpretativa del convivente al "prossimi congiunti" ai fini dell'esclusione della punibilità ha ampliato l'ambito dell'accertamento processuale, con la presenza di pronunce nelle quali il regime più favorevole non ha trovato applicazione per il mancato raggiungimento di una prova certa della convivenza *more uxorio* al momento della condotta<sup>49</sup>.

La questione, peraltro, potrebbe non essere limitata ad una valenza di carattere meramente probatorio. Sorgono questioni problematiche inerenti anche alla distinzione tra forme di convivenza – registrate o non registrate – disciplinate dalla l. 20 maggio 2016, n. 76<sup>50</sup>. L'accertamento processuale richiesto ai fini del regime di non punibilità potrebbe privilegiare, sul piano fattuale, gli autori di reato che abbiano provveduto agli adempimenti di registrazione della propria condizione di conviventi, secondo le modalità previste dalla legge. Tale opzione, peraltro, implica una valutazione personale, costituisce espressione di valutazioni di opportunità appartenenti alla dimensione etico-valoriale del soggetto coinvolto. La registrazione del rapporto di convivenza, che corrisponde ad una scelta di opportunità affidata agli interessati, significativa anche sul piano valoriale, può determinare, dunque, conseguenze giuridiche su un piano del tutto differente, ossia quello della prova dell'esistenza di un determinato rapporto giuridico ai fini dell'esclusione di una sanzione penale. Vi è il rischio, in altre parole, che la categoria dei "prossimi congiunti", concettualmente pregnante, una volta esposta alle dinamiche dell'accertamento processuale subisca un'alterazione in senso riduttivo del proprio contenuto, ora coincidente con la mera attestazione formale di rapporti giuridici para-familiari, ora con una mera "coabitazione" suscettibile di riscontro mediante una prova documentale. Dalla definizione di "prossimi congiunti" e dall'inclusione nella stessa dei componenti di famiglie fondate sulla convivenza emergono, dunque, questioni di bilanciamento di interessi eterogenei, privatistici e pubblicistici, con ricadute su vari ambiti del sistema penale.

### **3.2. (segue) Il riferimento ai prossimi congiunti nell'art. 649 c.p. e le prospettive di riforma della procedibilità per i delitti contro il patrimonio commessi in ambito familiare**

Questioni definitorie inerenti alla categoria dei prossimi congiunti sorgono anche in

---

<sup>48</sup> Sulla questione, tra le altre, v. Corte costituzionale, sentenza 12 gennaio 1977, n. 6, cit., 33 s.

<sup>49</sup> Cfr., in particolare, Cass., sez. fer., 19 agosto 2021, n. 44619. Esclude l'applicabilità della scusante prevista dall'art. 384, co. 1°, c.p., in relazione al reato di favoreggiamento, ritenendo non raggiunta la prova della convivenza *more uxorio* tra le parti, anche Cass., sez. VI, 21 settembre 2021, n. 43567. Nell'occasione, la Corte ha osservato che, anche a seguito della sentenza delle Sezioni Unite 26 novembre 2020, n. 10381, deve «scrutinarsi in modo rigoroso il tema dell'effettività della convivenza, che non discende dal mero riscontro della sussistenza o della mancanza della coabitazione, ma [...] dalla verifica di un rapporto fondato su uno stabile progetto di vita, connotato dalla volontà di vivere insieme, se del caso di avere dei figli, di avere dei beni in comune e di dare vita ad un nucleo stabile e duraturo, con assunzione di un impegno di reciproca assistenza».

<sup>50</sup> Sulle differenti forme di convivenza – registrate e non registrate – delineatesi a seguito della l. 20 maggio 2016, n. 76, cfr., in particolare, S. PATTI, *Le convivenze "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Fargiuele*, a cura di G. CONTE E SARA LANDINI, t. II, Universitas Studiorum, 2017, 139 ss.

relazione alla disciplina prevista dall'art. 649 c.p. Il progetto di riforma si propone di intervenire su questa disposizione attraverso una parziale riformulazione dell'articolo. La modifica consisterebbe nella previsione di un regime di procedibilità a querela per tutti i reati commessi in ambito familiare, purché non si tratti dei delitti di cui agli articoli 628, 629 e 630 c.p. e di altri delitti commessi con violenza alla persona<sup>51</sup>. Un regime specifico sarebbe previsto, inoltre, per il caso che autore di reato sia un soggetto di età inferiore ai diciotto anni<sup>52</sup>.

La disciplina in questione sollecita alcune riflessioni.

Quanto all'ampliamento della categoria dei "prossimi congiunti", da individuare – come si è detto – secondo il riferimento indicato nelle "Disposizioni comuni" dell'articolato, la modifica più vistosa della disciplina attualmente vigente consiste nell'inclusione nella categoria dei destinatari del convivente *more uxorio*. Tale soluzione appare in linea con quanto emerge attualmente dalla prassi applicativa relativa a questo articolo, secondo la sua attuale formulazione. In ambito giudiziario, infatti, è stata ripetutamente sollevata la questione dell'opportunità di un'estensione del regime sanzionatorio più favorevole anche ai componenti della famiglia di fatto. Questa soluzione trova il proprio fondamento nella necessità di riconoscere e di tutelare i legami personali e affettivi nel loro contenuto sostanziale, al di là della qualificazione giuridica agli stessi formalmente attribuita. La comunanza di vita, di relazioni domestiche e di interessi anche patrimoniali<sup>53</sup> che connota la convivenza, così come i più tradizionali modelli di famiglia, costituisce la *ratio* sulla base della quale è stato sollecitato il medesimo trattamento giuridico. Tale argomentazione, in effetti, è stata in alcuni casi condivisa in ambito giudiziario. In alcune occasioni, superando un dato normativo dal tenore letterale inequivocabile, giudici di merito e la stessa Corte di legittimità hanno affermato l'applicabilità del regime sanzionatorio favorevole – non punibilità o procedibilità a querela, secondo la formulazione vigente dell'art. 649 c.p. – anche al convivente *more uxorio*<sup>54</sup>. In questo senso, l'estensione in via interpretativa della categoria dei prossimi congiunti includendo la figura del convivente assume il significato di un accoglimento di istanze di tutela espressamente manifestate nella concretezza della dimensione giudiziaria<sup>55</sup>. Sul punto, invece, la Corte costituzionale ha costantemente mantenuto un orientamento contrario<sup>56</sup>, evidenziando la presenza di un dato normativo inequivocabile e la necessità di rispettare il vincolo della riserva di legge in materia penale, che assegna al legislatore la discrezionalità in questo

---

<sup>51</sup> Secondo l'art. 649, co. 2°, previsto nell'*Articolato*, «I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa quando commessi in danno di un prossimo congiunto convivente». Nel co. 3° del medesimo articolo si prevede che le disposizioni in questione «non si applicano ai delitti preveduti dagli articoli 628, 629 e 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone».

<sup>52</sup> Cfr. *Articolato*, Art. 649, co. 1°, secondo il quale «Non è punibile il minore degli anni diciotto anche abbia commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno dell'ascendente o dell'adottante o del genitore affidatario».

<sup>53</sup> «Confusione di sostanze», secondo la Relazione al codice penale. Sul punto, v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II.2, Zanichelli, 2014, 39 s.

<sup>54</sup> Esplicita, in questo senso, Cass., sez. IV, 21 maggio 2009, n. 32190: la Corte, dopo aver richiamato molteplici disposizioni che hanno progressivamente trovato applicazione anche nei confronti del convivente, ha osservato che all'interprete si pone l'esigenza di «ricostituire il sistema a coerenza onde evitare di adottare soluzioni che contrastano – prima ancora che con una visione unitaria del tema – con il senso comune». V. anche Cass., sez. V, 18 maggio 2021, n. 34021. Sul tema v., altresì, Cass., sez. V, 23 maggio 2019, n. 37873, che ha dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 649 c.p. per la mancata estensione al convivente *more uxorio*. Analoghi rilievi sono stati svolti da Cass., sez. II, 12 giugno 2009, n. 27143.

<sup>55</sup> V. ancora Cass., sez. IV, 21 maggio 2009, n. 32190, che, con riferimento all'art. 649 c.p. e all'assenza di una previsione normativa che rende il regime differenziato applicabile anche al convivente *more uxorio* osserva che tali «contraddizioni del sistema possono essere evitate solo accogliendo una nozione di famiglia e di coniugio che siano in linea con i mutamenti sociali che questi istituti hanno avuto negli ultimi decenni del secolo scorso».

<sup>56</sup> Sulla questione, v. in particolare Corte cost., 8/1996; 423/1988 e 1122/1988.

ambito<sup>57</sup>. La situazione giuridica dei componenti della famiglia di fatto non è risultata equiparabile a quella delle persone legate da parentela derivante dal matrimonio, essendo caratterizzata da instabilità del vincolo e incertezza della sua esistenza dal punto di vista probatorio<sup>58</sup>.

L'ampliamento sul piano soggettivo del regime sanzionatorio differenziato che l'articolato propone, dunque, se per un verso costituisce espressione di un indirizzo politico-criminale attento alle istanze di tutela inerenti alla condizione dei componenti la famiglia di fatto, per altro verso comporta l'adempimento di specifici oneri probatori inerenti alla qualità di conviventi. Si ripropongono, sotto questo profilo, elementi di fatto che richiedono accertamenti in ambito processuale e che possono rivelarsi di esito particolarmente incerto nei casi in cui non sia possibile documentare in modo ufficiale la sussistenza di un legame giuridico tra le parti.

Oltre alle implicazioni derivanti dall'estensione della disciplina alla categoria dei conviventi, la proposta di modifica dell'art. 649 c.p. suscita riflessioni anche in relazione alla modifica del regime di punibilità introdotto con riferimento ai reati commessi in ambito familiare. Il progetto di articolato, infatti, intende riformulare l'art. 649 c.p. attraverso la previsione di un regime di procedibilità a querela per i reati contro il patrimonio commessi «in danno di un prossimo congiunto convivente»<sup>59</sup>. La modifica in questione appare apprezzabile, nel momento in cui valorizza l'istituto della procedibilità a querela, che costituisce uno strumento dotato di rilevanti potenzialità in una prospettiva di razionale riduzione dell'ambito di estensione del diritto penale<sup>60</sup>. A differenza da altri istituti, chiamati ad assolvere funzioni di mera deflazione processuale e penitenziaria, la procedibilità a querela di parte esprime una idoneità selettiva<sup>61</sup> rispetto ai fatti illeciti, che consente di identificare quelli che, per le modalità di lesione ovvero per la natura degli interessi offesi, sono percepiti come effettivamente meritevoli di un trattamento sanzionatorio attraverso gli strumenti del diritto e del processo penale<sup>62</sup>.

Con riferimento alle qualità personali dei soggetti coinvolti, inoltre, il regime di procedibilità a querela costituisce uno strumento in grado di limitare gli effetti negativi di un fatto di rilevanza penale commesso in ambito familiare, soprattutto nei casi di offese inerenti esclusivamente alla dimensione patrimoniale. Attraverso una scelta riservata alla persona offesa, è possibile rimettere a quest'ultima una valutazione di opportunità dell'intervento penale, che possa tenere in

---

<sup>57</sup> Cfr., sul punto, Corte cost., sentenza 5 novembre 2015, n. 223, in *Giur. cost.*, 2015, 2071 ss., con note di PINARDI e di FORMICA. Nell'occasione la Corte, nel dichiarare l'inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649, co. 1, c.p. ha richiamato «il limite fondamentale» all'azione della Corte, alla quale è precluso «ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento», *ivi*, 2079.

<sup>58</sup> Si vedano, tra le altre, Corte cost., 20 dicembre 1988, n. 1122, in *Giur. cost.*, 1988, 5452 che, richiamando la precedente sentenza Corte cost., 7 aprile 1988, n. 423, ha evidenziato la «intrinseca aleatorietà di tale rapporto e la conseguente razionalità del collegamento operato dall'art. 649 comma 1 c.p. tra l'esclusione della punibilità e i dati incontrovertibili ed agevolmente riscontrabili, quali i vincoli di parentela, affinità, adozione ed, appunto, coniugio».

<sup>59</sup> Cfr. *Articolato*, Art. 649, co. 2°, secondo il quale «I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa quando commessi in danno di un prossimo congiunto convivente».

<sup>60</sup> Si vedano, sul punto, le osservazioni di F. PALAZZO, *Querela e strategie deflative*, in *Giur. it.*, 2021, 4, 984, il quale rileva che, dopo la l. n. 103/2017, la querela ha assunto un ruolo importante nella strategia deflativa del legislatore. Il ricorso a questo istituto, tuttavia, rileva anche nel senso che «sembra essere divenuta il tacito riconoscimento di una sorta di sottosistema di tutela rimesso alla volontà delle parti private quando esse si orientino e riescano a chiudere la vicenda sul piano riparativo».

<sup>61</sup> Sul punto, cfr. F. GIUNTA, *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 476, il quale evidenzia che, tra le differenti finalità assolte dallo strumento della querela – espresse dai modelli di querela-garanzia, querela-opportunità e querela-selezione – nell'attuale scenario penalistico sembra rivestire un ruolo prevalente la querela in funzione di mera deflazione.

<sup>62</sup> Cfr., sul punto, M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., Giuffrè, 2012, 286: «la querela è introdotta per tener conto di rapporti personali tra colpevole e soggetto passivo, che suggeriscono di far dipendere la concreta punizione dalla volontà di quest'ultimo».

adeguata considerazione elementi quali la relazione esistente tra le parti coinvolte, nonché le circostanze del fatto e le motivazioni della condotta. Attraverso la procedibilità a querela, inoltre, è rimessa ad una decisione della persona offesa l'opportunità dell'avvio effettivo di un processo penale, che, oltre a provocare un dispendio di mezzi e di risorse, implica anche conseguenze offensive indirette, come il discredito e la lesione reputazionale derivante dalla pubblicità dei fatti inerenti al processo e ai soggetti coinvolti<sup>63</sup>. Questa modalità di selezione delle vicende effettivamente meritevoli di trattazione attraverso il processo penale è apprezzabile anche come attuazione del ricorso agli strumenti del diritto penale secondo criteri di *extrema ratio*.

Rimangono aperte, invero, le questioni problematiche attinenti all'effettiva attitudine di questo strumento processuale a costituire uno strumento di tutela della persona offesa. Da un lato, occorrerebbe realisticamente indagare, per ciascuna vicenda, l'effettiva capacità del soggetto passivo del reato di valutare razionalmente l'opportunità della presentazione della querela. Tale valutazione presuppone, infatti, da parte del soggetto il riconoscimento della propria qualità di persona offesa dal reato, processo di acquisizione di consapevolezza che non deve essere considerato in termini aprioristici, soprattutto nei casi in cui il comportamento criminale avviene nell'ambito di una relazione personale significativa. Sotto altro profilo, deve essere anche valutata la capacità del soggetto passivo di valutare una strategia di condotta coerente con la tutela dei propri interessi e, nel contempo, proporzionata rispetto all'entità dell'atto illecito subito. Sono coinvolte valutazioni inerenti ai processi di vittimizzazione e a quei fattori di condizionamento psicologico che possono interferire con le motivazioni della persona offesa, al punto da compromettere la valutazione delle sue migliori prospettive di tutela.

Sul punto, deve essere tenuto anche in considerazione l'impatto offensivo dei reati di cui si discute, che non coincide – e non può essere riduttivamente identificato – con il valore economico del danno subito. La commissione di un reato nell'ambito di una relazione personale fondata sulle relazioni familiari, sull'affettività e sull'affidamento personale ha implicazioni offensive rispetto alle quali non sempre gli strumenti giuridici costituiscono forme di tutela adeguate. In questi contesti, comunque, il riconoscimento della procedibilità a querela attribuisce una facoltà di scelta alla persona offesa, che potrebbe valorizzare strumenti alternativi di tutela di natura civilistica, in funzione risarcitoria o ripristinatoria.

### **3.2.1. (segue) La non punibilità del minore autore di delitti contro il patrimonio in ambito familiare**

Nella disciplina dei delitti contro il patrimonio commessi in ambito familiare, il progetto di riforma esprime, inoltre, una particolare attenzione alla condizione del minore autore di reato. La considerazione delle ipotesi in cui un minore, di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, si renda autore di un delitto di natura patrimoniale nei confronti di propri congiunti – secondo il testo della disposizione: gli ascendenti e i genitori anche adottivi<sup>64</sup> – appare importante, in relazione al dato criminologico, confermato dalla casistica giudiziaria, per cui i

---

<sup>63</sup> Sul punto, cfr. F. GIUNTA, *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?*, cit., 474, il quale rileva che la *ratio* di una deroga al regime di procedibilità d'ufficio consiste appunto nel «consentire al soggetto passivo di sottrarsi a un'ulteriore lacerazione morale e sociale connessa alla ricostruzione del reato subito». Il medesimo A. evidenzia, peraltro, i «pregiudizi ideologici» che gravano sulla querela-selezione, «ossia i timori di una deriva verso la privatizzazione di una fascia di criminalità non grave, ma nemmeno bagatellare», *ivi*, 477 s.

<sup>64</sup> Secondo quanto previsto dalla proposta di Articolato, l'art. 649, co. 1°, prevede che «Non è punibile il minore degli anni diciotto che abbia commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno dell'ascendente o dell'adottante o del genitore affidatario».



reati commessi da minorenni sono in larga misura reati di natura patrimoniale<sup>65</sup>. Sotto altro profilo, le forme di criminalità in questione sono peculiari, per la relazione personale esistente tra i soggetti coinvolti. Le relazioni familiari e domestiche, infatti, costituiscono un ambiente nel quale le conseguenze offensive della condotta potrebbero essere sottostimate, così come la qualificazione del fatto commesso come atto illecito di rilevanza penale. La collocazione del comportamento all'interno di una relazione personale di natura familiare può contribuire ad attenuare la percezione del disvalore etico-sociale del fatto da parte dell'autore minorenne. Nel contempo, occorre prendere atto che, dal punto di vista criminologico, non sono rare nella dimensione familiare le manifestazioni di aggressività e di violenza, di natura non soltanto fisica ma anche psicologica, per motivazioni di natura economica, perpetrate da minori<sup>66</sup>.

Delineando per il solo minore percorsi di non punibilità, il progetto di riforma si pone in termini coerenti con quanto previsto dalle fonti sovranazionali in materia di giustizia penale minorile. Tali dichiarazioni esprimono chiare sollecitazioni rispetto al riconoscimento al minore autore di reato di trattamenti sanzionatori differenziati in ragione della sua personalità in via di formazione e del suo livello di maturità, giungendo alla previsione di regimi di completa esenzione da pena, quando le circostanze del caso lo consentano.

La soluzione proposta dal progetto di riforma, peraltro, sollecita alcune riflessioni inerenti all'assetto conclusivo della disciplina, sia rispetto al suo coordinamento con il sistema della giustizia penale minorile, sia con riferimento al significato di questa misura rispetto ai profili di rieducazione che la caratterizzano. La non punibilità riconosciuta al minore nell'ambito dei delitti contro il patrimonio si affianca, infatti, a vari altri istituti di carattere generale tipici del sistema della giustizia minorile, caratterizzati dalla predisposizione di soluzioni che comportano l'esclusione dell'applicazione della pena. Il riferimento si rivolge non soltanto agli istituti della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto (art. 27 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448) ma anche alla sospensione del procedimento con messa alla prova (artt. 28 e 29 d.p.r. 448/1988) e al perdono giudiziale (art. 169 c.p.). La causa speciale di non punibilità prevista per i delitti contro il patrimonio commessi in ambito familiare si inserisce, dunque, in un sistema di risposte al reato già caratterizzato da varie possibilità di riconoscimento di un esito comune di non punibilità. Nel contempo, la soluzione proposta appare uno strumento caratterizzato dall'assenza di opportunità, per il minore, di intraprendere un percorso di revisione critica del proprio comportamento. Analogamente a quanto avviene per altre cause speciali di non punibilità presenti nel codice penale, anche quella ipotizzata dal progetto di riforma si caratterizza per l'assegnazione di un regime di esenzione da pena sulla base di requisiti normativi sussistenti al momento della condotta, secondo una preventiva valutazione di meritevolezza degli interessi coinvolti. Nel caso di specie, si tratta di valutazioni che attengono alla necessità di salvaguardare il minore rispetto alle conseguenze offensive del reato. Permangono, tuttavia, riflessioni aperte circa l'opportunità politico-criminale di una soluzione che riconosce al minore un trattamento giuridico di non punibilità senza richiedere, da parte di quest'ultimo, l'avvio di un percorso di revisione critica del reato commesso. Sotto questo profilo, soluzioni maggiormente responsabilizzanti per il minore potrebbero contrastare la considerazione degli atti offensivi del patrimonio commessi in ambito familiare come illeciti sostanzialmente tollerabili, nonché di un ricorso allo strumento della non punibilità di significato clemenziale nei confronti del minore.

---

<sup>65</sup> V., sull'argomento, l'indagine condotta dall'ISTAT in materia di criminalità in Italia, i cui esiti sono pubblicati in ISTAT, *Delitti, imputati e vittime di reati. La criminalità in Italia attraverso una lettura integrata delle fonti sulla giustizia*, Istituto nazionale di statistica, 2020. 178 ss. Nell'ambito di questa indagine è emerso che i reati più frequentemente contestati agli imputati di età inferiore ai 18 anni sono i furti, seguiti da lesioni personali, reati inerenti alle sostanze stupefacenti, danneggiamento e ricettazione, *ivi*, 178 ss.

<sup>66</sup> Si veda, sul punto, la recente indagine condotta da R. BIANCHETTI – A. RUDELLI, *Parental abuse ed intervento giuridico: un'indagine presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in *Cass. pen.*, 2022, 6, 2328 ss.

#### 4. Il ruolo assegnato alla pena accessoria. Esercizio della responsabilità genitoriale e interesse del minore

Il progetto di riforma dei delitti contro la persona in ambito familiare offre lo spunto per ulteriori considerazioni attinenti al piano sanzionatorio. Nella proposta di articolato predisposta dal Gruppo per la riforma dei reati contro la famiglia è presente, tra le “Disposizioni comuni”, una norma secondo la quale «La condanna pronunciata contro il genitore per alcuno dei delitti preveduti da questo Capo comporta la perdita della responsabilità genitoriale»<sup>67</sup>. Il progetto di riforma, dunque, intenderebbe avvalersi della pena della decadenza dalla responsabilità genitoriale come strumento ulteriormente sanzionatorio<sup>68</sup> nei confronti del genitore condannato per uno dei reati previsti nell’articolato. La proposta in questione esprime un approccio politico-criminale orientato all’incremento delle conseguenze afflittive<sup>69</sup> derivanti dai reati commessi nel contesto familiare per il genitore condannato. La stessa sollecita, peraltro, osservazioni sia sul piano sistematico, in relazione alla collocazione di questa disciplina nel codice penale, sia sul piano politico-criminale, con riferimento alla *ratio* di tutela che attraverso di essa si intende perseguire.

Dal punto di vista sistematico, la pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale è inserita in un contesto – delitti contro la persona in famiglia e nelle formazioni sociali alla stessa equiparate – particolarmente esteso, nell’ambito del quale sono oggetto di repressione penale non soltanto condotte offensive dell’integrità fisica e psicologica dei minori ma anche condotte attinenti al corretto esercizio del ruolo genitoriale che non si traducono in un immediato pregiudizio per il minore. Data l’eterogeneità delle fattispecie di reato oggetto di disciplina, un’eventuale pena accessoria privativa della responsabilità genitoriale collegata a ciascuna delle fattispecie disciplinate nel medesimo Capo rischia di costituire una misura gravemente afflittiva nei confronti dei soggetti condannati. Oltre all’eterogeneità delle fattispecie coinvolte, anche la differente gravità che ciascuna condotta è in grado di esprimere

<sup>67</sup> Cfr. *Articolato*, Sezione I, Disposizioni comuni, Pena accessoria.

<sup>68</sup> In dottrina è stata evidenziata la «doppia natura» della pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale: «infamante nel senso di stigmatizzare la gravità oggettiva dei reati commessi; specialpreventiva nel senso di neutralizzare le condizioni che hanno determinato il comportamento criminale», in questi termini, S. LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l’applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, 600.

<sup>69</sup> Evidenziano i contenuti afflittivi della pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale, in particolare, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, 283 s., il quale rileva che la perdita della responsabilità genitoriale implica la perdita dei *poteri* inerenti ad essa, non invece dei *doveri* spettanti al genitore nei confronti del figlio minore. Tale risultato appare inevitabile, se si considera che, diversamente, la pena accessoria avrebbe un contenuto “premiale”, di alleggerimento dei doveri del genitore-autore di reato nei confronti del figlio minore. Per analoghi rilievi, v. A. SPENA, *Famiglia e pene accessorie*, cit., 361; A. DI MARTINO, *Diritto penale e “crediti da crisi familiare”. Accessorietà della tutela fra assetti consolidati e recenti modifiche normative*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Torino, 2011, 833; P. PISA, *Art. 34*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. FORTI – S. SEMINARA – G. ZUCALÀ, VI ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2017, 127. V. anche P. ZAGNONI BONILINI, *I riflessi della «responsabilità genitoriale»*, 2014, cit., 961. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. VI, 29 ottobre 2009, n. 43288, che precisa che «la pronuncia della decadenza dalla responsabilità genitoriale lascia inalterati i doveri di assistenza del genitore decaduto, penalmente sanzionati, sicché il provvedimento non incide sulla responsabilità penale». Sul punto v. anche Cass., sez. VI, 21 marzo 2000, n. 4887, che ha evidenziato che «gli effetti dell’istituto della decadenza dalla potestà genitoriale si esplicano sul duplice piano dei poteri e dei doveri [...]: il genitore decaduto dalla potestà perde i poteri il cui esercizio continuerebbe a danneggiare la crescita del minore; non perde, però, alcuno dei doveri che gli incombono [...] E sembra anche che, interpretata in tal modo, la norma riveli un elevato grado di coerenza logica, non essendo pensabile che l’ordinamento possa giungere a un punto tale di contraddizione da trasformare la decadenza della potestà genitoriale in una sorta di istituto di carattere premiale per il genitore dimostratosi indegno, permettendogli di continuare a disinteressarsi del figlio minore».

costituiscono elementi idonei a consentire significative diseguaglianze di trattamento tra situazioni che possono risultare notevolmente differenti. All'eterogeneità delle fattispecie incriminatrici astratte, infatti, deve essere affiancata la considerazione dell'ampia diversificazione delle forme di manifestazione di ciascun reato<sup>70</sup>, cosicché lo strumento privativo o limitativo della responsabilità genitoriale non appare concretamente in grado di attuare una graduazione della risposta sanzionatoria. La valutazione discrezionale consentita al giudice in relazione all'afflittività della pena principale, modulata attraverso i criteri previsti dall'art. 133 c.p., dunque, può risultare gravemente sbilanciata dall'applicazione di una pena accessoria attraverso un mero automatismo, effetto della pronuncia di una sentenza di condanna.

La severità di queste misure è stata oggetto di specifica censura da parte della Corte costituzionale, nell'ambito di alcune importanti sentenze. Da tempo, oltre alla dottrina<sup>71</sup>, anche i giudici di merito hanno riscontrato profili di incompatibilità delle pene accessorie con i principi costituzionali, in particolare se definitive e di applicazione automatica. In alcune occasioni, una delle discipline che sanciscono l'applicazione automatica della pena accessoria di cui si discute, l'art. 569 c.p. è stata oggetto di censura davanti alla Corte costituzionale per contrasto con la funzione rieducativa della pena (art. 27 Cost.), che dovrebbe essere valorizzata anche con riferimento alle pene accessorie inerenti all'esercizio della responsabilità genitoriale. In altri casi, invece, della pena accessoria in questione è stato evidenziato l'impatto negativo rispetto agli interessi del minore coinvolto, costretto a subire le conseguenze afflittive di una sanzione penale applicata al genitore. La pena accessoria in questione risulterebbe contrastante con la presenza di una disciplina, che consente al Tribunale per i minorenni una serie graduata di interventi, prima di pervenire ad una dichiarazione di decadenza del genitore dalle sue funzioni<sup>72</sup>. La Corte costituzionale aveva espresso, sul punto, un orientamento contrario alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, osservando che una norma penale che prevede una pena accessoria non può essere caducata sulla base del pregiudizio arrecato agli interessi di un terzo<sup>73</sup>.

L'orientamento in questione, tuttavia, è stato abbandonato nelle più recenti decisioni della Corte costituzionale.

Il primo segnale di un esplicito mutamento di prospettiva è costituito dalla sentenza 23 febbraio 2012, n. 31<sup>74</sup>. Con questa decisione, emessa in relazione alla pena accessoria prevista

---

<sup>70</sup> A titolo esemplificativo, è possibile richiamare la diversificazione delle modalità con le quali si attua il delitto di maltrattamenti, con condotte commissive ovvero omissive, attraverso comportamenti di natura violenta ovvero con modalità relazionali che corrispondono ad atteggiamenti di "ipercura" del minore, cfr. A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., 347 ss.; R. BARTOLI, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, cit., 217 ss.; L. MALDONATO – C. TACCARDI, *I reati contro l'assistenza familiare*, in *Giur. it.*, 2021, 5, 1235 ss.

<sup>71</sup> Sul tema v., in particolare, S. LARIZZA, voce *Pene accessorie*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Utet, 1995, 434; ID., *Le pene accessorie*, Cedam, 1986, 363 ss.; P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Giuffrè, 1984, 15 ss.; AA.VV., *Pene accessorie e sistema penale*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche*, vol. V, Edizioni Università di Trieste, 2001.

<sup>72</sup> In questi termini, Trib. Roma, ord. 4 aprile 1986, in *G.U.*, 1<sup>a</sup> Serie speciale, 1986, n. 38.

<sup>73</sup> Si veda, sul punto, l'ordinanza Corte cost., 23 giugno 1988, n. 723, in *Giur. cost.*, 1988, 3272, nella quale la Corte, dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata, ha osservato che «non è certamente in ragione di eventuali ripercussioni negative, su terzi, che l'applicazione di sanzioni penali, principali od accessorie, può eventualmente provocare, che va dichiarata l'illegittimità costituzionale d'una determinata pena».

<sup>74</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. cost.*, 2012, 1, 364 ss., con nota di M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, ivi, 377 ss., e in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, 595 ss., con nota di S. LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, ivi, 597 ss. Sulla decisione, v. anche G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato*, in [www.penalecontempoaneo.it](http://www.penalecontempoaneo.it), 27 febbraio 2012; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una*

dall'art. 569 c.p., la Corte ha affermato l'illegittimità costituzionale della disposizione in questione, «nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato [...] consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto»<sup>75</sup>. Pur inserendosi in un più ampio filone giurisprudenziale diretto a contrastare gli automatismi sanzionatori presenti in vari ambiti della legislazione penale, sostanziale e processuale<sup>76</sup>, la decisione in questione si è segnalata per il carattere innovativo del suo approccio, avendo introdotto questa prospettiva di valutazione rispetto all'istituto delle pene accessorie e con riguardo al loro specifico contenuto<sup>77</sup>, ossia l'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti di un figlio minore. La successiva sentenza 23 gennaio 2013, n. 7<sup>78</sup> ha ribadito il medesimo principio, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p. in relazione ad un'altra delle figure di reato dirette alla tutela dello *status filiationis*, ossia l'art. 566, co. 2°, c.p. La Corte ha evidenziato che, poiché la pena accessoria in questione incide su una potestà che coinvolge non soltanto il suo titolare ma anche, necessariamente, il figlio minore, «in tanto può ritenersi giustificabile l'interruzione di quella *relatio* (sul piano giuridico, se non naturalistico), in quanto essa si giustifichi proprio in funzione di tutela degli interessi del minore»<sup>79</sup>.

Da una parte della dottrina sono state sollevate critiche rispetto a queste decisioni, che – sebbene pervengano ad esiti di illegittimità costituzionale da condividere – non hanno valutato la pena accessoria in questione sotto il profilo della sua dubbia compatibilità con la finalità di rieducazione, ai sensi dell'art. 27, co. 3°, Cost.<sup>80</sup> ma dalla prospettiva della «lesione di un

---

*recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4909 ss. Sulla sentenza, sia consentito il rinvio anche a L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1585 ss.

<sup>75</sup> In questi termini, Corte cost., sentenza 23 febbraio 2012, n. 31, cit., 377.

<sup>76</sup> Per un'ampia disamina sulla giurisprudenza costituzionale che ha censurato, in molteplici ambiti del diritto penale sostanziale e processuale, gli automatismi sanzionatori, cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2012, specialm. 218 s. L'A. evidenzia l'esistenza nella giurisprudenza costituzionale di alcune decisioni significative, in materia di esecuzione della sanzione penale – in particolare, le sentenze n. 215/1990 e 350/2003 – che hanno ritenuto illegittima la disparità di trattamento tra genitori perché pregiudizievoli dei diritti del figlio minore, *ivi*, 263 ss.

<sup>77</sup> Cfr. L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, cit., 1586 s.; G. PANEBIANCO, *L'automatismo delle pene accessorie sottoposto nuovamente al bisturi della Corte costituzionale, ancora una volta nel segno del child's best interest*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 11, 1438, la quale definisce la sentenza n. 31 del 2012 «un coraggioso e ormai consolidato *revirement* dei giudici costituzionali».

<sup>78</sup> Corte cost., sentenza 23 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 2013, 1, 169 ss., con nota di M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*, in *Giur. cost.*, 2013, 1, 176 ss. Sulla decisione v. anche V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Dir. pen. contemp. – Riv. trim.*, 2/2013, 199 ss.; S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 5, 554 ss.

<sup>79</sup> In questi termini, Corte cost., sentenza 23 gennaio 2013, n. 7, cit., 174 s.

<sup>80</sup> Per considerazioni critiche sulle decisioni della Corte costituzionale, cfr. M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*, cit., 177, il quale evidenzia, in particolare nella sentenza n. 7 del 2013, la «mancanza di qualsivoglia riferimento a quello che resta pur sempre il destinatario unico della pena accessoria: il *reo*». Nella decisione in questione, infatti, «l'intero apparato argomentativo [...] ruota intorno all'interesse» di un terzo, ossia il minore, *ivi*, 178. Analoghe osservazioni sono svolte da S. LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, cit., 600, la quale evidenzia che «alla declaratoria di illegittimità, forse, si sarebbe potuto pervenire valorizzando anche un altro argomento più denso e pregnante, seppure solo fugacemente richiamato nell'ordinanza di rimessione: bastava fare leva sull'automatismo dell'irrogazione della sanzione accessoria che contrastando, *in primis*, con il principio di individualizzazione giudiziale della pena, rende sicuramente più arduo il compito rieducativo della pena». In questo contesto, l'argomento dell'interesse del minore avrebbe potuto essere utilizzato «in maniera rafforzativa», *ivi*, 600.

interesse di rilevanza costituzionale e internazionale»<sup>81</sup>, ossia l'interesse del minore. L'automatismo della pena accessoria e il suo carattere perpetuo avrebbero dovuto costituire, secondo questo orientamento, argomenti più pertinenti e specifici ai fini della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p., in ragione di un palese contrasto con la funzione di rieducazione assegnata alla sanzione penale<sup>82</sup>. Da questo punto di vista, dunque, l'automatismo delle pene accessorie «rimane circondato da ampie ombre d'incostituzionalità»<sup>83</sup>.

Per quanto la funzione di rieducazione della pena – e della pena accessoria in particolare – costituisca un nodo problematico di grande rilevanza e tuttora aperto, occorre considerare che la prospettiva adottata dalla Corte costituzionale è rivolta alla natura *funzionale* della responsabilità genitoriale, la cui privazione non si traduce necessariamente in un beneficio per il minore coinvolto, nonostante il rispettivo titolare si sia reso responsabile di un reato. Le decisioni della Corte costituzionale, in particolare, hanno avviato un «percorso di riconoscimento degli 'interessi familiari' del minore»<sup>84</sup>, nell'ambito del quale la considerazione dell'interesse del minore nel singolo caso costituisce il riferimento per una valutazione, rimessa alla discrezionalità del giudice, dell'opportunità di applicazione della sanzione accessoria, secondo un procedimento di bilanciamento «in concreto» degli interessi coinvolti<sup>85</sup>.

L'orientamento della Corte costituzionale contrario all'automatismo della pena accessoria che coinvolge l'esercizio della responsabilità genitoriale si è ulteriormente consolidato con la sentenza 29 maggio 2020, n. 102 della Corte costituzionale<sup>86</sup>. Chiamata a pronunciarsi sull'art. 574-*bis* c.p. (sottrazione e trattenimento di minore all'estero) e sulla previsione della sospensione automatica della responsabilità genitoriale per il genitore in caso di condanna, la Corte ha accolto la questione sollevata, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma<sup>87</sup>, che non consente di considerare le esigenze del minore, secondo le specificità del caso. La decisione in questione si inserisce nel solco tracciato dalle precedenti sentenze di illegittimità della Corte costituzionale, che hanno attribuito rilevanza, ai fini della decisione, all'interesse del minore coinvolto dall'applicazione di questa specifica pena accessoria<sup>88</sup>. Nel contempo, la

---

<sup>81</sup> In questi termini, con riferimento alla sentenza n. 7 del 2013 della Corte costituzionale, v. S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, cit., 560.

<sup>82</sup> Cfr. M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, cit., 377 ss.

<sup>83</sup> In questi termini, M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, cit., 380.

<sup>84</sup> In questi termini, M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, 50. Per un'ampia disamina del percorso di riconoscimento del *best interest of the child*, nella cultura giuridica anche europea, v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, 2016, 87 ss.

<sup>85</sup> Per questi rilievi, cfr. M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali*, cit., 49. Sulle tecniche di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale, cfr. R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, 3574 ss.

<sup>86</sup> Corte cost., sentenza 29 maggio 2020, n. 102, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1210 ss., con nota di G. MATUCCI, «Cecità» della legge e interesse concreto del minore. *Sull'incostituzionalità dell'automatica sospensione della responsabilità genitoriale*, *ivi*, 1228 ss. Per commenti alla decisione della Corte costituzionale, v. R. BARTOLI, *Sospensione dalla responsabilità genitoriale e ragionevolezza: cadono ulteriori automatismi e si affacciano nuove questioni di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 4, 1965 ss.; G. PANEBIANCO, *L'automatismo delle pene accessorie sottoposto nuovamente al bisturi della Corte costituzionale, ancora una volta nel segno del child's best interest*, cit., 1437 ss.; G. LEO, *Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 1° giugno 2020.

<sup>87</sup> La Corte costituzionale ha dichiarato, in particolare, che l'art. 574-*bis*, co. 3°, c.p. risulta incompatibile, con riferimento all'automatica applicazione della sanzione accessoria, «con tutti i parametri costituzionali [...] indicati, interpretati anche alla luce degli obblighi internazionali e del diritto dell'Unione europea in materia di tutela di minori che vincolano l'ordinamento italiano». Si tratta, in particolare, degli artt. 2, 3, 27 co. 3°, 30 e 31 Cost.

<sup>88</sup> Evidenzia che, come è avvenuto per le precedenti decisioni in materia di pene accessorie, il profilo principale di considerazione da parte della Corte costituzionale è costituito dall'interesse del minore, mentre non è stata

sentenza, ampiamente argomentata anche rispetto ai profili sistematici della disciplina censurata, solleva esplicitamente un interrogativo, rivolto al legislatore: «se il giudice penale sia l'autorità giurisdizionale più idonea a compiere la valutazione di effettiva rispondenza all'interesse del minore di un provvedimento che lo riguarda, quale è l'applicazione di una pena accessoria che incide sul suo diritto a mantenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori»<sup>89</sup>.

Dalla giurisprudenza costituzionale provengono, dunque, chiare sollecitazioni per una rinnovata riflessione circa l'opportunità del mantenimento di istituti di natura sanzionatoria fondati su un automatismo, in un contesto quale quello delle misure che incidono sulla responsabilità genitoriale, nonché sull'opportunità di mantenere nel sistema penale una misura il cui specifico contenuto richiederebbe l'attivazione di una differente competenza funzionale. Siano considerate da una prospettiva di esigenze di rieducazione del reo, siano orientate al riconoscimento delle esigenze di tutela del minore coinvolto nel comportamento illecito tenuto da soggetti rivestiti di specifiche responsabilità nei suoi confronti, le decisioni della Corte costituzionale hanno aperto un percorso di riflessione rispetto a queste misure, al quale il legislatore è stato apertamente sollecitato a prendere parte.

#### **4.1. (segue) Per una valorizzazione dell'interesse del minore attraverso un coordinamento di strumenti e di competenze**

Il più recente orientamento espresso dalla giurisprudenza costituzionale in materia di pene accessorie che incidono sull'esercizio della responsabilità genitoriale sollecita riflessioni circa la riapertura di un dibattito sulla compatibilità costituzionale delle pene accessorie, con particolare riferimento a quelle definitive e di durata predeterminata in via legislativa. Sebbene dalla Corte provengano decisioni che, finora, non hanno avuto ad oggetto fattispecie di reato che implicano un'offesa rivolta all'integrità fisica o sessuale del minore – “casi difficili”, per una valutazione circa la meritevolezza della conservazione della responsabilità genitoriale per il genitore-autore di reato – le sentenze richiamate sono esplicite nell'affermare la necessità di un'attenta valutazione degli interessi del minore concretamente coinvolto.

Ulteriori ostacoli alla conservazione di discipline che si avvalgono della pena accessoria secondo logiche di automatismo e di definitività sono costituiti dalla presenza di istituzioni e di strumenti normativi già incaricati della regolamentazione della responsabilità genitoriale. Il Tribunale per i minorenni, da un lato, e le disposizioni civilistiche di riferimento, dall'altro lato, delineano un ambito di intervento entro il quale gli interessi del minore possono trovare protezione, secondo logiche di (auspicata) proporzionalità e adeguatezza alle esigenze di tutela presenti nello specifico caso oggetto di valutazione. Nell'ampia casistica giudiziaria relativa all'applicazione degli articoli 330-333 c.c., che disciplinano i provvedimenti limitativi o privativi della responsabilità genitoriale, emergono utili elementi di riflessione in relazione all'uso di tali provvedimenti in funzione “sanzionatoria”. In particolare, la giurisprudenza di legittimità evidenzia le criticità derivanti da procedimenti, anche di durata non breve, all'esito dei quali si determina una forzata interruzione del legame genitore-figlio, da considerare anche sul piano psicologico, nella forma di effetti traumatizzanti subiti dal minore<sup>90</sup>. Dalla medesima

---

assunta la prospettiva del genitore condannato e della finalità di rieducazione della sanzione penale, G. PANEBIANCO, *L'automatismo delle pene accessorie sottoposto nuovamente al bisturi della Corte costituzionale, ancora una volta nel segno del child's best interest*, cit., 1445.

<sup>89</sup> In questi termini, Corte cost., sentenza 29 maggio 2020, n. 102, cit., 1226. Rileva che «giustamente la Corte si interroga sulla idoneità del giudice penale a compiere una valutazione sulla genitorialità», R. BARTOLI, *Sospensione dalla responsabilità genitoriale e ragionevolezza: cadono ulteriori automatismi e si affacciano nuove questioni di legittimità*, cit., 1971.

<sup>90</sup> Evidenziano gli effetti negativi subiti dal minore dalla forzata interruzione dei rapporti con i genitori e

casistica in sede civile emerge, altresì, la considerazione dei provvedimenti privativi della responsabilità genitoriale come soluzioni corrispondenti a criteri di *extrema ratio*. Anche in recenti pronunce, nelle quali l' idoneità genitoriale è stata posta in discussione sulla base di indici di particolare gravità, da parte della Corte di legittimità si è richiesto che la misura della decadenza dalla responsabilità genitoriale sia adottata secondo criteri di residualità rispetto alle ulteriori possibilità di tutela offerte dall'ordinamento e previa indicazione di specifiche condotte offensive e di comportamenti che possano giustificare tale rigoroso provvedimento<sup>91</sup>. Per quanto, in ambito penale, i provvedimenti sulla responsabilità genitoriale siano emessi come conseguenza di comportamenti del genitore connotati da particolare gravità, in quanto corrispondenti a fattispecie di reato, e per quanto in questo ambito più diffusa sia la tendenza a stigmatizzare chiaramente il comportamento del genitore-autore di reato, appare opportuna, sul punto, una rinnovata riflessione sul sistema vigente, che comporti anche un coordinamento di tutti gli strumenti giuridici disponibili.

In primo luogo, potrebbe rivelarsi espressione di eccessiva severità l'accostamento della pena accessoria a tutti i delitti contro la persona commessi in ambito familiare, soluzione che sembra agevolare un'equiparazione di trattamento che non trova riscontro nelle differenti modalità di manifestazione di ciascuno dei delitti considerati, nonché un'applicazione indiscriminata della misura in tutti i casi di condanna del genitore, indipendentemente dall'impatto offensivo che il reato abbia effettivamente arrecato al minore.

La funzione della pena accessoria che il progetto di riforma propone di introdurre nell'ambito dei delitti contro la persona nel contesto familiare, inoltre, potrebbe essere egualmente svolta attraverso un uso più adeguato della disciplina prevista dall'art. 34 c.p., che riconosce al giudice penale la facoltà di applicare la pena accessoria in questione nel caso siano compiuti reati «con abuso» della qualità di genitore, ossia quando l'esercizio delle prerogative spettanti al genitore abbia «quanto meno agevolato l'esecuzione del reato»<sup>92</sup>. La disposizione in questione, fondata sulla «ricerca della maggiore opportunità del caso concreto»<sup>93</sup>, escludendo ogni automatismo, esprime una considerazione delle specificità della singola vicenda e delle modalità della condotta, nel rispetto delle esigenze del minore anche attraverso un coordinamento con le autorità giudiziarie civili. Questa soluzione, in particolare, potrebbe costituire una disciplina sufficiente a conferire al giudice di merito una possibilità di valutazione delle circostanze concrete del fatto e delle esigenze di tutela del singolo minore. Il carattere flessibile e revocabile dei provvedimenti emessi dal giudice civile<sup>94</sup> costituisce, da questo punto

---

dall'alterazione delle abituali condizioni di vita, tra le altre, Cass., sez. I civile, 13 aprile 2021, n. 16569; Cass., sez. I civile, 4 novembre 2019, n. 28257. Sul tema, si vedano le considerazioni di E. CECCARELLI – F. VITRANO, *Figli nel vortice del conflitto tra i genitori: sostegno, ascolto e specializzazione degli operatori*, in *Minorigiustizia*, 2018, 2, 7 ss., i quali evidenziano l'importanza, per un'ottimale crescita psico-fisica dei minori, della conservazione di un rapporto continuativo ed equilibrato con entrambi i genitori. Alla conservazione di tale rapporto si potrebbe rinunciare come *extrema ratio*, per «gravi ragioni», quali un'«incapacità manifesta» del genitore all'adempimento delle sue funzioni, *ivi*, 8.

<sup>91</sup> Emblematiche, sul punto, le argomentazioni espresse da Cass., sez. I civile, 26 gennaio 2022, n. 9691, che evidenzia l'importanza della considerazione delle conseguenze offensive, in termini di traumi psicologici subiti dal minore, derivanti dall'adozione di provvedimenti privativi della responsabilità genitoriale. V. anche Cass., sez. I civile, 16 febbraio 2016, n. 6919, che richiama la necessità di rigorosi riscontri probatori da porre a fondamento del giudizio di idoneità del genitore a svolgere adeguatamente il proprio ruolo, attraverso elementi di fatto e circostanze suscettibili di puntuale verifica, considerato il diritto del minore alla bigenitorialità e ad una crescita equilibrata e serena.

<sup>92</sup> Sul punto, cfr. G. CERQUETTI, voce *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Giuffrè, 1982, 826, il quale rileva che indicazioni sul punto possono essere dedotte, altresì, dalla disposizione contenuta nell'art. 61, n. 9, c.p., nella quale è presente il medesimo riferimento testuale al concetto di abuso. Sul punto v. anche MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, vol. VII, 84.

<sup>93</sup> In questi termini, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, cit., 286.

<sup>94</sup> Si veda, sul punto, quanto ribadito anche di recente dalla Corte di legittimità in relazione al provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 333 c.c.: si tratta di un provvedimento «privo del

di vista, uno strumento di tutela più idoneo ad obiettivi di regolamentazione da riferire al singolo caso oggetto di giudizio.

Convincente, a tale proposito, appare la proposta dell'introduzione nell'ambito dei delitti commessi nel contesto familiare di una norma elaborata in termini analoghi all'art. 34, co. 5°, c.p., che sancisca che, in caso di condanna del genitore, gli atti del procedimento siano trasmessi al Tribunale per i minorenni, perché assuma i provvedimenti più opportuni nell'interesse del minore<sup>95</sup>.

In una prospettiva di maggiore apertura all'ambito di competenza del giudice civile e di affidamento alle rispettive funzioni, tuttavia, potrebbe essere anche valutata una soluzione differente, ossia un coordinamento con l'attuale sistema delle pene accessorie dettato in via generale, attraverso l'eliminazione dal catalogo delle pene accessorie dei provvedimenti che incidono sulla responsabilità genitoriale. I suddetti provvedimenti, infatti, non presentano soltanto carattere afflittivo per il genitore-autore di reato, ma si traducono in effetti negativi per il minore coinvolto. Le attività che integrano l'esercizio della responsabilità genitoriale, infatti, corrispondono a poteri ed obblighi conferiti al genitore in funzione della realizzazione del migliore interesse del minore. Il carattere *funzionale* di tali prerogative dovrebbe indurre ad escludere che la privazione di esse possa essere interpretata secondo logiche "adulto-centriche", meramente sanzionatorie nei confronti del genitore condannato. Una prospettiva volta alla valorizzazione delle competenze e delle risorse presenti nel sistema giudiziario, pertanto, appare quella che implica un radicale distacco da un approccio endo-penalistico ai problemi della tutela del minore nell'ambito di contesti familiari di particolare criticità, attraverso la rimessione dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale alla magistratura civile competente in base alle rispettive attribuzioni, con la conseguente eliminazione dei suddetti provvedimenti dal catalogo delle pene accessorie.

Tale ipotesi circola da tempo nell'ambito della dottrina penalistica, come emerge dal contenuto del Progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione presieduta dal Professor Carlo Federico Grosso<sup>96</sup>. In quel progetto, i provvedimenti che incidono sulla responsabilità genitoriale sono stati rimossi dalla categoria delle pene accessorie. Le ragioni di tale proposta sono state illustrate nella Relazione accompagnatoria del suddetto progetto, secondo la quale «Non è stata prevista una pena interdittiva relativa alla potestà dei genitori, essendosi preferito lasciare la materia degli interventi sulla potestà a provvedimenti del Tribunale per i minorenni nell'esclusivo interesse del minore»<sup>97</sup>. La soluzione in questione, rievocata anche dalle parole della Corte costituzionale nella sua più recente pronuncia – la sentenza n. 102 del 2020 – ha assunto la forma di un invito esplicitamente rivolto al legislatore, una preziosa sollecitazione che appare opportuno accogliere, al fine di esprimere sul piano della discrezionalità legislativa una scelta di attribuzione di competenze e di funzioni, che già risulta implicitamente contenuta nella legislazione vigente in materia di regolamentazione

---

carattere della definitività, risultando sempre revocabile e reclamabile». Il provvedimento viene definito "conveniente", «proprio in quanto modificabile in qualsiasi momento non solo *ex nunc*, per nuovi elementi sopravvenuti, ma anche *ex tunc*, in virtù di un riesame delle originarie risultanze, e quindi non definitivo», in questi termini, Cass., sez. VI civile, 7 aprile 2022, n. 20741.

<sup>95</sup> Per questa proposta, A. SPENA, *Famiglia e pene accessorie*, cit., 361, il quale suggerisce l'introduzione di «una norma del tenore analogo a quello dell'attuale art. 34 comma 5 c.p. [...] stabilendo, cioè, che, in caso di condanna per reati commessi con abuso della responsabilità genitoriale, o comunque in danno dei figli minori, o anche in caso di altri reati di particolare gravità (perché ad es. puniti con l'ergastolo o con la reclusione superiore, nel massimo, ad una certa soglia)», gli atti del procedimento vengano trasmessi al Tribunale per i minorenni, «perché assuma i provvedimenti meglio confacenti al migliore interesse dei minori».

<sup>96</sup> La Commissione ministeriale per la riforma del codice penale presieduta dal Professor Carlo Federico Grosso è stata istituita con D.M. 1° ottobre 1998.

<sup>97</sup> Cfr. *I lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D.M. 1° ottobre 1998*, cit., 621.



dell'esercizio della responsabilità genitoriale<sup>98</sup>.

Non vi è dubbio che la soluzione in questione implichi un drastico mutamento di approccio alla questione, rispetto all'attuale assetto del codice penale. Le implicazioni sistematiche e politico-criminali di una scelta così radicale non sarebbero neppure trascurabili: la percezione di un trattamento sanzionatorio non sufficientemente severo nei confronti del genitore-autore di reato; la possibile conferma dell'idoneità genitoriale di una persona, anche a seguito della realizzazione di atti offensivi nei confronti dei propri figli; la possibile percezione di un "impoverimento" delle risposte penali a reati anche di particolare gravità. Sul piano operativo, inoltre, potrebbero derivarne obiettive difficoltà di coordinamento tra i differenti uffici giudiziari coinvolti ovvero un inopportuno rallentamento dell'applicazione dei provvedimenti necessari. Nondimeno, la soluzione di una completa rimessione delle valutazioni sulla responsabilità genitoriale all'autorità civile appare complessivamente sostenibile e implica il riconoscimento di competenze e di risorse, la valorizzazione di un approccio attento ad interessi particolari, proprio del diritto privato<sup>99</sup>, che possono essere utilmente coordinati in funzione del raggiungimento della migliore tutela del minore.

---

<sup>98</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, cit., 1602 s. V. altresì A. SPENA, *Famiglia e pene accessorie*, cit., 361, il quale rileva l'opportunità di «immaginare soluzioni che prevedano uno strutturale coinvolgimento» del Tribunale per i minorenni; G. PANEBIANCO, *L'automatismo delle pene accessorie sottoposto nuovamente al bisturi della Corte costituzionale, ancora una volta nel segno del child's best interest*, cit., 1445.

<sup>99</sup> Attenzione alla dimensione particolaristica che non corrisponde, invece, alla prospettiva di intervento del diritto penale, le cui previsioni sono pur sempre da inscrivere in un quadro generale di interessi meritevoli di tutela, cfr. C. PEDRAZZI, *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, in ID., *Diritto penale*, vol. I, *Scritti di parte generale*, Giuffrè, 2003, 185.



## IL DELITTO DI INCESTO: TRA FORO INTERNO E FORO ESTERNO\*

Adelmo Manna

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: riflessioni sul bene giuridico tutelato; 2. L'incesto nell'antropologia e nella psicoanalisi; 3. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, tedesca e della Corte EDU, nonché cenni alle più rilevanti legislazioni penali in materia; 4. La possibile irrilevanza penale dell'incesto, in rapporto alla "crisi" del concetto di famiglia naturale. la protezione, in ogni caso, della sfera sessuale del minore attraverso la previsione dell'art. 609-*quater* c.p.; 5. Opinioni favorevoli e contrarie alla decriminalizzazione dell'incesto, con particolare riguardo alla posizione negativa, ma complessa e variegata, del collega di Martino; 6. Le possibili obiezioni formulabili in rapporto alla complessa tesi del di Martino; 7. Conclusioni.

### 1. Introduzione: riflessioni sul bene giuridico tutelato

Il delitto di incesto è previsto nell'ambito dei delitti contro la morale familiare, ma dobbiamo subito constatare che si è verificata una progressiva desuetudine dell'incriminazione<sup>1</sup>, che già appare in contrasto con il principio di effettività<sup>2</sup> della tutela penale, come una delle condizioni fondamentali che sorreggono la legittimità della incriminazione, ovviamente in una prospettiva cosiddetta funzionalista<sup>3</sup> del diritto penale medesimo.

Ciò ridonda anche in rapporto allo stesso bene giuridico, giacché la morale familiare appare quasi un succedaneo della moralità pubblica e, comunque, esprime evidentemente una concezione sul punto eticizzante della stessa tutela penale, per cui appare preferibile un'opera di "concretizzazione" dello stesso bene giuridico, riprendendo in ciò quanto a suo tempo affermato dalla stessa Corte costituzionale, nel senso che l'incriminazione dell'incesto dovrebbe svolgere la funzione di prevenire i perturbamenti che alla famiglia possono derivare da rapporti sessuali di componenti diversi dai coniugi<sup>4</sup>.

In argomento, si pone, quindi, un problema strettamente collegato, di carattere dogmatico, cioè a dire se l'inciso "in modo che ne derivi pubblico scandalo" costituisca l'evento del reato, oppure una condizione obiettiva di punibilità<sup>5</sup>.

Dietro questa questione si cela un importante problema di carattere valoriale, giacché, se l'inciso in esame dà luogo ad una condizione obiettiva di punibilità, ne consegue che l'incesto, almeno secondo l'opinione tradizionale, costituirebbe di per sé già reato; ma ciò non può che esprimere una concezione assolutamente eticizzante del reato stesso, perché il valore penale

---

\*Una primigenia versione di questo saggio trovasi in *Arch. pen.*, online, 2021, 3.

<sup>1</sup> In argomento, A. BONFIGLIOLI, *sub art. 564 c.p.*, in M. SESTA, (a cura di), *Codice della famiglia*, Giuffré, 2011, II, 2369 ss.; M. CERASE, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*, in *Giur. cost.*, 2000, 4066 ss.; F. ROMANO, *L'incesto: è ancora in grado di suscitare pubblico scandalo?*, in *Giur. mer.*, 1998, 866 ss.; per un'analitica esposizione della dottrina e della giurisprudenza, cfr. G. LEO, *sub art. 564*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, 5ª, Ipsos, 2021, III, *Artt. 452 bis – 649 bis*, 654 ss.

<sup>2</sup> Cfr. in argomento, in particolare C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2011.

<sup>3</sup> Cfr. in argomento, soprattutto C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Esi, 1998.

<sup>4</sup> Corte cost. 21.11.2000, n. 518, in *Cass. pen.*, 2001, 815.

<sup>5</sup> Di recente e in maniera condivisibile, sul tema, G. COCCO, *La punibilità. Quarto elemento del reato*, Cedam, 2017.

sarebbe collegato ad una valutazione negativa da un punto di vista etico del rapporto sessuale tra consanguinei. Ecco, quindi, la ragione per cui apparirebbe preferibile la tesi secondo cui il pubblico scandalo costituirebbe, in realtà, l'evento del reato, così interpretando la norma in senso maggiormente orientato al principio di laicità, ma, a nostro sommo giudizio, non in modo del tutto convincente<sup>6</sup>.

A ben considerare, infatti, proprio il pubblico scandalo, seppur inteso come evento del reato, mostra proprio l'intendimento del codice penale Rocco e, quindi, la collocazione del reato *de quo* nell'ambito dei delitti contro la morale familiare, in quanto, evidentemente, per il legislatore del 1930 il disvalore penale s'incentrerebbe in tal guisa nel turbamento che l'incesto, solo se esteriorizzato, potrebbe suscitare nei confronti dei terzi e, più in generale, della pubblica opinione.

Anche qui, dunque, si pone il problema, in definitiva, di un diritto penale a forti tinte eticizzanti, ed è per questa ragione che riteniamo decisamente utile un approfondimento di carattere antropologico e psico-analitico sul delitto di incesto, per comprenderne meglio la *ratio puniendi* e, soprattutto, la sua giustificazione nel diritto penale della cosiddetta *post-modernità*.

## 2. L'incesto nell'antropologia e nella psicoanalisi

È noto, infatti, che secondo gli studi antropologici ed, in particolare, nel caso di specie, etnologici, presso i popoli primitivi l'incesto era punito molto severamente, come reato, ma ciò non avveniva in modo uniforme. In particolare, come ci indica il Frazer<sup>7</sup>, si usava distinguere, ad esempio, nella Melanesia ed in Australia tra il matrimonio fra cugini incrociati, considerato in genere lecito e quello, invece, tra cugini paralleli che, al contrario, risultava comunemente proibito. Ciò era dovuto al fatto che, laddove una comunità risultasse divisa in due classi esogamiche, i cugini paralleli, cioè figli di due fratelli e/o sorelle, appartengono necessariamente alla medesima classe esogamica, per cui soggiacciono al divieto di sponsali, giacché, altrimenti, infrangerebbero la legge fondamentale che proibisce a tutti i membri della stessa classe esogamica di sposarsi tra loro. Più in particolare, nelle società totemiche – tra cui l'Asia, l'Africa e l'America – nel mondo antico, la regola dell'esogamia è pressoché totale, nel senso che a nessun uomo è consentito di sposare una donna che appartenga al suo clan totemico.

Questa legge fondamentale proibisce, quindi, il matrimonio fra fratelli e sorelle, proprio in quanto discendono necessariamente dallo stesso clan ereditario. Da quanto sopra si può chiaramente ricavare la funzione del divieto dell'incesto, che infatti nei popoli primitivi era considerato fra i reati più gravi, cioè quella per cui, proibendo il matrimonio nell'ambito dello stesso clan esogamico, oppure totemico, s'intendeva evidentemente evitare una chiusura all'interno dello stesso clan, che avrebbe, così impedito i contatti con clan diversi; da cui il divieto degli sponsali, in particolare fra fratello e sorella.

Da queste sintetiche notazioni, si comprende, dunque, agevolmente che la funzione penalizzante dell'incesto era quella di consentire lo scambio tra diverse tribù, che invece sarebbe stato fortemente limitato, laddove gli sponsali fossero avvenuti nell'ambito di uno stesso, circoscritto clan totemico.

Il tabù dell'incesto è rimasto, per dirla con Carl Gustav Jung, nell'inconscio collettivo<sup>8</sup> della popolazione umana, tanto è vero che lo stesso tabù è stato spiegato dal padre della psico-analisi,

---

<sup>6</sup> In tal senso, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, 5ª, Zanichelli, 2020, II, tomo I, *I delitti contro la persona*, spec. 421-422.

<sup>7</sup> J.G. FRAZER, *Matrimonio e parentela*, a cura di Guidorizzi, Il Saggiatore, 2019, 129 ss. e, spec., 155 ss.

<sup>8</sup> C.G. JUNG, *Gli archetipi dell'inconscio collettivo*, tr. it. a cura di E. SCHANZER - A. VITOLO, Bollati Boringhieri, 1977.

cioè a dire Sigmund Freud, nel senso che “la prima scelta dell’oggetto sessuale da parte del bambino è incestuosa, si indirizza su oggetti rigorosamente proibiti, la madre e la sorella”<sup>9</sup>.

Tanto ciò è vero che il rapporto con i genitori, dominato dal desiderio dell’incesto, è considerato dalla psicoanalisi: “il complesso nucleare della nevrosi”. Ciò, quindi, dimostra come l’incesto costituisca un tabù, ovverosia una proibizione di carattere ancestrale, sia a livello individuale, che sociale, che si è tramandata dai popoli primitivi, nel corso del tempo, sino alla *post-modernità*, ma che, a ben considerare, possiede la medesima funzione, perché, laddove si ammettessero i rapporti sessuali tra madre, sorella e figlio, oppure tra figlia e padre, oppure fra figlia e zio materno, si impedirebbe a tutt’oggi la possibilità di uno scambio *extra-familiare*, che sarebbe, appunto, ostacolato, laddove si ammettesse un rapporto carnale fra consanguinei.

Ciò che, tuttavia, intendiamo rimarcare, proprio ai fini della proibizione penale, è che l’incesto, costituendo, appunto, un tabù, che si dimostra veritiero anche perché molto spesso la prima scelta dell’uomo risiede nei confronti di una donna, non a caso, molto simile anche alle fattezze morfologiche della madre e così, all’opposto, succede per la donna, è che l’incesto costituisce una norma così interiorizzata da porre il problema se sia necessario o no aggiungere ad essa una proibizione che non attiene più al foro interno, bensì a quello esterno, cioè appunto, al diritto penale.

### **3. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, della Corte Costituzionale tedesca e della Corte EDU; nonché cenni alle più rilevanti legislazioni penali in materia**

A questo proposito, può essere interessante valutare l’orientamento in materia della Corte Costituzionale italiana, di quella tedesca e della Corte EDU, perché siamo persuasi che dal loro orientamento si possano trarre significative conferme di quanto sinora abbiamo esposto.

Iniziamo dalla Corte Costituzionale italiana che, nel 2000, si è espressa sulla legittimità della previsione, come delitto, dell’incesto, a causa, però, del suo “valore simbolico”, quale presidio dell’istituzione familiare; valore, evidentemente, considerato così pregnante da giustificare, anche in chiave di legittimità costituzionale, l’intervento del legislatore penale nel campo del c.d. ordinamento sessuale della famiglia<sup>10</sup>.

A riprova di quanto in precedenza affermato, la sentenza della Corte Costituzionale suscita francamente quale riserva, nella misura in cui appare risultare anch’essa intrisa di una visione eticizzante, laddove identifica nella punizione dell’incesto un “valore simbolico”, seppure quale presidio dell’istituzione familiare.

In altri termini, evidentemente i giudici della Corte non si sono interrogati su di un problema invece, a nostro avviso, decisivo, cioè a dire in quale misura lo Stato possa ingerirsi sull’autonoma determinazione a livello sessuale di due adulti consenzienti, impedendo loro di intessere una relazione, a tutela della medesima famiglia, cui pur tuttavia quegli stessi soggetti appartengono.

Anche la Corte costituzionale tedesca è stata chiamata a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale della norma che sanziona l’incesto (par. 173 StGB), ovverosia la congiunzione carnale tra parenti<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> S. FREUD, *Totem e tabù – Concordanze nella vita psichica dei selvaggi e dei nevrotici*, intr. di K. KERÉNYI, Bollati Boringhieri, 1969 (1 ed. tedesca 1912-1913), 29 ss. e, spec., 48-49.

<sup>10</sup> Corte Cost., 21.11.2000, n. 218, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1590, con nota di G. SPANGHER, *Incesto tra suocero e nuora*; in argomento, v. anche CANDIOTTO, *Delitti contro la morale familiare e delitti in materia di adozione*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia – Le riforme, III, passim*; E. PALERMO FABRIS, A. PRESUTTI, S. RIONDATO, (a cura di) *Diritto penale della famiglia e dei minori*, Giuffrè, 2019, 158 ss.

<sup>11</sup> BVG, 26.02.2008, in 2 BvR 392/07, con traduzione italiana a cura di G. DODARO G. - M. DOVA, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2091 ss. Va, però, menzionata l’importante opinione dissenziente del giudice Winfried Hassemer, *leader* della Scuola penalistica di Francoforte e, non a caso, unico penalista nel Collegio giudicante, su

Per ben comprendere la sentenza della Corte Costituzionale tedesca, può risultare interessante fare riferimento al caso concreto, proprio per i suoi aspetti peculiari, che, almeno a nostro avviso, avrebbero potuto condurre ad una pronuncia di tipo assai diverso.

Il ricorrente, collocato in affidò al di fuori della propria famiglia all'età di soli 3 anni, a quella, invece, di circa 25 incontra la sorella, all'epoca sedicenne, che era rimasta presso la madre, con la quale instaura per la prima volta una relazione. Dopo un anno, alla morte della madre, i figli iniziano addirittura una convivenza *more uxorio*, da cui nascono, nel corso degli anni, 4 figli, di cui 3 saranno dati in affidò, e la più piccola, nata nel 2005, ha vissuto da allora con la madre.

Il ricorrente è stato condannato per incesto, punito fino a tre anni di reclusione, mentre la sua compagna, riconosciuta non imputabile, è stata, di conseguenza, ritenuta non punibile.

Si tratta del noto caso “Stübing c. Germany”. A questo proposito va rilevato come la Corte costituzionale tedesca sostanzialmente legittimi l'incriminazione della congiunzione carnale tra parenti, in base ad una ricostruzione dei beni giuridici protetti, come soprattutto la tutela della famiglia, nonché i rischi per l'asserito *partner* più debole, sia a livello psichico per costui, sia per eventuali danni fisiopsichici per i possibili nascituri. Queste argomentazioni sono, tuttavia, ritenute fallaci dal giudice Hassemer nella sua *dissenting opinion*, in quanto, in sintesi, il chiaro Autore ritiene in primo luogo che la tutela della famiglia non rientri nell'ambito della protezione della fattispecie di cui al par. 173, comma 2, StGB, né appare fondato il richiamo ad eventuali danni psichici per il *partner* più debole, perché non è assolutamente dimostrato non solo che esista un *partner* più debole, ma anche, e conseguentemente, che si possano provare danni fisiopsichici nei confronti di quest'ultimo. Né appare convincente il richiamo a supposti danni fisiopsichici per eventuali nascituri, non solo perché non è detto che dalla congiunzione carnale nascano figli e, soprattutto, in quanto la base empirica di tali danni fisiopsichici non è ancora sufficientemente dimostrata. Per questo complesso di ragioni, il chiaro Autore ritiene, in definitiva, che con l'incriminazione *de quo* si vada, in realtà, a punire una concezione morale esistente o solo supposta, ma non già un concreto bene giuridico<sup>12</sup>. Il condannato, dopo aver ricorso senza successo alla Corte costituzionale tedesca, si è rivolto, quindi, alla Corte EDU<sup>13</sup>.

La Corte approva sostanzialmente la posizione dello Stato tedesco, pur se riconosce - ed il dato risulta di notevole importanza - che il relativo procedimento penale abbia interferito sulla vita privata del ricorrente. Quest'ultimo, infatti, non solo aveva dubitato che l'interferenza potesse considerarsi legittima - e sul punto sembra che la Corte EDU gli dia ragione - ma osserva altresì che numerosi Paesi europei non criminalizzano l'incesto, in particolare tra fratelli ed, inoltre, che le ragioni fondate su ipotetici danni genetici alla prole che potrebbero derivare da rapporti incestuosi, non appaiono scientificamente solide ed, infine, che l'obiettivo della tutela della famiglia, proprio nel caso di contesti familiari come quello in esame, così largamente “disfunzionali”, non appare di certo congruo e pertinente.

---

cui cfr., *L'opinione dissenziente del giudice Hassemer alla decisione del secondo Senato del 26.02.2008*, in *ibid.*, 2103 ss., con trad. di G. DODARO G. - M. DOVA; sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca v., da ultimo, la nota, parzialmente critica, di G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *ibid.*, 2115 ss.

<sup>12</sup> HASSEMER, cit., 2109. Circa la sussistenza del pericolo per i bambini nati da un rapporto incestuoso di danni rilevanti a causa dell'elevata probabilità di accumulazione dei caratteri ereditari recessivi, si rileva, però, l'autorevole obiezione presente nella letteratura penalistica, circa la mancanza di validità empirica di tale assunto: cfr., in particolare, C. ROXIN, *Strafrecht, AT, 4° Aufl.*, Duncker & Humblot, 2006, 27. D'altro canto, anche nella letteratura italiana, va sottolineata la critica finale del G. DODARO, *op. ult. cit.*, 2136, secondo il quale la Corte costituzionale tedesca avrebbe respinto la questione senza un'adeguata motivazione ed attraverso la semplice “rimozione autoritaria del dubbio”: per quest'ultima espressione cfr. G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Sgb, 2008, 183.

<sup>13</sup> *Stübing c. Germany*, n. 43547/08, 12 aprile 2012; in argomento, P. DE STEFANI, *Riflessi penalistici della tutela della famiglia*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia - Le riforme, etc., cit.*, I, IV, par. 6, 81 ss. e, *quivi*, 93-94.

La Corte EDU, a sua volta, premette che, laddove lo Stato intervenga su aspetti intimi della vita privata, ha però il dovere di applicare i parametri di necessità e proporzionalità e ciò in modo particolarmente rigoroso. Se, tuttavia, su questioni che attengono all'etica, soprattutto *laddove tra i vari Stati europei non sussista un orientamento condiviso*, il margine di manovra degli Stati non può non ampliarsi per dar modo allo Stato stesso di interpretare, nel modo più fedele possibile, *“il sentire della popolazione”*.

In conclusione, se la criminalizzazione dell'incesto fra fratelli è presente in 24 Paesi sui 44 presi in considerazione, secondo la Corte EDU, il comportamento sarebbe ... *“ovunque” riconosciuto come un “disvalore”*, il che, però, ci appare un'affermazione intimamente contraddittoria. Ciononostante, per la Corte di Strasburgo, il matrimonio tra consanguinei, compreso quello fra fratelli, di cui al caso di specie, sarebbe in ogni caso da escludersi, per cui, la condotta dello Stato tedesco non configurerebbe una violazione dell'art. 8 CEDU, oltretutto il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

In definitiva, anche la pronuncia della Corte EDU non può soddisfare, sia per quanto in precedenza osservato, sia perché comporta il riconoscimento di un *“margine nazionale di apprezzamento”*, che, tuttavia, risulta decisamente in contrasto con la concezione sovranazionale del diritto, che invece dovrebbe essere istituzionalmente difesa da una Corte Europea, per cui si può concludere nel senso che la pronuncia stessa appare condurre ad un cedimento *“relativistico”* o, se si preferisce, ad una *“comoda”* forma di accondiscendenza ad istanze che, a torto o a ragione, uno Stato considera non negoziabili<sup>14</sup>.

Analizziamo ora, da ultimo, l'orientamento in materia di incesto e la sua rilevanza penale nell'ambito dei 31 membri del Consiglio d'Europa.

Va rilevato che di essi solo 16 sanzionano penalmente la congiunzione carnale tra congiunti, mentre in 15 altri Paesi non sussiste tale previsione; il che significa, chiaramente, che l'opzione penalistica è solo di misura maggioritaria.

Tra i Paesi che considerano l'incesto come reato, vanno infatti annoverati: l'Albania, l'Austria, la Bosnia Erzegovina, la Bulgaria, la Croazia, Cipro, la Repubblica Ceca, la Finlandia, la Grecia, l'Islanda, l'Irlanda, il Liechtenstein, la Macedonia, la Moldavia, la Repubblica Slovacca e quella di San Marino.

Tra i secondi, si annoverano, invece: l'Armenia, l'Azerbaijan, il Belgio, l'Estonia, la Georgia, la Lettonia, la Lituania, il Lussemburgo, Malta, Monaco, Montenegro, Portogallo, Slovenia ed Ucraina.

A questo elenco vanno aggiunti – in base ad una ricerca effettuata dal *Max Planck Institut* per il diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo in Brisgovia (Germania R.F.) ulteriori 8 Paesi, in cui l'incesto viene punito, cioè a dire, oltre la Germania e l'Italia, la Danimarca, la Polonia, la Romania, la Svezia, la Svizzera, la Ungheria ed il Regno Unito; mentre, fra quelli in cui non è prevista alcuna sanzione penale, si annoverano la Francia, i Paesi Bassi, la Federazione Russa, la Spagna e la Turchia.

Va, da ultimo, rilevato che in Francia, con la legge 2016-297, del 14 marzo 2016, si punisce, invero, l'incesto, in base all'art. 222- 31-1 c.p., ma solo laddove l'incesto avvenga mediante violenza oppure aggressione sessuale<sup>15</sup>.

In conclusione, anche dall'esame della legislazione dei principali Paesi europei, emerge chiaramente come non sussista un *eadem* sentire, in quanto le legislazioni nazionali che puniscono l'incesto sono pressappoco in numero equivalente a quelle che, di contro, non lo puniscono. Ciò appunto spiega - seppure non appare condivisibile, perché conduce ad una sorta di *“Inversionsmethode”* tra legislazioni nazionali e legislazione sovranazionale –

---

<sup>14</sup> Così, testualmente, P. DE STEFANI, cit., 95, e gli AA. *ivi* citati, cui pertanto, per maggiori approfondimenti, anche si rinvia.

<sup>15</sup> In argomento, A.M. BELTRAME, in P. ZATTI (diretto da) *Trattato di diritto di famiglia – Le riforma, etc. cit., Diritto penale della famiglia*, I, V, par. 2, 106.

l'orientamento della Corte di Strasburgo, che evidentemente, pur riconoscendo che il procedimento penale in materia d'incesto interferisce comunque sulla vita privata, evidentemente in questo stato di incertezza, non se l'è sentita di prendere nettamente posizione per un orientamento piuttosto che per l'altro, nonostante, appunto, la riconosciuta violazione dell'art 8 CEDU, preferendo, invece, lasciare ai singoli Stati un margine nazionale di apprezzamento, come abbiamo già ricordato, che, tuttavia, almeno a nostro avviso, conferma la natura di diritto penale intriso di eticità, relativo alla considerazione dell'incesto come reato, tanto è vero che la sua punizione differisce notevolmente proprio in base, evidentemente, alle c.d. *Kulturnormen*<sup>16</sup> di ogni singolo Stato.

#### **4. La possibile irrilevanza penale dell'incesto, in rapporto alla “crisi” del concetto di famiglia naturale. La protezione, in ogni caso, della sfera sessuale del minore attraverso la previsione dell'art. 609-*quater* c.p.**

La prospettiva, da noi avanzata, di una irrilevanza penale dell'incesto appare altresì funzionale alla “crisi” del concetto di famiglia naturale<sup>17</sup>, che infatti viene ormai contraddetta dal riconoscimento giuridico delle unioni di fatto, di quelle tra cittadini dello stesso sesso e così via. Ciò avviene anche a livello legislativo, non solo in Italia e, a nostro avviso, sta a dimostrare come pure la coscienza etico-sociale si sia ormai evoluta da un concetto quasi “sacrale” di famiglia naturale fondata sul matrimonio, verso il riconoscimento di unioni di tipo diverso che, seppure, ovviamente, non basate sul matrimonio *stricto sensu* inteso, tuttavia sono riconosciute dall'ordinamento giuridico quali forme ulteriori ed accettate di convivenza. In tale rinnovata prospettiva, ci sembra quindi di poter rilevare come la considerazione dell'incesto come reato, nonché la relazione incestuosa, appaiono viceversa, appartenere anch'esse ad una concezione etico-religiosa ormai superata dai tempi e dalla storia. Ciò, ben inteso, non significa però che l'eventuale decriminalizzazione dell'incesto conduca ad una totale liberalizzazione dei rapporti tra consanguinei perché, come abbiamo cercato di dimostrare in precedenza, residua comunque nel profondo della psiche umana, non solo individuale ma anche collettiva, il tabù dell'incesto, che, a nostro avviso, dovrebbe risultare più che sufficiente ad evitare l'ipotizzato “turbamento dell'ordine familiare”, come, fra l'altro, dimostra l'assai scarso carico giurisprudenziale del delitto di cui all'art. 564 c.p., senza, quindi, la necessità che a scongiurare detto turbamento si aggiunga anche, per le ragioni sinora evidenziate, una “impropria” proibizione penale.

Residua il serio problema della tutela della libertà sessuale del minore nei confronti del consanguineo maggiorenne e, sotto questo profilo, va registrato con favore il recente intervento del collega Riondato, che ha concluso un importante incontro di studio dell'AIPDP<sup>18</sup>. Il chiaro Autore ha, infatti, giustamente condiviso la prospettiva, da noi caldeggiata, cioè quella di decriminalizzazione dell'incesto, perché, per quanto riguarda il problema della tutela della libertà sessuale dei minori nei confronti dei consanguinei maggiorenni, sussiste già una fattispecie criminosa quale, appunto, l'art. 609-*quater* c.p., introdotto con l'art. 5 della legge 15.02.1996 n. 66, che, non a caso, incrimina proprio “gli atti sessuali con minorenni”. Tanto ciò è vero che il 3° comma della disposizione in oggetto si occupa proprio delle ipotesi in cui gli atti sessuali con minorenni siano compiuti da “l'ascendente, il genitore, anche adottivo”, ove è

---

<sup>16</sup> A tal proposito, nella dottrina tedesca, M.E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, 1903; tesi ripresa di recente, nella letteratura italiana, per la valorizzazione delle norme di cultura nell'ambito, in particolare, della rilevanza penale delle omissioni proprie, cfr. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I e II, Cedam, 1988; ID., “Non evento” e beni giuridici “relativi”: spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di offensività, in *Ind. pen.*, 1989, 211 ss.

<sup>17</sup> Cfr. in argomento, di recente, per una efficace sintesi delle diverse posizioni al riguardo, S. FIORI, *Famiglia naturale? Così si dividono storici e storiche*, in *La Repubblica*, 7 aprile 2019, 9.

<sup>18</sup> S. RIONDATO, da ultimo, *Conclusioni*, in questo *Libro*.



prevista una pena più grave, cioè quella della reclusione da tre a sei anni, mostrando così una tutela ad ampio raggio nei confronti del minore per quanto attiene alla sua sfera di autodeterminazione sessuale.

## 5. Opinioni favorevoli e contrarie alla decriminalizzazione dell'incesto, con particolare riguardo alla posizione negativa, ma complessa e variegata, del collega di Martino

A livello comparatistico la punizione della congiunzione carnale fra parenti, ovviamente consensuale, di cui al par. 173 dello *StGB*, è stata giustamente criticata dal *Deutscher Ethikrat*, cui fa parte anche il collega Hans-Yörg Albrecht, membro del Consiglio Etico ed ex Direttore del settore criminologico del *Max-Planck-Institut* per il diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo in Brisgovia (Germania R.F.), in quanto contrasterebbe con gli artt. 7 e 9 della Carta Europea dei diritti dell'Uomo, laddove l'art. 7 riguarda il rispetto della vita privata e familiare, nonché del domicilio e delle sue comunicazioni, mentre l'art. 9 tutela il diritto di sposarsi e di creare una famiglia. Non è un caso che il Consiglio Etico tedesco non abbia affrontato anche la tematica di cui al successivo paragrafo 174 del codice penale tedesco, che infatti punisce i rapporti sessuali, come anche soltanto il tentativo di compiere simili atti, con minori vincolati da rapporti di parentela naturale o acquisita, tenendo, appunto, conto che, nella prospettiva italiana, tale norma potrebbe benissimo rientrare nell'art. 609-*quater* c.p., che infatti non è mai stato contestato. Va, altresì, aggiunto come lo stesso collega Albrecht ritenga l'incesto costituire un tabù sociale, per cui non rappresenterebbe, in realtà, un problema attinente all'intero contesto sociale, bensì, più limitatamente, un "sintomo di una condizione familiare già turbata", così riandando alla prospettiva già trattata da Sigmund Freud nel celebre volume "Totem e tabù"<sup>19</sup>.

Vanno rammentate, da ultimo, le argomentazioni di Markus M. Nöten, Direttore dell'Istituto di genetica umana di Bonn, che ritiene, a nostro avviso giustamente, come questioni di salute pubblica correlate ad eventuali relazioni incestuose non possano costituire una valida motivazione per proibire in linea di principio l'incesto<sup>20</sup>.

Venendo ora alle posizioni che invece, seppure a diverso titolo, giustificano la rilevanza penale dell'incesto, va in primo luogo affrontata quella espressa dal collega Bartolomeo Romano che propone la creazione di alternative rispetto al vigente art. 564 c.p., che comunque comprendono l'incesto, seppure, appunto, in diverse forme rispetto a quella attuale.

Ciò che, tuttavia, più rileva è che comunque lo stesso Bartolomeo Romano ha cura di rilevare come la tutela penale della "morale familiare" "appare oggi estranea ad una visione coerente e moderna"<sup>21</sup>. Né appare convincente la soluzione adottata nel Progetto Pagliaro del 1988-1992, relativa alla punizione dell'incesto solo se qualificato da un "abuso delle relazioni familiari" giacché quest'ultimo termine risulta, in effetti, troppo generico e, pertanto, in contrasto con il principio di determinatezza e/o precisione in materia penale<sup>22</sup>.

Affrontiamo, da ultimo, l'importante prospettiva avanzata dal collega di Martino, che, in una dotta ed approfondita esposizione, ha invece affermato l'utilità della permanenza del delitto di incesto, seppure modificato già a livello di bene giuridico tutelato<sup>23</sup>. Egli, infatti, ritiene in tale

---

<sup>19</sup> Sia consentito sul punto il rinvio a A. MANNA, *Prime brevi riflessioni di Adelmo Manna. Verso la decriminalizzazione*, in questo *Libro*.

<sup>20</sup> Cfr., a questo proposito, F. DAL BO, *Incesto e il reato*, in *Il Fatto*, 30.09.2014.

<sup>21</sup> B. ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29.11.2018, spec. 9-10.

<sup>22</sup> Sul Progetto in analisi cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 9<sup>a</sup>, Giuffrè, 2020, 88 ss. e, spec., 89 ss.

<sup>23</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *Obiezioni*, in questo *Libro*, 32 ss.; ID., *Proposta di Alberto di Martino. Nuova fattispecie di incesto*, in questo *Libro*; ID., voce *Morale familiare (tutela penale)*, in *Enc. dir.*, IV, *Famiglia*, dir. da MACARIO,

prospettiva, giustamente, che una revisionata fattispecie di incesto non abbia più senso che venga lasciata tra i delitti contro la morale familiare ma ritiene, invece, che sia più adeguato inserirla nell'ambito della "personalità individuale", in quanto andrebbe concretamente a proteggere la libertà di autodeterminazione in materia sessuale. Egli, quindi, sostiene che debba essere correlativamente modificato anche l'attuale art. 609-*quater* c.p. Già questa nuova collocazione del delitto di incesto suscita, però, taluni rilievi critici perché, nell'inserimento fra i delitti contro la personalità individuale e quindi evidentemente ove il bene giuridico protetto risulta la libertà di autodeterminazione sessuale, se si tratta di un minorenne ovviamente *nulla quaestio* in quanto, appunto, c'è già una fattispecie a tutela, ovverosia l'art. 609-*quater* c.p., che infatti il di Martino intenderebbe anche modificare, ma se si tratta di soggetti maggiorenni la prospettiva tracciata presuppone inevitabilmente un succube ed un incube ed in ciò sembrerebbe, quindi, quasi rivivere il modello del delitto di plagio, invece cassato a suo tempo dalla Corte costituzionale<sup>24</sup>, seppure con particolare riguardo alla libertà sessuale.

Il chiaro Autore utilizza, poi, la distinzione tra incesto *biologico* ed incesto *socio-culturale*<sup>25</sup>: l'incesto *biologico* viene definito dalla letteratura menzionata come contatto o tentato contatto sessuale da parte di un adulto nei confronti di un minore, quando fra costoro intercorre un legame genetico. Una meta analisi della letteratura ha mostrato interesse per questo tipo di incesto a causa della discussione sulla c.d. *inbreeding depression*, ovverosia l'indebolimento legato all'unione fra consanguinei, da intendersi come la ridotta sopravvivenza e capacità di riproduzione della progenie dovuta alla combinazione fra alleli recessivi deleteri<sup>26</sup>.

L'incesto *socio-legale* si riferisce alla medesima condotta di cui sopra, commessa però contro figliastri, figli adottivi, figli del *partner* (da precedente unione), ed altri parenti in senso giuridico ma non biologico.

Ciò che, tuttavia, più rileva, nell'approfondito studio condotto dal collega di Martino, è il rilievo per cui l'incesto, secondo studi psichiatrici e di scienze del comportamento, sarebbe fonte di *profondi danni psichiatrici*, per cui non costituirebbe affatto un fenomeno attinente alla sola morale o religione. A questo proposito si rileva che, successivamente alla scoperta dell'incesto, emergerebbe la possibilità di diagnosi di difficoltà emotive/comportamentali che integrano, in tutto o in parte, il disturbo *post-traumatico da stress* (PTSD). Altri corollari di tipo psichiatrico dell'incesto sarebbero costituiti da depressione clinica, disturbi d'ansia, bassa autostima, comportamenti sessualmente reattivi ed, in caso di adolescenti, abuso di "sostanze"<sup>27</sup>.

L'incesto fra fratelli e sorelle risulterebbe abbastanza comune e possiederebbe comunque natura abusante, tanto che condurrebbe a danni analoghi a quelli dell'incesto tra padre e figlia/o<sup>28</sup>.

Ulteriori effetti dannosi dell'incesto riguarderebbero l'autostima, cioè la negativa immagine di sé, nonché disfunzioni sessuali in età adulta, pensieri intrusivi di incesto, ri-vittimizzazione in età adulta e difficoltà nei rapporti intimi e nella fiducia.

Come rileva lo stesso Owen, infine, la maggior parte delle vittime di incesto ha subito anche una qualche forma di abuso fisico/emozionale dall'autore, che hanno amplificato gli effetti

---

Milano, 2022, 907 ss. e, spec., 912 ss.

<sup>24</sup> Corte cost., 08.06.1981, n. 96; in dottrina, sul delitto di plagio, sia pure prima dell'intervento della Corte costituzionale, cfr. G.M. FLICK, *Tutela della personalità nel delitto di plagio*, Giuffrè, 1972.

<sup>25</sup> E. PULLMAN e altri, *Differences between biological and socio-legal incest offenders: A Meta-analysis*, Ottawa, 2017; nonché P. KRESANOV e altri, *Intergenerational incest aversion: self-reported sexual arousal and disgust to hypothetical sexual contact with family members*, Cambridge, 2018.

<sup>26</sup> Circa la *harmfull recessive alleles* cfr. D. CHARLESWORTH - J.H. WILLIS, *The genetic of Inbreeding Depression*, Edinburgh, 2009.

<sup>27</sup> Cfr. M.B. MANNARINO, *Incesto*, in *Encyclopedia of stress*, 2<sup>a</sup>, London, 2007, 184 ss.

<sup>28</sup> N. OWEN BASW, *Più di un gioco tra bambini. Uno studio sull'incesto tra fratelli*, Cambridge, 1998, 15 ss.

nocivi dell'incesto medesimo<sup>29</sup>.

Tenendo conto di tutto quanto sopra, il di Martino si sofferma soprattutto sulla punibilità, nel senso che, a suo avviso, la responsabilità penale graverebbe sull'ascendente, indipendentemente dal sesso, ed il discendente costituirebbe pressoché sempre la vittima, nel senso che, come fra fratelli e sorelle, esisterebbe sempre un prevaricatore ed un prevaricato. Se poi l'autore è un maggiorenne, a suo avviso, il minore non dovrebbe mai essere punito. Naturalmente a livello sanzionatorio egli opta preferibilmente per misure terapeutiche nel contesto di una risposta differenziata al reato, soprattutto nella prospettiva della giustizia riparativa. Sarebbe raccomandabile prevedere, nel caso dei fratelli, una forma di sospensione con messa alla prova, laddove l'autore acconsenta a sottoporsi ad una terapia apposita o ad un percorso di mediazione familiare. Sotto quest'ultimo profilo, nella prospettiva della teoria generale della pena, appare condivisibile, un approccio non carcerocentrico, ma affidato a misure *lato sensu* di carattere terapeutico, anche se ci sembra ancora non dimostrato che il soggetto attivo di questa proposta di riformulazione del reato di incesto sia anche un soggetto bisognoso di terapie.

## 6. Le possibili obiezioni formulabili in rapporto alla complessa tesi del di Martino

Per rispondere adeguatamente ed in senso critico alle tesi propuginate in maniera davvero approfondita dal collega di Martino, a nostro avviso, dobbiamo partire dall'esistenza in ambito antropologico, effettivamente "soltanto" della teoria *biologica*, secondo cui i figli nati da rapporti consanguinei sarebbero più predisposti a malformazioni e malattie per il prevalere, in queste unioni, dei caratteri recessivi<sup>30</sup>.

Come abbiamo, però, già potuto constatare, in antropologia la teoria biologica coesiste con quella della familiarità di Malinowski<sup>31</sup>, con la totemica di Durkheim<sup>32</sup> e con la culturale di Lévi-Strauss<sup>33</sup>, nonché con gli approcci psicoanalitici di Freud, e con quelli relativi alla psicologia del profondo di Jung, di cui abbiamo già in precedenza trattato.

Con ciò, vogliamo significare che la tesi della sussistenza di danni biologici e/o psichici dall'incesto costituisce soltanto un approccio al tema, per cui, non può, almeno a nostro avviso, possedere quel requisito di "univocità" che, d'altro canto, risulta funzionale proprio all'intervento del diritto penale.

Se andiamo, poi, ad approfondire i danni che deriverebbero dall'incesto, appaiono di carattere, più che altro, potenziale e, comunque, di cui non è sicura la loro verifica in ogni caso, per cui non solo si pone un problema di rapporto causale, ma, ancor di più, una questione relativa al principio di precauzione, in base al quale, come è noto, se non è ancora certa la

<sup>29</sup> G. LAVIOLA - G. LOGGI, *Sexual segregation in infancy and bi-directional benzodiazepine effects on hot-plate response and neophobia in adult mice*, in *Pharmacology, Biochemistry and Behavior*, 42(4), 1992, 865 ss.; V.R. WIEHE, *Sibling abuse: Hidden physical, emotional, and sexual trauma*. Lexington Books/D. C. Heath and Com., 1990; J. ABRAHAMS - H. HOEY, *Sibling incest in a clergy family: A case study*, in *Child Abuse & Neglect*, 18(12), 1994, 1029 ss.; D. FINKELHOR, *Sexually Victimized Children*, New York, 1979; nonché, nella letteratura italiana, A. ARGO - A. FRANCOMANO, C. SCIARABBA, G. FARINA, E. DI STEFANO, P. PROCACCIANTI ed altri, *Incesto e ciclo dell'abuso. Aspetti clinici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 149 ss.; R. D'AMICO - C. MINENNA, *La violenza tra fratelli e sorelle: un problema sottovalutato*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, 2013, n. 2, 65 ss.; G. PERRUCCI, *L'incesto obbligato: consanguineità, parentela e cooperazione nella selezione del comportamento culturale*, Vecchio faggio, 1990; P. GUARNIERI, *L'incesto scandaloso: legge e mentalità nell'Italia Unita*, in *Passato e presente*, 2003, n. 58, 45 ss.

<sup>30</sup> L.H. MORGAN, *La società antica. Le linee del progresso umano dallo stato selvaggio alla civiltà* (1977), tr. it., Pgreco 1970.

<sup>31</sup> B. MALINOWSKI, *Sesso e repressione sessuale tra i selvaggi* (1927), Bollati Boringhieri, 1969.

<sup>32</sup> E. DURKHEIM, *La proibizione de'inceste et ses origines*, in *Année Sociologique*, 1897.

<sup>33</sup> C. LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari della parentela* (1947), Feltrinelli, 1972; ID., *Razza e storia ed altri studi di antropologia* (1960-1967), Einaudi, 1967; cfr. U. GALIMBERTI, voce *Incesto*, in ID., *Nuovo dizionario di psicologia - Psichiatria, psicoanalisi, neuroscienze*, 2ª, Feltrinelli, 2019, 619 ss.

verificazione di determinati eventi da alcuni antecedenti causali, appare preferibile utilizzare l'illecito amministrativo o civile, ma non già l'illecito penale, perché quest'ultimo segue, a livello processuale, la regola della "certezza ogni oltre ragionevole dubbio"<sup>34</sup> e non già quella, di origine civilistica, del c.d. "più probabile che non".

In secondo luogo, nelle ipotesi in cui dall'incesto si verificano danni fisici e/o psichici, comunque il sistema penale già prevede specifiche forme di tutela, rappresentate soprattutto dal delitto di lesione personale, in cui è previsto come evento la sussistenza di una malattia nel corpo o nella mente e, quindi, tale da ricomprendere, appunto, sia i danni di carattere fisiologico, che quelli di tipo psicologico. Appare, inoltre, applicabile quantomeno l'aggravante comune, di cui all'art. 61, n. 11, cioè l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche e comunque, per quanto riguarda i minori, gli atti sessuali con gli stessi sono già previsti come reato dall'articolo 609 *quater* c.p., per cui anche sotto questo profilo è già prevista una tutela penale *ad hoc*.

La prospettiva, inoltre, di un rapporto diseguale, nel senso del succube e dell'incube, come abbiamo già rilevato, sembra far rivivere un modello affine a quello del plagio, già giustamente, invece, cassato dalla Consulta e, soprattutto, aggiungiamo noi, non appare sussistente nell'incesto, come dimostra proprio il caso tedesco, giudicato dalla Corte Costituzionale di Karlsruhe e, dopo, dalla Corte EDU, seppure in senso sfavorevole ai ricorrenti, che infatti erano fratello e sorella, reincontratesi da adulti, che hanno avuto una relazione "incestuosa", dalla quale però sono nati alcuni figliuoli e che, quindi, non appare rientrare nel modello tracciato dal di Martino, nonostante le diverse conseguenze sanzionatorie subite dall'uno e dall'altra.

Con ciò vogliamo significare che questo caso dimostra, di contro, un rapporto paritario fra i soggetti, tanto è vero che, in particolare, la Corte Costituzionale tedesca, non ha minimamente fatto cenno ad uno squilibrio fra la coppia, ma si è posta, viceversa, il problema, di non poco momento, che comunque l'Autorità giudiziaria penale aveva inciso sulla vita privata e familiare della coppia medesima.

Anche la Corte EDU non menziona minimamente una tale forma di squilibrio fra i due soggetti, ma dà torto al ricorrente, in quanto, vista proprio la difformità di disciplina tra i diversi Paesi europei, ritiene tuttavia, a nostro avviso, irragionevolmente - come abbiamo già dimostrato in precedenza - che debba, in definitiva, essere lo Stato di appartenenza a decidere sulla permanenza o no del reato di incesto.

*Last but not least*, la fattispecie di incesto proposta dal collega di Martino, a livello penalistico, rischierebbe di diventare una sorta di "fattispecie - avamposto", cioè a dire un delitto-ostacolo, che però, rischia di lambire una tematica assai controversa, come quella relativa ai reati di mero sospetto, anch'essi considerati come reati in cui si anticipa eccessivamente la tutela penale, come ad esempio, il reato relativo al "possesso ingiustificato di chiavi o grimaldelli"<sup>35</sup>, in rapporto a reati contro il patrimonio assai più gravi, quali il furto e la rapina.

---

<sup>34</sup> Nella letteratura penalistica italiana, sul principio di precauzione, cfr., ad es., C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, 2004, 461 ss., 624 ss.; G. FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio per responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 155 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *ibidem*, 227 ss.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, 1743 ss.; per la soluzione, che anche da noi è condivisa, in base a cui si prediligono per le ragioni di anzi indicate, illeciti e sanzioni non di carattere penale, cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, 119 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4<sup>a</sup>, Giappichelli, 2011, 220; nonché sia consentito, nella manualistica, il rinvio a A. MANNA, *Corso di diritto penale, parte generale*, 5<sup>a</sup>, Wolters Kluwer-Cedam, 2020, 59-60.

<sup>35</sup> Sui reati di mero sospetto restano sempre attuali le acute osservazioni di F. COPPI, *Osservazioni sui "reati di mero sospetto" e in particolare sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giur. cost.*, 1968, 1713 ss.

Con ciò, non vogliamo ovviamente sostenere che la fattispecie di incesto proposta dal collega di Martino equivalga ad un reato di mero sospetto, perché questa costituirebbe una conclusione, invero, fallace, per tutto quello che egli ha dimostrato, ma vogliamo soltanto rimarcare, a livello penalistico, la notevole anticipazione che così si consegue della tutela penale, per creare una fattispecie nettamente di avamposto, che tuttavia, per le ragioni addotte, rischia quantomeno di confliggere con il principio di precauzione<sup>36</sup> e la cui mancanza, invece, non lascerebbe la tutela penale sguarnita circa eventuali effetti dannosi dell'incesto, perché, a tal proposito, esistono le fattispecie tradizionali a tutela dell'integrità fisica della persona e della sua libertà di autodeterminazione sessuale, se minore.

## **7. Conclusioni**

In conclusione, la prospettiva che qui si critica potrebbe addirittura risultare in un certo senso “pericolosa”, perché, seguendo il relativo metro, bisognerebbe allora riproporre la rilevanza penale addirittura dell'omosessualità, oppure della prostituzione, giacché in entrambi i casi le relative condotte possono condurre a significativi rischi per la salute umana, con particolare riferimento non solo alla blenorragia, ma, soprattutto, all'HIV.

Per tutto questo complesso di ragioni, continuiamo a ritenere che l'incesto si ponga, in definitiva, in contrasto con il principio di laicità, perché conduce ad una forma non solo di intromissione illegittima nella vita privata e familiare dei soggetti, ma anche, se non soprattutto, in quanto comporta una commistione tra “foro interno” e “foro esterno”, nel senso che, come abbiamo cercato di dimostrare, nell'inconscio, sia individuale, che collettivo, esiste un'ancestrale proibizione dell'incesto, che dai popoli primitivi arriva ai giorni nostri e che in psicoanalisi addirittura dà luogo, ad esempio, ai complessi di Edipo e di Elettra, che, non a caso, affondano la loro origine nella mitologia greca, per cui, francamente, non appare necessario aggiungere un'ulteriore forma di proibizione, affidata ad un diritto penale che, a questo punto, piaccia o no, avrebbe tutto il sapore di un diritto penale “sacerdotale”<sup>37</sup>.

Va, da ultimo, rilevato che, essendo le due tesi nettamente in contrasto fra loro, nel Progetto dell'AIPDP di riforma del codice penale, parte speciale, relativo alla modifica dei reati contro la famiglia, si è preferito lasciare aperte entrambe le prospettive, ma comunque va ricordato che Silvio Riondato, uno dei principali componenti del gruppo stesso, come tra l'altro abbiamo già in precedenza ricordato, anche di recente ha optato per la tesi della decriminalizzazione dell'incesto, ritenendo giustamente, all'uopo sufficiente per la tutela del minore, il delitto di cui all'art. 609-*quater* c.p.<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Il riferimento al principio di precauzione, a nostro avviso, si collega anche alla circostanza per cui, come è noto, secondo l'ordinamento della Chiesa cattolica è possibile ottenere eccezionalmente una dispensa papale per gli sponsali fra cugini, che altrimenti non si spiegherebbe, laddove i danni fisiopsichici per l'asserito *partner* “succube” e la possibile prole, fossero corroborati da una dimostrazione scientifica “oltre ogni ragionevole dubbio”. Si faccia, altresì, presente che l'incesto non riguarda soltanto i parenti, ma anche gli affini in linea retta, per cui la dispensa papale riguarda proprio “il cuore” della fattispecie penale, che, evidentemente, nel caso di specie, non potrà essere applicabile, in quanto scriminata dall'esercizio di un diritto, ricavabile dall'autorizzazione del Pontefice.

<sup>37</sup> Secondo la nota definizione critica coniata da Jürgen Baumann, il noto capofila dei c.d. professori alternativi tedeschi, su cui confronta S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Esi, 1984.

<sup>38</sup> S. RIONDATO, *Conclusioni*, in questo *Libro*; più di recente, in questi casi, si riferisce, giustamente, all'endiadi “reato-peccato”, A. CADOPPI, *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Esi, 2022, 87 ss.



## SULLA PROPOSTA DI ABOLIZIONE DEL DELITTO DI “ABUSO DEI MEZZI DI CORREZIONE O DI DISCIPLINA” \*

Giandomenico Dodaro

1. Il *focus* di questo mio breve intervento si incentra sulla proposta avanzata dal “Gruppo per la riforma dei reati contro la famiglia” di abolizione totale del delitto di “Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina”, incriminato dall’art. 571 c.p.

La scelta, molto controversa a livello sia scientifico<sup>1</sup> che politico-legislativo<sup>2</sup>, viene motivata, nella Relazione di accompagnamento dell’Articolato, oltre che per la «non facile lettura» della norma incriminatrice, soprattutto in considerazione del fatto che il suo originario ambito di applicazione reato avrebbe subito una significativa compressione in virtù di orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati. Il delitto non opererebbe più né nei riguardi di persone adulte, verso le quali non sarebbero configurabili obblighi di educazione o disciplina, né, tantomeno, nei riguardi di soggetti minorenni, dal momento che, alla luce delle più recenti acquisizioni della pedagogia moderna<sup>3</sup>, recepite da importanti fonti sovranazionali, «l’uso di mezzi, riconducibili, in maniera più o meno diretta, a forme di violenza, deve escludersi, poiché offensivi della dignità della persona e contrari agli attuali metodi educativi»<sup>4</sup>.

L’eliminazione della fattispecie di reato non aprirebbe vuoti di tutela, dal momento che l’abuso di mezzi di correzione o di disciplina, come già avviene nelle ipotesi d’uso di mezzi violenti, sarebbe riconducibile nell’alveo, che è loro proprio, dei comuni delitti contro la persona (*in primis*, delitti di percosse, lesioni personali e maltrattamenti contro familiari e conviventi, omicidio).

La proposta desta qualche perplessità e vorrei provare a spiegare, in maniera sintetica, le ragioni del mio moderato dissenso.

---

\* Il testo riproduce la relazione svolta al seminario, integrata dalle note essenziali.

<sup>1</sup> L’abrogazione dell’incriminazione è da tempo richiesta da una parte dottrina: A. GIUNTI, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia. Riforme*, diretto da P. ZATTI, vol. III, *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di E. PALERMO FABRIS - A. PRESUTTI - S. RIONDATO, Giuffrè, 2019, 232 ss.; M. MENEGHELLO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, vol. IV, *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. RIONDATO, Giuffrè, 2011, 633 ss.; M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Giappichelli, 2010, 58, nt. 66; S. LARIZZA, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione*, in *Cass. pen.*, 1997, 37; G.D. PISAPIA, voce *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. I, Utet, 1957, 99. Contro l’abolizione del delitto si sono pronunciati: A.A. SALEMME, *Il delitto di abuso di mezzi di correzione o di disciplina: analisi e suggestioni tra passato delle teorizzazioni ed il presente delle applicazioni giurisprudenziali*, in AA.VV., *Diritto penale della famiglia*, a cura di G. FIDELBO, Giappichelli, 2021, 338 ss.; A.F. TRIPODI - G. CORIGLIANO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, AA.VV., *Diritto penale della famiglia*, a cura di F.G. CATULLO, Cedam, 2021, 323 ss.; F. COMPAGNA, *L’abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, AA.VV., *Delitti contro la famiglia*, a cura di S. PREZIOSI, Esi, 2011, 471; T. DELOGU, *Art. 571 Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, diretto da G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI, vol. VII, Cedam, 1995, 575 ss.; G. PISAPIA, voce *Abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Utet, 1987, 30.

<sup>2</sup> Per un quadro sintetico si rinvia a M.C. PARMIGGIANI, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina (art. 571)*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, vol. VI, *I delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia: materiali, bibliografia, fonti, giurisprudenza*, a cura di A. Cadoppi, Utet, 2010, 618.

<sup>3</sup> Per tutti, F. CAMBI, *Manuale di storia della pedagogia*, Laterza, 2021.

<sup>4</sup> *Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali*, in questo *Libro*.

2. Il “problema di tutela”, cui l’art. 571 c.p. cerca di dare risposta, riguarda la protezione di “soggetti deboli” all’interno di determinate relazioni interpersonali *asimmetriche*, contro abusi, perpetrati dal “soggetto forte”, nell’utilizzo di strumenti di controllo o correzione dei comportamenti, tipici dell’autorità o funzionali all’adempimento di doveri giuridici di educazione, istruzione, cura, vigilanza, custodia, o connessi all’esercizio di una professione o di un’arte.

Questa esigenza di tutela diviene ancor più cogente in caso di vulnerabilità della vittima correlata all’età, alle condizioni di salute o a una disabilità, o quando sussista tra reo e soggetto passivo un rapporto di soggezione (carcere, Rems), o allorché la relazione si svolga all’interno di istituzioni poco o affatto permeabili a forme di controllo esterno (famiglia, scuola, comunità, cliniche private, reparto ospedaliero).

3. L’abrogazione dell’art. 571 c.p. non comprometterebbe – come affermano i sostenitori della proposta – la protezione del soggetto debole in caso di uso di mezzi implicanti l’esercizio di una “forza fisica” sul soggetto passivo.

Per l’incriminazione di questi fatti, allorché si verificano in contesti para-familiari, come gli asili e le scuole o i luoghi di lavoro, in cui la proibizione assoluta del loro impiego è da tempo fuori discussione, o nei contesti in cui la coercizione fisica sia solo eccezionalmente ammessa, quando sia indispensabile per “esigenze di sicurezza”, come nei luoghi di detenzione o nelle strutture sanitarie o socio-assistenziali, è già preminente nella giurisprudenza il ricorso ai delitti contro la persona, rilevando ai sensi dell’art. 571 solamente l’abuso di mezzi leciti<sup>5</sup>.

Con riguardo all’ambito familiare, ove il fondamento del divieto dell’uso della forza fisica nei confronti dei figli minorenni appare meno solido e la sua estensione più incerta<sup>6</sup>, l’abolizione dell’incriminazione dell’art. 571 c.p. avrebbe, invero, il pregio di rafforzare la tutela del “soggetto debole”. L’orientamento della Corte di Cassazione che ritaglia alla violenza fisica su figli minorenni uno spazio limitato di liceità, quando la *vis* sia *modicissima*<sup>7</sup>, apparirebbe difficilmente compatibile con una qualificazione penalistica del fatto all’interno dei comuni delitti contro la persona. Una disparità di trattamento tra soggetti in base all’età sarebbe irragionevole sul piano della tipicità del fatto e difficilmente sostenibile sul piano della giustificazione. Ritenerne la forza fisica ricompresa tra le forme legittime di esercizio dello *jus corrigendi* – sia che lo si inquadri come esercizio di un diritto o come adempimento di un dovere – appare difficilmente conciliabile con un ordinamento costituzionale che riconosce a ogni individuo l’uguale diritto a vedere rispettata la propria dignità umana e integrità psico-fisica; ciò tanto più se interpretato alla luce delle più importanti convenzioni internazionali ed europee in materia di diritti umani, vincolanti per l’Italia, che da oltre tre decenni hanno sancito il divieto assoluto delle punizioni corporali nei confronti dei minorenni<sup>8</sup> – intese come «qualsiasi punizione per la quale viene utilizzata la forza fisica, al solo scopo di infliggere un certo livello di dolore o di afflizione, non importa quanto lieve»<sup>9</sup> – per il raggiungimento dell’obiettivo della loro abolizione universale<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> A.A. SALEMME, *Il delitto di abuso di mezzi di correzione o di disciplina: analisi e suggestioni tra passato delle teorizzazioni ed il presente delle applicazioni giurisprudenziali*, cit., 339.

<sup>6</sup> Anche nelle realtà assistenziali dove è più ricorrente l’uso alla coazione o alla coercizione è bandito dalla giurisprudenza il loro impiego per scopi educativo-punitivi-disciplinari, è ammesso, invece, in situazioni di necessità per soddisfare improcrastinabili esigenze di sicurezza.

<sup>7</sup> Cass., sez. VI, 22 settembre 2005, n. 39927, in *CED Cass.* 233478.

<sup>8</sup> Art. 19 della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (Onu, 1989); art. 17 della Carta sociale europea riveduta (Consiglio d’Europa, 1996).

<sup>9</sup> Secondo la definizione del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia, nel Commento generale, n. 8, 2006, par. 11.

<sup>10</sup> La lotta contro ogni forma di violenza contro i minorenni è indicato, altresì, in termini perentori, dalle linee di politica criminale elaborate in ambito europeo (cfr. tra le numerose fonti: Raccomandazione CM/Rec(2009)10



4. L'abolizione del delitto dell'art. 571 c.p. potrebbe aprire lacune, invece, nella protezione del "soggetto debole" contro l'abuso di strumenti e modalità di educazione o disciplina di carattere psicologico, che la giurisprudenza riconduce oggi alla norma in esame<sup>11</sup>, ma che appaiono difficilmente o affatto inquadrabile all'interno dei delitti contro la persona<sup>12</sup>.

Si tratta di forme, più serpeggianti e silenziose, di una c.d. pedagogia nera<sup>13</sup>, suscettibili di recare un'offesa all'integrità psichica del soggetto, non compiutamente riconducibile alla restrizione o alla soppressione della volontà o al concetto penalistico di malattia, e le cui gravi conseguenze traumatiche sono ampiamente documentate dalla letteratura scientifica<sup>14</sup>.

Si pensi all'abuso di *mezzi di disciplina*, che concretino una forma di controllo del comportamento estremamente invasiva, pervasiva o degradante, come la somministrazione di nascosto di un farmaco (c.d. contenzione farmacologica), il "piantonamento" o altri strumenti di sorveglianza continua, o in genere la creazione di un ambiente istituzionale caratterizzato da un'atmosfera intimidatoria.

Si pensi anche a *mezzi di educazione*, come le punizioni non fisiche (l'isolamento forzato o l'esclusione dalle relazioni con i pari, la negazione del pasto), sulla cui eliminazione il Comitato sui diritti dell'infanzia, che è l'organo di monitoraggio della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti dei minori, ha posto, molto opportunamente, l'accento<sup>15</sup>, oppure *pattern* comportamentali e modelli relazionali umilianti, denigratori, crudeli (lo sfruttamento, la critica ingiustificata, esagerata o per motivi irrilevanti, la trascuratezza educativa ed emozionale).

Si tratta di fatti di abuso nei confronti di un "soggetto debole" non privi di un significativo disvalore, idonei a compromettere il sereno sviluppo evolutivo di un minore, la guarigione o il miglioramento delle condizioni di salute di un soggetto con disabilità fisica o psichica, il percorso educativo o risocializzante di una persona "ristretta"<sup>16</sup>, se non persino l'incolumità psicofisica del soggetto passivo<sup>17</sup>.

Con l'abrogazione totale del delitto di abuso dei mezzi di correzione, l'incriminazione di tali fatti richiederebbe un'interpretazione generosamente estensiva del delitto di violenza privata (art. 610 c.p.) o la sussistenza dei presupposti del delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.) e dipenderebbe, quindi, dalla loro reiterazione attraverso una pluralità di condotte prevaricatorie e vessatorie protrate nel tempo e tali da generare un macro-evento offensivo, identificato, secondo il linguaggio della Corte di cassazione, nell'imposizione di un "regime di vita intollerabile".

Ciò costituirebbe un arretramento del livello di tutela del soggetto debole, che – mi permetto di suggerire – meriterebbe un supplemento di riflessione.

---

sulle strategie nazionali integrate per la protezione dei bambini contro la violenza; *Council of Europe Strategy for the Rights of the Child 2016-2021*) ed è rilevabile nelle prassi internazionali e nella consolidata giurisprudenza della Corte Edu (cfr. M. DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in AA.VV., *Diritto penale. Parte speciale*, a cura di D. PULITANÒ, vol. I, *Tutela penale della persona*, Giappichelli, 2019, 494). L'Italia sta dando attuazione alla strategia di contrasto alla violenza sui minori mediante l'adozione e il periodico aggiornamento di Piani di azione e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva, l'ultimo dei quali è stato approvato nel maggio 2021.

<sup>11</sup> A.A. SALEMME, *Il delitto di abuso di mezzi di correzione o di disciplina: analisi e suggestioni tra passato delle teorizzazioni ed il presente delle applicazioni giurisprudenziali*, cit., 318 ss.

<sup>12</sup> Per tutti, A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Giappichelli, 2012.

<sup>13</sup> K. RUTSCHKY, *Pedagogia nera. Fonti storiche dell'educazione civile*, a cura di P. Peticari, Mimesis, 2015.

<sup>14</sup> Per tutti, P. DI BLASIO, *Psicologia del bambino maltrattato*, Mulino, 2000.

<sup>15</sup> Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia: Commento generale, n. 8, 2006, par. 11.

<sup>16</sup> Cfr. M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, cit., 53.

<sup>17</sup> L'incolumità psicofisica del soggetto passivo sarebbe il bene giuridico tutelato dall'incriminazione, secondo l'odierno orientamento maggioritario degli interpreti, cfr. M. MIEDICO, *Art. 571 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI - G.L. GATTA, III, Wolters Kluwer, 2021, 731.

5. Per le suesposte ragioni vedrei con favore la previsione di una fattispecie incriminatrice analoga a quella dell'attuale art. 571 c.p., formulata nel modo seguente:

*Punizioni corporali e altri eccessi disciplinari*

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con ... chiunque, per finalità di educazione o di disciplina, infligga punizioni corporali nei confronti di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o di un'arte.

Alla stessa pena soggiace chi, per finalità di educazione, di disciplina o di vigilanza, utilizzi strumenti o modalità d'intervento, in modo che ne possa derivare il pericolo di un danno grave all'integrità psichica o fisica della persona cui sono rivolti».

# LA CONVIVENZA QUALE REQUISITO TIPIZZANTE DELLA FATTISPECIE DI MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA. UNA PROPOSTA DI LAVORO

Tommaso Trincherà

**Sommario:** 1. Premessa. Le ragioni per una riforma. – 2. Le proposte di riforma in tema di maltrattamenti elaborate dal gruppo dell’AIPDP incaricato della riforma dei reati contro la famiglia. – 3. L’esigenza di assicurare determinatezza alla fattispecie di maltrattamenti. – 4. La *ratio* dell’incriminazione dei maltrattamenti. Critica all’orientamento tradizionale. – 5. L’impossibilità per la vittima di sottrarsi agli abusi quale elemento tipizzante i maltrattamenti in famiglia. – 6. La nozione di convivenza rilevante ai fini della configurabilità del delitto di maltrattamenti. La nostra opinione. – 7. Il *mobbing*. – 8. Una postilla: la rilevanza penale delle condotte abusive perpetrate in danno di una persona della famiglia con la quale non sussiste (o non sussiste più) un rapporto di convivenza. – 9. La fattispecie aggravata in caso di lesioni o morte della vittima. – 10. Conclusioni.

## 1. Premessa. Le ragioni per una riforma

Il delitto di maltrattamenti in famiglia, previsto dall’art. 572 c.p., costituisce un esempio paradigmatico di come una fattispecie, espressione di programmi e principi ancorati al contesto politico nel quale il codice è nato, sia potuta sopravvivere sino ad oggi attraverso un’opera di rilettura della disposizione alla luce della Costituzione, che ne ha cambiato profondamente il volto, pur rimanendo pressoché inalterata la proposizione normativa<sup>1</sup>.

La fattispecie in esame nasce, infatti, in un *contesto storico* nel quale il ricorso alla violenza domestica era non solo tollerata, ma espressamente riconosciuta dal legislatore come strumento al quale il *pater familias* poteva lecitamente ricorrere, sia pure in modica misura e senza eccessi, per esercitare quello *ius corrigendi* che la legislazione all’epoca vigente assegnava al marito nei confronti della moglie, e al padre nei confronti dei figli<sup>2</sup>. Che l’ordinamento tollerasse il ricorso ad una *vis modica* a scopo correttivo o disciplinare è confermato dalla previsione contenuta nell’art. 571 c.p. che, incriminando l’*abuso* dei mezzi di correzione, ha per presupposto logico necessario l’esistenza di un *uso* lecito di tali mezzi.

In questo contesto, pertanto, l’incriminazione dei maltrattamenti non intendeva tutelare i singoli membri della famiglia vittime di abusi, ma mirava piuttosto a salvaguardare *la compattezza e l’unità della famiglia*, che era concepita come nucleo elementare della società, come istituzione “intermedia” tra il singolo e lo Stato, meritevole di tutela in quanto fucina di

---

<sup>1</sup> La disposizione contenuta nel primo comma dell’art. 572 c.p. è stata oggetto di due interventi di modifica legislativa, avvenuti entrambi in epoca relativamente recente: il primo è rappresentato dalla legge 1 ottobre 2012, n. 172, che ha modificato la rubrica ed espunto dall’elencazione dei possibili soggetti passivi del reato il riferimento a «un minore degli anni quattordici» (confluito nella previsione di una specifica aggravante, contenuta nel comma secondo, successivamente abrogata dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119, di conversione del d.l. 14 agosto 2013, n. 93); il secondo è rappresentato invece dalla l. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. “Codice Rosso”), che ha semplicemente inasprito il trattamento sanzionatorio (e aggiunto, al secondo comma, un’altra circostanza aggravante speciale). Per una efficace sintesi delle modifiche legislative che hanno interessato la disposizione contenuta nell’art. 572 c.p. si veda M. MIEDICO, sub art. 572, in E. DOLCINI - G. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, III, V ed. Ipsa, 2021, 740.

<sup>2</sup> Lo rilevano, tra gli altri, R. BARTOLI, *La tutela della persona nelle e dalle relazioni familiari e parafamiliari*, in M. BERTOLINO (a cura di), *Reati contro la famiglia*, Giappichelli, 2022, 169; A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, Giuffrè, 2012, p. 313.

futuri cittadini e soldati<sup>3</sup>. Questa l'idea di fondo che, secondo il legislatore del 1930, giustificava l'incriminazione dei maltrattamenti in famiglia: il ricorso a un certo grado di violenza avrebbe potuto essere funzionale a mantenere l'ordine all'interno delle mura domestiche, tuttavia occorreva contenere il ricorso a tale violenza in modo da evitare che eventuali eccessi potessero turbare l'unità della compagine familiare e risultare dunque disfunzionali rispetto all'obiettivo primario di salvaguardia di questa fondamentale istituzione sociale<sup>4</sup>.

Questa concezione della famiglia è lontana anni luce dalla realtà attuale. Il modello tradizionale di famiglia organizzata intorno alla figura del *pater familias* costituisce ormai un relitto di epoche passate. L'entrata in vigore della Costituzione, poi la riforma del diritto di famiglia (l. n. 151/1975), e – da ultimo – la regolamentazione sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina sulle convivenze di fatto (l. n. 76/2016) hanno apportato mutamenti profondi all'ordinamento giuridico della famiglia e, soprattutto, al modo di atteggiarsi dei rapporti tra i suoi componenti. Oggi non è più tollerata alcuna forma di violenza all'interno della famiglia e la fattispecie sui maltrattamenti, contenuta nell'art. 572 c.p., pur immutata nella forma, è divenuta il primo avamposto di tutela della persona contro ogni forma di abuso domestico.

I risultati ottenuti in via ermeneutica, però, non devono trarre in inganno. Molteplici sono le ragioni che suggeriscono di ripensare alla disciplina penalistica in materia di abusi domestici, prima fra tutti l'esigenza di adeguare la disposizione contenuta nell'art. 572 c.p. al mutato contesto politico, giuridico e sociale<sup>5</sup>. Un'esigenza che è divenuta improcrastinabile di fronte all'affastellarsi di figure criminose, di più o meno recente introduzione (dallo stalking, al reato di tortura, dall'aggravante inserita nella parte generale all'art. 61, n. 11 *quinquies* c.p., alle diverse circostanze aggravanti "speciali" previste per un numero sempre crescente di delitti), che in modo non sempre ordinato e organico intervengono a contrastare condotte di abuso e violenze che possono essere perpetrate in ambito familiare.

Di questa esigenza di ripensamento dei delitti in materia di maltrattamenti in famiglia si è meritoriamente fatto carico il gruppo di lavoro dell'AIPDP che ha elaborato la proposta di riforma che ci accingiamo a commentare.

In particolare, nelle pagine che seguono vorremmo provare a formulare qualche ulteriore riflessione sulla definizione dell'*ambito di applicazione* di questo reato, anche rispetto ad altre fattispecie – esistenti o delle quali si potrebbe ipotizzare l'introduzione in prospettiva *de iure condendo* – che mirano a reprimere condotte violente o vessatorie perpetrate all'interno della famiglia o in contesti assimilabili a quello familiare (ad esempio sul luogo di lavoro, o all'interno di istituzioni come una scuola o un ospedale, o altri analoghi ambienti).

## **2. Le proposte di riforma in tema di maltrattamenti elaborate dal gruppo dell'AIPDP incaricato della riforma dei reati contro la famiglia**

---

<sup>3</sup> «Oggetto specifico della tutela penale, in relazione al delitto preveduto nell'art. 572, è l'interesse dello Stato di salvaguardare la famiglia, quale nucleo elementare, coniugale e parentale, della società e dello Stato e quale istituto di ordine pubblico, contro quegli eccessi, che consistono in maltrattamenti, inflitti per un fine diverso da quello di correzione o di disciplina, a familiari o a fanciulli, o a persone sottoposte alla autorità del colpevole o a lui affidate per le cause indicate nello stesso art. 572» (V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, Utet, 1963, p. 920).

<sup>4</sup> Così molto chiaramente A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., p. 314 (ivi anche per ulteriori riferimenti bibliografici sul punto).

<sup>5</sup> Lo mette in evidenza molto perspicuamente S. LARIZZA, *Le ragioni a sostegno di un ripensamento del titolo XI del codice penale: 'Dei delitti contro la famiglia'*, in AA.VV., *Documenti per il VII Congresso - La riforma dei reati contro la persona* (il documento è consultabile sul sito dell'AIPDP al seguente indirizzo web: <https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/Documenti-per-il-VII-Congresso-La-riforma-dei-reati-contro-la-persona/6-gruppo-Reati-contro-l-onore-e-la-reputazione-e-reati-contro-la-famiglia/>).

Le nostre riflessioni non possono che muovere dall'analisi dell'articolato nel quale sono confluite le proposte di riforma elaborate dal gruppo di lavoro dell'AIPDP.

Innanzitutto, per quanto riguarda l'annosa questione concernente l'individuazione del *bene giuridico* a presidio del quale sarebbe posta l'incriminazione dei maltrattamenti in famiglia, gli estensori della proposta di riforma compiono una chiara scelta di rottura rispetto all'impostazione accolta dal legislatore del 1930: nella proposta di articolato, infatti, la fattispecie di maltrattamenti è collocata tra i delitti contro la *persona*. Più precisamente, si propone di inserire nel titolo XII del libro secondo del codice penale (quello dedicato – appunto – ai «Delitti contro la persona») un nuovo capo destinato ad accogliere i «Delitti contro la persona in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali», all'interno del quale dovrebbero trovare collocazione – in un'autonoma sezione, che si suggerisce di intitolare «Delitti contro la vita e l'incolumità individuale» (o, in alternativa, «Delitti contro la personalità individuale») – le fattispecie che incriminano le condotte di maltrattamenti all'interno della famiglia o in contesti assimilabili a quello familiare.

Per quanto concerne poi la formulazione del testo della disposizione, l'articolato contempla *due possibili alternative*.

Una prima alternativa sarebbe quella di scindere le condotte che sono oggi ricomprese nel perimetro di applicazione del delitto previsto dall'art. 572 c.p. in *due* distinte incriminazioni cui dovrebbe riconoscersi una diversa gravità. Quella punita più severamente dovrebbe essere riservata alla repressione delle condotte violente e vessatorie che avvengono all'interno delle mura domestiche (e, dunque, che si consumano in danno di persone legate da rapporti *latu sensu* familiari). L'altra, cui dovrebbe essere riservato un trattamento sanzionatorio meno grave, dovrebbe essere dedicata alla repressione di analoghe condotte violente e vessatorie, realizzate però in contesti relazionali diversi da quello familiare, e caratterizzati dall'esistenza di un vincolo di affidamento di una parte nei confronti dell'altra, come il contesto lavorativo, quello scolastico o quello ospedaliero.

Più precisamente, nella proposta di articolato è prevista una prima disposizione, rubricata «Maltrattamenti contro familiari e conviventi. Violenza domestica», che punisce «chiunque maltratta in maniera reiterata il figlio, il genitore, il coniuge o l'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, oppure altra persona a cui è legato, o è stato legato, da una stabile relazione di convivenza». E una seconda disposizione, rubricata «Maltrattamenti contro persone in affidamento», che punisce invece «chiunque, in maniera reiterata, maltratta una persona che, per ragioni di età, di salute, di lavoro è affidata alle sue cure o alla sua custodia». Per la prima ipotesi di reato si prevede la pena della reclusione da due a sei anni, mentre per la seconda la pena della reclusione da due a cinque anni.

Come anticipato, però, gli estensori della proposta di riforma prevedono anche una formulazione alternativa a quella appena illustrata, che mantiene inalterata l'unitarietà della fattispecie di maltrattamenti, prevedendo una sola incriminazione quale che sia il contesto relazionale nel quale le condotte violente e vessatorie sono realizzate, e che propone per contro di meglio individuare i soggetti passivi del reato (intervenendo, in particolare, sulla formula «persona della famiglia o comunque convivente» che oggi compare nel testo dell'art. 572 c.p.). Il testo di questa disposizione, la cui rubrica dovrebbe essere «Maltrattamenti contro la persona nella famiglia e nelle formazioni sociali assimilate», viene così formulato: «Chiunque maltratta una persona della famiglia coniugale, para-coniugale o monogenitoriale o legata da intime consuetudini di vita, comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà, anche senza coabitazione, o una persona a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni».

Infine, l'articolato prevede una fattispecie aggravata per l'ipotesi in cui dai maltrattamenti derivino, come conseguenza non voluta, le lesioni gravi o gravissime ovvero la morte della

vittima. L'aggravante è formulata in termini identici in entrambe le alternative proposte. Si prevede, in particolare, la pena della reclusione da cinque a nove anni «se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile, una lesione personale grave», la pena della reclusione da otto a quindici anni se deriva una lesione gravissima, e la pena della reclusione da quattordici a ventiquattro anni se deriva la morte.

La formulazione dell'aggravante è la medesima, anche per quanto concerne il trattamento sanzionatorio (peraltro draconiano), per ciascuna delle fattispecie nelle quali risulterebbe “spacchettato” il delitto di maltrattamenti ove venisse adottata la prima delle proposte sopra illustrate. In questo caso, però, la previsione di una stessa cornice sanzionatoria per la fattispecie aggravata potrebbe suscitare qualche interrogativo perché sembra contraddire la premessa da cui muove questa proposta, ossia l'esigenza di differenziare la risposta punitiva a seconda del tipo di rapporto nel cui ambito avvengono i maltrattamenti.

### 3. L'esigenza di assicurare determinatezza alla fattispecie di maltrattamenti

Cominciamo con una premessa. I confini del delitto di maltrattamenti sono tutt'altro che chiaramente definiti. Questo “*deficit di determinatezza*”, che senz'altro caratterizza la formulazione vigente<sup>6</sup>, abbiamo l'impressione sia difficilmente superabile anche in una prospettiva di riforma, in ragione del fatto che l'elemento materiale del reato, ovvero la condotta che consiste nel “maltrattare” qualcuno, è un elemento “vago” e “sfuggente”.

Un significativo margine di incertezza nella individuazione della condotta incriminata crediamo permanga anche nell'ipotesi in cui si optasse per una ridefinizione della condotta in termini apparentemente più dettagliati, perché le diverse formulazioni ipotizzate – ad esempio: «infliggere vessazioni, castighi e sofferenze» – impiegano esse stesse concetti vaghi che non sembrano garantire una maggiore determinatezza rispetto a quanto possa fare una formulazione della fattispecie imperniata sul concetto di “maltrattare”<sup>7</sup>. Ci sembra dunque condivisibile la posizione di quanti, in seno al gruppo di lavoro AIPDP, autorevolmente suggeriscono di mantenere l'attuale formulazione contratta della condotta illecita, allo scopo anche di scongiurare il rischio che, introducendo nuove formulazioni, si finisca per seminare incertezza, incrementando il livello di indeterminatezza di una norma «che, pur vaga nella formulazione letterale, sia nondimeno venuta acquisendo una sufficiente determinatezza nella sua dimensione applicativa»<sup>8</sup>.

La scarsa determinatezza, per così dire strutturale, del reato di maltrattamenti dovrebbe però suggerire una ridefinizione del perimetro applicativo di questo reato che si ispiri al principio del diritto penale come *ultima ratio* e, soprattutto, che miri a scongiurare il rischio che la fattispecie finisca per essere – come usa dire nel contesto anglosassone – *overinclusive*. Finisca cioè per essere applicata anche in relazione a casi rispetto ai quali il ricorso al diritto penale non appare opportuno, perché l'inflizione della pena non è né necessaria né proporzionata.

In quest'ottica, e anticipiamo subito quale è la tesi di fondo che vorremmo sottoporre a scrutinio, un ruolo centrale nella definizione dell'ambito di applicazione del reato di

---

<sup>6</sup> Rispetto alla formulazione vigente, lo mette in evidenza, ad esempio, R. BARTOLI, *La tutela della persona nelle e dalle relazioni familiari e parafamiliari*, cit., p. 205.

<sup>7</sup> Nel corso dei lavori che hanno portato alla stesura del progetto di riforma in esame, si è proposto di precisare, richiamando definizioni già presenti in giurisprudenza, che costituiscono maltrattamenti «l'inflizione abituale di vessazioni, sofferenze, castighi sia fisici che psichici, tali da imporre a un'altra persona, che ne rimane succube, un regime di vita persecutorio e degradante»: cfr. A. ROIATI, *Note minime in tema di modifiche all'art. 572 c.p.*, p. 62, e S. LARIZZA, *Piattaforma provvisoria per la riformulazione dell'art. 572 c.p.*, p. 45, entrambi in questo *Libro*.

<sup>8</sup> In questi termini, molto efficacemente, A. SPENA, *Osservazioni su una possibile riforma dell'art. 572, a partire dalla piattaforma provvisoria elaborata da Silvia Larizza*, in questo *Libro*.

maltrattamenti – per recuperarne la tassatività – potrebbe essere assegnato al requisito della “convivenza”.

#### 4. La *ratio* dell’incriminazione dei maltrattamenti. Critica all’orientamento tradizionale

Prima di soffermarsi sul requisito della “convivenza”, e sul ruolo che – a nostro avviso – tale requisito potrebbe avere nella ridefinizione del perimetro applicativo del delitto di maltrattamenti, è opportuno interrogarsi su quale sia l’oggetto giuridico e quale sia la *ratio* dell’incriminazione dei maltrattamenti.

Innanzitutto, riteniamo non sia superfluo sottolineare che condividiamo anche noi l’opinione – che sembra registrare una sostanziale unanimità di consensi – relativa alla necessità di riconoscere che la norma sui maltrattamenti è una norma che non mira certo a tutelare l’istituzione della famiglia, in senso pubblicistico, quanto piuttosto a garantire una tutela rafforzata agli individui che la compongono. Crediamo, dunque, che debba essere accolta con il massimo favore la scelta classificatoria compiuta dagli estensori della proposta di riforma che opportunamente collocano la disposizione sui maltrattamenti tra *i delitti contro la persona*<sup>9</sup>.

Le condotte violente o vessatorie, che integrano gli estremi dei maltrattamenti, sono condotte che compromettono la *serenità*, l’*equilibrio psichico* e l’*integrità fisica* di chi le subisce. E dunque il reato tutela la persona intervenendo anche in una fase nella quale la lesione non ha raggiunto una soglia di gravità tale da determinare l’applicazione di altre, più gravi, fattispecie di reato (pensiamo a ripetute molestie sessuali, che possono integrare gli estremi dei maltrattamenti, ancorché la lesione del bene giuridico integrità sessuale non abbia ancora raggiunto la soglia di gravità richiesta per l’applicazione del reato di violenza sessuale).

Se con il delitto di maltrattamenti il legislatore anticipa la tutela occorre domandarsi che cosa giustifica una tutela così rafforzata dei diritti della persona. Che cosa giustifica l’inflizione di una pena – peraltro non una pena insignificante: la reclusione da due a sei anni – in relazione a comportamenti che, considerati isolatamente, possono anche non avere rilevanza penale o, comunque, sono puniti dal legislatore con pene bagatellari.

L’opinione oggi senz’altro prevalente – e che è accolta anche nella proposta di riforma della quale stiamo ora discutendo – è che l’incriminazione si giustifichi in considerazione della particolare *vulnerabilità* della vittima, condizione di vulnerabilità che deriva dal fatto che la vittima si è *affidata* ad un’altra persona (l’autore del reato) e questa persona ha *tradito* questo affidamento perché, anziché proteggere la vittima, ha sfruttato la sua posizione per abusare di lei, potendo contare sul fatto che la vittima difficilmente può opporre resistenza<sup>10</sup>. Secondo questa chiave di lettura, dunque, il reato di maltrattamenti presuppone l’esistenza di un rapporto tra autore e vittima, che può essere un rapporto giuridico o anche solo di fatto, che si caratterizza per la presenza di una posizione di *supremazia* (quella dell’autore nei confronti della vittima) e, specularmente, una posizione di *soggezione* (quella della vittima nei confronti dell’autore del reato)<sup>11</sup>. L’incriminazione, dunque, mirerebbe essenzialmente alla tutela del soggetto debole e ad evitare che il soggetto forte abusi della propria posizione di supremazia.

Ora, non c’è dubbio che – da un punto di vista empirico – l’art. 572 c.p. trovi applicazione principalmente in contesti nei quali un soggetto (l’autore del reato) si trova in una condizione

<sup>9</sup> Sulle ragioni di tale scelta, cfr. diffusamente S. RIONDATO, *Tutela penale e rapporti di famiglia, parafamiliari e simili. Prime riflessioni de jure condendo*, in AA.VV., *Documenti per il VII Congresso - La riforma dei reati contro la persona* (il documento è consultabile sul sito dell’AIPDP al seguente indirizzo web: <https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/Documenti-per-il-VII-Congresso-La-riforma-dei-reati-contro-la-persona/6-gruppo-Reati-contro-l-onore-e-la-reputazione-e-reati-contro-la-famiglia/>).

<sup>10</sup> In questi termini, per tutti, A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 311 ss.

<sup>11</sup> Sottolinea questo aspetto, ricorrendo alla efficace espressione di “reato relazionale”, R. BARTOLI, *La tutela della persona nelle e dalle relazioni familiari e parafamiliari*, cit., p. 160.

di supremazia fattuale rispetto a un altro soggetto (la vittima), che specularmente si trova in condizioni di soggezione nei confronti del primo. Non ci sembra convincente, però, l'idea che l'essenza dell'incriminazione risieda nel tradimento di questo rapporto di affidamento e, dunque, che il delitto di maltrattamenti postuli sempre l'esistenza di queste posizioni speculari di supremazia e soggezione.

Per un verso, delimitare il campo di applicazione del reato richiedendo – come presupposto implicito della fattispecie – l'esistenza di un rapporto di supremazia-soggezione, finirebbe per introdurre un elemento ulteriore di incertezza rispetto alla definizione dei confini del reato di maltrattamenti. Quando può dirsi che una persona si trovi in una posizione di supremazia rispetto ad un'altra persona, che si trova invece in una posizione di soggezione, è tutt'altro che agevole stabilirlo. La valutazione circa la sussistenza di questo elemento rischia di essere rimessa – in larga misura – alla percezione della vittima o, in alternativa, di essere apprezzata *ex post* facendo leva sull'assunto – dietro al quale si cela però un evidente paralogismo – secondo cui il soggetto che maltratta sempre sottopone la vittima alla sua autorità<sup>12</sup>.

Per altro verso, poi, abbiamo l'impressione che l'idea di un ambiente familiare all'interno del quale si delineano nitidamente posizioni di supremazia e di soggezione non rifletta, sino in fondo, i rapporti familiari “del giorno d'oggi”. Rapporti familiari all'interno dei quali comunque possono profilarsi condotte violente e vessatorie che giustificano, e anzi a nostro avviso richiedono, l'intervento penale.

Il rapporto di supremazia e soggezione all'interno di un nucleo familiare richiama l'idea di una figura maschile, un *pater familias*, che esercita la sua autorità di capofamiglia nei confronti della moglie e dei figli, che si trovano – rispetto alla figura maschile – invece in una posizione di soggezione, fattuale ed economica. Al giorno d'oggi, esistono realtà familiari nelle quali la convivenza si realizza tra persone dello stesso sesso. Oppure realtà familiari nelle quali le condotte violente e vessatorie vengono perpetrate dai figli nei confronti dei genitori. E intendiamo riferirci, non all'ipotesi del genitore anziano e non autosufficiente che “dipenda” dall'assistenza di altri, ma al caso del figlio che trattenendosi nell'abitazione dei genitori ben oltre il raggiungimento della maggiore età serbi un comportamento violento e vessatorio nei confronti della madre o del padre che pure continuano ad assicurargli il mantenimento economico<sup>13</sup>. Insomma: contesti familiari all'interno dei quali non si possono fotografare in modo nitido posizioni di supremazia e posizioni di soggezione, ma all'interno dei quali possono comunque verificarsi abusi che, a nostro avviso, meriterebbero l'intervento penale.

Veniamo allora alla nostra proposta. Proposta che affidiamo allo scrutinio e alle riflessioni degli autorevoli componenti del gruppo di lavoro.

## **5. L'impossibilità per la vittima di sottrarsi agli abusi quale elemento tipizzante i maltrattamenti in famiglia**

Il reato di maltrattamenti ruota intorno alla realizzazione di condotte – violente, vessatorie, di abuso ecc. – che tipicamente avvengono all'interno delle *mura domestiche*. Ed è proprio attorno a questo requisito di carattere spaziale che – a nostro avviso – si incentra la *ratio* dell'incriminazione. L'essenza del reato di maltrattamenti risiede nella convivenza tra autore del reato e vittima.

È questo elemento – la *convivenza* – che giustifica una tutela rafforzata dei diritti della persona. La circostanza che l'autore e la vittima dell'abuso vivano sotto uno stesso tetto fa sì

---

<sup>12</sup> Si tratta, peraltro, di un rischio che già rivelava nel suo studio monografico sul delitto di maltrattamenti F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Tappini, 1979, p. 220.

<sup>13</sup> Ha ritenuto configurabile il delitto previsto dall'art. 572 c.p., in un caso simile, Cass., sez. VI pen., 21 gennaio 2010 (dep. 1° aprile 2010), n. 12798, A.R., in *DeJure*.



che per la vittima sia più difficile avere una “via di scampo”. Il legislatore penale interviene dunque già in una fase anticipata, prodromica rispetto a quella nella quale si concretizza una lesione più grave dell’integrità fisica o psichica della vittima, perché la circostanza che l’autore del reato e la vittima convivano rende – da un lato – particolarmente difficoltoso per la vittima sottrarsi ai maltrattamenti e – dall’altro lato – rende particolarmente agevole per colui che li perpetua proseguire nell’abuso.

In breve: la norma sui maltrattamenti assicura una tutela più intensa a persone che sono vittime di condotte abusive *dalle quali non hanno la possibilità di sottrarsi, o comunque incontrano particolari difficoltà a sottrarsi*, in ragione del rapporto di convivenza che le lega all’autore. Il legislatore incrimina così comportamenti che rappresentano una seria minaccia per l’integrità fisica, la libertà personale e sessuale e financo la vita della vittima.

Se questa è la *ratio*, al requisito della convivenza dovrebbe essere assegnato il ruolo di delimitare l’ambito delle relazioni nelle quali i maltrattamenti devono avere luogo per poter essere considerati penalmente rilevanti ai sensi dell’art. 572.

L’ambito applicativo del reato ricomprende dunque senz’altro *i rapporti tra componenti della famiglia* in senso tradizionale (un coniuge nei confronti dell’altro coniuge, il genitore nei confronti del figlio), *a condizione che vi sia coabitazione*. E ricomprende anche quell’insieme di rapporti che, pur non avendo un riconoscimento giuridico formale (non essendo fondati su un matrimonio o su un’unione civile), siano di fatto caratterizzati da *una stabile relazione di convivenza* e siano dunque nella sostanza equiparabili alla famiglia (vi rientra, ad esempio, il rapporto che si instaura con i figli del partner convivente nati da una precedente relazione). Che la famiglia legittima debba essere equiparata alla famiglia di fatto ci sembra un risultato ormai unanimemente condiviso.

Naturalmente, ma è del tutto consequenziale rispetto a quello che abbiamo detto fino a qui, l’esistenza di un rapporto di parentela, se non è accompagnato dalla convivenza, non dovrebbe essere sufficiente a integrare il requisito di soggettività (attiva e passiva) del reato.

Ora, se l’essenza del reato di maltrattamenti è la convivenza, ossia la comunione di spazi che rende particolarmente difficoltoso per la vittima sottrarsi agli abusi, crediamo che debbano essere equiparati ai rapporti familiari quei rapporti (che potremmo definire “di affidamento” o “para-familiari”) che si caratterizzano per il fatto che un soggetto è *completamente* – e *forzosamente* – *affidato* alla cura e al potere coercitivo di un altro soggetto, e l’affidato si trova in condizioni di non potersi fisicamente allontanare dal luogo nel quale si realizzano gli abusi, e dunque non può sottrarsi ai maltrattamenti. Si pensi, ad esempio, al rapporto tra operatore sanitario e paziente all’interno di un ospedale o di una casa di cura per anziani; oppure al rapporto tra maestro e allievo all’interno di un asilo per l’infanzia o un istituto scolastico. In quest’ottica, crediamo possa essere equiparato al rapporto tra familiari anche quello che si instaura tra detenuti (o tra agenti penitenziari e detenuti) all’interno di un istituto di reclusione, o tra persone che vivono all’interno di altre analoghe “comunità chiuse”.

Sul piano della tecnica legislativa, l’incriminazione delle condotte di maltrattamenti che si verificano in questi contesti “di affidamento” o “para-familiari” può realizzarsi in modi diversi: introducendo un nuovo comma nell’art. 572 o prevedendo – come è stato fatto nel testo della proposta di riforma che stiamo discutendo – una fattispecie autonoma nel quale far confluire i maltrattamenti nei confronti di persone che sono affidate alla cura e custodia del soggetto attivo o persone che forzosamente convivono all’interno di un medesimo ambiente. A nostro avviso, *non* ci sono però ragioni per *differenziare il trattamento sanzionatorio* da riservare a chi maltratta una persona della famiglia e chi maltratta una persona che è stata affidata alla sua cura o alla sua custodia.

Per quanto concerne la determinazione dei soggetti passivi del delitto di maltrattamenti, pertanto, entrambe le soluzioni proposte dal gruppo di lavoro non ci persuadono del tutto.

Guardando alla prima delle due alternative proposte, la formulazione che pretenda di

circoscrivere la configurabilità del delitto di maltrattamenti quando vittima sia «il figlio, il genitore, il coniuge o l'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, oppure altra persona a cui è legato, o è stato legato, da una stabile relazione di convivenza» ci sembra possa prestare il fianco a una duplice critica.

Se, con tale formulazione, si intendeva escludere la configurabilità del delitto quando la condotta è realizzata in danno di una persona della famiglia diversa dal figlio, dal genitore o dal coniuge (ipotizziamo, ad esempio, una zia che maltratti un nipote con lui convivente, oppure un fratello che maltratti una sorella con lui convivente), crediamo che l'ambito applicativo della fattispecie di maltrattamenti finisca per essere limitata in modo eccessivo e non coerente con la *ratio* dell'incriminazione. Se, per converso, si ritiene che casi come quelli appena ipotizzati possano rientrare nel campo di applicazione della fattispecie in quanto i maltrattamenti sono comunque realizzati in danno di «una persona a cui [l'autore del reato] è legato ... da una stabile relazione di convivenza» (soluzione ermeneutica che ci sembra preferibile stando al dato letterale), la scelta di indicare espressamente taluni rapporti familiari ci sembra sovrabbondante e foriera di inutili ambiguità interpretative.

La formulazione proposta, inoltre, sembra ammettere la configurabilità del delitto anche nel caso in cui ricorra uno dei rapporti di parentela espressamente elencati (figlio, genitore, coniuge), ma il rapporto non sia accompagnato dal requisito della stabile convivenza (condotta realizzata da un genitore nei confronti del figlio non più convivente, o viceversa). E la disposizione, nella formulazione proposta, espressamente ammette la configurabilità del delitto in danno di una persona che è stata legata da un rapporto di convivenza che poi è cessato (riprendendo l'esempio, un fratello che in età adulta maltratta una sorella, con la quale ha convissuto solo durante l'infanzia). Risultati questi che evidentemente contrastano con la ricostruzione del reato da noi patrocinata che ravvisa nella convivenza l'elemento tipizzante la fattispecie di maltrattamenti.

Non ci persuade neppure la formulazione adottata nella seconda alternativa proposta («una persona della famiglia coniugale, para-coniugale o monogenitoriale o legata da intime consuetudini di vita, comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà, anche senza coabitazione»). Da un lato, la disposizione introduce concetti che non solo sono estranei al repertorio linguistico cui tradizionalmente attinge il legislatore, ma ci sembra abbiano anche confini tutt'altro che univocamente definiti («famiglia coniugale, para-coniugale o monogenitoriale»). Dall'altro lato, anche questa disposizione espressamente ammette la configurabilità del reato nell'ambito di una relazione caratterizzata da intime consuetudini di vita «anche in assenza di coabitazione».

Posto che secondo la nostra proposta interpretativa l'elemento caratterizzante la figura dei maltrattamenti – come si è visto – sarebbe rappresentato dalla convivenza, conviene chiarire meglio quale significato deve attribuirsi secondo noi a tale concetto. In particolare, occorre chiarire se possa rientrare nel concetto di convivenza anche una forma di frequentazione tra individui che prescindano dalla coabitazione.

## **6. La nozione di convivenza rilevante ai fini della configurabilità del delitto di maltrattamenti. La nostra opinione**

Scorrendo i repertori della giurisprudenza formatasi in relazione alla fattispecie di maltrattamenti, nella formulazione oggi vigente, ci si imbatte (con una discreta frequenza) nell'affermazione secondo cui il delitto di maltrattamenti non richiederebbe «una continuità di convivenza, intesa quale coabitazione», essendo piuttosto necessario, e sufficiente, che la relazione esistente tra autore e vittima «presenti intensità e caratteristiche tali da generare un

rapporto stabile di affidamento e solidarietà»<sup>14</sup>. L'attenzione parrebbe dunque essere rivolta non tanto all'elemento della coabitazione e all'effettiva condivisione di spazi di vita, quanto all'insorgenza di un rapporto affettivo «caratterizzato dalla messa in atto di un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà ed assistenza»<sup>15</sup>; una «relazione sentimentale» che, per la consuetudine dei rapporti creati, sia tale da far sorgere «sentimenti di umana solidarietà e doveri di assistenza morale e materiale»<sup>16</sup>.

Si potrebbe pertanto concludere che «persona comunque convivente», ai fini della configurabilità del reato di maltrattamenti ex art. 572 c.p., possa essere anche *una persona con la quale non vi è alcun rapporto di convivenza* (che non viva, cioè, neppure saltuariamente, sotto lo stesso tetto dell'autore dei maltrattamenti).

In questi termini, l'assunto ci pare inaccettabile perché contrasta con il significato che l'espressione ha nel linguaggio comune. Il concetto di convivenza, infatti, nel suo significato letterale, indica la condizione di due (o più) persone che vivono assieme condividendo un medesimo ambiente. Per quanto tale concetto possa essere dilatato in via ermeneutica, in nessun caso potrà assumere un significato che non è consentito ricavare, secondo il linguaggio comune, delle espressioni utilizzate dal legislatore. La *convivenza*, pertanto, implica una frequentazione che non può prescindere da una qualche forma di *coabitazione*.

A questa conclusione, peraltro, è giunta anche la Corte costituzionale nella recente sentenza n. 98/2021, in un caso nel quale veniva in rilievo la questione relativa al discrimine tra la fattispecie di maltrattamenti in famiglia ai sensi dell'art. 572 c.p. e quella di atti persecutori ai sensi dell'art. 612 *bis* c.p. allorché il fatto sia commesso «da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa» (co. 2). Muovendo dalla premessa secondo la quale il principio di legalità e il divieto di analogia pongono un preciso limite all'attività dell'interprete che non può «riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei possibili significati letterali», la Corte osserva – per quanto qui di interesse – che un rapporto affettivo caratterizzato da permanenze saltuarie e non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro partner non può considerarsi come un'ipotesi di “convivenza”. In ipotesi siffatte, dunque, non può trovare applicazione il delitto di maltrattamenti poiché la vittima non potrebbe essere qualificata, alla stregua del loro significato letterale, come «persona della famiglia» o «persona comunque convivente» con l'autore del reato<sup>17</sup>.

D'altra parte, al di là di talune statuizioni di principio contenute nelle pronunce della Cassazione sopra richiamate, se si guarda ai casi concreti che hanno dato origine a tali pronunce, non si possono invero ricavare indicazioni univoche circa la riconducibilità al paradigma dei

---

<sup>14</sup> Così, testualmente nella motivazione, Cass., sez. VI pen., 18 marzo 2014 (dep. 15 luglio 2014), n. 31121, C.G., in *DeJure*. Sostanzialmente nello stesso senso, tra le altre, Cass., sez. VI pen., 25 giugno 2019 (dep. 11 novembre 2019), n. 37628, C.C., in *DeJure* (relativa a un caso nel quale l'autore dei maltrattamenti, pur non avendo mai convissuto con la vittima, aveva concepito con lei un figlio); Cass., sez. VI pen., 6 novembre 2019 (dep. 11 febbraio 2020), n. 5457, M.I.V., in *DeJure* (relativa a una relazione di mero fatto durata soltanto due mesi); Cass., sez. VI pen., 11 febbraio 2021 (dep. 7 maggio 2021), n.17888, in *DeJure* (relativa a un rapporto di convivenza di breve durata, instabile e anomalo). Lo stesso principio viene seguito dalla giurisprudenza anche per risolvere il caso nel quale i maltrattamenti sono perpetrati in danno del coniuge separato o divorziato: cfr., ad esempio, Cass., sez. VI pen., 13 dicembre 2017 (24 gennaio 2018), n. 3356, F.D., in *DeJure*, che ha ritenuto integrati i maltrattamenti nei confronti del coniuge legalmente separato, perché – da un lato – la convivenza non costituirebbe un presupposto della fattispecie in questione e – dall'altro – la separazione legale, «pur dispensando i coniugi dagli obblighi di convivenza e fedeltà, lascia tuttavia integri i doveri di reciproco rispetto, di assistenza morale e materiale nonché di collaborazione». Conforme, *ex multis*, Cass., sez. VI pen., 19 dicembre 2017 (dep. 23 gennaio 2018), n. 3087, F., in *CED Cass.* In senso solo parzialmente diverso, in un caso di divorzio, Cass., sez. VI pen., 12 giugno 2013 (dep. 13 dicembre 2013), n. 50333, L., in *CED Cass.*

<sup>15</sup> Così Cass., sez. VI pen., 7 febbraio 2019 (dep. 9 maggio 2019), n. 19922, G.D., in *DeJure* (relativa a un caso nel quale, comunque, l'imputato e la querelante, oltre ad avere intrattenuto una relazione sentimentale, avevano convissuto nella stessa abitazione per circa dieci mesi).

<sup>16</sup> Cass., sez. V pen., 17 marzo 2010 (dep. 30 giugno 2010), n. 24688, B., in *CED Cass.*

<sup>17</sup> Corte Cost., 14 aprile 2021 – 28 aprile 2021, n. 98.

maltrattamenti di condotte abusive e vessatorie poste in essere nel contesto di una relazione affettiva nella quale la frequentazione tra autore e vittima non si traduca anche in una qualche forma di coabitazione. Così, ad esempio, la giurisprudenza ha negato la configurabilità del reato di maltrattamenti in un caso nel quale l'autore delle condotte abusive, che intratteneva una relazione clandestina con la vittima, aveva messo a disposizione di lei un appartamento esclusivamente come base dei loro incontri senza che si instaurasse nella coppia un rapporto di effettiva convivenza<sup>18</sup>. Analogamente, un'altra recente sentenza della Corte di cassazione ha escluso la configurabilità del reato di maltrattamenti in famiglia in un'ipotesi nella quale la relazione tra imputato e persona offesa «risultava instaurata da non molto tempo» e la coabitazione era consistita soltanto «nella permanenza anche per due o tre giorni consecutivi nella casa dell'imputato ... pur mantenendo la locazione del proprio appartamento»<sup>19</sup>. In questa occasione, peraltro, la Corte ha espressamente chiarito che il reato di maltrattamenti può configurarsi solo nell'ambito di una relazione affettiva basata «su un'assidua frequentazione della abitazione della persona offesa tale da far sorgere sentimenti di solidarietà e doveri di assistenza morale e materiale»<sup>20</sup>.

Anche il legislatore, seppure in relazione a una disciplina diversa da quella dei maltrattamenti in famiglia, sembra riconoscere che la coabitazione è un requisito imprescindibile perché due persone possano definirsi “conviventi”. In particolare, ai fini dell'istituzione di una «convivenza di fatto» ai sensi del comma 36 dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà), è necessario che i conviventi coabitino e dimorino abitualmente nello stesso luogo. Oltre all'esistenza di uno stabile legame affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, infatti, per la costituzione della convivenza di fatto la legge richiede la presentazione all'ufficio dell'anagrafe della dichiarazione di cui all'art. 13, co. 1, lett. b), del «Nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente» (d.p.r. 30 maggio 1989, n. 223). Tale dichiarazione, che è volta alla costituzione di una nuova famiglia anagrafica, può essere presentata soltanto da soggetti «coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune» (art. 4 del d.p.r. n. 22/1989).

Possiamo pertanto concludere che, quanto meno per quanto riguarda la configurabilità del reato di maltrattamenti, “conviventi” possono essere soltanto persone che vivono stabilmente sotto uno stesso tetto.

Rimangono però da formulare due ulteriori precisazioni a proposito del requisito della necessaria coabitazione. Innanzitutto, il requisito sussiste quando due (o più) persone vivono *stabilmente* (e non solo occasionalmente o saltuariamente) insieme, ma la coabitazione può essere – per le ragioni più diverse – anche *non continuativa*. Pertanto, la circostanza che un soggetto permanga regolarmente solo alcuni giorni della settimana nell'abitazione del partner, soggiornando per la rimanente parte della settimana altrove, non esclude affatto l'effettivo instaurarsi di un rapporto di convivenza che giustifica, e anzi rende opportuno, l'intervento penale al verificarsi di condotte violente e vessatorie. Ciò che è decisivo a questo fine è l'esistenza di un rapporto tra le parti nell'ambito del quale la regolare permanenza (ad esempio tutti i fine settimana) di un soggetto nell'abitazione dell'altro soggetto rende alla vittima dei maltrattamenti impossibile, o comunque particolarmente difficile, sottrarsi alle condotte violente e vessatorie.

In secondo luogo, rimane da chiarire se, un rapporto di convivenza richieda, oltre

---

<sup>18</sup> Cass., sez. VI pen., 21 ottobre 2020 (dep. 1° dicembre 2020), n. 34086, G.A., in *DeJure*.

<sup>19</sup> Cass., sez. III pen., 23 novembre 2020 (dep. 25 gennaio 2021), n. 2911, B.S., in *DeJure*.

<sup>20</sup> Così sempre Cass., 23 novembre 2020, n. 2911, cit. Sulla stessa scia si colloca anche Cass., sez. II pen., 23 gennaio 2019 (dep. 8 marzo 2019), n.10222, C., in *CED Cass.*, che ha affermato che, «nel caso di “convivenza more uxorio”, il delitto di maltrattamenti in famiglia è configurabile soltanto per le condotte tenute fino a quando la convivenza non sia cessata, mentre le azioni violente o persecutorie compiute in epoca successiva possono integrare il delitto di atti persecutori».

all'imprescindibile elemento della stabile coabitazione, anche l'esistenza di *vincoli affettivi* che facciano sorgere aspettative di reciproca solidarietà e assistenza. Come si è visto, la legge (opportunamente) richiede un simile elemento per la costituzione della «convivenza di fatto» cui il legislatore fa discendere diritti e doveri in larga misura analoghi a quelli scaturenti dal matrimonio. Per quanto riguarda la definizione del perimetro applicativo del delitto di maltrattamenti, l'orientamento prevalente in giurisprudenza, anche questo lo abbiamo visto sopra, coerentemente con la *ratio* che viene comunemente riconosciuta a tale incriminazione, subordina la configurabilità del reato all'esistenza di vincoli affettivi tra autore e vittima dei maltrattamenti tali da far sorgere aspettative di assistenza reciproca assimilabili a quelle tradizionalmente proprie del nucleo familiare<sup>21</sup>.

A noi pare, però, che subordinare la configurabilità del reato all'esistenza di un legame affettivo, peraltro di difficilissimo apprezzamento in sede giudiziale, finisca per circoscrivere in modo eccessivo l'ambito delle relazioni nelle quali le condotte violente e vessatorie debbono avere luogo per poter essere considerate penalmente rilevanti ai sensi della fattispecie che incrimina i maltrattamenti. Non si potrebbe configurare il reato, infatti, tutte le volte in cui le condotte violente e vessatorie sono rivolte nei confronti di una persona che, pur vivendo assieme all'autore del reato (ed essendo dunque un convivente), non è legato a lui da alcun rapporto affettivo o di solidarietà assimilabile a quello esiste tra familiari (si pensi, ad esempio, a due persone adulte che per contenere le spese decidano di vivere in uno stesso appartamento, oppure a due detenuti confinati nella medesima cella). Queste situazioni, a nostro avviso, meriterebbero la medesima tutela che il legislatore ha apprestato per i contesti familiari o para-familiari, perché anche in questi casi sono particolarmente ristretti i margini che la vittima ha di sottrarsi ai maltrattamenti, proprio perché l'autore e la vittima si trovano a convivere sotto uno stesso tetto.

## 7. Il *mobbing*

Un discorso a parte, invece, andrebbe riservato ai maltrattamenti sul luogo di lavoro e, quindi, al *mobbing*<sup>22</sup>. Nel rapporto di lavoro, sia in quello verticale (tra datore e dipendente), sia in quello orizzontale (tra colleghi), manca quell'elemento di affidamento forzoso che rende per la vittima impossibile allontanarsi dal luogo nel quale si perpetuano gli abusi. Per quanto censurabili, le condotte di maltrattamento sul luogo di lavoro lasciano alla vittima *maggiori possibilità di sottrarsi* al regime di vessazione e prevaricazioni che è stato instaurato<sup>23</sup>.

Andrebbe dunque ipotizzata una incriminazione autonoma, che non solo preveda un trattamento sanzionatorio diverso rispetto a quello previsto per i maltrattamenti in famiglia (o in contesti “di affidamento” o “para-familiari”), ma che si sforzi di tipizzare maggiormente le

---

<sup>21</sup> Va segnalato, però, che in giurisprudenza si registra anche un orientamento che ritiene configurabile il delitto di maltrattamenti anche in caso di rapporti di convivenza di fatto privi di carattere para-familiare. La Cassazione, ad esempio, ha ravvisato la responsabilità per tale reato in capo a una persona convivente, riconosciuta come “badante” della vittima, pur in mancanza di una consacrazione formale di tale rapporto: così Cass., sez. I pen., 19 aprile 2017 (dep. 8 gennaio 2018), n. 206, Remorini, in *CED Cass.*

<sup>22</sup> La riconducibilità del *mobbing* al delitto di maltrattamenti in famiglia, pur in mancanza di una norma *ad hoc*, è un tema ampiamente esplorato dalla dottrina. In argomento, ad esempio, si vedano R. BARTOLI, *Fenomeno del mobbing e tipo criminoso forgiato dalla fattispecie di maltrattamenti in famiglia*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28.10.2011; G. DE FALCO, *La rilevanza penale del mobbing approda in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 182 ss.; L. GRASSO, *Mobbing e maltrattamenti: il punto di vista del giudice*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 2083 ss.; V. LOMBARDI, *La condotta di mobbing in ambito lavorativo può configurare il delitto di maltrattamenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 156 ss.; C. PARODI, *Ancora su mobbing e maltrattamenti in famiglia*, in *Dir. pen. cont.*, 3.10.2012; G. PAVICH, *Il delitto di maltrattamenti. Dalla tutela della famiglia alla tutela della personalità*, Giuffrè, 2012, 136 ss.; A. SZEGO, *Mobbing e diritto penale*, Jovene, 2007; M. VERRUCCHI, *Rilevanza penale del mobbing*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 179 ss.

<sup>23</sup> Lo osserva molto chiaramente S. LARIZZA, *Piattaforma provvisoria*, cit., 47.

condotte penalmente rilevanti, tenuto conto che in ambito lavoristico è particolarmente marcato quel rischio – cui facevamo cenno all’inizio – di attrarre nell’area del penalmente rilevante condotte che non meriterebbero invece di essere sanzionate con il ricorso alla pena.

Forse, ma si tratta davvero solo di una suggestione, si potrebbe pensare di assegnare all’*elemento soggettivo* questo ruolo di maggiore tipizzazione della fattispecie, prevedendo un dolo specifico incentrato – da un lato – sulla finalità di indurre il lavoratore alle dimissioni o all’allontanamento dal posto di lavoro e – dall’altro – su finalità discriminatorie, sulla falsariga di quanto prevede l’art. 604 *ter* c.p., e dunque costruire la fattispecie in questi termini: chiunque maltratta, con condotte reiterate, una persona sul luogo di lavoro «al fine di discriminarla per motivi di genere, orientamento sessuale, etnia, nazionalità, razza o religione».

Dovrebbe essere affidata, invece, al diritto del lavoro la previsione di strumenti idonei a prevenire e contrastare altre pratiche vessatorie o persecutorie sul luogo di lavoro, come quelle preordinate a mortificare e isolare il dipendente ovvero soverchiarlo di lavoro oltre misura, residuando comunque nelle ipotesi particolarmente gravi (ad esempio si sottopone una persona a lavori umilianti e degradanti) la possibilità di ricorrere a fattispecie delittuose come la riduzione o mantenimento in schiavitù (art. 600 c.p.) o altre figure di reato.

La formulazione di una eventuale incriminazione del mobbing richiederebbe, però, una riflessione assai più ampia che non ci è consentito svolgere nei limitati spazi di questo intervento.

## **8. Una postilla: la rilevanza penale delle condotte abusive perpetrate in danno di una persona della famiglia con la quale non sussiste (o non sussiste più) un rapporto di convivenza**

Solo un’ultima considerazione rispetto alla eventuale rilevanza penale di condotte vessatorie e di abuso realizzate nei confronti di una persona della famiglia, legittima o di fatto, con la quale però non sussiste – o non sussiste più – un rapporto di convivenza. A noi sembra che queste condotte possano ricadere nell’ambito di applicazione del reato di *atti persecutori*, eventualmente aggravato dal legame familiare o affettivo; reato di atti persecutori che dovrebbe abbracciare – nella prospettiva che qui proponiamo – quelle ipotesi di relazioni affettive non caratterizzate (o non più caratterizzate) da una condivisione di spazi di vita che è l’elemento che condiziona fortemente – limitandola – la capacità di reagire della vittima<sup>24</sup>.

Sul piano dell’elemento materiale, ossia della condotta incriminata, crediamo sia difficile tracciare una linea di demarcazione chiara tra maltrattamenti e atti persecutori. Abbiamo l’impressione che le condotte finiscano per coincidere. Se nel reato di maltrattamenti è la coabitazione il requisito pregnante, il requisito che assegna un peso specifico alla condotta offensiva, nel reato di *stalking*, che prescinde dal requisito della convivenza, il legislatore introduce una serie di elementi ulteriori, una serie di eventi alternativi (il perdurante e grave stato di ansia o di paura, fondato timore per l’incolumità propria o di un prossimo congiunto, il mutamento delle abitudini di vita) che – almeno in parte – recuperano tassatività e determinatezza nella fattispecie.

## **9. La fattispecie aggravata in caso di lesioni o morte della vittima**

Occorrerebbe infine interrogarsi sui rapporti del reato di maltrattamenti con le lesioni e la morte. Sul punto ci limitiamo solo ad alcune cursorie osservazioni. Riteniamo che la proposta

---

<sup>24</sup> In questo senso anche R. BARTOLI, *La tutela della persona nelle e dalle relazioni familiari e parafamiliari*, cit., 161.

contenuta nel progetto di riforma sia condivisibile nella parte in cui introduce la precisazione – forse superflua, ma a nostro avviso senz'altro opportuna in considerazione dell'applicazione giurisprudenziale – che l'evento non voluto, deve comunque apparire come «*prevedibile*». Formuliamo invece qualche riserva per quanto concerne il *trattamento sanzionatorio* perché il testo del progetto elaborato dal gruppo di lavoro dell'AIPDP ripropone le cornici draconiane già previste dalla disposizione oggi vigente (i massimi edittali rimangono invariati, mentre i minimi vengono addirittura innalzati).

A noi pare che l'inasprimento delle pene previsto per le ipotesi in cui si verificano (come conseguenze *non volute* dall'agente!) le lesioni gravi o gravissime, oppure la morte, della persona maltrattata si ponga in contrasto con i principi costituzionali di *ragionevolezza* e *proporzionalità* della pena. Se prestiamo attenzione alle conseguenze sanzionatorie, infatti, possiamo facilmente constatare che le pene che vengono inflitte al reo applicando la disposizione in esame sono macroscopicamente più elevate rispetto a quelle che potrebbero essere inflitte sommando aritmeticamente la pena prevista per i maltrattamenti e quella prevista per le fattispecie colpose che vengono di volta in volta in rilievo (lesioni personali gravi o gravissime ai sensi dell'art. 890, co. 2, c.p., o omicidio ai sensi dell'art. 589 c.p.).

Pensiamo, ad esempio, al caso dei maltrattamenti dai quali deriva, come conseguenza non voluta ma prevedibile, la morte della vittima. In questo caso, se trovasse applicazione la disciplina del concorso formale di reati, l'autore del fatto risponderebbe di maltrattamenti, punito con la reclusione da due a sei anni, in concorso con l'omicidio colposo, e l'aumento di pena non potrebbe superare i cinque anni (la pena massima applicabile in questo caso, dunque, sarebbe undici anni). Applicando invece la disciplina contenuta nel progetto di riforma (che, comunque, come abbiamo detto, non si discosta di molto da quella oggi vigente), l'autore della condotta risponderà di maltrattamenti aggravati e sarà punito con la pena della reclusione da quattordici a ventiquattro anni. Come risulta evidente, in questo caso, l'aumento di pena è particolarmente elevato. Se guardiamo alla pena massima, infatti, la sanzione prevista per i maltrattamenti aggravati coincide con quella che l'art. 575 c.p. prevede per l'omicidio volontario. La disposizione finisce così per equiparare il trattamento sanzionatorio connesso alla causazione colposa dell'evento morte con quello che il legislatore riserva alla causazione dolosa di quel medesimo evento. Se guardiamo alla pena minima, invece, il trattamento sanzionatorio previsto dalla fattispecie aggravata risulta molto più grave (di ben sette volte!) rispetto a quello derivante dal concorso formale di reati: nel primo caso, la pena minima è di 14 anni, mentre nel secondo caso sarebbe di due anni e un giorno (due anni per i delitti di maltrattamenti con l'aumento di un giorno per l'omicidio colposo). A noi pare che un simile rigore sanzionatorio difficilmente possa trovare giustificazioni apprezzabili sul piano dei principi costituzionali.

In linea di massima, riteniamo che, in un caso nel quale concorrono un delitto colposo e un delitto doloso, quando il primo è conseguenza involontaria del secondo, il legislatore possa prevedere un trattamento sanzionatorio più severo rispetto a quello che si avrebbe sommando le pene previste per ciascun reato<sup>25</sup>. Tuttavia, questo aggravamento di pena deve essere contenuto entro limiti ragionevoli e non crediamo che la disciplina oggi vigente, al pari di quella che si suggerisce di introdurre con la riforma, soddisfi tale esigenza.

## 10. Conclusioni

---

<sup>25</sup> Sul punto, ci sia consentito il rinvio – assai inelegante – a T. TRINCHERA, *Questioni in tema di aberratio ictus*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1450 ss. A conclusioni opposte, proprio con riferimento ai delitti aggravati dall'evento, giunge invece F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 2005, 829 ss.

Proviamo, in conclusione, a ipotizzare come potrebbe essere redatta la disposizione che incrimina i maltrattamenti in famiglia alla luce delle considerazioni che abbiamo sopra formulato. La fattispecie crediamo possa essere formulata in questi termini:

«Maltrattamenti contro familiari, conviventi e persone in affidamento. – 1. Chiunque maltratta, con condotte reiterate, una persona della famiglia con lui stabilmente convivente o altra persona a cui è legato da uno stabile rapporto di convivenza, è punito con la reclusione da due a sei anni. 2. Alla stessa pena soggiace chiunque maltratta, con condotte reiterate, una persona a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia. 3. Se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile, una lesione personale grave, si applica la reclusione da due anni e sei mesi a otto anni; se dal fatto deriva quale evento non voluto, ma prevedibile, una lesione gravissima, si applica la reclusione da tre a dieci anni e sei mesi; se dal fatto deriva, quale evento non voluto, ma prevedibile, la morte, si applica la reclusione da quattro a quattordici anni».

Questa formulazione della norma mira – innanzitutto – a ridefinire l’ambito di applicazione della fattispecie in termini coerenti con la *ratio* dell’incriminazione, che a nostro avviso è quella di assicurare una più intensa tutela penale a persone che sono vittime di condotte abusive dalle quali non hanno la possibilità di sottrarsi perché convivono con l’autore dei maltrattamenti. Questa formulazione mira altresì a garantire la stessa tutela penale anche a persone che, pur non convivendo con l’autore dei maltrattamenti, non possono ugualmente sottrarsi alle condotte abusive perché “completamente” affidate alla cura e custodia del soggetto maltrattante, che su di loro esercita – anche solo di fatto – poteri coercitivi e di controllo.

Per le ragioni che abbiamo provato a illustrare nel testo, in questa formulazione della norma, la descrizione della condotta illecita rimane affidata al verbo “maltrattare”. Per contro, riteniamo possa avere qualche utilità aggiungere nel testo la locuzione «in maniera reiterata», che peraltro già compare anche in una delle proposte avanzate dal gruppo di lavoro dell’AIPDP. Questa locuzione chiarisce che non può essere sufficiente a integrare la fattispecie un singolo episodio di violenze o vessazioni, confermando un orientamento invero consolidato sia in giurisprudenza che in dottrina che riconosce natura abituale al reato di maltrattamenti.

Per quanto concerne la fattispecie aggravata prevista per l’ipotesi di morte o lesioni della vittima dei maltrattamenti, la formulazione della disposizione mira a garantire il rispetto dei principi costituzionali di colpevolezza e proporzionalità nella dosimetria della pena. Così formulata, infatti, la disposizione – per un verso – espressamente esige che la causazione dell’evento non voluto sia personalmente rimproverabile all’agente e – per altro verso – contiene l’inasprimento del trattamento sanzionatorio entro il limite di un terzo rispetto a quello che risulterebbe dal concorso tra la fattispecie di maltrattamenti e il delitto colposo che di volta in volta potrebbe venire in rilievo.

Riteniamo preferibile, invece, espungere dal testo della disposizione riformata l’aggravante, recentemente introdotta dalla l. 19 luglio 2019, n. 69, al secondo comma dell’art. 572 c.p., per l’ipotesi in cui il fatto sia commesso in presenza o in danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza, di una persona con disabilità, o con l’uso delle armi. Ci sembra, infatti, che alcune di queste ipotesi già rientrino nel campo di applicazione della circostanza aggravante comune prevista all’art. 61, co. 1, n. 11 *quinquies*, c.p.; e per quanto concerne le altre ipotesi (pensiamo, in particolare, all’uso di armi), crediamo che il maggiore disvalore insito in questi fatti possa essere adeguatamente valorizzato dal giudice al momento della commisurazione della pena spaziando all’interno dell’ampia forbice edittale che caratterizza la fattispecie base.

Alla fattispecie che punisce i maltrattamenti in famiglia dovrebbe poi essere affiancata una fattispecie autonoma che sanzioni le condotte di maltrattamenti realizzate sul luogo di lavoro.



Tale fattispecie, come già si è accennato nel corso del testo, potrebbe essere formulata in questi termini:

«Maltrattamenti in ambiente di lavoro. – 1. Chiunque, al fine di costringere una persona a interrompere il rapporto di lavoro, ovvero al fine di discriminarla per motivi di genere, orientamento sessuale, etnia, nazionalità, razza o religione, maltratta con condotte reiterate una persona sul luogo di lavoro è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni.



## **A PROPOSITO DI MALTRATTAMENTI E VIOLENZA DOMESTICA**

*Silvia Larizza*

1. In questa sede mi vorrei soffermare -molto brevemente- sulla opportunità di introdurre nel codice penale la fattispecie di “Violenza domestica”.

Come è noto in Italia la figura di reato cui si ricorre più frequentemente per reprimere fatti riconducibili alla violenza nelle relazioni familiari è quella rubricata: “Maltrattamenti contro familiari o conviventi”.

Tuttavia, l’attuale formulazione della norma suscita perplessità e riserve nel momento in cui elenca diversi soggetti passivi di maltrattamenti. Si parla di una persona della famiglia o comunque convivente, di una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l’esercizio di una professione o di un’arte. La norma affascia, dunque, condotte di maltrattamenti che si svolgono e si consumano in contesti relazionali di riferimento completamente diversi e che possono presentare per chi le subisce una gravità differente.

Nel nostro gruppo di lavoro<sup>1</sup> si è così valutata l’opportunità di isolare la violenza consumata all’interno delle mura domestiche da quella esercitata nei luoghi di lavoro o in istituzioni come scuole, asili, o case di ricovero per anziani. Ha preso corpo, di conseguenza, l’idea che le condotte di maltrattamenti andassero distinte essendo più grave una violenza che si consuma all’interno delle pareti domestiche -che solo raramente dà modo alla vittima di uscire dalla condizione di soggezione<sup>2</sup>- rispetto a quella esercitata in ambienti lavorativi o in istituzioni come asili, ricoveri per anziani dove esistono più possibilità, anche indirette, di sottrarsi a queste situazioni<sup>3</sup>.

Si sono, in definitiva, ‘disaggregati’ i contesti, presenti nell’attuale formulazione dell’art. 572 c.p., all’interno dei quali la violenza si svolge differenziando -con distinte comminatorie edittali- le ipotesi di violenza all’interno delle mura domestiche da quella esercitata nei confronti di persone affidate per ragioni di cura, istruzione, vigilanza etc.

È stato questo un primo passo -importante- che mira a sanare una contraddizione presente nel Codice Rocco che<sup>4</sup>, recando modifiche a questa figura di reato concepita dai codici preunitari<sup>5</sup> e dallo stesso codice Zanardelli a tutela esclusiva di soggetti appartenenti al nucleo familiare<sup>6</sup>, ne ha allargato l’ambito di operatività a soggetti estranei ad esso, collocando,

---

<sup>1</sup> Cfr. AIDPP, *Progetto di riforma del Codice penale, parte speciale, Gruppo per la riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali*, in questo Libro.

<sup>2</sup> Cfr. AIDPP, *Progetto di riforma del Codice penale, parte speciale, Gruppo per la riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali*, cit.; nella Sezione II, compare una doppia rubrica al delitto in questione: *Maltrattamenti contro familiari e conviventi*; *Violenza domestica*.

<sup>3</sup> Cfr. AIDPP, *Progetto di riforma del Codice penale, parte speciale, Gruppo per la riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali*, cit., dove è prevista una norma rubricata: *Maltrattamenti contro persone in affidamento*.

<sup>4</sup> Per una analisi completa e approfondita delle linee di riforma dei reati contro la famiglia e contro l’onore cfr. S. RIONDATO, *Relazione in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali*, in AIDPP, *Progetto di riforma del Codice penale, parte speciale, Gruppo per la riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali*, in questo Libro.

<sup>5</sup> Nel codice sardo-piemontese del 1859 l’art. 561 reprimeva i ‘cattivi trattamenti tra coniugi’.

<sup>6</sup> Il codice Zanardelli del 1889, tuttavia, con l’art. 391, ha esteso la perseguibilità dei maltrattamenti commessi in danno degli altri familiari e dei minori degli anni 12.

peraltro, i maltrattamenti tra i delitti contro la famiglia.

2. Questa ‘disaggregazione’ compiuta dal gruppo di lavoro costituisce un passo importante, certamente necessario, ma, forse, non sufficiente da un punto di vista politico-criminale.

Una volta resi autonomi i maltrattamenti commessi nel contesto familiare si potrebbe andare oltre creando una fattispecie dalla intitolazione: “Violenza domestica”.

Cercherò di esporre le ragioni che possono giustificare l’introduzione.

In primo luogo, la creazione di una fattispecie *ad hoc* darebbe maggiore risalto e visibilità a una realtà in larga misura sommersa.

Il rapporto dell’Istat del 2006<sup>7</sup>, replicato nel 2014 e<sup>8</sup>, da ultimo, anche i dati forniti dal Ministero dell’Interno<sup>9</sup> testimoniano, inequivocabilmente, che la violenza nei confronti delle donne e, più in particolare, la violenza domestica presenta una percentuale di denuncia molto bassa<sup>10</sup>. Sarebbe, perciò, auspicabile la creazione di una fattispecie rubricata: “Violenza domestica” perché poggiante, innanzitutto, su un dato empirico di tutta evidenza: l’elevato e, per lo più, oscuro numero di episodi ad essa riconducibile.

In aggiunta, una norma con questa intitolazione non solo esprimerebbe il riconoscimento da parte del legislatore di un drammatico fenomeno sociale, ma svelerebbe alla opinione pubblica che la violenza tra le pareti domestiche esiste, è diffusa, e che non riguarda solo poche persone come si potrebbe supporre. Questa presa d’atto legislativa potrebbe contribuire a rendere più visibile questa realtà purtroppo condivisa da migliaia di vittime stimolando la loro propensione alla denuncia<sup>11</sup>. I livelli davvero bassi di denuncia di maltrattamenti all’interno delle pareti domestiche stanno a significare che, nonostante gli sforzi profusi dal legislatore nel varare norme di tutela penale e processuale a favore di queste vittime, non sono maturati nel tessuto sociale quei mutamenti culturali indispensabili per stigmatizzare questo fenomeno<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. ISTAT, *Violenza nei confronti delle donne*, reperibile sul sito: [https://www.istat.it/it/files/2018/04/Inf\\_08\\_07\\_violenza\\_contro\\_donne\\_2006.pdf](https://www.istat.it/it/files/2018/04/Inf_08_07_violenza_contro_donne_2006.pdf).

<sup>8</sup> <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-fenomeno/violenza-dentro-e-fuori-la-famiglia/numero-delle-vittime-e-forme-di-violenza>.

<sup>9</sup> I numerosi *report* della Polizia di Stato in argomento denotano una crescente attenzione al fenomeno: da ultimo [https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2021-03/report\\_2021\\_-\\_donne\\_vittime\\_di\\_violenza.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2021-03/report_2021_-_donne_vittime_di_violenza.pdf).

<sup>10</sup> Il rapporto ISTAT, *Violenza nei confronti delle donne*, cit., 72, parla di “silenzio delle donne di fronte alla violenza” rilevando: «La violenza domestica passa nella maggior parte dei casi sotto silenzio, il 34 per cento delle donne non ne ha mai parlato con nessuno, circa il 93 per cento non l’ha denunciata e sono poche le vittime che si sono rivolte ai centri antiviolenza o a centri specializzati di aiuto».

<sup>11</sup> Il rapporto ISTAT, *Violenza nei confronti delle donne*, cit., 75, riporta le ragioni più significative della scarsa propensione a denunciare: «Tra le motivazioni indicate, emerge la scarsa gravità della violenza subita (64,3 per cento), il fatto che questa fosse un fatto privato (5,8 per cento), che vi ha fatto fronte da sola o con l’aiuto di amici o parenti (19 per cento), il non volere che il partner venisse arrestato (8,3). Il 4,9 per cento non ha denunciato per timore delle conseguenze, il 4,1 per cento per vergogna ed imbarazzo o per il senso di colpa, il 3,4 per cento per il bene dei bambini, il 2,1 per cento perché non voleva che la relazione finisse. Infine il 3,6 per cento riteneva che fosse inutile perché pensava che le Forze dell’ordine non avrebbero fatto niente (2,3 per cento) o non avrebbero potuto fare nulla».

La Corte e.d.u., sez. I, 27 maggio 2021, J.L. c. Italia, n. 5671/16, § 140, ritiene che il basso tasso di denunce sia dovuto anche al numero davvero irrisorio di perseguimenti e di condanne per questi reati, che denota, a volte, l’assenza di fiducia delle vittime nel sistema della giustizia penale. Ancora più severo il giudizio che esprime nel § 141: «La Corte è convinta che il perseguimento e le sanzioni penali giochino un ruolo cruciale nella risposta istituzionale alla violenza di genere e nella lotta contro le disuguaglianze tra sessi. È allora indispensabile che le autorità giudiziarie evitino di riprodurre stereotipi sessisti nelle loro decisioni, di minimizzare la violenza di genere, e di esporre le donne a una vittimizzazione secondaria utilizzando un linguaggio colpevolizzante e moralizzante idoneo a minare la fiducia delle vittime nella giustizia».

<sup>12</sup> Cfr. Senato, Doc. XXII- bis, n. 4, *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere, Rapporto sulla violenza di genere e domestica nella realtà giudiziaria*.

Dominano, ancora, stereotipi<sup>13</sup> che si riscontrano a tutti i livelli, anche a quello giudiziario<sup>14</sup>, e che, in alcuni casi, non fanno neanche percepire alle vittime di questi reati la illiceità dei comportamenti subiti<sup>15</sup>.

In secondo luogo l'introduzione di una fattispecie di violenza domestica sarebbe in linea con quanto prescritto a livello europeo dalla Convenzione di Istanbul ratificata dall'Italia e dalla Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012. Per quanto concerne la Convenzione di Istanbul più volte viene menzionata l'espressione violenza domestica sia nel Preambolo, sia in specifiche disposizioni<sup>16</sup>.

Nello stesso solco si muove la Direttiva del 2012 che<sup>17</sup>, peraltro, fa riferimento a questo fenomeno utilizzando l'espressione: "Violenza nelle relazioni strette". Dopo avere definito cosa è la violenza di genere e i danni che provoca (danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima) vi ricomprende la violenza nelle relazioni strette, riscontrandola -nel Considerando n. 18- in quella «commessa da una persona che è l'attuale o l'ex coniuge o partner della vittima ovvero da un altro membro della sua famiglia, a prescindere dal fatto che l'autore del reato conviva o abbia convissuto con la vittima», specificando che «questo tipo di violenza potrebbe includere la violenza fisica, sessuale, psicologica o economica e provocare un danno fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche». Si sottolinea, alla fine del Considerando n. 18, che «La violenza nelle relazioni strette è un problema sociale serio e spesso nascosto, in grado di causare un trauma fisico e psicologico sistematico dalle gravi conseguenze in quanto l'autore del reato è una persona di cui la vittima dovrebbe potersi fidare».

### 3. Quanto alla formulazione di questa ipotetica norma si intravedono due possibilità.

Come già ricordato l'Italia ha sottoscritto la Convenzione di Istanbul e l'ha ratificata con la legge 27 giugno 2013, n. 77. L'art. 3, comma 1 alla lettera b) della Convenzione fornisce una definizione che potrebbe costituire per il legislatore italiano un imprescindibile punto di riferimento. Si dispone, infatti, che: «l'espressione "violenza domestica" designa tutti gli atti di

---

<sup>13</sup> Che esistano e siano molto diffusi stereotipi di genere è espressamente riconosciuto dall'art. 12.1 della Convenzione di Istanbul laddove obbliga gli Stati a «eliminare pregiudizi, costumi, tradizioni e qualsiasi altra pratica basata sull'idea dell'inferiorità della donna o su modelli stereotipati dei ruoli delle donne e degli uomini». In Italia, da un rapporto dell'Istat del 2022 elaborato da M.G. MURATORE, *Un viaggio nel sistema informativo sulla violenza nei confronti delle donne attraverso i dati*, 3, in [https://www.istat.it/it/files//2022/03/MariaGiuseppina\\_Muratore\\_slide.pdf](https://www.istat.it/it/files//2022/03/MariaGiuseppina_Muratore_slide.pdf), emerge che: «Quasi il 60% (58,8%) della popolazione (di 18-74 anni) è d'accordo su molti stereotipi sui ruoli di genere».

<sup>14</sup> Emblematica la condanna dell'Italia da parte della Corte e.d.u., sez. I, 27 maggio 2021, J.L. c. Italia, n. 5671/16, cit., per l'utilizzazione -anche nel linguaggio e nelle motivazioni dei giudici italiani- di stereotipi di genere. Secondo la Corte (§ 140), «il linguaggio e gli argomenti utilizzati dalla Corte d'appello trasmettono i pregiudizi sul ruolo delle donne che esistono nella società italiana e che possono costituire un ostacolo ad una effettiva protezione dei diritti delle vittime di violenza di genere pur in presenza di un quadro legislativo soddisfacente»: a commento cfr. N. CARDINALE, *Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per violenza sessuale di gruppo: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'art. 8*, in *Sistema penale*, 14 giugno 2021.

<sup>15</sup> Lo rilevava già il Rapporto Istat sulla violenza nei confronti delle donne del 2006, 66: «Malgrado la gravità della violenza, meno di una donna su cinque (18,2 per cento) ritiene che l'episodio subito sia un reato, mentre in maggioranza lo considerano qualcosa di sbagliato ma non un reato (44,0 per cento) oppure solamente qualcosa che è accaduto». La situazione è rimasta pressoché immutata se, come rileva M.G. MURATORE, *Un viaggio nel sistema informativo sulla violenza nei confronti delle donne attraverso i dati*, cit., 5, «Le donne difficilmente guardano alla violenza subita come a un crimine, anche in presenza di ferite».

<sup>16</sup> A titolo esemplificativo, tra i numerosi richiami, cfr.: art. 1, lett. a), art. 2, 1; art. 3, 1, lett. b); art. 16, 1.

<sup>17</sup> Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce *Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*. Tale Direttiva è stata attuata in Italia con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima»<sup>18</sup>.

Un'altra possibilità potrebbe essere quella di rubricare i maltrattamenti compiuti all'interno di relazioni familiari con l'espressione: "Violenza domestica". Tale intitolazione -è bene rilevarlo- non ne comporterebbe una restrizione di operatività ai solo fatti 'violenti'. È, da un lato, indiscutibile che per l'integrazione della fattispecie di maltrattamenti -reato abituale- possono rientrare anche atti non violenti<sup>19</sup>, in quanto il comportamento violento ha numerose modalità di estrinsecazione accomunate dal fine di volere prevaricare -fisicamente, psichicamente, economicamente, sessualmente- l'altra persona. Ma è anche vero, d'altro lato, che l'art. 572 c.p. è stato inserito sia livello legislativo<sup>20</sup>, che giurisprudenziale<sup>21</sup> nel novero dei delitti commessi con violenza alla persona. E la nozione che, da qualche anno, fornisce la Cassazione di questa espressione è davvero ampia. Nel 2016 le Sezioni Unite<sup>22</sup> hanno affermato che questa locuzione è riferibile "oltre che ai reati caratterizzati da violenza fisica, anche a quelli connotati da violenza morale, come i delitti di atti persecutori e di maltrattamenti contro familiari e conviventi, previsti rispettivamente dagli artt. 612-bis e 572 c.p., in quanto l'espressione «violenza alla persona» deve essere intesa alla luce del concetto di «violenza di genere», risultante dalle pertinenti disposizioni di diritto internazionale recepite e di diritto comunitario".

Fatto questo richiamo alle fonti internazionali che, come esattamente rilevano le Sezioni Unite del 2016, fanno parte, *ex art.* 117, co. 1 Cost., del tessuto normativo italiano, e, per ciò solo, richiedono una interpretazione conforme ad esse, si deve sottolineare che l'introduzione di una fattispecie di violenza domestica potrebbe svolgere un ruolo di orientamento culturale indispensabile in questo campo dominato da stereotipi di genere.

Ma vi è un'altra ragione -non trascurabile- che suffraga questa opzione. Se residuasse alla fattispecie di maltrattamenti attualmente vigente il compito di reprimere comportamenti tenuti al di fuori dell'ambito familiare, l'introduzione di una norma rubricata: "Violenza domestica" avrebbe il pregio di uniformare il tessuto normativo nazionale.

---

<sup>18</sup> Ormai tale espressione è comunemente utilizzata anche se la Convenzione di Istanbul -come visto nella definizione che ne dà- non ritiene rilevante che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima. Sarebbe, forse, più proprio parlare di violenza nelle relazioni strette, formula che compare nella Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 25 ottobre 2012, cit.

<sup>19</sup> Cass., sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 4935, in *CED Cass.* n. 274617-01: «In tema di maltrattamenti in famiglia, integra gli estremi del reato la condotta di chi infligge abitualmente vessazioni e sofferenze, fisiche o morali, a un'altra persona, che ne rimane succube, imponendole un regime di vita persecutorio e umiliante...».

<sup>20</sup> Cfr. artt. 408, c. 3-bis c.p.p.; art. 299, c. 2, c.p.p.; art. 299, c. 4 c.p.p., art. 90-ter c.p.p.; art. 90-quater c.p.p.; art. 90-ter c. 1-bis. In questa ultima disposizione si stabilisce che le comunicazioni previste al primo comma (da farsi alla persona offesa su richiesta per delitti commessi con violenza alla persona) «sono sempre effettuate alla persona offesa e al suo difensore, ove nominato», se si procede per specificati delitti a sfondo sessuale o riconducibili al *genus* della violenza domestica e di genere.

<sup>21</sup> Cfr. Cass., Sez. Un. 16 marzo 2016, n. 10959, in *CED Cass.*, n. 265893; Cass., Sez. Un., 3 maggio 2022, n. 17156, in *CED Cass.*, n. 283042.

<sup>22</sup> Cfr. Cass., Sez. Un. 16 marzo 2016, n. 10959, cit., ha enunciato il seguente principio di diritto: ««La disposizione dell'art. 408, comma 3-bis, cod. proc. pen., che stabilisce l'obbligo di dare avviso della richiesta di archiviazione alla persona offesa dei delitti commessi con "violenza alla persona", è riferibile anche ai reati di atti persecutori e di maltrattamenti contro familiari e conviventi, previsti rispettivamente dagli artt. 612-bis e 572 c.p., in quanto l'espressione "violenza alla persona" deve essere intesa alla luce del concetto di "violenza di genere", risultante dalle pertinenti disposizioni di diritto internazionale recepite e di diritto comunitario». A commento di questa importante sentenza C. BRESSANELLI, *La "violenza di genere" fa il suo ingresso nella giurisprudenza di legittimità: le Sezioni Unite chiariscono l'ambito di applicazione dell'art. 408 co. 3-bis c.p.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2016; G. SCHENA, *Il concetto progressivo di violenza alla persona e tutela informativa della persona offesa*, in *Cass. pen.*, 2017, 1522. Da ultimo, per questa nozione lata di violenza alla persona cfr. Cass., Sez. Un., 3 maggio 2022, n. 17156, cit., 36.

Infatti, anche su impulso delle fonti internazionali che usano questa espressione, sempre più frequentemente da noi si fa ricorso ad essa. Per esemplificare, *de lege lata*<sup>23</sup>, si può richiamare l'art. 3, l. 15 ottobre 2013, n. 119 (recante “*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*”) rubricato: *Misure di prevenzione per condotte di violenza domestica*, come pure l'intitolazione della legge chiamata corvivamente: Codice rosso, ovvero sia la legge 19 luglio 2019, n. 69, recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*”, come, ancora, l'art. 11 della stessa legge rubricato: *Tutela per le vittime di violenza domestica*<sup>24</sup>.

Questo significa che sta emergendo nel panorama normativo italiano -all'interno della violenza di genere<sup>25</sup>- la considerazione di più specifiche forme di violenza tra le quali emerge, *in primis*, per i riconoscimenti legislativi conferiti, quella della violenza domestica<sup>26</sup>.

Ma è anche sul piano *de lege ferenda* che, sempre più spesso, si riscontra l'espressione: violenza domestica.

Il d.d.l. S. n. 2530, comunicato alla presidenza il 16 febbraio 2022 contiene, giustappunto, *Disposizioni per la prevenzione e il contrasto del fenomeno della violenza nei confronti delle donne e della violenza domestica*. Si legge nella Relazione che tale intervento è volto «ad integrare le norme dirette a prevenire e reprimere la violenza di genere, con una particolare attenzione ai casi in cui tale fenomeno si manifesta in contesti familiari o nell'ambito di relazioni di convivenza, nella considerazione della particolare vulnerabilità delle vittime, nonché degli specifici rischi di reiterazione e multilesività». Come pure utilizzano questa espressione alcuni disegni di legge presentati e che si avviano alla discussione<sup>27</sup>.

Per concludere: l'incessante fiorire di testi e iniziative sta a dimostrare che a livello parlamentare è maturata una piena consapevolezza dell'esistenza e della drammaticità del fenomeno della violenza domestica e, soprattutto, della sua complessità. Le numerose norme emanate a livello penale e processuale a tutela delle donne vittime di violenza e, in particolare, di violenza domestica dimostrano che non è realistico fare affidamento soltanto su di esse per contenere questo fenomeno che va affrontato su più fronti, soprattutto a livello culturale, cercando di estirpare quegli stereotipi di genere che impregnano, ancora, la coscienza sociale. E l'introduzione di una fattispecie di violenza domestica potrebbe contribuire, seppure in misura ridotta, a questo scopo.

---

<sup>23</sup> È da ricordare, peraltro, l'intitolazione di una importantissima legge sul tema: la l. 5 aprile 2001, n. 154 recante “*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*”.

<sup>24</sup> Compare, anche, in alcune norme del codice di procedura penale, ad esempio nell'art. 362, comma 1-ter, c.p.p.

<sup>25</sup> Nel Considerando n. 17) Direttiva 2012/29/UE, 25 ottobre 2012, cit., la **violenza di genere** è definita come «la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere». E secondo il medesimo Considerando: «comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l'aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti «reati d'onore».

<sup>26</sup> All'interno della ampia categoria della violenza di genere si riconducono: la violenza nei confronti delle donne; la violenza domestica o, in altri termini, la violenza nelle relazioni strette, la violenza nei confronti di persone a causa della loro espressione di genere.

<sup>27</sup> Senato, d.d.l. n. 1885, XVIII legislatura, contenente: *Modifiche alle disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*; Senato, d.d.l. n. 1868, XVIII legislatura, che prevede: *Interventi per il potenziamento delle misure a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, al fine di favorire il recupero degli uomini autori di violenza domestica e di genere*.





## CONCLUSIONI

*Silvio Riondato*

Ringrazio Alessandro Spina e il suo gruppo per l'ottima organizzazione di questo Seminario che non necessita ovviamente di conclusioni poiché il lavoro è *in progress* e ne auspichiamo quindi ulteriori sviluppi, anche perché oggi è emersa una messe di sollecitazioni, profili critici e propositivi, di cui dovremo tener conto nel prossimo articolato. Mi limito ad evidenziarne qualcuno, rimandando per il resto alle varie relazioni.

Anzitutto, Roberto Bartoli ha distinto tra diritto penale *della* famiglia e diritto penale *nella* famiglia, il primo accessorio all'impianto civilistico, a partire dalla nozione di famiglia, e il secondo concernente reati comuni commessi in contesto familiare, ove la nozione si autonomizza. In ogni ambito, tuttavia, la nozione di famiglia è ormai plurale, tanto più se si guarda alle relazioni tra gli individui, rispetto alle quali è importante distinguere le relazioni tra maggiorenni, come per esempio le relazioni di coppia, e relazioni che coinvolgono minori. L'intervento penale deve però limitarsi a fatti pregni di un disvalore davvero significativo, poiché è un intervento che favorisce la dissoluzione della relazione. Perciò diventano temi fondamentali la reiterazione, la perseguibilità d'ufficio o su querela, la non punibilità, la giustizia riparativa, su cui si giocano equilibri decisivi, e ne dobbiamo tener (miglior) conto. L'offesa di soggetti vulnerabili, a partire dal minore, è un punto fondamentale per l'apprezzamento del disvalore rilevante. Riguardo all'articolato, Bartoli ha evidenziato un problema nelle definizioni. Sarebbe da evitare la definizione della famiglia e della formazione sociale, si possono trarre dal diritto extrapenale. Comunque sarebbe da evitare la definizione "agli effetti della legge penale", che rischia di operare anche laddove la *ratio* non ricorre, mentre risulterebbe più calzante restringere puntualmente all'ambito che si intende interessato. Il Collega ci ha poi richiamati ad inquadrare le percosse in ambito scolastico, al momento inserite dalla giurisprudenza nell'abuso dei mezzi di correzione. Si è infine dichiarato assolutamente contrario all'inserimento della responsabilità degli enti.

Angelo Costanzo, con puntuale riferimento a casi concreti, ha formulato domande ficcanti sulla tassatività della fattispecie di maltrattamenti, richiamando la sentenza costituzionale 98/2021, già evocata da Bartoli. Ha propugnato una specificazione del bene giuridico "persona" in relazione alle figure che secondo la nostra proposta transitano appunto dal novero "contro la famiglia" a quello contro la persona, e una miglior definizione del rapporto tra maltrattamenti e atti persecutori – questi ultimi dovrebbero essere la figura generale, mentre i maltrattamenti sarebbero figura speciale. Ha poi ribadito l'esigenza di considerare la giustizia riparativa, specie in relazione alla violazione degli obblighi di assistenza familiare.

Paola Farinoni ha affrontato problemi notevoli nel trattamento dei maltrattamenti e della violazione degli obblighi di assistenza, fornendoci una messe di dati imprescindibili. Ha ribadito la necessità definire puntualmente le condotte che costituiscono maltrattamenti, nonché quale ne sia l'evento, e di inserire clausole di non punibilità per l'ipotesi di integrale pagamento qualora si tratti solo di danni patrimoniali.

Lara Ferla si è soffermata sulla definizione di prossimi congiunti, raccomandando una rivisitazione dell'ambito di operatività in relazione alla non punibilità. Inoltre ha affrontato problemi concernenti la perdita della responsabilità genitoriale, anche ipotizzando l'opportunità di inserire la sospensione della responsabilità stessa.

Adelmo Manna e Alberto di Martino hanno illustrato le due diverse posizioni in tema di incesto, che emergono dall'articolato. Preciso che io sono favorevole all'introduzione di una

dichiarazione di non punibilità dell'incesto tra maggiorenni - per il resto valgono le altre norme a tutela dei minori.

Giandomenico Dodaro ha sollevato ben fondate perplessità sulla proposta di eliminare la fattispecie di abuso dei mezzi di correzione, con riferimento agli abusi non violenti che ledono la libertà morale.

Tommaso Trincherà ha affrontato temi concernenti l'ambito di applicazione del delitto di maltrattamenti anche in relazione ad altre fattispecie, tra l'altro esaltando il ruolo tassativizzante che assumerebbe una nozione di convivenza intesa in termini di coabitazione.

Anna Cattaneo ha chiesto una maggior precisione terminologica nell'impiego dei termini convivenza e coabitazione. Ha ricordato che sul piano civilistico i coniugi possono non essere coabitanti, perché magari abitano in città diverse per ragioni di lavoro, o perché sono separati. Inoltre, a suo avviso, nei maltrattamenti o la convivenza viene valorizzata per tutti, o per nessuno. Ha anche proposto la "disaggregazione" della fattispecie di maltrattamenti su tre versanti: maltrattamenti in contesto familiare (violenza domestica), maltrattamenti sul luogo di lavoro, maltrattamenti in luoghi di educazione, istruzione, cura, custodia.

Concludo quindi auspicando che al più presto siano ripresi i lavori di rielaborazione dell'articolato, invitandoVi tutti a proporre il *testo delle norme* che ritenete più opportune.

RIFORMA DEI REATI CONTRO L'UMANITÀ E  
L'EGUAGLIANZA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro

20 aprile 2020

Gruppo per la riforma dei reati contro l'umanità e l'eguaglianza:  
Mauro Catenacci (coord.), Alessandro Bondi, Gaia Fiorinelli, Dario  
Franzin, Gabriele Marra, Gaetana Morgante, Barbara Occhiuzzi, Elisa  
Scaroina, Nicola Selvaggi, Carlo Sotis, Maria Teresa Trapasso.



## RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO E PROPOSTA DI ARTICOLATO

### 1) Genocidio

Va premesso che i lavori del Gruppo hanno prodotto risultati articolati, quale riflesso delle discussioni e delle diverse sensibilità scientifiche.

La relazione che segue si riferisce dunque ad una proposta di introduzione del reato di genocidio, con un'alternativa [ipotesi 2)] riguardante esclusivamente la pena.

È emersa anche un'opinione dissenziente, che si allega alla relazione.

Com'è noto, nell'ordinamento italiano il genocidio è disciplinato dalla L. 9 ottobre 1967, n. 962. Nonostante non vi siano vuoti di tutela da colmare, l'ipotesi di introdurre nel codice penale il delitto di genocidio è stata ampiamente valutata dal Gruppo di lavoro.

Si è al proposito considerato come un eventuale inserimento, oltre ad avere un indiscutibile effetto simbolico, porrebbe il sistema italiano in linea con un significativo *trend* internazionale [si cfr. il codice penale francese (art. 221.1), il codice penale spagnolo (art. 607), e quello tedesco (§ 220 StGB) prima dell'introduzione della legge per l'attuazione dello statuto della corte penale internazionale ove ora il delitto di genocidio è previsto dal § 6], contribuendo inoltre a realizzare il significato della c.d. riserva di codice, recentemente assurta, se pur ancora solo a livello di legge ordinaria, a principio generale del nostro ordinamento.

Dopo ampia discussione, questo Gruppo di Lavoro ha infine ritenuto che, per un moderno e futuribile codice penale, ispirato a sua volta alla tutela dei diritti umani, la previsione di una fattispecie di genocidio sia irrinunciabile; ed ha quindi optato per tale previsione, sia pure in assenza legge di attuazione dello Statuto della Corte Penale Internazionale (al cui interno - proprio sul modello tedesco

- la fattispecie potrebbe altrettanto legittimamente ricollocarsi), immaginando che, qualora in futuro detta legge di attuazione dello Statuto della ICC venga effettivamente introdotta, sarà quest'ultima a doversi coordinare con la fattispecie codicistica.

Secondo quanto anticipato, nel corso dei lavori e delle discussioni del Gruppo sono emerse anche posizioni contrarie, rappresentate nell'opinione dissenziente allegata a questa relazione.

Quanto ai contenuti, la comparazione tra il sistema italiano e gli ordinamenti sopra citati (in particolare, francese, tedesco e spagnolo) restituisce un quadro molto variegato con particolare riferimento alla definizione del "gruppo" vittima della condotta punibile.

A tal proposito, si rileva che accanto ad ordinamenti caratterizzati dall'adesione ad una definizione oggettiva (Italia e Germania) esistono anche paesi che ricorrono a formulazioni più ampie e/o miste.

Quanto ai primi (indirizzo 'oggettivo'):

- Italia: "un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso come tale";
- Germania: "nationale, rassische, religiöse oder ethnische Gruppe als solche". Con riferimento alla Germania si segnala, nel passaggio dalla originaria previsione codicistica (§ 220a StGB) a quella attualmente in vigore, il venir meno del riferimento al "durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe".

Quanto ai secondi (indirizzo 'misto' o 'soggettivo'):

- Francia: “groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d’un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire”;
- Spagna: “un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes”.

Di fronte ad un quadro così variegato, si è scelto di proporre una definizione di “gruppo” ampliata rispetto alla tratatizia definizione del “gruppo religioso, etnico e/o razziale”, ma al tempo stesso (attraverso il riferimento a criteri identificativi di tipo “*culturale, storico o politico*”) ragionevolmente rispettosa delle esigenze di legalità/determinatezza.

In merito alle sanzioni proposte si è ritenuto di seguire l’opzione generale favorevole alla scomparsa sempre e comunque della pena dell’ergastolo, in favore della previsione, nelle ipotesi più gravi, della pena della reclusione fino ai 24 anni oggi previsti come pena edittale massima per la reclusione. Le altre pene suggerite sono state determinate in progressione discendente di gravità.

Come accennato, sempre sotto il profilo della disciplina sanzionatoria, il Gruppo ha elaborato anche una proposta alternativa che collega alle ipotesi descritte dalla fattispecie la medesima pena edittale, per sottolineare il carattere unitario del fenomeno e del disvalore espresso.

## PROPOSTA DI ARTICOLATO

### *Genocidio*

#### Ipotesi 1)

Chiunque, al fine di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico o religioso ovvero un gruppo determinato da altro criterio culturale, storico o politico:

- a) uccide uno o più membri di tale gruppo, è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventiquattro;
- b) lede in maniera grave o gravissima anche un solo uomo di tale gruppo, è punito con reclusione non inferiore ad anni sedici;  
sottrae anche un solo minore a tale gruppo è punito con reclusione non inferiore ad anni quattordici;
- c) sottopone membri di tale gruppo a condizioni di vita idonee a provocarne la distruzione totale o parziale, è punito con reclusione non inferiore ad anni dodici;
- d) impone o attua misure dirette a impedire o limitare le nascite in tale gruppo, è punito con reclusione non inferiore ad anni dieci.

La pubblica istigazione o apologia del genocidio è punita con la reclusione da due a sei anni, se da essa deriva il pericolo concreto di commissione delle condotte descritte nel comma precedente. Il tentativo è punito con pena ridotta di un terzo.

Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso dal cittadino o dallo straniero in territorio estero e vi è stata richiesta del Ministro della Giustizia.

#### Ipotesi 2)

È punito con la reclusione non inferiore ad anni ventiquattro chiunque, al fine di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico o religioso ovvero un gruppo determinato da altro criterio culturale, storico o politico:

- a) uccide uno o più membri di tale gruppo;

- a) lede in maniera grave o gravissima anche un solo uomo di tale gruppo;
- b) sottrae anche un solo minore a tale gruppo;
- c) sottopone membri di tale gruppo a condizioni di vita idonee a provocarne la distruzione totale o parziale;
- d) impone o attua misure dirette a impedire o limitare le nascite in tale gruppo.

La pubblica istigazione o apologia del genocidio è punita con la reclusione da due a sei anni, se da essa deriva il pericolo concreto di commissione delle condotte descritte nel comma precedente.

Il tentativo è punito con pena ridotta di un terzo.

Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso dal cittadino o dallo straniero in territorio estero e vi è stata richiesta del Ministro della Giustizia.

## 2) *Tortura*

La l. 110 del 2017 ha, come noto, inserito l'art. 613 bis nel codice penale, portando a compimento un lungo e travagliato percorso riformatorio. Stante dunque la recente modifica normativa, potrebbe dunque suonare quasi provocatorio proporre la modifica di una norma a pochi mesi della sua – tormentata – introduzione. Senonché, pur non sottovalutando l'importanza, anche su un piano meramente simbolico, del fatto di avere finalmente ottemperato all'obbligo di criminalizzazione delle condotte di tortura, comportamento che si pone oggi indiscutibilmente in contrasto con i valori che la civiltà moderna esprime, si ritiene tuttavia necessario e indifferibile, anche alla luce del dato relativo alla pressoché nulla applicazione della fattispecie, un intervento volto a garantire alla disposizione concrete chance di effettività. Il raggiungimento di tale obiettivo presuppone anzitutto il ricorso a una corretta tecnica di normazione. Caratteristica che poco si attaglia alla fattispecie di nuovo conio che, con il suo lessico contorto e la sua discutibile struttura, paga vistosamente il fio dei compromessi fatti dal legislatore per ottenerne l'approvazione.

Occorre inoltre ricordare che il nostro Paese, nonostante siano trascorsi circa diciotto anni dalla ratifica dello Statuto di Roma, non ha ancora adottato una legislazione adeguata e specifica in materia di crimini internazionali; e che dunque va valutata anche l'opportunità di adottare un sistema normativo che – sulla falsariga di quello previsto in altri ordinamenti – contempli due distinte figure criminose, a seconda che si sia o meno in presenza di un crimine internazionale.

Per quanto concerne il reato di tortura “comune”, ci pare manchino, nella versione italiana del crimine di tortura, quanto meno tre delle costanti presenti in pressoché tutte le definizioni del fenomeno, ovverosia la natura di reato proprio, l'intenzionalità della condotta e le peculiari finalità connotative del motivo per cui l'autore agisce. E anche rispetto agli elementi del reato (condotta ed evento) deve osservarsi che lo sforzo di contemperamento di vari interessi pure tra loro confliggenti ha condotto a delineare un concetto normativo di “tortura” molto distante dal tipo criminologico e da quello emergente dal quadro europeo e internazionale: da un lato, infatti, non è più sufficiente un singolo atto di violenza a integrare il maltrattamento, dall'altro si confondono nella stessa definizione i concetti, faticosamente distinti dall'evoluzione interpretativa della giurisprudenza sovranazionale, di tortura, trattamenti inumani e trattamenti degradanti. Particolarmente grave e foriera di possibili equivoci è poi la scelta – dettata dal timore di trasmettere un messaggio di stigmatizzazione dell'operato delle forze dell'ordine – di costruire la fattispecie come reato comune (o comunque non del pubblico agente), perdendo così di vista quello che costituisce – anche in base all'art. 13 della Costituzione – lo specifico che caratterizza il disvalore della condotta di tortura. Sotto il profilo sanzionatorio, dovrebbe inoltre prevedersi, anche al fine di porre il nostro ordinamento al riparo da prevedibili censure di inadeguatezza della disposizione rispetto agli obblighi internazionali, un quantum di pena

tale da escludere la possibilità di ricorrere a meccanismi di elusione della sanzione.

Oltre alla riscrittura dell'attuale fattispecie alla luce dei rilievi appena svolti, si è ritenuto opportuno prevedere ad altri due inserimenti normativi: anzitutto, anche qui a fini di coordinamento l'ICC Statute, la previsione di un'ulteriore – e autonoma – fattispecie di tortura quale crimine contro l'umanità; in secondo luogo l'introduzione di un autonomo reato di agevolazione colposa per omesso controllo, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 57 c.p., per far fronte ai casi di *superior responsibility*, attribuendo così rilievo penale, ovviamente in termini diversi sul piano sanzionatorio rispetto all'ipotesi base, ai casi in cui il superiore, per difetto di vigilanza o controllo sull'operato dei suoi sottoposti, favorisca il verificarsi di comportamenti illeciti.

## PROPOSTA DI ARTICOLATO

### *Tortura da parte del pubblico ufficiale*

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando delle funzioni o del servizio, intenzionalmente cagiona a taluno una grave sofferenza fisica o mentale al fine di ottenere una confessione o informazioni, di punire, di intimidire ovvero di discriminare, è punito con la reclusione da cinque a dodici anni.

Se dal fatto deriva per colpa una lesione grave, si applica la reclusione da sei a dodici anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da otto a quattordici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a venti anni.

### *Tortura in particolari situazioni di conflitto*

Chiunque, nel contesto di un attacco sistematico e generalizzato contro la popolazione civile o contro una parte di essa, posto in essere in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato o di una organizzazione, intenzionalmente cagiona a taluno di cui abbia la custodia o il controllo una grave sofferenza fisica o mentale, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni.

Se dal fatto deriva per colpa una lesione grave, si applica la reclusione da dodici anni a diciassette anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da quindici a venti anni; se ne deriva la morte, la reclusione da venti anni a trenta anni.

Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso dal cittadino o dallo straniero in territorio estero e vi è stata richiesta del Ministro della Giustizia.

### *Responsabilità del superiore*

Fuori dei casi di concorso, il superiore che omette per colpa di esercitare il controllo necessario a impedire la commissione del delitto di tortura, risponde a titolo di colpa, se il delitto è conseguenza della violazione dei suoi doveri di vigilanza, con la pena per esso stabilita, diminuita in misura non eccedente un terzo.

\*\*\*

### *3) Riduzione in schiavitù, deportazione o trasferimento forzato della popolazione, sfruttamento della migrazione, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*

Scopo della proposta di riforma delle fattispecie qui elencate non è una riscrittura complessiva dei delitti in oggetto, quanto la specificazione di alcuni elementi chiave al fine di meglio calibrare l'intervento punitivo in questa delicata materia.

Con riferimento al tema della migrazione, viene comunque prevista l'introduzione di una



fattispecie di reato inedita, cui dovranno collegarsi gli opportuni interventi sulla legislazione di settore, che potranno investire tanto le ipotesi di traffico quanto quelle di favoreggiamento, nei termini di cui si dirà.

Quanto in primo luogo alla repressione dei fenomeni (che per ora possiamo genericamente definire) di *riduzione in schiavitù*, alla fattispecie prevista dal codice penale si aggiunge un nuovo *art. 600.1.* che enuclea il medesimo fatto, però internazionalizzandolo mediante l'introduzione degli elementi di contesto.

In termini non dissimili si è poi operato con riguardo ai delitti di *tratta e di traffico di esseri umani*, per i quali si propone di enucleare tre distinte ipotesi delittuose:

- la *tratta di esseri umani*, nei termini in cui è attualmente prevista dal codice penale *all'art. 601 c.p.*;
- la *tratta quale crimine internazionale* e dunque qualificata dagli elementi di contesto previsti nello Statuto della Corte penale internazionale;
- lo *sfruttamento illecito e a proprio o altrui vantaggio della migrazione*, di nuovo conio.

Quest'ultima fattispecie, come si potrà evincere dalla lettura dell'articolato che segue, è costruita come una norma a più fattispecie, in cui vengono indicati i vari momenti caratteristici della "filiera" che accomuna i fenomeni di "trafficking" e "smuggling", mediante una formulazione che punta a rendere chiaro come il punto di massima concentrazione del disvalore (di evento) del reato vada individuato, in definitiva, nella riduzione del migrante ad un vero e proprio oggetto di scambio commerciale. Mediante l'elemento del dolo specifico si selezionano ulteriormente i fatti punibili, evitando di criminalizzare ipotesi estranee allo sfruttamento del fenomeno migratorio internazionale (es. l'ospitalità alla "badante" o ad un suo familiare). Inoltre, per la previsione di un'aggravante, il trattamento sanzionatorio è diversificato quando lo sfruttamento si realizzi mediante attività organizzate.

In quanto il più delle volte commesso da vere e proprie organizzazioni criminali, il delitto di sfruttamento della migrazione può ben conciliarsi con strumenti di natura premiale, volti a favorire la dissociazione dei singoli componenti; per questo, si è pensato anche di prevedere una sensibile riduzione di pena per quelle forme di 'pentimento operoso' che si risolvano nella cessazione di attività criminose e/o nella neutralizzazione dell'organizzazione malavitosa. L'indicazione di un termine processuale entro il quale 'collaborare' serve ovviamente ad evitare dissociazioni tanto tardive quanto strumentali e a conferire così all'istituto, oltre che maggiore incisività sul piano applicativo, anche una maggiore equità e ragionevolezza.

Di questa ipotesi di fattispecie dovrebbe naturalmente valutarsi l'introduzione nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 231/01, curando i necessari coordinamento anche con le disposizioni dettate dalla L. 146/2006 sul crimine transnazionale.

In questo quadro, è pure emersa nel corso delle discussioni in seno al sotto-gruppo di lavoro l'ipotesi di intervenire anche sulla disciplina di settore, in particolare sul testo unico in materia di immigrazione, al fine di realizzare una distinzione definitiva tra autore e vittima, risolvendo così le asimmetrie, anche sanzionatorie, che caratterizzano la disciplina attualmente vigente. Al proposito, un'ipotesi potrebbe essere quella di abolire il reato di favoreggiamento, al fine di collegare la rilevanza penale alle sole ipotesi di tratta ovvero di sfruttamento delle migrazioni, nei termini in precedenza chiariti. Un'alternativa, anche per rispettare gli obblighi eurounitari che chiedono agli Stati membri di prevedere sanzioni (anche non penali) per le ipotesi di favoreggiamento senza fine di profitto, potrebbe essere la depenalizzazione del reato di favoreggiamento con contestuale previsione di un illecito amministrativo.

Una parte del Gruppo di lavoro, peraltro, ha ritenuto che sia preferibile una diversa formulazione, onde evitare l'impiego di verbi che, di regola, il legislatore riferisce a 'cose' anziché 'persone', che viene riportata come 'ipotesi 2)'

L'altra fattispecie presa in considerazione dal sotto-gruppo di lavoro è quella di *intermediazione illecita e sfruttamento dei lavoratori*, attualmente prevista dall'*art. 603 bis c.p.*

Anche in ragione dei recenti interventi legislativi, nel complesso condivisibili, si è ritenuto di non procedere ad una riscrittura completa della fattispecie, per prospettare invece una serie di emendamenti utili a favorire la razionale applicazione di una norma incriminatrice.

Tra le diverse proposte sulla norma in esame, va segnalata la possibilità, su cui il sotto-gruppo ha ampiamente discusso, di inserire tra gli indicatori dello 'sfruttamento' anche la manifesta sproporzione tra la remunerazione percepita dal lavoratore reclutato e gli utili conseguiti nell'esercizio in cui è stata svolta la prestazione. Questo ulteriore criterio potrebbe completare l'orizzonte valutativo del giudice, consentendogli così di accertare lo sfruttamento tenendo anche conto di profili strettamente economici.

Ciò posto, si è comunque ritenuto necessario valorizzare al massimo l'utilizzo degli "indici" di sfruttamento, in funzione di specificazione dei tratti propri dell'illecito, e anche di "linee guida" che possono utilmente orientare chi è chiamato ad applicare la norma.

In questa prospettiva, si è pertanto eliminato il riferimento alla "sussistenza di uno o più indici", in modo da favorire l'interazione tra i criteri medesimi; si è introdotta la parola "manifestamente" (indice n.1) e si è esplicitata la necessità che la violazione della normativa sulla salute e sicurezza dei lavoratori (indice n. 3) sia "reiterata". Al fine di chiarire la funzione interpretativa di questi indici, e di segnarne la differenza con le norme definitorie, nel corso di una riunione dell'intero gruppo si è ritenuto di esplicitare che il destinatario primario di questa norma è il giudice, tenuto ad applicare questi indici/indicatori, nello svolgimento di un'attività che ha natura di discrezionalità tecnica vincolata dalla legge.

Il gruppo ha ampiamente discusso del fatto che siffatta norma inverte l'assunto della nostra tradizione secondo cui le norme si rivolgono ai destinatari del precetto e solo indirettamente agli interpreti. Si è ritenuto tuttavia che la tecnica degli indicatori a tipicità – per così dire "indotta" – per ora riservata ad atti sub legislativi e di *soft law* (es. classico gli indici di sospettosità del riciclaggio) o a elaborazioni giurisprudenziali (es. le condizioni di esercizio del diritto di cronaca scriminanti un fatto di diffamazione) debba essere opportunamente utilizzata anche dal legislatore per la centrale ragione che la tipicità del fatto dipende in definitiva da questi indicatori. Questi interventi vengono infatti proposti per evitare che il delitto in questione possa essere utilizzato come "fattispecie avamposto", realizzando un eccessivo arretramento della soglia di intervento penale, finendo cioè con l'essere contestata quando non sia intervenuta una lesione o un evento-morte, e dunque sul solo presupposto di violazioni o inadempienze rispetto alla normativa di cui al decreto 81/08.

Quanto alla misura della confisca prevista nel proposto articolato, tenendo conto dei criteri individuati dal Direttivo, che escludono interventi sulla parte speciale, non si è ritenuto di inserire eventuali interventi di coordinamento, che pure potrebbero concepirsi, ad esempio sull'articolo 240 *bis c.p.*

Quanto infine alla fattispecie di *riduzione in schiavitù*, si ritiene consigliabile utilizzare la medesima tecnica legislativa, mediante "indici" caratteristici del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento dei lavoratori di cui sopra.

Nell'ambito di questo ulteriore sviluppo del lavoro, occorrerà anche valutare se e in che termini debba intervenire sulla definizione di 'riduzione o mantenimento dello stato di soggezione' valutando l'eventuale espunzione di alcuni riferimenti, come quello alla 'situazione di vulnerabilità' che potrebbero in definitiva far riemergere surrettizie ipotesi di (semplice) plagio.

## PROPOSTA DI ARTICOLATO

### *Riduzione in schiavitù*

(Omissis) – si ripropone il testo dell'art. 600 c.p. nella sua formulazione più aggiornata

### *Riduzione in schiavitù in particolari situazioni di confitto*

Chiunque, nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza di tale attacco, esercita su una persona uno o l'insieme dei poteri inerenti al diritto di proprietà, ovvero riduce o mantiene una persona in stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la pena della reclusione non inferiore ad anni quindici ed alla multa da Euro settantacinquemila ad Euro cinquecentomila.

Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso dal cittadino o dallo straniero in territorio estero e vi è stata richiesta del Ministro della Giustizia.

### *Tratta, deportazione o trasferimento forzato della popolazione*

Chiunque, nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza di tale attacco, fa tratta di persone ovvero rimuove delle persone, per mezzo di espulsione o con altri mezzi coercitivi, dalla regione nella quale le stesse si trovano legittimamente, in assenza di ragione prevedute dal diritto internazionale che lo consentano è punito con la pena della reclusione non inferiore ad anni quindici ed alla multa da Euro settantacinquemila ad Euro cinquecentomila.

Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso dal cittadino o dallo straniero in territorio estero e vi è stata richiesta del Ministro della Giustizia.

### *Sfruttamento della migrazione*

#### Ipotesi 1)

Chiunque, al fine di conseguire un vantaggio per sé o altri, in violazione delle norme sull'immigrazione, introduce, trasporta o raccoglie nel territorio dello Stato, trasferisce al di fuori di esso, ovvero al fine di introdurre nel territorio dello Stato, cede, riceve, detiene o custodisce stranieri è punito con la reclusione da tre a sette anni e con la multa da Euro cinquantamila a Euro trecentomila.

Se i fatti di cui al primo comma sono commessi con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi ed attività continuative ed organizzate si applica la pena della reclusione da anni sei ad anni dodici e la multa da Euro centomila a Euro un milione.

Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto

Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso dal cittadino o dallo straniero in territorio estero e vi è stata richiesta del Ministro della Giustizia.

### *Ravvedimento operoso*

Le pene previste per i fatti di cui al precedente articolo sono diminuite dalla metà a due terzi nei confronti di colui che, si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero, prima della richiesta di rinvio a giudizio, aiuta concretamente

l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nell'individuazione degli autori o nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti.

Ipotesi 2)

Chiunque, al fine di conseguire un vantaggio per sé o per altri, *procura o agevola l'ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato* è punito...

*Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.*

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da cinquecento a mille euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque:

- a) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori;
- b) utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno.

Se i fatti sono commessi mediante violenza o minaccia, si applica la pena della reclusione da cinque a otto anni e la multa da mille a duemila euro per ciascun lavoratore reclutato.

Nell'accertare lo sfruttamento, il giudice deve tenere conto dei seguenti indici:

- a) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque manifestamente sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato;
- b) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie;
- c) la sussistenza di reiterate violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro;
- d) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

Costituiscono aggravante specifica e comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà:

- a) il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre;
- b) il fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa;
- c) l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori sfruttati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro.

#### 4) Atti discriminatori

Il gruppo di lavoro incaricato di redigere una proposta in materia di delitti contro l'Umanità e l'Uguaglianza ha molto discusso sull'*an*, il *quomodo* e il *quantum* della criminalizzazione degli atti discriminatori motivati da *ragioni ulteriori* rispetto a quelle *razziali, etniche o religiose* già ricomprese nelle previsioni attualmente vigenti agli artt.604 *bis* e *ter* c.p. Si tratta, infatti, di materia ampiamente discussa per le inevitabili implicazioni sui fondamentali principi di tassatività- determinatezza ed offensività della fattispecie incriminatrice. Il tema della rilevanza penale degli atti discriminatori, infatti, si interseca inevitabilmente con quello dei c.d. "hate crimes" o *crimini generati dall'odio*, comprendenti le offese perpetrate nei confronti di persone discriminate in base all'appartenenza ad un gruppo. Da una ricognizione dello *ius conditum* a livello nazionale ed internazionale emerge che il crimine d'odio forma generalmente oggetto di una norma penale che pone in rilievo l'aspetto discriminatorio della condotta ricollegandovi o la creazione di una *fattispecie autonoma* o la previsione di una *circostanza*

*aggravante* o, come nel caso dell'attuale Sezione I-bis del Titolo dei Delitti contro la Persona e di molti ordinamenti stranieri, entrambe le soluzioni. A tal proposito occorre precisare che il gruppo di lavoro, anche a seguito di ampia discussione all'interno dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, ribadisce che ciò che deve opportunamente venire in rilievo nei crimini d'odio non sono le mere 'idee discriminatorie' della persona che pone in essere tali condotte. Pur costituendone l'indubbio *humus* culturale, per risultare penalmente rilevanti tali "idee" devono avere *concrete ricadute*, e risultare tali da fare della discriminazione la ragione

stessa della violenza o dell'offesa perpetrata nei confronti di una persona per il solo fatto di appartenere a quel gruppo. In quest'ottica, dal punto di vista dell'*autore* la vittima *merita* di essere offesa in quanto e semplicemente perché essa fa parte di quella minoranza nei confronti della quale l'aggressore nutre rancore, odio ideologico o nei confronti della quale più in generale ha maturato uno stereotipo.

Nel nostro ordinamento la sfera di operatività dei crimini fondati su atti discriminatori è limitata alle discriminazioni *per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*. A differenza della maggior parte degli ordinamenti europei che prevedono espressamente la rilevanza penale delle discriminazioni motivate dall'identità di genere, dall'orientamento sessuale e dalle disabilità in forma di *circostanza aggravante* (Albania, Slovacchia, Regno Unito, Danimarca, Finlandia, Francia) o di *fattispecie autonoma* (Paesi Bassi, Svizzera, Lituania, Ungheria, Lussemburgo) o di *entrambe* (Norvegia, Portogallo, Romania, Spagna, Svezia, Belgio), l'ordinamento italiano, non predispone alcuna forma di reazione penale *ad hoc* contro le discriminazioni motivate dall'identità di genere, dall'orientamento sessuale e dalla disabilità, fatta eccezione per l'eventuale applicazione a tutte le condotte appena menzionate di una circostanza aggravante dal contenuto generale quale quella di cui all'*art. 61 co. 1 n. 1 c.p.*, ossia "l'aver agito per motivi abietti e futili" e, limitatamente ai reati commessi ai danni di disabili, per la circostanza aggravante prevista dall'*art. 36, comma 1 L. 104/1992*, come modificata dall'*art. 3, comma 1 L. 94/2009* che prevede che "quando i reati di cui all'*art. 527 c.p.*, i delitti non colposi di cui ai titoli XII e XIII del libro II del codice penale, nonché i reati di cui alla *l. 75/1958*, sono commessi in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale, la pena è aumentata da un terzo alla metà".

In ambito extraeuropeo anche gli Stati Uniti e il Canada prevedono fattispecie autonome e circostanziali espressamente volte a punire condotte discriminatorie motivate da stereotipi fondati sull'identità di genere, sull'orientamento sessuale e sulle disabilità.

Pur a seguito delle numerose proposte di legge avanzate negli ultimi venti anni, il nostro ordinamento non ha mai finalizzato alcuna iniziativa di riforma ponendosi, dunque, in una condizione di marcata diversità rispetto a quanto previsto nell'ambito di numerosi ordinamenti europei ed extraeuropei, oltre che di fonti sovranazionali che, pur non ponendo alcun obbligo di criminalizzazione espressa degli atti discriminatori commessi nei confronti di soggetti appartenenti a gruppi diversi da quelli connotati da ragioni razziali, etniche, nazionali o religiose, richiamano in varia forma l'opportunità di intervenire con fermezza in direzione della prevenzione e del contrasto ad ogni forma di discriminazione motivata dal genere o dalla disabilità fisica o psichica della vittima.

Per questa ragione il Gruppo di Lavoro propone di valorizzare, in linea con la scelta già operata dall'*art. 2, comma 1, lett. i), D. lgs. 21/2018* al momento dell'introduzione dei sopra menzionati Reati contro l'Eguaglianza di cui alla Sezione I bis, anche le condotte discriminatorie motivate da ragioni desumibili dal combinato disposto tra l'*art. 3 Cost.* (discriminazioni fondate su  **sesso**, razza, lingua religione, opinioni politiche, *condizioni personali* e sociali) e dall'*art. 10 TFUE* (in ragione di discriminazioni fondate sul  *sesso*, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la *disabilità*, l'età o l'*orientamento sessuale*). In linea con quanto già proposto nell'ambito di numerosi progetti di legge pendenti nella presente legislatura e con la più moderna declinazione del riferimento al "sesso" come

possibile veicolo di disuguaglianza, il gruppo di lavoro propone di allinearsi al prevalente orientamento favorevole alla definizione in termini di “identità di genere” e “orientamento sessuale”. Ben lontano dall’essere un binomio dall’incerto contenuto definitorio, esso risulta già presente nell’ambito di diverse fonti legislative quali l’art.60 del Codice della privacy (d.lgs. n. 196 del 2003, come modificato dal recente d.lgs. n. 101 del 2018), il d.lgs. n. 216 del 2003, di attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (il quale introduce la locuzione anche nello statuto dei lavoratori, l’art. 15, l’art.7 d.lgs. n. 165 del 2001 (Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) fino a giungere all’ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975, come modificata dal recente d.lgs. n. 123 del 2018) che all’art. 1 impone di improntare il trattamento penitenziario ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine, tra l’altro, a sesso, all’identità di genere e all’orientamento sessuale e che richiama i due concetti in numerose altre disposizioni e all’art.18 d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18 in materia di attribuzione della qualifica di rifugiato, che individua tra i motivi di persecuzione l’appartenenza a un particolare gruppo sociale che può identificarsi anche con riferimento all’identità di genere, già definita dalla Direttiva 2011/95/UE come complesso degli aspetti connessi al sesso che possono costituire motivi di persecuzione, soprattutto ove sia evidente un contrasto tra i dati anagrafici e la rappresentazione esterna di un genere diverso.

Data anche la scivolosità della materia e l’opportunità di allineare la proposta di ampliamento della criminalizzazione degli atti discriminatori a quanto già previsto nella sezione dedicata ai Delitti contro l’Eguaglianza, il modello che si propone è ancora una volta quello “misto” autonomo/circostanziale in modo da poter valorizzare, accanto a quelle già previste dagli artt.604 *bis* e *ter* c.p., anche le discriminazioni fondate sull’identità di genere, l’orientamento sessuale e la disabilità.

La soluzione che si riporta qui di seguito è basata, pur con alcuni correttivi volti a garantire il rispetto dei principi di legalità e offensività, sulla struttura della vigente Sezione I *bis*. Fatta eccezione per una proposta di aumento del massimo edittale della pena pecuniaria prevista, in alternativa a quella detentiva, per il reato di propaganda, non si è ritenuto di dover procedere ad una rimodulazione delle sanzioni in ragione della diversa e specifica ragione motivante la discriminazione. In una materia fortemente dipendente dall’attento vaglio delle circostanze del caso concreto è parso preferibile mantenere la già vigente ampia forbice edittale, rimettendo al giudice la quantificazione in concreto della risposta sanzionatoria proporzionata alla gravità delle condotte di volta in volta poste in essere. L’unico ambito nel quale si è ritenuto, in linea con l’ampio confronto sviluppatosi all’interno dell’Associazione, di dover differenziare la risposta penale sulla base delle diverse finalità della condotta discriminatoria attiene alla fattispecie autonoma di *propaganda*. Mantenuta rispetto alle *idee fondate sulla superiorità, sull’odio razziale o etnico*, non si è ritenuto di doverla estendere anche alle discriminazioni fondate sull’identità di genere, sull’orientamento sessuale o sulla disabilità fisica o psichica della vittima, per evitare di dar vita a fattispecie di dubbia compatibilità con i principi di legalità ed offensività della fattispecie incriminatrice. Peraltro, quand’anche l’ambito di applicazione del reato autonomo di propaganda (imposto dall’art. 4 della Convenzione contro la discriminazione razziale del 1966) fosse stato ampliato anche alle idee fondate sulla superiorità su gruppi connotati dal genere o dalle condizioni personali, un’interpretazione costituzionalmente orientata ne avrebbe imposto l’allineamento ai contenuti offensivi delle condotte istigatorie.

Rispetto, infine, alla proposta estensione dell’ipotesi circostanziale, oltre che ai reati motivati da discriminazione fondata sul genere anche ai casi in cui la vittima sia un disabile, la previsione della proposta modifica dell’art.604-*ter* c.p. si allinea con quanto già previsto dall’art.36 L.104/1992 mantenendo fermo il massimo dell’aggravamento di pena ma estendendone l’applicazione a tutti i reati punibili con pena diversa dall’ergastolo e non soltanto agli atti

osceni (art.527 c.p.), ai delitti non colposi contro la persona e il patrimonio e ai reati in materia di prostituzione di cui alla l.75/1958.

### PROPOSTA DI ARTICOLATO

Il testo dell'art.604-*bis* c.p. (Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa) è sostituito come segue:

*Art.604 bis c.p. (Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione)*

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa *fino a 10.000 euro* chi propaganda idee fondate sulla superiorità, sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi *ovvero fondati sull'identità di genere, sull'orientamento sessuale o sulla disabilità fisica o psichica della vittima*; con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi *ovvero fondati sull'identità di genere, sull'orientamento sessuale o sulla disabilità fisica o psichica della vittima*.

È vietata 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 *ovvero fondati sull'identità di genere, sull'orientamento sessuale o sulla disabilità fisica o psichica della vittima*. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni. Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.

Il testo dell'art.604-*ter* c.p. (Circostanza aggravante) è sostituito come segue:

*Art. 604-ter c.p. (Circostanza aggravante)*

Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi in ragione di odio etnico, nazionale, razziale, religioso *o di discriminazione fondata sull'identità di genere, sull'orientamento sessuale o sulla disabilità fisica o psichica della vittima*, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.





## OPINIONE DISSENZIENTE IN TEMA DI GENOCIDIO

Alessandro Bondi

**Sommario:** A. Sulle pene; B. Sull'inopportunità d'inserire il genocidio nell'attuale codice penale.

Si partirà dal particolare al generale: dalle sanzioni necessariamente differenziate del genocidio (A), all'inopportunità d'inserire questa fattispecie nel codice penale senza una sua disciplina organica (B).

### A. Sulle pene

Si assume che il genocidio esprima condotte diverse e diverso disvalore, talché debba trovare riflesso in sanzioni differenziate, precisamente comminate dalla disposizione.

In specie, la morte di membri del gruppo è diversa, ed esprime diverso disvalore, dalla loro lesione grave o gravissima; sottrarre minori al gruppo è diverso dal sottoporre persone a condizioni di vita idonee a provocare la distruzione totale o parziale del gruppo; così come è diverso dall'impedire o controllare le nascite del gruppo o dall'istigare o fare pubblica apologia di queste condotte.

D'altra parte, il fine del genocidio è di per sé elemento di disvalore difficile da evitare ma di "quantità e qualità" costante, vale a dire, è sempre presente e non assume dimensioni differenti a seconda delle condotte di genocidio.

In breve, se il fine è sempre presente e uguale in tutte le condotte, ma le condotte e il loro disvalore sono diverse, la pena deve rispettare questa diversità esprimendo, in proporzione, il diverso disvalore con pene differenti espressamente previste, in grado di limitare la discrezionalità del giudice nel commisurare la sanzione concreta.

#### **Limiti edittali proposti**

Le sanzioni dovranno essere proporzionate al disvalore delle diverse condotte.

**La pena minima.** Non solo deve sottrarsi a misure alternative alla detenzione, ma esprimere il peculiare disvalore dell'elemento soggettivo confrontate con fattispecie oggettivamente simili contenute nel codice penale, *in primis*, con quelle di pubblica apologia di reati (artt. 414 ult. comma, 604 *bis*, 404 *ter* c.p.). In tal senso, pare congrua la pena minima di 5 anni.

**La pena massima,** se il riferimento non è l'ergastolo, in armonia con l'attuale sistema punitivo e sul modello edittale dell'omicidio doloso, la «*pena massima non inferiore a*» può riferirsi a) ai 24 anni di reclusione di regola previsti come pena massima (art. 23 c.p.); b) agli almeno 26 anni necessari all'ergastolano per ottenere la liberazione condizionale; c) ai limiti massimi stabiliti dalla legislazione dell'emergenza in alternativa all'ergastolo (p.e. i 30 anni previsti dagli artt. 280/4 u.p., 289/1, 2 c.p.).

**Alternative incompatibili: limiti edittali particolarmente ampi o pena unica**

La convenzione sul genocidio (NY 9.12.1948, abbr. Conv. genoc.), definisce le fattispecie ma non le sanzioni, richiedendo unicamente che siano efficaci (art. 3). Il modello sanzionatorio offerto dallo Statuto di Roma (17/7/1998, abbr. ICC) prevede solo la reclusione a) «per un periodo di tempo determinato non superiore nel massimo a 30 anni»; b) «ergastolo, se giustificato dall'estrema gravità del crimine e dalla situazione personale del condannato» (art. 77 ICC). ICC che, stante la sua mancata attuazione in Italia e secondo complementarietà, è disposizione applicabile per fatti commessi in Italia, risulta difficilmente compatibile con la necessaria precisazione e proporzione richiesta dalla Costituzione italiana nella definizione dei limiti edittali. Per le stesse ragioni non è migliore il modello tedesco (ergastolo e pena non inferiore a 5 anni per i casi meno gravi, § 6 VStGB)(v. *infra*).

## Conclusione

Sia sotto il profilo di un *tertium comparationis* edittale (cfr. C. cost. 112/2019), sia in rapporto diretto con la gravità delle diverse condotte (cfr. C. cost. 341/1994), se la disposizione sul genocidio prevedesse una pena unica, pregiudicherebbe la proporzione tra il diverso disvalore dei fatti descrittivi del genocidio e le pene comminate, violando il principio di offensività e di uguaglianza sostanziale (artt. 3, 21, 25/2, 27/1, 3 Cost. ex multis C. cost. 249/2010).

In particolare, l'assenza di proporzione e uguaglianza sostanziale sarebbe sentita come *ingiusta* (artt. 3, 27 Cost); impeditiva di una valutazione costi-benefici in grado di compromettere le potenzialità preventive speciali e generali dell'ordinamento penale (C. cost. 236/2016), giacché la funzione di orientamento della disposizione dipende dalla comminatoria astratta delle sanzioni e non da un eventuale recupero di proporzione e individualizzazione della pena con la sua commisurazione in concreto (cfr. C. cost. 222/2018).

In maniera analoga, sarebbe da censurare sia la sproporzione di pene minime che esaltino oltre misura l'elemento soggettivo della fattispecie di genocidio su cui grava gran parte del disvalore della disposizione nei casi oggettivamente meno gravi (cfr. C. cost. 341/1994); sia la comminatoria di una pena idealmente fissa come l'ergastolo (cfr. C. cost. 50/1950) con potenzialità ostate (cfr. C. cost. 273/2001 e CoEDU G.C. 7.10.2019 Viola/Italia); sia l'adozione di parametri edittali troppo ampi che inficino il principio di legalità per indeterminatezza della sanzione a vantaggio di una discrezionalità giudiziale senza controllo (cfr. C. cost. 299/1992).

## B. Sull'inopportunità d'inserire il genocidio nell'attuale codice penale.

L'inopportunità dell'inserimento, nell'attuale codice penale, delle fattispecie di genocidio è data dalla prevalenza qualitativa e quantitativa degli aspetti negativi rispetto a, pur significativi, aspetti positivi (giudizio pro/contra).

### Pro l'inserimento delle fattispecie di genocidio nell'attuale codice penale

- È un'esigenza simbolico-comunicativa, stante la mancata attuazione in Italia delle disposizioni sostanziali dell'ICC. Nella realizzazione e attuazione dell'ICC si può vedere una sorta di responsabilità storica da parte dei tre principali Paesi dell'Asse durante la Seconda guerra mondiale. Germania e Giappone si sono fatti carico della maggior parte delle spese necessarie per sostenere la creazione e l'operatività della Corte Internazionale Penale. L'Italia ha contribuito con lo sforzo organizzativo per arrivare allo Statuto dell'ICC, ma ha in parte vanificato il proprio impegno fallendo nell'obiettivo di darne compiuta attuazione

con norme nazionali. L'inserimento nel codice penale italiano della fattispecie-simbolo del genocidio farebbe, così, ammenda di questo grave inadempimento della nostra politica.

### Contra l'inserimento delle fattispecie di genocidio nell'attuale codice penale

- Non vi è *lacuna*. Il genocidio è l'unico crimine internazionale che ha trovato attuazione in una disposizione speciale italiana, per di più estendendo la punibilità alla «*deportazione di persone e alla costrizione di portare marchi o segni distintivi indicanti l'appartenenza a un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso*» non previsti dalla Convenzione sul genocidio (artt. 2, 6 L. n.962/1967).
- Il genocidio ha comunque forte e *autonoma connotazione*, esprime norma di diritto internazionale consuetudinario di *ius cogens* (ICTR, Trial Chamber, 2.9.1998, *P/Akayesu*; ICTY, Trial Chamber, 2.8.2001, *P/Krstić*).
- Secondo il principio di *complementarietà*, la Corte Penale Internazionale interviene se nello Stato coinvolto non vi è la volontà o la possibilità d'intervenire o d'intervenire in maniera efficace (cfr. *Preambolo* ult. p., art. 1 ICC). Attuando a livello nazionale le norme ICC si evita, perciò, la possibilità di un intervento esterno espressione di *diversa sovranità*. Ma la questione riguarda tutte le fattispecie previste dall'ICC tranne il genocidio che, come si è visto, ha trovato compiuta attuazione nella L. 962/1967.
- Introdurre nel codice penale soltanto la fattispecie di genocidio ne esaspera il valore *simbolico*. Perché inserire solo il genocidio e non altre fattispecie dell'ICC come, per esempio, la fattispecie “madre” dei crimini contro l'umanità?
- La necessità di disciplinare *esternamente* al codice fattispecie che, come il genocidio, necessitano una disciplina generale della materia che trattano è ricavabile dalla disciplina di parte generale prevista dall'ICC (v. *infra* § *Peculiarità del sistema penale previsto per ICC*) e, ragionando *a contrario*, dall'attuale riserva di codice per *leggi che disciplinano in maniera organica la materia* (art. 3 *bis* c.p.).
- Accantonando perplessità di forma e sostanza, la **riserva di codice** rappresenta, infatti, una disposizione che produrrà prassi legislativa di valore in base a quanto riuscirà a includere e a escludere, secondo un progetto di ricodificazione aperto al confronto. Auspicio per la verità ostacolato dalla mancanza di un obbligo di coordinamento delle disposizioni extra-codicistiche con le disposizioni e i principi del codice penale (cfr. art. 2 *Progetto Pisapia*, 27.7.2006). La disposizione di cui all'art. 3-*bis* c.p., per quanto non costituzionalizzata, acquista senso se riesce a esprimere un *obbligo deontologico* nei confronti del legislatore: sia contro la frammentazione del sistema penale nel suo complesso, sia contro una sua riproposizione nel codice penale foriera di microsistemi interni ad esso.
- La *riserva di codice* pone, in pratica, una *clausola di sistema*: la necessaria organicità che il precetto penale deve esprimere per poter essere interpretato e applicato, favorendo «*una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena*» (art. 1 c. 85 lett q L. 103/2017). A tal fine, una nuova disposizione penale ha bisogno di una sorta di *grammatica* presa o dal codice penale in cui s'inserisce o dal complesso normativo extra-codicistico costruito per disciplinare *organicamente* la materia senza avere un valore costituente comune a tutta la disciplina penale. Questo è il caso del sistema normativo dell'ICC: corpo autonomo e completo di disposizioni penali, sostanziali e processuali, di parte generale e di parte speciale (v. *infra* § *Peculiarità del sistema penale previsto dall'ICC*).

## Peculiarità del sistema penale previsto dall'ICC

Ancora una volta sarà la somma, quantitativa e qualitativa, di alcune differenze tra il sistema penale internazionale e nazionale a richiedere un sistema organico in grado di gestirle e, pertanto, a suggerire l'inopportunità d'inserire la sola norma del genocidio nel codice penale.

- *Condizioni di procedibilità.* L'ICC si attiva non con riferimento a specifici fatti, ma con l'accertamento di una *situazione* in cui *pare* siano stati commessi dei crimini internazionali, così come individuati dallo Statuto (*trigger mechanism*, art. 13 ICC).
- In tema di *beni giuridici*, il discorso si svolge secondo termini usuali ai Paesi di *civil law*. Ma il riferimento a *diritti e valori* permette di estendere anche ai Paesi di *common law* le analisi volte a definire le funzioni che legittimano il diritto internazionale penale. In tal senso, l'ICC individua una responsabilità individuale per beni sovra-individuali in cui vi è una marcata componente *collettiva* nella realizzazione delle condotte e nella responsabilità che ne deriva. Nel caso del genocidio, vi è un bene giuridico fondato *sull'esistenza fisica e sociale di un gruppo nazionale, razziale, religioso, etnico, politico* che s'innesta su beni giuridici individuali come la vita, l'integrità fisica, la protezione della maternità e dei minori, la dignità della persona.
- Siffatta componente collettiva esalta particolare attenzione, sostanziale e processuale, verso la prospettiva della *vittima*. Ipotesi di giustizia *ricongiuntiva* premono per l'abbandono di un sistema de- vittimizzato, per l'ascolto delle sofferenze, per il ristoro della vittima. Sono prospettive attuali per il sistema internazionale, dove lo stesso processo diventa un *luogo della memoria*. Sebbene non manchino ragioni per introdurre simili paradigmi di pensiero anche nel sistema nazionale, questi dovrebbero essere il frutto di una riconsiderazione globale del sistema penale in genere e di quello codicistico in specie. Diversamente, il genocidio rischia di diventare l'ennesimo cavallo di Troia della destrutturazione codicistica a favore di microsistemi senza un centro di gravità. In altri termini, senza un'unità concettuale di principi raccolti in un sistema organico, si disattendono le esigenze simboliche e pratiche di unità, sistematica, coerenza, semplificazione che un codice può ancora esprimere: esigenze tanto più doverose in un momento di frammentazione e fluidità male intesa qual è quello vissuto dall'attuale gestione penale degli affanni sociali. È da condividere l'augurio che la riappropriazione della centralità ragionata del codice offra alla legiferazione nuova regia ordinamentale, facilitando sia i rapporti con le fonti sovranazionali e internazionali sia quelli con la giurisprudenza. I due aspetti sono complementari. Complice l'influenza delle Corti sovranazionali di un sistema normativo multilivello, la giurisprudenza – anche costituzionale – è diventata sempre più interventista, trovando spazi operativi inusitati nell'ignavia di un legislatore preoccupato di non definire fattispecie, beni tutelati, efficacia o quant'altro aspetto normativo possa togliere consenso, perché la loro gestione chiede sistema, coerenza, ragioni, tempo e, soprattutto, chiede la capacità politica di realizzarli.
- A conferma della peculiarità della disciplina generale che accompagna i crimini internazionali si osserva che proprio la Convenzione sul genocidio impone agli Stati contraenti di non considerare il genocidio, e gli altri delitti elencati nell'art. 3, come delitti politici ai fini *dell'estradizione* (art. 7/1 Conv. genoc.). A tale scopo, in Italia, si è ritenuto necessario intervenire mediante legge di revisione costituzionale (artt. 10 ult. c., 26 Cost – L. cost. n. 1/1967).
- Le fattispecie penali previste dall'ICC sono individuate in base alla competenza per materia della Corte. Estremizzando, anziché stabilire delle fattispecie su cui poi definire una giurisdizione, si è stabilita una giurisdizione per definire la tipicità delle fattispecie che vi rientrano. Ma le fattispecie dell'ICC non hanno natura solo *processuale* bensì sostanziale e, pertanto, dovrebbero essere ricondotte o perlomeno adattate alle garanzie tipiche della

creazione, interpretazione, applicazione delle norme sostanziali (in particolare, principi di legalità e colpevolezza).

- In Italia, il principio di legalità ancora la sua *fonte* in un atto scritto avente forza di legge. Tale atto deve descrivere la fattispecie con precisione ed essere tassativamente applicato. Non è così per l'ICC che offre uno standard minimo di garanzia internazionale fissato nei diritti dell'Uomo (art. 21/3 ICC) e individua le sue fonti in: a) ICC e le sue integrazioni costituite dagli *Elements of Crimes* e dalle *Rules of Procedure and Evidence*; b) Norme convenzionali di diritto internazionale che possono acquisire valore consuetudinario e diventare vincolanti anche per gli Stati che non sono parte dell'ICC (Conv. genoc, New York, 9.12.1948, Conv. Haag, 18.10.1907, Conv. Ginevra del 1949 e i due protocolli del 1977, Statuti dei tribunali ad hoc ICTY e ICTR); c) diritto consuetudinario internazionale; d) principi di diritto mondiali e, quando opportuno, degli Stati coinvolti; e) eventuale interpretazione offerta dalla migliore dottrina e giurisprudenza nazionale e internazionale (art. 21/2 ICC).
- Le disposizioni ICC possono essere *retroattive* per volontà degli stati aderenti, ma non oltre l'entrata in vigore dello Statuto (artt. 11/2, 12/3 ICC).
- Spesso le fattispecie dell'ICC sono più vicine a descrizioni sociologiche che giuridiche, almeno secondo un principio di precisione e sufficiente determinatezza strettamente inteso. Esempio, in tal senso, è l'individuazione dei *gruppi* che possono essere oggetto di genocidio cui interpretazione finisce per attribuire connotazioni soggettive fondate sull'*autoidentificazione*. Per quanto ampiamente discussi, l'ICC non ha infatti incluso nel genocidio gruppi *storici* o *politici* né, tanto meno, gruppi *culturali* o *sociali* (p.e. Khmer, Darfur) quando alle preoccupazioni giuridiche si sono aggiunte quelle politiche sull'indeterminatezza del concetto (cfr. *Report of the international Commission of Inquiry on Darfur* 25.01.2005; ICTR, Trial Chamber, 21.5.1999 P/*Kayishema & Ruzindana*; ICTY, Trial Chamber 14.12.1999 P/*Jelisić*).
- *Interpretazione*. La *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* (27.1.1980) sottolinea il significato obiettivo, sistematico e teleologico della norma con particolare riguardo al c.d. *effetto utile* (art. 31). Solo in subordine rinvia ai lavori preparatori che rappresentano lo strumento principe dell'interpretazione storica (art. 32).
- *La struttura del reato*. ICC rinuncia alla terminologia angloamericana ma non a molti suoi tratti, pur inserendo elementi originali. Idealmente diviso tra elementi che fondano ed escludono la responsabilità, il sistema penale previsto dall'ICC non ammette casi di omissione impropria; disegna una marcatura particolare del dolo che sembra escludere sia il *dolo eventuale* continentale sia la *recklessness* anglosassone, con varianti tra premeditazione e intenzionalità («*intentionelle*», «*deliberate*»), almeno per quanto riguarda la fattispecie di genocidio rappresentata dalla sottoposizione del gruppo a condizioni di vita tali da comportarne la distruzione fisica (cfr. artt. 2 lett. c Conv. genoc.); non distingue tra cause di giustificazione e scusanti, richiede un giudizio di proporzione per la legittima difesa e, come nello stato di necessità, la presenza dell'elemento psicologico sulla difesa/necessità, (artt. 31, 32 ICC); prevede casi di autoria e concorso di persone nel reato (art. 25/3 lett. a-c); configura la «responsabilità del superiore» (art. 28); introduce, per la prima volta nel diritto internazionale penale, una regola espressa su tentativo e recesso (art. 25/3 lett. f ICC).
- I crimini ICC non si *prescrivono* (art. 29 ICC).

## Conclusione

Secondo complementarità, il sistema dell'ICC sottrae agli Stati la potestà penale, laddove si tratti di crimini di particolare gravità per dimensione, qualità, contesto situazionale. Pertanto,

non sono solo ragioni storiche e simboliche a sostenere – finalmente – l’attuazione nazionale di un piano di tutela internazionale penale nei confronti di responsabilità individuali. Ma l’ICC prevede una parte generale e speciale volta alla disciplina dei crimini internazionali che, per genesi dei fatti e degli istituti giuridici chiamati a gestirli, implica un coinvolgimento e tratti di responsabilità collettiva, pur nell’accertamento di fatti e responsabilità individuali. Il sistema codicistico italiano è basato anch’esso su una codificazione di parte generale e speciale, ma rimane ancorato a fatti individuali per una responsabilità individuale, secondo principi legati al diritto penale classico, nel contesto autarchico esprimibile da un codice dell’epoca fascista. La convivenza dei due sistemi richiede perciò armonizzazione che solo una riformulazione generale del codice penale o un separato codice dei crimini internazionali possono offrire. Questa soluzione appare coerente con quanto disposto dalla *riserva di codice* recentemente introdotta nel codice penale italiano (art. 3 *bis* c.p.).

Sezione II – Atti del seminario di discussione

29 ottobre 2021

Sant'Anna - Scuola Universitaria Superiore di Pisa





# I DELITTI CONTRO L'UMANITÀ E L'UGUAGLIANZA: ALCUNE OSSERVAZIONI SULLA PROPOSTA DEL GRUPPO DI LAVORO DELLA AIPDP\*

Gabriele Fornasari

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Tortura; 2.1. Aspetti condivisibili dell'articolato; 2.2. Spunti critici: la costruzione della fattispecie e il quadro sanzionatorio; 2.3. Sulla collocazione sistematica della tortura in particolari situazioni di conflitto; 2.4. Responsabilità del superiore per omesso controllo e istigazione a torturare; 2.5. Una proposta de iure *condendo* per l'intervento sanzionatorio e per il "superamento del passato"; 3. Genocidio; 3.1. Necessità di una disciplina organica e di una differenziazione sanzionatoria; 3.2. La questione dell'estensione dei gruppi; 4. Atti discriminatori; 4.1. Spunti critici sull'aggravante di negazionismo; 4.2. Luci e ombre in tema di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione; 4.3. Sulla necessità di un quadro definitivo; 4.4. Il possibile ruolo della giustizia riparativa.

## 1. Premessa

L'intento di questo contributo è di svolgere alcune considerazioni di taglio critico sui contenuti della proposta del gruppo di lavoro della Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale incaricato di redigere un articolato riguardante un istituendo titolo di parte speciale concernente i delitti contro l'umanità e l'uguaglianza.

Comprendibili limiti di spazio mi inducono a non occuparmi di tutti gli aspetti affrontati, dato che in tal caso la trattazione sarebbe o troppo diffusa o troppo superficiale.

Dividerò pertanto il lavoro in tre sezioni, concentrandomi nella prima di esse sulle proposte in tema di tortura; nella seconda sui profili del crimine di genocidio; nella terza sulle questioni relative agli atti discriminatori.

L'obiettivo non sarà quello di trattare *funditus* tutti questi complessi temi, ma più semplicemente e concretamente esaminare le disposizioni progettate in relazione ad esse e suggerire eventualmente qualche modifica volta a migliorarne il testo in applicazione di principi generali e secondo criteri di razionalità normativa.

Vorrei insomma, convinto come sono da tempo del fatto che il gravissimo ritardo nella riforma del codice penale, con particolare riferimento alla sua parte speciale, rappresenti un grave *vulnus* della nostra esperienza post-costituzionale<sup>1</sup>, cercare di dare un contributo alla redazione di testi normativi praticabili in un ambito che riguarda fatti offensivi di beni di recente emersione nel dibattito pubblico, sia quello degli specialisti, sia quello della collettività in senso più lato.

---

\* Ringrazio per la preziosa collaborazione la dottoressa Benedetta Arrighini, Collège d'Europe, Bruges, e la dottoressa Ilaria Marchi, Università di Trento.

<sup>1</sup> Posso rinviare al riguardo a G. FORNASARI, *È davvero impossibile un nuovo codice penale?*, in *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, a cura di L. STORTONI-G. INSOLERA, Bononia University Press, 2012, 259 ss.

## 2. Tortura

### 2.1 Aspetti condivisibili dell'articolato

Riguardo al tema della tortura, condivido innanzi tutto la declinazione come reato proprio, in corrispondenza sia, formalmente, agli obblighi internazionali<sup>2</sup>, sia, sostanzialmente, all'effettivo e specifico significato di disvalore che la condotta di tortura riveste all'interno del sistema penale.

La tutela della persona è garantita da altre fattispecie, mentre qui è in gioco l'abuso di autorità che porta all'annullamento della dignità della vittima da parte di chi al contrario dovrebbe poter godere della fiducia dei consociati in quanto preposto alla loro protezione.

È questa, per inciso, una delle ragioni principali che si oppongono a qualunque tentativo di legittimazione giuridica e morale della tortura<sup>3</sup>.

Peraltro, giova ribadirlo: non si deve ritenere che la condotta commessa del privato, descritta nel primo comma della nuova fattispecie codicistica, non debba essere assoggettata a sanzione penale, anzi, non v'è dubbio che ne sia meritevole, così come non v'è dubbio che gli strumenti internazionali non ostino alla sua previsione come reato<sup>4</sup>, ma qui non si tratta di questo, bensì di sottolineare in chiave normativa la gravità unica della "tortura di Stato", che necessita anche simbolicamente di uno statuto penale tutto proprio, anche in ragione del fatto che, come già menzionato, gli atti vessatori corrispondenti all'elemento oggettivo della condotta tenuti da un soggetto non qualificato trovano agevolmente copertura in fattispecie incriminatrici già presenti nell'ordinamento, e comunque nell'alveo tradizionale dei reati contro la persona.

Sul piano più strettamente tecnico, poi, vi è un altro inconveniente nella scelta effettuata dal nostro legislatore, nel momento in cui ha configurato la tortura del pubblico ufficiale come circostanza aggravante del fatto base commesso dal privato.

Infatti, come è stato opportunamente notato, poiché nel nostro sistema penale se vi è concorso di circostanze eterogenee viene fatta applicazione solo di quelle che risultano prevalenti nel bilanciamento indicato dall'art. 69 c.p. (o di nessuna in caso di equivalenza), non è affatto impossibile che a causa dell'esito del bilanciamento la condotta di tortura realizzata

---

<sup>2</sup> La «Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti» del 1984, nel fornire al primo comma dell'art. 1 una definizione del crimine di tortura, adopera infatti questa formulazione: «1. Ai fini della presente Convenzione, il termine "tortura" designa qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate».

Va ricordato che, come segnalato da F. CANCELLARO, *Pubbligate le osservazioni del Comitato ONU contro la tortura sulla situazione italiana*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1, 2018, 301 ss., a livello internazionale la scelta del nostro legislatore di introdurre una fattispecie di reato comune è stata espressamente criticata, imputandosi all'art. 613-bis c.p. di non fare alcun riferimento agli scopi della condotta e a non prevedere come necessaria la qualifica dell'agente come pubblico ufficiale o come soggetto che agisca in veste ufficiale, sottintendendo quindi che le connotazioni omesse costituiscano requisiti essenziali del crimine.

<sup>3</sup> Naturalmente, non c'è spazio per riportare qui anche solo sinteticamente i termini di un dibattito enorme; per un efficace approccio si può vedere A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2, 2014, 129 ss.

<sup>4</sup> Così per esempio P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, a cura di L. STORTONI-D. CASTRONOVO, Bononia University Press, 2019, 134 ss.

dal funzionario pubblico, ancorché appaia evidente che integri un livello di disvalore qualitativamente o non solo quantitativamente superiore, finisca per essere sanzionato con la stessa pena del fatto non qualificato o addirittura con una pena inferiore<sup>5</sup>.

Condivido inoltre, *ça va sans dire*, l'eliminazione dalla struttura della fattispecie di quelle delimitazioni che puntano in sostanza a produrre l'effetto di renderla inapplicabile: mi riferisco naturalmente a elementi del tipo quali l'aver agito con crudeltà, la richiesta implicita di una pluralità di condotte e la grottesca pretesa della verificabilità del trauma psichico sofferto dalla vittima<sup>6</sup>, tutti requisiti che ai più sono parsi voluti dal legislatore per non deludere aspettative di gruppi di pressione che si opponevano all'approvazione della fattispecie, ma che al di là di ciò faticano a reggere il vaglio anche solo di un normale esame esegetico critico<sup>7</sup>.

## 2.2. Spunti critici: la costruzione della fattispecie e il quadro sanzionatorio

Ciò premesso, non mi pare tuttavia che nella rubrica della fattispecie sia opportuno specificare che si tratta di «Tortura da parte del pubblico ufficiale»: si è stabilito che la tortura penalmente rilevante, come a me pare corretto, è questa e nessun'altra, dunque è bene che non si dia il senso di una contrapposizione.

Nel quadro definitorio del primo comma, la riserva che avrei riguarda la dizione «abusando delle funzioni o del servizio», rispetto alla quale mi pare preferibile, perché più precisa e tecnicamente più adeguata, quella contenuta nell'attuale aggravante del secondo comma dell'art. 613-*bis*, ovvero «con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti la funzione o il servizio».

Credo che fra l'altro con il richiamo ai poteri e ai doveri ci si aggancia meglio all'essenza dell'attività dei pubblici agenti, a cui vengono conferiti poteri anche coercitivi legittimamente esercitabili, se nei limiti di legge.

Con un riferimento di questo tipo, inoltre, si giustificherebbe meglio il fatto che in questa proposta di articolato non venga richiamato l'attuale terzo comma dell'art. 613-*bis*, concernente le legittime privazioni o limitazioni di diritti.

Credo infatti che l'esclusione di questo inciso possa in effetti giustificarsi, forse, argomentando dal fatto che il suo contenuto si riferisce a circostanze già ricomprese nella disciplina scriminante dell'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p., ma non è un male che esse trovino espressione già in sede di tipicizzazione e questo risulta meglio realizzato, a mio avviso, mediante la dizione normativa che ho indicato.

Sul versante sanzionatorio, apprezzo che venga graduata la pena per la tortura cui conseguano lesioni personali, così come il fatto che venga evitata una pena fissa di trenta anni per i fatti di tortura cui consegua l'evento morte non voluto, ovvero per un fatto del quale una significativa porzione è imputabile al massimo per colpa (pur se in questo tipo di casi lo sconfinamento nella responsabilità oggettiva è un rischio sempre immanente).

Non vedo riproposta d'altro canto la previsione relativa al caso in cui il colpevole della tortura cagioni volontariamente la morte della vittima, che determina nell'attuale disposizione

---

<sup>5</sup> Il rilievo è di I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7-8, 2017, 159.

<sup>6</sup> In riferimento ai quali, rinvio all'esame critico ampio e condivisibile operato da E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci, 2018, 272 ss.

<sup>7</sup> Mi limito ad una sola sottolineatura, mutuata da una condivisibile osservazione di T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2013, 30, il quale, in sede di commento del progetto che ha anticipato l'entrata in vigore della legge, segnalava in modo esasperato l'assurdità dell'inserimento dell'aggettivo *verificabile* ad accompagnare uno degli eventi previsti in alternativa, come se non fosse scontato che ogni evento del reato (e più in generale ogni elemento della fattispecie tipica) deve essere non già verificabile, ma *verificato* perché si possa addivenire ad una sentenza di condanna in sede penale.

la pena fissa dell'ergastolo.

Poiché non mi pare che questa situazione possa essere ricondotta alla vigente disciplina delle aggravanti dell'omicidio doloso previste negli artt. 576 e 577 c.p., se ne dovrebbe dedurre che, secondo la proposta di riforma, si dovrebbe trattare di un omicidio doloso "comune", assoggettato alla pena prevista nell'art. 575, salva l'eventuale applicabilità di circostanze aggravanti comuni, come quelle previste dall'art. 61 c.p., ai numeri 4 («l'aver adoperato sevizie o l'aver agito con crudeltà verso le persone»), 5 («l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa») e 9 («l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto»), che però non mi sembrano coprire tutti i casi ed anzi potrebbero risultare di dubbia applicabilità in ragione del fatto di contenere elementi tipici che sono già insiti nella condotta punibile della tortura, con il rischio di una violazione del *ne bis in idem* sostanziale.

V'è poi da rimarcare anche il fatto che, trattandosi di circostanze del reato, sono sottoposte al vincolo normativo del giudizio di bilanciamento in caso di concorso eterogeneo ex art. 69 c.p., di talché potrebbero risultare soccombenti e pertanto non applicate, mentre questo possibile inconveniente non si prospetterebbe qualora si accogliesse dell'attuale quinto comma dell'art. 613-bis c.p., come a mio avviso sarebbe raccomandabile, una lettura interpretativa come fattispecie autonoma e non come aggravante.

Ora, da un lato, per chi come me ritiene la pena dell'ergastolo affetta da un vizio di incostituzionalità, questa scelta può apparire condivisibile in sé; ma d'altro canto non si può non sottolineare, in termini comparativi, che la causazione volontaria della morte mediante tortura è connotata da un disvalore oggettivo e soggettivo uguale e finanche superiore a quello di molte delle situazioni che l'attuale legislazione riconduce all'omicidio aggravato punito con l'ergastolo come pena fissa<sup>8</sup>.

Chiaro dunque che qui si pone un problema di equilibrio sistematico che non concerne solo la disciplina della tortura, ma profili di ragionevolezza più generali.

### 2.3. Sulla collocazione sistematica della tortura in particolari situazioni di conflitto

Una riserva per ragioni di sistema è anche quella che avrei in relazione alla previsione della tortura in particolari situazioni di conflitto.

Trattandosi della proposta di inserire nel codice penale in buona sostanza un crimine internazionale, si pone la stessa questione che approfondirò soffermandomi sul genocidio: ritengo che impiantare isolatamente alcune costole del diritto penale internazionale nella legislazione interna possa avere un certo effetto simbolico, ma paghi un prezzo in termini di efficacia e coerenza.

Come ribadirò anche nel seguito di questo contributo, la soluzione per me preferibile è quella di predisporre un corpo normativo autonomo sulla falsariga del codice dei crimini internazionali tedesco (*Völkerstrafgesetzbuch*), con tessuto organico ed anche una propria minima parte generale, e un'alternativa ancora accettabile sarebbe quella di collocare nel titolo dei delitti contro l'umanità e l'uguaglianza, di cui stiamo trattando, quanto meno sia il genocidio che i crimini contro l'umanità, ai quali la tortura, nelle particolari situazioni menzionate anche nella proposta che stiamo discutendo, viene ricondotta nel testo dell'art. 7 ICCSt. come una delle condotte punibili.

---

<sup>8</sup> Penso per esempio all'omicidio dello *stalker* nei confronti della sua vittima (comma 5.1 dell'art. 576 c.p.), laddove il fatto base di atti persecutori, di cui all'art. 612-bis c.p., è certamente meno grave di qualunque condotta di tortura, come testimoniato dalla comparazione fra i carichi sanzionatori (per quanto riguarda la tortura, sia quelli previsti dalla norma vigente, sia quelli ipotizzati nella proposta che qui si discute).

Una soluzione di questo tipo eviterebbe il rischio di una discrasia interna fra le disposizioni poste a tutela di beni giuridici così rilevanti e sarebbe più in linea con il senso del principio di complementarità affermato nello Statuto della Corte penale internazionale<sup>9</sup>; in virtù di esso, infatti, la Corte attiva la propria giurisdizione quando lo Stato parte non può o non vuole esercitare quella interna di fronte al sospetto della commissione di uno dei crimini previsti dallo Statuto<sup>10</sup>, sicché è particolarmente importante che vi sia una corrispondenza (anche se non necessariamente una identità) tra la disposizione internazionale e quella dello Stato parte riguardo alla configurazione degli elementi del fatto punibile.

#### 2.4. Responsabilità del superiore per omesso controllo e istigazione a torturare

Mi trovo invece d'accordo sul fatto di prevedere una disposizione relativa alla responsabilità del superiore per omesso controllo, riguardo alla quale avrei un unico rilievo, in relazione alla previsione sanzionatoria della diminuzione della pena non eccedente un terzo.

In tal modo, in sostanza, ci sarebbe la possibilità di sanzionare con una pena fino a 8 anni di reclusione un'omissione colposa certamente grave, ma non più di un omicidio colposo (la cui pena massima per il fatto-base è di 5 anni, secondo la previsione dell'art. 589 c.p.); una sanzione meno gravosa, magari nei limiti che consentano la messa alla prova, parrebbe più adeguata, anche in termini di gravità comparativa.

Non vedendo riproposta nell'articolato la previsione dell'art. 613-ter vigente, il quale impone di sanzionare, ancorché in misura ridotta, l'istigazione a torturare da parte di un pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio non accolta da un altro pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, non so se ciò significhi che la riforma non la prevederebbe più o se invece l'assenza di interventi implica che essa rimanga presente così com'è.

In ogni caso, pur nella consapevolezza che si tratta di un'eccezione, l'ennesima, al principio per me condivisibile sancito dall'art. 115 c.p.<sup>11</sup>, credo che anche in assenza dell'evento istigato il disvalore di questa istigazione sia così elevato da meritare una sanzione, specie in considerazione del fatto che una simile eccezione è già operante in riferimento a casi certamente assai meno rilevanti, come per esempio nel caso nella pubblica istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico o all'odio tra le classi sociali disciplinata dall'art. 415 c.p.<sup>12</sup>.

#### 2.5. Una proposta de iure condendo per l'intervento sanzionatorio e per il "superamento del passato"

Da ultimo, un breve rilievo per abbozzare la proposta di introdurre nell'arsenale sanzionatorio previsto per i pubblici ufficiali condannati per tortura, oltre alla pena detentiva, anche una pena accessoria di natura interdittiva, il cui contenuto dovrebbe essere volto ad

---

<sup>9</sup> Per un'analisi di questo principio, posso rinviare a E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in E. AMATI-M. COSTI-E. FRONZA-P. LOBBA-E. MACULAN-A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 4<sup>a</sup> ed., Giappichelli, 2020, 27 ss.

<sup>10</sup> La Corte infatti, in base all'art. 17 dello statuto, non è legittimata a trattare un caso se su di esso ha giurisdizione lo Stato, a meno che questo sia «*unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution*».

<sup>11</sup> Un principio, bisogna ricordarlo, che a noi appare scontato, ma non lo è affatto, se è vero che molti ordinamenti stranieri, sul modello del § 30 del codice penale tedesco, in caso di istigazione non accolta prevedono che il soggetto sia punito con la sanzione prevista per il corrispondente delitto tentato, ancorché diminuita.

<sup>12</sup> Per l'esposizione di una casistica che dimostra ampiamente il carattere quasi bagatellare delle vicende a cui la norma viene applicata, rinvio a G. FORNASARI, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Reati contro l'ordine pubblico*, a cura di G. FORNASARI-S. RIONDATO, 2<sup>a</sup> ed., Giappichelli, 2017, 18 ss.

impedire che autori di questo reato possano rimanere operativi, col rischio di reiterazione, subendo al più la sanzione di un trasferimento di sede.

Un'alternativa potrebbe essere rappresentata dalla previsione, per i condannati, di corsi volti a indurre una sensibilizzazione verso il tema dei diritti umani, dei quali la tortura è una delle violazioni più macroscopiche, come si è cercato di fare in alcuni Paesi che hanno sperimentato forme di giustizia di transizione<sup>13</sup>, ma mi rendo conto che si tratta di percorsi complessi dei quali oltre tutto non è facile preventivare la resa effettiva, pur se resta fermo il fatto che una delle cause fondamentali che provocano la pratica della tortura è indubbiamente una strisciante cultura della prevaricazione e dell'indifferenza verso i diritti fondamentali e la dignità dell'individuo che risulta drammaticamente deviante rispetto ai principi dello Stato democratico di diritto.

Tutte le possibili, anche ottime e raccomandabili, disposizioni incriminatrici in tema di tortura ben poco potranno fino a che tale cultura non verrà debellata<sup>14</sup>.

### 3. Genocidio

#### 3.1. Necessità di una disciplina organica e di una differenziazione sanzionatoria

Riguardo al genocidio, devo premettere una considerazione di fondo prima di effettuare alcuni rilievi sul testo (*rectius*: sui testi) che ho ricevuto.

Devo dire cioè che mi trovo in sintonia con l'opinione dissenziente redatta da Alessandro Bondi circa l'opportunità di inserire questa incriminazione nel codice penale senza una sua disciplina organica.

Per inciso, mi trovo d'accordo con Bondi anche per quanto riguarda l'altro suo rilievo critico, ovvero quello che contesta la mancata differenziazione sanzionatoria fra le varie modalità del genocidio.

Mi pare tuttavia che la questione dei limiti edittali sia ora superata nella redazione dell'ipotesi 1 dell'articolato, che si differenzia dall'altra, e si fa preferire ad essa, proprio per la condivisibile caratteristica di modulare i carichi sanzionatori secondo la gravità delle condotte, che sono tra loro abbastanza eterogenee (uccisione, lesioni, sottrazione di minori, sottoposizione a condizioni di vita idonee a provocarne la distruzione, imposizione di misure dirette ad impedire o limitare le nascite), poiché ciò che le unifica sono soprattutto il fine e il contesto.

---

<sup>13</sup> È il caso del Brasile, nel quadro delle misure per il «superamento del passato» che vennero adottate all'atto di riconoscere ex-post la responsabilità dello Stato per le gravi violazioni dei diritti umani occorse durante la lunga dittatura che aveva caratterizzato il Paese tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni ottanta; un riferimento in G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, 2013, 147 (in nota 206).

<sup>14</sup> Il dato è sconcertante, ma bisogna pur sempre rammentarlo: nella seconda metà del XX secolo e in questo primo scorcio del XXI, si è torturato con ogni probabilità più che nei periodi storici precedenti, benché un arsenale impressionante di norme internazionali vincolanti (a livello planetario o regionale) in teoria si frapponesse a tale pratica; a volte ci si è sforzati di trovare una legittimazione formale ammantata di eccezionalità, come nella costruzione del cosiddetto scenario della bomba a orologeria (*ticking bomb scenario*), mentre nella maggior parte dei casi - specialmente ma non solo nei contesti dittatoriali - se n'è semplicemente aggirato il divieto in omaggio ad una cultura di sopraffazione la cui permanenza continuerà a vanificare in larga misura qualunque imposizione giuridica.

Riguardo alla fallacia della giustificazione basata sullo scenario della bomba a orologeria e ad una pur sommaria ricostruzione di alcuni contesti storici di utilizzo della tortura a prescindere da ogni istanza di legittimazione, posso rinviare a G. FORNASARI, *Dilemma etico del male minore e ticking bomb scenario. Riflessioni penalistiche (e non) sulle strategie di legittimazione della tortura*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 131 ss.

D'altra parte, fa già così il testo della nostra legge n. 962 del 1967 e in più il fatto di non prevedere specifici carichi sanzionatori per le diverse condotte di crimini internazionali è oggetto di una delle critiche più diffuse al testo dello Statuto ICC: secondo i parametri di giudizio della tradizione giuspenalistica italiana, è questa una violazione piuttosto palese del principio costituzionale di tassatività delle pene<sup>15</sup>.

Tornando alla questione di fondo, resto del parere che i crimini internazionali meritino una trattazione legislativa organica, sul modello del già menzionato *Völkerstrafgesetzbuch* tedesco del 2002<sup>16</sup>, che non contravverrebbe al principio della riserva di codice sancito ora dall'art. 3-bis c.p., in quanto tale disciplina verrebbe collocata, in ragione della sua particolarità, appunto in un testo che disciplina in modo organico la materia, come la norma consente.

Ciò permetterebbe un migliore coordinamento fra le norme che regolano i diversi crimini, anche in considerazione del fatto che si potrebbero ipotizzare delle intersezioni fra le medesime; permetterebbe di colmare la vera lacuna del nostro ordinamento, che non riguarda il genocidio, già regolato, ma i crimini contro l'umanità, che invece non lo sono e la cui tipicità può essere più sfuggente<sup>17</sup>; permetterebbe infine di predisporre anche una piccola "parte generale" *ad hoc*, che certo non potrebbe non rispettare, pena la violazione dell'art. 16 c.p., i principi di quella del codice, ma potrebbe adattarsi ad alcune esigenze specifiche di questi crimini.

Non si deve dimenticare, infatti, riguardo a quest'ultimo aspetto, che lo stesso Statuto ICC contiene una parte generale in cui sono trasfuse alcune scelte che anche il legislatore interno dovrebbe ponderare (anche se non necessariamente per accoglierle tutte), riguardo per esempio ai limiti del dolo (esclusione del dolo eventuale<sup>18</sup>), all'irrelevanza dell'errore sul precetto, alla sanzionabilità del concorso di reati, all'estensione applicativa di diverse cause di non punibilità (uno stato di necessità scusante e non giustificante), a forme particolari di concorso di persone, alle condizioni per la punibilità del tentativo<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Per un'opportuna sottolineatura della necessaria estensione del principio costituzionale di tassatività anche alle pene (talvolta invece lasciata in secondo piano), si può vedere nella nostra manualistica A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2018, 94.

<sup>16</sup> Esso si compone di due parti, di cui la prima consta di cinque paragrafi che contengono una sorta di parte generale, relativa al campo di applicazione della legge e ai suoi rapporti di concorso con il diritto penale "comune" e alle particolari situazioni rappresentate dall'aver agito in base a un ordine o a una disposizione vincolante del superiore, dalla responsabilità del superiore per omesso impedimento di crimini degli inferiori gerarchici e infine dalla imprescrittibilità, mentre la seconda, nelle sue quattro sezioni, introduce le norme di parte speciale, trattando di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimine di aggressione, nonché due ulteriori fattispecie, non dedotte dallo Statuto, rispettivamente di violazione di obblighi di controllo e di omessa denuncia.

Analoga opzione normativa è già stata adottata anche dal legislatore cileno, con l'emanazione della legge n. 20357, promulgata il 26 giugno 2009 e poi parzialmente modificata con legge n. 20968 del 22 novembre 2016, a sua volta contenente sia un'articolata parte speciale che una più sintetica parte generale.

<sup>17</sup> Non affronto qui per ragioni di spazio la questione della positivizzazione a livello interno degli altri due crimini previsti dallo Statuto ICC, crimini di guerra e crimine di aggressione: il *Völkerstrafgesetzbuch* tedesco li prevede entrambi e probabilmente non sarebbe inopportuna anche una loro previsione in un analogo futuro *corpus* normativo italiano, tuttavia non si può dire che siano del tutto estranei al nostro attuale ordinamento, in quanto reati militari, come invece lo sono i crimini contro l'umanità.

<sup>18</sup> Soluzione dedotta in via implicita ma univoca non solo dalla dottrina, anche se talvolta critica riguardo a questa scelta (sul punto, si veda per un panorama generale R. WENIN, *La mens rea nello Statuto di Roma. Un'analisi esegetico-sistemica dell'art. 30 in chiave comparata*, Giappichelli, 2012, 27 ss. e S. PORRO, *Risk and Mental Element. An Analysis of National and International Law of Core Crimes*, Nomos Verlag, 2014, 175 ss., e per un rilievo critico A. CASSESE, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *European Journal of International Law*, 10, 1999, 153 s.), ma ora anche dalla stessa giurisprudenza della Corte dell'Aja nell'importante caso Bemba Gombo.

<sup>19</sup> Al riguardo, segnalo solo che il citato *Völkerstrafgesetzbuch* tedesco mantiene fermo, al § 2, il principio dell'applicazione ai crimini in esso regolati delle disposizioni generali del codice penale, facendo eccezione solo per situazioni espressamente previste (quelle menzionate nella nota 12 e un caso particolare di concorso di persone nel crimine di aggressione), lasciando pertanto inalterata l'applicabilità delle norme interne in tema di dolo, errore sul precetto, tentativo e stato di necessità, che non collimano con quelle corrispondenti previste nello Statuto; se il

Mi rendo conto che chi ha redatto questo progetto nutra poca o nessuna fiducia nel fatto che il nostro legislatore intenda impegnarsi in un'impresa di tal genere, ma questo comprensibilissimo atteggiamento pessimistico dovrebbe essere la premessa per una scelta diversa da quella, fortemente intrisa di un significato simbolico e di un'esigenza comunicativa, di portare nel codice la sola fattispecie di genocidio, ciò che comporterebbe uno scollamento con i restanti crimini.

Quanto meno, sarebbe opportuno inserire, al fianco del genocidio, la o le fattispecie relative ai crimini contro l'umanità (colmando, qui sì, una lacuna che espone l'Italia a una possibile accusa per il mancato rispetto del principio di complementarità), eventualmente con una disposizione di coordinamento riguardo a quegli aspetti di parte generale che si volessero dedurre dalla disciplina dello Statuto ICC.

### 3.2. La questione dell'estensione dei gruppi

Per quanto concerne la disciplina specifica individuata nell'articolato, la questione più rilevante è quella della estensione dei gruppi che possono essere oggetto delle condotte genocidiarie.

Credo che la mancata menzione nell'articolato del gruppo razziale (che invece è contemplato in Italia nella legge n. 962) sia dovuta essenzialmente alla preoccupazione di usare un linguaggio politicamente corretto (preoccupazione che però non si pongono né il legislatore internazionale, né, a livello locale, per esempio quello francese e quello spagnolo), ma non sono sicuro che tale gruppo possa automaticamente ricomprendersi in quello etnico, come parrebbe deducibile dalla relazione che accompagna l'articolato, anche se forse si fa affidamento sul fatto che sia sedimentata una concezione scientifica che non riconosce l'esistenza di razze umane e dunque riconduce alla denominazione di etnie anche connotati fisici, biologici o genetici.

Ciò che rende ancora oggi problematico questo passaggio è che in chi ha intenti genocidiari questi ben possono essere motivati proprio dall'obiettivo di distruggere un gruppo razziale nel senso che si è attribuito tradizionalmente a questo concetto (relativamente, per esempio, al solo colore della pelle).

D'altro canto, a questo punto, mi chiedo perché non si elimini il riferimento alla razza nelle proposte relative agli artt. 604-*bis* e 604-*ter*, contenute in questo stesso articolato?

All'inverso, sul modello francese, si propone di estendere i gruppi aggiungendo che possono essere oggetto di attività genocidiarie oltre ai gruppi nazionali, etnici o religiosi, anche gruppi determinati da altro criterio culturale, storico o politico (i francesi aggiungono l'aggettivo «arbitrario» al sostantivo «criterio»<sup>20</sup>, ma non ne specificano la natura culturale, storica o

---

legislatore italiano dovesse trovarsi a operare una scelta in questo contesto, riterrei personalmente opportune solo due modificazioni rispetto all'assetto generale, ovvero la restrizione della responsabilità sul versante soggettivo, con esclusione del dolo eventuale, e l'introduzione (anche) di uno stato di necessità scusante, mentre non interverrei sulle discipline del tentativo e dell'errore e suggerirei forse un intervento integrativo per esplicitare l'estensione della disciplina ordinaria del concorso di persone anche ai crimini internazionali, per eludere la tentazione di derive assai prossime all'affermazione di responsabilità di posizione.

<sup>20</sup> Art. 211-1 *Code pénal*: «un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire». Una definizione che non mi sembra affatto raccomandabile imitare, poiché l'arbitrarietà del criterio di individuazione del gruppo si presta ad essere valutata solo *ex post*, restando aperta a considerazioni emotive che non rassicurano sul piano della determinatezza; del pari, poco convincente appare il riferimento contenuto nella disciplina spagnola dell'art. 607 c.p., in cui il richiamo aggiuntivo, oltre alla tradizionale quadripartizione, è ai gruppi determinati dall'incapacità di chi ne fa parte, dato che anche in questo caso il margine di incertezza non è irrilevante e si aggiunge a profili significativi di irragionevolezza, segnalati a mio avviso puntualmente da A. GIL GIL, *Artículo 607*, in *Comentarios al Código penal*, a cura di M. GOMEZ TOMILLO, 2ª ed., Lex Nova, 2011, 1991, la quale per esempio non intende perché ciò che vale per questo gruppo non debba invece valere per la collettività di coloro che soffrono di una grave infermità che però non è causa di



politica).

Ora, è vero che la classica quadripartizione è stata da più parti criticata per un suo eccessivo *self-restraint*, soprattutto per non comprendere il riferimento ai gruppi politici, ma credo che un'estensione come quella proposta non si appoggi a sensibilità consolidate e soprattutto, contrariamente a quanto mi pare venga sostenuto nella relazione, si adegui con molta fatica al principio di tassatività, mettendo nelle mani dell'interprete un potere discrezionale molto ampio e non guidato da direttive sicure<sup>21</sup>.

Si potrebbe fare eccezione per il gruppo politico, qualifica a mio avviso più facilmente riconoscibile e già abbastanza confinata entro criteri ermeneutici relativamente sicuri<sup>22</sup>.

### 3.3. Osservazioni critiche sulla disciplina del tentativo

Da ultimo, una questione di opportunità circa la previsione particolare in tema di tentativo, con la proposta di riduzione della pena di un terzo, quindi con un trattamento più sfavorevole rispetto a quello previsto in via generale dell'art. 56 c.p. (da un terzo a due terzi); ora, pur restando fermo che parliamo del crimine dei crimini e che forse si vuole lanciare un messaggio simbolico forte di sfavore per questo tipo di condotta, non riesco però a vedere ragioni materiali decisive per riservare a questo reato un trattamento diverso rispetto a quello di tutti gli altri (a parte casi particolarissimi come il contrabbando in cui il tentativo è punito come la consumazione<sup>23</sup>); se si tratta di ragioni di prevenzione generale, non credo molto nell'efficacia di una simile misura e comunque vedrei un *vulnus* del principio di proporzione non vedendola estesa ad altri reati ugualmente gravi.

---

disabilità.

<sup>21</sup> Si evidenzia probabilmente, a questo riguardo, un problema generale insito nella elaborazione della disciplina dei gravi crimini internazionali, che sconta la compresenza conflittuale dei principi del diritto penale e del diritto internazionale, i primi connotati da un'istanza selettiva e garantista, i secondi tesi a non lasciar residuare per quanto possibile margini di impunità quando si tratta di crimini di tale gravità: nonostante ogni possibile mediazione, resta sempre una discrasia di fondo, difficilmente componibile in diversi ambiti, ma soprattutto in riferimento al discorso sulle fonti e sulla loro disciplina, agganciata inderogabilmente al principio di legalità, con tutti i suoi corollari, nella rappresentazione del penalista, fondata sulle forme della consuetudine per l'internazionalista.

<sup>22</sup> Peraltro, è stato giustamente notato, da E. FRONZA, *Il Crimine di genocidio*, in E. AMATI-M. COSTI-E. FRONZA-P. LOBBA-E. MACULAN-A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 359 s., che la previsione dei gruppi che possono essere oggetto del crimine di genocidio dovrebbe aver luogo in modo uniforme su base internazionale, e non secondo l'inclinazione dei singoli legislatori (come invece sta avvenendo), onde evitare che si abbia, a causa della geometria variabile dei comportamenti punibili, non solo una normativa frammentaria, ma anche il rischio di ingiustizie sostanziali, specie pensando alla questione delle interazioni fra diritto penale interno e diritto penale internazionale.

<sup>23</sup> In virtù dell'art. 293 del D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43; la norma si limita ad affermare che in riferimento a tale delitto il tentativo, dal punto di vista sanzionatorio, deve essere equiparato alla consumazione; la giustificazione che se ne dà (occorre rispondere alla esigenza di punire anche la semplice condotta fraudolenta che causa già una situazione di pericolo presunto: in tal senso G. FLORA-C. BERNASCONI-M. LUCIANI-C. FRANCHINI, *I reati doganali*, Cedam, 1999, 55; S. PRONTERA, *Sub art. 293 Testo Unico delle disposizioni legislative in materia doganale*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*<sup>2</sup>, a cura di F. PALAZZO-C.E. PALIERO, Cedam, 2007, 805) non è davvero soddisfacente, poiché questa *ratio* potrebbe essere estesa a centinaia di reati, dunque resta la forte impressione che il legislatore abbia licenziato una norma palesemente sospetta di incostituzionalità, per violazione dei principi di eguaglianza e di offensività, dal momento che sottopone al medesimo trattamento sanzionatorio, senza ulteriori convincenti motivi, situazioni caratterizzate da un connotato di disvalore penale significativamente differente.

## 4. Atti discriminatori

### 4.1. Spunti critici sull'aggravante di negazionismo

Anche nel caso delle proposte di riforma in tema di atti discriminatori, mi devo muovere sostanzialmente su due diversi registri, da un lato quello delle opzioni di politica criminale, dall'altro quello dell'analisi tecnico-normativa.

In relazione all'ultima parte dell'art. 604-*bis*, infatti, non posso non rimarcare qui il mio dissenso nei confronti dell'introduzione dell'aggravante c.d. di negazionismo, quanto meno in rapporto alla parte che concerne la negazione e la minimizzazione della Shoah e dei crimini internazionali.

Discorso diverso si potrebbe eventualmente fare per le condotte di apologia, nei limiti in cui è stata interpretata dalla giurisprudenza, in altri contesti, come forma di istigazione indiretta<sup>24</sup>.

I motivi di questa disputa sono noti, e siccome sappiamo bene quali sono gli argomenti favorevoli e contrari posso esimermi qui da una dettagliata esposizione delle ragioni su cui si fonda la mia convinzione<sup>25</sup>.

Stilizzando al massimo, concordo con chi propende per ricondurre ancora queste condotte alla manifestazione del pensiero libera e tutelata, per quanto obiettivamente molto sgradevole anche per me, e contrariamente a studiosi molto autorevoli non vedo la violazione di un vero e proprio bene giuridico che si prospetta come controinteresse, se non facendo riferimento a oggettività di tutela così spiritualizzate da non reggere al vaglio di un test di sufficiente materialità<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Mi riferisco all'interpretazione dell'art. 414 co. 3 c.p., in tema di apologia di delitti, data dalla Corte Costituzionale, con sentenza interpretativa n. 65 del 1970, per salvarla dalla dichiarazione di illegittimità rispetto all'art. 21 Cost., configurandone la tipicità solo in caso di concreta idoneità a provocare la commissione di delitti. Dev'essere peraltro rimarcato che l'obiettivo di quella correzione interpretativa è stato raggiunto solo in parte, dato che il successivo atteggiamento giurisprudenziale non è stato affatto uniforme, poiché varie sentenze non hanno affatto accolto il nuovo paradigma fissato dalla Corte, restando ferme all'idea che sia sufficiente la condotta di esaltazione della condotta o del suo autore, a prescindere dall'accertamento di condotte emulative (così Cass., 24 novembre 1974, in *Giust. pen.*, 1977, II, 576 e Cass., 20 giugno 1994, in *Giust. pen.*, 1995, II, 356), ma anche tra quelle che hanno mostrato ossequio al paradigma del pericolo concreto solo in alcuni casi, in modo rigoroso, si è postulata la coincidenza tra idoneità e probabilità della commissione del reato, enfatizzando il dato temporale della imminenza del rischio (così Cass., sez. I, 5 giugno 2001, n. 26907, in *Riv. pen.*, 2001, 820), ma in altri, adottando un criterio basato sulla semplice possibilità della commissione di un reato, di fatto si è tornati ad una concezione poco lontana da quella del pericolo presunto (cfr. Cass., 27 settembre 1991, in *Cass. pen.*, 1993, 1715), giustificando in tal modo l'opinione di chi, come M. PELISSERO, *Delitti di istigazione e apologia, Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di ID., Giappichelli, 2010, 236, ritiene che sarebbe stata più opportuna una sentenza di abrogazione *tout court* della disposizione.

<sup>25</sup> Un utile compendio riguardo alla discussione sviluppatasi in Italia e all'estero sul punto si trova nella voce di E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali, VIII, Giuffrè, 2015, 633 ss., nonché nel saggio di D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 798 ss.

<sup>26</sup> In tal senso, di recente, nel quadro più generale di una proposta di riforma di stampo selettivo, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'età di Internet*, Giuffrè, 2020, 421, ma già fra gli altri E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1025; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1001 ss., e A. MANNA, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, 5<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer, 2020, 62.

Le forti obiezioni opposte a questo punto di vista per esempio da D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 gennaio 2014, pur meritando la più attenta considerazione, presentano, a mio modo di vedere, proprio il limite di legittimare l'incriminazione del negazionismo con il riferimento alla tutela di un bene giuridico di natura assolutamente spiritualizzata, avendo a che fare con l'universo etico-politico che deve essere difeso e con la dignità dei popoli che sono stati vittime di genocidio.

#### **4.2. Luci e ombre in tema di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione**

Riguardo invece alla fattispecie base della propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione, alcune scelte mi trovano concorde.

Ritengo innanzi tutto opportuno elevare l'ammontare della pena pecuniaria, per darle un minimo di effettività e magari incoraggiare il giudice ad applicarla in luogo della reclusione<sup>27</sup>.

Condivisibile è anche l'estensione della punibilità della condotta istigatoria anche ai casi in cui gli atti di discriminazione (lett. a) o di violenza (lett. b) siano fondati su motivi legati all'identità di genere, all'orientamento sessuale o alla disabilità fisica o psichica della vittima.

Si tratta infatti di nuclei di valore che hanno ormai ampia diffusione nel contesto sociale e che possono pertanto legittimamente rappresentare il fondamento per l'estensione del campo dell'incriminazione.

Altrettanto condivisibile è che ciò non avvenga in relazione alla condotta di mera propaganda, poiché anche se è vero che se ne può dare a livello giurisprudenziale un'interpretazione volta ad emanciparla dalla considerazione come pura attività di pensiero, resta il fatto che si tratta sempre di una condotta ai limiti del rispetto dei principi di tassatività e offensività, per cui un uso parco di fattispecie incentrate su di essa è sempre consigliabile, specie quando, come in questo caso, si andrebbe a toccare questioni molto sensibili e fonti di contrasto nell'attuale dibattito pubblico.

Gli aspetti su cui invece avrei qualche perplessità sono relativi alla dosimetria sanzionatoria e al quadro definitorio.

Riguardo alle sanzioni, mi pare che si debba differenziare il livello di pena tra i casi di propaganda o istigazione (condotte pericolose ma in sé non lesive) e i casi di atti effettivi di discriminazione o violenza, in cui l'offesa al bene tutelato è attuale e non potenziale: istanze di ragionevolezza e proporzione dovrebbero raccomandare questa soluzione.

#### **4.3. Sulla necessità di un quadro definitorio**

Inoltre, un nodo molto rilevante mi sembra quello della definizione del concetto di discriminazione, che non è proprio intuitivo e pertanto meriterebbe di essere descritto a livello normativo, onde incrementare il livello di rispetto del principio di tassatività (che in casi come questi è sempre un po' in bilico), pur nella consapevolezza che una definizione legislativa non è in grado di risolvere del tutto il problema.

Per essere più precisi, bisognerebbe definire sia la discriminazione come tale, sia soprattutto che cosa si debba intendere per "atti" di discriminazione, che è il vero nodo della fattispecie.

Vero che una enumerazione di questi atti potrebbe esporre al rischio di lasciare qualche vuoto di tutela, colmabile solo con l'analogia - quindi, secondo i principi costituzionali del diritto penale, non colmabile - ma è un rischio preferibile a quello di affidare del tutto all'apprezzamento giudiziale l'individuazione, che potrebbe essere molto arbitraria, della premessa della definizione della sfera del punibile.

---

<sup>27</sup> Inutile dire, peraltro, che la presa di posizione a favore di un incremento di rilevanza della pena pecuniaria in questo contesto si iscrive in un discorso più generale che impone alcune premesse ancora tutte da costruire al fine di porre veramente la pena pecuniaria, se non proprio al centro del sistema, come auspica L. GOISIS, *La pena pecuniaria: prospettive de lege ferenda*, in *Un dialogo interdisciplinare sulla sanzione*, a cura di G. FORNASARI-E. MATTEVI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 159, quanto meno in una posizione di credibile alternativa all'interno del sistema sanzionatorio; a questo riguardo, sono da giudicare come molto interessanti proprio le proposte avanzate dalla stessa Luciana Goisis nel saggio menzionato, in particolare 148 ss.

Si tratta insomma di uno di quei casi nei quali anche un ordinamento penale come il nostro, che storicamente predilige nella redazione delle norme incriminatrici una tecnica di tutela per concetti piuttosto che la tecnica casistica che suole caratterizzare gli ordinamenti di *common law*, potrebbe utilmente adottare un metodo fondato sulla enumerazione delle situazioni meritevoli di reazione penale, magari stucchevole sul piano stilistico, ma idonea ad assicurare un maggiore rispetto della certezza giuridica<sup>28</sup>.

Uno sforzo in tal senso è fatto dal legislatore francese, che nell'art. 225-1 del codice penale ha definito la condotta di discriminazione in questi termini: «1. Costituisce discriminazione qualsiasi distinzione fatta tra le persone fisiche in base alla loro origine, al loro sesso, alla loro situazione familiare, allo stato di gravidanza, al loro aspetto fisico, alla particolare vulnerabilità derivante dalla loro situazione economica, apparente o nota all'autore, al loro cognome, al loro luogo di residenza, al loro stato di salute, alla perdita di autonomia, alla disabilità, alle caratteristiche genetiche, ai loro costumi, al loro orientamento sessuale, alla loro identità di genere, alla loro età, alle loro opinioni politiche, alle loro attività sindacali, alla loro capacità di esprimersi in una lingua diversa dal francese, alla loro appartenenza o non appartenenza, reale o presunta, ad un gruppo etnico, nazione, razza o religione specifica.

2. Costituisce discriminazione anche qualsiasi distinzione fatta tra persone giuridiche in base all'origine, al sesso, allo stato di famiglia, allo stato di gravidanza, all'aspetto fisico, alla particolare vulnerabilità derivante dalla situazione economica, apparente o conosciuta dall'autore, al patronimico, al luogo di residenza, allo stato di salute, alla perdita di autonomia, allo stato di disabilità, alle caratteristiche genetiche, ai costumi, all'orientamento sessuale, all'identità di genere, all'età, alle opinioni politiche, alle attività sindacali, alla capacità di esprimersi in una lingua diversa dal francese, all'appartenenza o non appartenenza, reale o presunta, a un gruppo etnico, a una nazione, a una presunta razza o religione specifica dei membri o di alcuni membri di queste persone giuridiche»<sup>29</sup>.

Nell'art. 225-2, poi, il legislatore francese prevede la punibilità di quelle discriminazioni (con pena detentiva fino a tre anni e pecuniaria fino a 45000 euro) allorché esse consistano in una delle seguenti condotte: «1° Rifiutare di fornire un bene o un servizio; 2° Ostacolare il normale esercizio di qualsiasi attività economica; 3° Rifiutare di assumere, sanzionare o licenziare una persona; 4° Subordinare l'erogazione di un bene o di un servizio a una condizione

---

<sup>28</sup> Poi, non esiste enunciato linguistico, sia esso normativo o no, che non sia assoggettato a interpretazione (sul significato di questa affermazione, trovo ancora folgoranti le poche ma incisive pagine poste da Winfried Hassemer a conclusione dell'introduzione del suo *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, del 1968, che citerò qui dall'edizione italiana: W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagine sull'ermeneutica penalistica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, 67 ss.), ma altro è il margine di discrezionalità nell'interpretare la descrizione di una condotta materiale e altro è quello che si incontra nel dare sostanza a un concetto puro, per di più già di per sé abbastanza intriso di indeterminazione.

<sup>29</sup> «1. Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

2. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales».

basata su uno degli elementi di cui all'articolo 225-1 o previsti dagli articoli 225-1-1 o 225-1-2 (rispettivamente l'aver subito o l'aver rifiutato di subire atti di bullismo sessuale e l'aver subito o rifiutato di subire atti di nonnismo); 5° Sottoporre un'offerta di lavoro, una richiesta di stage o un periodo di formazione in un'impresa a una condizione basata su uno degli elementi di cui all'articolo 225-1 o previsti dagli articoli 225-1-1 o 225-1-2; 6° Rifiutare di accettare una persona per uno dei periodi di formazione di cui al punto 2° dell'articolo L. 412-8 del Codice di sicurezza sociale (che prevede stage di formazione riguardanti ben diciannove categorie di persone)»<sup>30</sup>.

Questo modello può costituire una valida base di lavoro.

#### 4.4. Il possibile ruolo della giustizia riparativa

Un ultimo rilievo lo dedicherei alla prospettiva di incoraggiare in qualche modo, nonostante lo scetticismo di alcuni sul punto, l'implementazione di forme di giustizia riparativa in relazione agli atti discriminatori.

Questi sono talvolta dovuti, oltre che a furori ideologici difficilmente comprimibili, al fatto di non conoscere le vittime e le loro storie, cioè a una totale assenza di empatia, e dunque una buona mediazione potrebbe conseguire in qualche caso quell'obiettivo di avvicinamento e comprensione, dovuto alla materializzazione dell'oggetto dell'atteggiamento discriminatorio, che può essere utile alla composizione del conflitto che dà luogo al processo, più importante ancora, probabilmente, dell'accertamento della responsabilità e della condanna dell'autore<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> «1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque;

3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne;

4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2;

5° A subordonner une prévu d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2;

6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale».

<sup>31</sup> Trovo la medesima sensibilità, in riferimento a questo contesto, nello studio di L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, 535 ss., a cui rinvio per i necessari approfondimenti. Per una sintesi efficace dell'impianto teorico generale che sta alla base di questa impostazione, si può invece vedere L. EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI, Il Mulino, 2015, 97 ss.



# I DELITTI CONTRO L'UMANITÀ E L'UGUAGLIANZA

Paolo Caroli

Desidero iniziare con un ringraziamento all'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, a DiPLaP, alla prof.ssa Gaetana Morgante e al prof. Giandomenico Dodaro per avermi dato l'opportunità di partecipare a queste giornate di Studio e, più in generale, a questa riflessione.

Il mio breve intervento verte su quella parte del Progetto riguardante i «Delitti contro l'umanità e l'uguaglianza». Immediato è l'interesse di tale scelta lessicale. Va segnalato che il Codice, già dal 2018, contiene l'espressione «Delitti contro l'eguaglianza»<sup>1</sup> e che tale scelta costituisce un *unicum* sul piano comparato europeo, andando a esplicitare la tutela dell'eguaglianza come funzione propria del diritto penale.

Dunque umanità e uguaglianza. L'uguaglianza, e in particolare la c.d. uguaglianza sostanziale, è indicata all'art. 3 c. 2 della Costituzione come compito della Repubblica. Il concetto di umanità, invece, ci riporta a Norimberga, dove fece la sua comparsa sulla base delle elaborazioni di Hersch Lauterpacht<sup>2</sup>. Lì, serviva sì a legittimare l'intervento penale, addirittura in assenza di diritto positivo o in contrasto con lo stesso, ma al tempo stesso limitava tale intervento “verso l'alto”: quei crimini talmente gravi da ledere l'umanità stessa come collettività. Qui, invece, la logica parrebbe estensiva “verso il basso”, come cercherò di evidenziare.

La scelta terminologica qui proposta è indicativa di una direzione precisa che il diritto penale sta prendendo e di cui esempio paradigmatico è l'art. 604-*bis* c.p., rubricato «Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa». Prima ancora della transizione codicistica nel 2018, l'art. 604-*bis* c.p., dopo un'iniziale interpretazione a tutela dell'ordine pubblico, a partire dal noto caso *Tosi*<sup>3</sup> è interpretato come reato a tutela della dignità umana. Tale ultima nozione, letta congiuntamente alla tutela dell'eguaglianza, richiama una nozione di «eguale dignità umana»<sup>4</sup> come fondamento della giustizia sociale, che salda la prospettiva dei diritti con quella dei doveri di cura. Così ricostruito il bene tutelato, appare

<sup>1</sup> Si tratta della Sezione I-*bis*, comprendente gli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., inserita dall'art. 2 c. 1 lett. i) del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21. Al riguardo sia consentito di rinviare a P. CAROLI, *Artt. 604-bis-604-ter c.p.*, in *Codice Penale*, a cura di T. PADOVANI, 7° ed., Giuffrè, 2019, 4148 ss.

<sup>2</sup> La contrapposizione fra la concezione di Lauterpacht, basata sulla nozione di essere umano e di comune umanità, e quella di Raphael Lemkin, che pone al centro il gruppo vittima, è magistralmente riassunta nel romanzo/saggio P. SANDS, *La strada verso Est*, Guanda, 2017. Sui crimini contro l'umanità, per tutti e per ulteriori riferimenti bibliografici, E. AMATI – E. MACULAN, *I crimini contro l'umanità*, in E. AMATI – M. COSTI – E. FRONZA – P. LOBBA – E. MACULAN – A. VALLINI, *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, 4° ed., Giappichelli, 2020, 367 ss.

<sup>3</sup> In particolare a partire dalla sentenza d'appello, C. App. Venezia, 30 gennaio 2007, su *dejure.it*, confermata da Cass., Sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13234, in *Dir. Giust. Online*, 2008. Per una ricostruzione dell'iter processuale, *ex plurimis* C. CARUSO, *Dialettica della libertà d'espressione: il “caso Tosi” e la propaganda di idee razziste*, in *Le discriminazioni razziali ed etniche*, a cura di D. TEGA, Armando, 2011, 133 e ss. Tuttavia, in Cass., Sez. III, 23 giugno 2015, n. 36906, in *Cass. pen.*, 2016, 1000 ss., il reato è qualificato come plurioffensivo. Critici verso la svolta privatistica C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius 17*, 2009, 191 ss., 201; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, 2013, 55; A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni cost.*, 2003, 519 ss., 531.

<sup>4</sup> Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, Il Mulino, 2006, 311.

dunque più che giustificata l'estensione ai gruppi sinora esclusi, come qui proposto (le persone Lgbt+, i disabili fisici o mentali, le donne) anzi forse la stessa limitazione a gruppi di individui dovrebbe essere sostituita da un riferimento generale alla lesione/negazione dell'eguale dignità di ogni essere vivente (si potrebbe addirittura includere, come da taluno prospettato, anche gli esseri viventi non umani<sup>5</sup>).

A tale riguardo, vorrei rammentare che il giurista tedesco Werner Maihofer, nel volume *Rechtsstaat und menschliche Würde* del 1968<sup>6</sup>, partendo dall'esplicito riferimento alla dignità umana contenuto all'art. 1 c. 1 della Legge fondamentale tedesca<sup>7</sup>, descriveva tale concetto non come un *sein*, bensì come un *sollen*, non una *Naturbestimmung*, bensì una *Selbstbestimmung*, una scelta valoriale, una *Grundnorm* fondante l'ordinamento giuridico, la cui funzione è porre l'essere umano come scopo dello Stato. Lo Stato, infatti, deve garantire la singolarità, socialità e umanità di ciascuno anche nelle relazioni fra privati. Tuttavia lo stesso Autore, già allora, notava la problematicità nel definire il contenuto concreto della necessaria tutela della dignità umana degli uni, quando ciò implichi la limitazione dei beni degli altri a mezzo della pena.

È noto quanto controverso sia il riferimento alla dignità umana come oggetto di tutela penalistica nel suo rapportarsi alla teoria dei beni giuridici e ai principi di tipicità e di offensività, pena il rischio di una teodicea legittimante una repressione potenzialmente incontrollabile<sup>8</sup>. Negli anni passati i penalisti hanno già riflettuto con attenzione al riguardo; tuttavia, occorrerebbe forse un'ulteriore analisi scientifica, alla luce del fatto che oggi – per il vero già da alcuni anni – la prassi applicativa dell'art. 604-*bis*, -*ter* c.p. e di altri reati di parola, nella maggior parte dei casi, non si riferisce più a condotte poste in essere nel mondo reale, bensì in quello parallelo dei *social network*. Esse inoltre avvengono in una società dove reale e *web* sono interconnessi e dove, tanto per cominciare, viene meno un requisito essenziale per molti reati a partire proprio da quelli di opinione: la distinzione fra pubblico e privato. Per dirla con il filosofo Byung-Chul Han, tale distinzione non esiste più, è stata abolita «dalla dominante costruzione iconico-pornografica»<sup>9</sup>, nella società più totalizzante che la civiltà umana abbia mai conosciuto<sup>10</sup>. Ove ciò non bastasse, si tratta di un contesto sociale composto da utenti, dove i gruppi e le formazioni sociali scompaiono<sup>11</sup> e rimangono individui soli, sovraeccitati dal *medium social*, infantilizzati, spaventati e con una relazione filiale con il sistema; una società di classi passive, di «*sujetos del bienestar*» (Silva Sanchez)<sup>12</sup>, una «società delle pretese» (Sartori)<sup>13</sup>, che amplia a dismisura il concetto di stato sociale, includendo fra le prestazioni di quest'ultimo anche e prima di tutto lo strumento penale con la forza simbolica dell'unica etica pubblica. Come evidenziato da Massimo Donini<sup>14</sup>, infatti, manca un criterio identitario dell'etica pubblica diverso dal diritto penale.

Questa premessa, per la cui ampiezza vorrete perdonarmi, mette in luce un limite della metodologia di lavoro qui scelta: quella di aver seguito sostanzialmente l'impostazione codicistica. Ciò in quanto determinate dinamiche richiederebbero invece riflessioni più ampie e trasversali. Non posso infatti non pensare alle nuove frontiere dei reati sessuali, che stanno

<sup>5</sup> *Ivi*, 341 e ss., pur se con riferimento generale a una teoria della giustizia e all'uso centrale della categoria dell'eguale dignità, non specificamente in relazione all'uso dello strumento penale.

<sup>6</sup> Cfr. W. MAIHOFFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Klostermann, 1968.

<sup>7</sup> *Ivi* si legge: «*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*».

<sup>8</sup> Per tutti e per i molti riferimenti bibliografici a favore e contro l'utilizzo della dignità umana come categoria dogmatica, cfr. A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., in particolare 1-48.

<sup>9</sup> Cfr. BYUNG-CHUL HAN, *Nello sciame*, Nottetempo, 2015, 11.

<sup>10</sup> In questo senso ID., *Psicopolitica. Il neoliberalismo e le nuove tecniche del potere*, Nottetempo, 2000, *passim*.

<sup>11</sup> Cfr. A. BARICCO, *The game*, Einaudi, 2018, in particolare 23.

<sup>12</sup> Cfr. J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Giuffrè, 2004, 24; l'espressione spagnola è tratta dall'originale *La expansión del derecho penal*, Civitas, 1999, 52.

<sup>13</sup> Cfr. G. SARTORI, *La democracia después del comunismo*, Alianza, 1993, 118.

<sup>14</sup> Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, 2014.



portando a riforme in molti Paesi a noi vicini, ispirate ai principi del *no means no* o *dell'only yes means yes*<sup>15</sup>, tese a punire lesioni più sottili/superficiali della dignità umana: dalle molte ipotesi di *deception* nelle relazioni sessuali<sup>16</sup>, come lo *stealthing*<sup>17</sup>, fino al *catcalling*. Si pensi ancora alla legge tedesca del 2021 che punisce il possesso di bambole sessuali aventi le fattezze di minori<sup>18</sup>. Nei reati di parola, si veda poi un d.d.l. tedesco presentato nel 2020 dai Verdi<sup>19</sup>, che propone la criminalizzazione del *dead naming*, cioè il rivolgersi pubblicamente ad una persona transessuale con il nome attribuito alla nascita.

Sono ancora lesioni della dignità umana che meritano una tutela penale? Certamente sono lesioni molto più superficiali di quelle a cui pensava Maihofer nella Germania occidentale che reagiva al passato nazista. Oggi tuttavia, nella società totalizzante in cui viviamo, esse sono forse percepite tanto lesive quanto quelle "tradizionali", se così si può dire, sia per il carattere sistematico e quotidiano, che per l'interrelazione fra mondo virtuale e reale.

Occorre dunque chiedersi se il bene tutelato sia ancora e davvero esclusivamente quello privatistico o se invece il riferimento alla dignità umana veicoli una pubblicizzazione della tutela penale. Si potrebbe infatti scorgere un'eco indiretta di categorie quali il buon costume o meglio un ordine pubblico ideale di tipo costituzionale<sup>20</sup>, una determinata visione etica del mondo, fondata sul rispetto dell'eguale dignità di ciascuno e sull'assenza di discriminazioni e prevaricazioni. Tuttavia, avendo riguardo al contesto sociale in cui viviamo, questo non parrebbe essere un presidio penale che protegga un clima di valori condivisi, a fronte di provocazioni eccezionali, bensì piuttosto un intervento finalizzato a creare un'identità sociale del *web* e a regolare l'esercizio quotidiano della comunicazione *social*, con una funzione di orientamento cognitivo – per dirla con Günther Jakobs - volto a mantenere l'aspettativa di un comportamento corretto in maniera controfattuale<sup>21</sup>. E allora, non dovrebbero forse valere anche per questo diritto penale postmoderno le vecchie perplessità sull'ordine pubblico ideale, sulla tutela di valori e sentimenti, e sul diritto penale come mezzo di trasformazione della società? Ritengo dunque che ci vorrebbe una riflessione a monte.

Questi i rilievi. Mi rendo conto si tratti di spunti sintetici, dato lo spazio a mia disposizione. Venendo invece ora alle proposte relative agli artt. 604-*bis* e -*ter* c.p., formulerò alcune osservazioni finali. Uno dei punti più discussi e costantemente problematici, come è noto, riguarda l'estensione della tutela degli articoli in parola oltre le discriminazioni fondate sull'identità razziale, etnica, nazionale o religiosa; una questione indicativa anche della relazione complessa fra strumento penale e tutela dell'identità. Come poc'anzi detto,

---

<sup>15</sup> Cfr. M.L. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 25, 10, 2020, 280 ss.

<sup>16</sup> Cfr. A. GROSS, *Rape by Deception and the Policing of Gender and Nationality Borders*, in *Tulane Journal of Law & Sexuality*, 24, 2015, 1 ss.

<sup>17</sup> Al riguardo sia consentito di rinviare a P. CAROLI – J. GENEUSS, *La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo Stealthing davanti al giudice penale*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1, 2021, 136 ss.

<sup>18</sup> *Gesetz zur Gesetzespaket zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder del 16 giugno 2021, che introduce nel Codice Penale (StGB) un nuovo § 184l rubricato «Immissione sul mercato, acquisto e detenzione di bambole sessuali dall'aspetto infantile» (Inverkehrbringen, Erwerb und Besitz von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild).*

<sup>19</sup> Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Gesetzentwurf, Drucksache 19/19755, *Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Transsexuellengesetzes und Einführung des Selbstbestimmungsgesetzes (SelbstBestG)*, 10 giugno 2020.

<sup>20</sup> Sul concetto di ordine pubblico costituzionale e per i rimandi bibliografici, cfr. G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, 1988, 33 sub n. 6.

<sup>21</sup> Espressioni di G. JAKOBS, *¿Terroristas como personas en derecho?*, in *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coordinato da M. CANCIO MELIÁ - C. GÓMEZ-JARA DIEZ, Edisofer-BdeF, 2006, 77 ss.; in generale sui c.d. *Klimaschutzdelikte*, cfr. G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, 751 ss.

l'estensione alle discriminazioni fondate su omo/bi/transfobia, misoginia e abilismo<sup>22</sup> è più che giustificata, anche alla luce delle statistiche sulle vittime d'odio<sup>23</sup>. Il tema del genere, tuttavia, potrebbe porre difficoltà applicative in relazione alla misoginia. Siamo ovviamente tutti a conoscenza del carattere drammatico della violenza sulle donne, fisica o verbale che sia; non è certo questo cui mi riferisco. Tuttavia, nella pratica, a differenza delle condotte di omo/transfobia o razzismo - ove l'odio o la discriminazione sono normalmente palesi - vi saranno casi in cui sarà difficile capire quando una condotta tipica contro una singola donna sia motivata (anche) dalla sua appartenenza di genere. Ricordiamo infatti che nel 2006 la Cassazione (Sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381) ha affermato che l'aggravante (oggi all'art. 604-ter del nostro Codice) si integra indipendentemente dalle motivazioni dell'agente, sussistendo la discriminazione semplicemente in virtù del «disconoscimento di uguaglianza, ovvero nell'affermazione di inferiorità sociale o giuridica altrui». Pertanto, ogni volta che la condotta dell'agente esprime un suo vedere la donna, persona offesa, come inferiore a sé, vi è l'aggravante di genere? Se così è, ogni lesione, ogni schiaffo verso una donna e (quasi) ogni ingiuria è in effetti espressione di una cultura patriarcale. Non solo la condotta del fidanzato lasciato o del marito che usi violenza sulla moglie, ma anche quella dell'automobilista che insulti la vigilessa con un epiteto omerico che non serve qui nominare. Certo, contro il vigile maschio egli avrebbe verosimilmente proferito un'ingiuria diversa, magari non legata alla sfera sessuale, ma ciò è sufficiente a giustificare una punizione più severa?

Andando oltre, mi permetto di entrare nel merito della formulazione delle fattispecie tipiche di cui all'art. 604-bis c.p. e propongo di separare le fattispecie di vera e propria violenza dai reati di parola. Segnalo, ad esempio, che lo stesso *report* del comitato per i diritti umani dell'Onu che giustamente invita ad estendere l'art. 604-bis c.p. anche all'omofobia e alla misoginia, invita poi a abrogare vecchi reati contro l'onore come la diffamazione e l'ingiuria per salvaguardare la libertà d'espressione e la libertà di stampa<sup>24</sup> (una linea seguita dall'ordinanza della Corte Cost. 132 del 9 giugno 2020, relativa alla diffamazione a mezzo stampa).

Come avrete notato, ho scelto sin qui di usare l'espressione "reati di parola", in quanto più ampia dei c.d. "reati di opinione", includendovi ad esempio anche i reati contro l'onore o un'eventuale criminalizzazione della parola falsificatrice, che dà luogo alle c.d. *fake news*<sup>25</sup>. Ritengo, dicevo, che l'uso della parola sui *social* richieda non certo un'abrogazione dei reati di parola ora esistenti, bensì un loro ripensamento sistematico in relazione a quel campo di applicazione specifico che, come detto, da anni è quello principale. Non ha infatti forse più senso corredare la riforma penale a una disciplina *ad hoc* per i *social*? Penso al modello tedesco della *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*<sup>26</sup>, che parte sì dal diritto penale (quello già

---

<sup>22</sup> *Ex plurimis* al riguardo L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, 2019, 461 ss.; M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e diritto penale fragile*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1017 ss.; si confrontino anche le opinioni espresse in B. LIBERALI-A. SCHILLACI-L. GOISIS-G. DODARO, *L'omo-transfobia diventa reato: la Camera dà il via libera*, a cura di C. CARUSO E V. MILITELLO, in *www.giustiziainsieme.it*, 10 Novembre 2020.

<sup>23</sup> L'aumento del discorso d'odio in relazione alla popolazione italiana Lgbt+ viene evidenziato, fra gli altri, dai rapporti annuali della Commissione Europea Contro il Razzismo e l'Intolleranza (ECRI) e dell'Agenzia UE per i Diritti Fondamentali (FRA). Un'iniziativa di monitoraggio importante è rappresentata anche dal cd. "Barometro dell'odio" di Amnesty International.

<sup>24</sup> Ci si riferisce alle *Osservazioni conclusive sul sesto rapporto periodico* relative all'Italia, quale Stato parte del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, da parte del Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite (2017), disponibili al seguente link:

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fITA%2fCO%2f6&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fITA%2fCO%2f6&Lang=en)

<sup>25</sup> Per tutti, T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, 2020.

<sup>26</sup> Legge del 1 settembre 2017, in vigore dal 2018; essa prevede, per le piattaforme social con più di due milioni di iscritti in Germania, l'obbligo introdurre e comunicare procedure per la segnalazione e repressione dei contenuti

esistente) per individuare quali siano i contenuti illeciti, ma obbligando poi i *provider* a rimuovere tali contenuti entro ventiquattr'ore dalla segnalazione da parte degli utenti. Se ciò non viene fatto, è lo stesso *provider* ad essere destinatario di una sanzione. Non dunque nuove norme penali *ad hoc*, bensì una normativa che, imponendo un ruolo attivo al *provider* - pena sanzione -, estende al mondo dei *social* i limiti previsti per il mondo reale, grazie ad una funzione di polizia svolta dal *provider* e quindi senza il passaggio dalla giustizia penale.

Certo, è anche questo un modello non esente da critiche, tuttavia ci mostra come, se si voglia ricorrere allo strumento penale, non lo si possa lasciare solo all'amministrazione ordinaria della giustizia. Questo perché i *social* pongono problemi che sono pratici e dogmatici. Su un piano pratico, l'applicazione del 604-*bis* c.p. ai *social* fa emergere innanzitutto due questioni: la velocità della comunicazione *social* e la lentezza dei tempi della giustizia, da un lato, ed il dato quantitativo, dall'altro. L'intervento che si prospetta è infatti quantitativamente enorme in una società dove ogni affermazione di un qualsiasi "imbecille"<sup>27</sup>, grazie ai *social* diventa pubblica propaganda. Ma vi sono altri problemi: se è possibile sussumere nelle fattispecie esistenti la pubblicazione di un *post*, di una fotografia o un video, possiamo dire lo stesso per la condotta di chi condivide un *post* odioso altrui? E chi usa la funzione "mi piace"? E chi usa le reazioni delle *emoticon*?<sup>28</sup> Dove inizia il concorso di persone? E poi, che ruolo ha il mezzo nella commisurazione della pena? Una sentenza del Tribunale di Padova<sup>29</sup> ritiene che le potenzialità propagandistiche del *social*, che non richiedono un comportamento attivo dell'utente successivo al postare, vadano considerate quale elemento a favore in sede commisurativa. La giurisprudenza in tema di diffamazione di Livorno, al contrario, ritiene che proprio la scelta deliberata del mezzo usato per propagare il messaggio denigratorio renda l'agente meritevole di un più severo trattamento penale<sup>30</sup>.

Il dato quantitativo ci dice poi anche che l'impossibilità di un'applicazione a tutti i casi, renderà questa norma un'arma (stigmatizzante) in mano alle procure per un'applicazione discrezionale. Non c'è solo il rischio di un diritto penale d'autore, ma anche di una delegittimazione dello strumento penale. La comunicazione potenzialmente penalmente rilevante è infatti fisiologica dell'universo *social*, un'arma di espressione di una parte della società e della politica stessa all'interno di quella che Bernard Manin ha definito «democrazia del pubblico»<sup>31</sup>. Se i *social* sono terreno di uno scontro sociale in atto, lo strumento penale può farsi a sua volta arma di questa lotta fra gruppi sociali?

Prima di concludere, dovere di completezza mi impone di accennare brevemente ad un ultimo punto. Lo spazio a mia disposizione non mi consente di affrontare i molti profili riguardanti la fattispecie di genocidio, che altri tratteranno compiutamente. Tuttavia, non posso non menzionare un aspetto, che va indirettamente a toccare anche l'art. 604-*bis* c.p.; mi riferisco alla questione problematica centrale, relativa all'estensione dei gruppi protetti rispetto alla definizione internazionale di genocidio (si pensi all'ampiezza dell'art. 211-1 del Codice penale francese, che chiude l'elenco dei gruppi tutelati con la clausola «qualsiasi gruppo determinato a partire da qualunque altro criterio arbitrario»). È un tema da sempre molto dibattuto<sup>32</sup>. Se in

---

illeciti. Il concetto di contenuti illeciti si ricava da diverse disposizioni del Codice penale. In caso di accertamento dell'illiceità, i contenuti vanno eliminati entro un lasso di tempo adeguato dal reclamo (da 24h a 7 giorni). Se il *provider* viola tali prescrizioni, si prevedono per lo stesso sanzioni per un massimo di 5 milioni di euro, indipendentemente dal fatto che il contenuto sia stato postato nel territorio tedesco. Si sanziona così il provider per la mancata "censura" del post di un utente.

<sup>27</sup> Dalla nota espressione di Umberto Eco.

<sup>28</sup> Riflette su questi temi anche J. GENEUSS, *Das billigen einer (noch) nicht begangenen Straftat im Internet*, in *Juristenzeitung*, 76, 2021, 286 ss., *passim*.

<sup>29</sup> Trib. Padova, 20 aprile 2011, n. 844, inedita.

<sup>30</sup> Trib. Livorno, 31 dicembre 2012, n. 38912, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 gennaio 2013.

<sup>31</sup> Al riguardo B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, Il Mulino, 2010.

<sup>32</sup> Cfr. E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione*, cit., 337-366.

alcuni ordinamenti nazionali latinoamericani<sup>33</sup> un'estensione dei gruppi protetti può essere comprensibile sulla base delle esperienze storiche proprie di quei Paesi (il c.d. "politicidio" dell'epoca del *Plan Condor*), nel caso dell'Italia viene da chiedersi *cui prodest*, anche e soprattutto alla luce del rapporto fra la fattispecie di genocidio e l'aggravante dell'ultimo comma dell'art. 604-*bis* c.p. Tale ultimo comma si riferisce alla negazione, minimizzazione e apologia della *Shoah* o dei crimini internazionali come definiti dallo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, incluso quindi il genocidio<sup>34</sup>. Si creerebbe dunque una contraddizione fra la nozione di genocidio nella fattispecie autonoma proposta dal gruppo di lavoro e quella dell'aggravante ex art. 604-*bis* c. 3 c.p., non modificata, che rinvia invece alla definizione internazionale. Avremmo dunque due definizioni di genocidio contrastanti all'interno del nostro stesso ordinamento. Se tale opzione non pare accettabile, del resto espandere invece anche la definizione di cui all'art. 604-*bis* c. 3 c.p. significherebbe trasformare i tribunali in luoghi di battaglie memoriali al fine di far sancire al giudice, in maniera autentica e irrevocabile, una determinata interpretazione della storia. Sarebbe quindi meglio che fosse la comunità internazionale nel suo insieme a definire i crimini internazionali e semmai la loro evoluzione.

---

<sup>33</sup> Cfr. E. MACULAN, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Marcial Pons, 2019, 61 e ss.

<sup>34</sup> Esso si trova definito all'art. 6 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale.

## INTERVENTO

Alessandra Galluccio

Buongiorno a tutti,  
grazie agli organizzatori del Convegno e all'Associazione italiana dei professori di diritto penale per questa straordinaria opportunità.

Mi è stato dedicato un piccolo spazio alla fine di una giornata di studi particolarmente densa e stimolante ed io, per non abusare della vostra pazienza, procedo immediatamente con l'illustrare l'oggetto di questo mio breve intervento: vorrei sottoporre a tutti voi una serie di proposte di riforma dell'art. 604 *bis* del codice penale, ulteriori – ed in qualche misura – maggiormente *tranchantes* di quelle già sviluppate dal gruppo di lavoro «Delitti contro l'Uguaglianza», nell'articolato di cui oggi si discute.

Una prima proposta – che definirei minima – nasce dalle riflessioni maturate durante i lunghi mesi di discussioni sul disegno di legge 2005, il c.d. ddl Zan, che ha prepotentemente portato alla ribalta – mi pare – alcune delle più macroscopiche criticità dell'art. 604 *bis*, per come attualmente formulato, criticità che hanno inciso grandemente sul dibattito, spesso malaccorto e strumentale, che condotto la riforma, che ricalcava alcuni degli spunti forniti dal gruppo di lavoro, ad arenarsi.

Vorrei essere molto chiara su questo punto: credo che l'estensione delle c.d. categorie protette dell'art. 604 *bis* all'identità di genere, all'orientamento sessuale e alla disabilità sia un passaggio doveroso, nell'attuale panorama culturale. Credo, nondimeno, che le difficoltà di questa estensione dipendano – oltretutto, innegabilmente, da problemi di tipo culturale – dalla per molti versi infelice formulazione dell'art. 604 *bis*, che presta il fianco a critiche radicali, soprattutto in relazione a quelle fattispecie che, di fatto, costituiscono reati di opinione.

Cominciamo allora ad elencare una serie di problemi e un nucleo minimo di modifiche, su cui – mi pare – la dottrina che si è pronunciata in questi mesi è largamente concorde.

Innanzitutto, l'eccessiva vaghezza della locuzione «atti di discriminazione», che viene in rilievo laddove l'art. 604 *bis*, primo comma, lettera a, secondo periodo, persegue e punisce l'istigazione a commettere o, *tout court*, la commissione di atti di discriminazione (per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi).

È stato trasversalmente osservato che la nozione di discriminazione, così enunciata, appare imprecisa. La discriminazione assume significati e connotazioni diverse nei vari ambiti dell'ordinamento giuridico che adoperano tale termine e, comunque, così enunciata, è un concetto troppo “esangue”: incapace di identificare livelli minimi di gravità che giustifichino l'intervento penale, a fronte di operazioni di discriminazione, nel senso di discernimento, ubiquitarie nell'esperienza di tutti coloro che operano delle scelte (anche nella vita privata); scelte che possono senz'altro essere giudicate moralmente riprovevoli ma delle quali va affermata con forza la penale irrilevanza.

Con chiarezza è stata allora affermata la necessità per il legislatore di precisare quali atti di discriminazione siano meritevoli di sanzione penale, attraverso una tecnica il più possibile casistica, come pure è stato fatto in ordinamenti diversi dal nostro.

In secondo luogo, certamente meritevole di un ulteriore intervento “correttivo” mi pare l'eccessiva anticipazione della tutela che si registra laddove l'art. 604 *bis*, primo comma, lettera b, persegue e punisce non solo l'istigazione a commettere atti di violenza, ma anche l'istigazione a commettere atti di provocazione alla violenza. Si tratta, indubbiamente, di una istigazione all'istigazione che mal si coniuga con il principio di offensività in materia penale.

Ecco, dunque, alcune modifiche “minimali”:

- precisazione degli atti di discriminazione (per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi) la cui commissione o istigazione alla commissione è penalmente sanzionata;
- eliminazione dal novero delle condotte perseguite e punite dall’art. 604 *bis* c.p. dell’istigazione a commettere atti di provocazione alla violenza (per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi).

Mi pare, tuttavia, che questo nucleo minimo di modifiche sia ancora insoddisfacente, con particolare riferimento a quelle condotte che costituiscono reati di opinione – non, dunque, in relazione la materiale commissione di atti di discriminazione o violenza – e che incarnino, nel nostro ordinamento giuridico, le norme preposte a sanzionare il c.d. discorso d’odio: norme da anni al centro del dibattito non solo penalistico, che si pongono in costante tensione con il diritto fondamentale alla manifestazione del pensiero sancito dalla nostra Carta costituzionale all’art. 21.

Mi riferisco, in particolar modo: alla fattispecie di «propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico» (art. 604 *bis*, primo comma, lettera a), prima parte); a quella di «istigazione a commettere atti di discriminazione» (per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi) (art. 604 *bis*, primo comma, lettera a), seconda parte); e a quella di «istigazione a commettere atti di violenza» (per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi) (art. 604 *bis*, primo comma, lettera b).

Ebbene, il discorso d’odio, oltre a presentare sfide notevolissime dal punto di vista del bilanciamento costituzionale fra la libera espressione e contro interessi pure dotati di rilevanza costituzionale come l’uguaglianza/pari dignità di tutti gli uomini, rappresenta un fondamentale banco di prova per il diritto penale del fatto o della tutela di beni giuridici.

Una tensione che non può essere – a mio giudizio – facilmente risolta nella materia che ci occupa facendo riferimento, come dagli anni settanta si fa, alla necessità di un pericolo concreto per il bene giuridico tutelato, come discrimine fra lecita manifestazione del pensiero e propaganda/istigazione penalmente rilevante. Ciò, per una serie di ragioni, che vorrei brevemente passare in rassegna, proprio con riferimento all’art. 604 *bis*.

Il bene giuridico tutelato dall’art. 604 *bis* è costituito, come si è detto, dall’uguaglianza o dalla pari dignità dei soggetti (indeterminati) appartenenti al gruppo oggetto di discriminazione. Sul postulato, che pare confermato dagli studi sociali, di una incidenza del discorso d’odio sulla comunità *target*, le cui condizioni di subordinazione culturale vengono per questa via ribadite e mantenute.

La pari dignità del gruppo *target* è, tuttavia, un bene giuridico a spiccato carattere normativo-ideale: una situazione certamente “carica di valore”, nel contesto delle sempre più multiculturali società contemporanee ma, al contempo, “povera di danni”, quantomeno tangibili o empiricamente misurabili in modo univoco.

Le dinamiche dell’offesa sono inoltre – in questa materia – verosimilmente seriali o cumulative.

A quanti messaggi razzisti, sessisti, omofobi deve essere sottoposto il cittadino di colore, donna, omosessuale prima di sviluppare quel sentimento di indegnità, di rifiuto e di paura che gli impedisca di percepirsi come individuo dotato di uguale dignità? Quanti messaggi dello stesso tipo sono sufficienti a convincere di tale indegnità il suo datore di lavoro, il suo partner, lo sconosciuto che dal muro di un palazzo insulta lui e quelli come lui?

A tale domanda non siamo grado di fornire una risposta precisa: dipende dall’individuo, dipende dal luogo dove nasce e cresce, dalle scuole e dalla compagnia che frequenta, dalla famiglia, dagli amici, dalle esperienze della sua vita. Siamo però – mi pare – ragionevolmente in grado di escludere che si tratti di una singola condotta comunicativa; e di sostenere, viceversa,

che per raggiungere tale risultato ne serva un numero *n.*, non quantificabile a priori, perché dipendente dall'“oggetto” (o meglio dal soggetto) su cui si esercita l'azione: un essere umano in grado, a sua volta, di autodeterminarsi. Così, mi pare che l'offesa descritta dall'art. 604 *bis* – mutuando la semantica dei beni ambientali – realizzi una sorta di inquinamento della società in cui viviamo da parte di messaggi che – goccia dopo goccia – sono in grado di produrre la lesione del macro-bene giuridico oggetto di tutela; e che, da sole, non potrebbero ledere un bene di tali dimensioni.

Vi è poi da considerare che la fattispecie in questione presenta un alto grado di “sensibilità politica” – lo abbiamo visto, senza ombra di dubbio negli scorsi mesi – ed è in grado di generare sentimenti di netta approvazione/riprovazione nel contesto culturale in cui si inserisce, alla luce della diversa sensibilità di chi si trovi a commentarla e, perché no, ad applicarla. Nell'estrema difficoltà, se non nell'impossibilità, di realizzare un attendibile giudizio di concreta pericolosità della singola affermazione, forte potrebbe essere la tendenza a giudicare della pericolosità del fenomeno di cui l'affermazione si fa manifesto (razzismo, intolleranza religiosa, sessismo, omofobia), in un giudizio fortemente influenzato da una percezione soggettiva di necessità/inutilità dell'intervento penale.

Con l'ulteriore conseguenza di realizzare, potenzialmente, quell'“effetto di raggelamento” (*chilling effect*) che sempre si verifica quando una norma incriminatrice che sanziona l'espressione non sia in grado di selezionare con precisione l'ambito delle condotte punite o lo faccia con modalità che fanno sì che altre condotte, diverse da quelle che si volevano sanzionare, possano rientrarvi; con ciò realizzando, quale effetto collaterale, una deterrenza del discorso, invece, lecito ed anzi espressione di un diritto fondamentale.

Si tenga conto, inoltre, della mutazione qualitativa e quantitativa che la comunicazione ha assunto con l'avvento dell'uso di massa di *internet*, in grado di generare un vero e proprio cortocircuito fra incertezza dei confini applicativi delle fattispecie di cui all'art. 604 *bis* e moltiplicazione esponenziale dei casi concreti sotto di esse sussumibili. Una combinazione che dà luogo a un numero elevatissimo di fattispecie concrete potenzialmente costituenti reato: numero non solo indeterminabile *a priori* ma anche assolutamente indominabile da parte del sistema giudiziario; una situazione, in definitiva, in cui le condotte perseguite non possono che essere poche, oltreché selezionate in modo opaco ed arbitrario. Da ciò deriva, mi pare, quell'idea dell'impunità su *internet* che caratterizza il discorso pubblico su questa materia e che, se certamente non si dimostra vera, codice alla mano, è vera *in action*, quando ci si rende conto che il numero di procedimenti penali per fatti riconducibili all'art. 604 *bis* è, rispetto al fenomeno, assolutamente risibile.

Che cosa dovremmo fare, allora? A mio parere, dovremmo accontentarci di qualcosa di meno.

Dovremmo, cioè, intervenire sulle tante fattispecie disciplinate dall'art. 604 *bis* cercando di limitare il raggio di azione che questa norma potenzialmente ha sulle manifestazioni del pensiero, in una situazione in cui, peraltro, la norma risente di un'applicazione assolutamente sporadica ed episodica.

In che modo? Vi consegno la mia modesta proposta.

Occorre trovare, innanzi tutto, il coraggio di eliminare la fattispecie di propaganda. Una fattispecie che si distingue dall'istigazione molto bene dal punto di vista teorico, molto peggio da quello pratico, nelle aule dei Tribunali, ben prestandosi a tutte quelle distorsioni che ho cercato di elencare. Occorrerebbe abrogare, in secondo luogo, la fattispecie di istigazione all'atto di discriminazione, accontentandosi di punire l'atto di discriminazione *tout court* e rinunciando a questa ulteriore anticipazione della tutela.

Si potrebbe, invece, senz'altro mantenere in vigore la fattispecie di istigazione all'atto di violenza: si tratta, in questo caso, di fattispecie dotata di sufficiente materialità e dunque coerente rispetto ai principi penalistici e che, peraltro, segnala – anche da un punto di vista

culturale e simbolico – l'importanza della lotta, anche attraverso lo strumento penale, alle più gravi forme di discorso d'odio.  
Vi ringrazio.



RIFORMA DEI REATI CONTRO LA SALUTE PRIVATA E  
PUBBLICA E CONTRO L'INCOLUMITÀ PRIVATA E PUBBLICA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro

20 aprile 2020

Gruppo per la riforma dei reati dolosi contro la persona: Massimo  
Donini (coord.), Donato Castronuovo, Marco Gambardella, Alberto  
Gargani, Luca Masera, Domenico Pulitanò, Carlo Ruga Riva, Stefano  
Zirulia



## RELAZIONE FINALE

### 1. Oggetto

La relazione è dedicata alla riforma dei reati contro la vita e la salute, con riferimento agli specifici settori – a dimensione anche superindividuale – della sicurezza del lavoro, degli alimenti e dei farmaci, nonché della tutela dell'ambiente e, infine, della disciplina degli stupefacenti, all'interno del più ampio quadro di riforma dei reati contro la persona.

### 2. Struttura

Gli esiti della riflessione e dell'indagine condotte dall'VIII Gruppo della ricerca sui reati contro la persona sono stati scomposti in questa relazione finale in tre distinte *sezioni* riguardanti, rispettivamente, la tutela della vita e della salute (con specifico riferimento alla sicurezza del lavoro, degli alimenti e dei farmaci); i reati ambientali; la disciplina degli stupefacenti.

### 3. Sommario

Sezione I: Tutela della vita e della salute (nei settori della sicurezza del lavoro, degli alimenti, dei farmaci, etc.); Sezione II: Reati ambientali; Sezione III: Disciplina degli stupefacenti.

#### Sezione I

(A. Gargani, S. Zirulia, D. Castronuovo)

### TUTELA DELLA VITA E DELLA SALUTE (NEI SETTORI DELLA SICUREZZA DEL LAVORO, DEGLI ALIMENTI, DEI FARMACI, ETC.)

**Sommario:** 1. Premessa: la sanzione penale come *extrema ratio* ed il potenziamento di forme di tutela extrapenale; 2. I risultati dell'indagine comparatistica; 3. L'introduzione di "delitti di pericolo concreto individuale"; 3.1. Profili politico-criminali; 3.2. La messa in pericolo di beni personali di singoli individui indeterminati; 3.3. Pericolo comune tra dimensione collettiva e dimensione individuale; 3.4. I profili teleologici sottesi alla nuova categoria di illeciti; 3.5. Le possibili collocazioni dei delitti di pericolo individuale. Profili contenutistici e strutturali; 3.6. Alcuni nodi problematici; 3.7. Profili sanzionatori; 3.8. I delitti di pericolo individuale quali forme *sui generis* di attentato alla vita, all'incolumità fisica e alla salute di singoli individui; 4. Evidenza epidemiologica ed eventi lesivi accertati su base collettiva (c.d. "danno alla popolazione"); 5. Possibili interventi in tema di tipicità colposa e rischio consentito.

#### 1. Premessa: la sanzione penale come *extrema ratio* ed il potenziamento di forme di tutela extrapenale

Nell'ultimo decennio si è assistito, non solo in Italia, ad un sostanziale incremento della

domanda di tutela *penale* rispetto alle minacce per la vita e la salute umana potenzialmente derivanti da attività produttive, o comunque socialmente utili, che contrassegnano uno stadio avanzato di sviluppo delle società post-moderne.

A tale proposito si possono anzitutto ricordare, a livello europeo, gli obblighi di incriminazione introdotti dalla direttiva sulla tutela penale dell'ambiente (2008/99/CE), previsti per talune forme di inquinamento “*che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone*” (art. 3, lett. a, b, d, e). Parimenti, non si possono trascurare gli ulteriori obblighi di incriminazione discendenti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto alla vita, applicato in particolare ai settori della salute sul lavoro (sent. *Brincat c. Malta*, 2014) e, anche qui, ambientale (sent. *Oneryildiz c. Turchia*, 2004). A livello nazionale, poi, vengono in rilievo, oltre alle riforme che hanno dato attuazione alla direttiva appena ricordata (ad es., Germania 2011; Spagna, 2015; Italia 2015), gli interventi legislativi che hanno interessato la sicurezza alimentare e dei farmaci, contrassegnati da ampio utilizzo di sanzioni penali, anche di entità particolarmente severa (ad es., Regno Unito, 2012; Francia 2014, 2016). Similmente, volgendo lo sguardo agli Stati Uniti, sebbene nei settori menzionati predominino tuttora strumenti di tutela a carattere civilistico (c.d. *toxic torts*) o ibrido (c.d. *crimtorts*), allo stesso tempo si assiste ad un sempre più incisivo utilizzo del diritto penale ambientale; mentre la carente risposta penale finora registrata nel settore della sicurezza del lavoro è accompagnata da specifiche iniziative tese a invertire la rotta.

L'inevitabile esistenza di un *trend* di fondo verso il potenziamento della risposta penale nei settori oggetto di attenzione, non deve tuttavia oscurare l'altrettanto innegabile presenza di alcune significative differenze che intercorrono tra l'esperienza italiana, da un lato, e quelle degli altri ordinamenti menzionati, dall'altro lato. Presso questi ultimi, infatti, l'arsenale penalistico risulta affiancato da importanti strumenti di tutela a carattere *extrapenale*, tanto sul piano sanzionatorio (sanzioni civili e amministrative); quanto e soprattutto sul fronte della tutela offerta alle vittime. Vengono in rilievo, a quest'ultimo riguardo, oltre ai rimedi risarcitori civilistici (eventualmente favoriti da una lunga tradizione di azioni collettive, come le *class actions*), i programmi di indennizzo predisposti dallo Stato (finanziati da risorse pubbliche o private), attraverso i quali diverse categorie predeterminate di danneggiati vengono risarcite con importi forfettari<sup>1</sup>. In Italia, invece, è accaduto che, a fronte dell'assenza di analoghi strumenti extrapenalistici, ovvero delle disfunzionalità che affliggono quelli esistenti<sup>2</sup>, il diritto penale è stato chiamato a svolgere una funzione di sostanziale supplenza, che ha tuttavia finito per frustrare i principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* ai quali tale ramo dell'ordinamento dovrebbe ispirarsi. Prima nel settore delle malattie professionali, poi anche in quello dei rischi ambientali, il diritto penale è così diventato a tutti gli effetti il canale principale di repressione delle condotte illecite e di tutela risarcitoria per i danneggiati. Come è noto, peraltro, i risultati

---

<sup>1</sup> Per un quadro, v. S. MACLEOD, C. HODGES, *Redress Schemes for Personal Injuries*, Hart, 2017.

<sup>2</sup> Emblematica la vicenda del “Fondo per le vittime dell'amianto”, istituito solo nel 2007 (legge 24 dicembre 2007, n. 244), rimasto quiescente fino al D.M. n. 30 del 2011, che vi ha dato attuazione attraverso un regolamento *ad hoc*, e oltretutto originariamente riservato soltanto a coloro che fossero già titolari di rendita a carico dell'INAIL per malattia professionale (a differenza di quanto accade in altri Paesi, come Francia, Belgio e Olanda, dove le prestazioni sono di regola accessibili anche a chi si è ammalato a seguito di esposizioni extraprofessionali). Si segnala, successivamente, l'intervento dell'art. 1, comma 116, l. n. 190/2014 (legge di stabilità 2015), ai sensi del quale “Le prestazioni assistenziali del Fondo per le vittime dell'amianto di cui all'articolo 1, comma 241, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, istituito presso l'INAIL, sono estese in via sperimentale, per gli anni 2015, 2016 e 2017, ai malati di mesotelioma che abbiano contratto la patologia, o per esposizione familiare a lavoratori impiegati nella lavorazione dell'amianto ovvero per esposizione ambientale comprovata”. L'estensione della base dei potenziali fruitori non è stata accompagnata, peraltro, dallo stanziamento di ulteriori risorse (lo stesso comma 116, infatti, dispone che “Le prestazioni di cui al presente comma sono a valere sulle disponibilità presenti nel suddetto Fondo senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”). Infine, a norma dell'articolo 1, comma 186, della Legge 27 dicembre 2017, n. 205, la prestazione *una tantum* a favore dei malati extraprofessionali è stata estesa agli anni 2018, 2019 e 2020.

di questa esperienza sono stati per lo più deludenti, non solo per il sistema delle garanzie, sottoposto nella prassi applicativa a molteplici distorsioni (sulle quali si tornerà nel prosieguo), ma anche per le stesse persone offese, le cui legittime istanze compensative sono spesso rimaste frustrate.

Muovendo da tali premesse, questo gruppo di lavoro intende anzitutto insistere sulla necessità di affrontare le problematiche inerenti alla tutela della salute nei settori in esame attraverso un approccio non limitato all'angolo visuale del penalista, bensì multidisciplinare, dal quale emerga l'architettura complessiva delle risposte che l'ordinamento è in grado di fornire, e dunque anche le specifiche lacune che occorre colmare. Ciò consentirebbe di mettere meglio a fuoco gli obiettivi di un intervento riformatore a tutto tondo: mettere in campo strumenti normativi extrapenalistici idonei alla prevenzione e, in caso di effetti dannosi, a fornire risposte rapide e soddisfacenti per i danneggiati; colpire le violazioni delle normative di settore attraverso sanzioni proporzionate, in prima battuta a carattere amministrativo; riservare la sanzione penale alle violazioni più gravi, sotto il profilo del disvalore oggettivo e soggettivo, e in quest'ottica valutare altresì l'opportunità di abolire le fattispecie di natura meramente contravvenzionale disseminate nella normativa complementare rilevante; configurare norme incriminatrici in grado di intercettare le peculiarità delle condotte e delle offese che caratterizzano i settori in esame come parti significative del "diritto penale della prevenzione", anche al fine di prevenire le distorsioni applicative alle quali vengono spesso sottoposte le fattispecie comuni di lesioni personali e omicidio (sul punto, v. *infra*, nn. 3 e 4).

Le considerazioni che seguono sono dunque attraversate dalla preoccupazione di ricondurre la risposta penale nel suo alveo naturale di *extrema ratio*, correggendo altresì le più macroscopiche distorsioni che hanno caratterizzato le prassi applicative italiane. Si tratta – giova ribadirlo – di obiettivi che potranno essere centrati a patto di dotarsi, al contempo, di efficaci strumenti di tutela civile, amministrativa e previdenziale, così depurando l'intervento penale da qualunque funzione di supplenza sul terreno dei rimedi compensativi, e ponendo in ultima analisi le premesse per una sua più giusta ed efficace applicazione.

## **2. I risultati dell'indagine comparatistica**

Allo scopo di arricchire la riflessione indirizzata alla riforma con le esperienze provenienti da altri ordinamenti, è stata avviata un'indagine di taglio comparatistico, che ha preso in esame l'assetto delle discipline in tema di ambiente, sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare e dei medicinali in alcuni ordinamenti europei (Francia, Germania, Regno Unito, Spagna) e negli Stati Uniti (questi ultimi limitatamente alla sicurezza sul lavoro ed all'ambiente). I risultati delle ricerche sono illustrati nei *report*, suddivisi per Paese, pubblicati sul sito dell'Associazione. Si tratta di un patrimonio informativo particolarmente prezioso, i cui specifici apporti sono di seguito illustrati in chiave sintetica nell'ambito di undici "contenitori" concettuali che fotografano altrettanti momenti significativi di una riflessione in chiave riformatrice<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Si tratta dei seguenti rapporti di diritto comparato, consultabili in [https://www.aipdp.it/ottavo\\_gruppo/](https://www.aipdp.it/ottavo_gruppo/): P. BRAMBILLA, *Analisi delle fattispecie penali in materia di sicurezza sul lavoro contenute nell'ordinamento giuridico spagnolo*; BRAMBILLA P., *Analisi delle fattispecie penali in materia di sicurezza alimentare e farmaceutica nell'ordinamento giuridico spagnolo*; S. CLINCA, *La disciplina penale in tema di farmaci nel Regno Unito*; F. DIAMANTI, *Lavoro, alimenti e farmaci. Breve introduzione alla disciplina penale in Germania*; V. FELISATTI, *Il sistema sanzionatorio francese in materia di sicurezza alimentare e di prodotti farmaceutici*; M. GAMBARDELLA, *Il sistema degli stupefacenti nell'ordinamento francese*; M. GAMBARDELLA M., *Il sistema dei reati ambientali nei paesi anglosassoni (Regno Unito)*; GARGANI A., *Prospetto riassuntivo delle misure a tutela penale della sicurezza e salute del lavoro nell'ordinamento inglese*; MAZZANTI E., *Le fonti di tutela penale della sicurezza alimentare nell'ordinamento inglese*; PERRONE D., *La disciplina penale in tema di contagio da HIV: profili comparatistici*; RUGA RIVA C., *I reati ambientali: uno sguardo comparatistico*; RUGA RIVA C., *La*

## 2.1. Collocazione (endo- o extra-codicistica) delle fattispecie incriminatrici nelle materie indagate

Escludendo gli ordinamenti anglosassoni (dove mancano codificazioni penali paragonabili a quelle continentali), negli altri Paesi oggetto di indagine si constata un'alternanza tra collocazione endo- o extra- codicistica che non consente di individuare direttrici costanti.

Come noto, l'unico Paese che ha compiuto – ma sul piano più generale, e non limitatamente alle materie qui considerate – una decisa opzione codicistica è la Spagna. Il *Código penal* del 1995 (e successive modificazioni) contempla un titolo autonomo dedicato ai diritti dei lavoratori; un capo dedicato all'ambiente (all'interno di un titolo dedicato ai delitti contro il territorio, il patrimonio storico e l'ambiente); nonché un capo dedicato alla “*salud publica*” (all'interno del titolo dedicato ai delitti contro la “*seguridad colectiva*”), nel quale si rinvencono anche le fattispecie in materia di alimenti e farmaci.

Sul fronte opposto si colloca la Francia, dove le discipline in questione sono distribuite all'interno di atti normativi diversi dal codice penale, in particolare il “*Code du travail*”, il “*Code de l'environnement*”, il “*Code de la consommation*” ed il “*Code de la santé publique*”.

In Germania le norme rilevanti sono suddivise tra il codice penale (che contempla un capitolo dedicato ai reati ambientali, nonché alcune isolate disposizioni in materia di lavoro, alimenti e farmaci) e leggi complementari in materia di lavoro (principalmente l'*Arbeitsschutzgesetz* o *ArbSchG*), alimenti (*Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch* o *LFGB*), farmaci incluso il doping (*Arzneimittelstrafrecht* o *AMG*; *Anti-Doping-Gesetz* o *AntiDopG*).

Naturalmente i codici penali dei menzionati ordinamenti continentali prevedono fattispecie comuni applicabili anche alle materie in esame, in particolare l'omicidio colposo e lesioni personali colpose; nonché, per la Francia, anche una fattispecie generale di “*risque causé à autrui*” (art. 223-1), che colpisce con pene assai modeste (reclusione di un anno e multa di 15.000 euro) la condotta consistente nell'espone taluno ad un rischio immediato di lesioni gravi o morte, per violazione “*manifestement délibérée*” di legge o di regolamento.

Come già accennato, per i Paesi anglosassoni vengono invece in rilievo fattispecie dettate da *Statutes*, *Acts* e *Regulations* (oltre alla fattispecie di *common law* di *manslaughter*): in particolare, per il Regno Unito, l'*Health and Safety at Work Act (HSWA)*, l'*Environmental Protection Act (EPA)*, il *Food Safety Act (FSA)*, il *General Food Regulation (GFR)* e le *Human Medicines Regulations*; per gli Stati Uniti, l'*Occupational Safety and Health Act (OSH Act)*, il *Clean Water Act* ed il *Clean Air Act*.

## 2.2. Assetto complessivo di questi corpi di disciplina come sottosistemi di tutela o meno

La tendenza più diffusa è certamente quella di accorpare tra loro le norme penali dedicate agli specifici settori in esame, creando sottosistemi di tutela ben identificabili: vuoi nell'ambito di autonome “sezioni” dei codici penali (Spagna, con riferimento al lavoro ed all'ambiente; Germania, limitatamente all'ambiente); vuoi nell'ambito di autonomi testi legislativi (Francia; Regno Unito e USA; Germania con riferimento a lavoro, alimenti e farmaci).

In Spagna, i reati in materia di alimenti e farmaci sono invece collocati in un più ampio capo dedicato alla “*salud publica*”, che comprende anche fattispecie dedicate a materie differenti.

## 2.3. Tipologia delittuosa o contravvenzionale di questi reati (con riferimento alle

---

*disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo; VENTUROLI M., La tutela penale della sicurezza del lavoro in Francia; ZIRULIA S., La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro negli USA.*

## distinzioni bipartite o tripartite nei rispettivi ordinamenti)

Negli ordinamenti che distinguono tra diverse tipologie di reato – (es. *Crime, Délit, Contravention; Verbrechen, Vergehen; Summary/Indictable Offence, Felony, Misdemeanour*) – sono rinvenibili, per i settori oggetto di attenzione, fattispecie appartenenti a ciascuna di esse, a seconda della rispettiva gravità. Nella normativa complementare si riscontra una certa preferenza per le tipologie di reato meno grave e per il relativo apparato sanzionatorio, che peraltro talora include, a differenza di quanto accade rispetto alle contravvenzioni nostrane, anche pene severe (sulle sanzioni v. *infra*, n. 2.9).

### 2.4. Struttura normativa delle incriminazioni

L'oggetto di osservazione comparativa è rappresentato dalla presenza/assenza delle seguenti variabili strutturali delle norme incriminatrici: norme-precetto compiutamente descrittive delle condotte sanzionate; fattispecie a struttura "sanzionatoria", ovvero sia costruite mediante rinvii normativi; norme penali "in bianco" vere e proprie.

La tendenza principale riscontrata nell'indagine comparativa, riconducibile essenzialmente all'elevato tasso di tecnicismo che caratterizza le materie in esame, è di costruire fattispecie contenenti rinvii espressi alle specifiche discipline di settore; la trasgressione di queste ultime, tramite azioni od omissioni, contribuisce dunque a definire il fatto tipico.

Nella materia ambientale, dove vengono in rilievo attività umane irriducibilmente inquinanti, si ravvisa una stretta dipendenza della tutela penale dal diritto amministrativo, in ragione del rinvio alle pertinenti fonti regolamentari (ad. es. sui limiti soglia) o ad atti autorizzativi. I limiti del "rischio consentito" risultano per questa via incorporati nella dimensione tipica dell'illecito, anche quando ad essere minacciati sono beni giuridici personali<sup>4</sup>. Si tratta di un modello mutuato dalla direttiva 2008/99/CE, che subordina l'obbligo di incriminazione (lasciando peraltro liberi gli Stati membri di predisporre una tutela più ampia) al carattere illecito (*unlawful*) delle condotte.

Un discorso parzialmente distinto deve essere formulato rispetto all'ordinamento tedesco, dove, accanto ad ipotesi pure ispirate a forte "accessorietà amministrativa" (e che anzi verosimilmente hanno ispirato il legislatore europeo), compare altresì un'ipotesi improntata all'autonomia della tutela penale (ossia sganciata dalla necessaria violazione degli obblighi amministrativi): si tratta del § 330a StGB, che prevede l'ipotesi di "grave pericolo attraverso la liberazione di sostanze tossiche" (fattispecie base di pericolo, alla quale accede un'aggravante se dal fatto deriva la morte di un uomo).

Non mancano norme penali in bianco vere e proprie, recanti il trattamento sanzionatorio della violazione di precetti integralmente dettati da altre fonti<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr., ad es., l'art. 33 dell'*Environmental Protection Act* inglese, che esclude la punibilità del trattamento di rifiuti pericolosi per la salute quando autorizzato in appositi regolamenti; analogamente, il "*delito ecologico*" di cui all'art. 325 del *Codice penale* spagnolo subordina la punibilità di condotte inquinanti, incluse quelle suscettibili di arrecare gravi pregiudizi per la salute, alla violazione delle specifiche normative ambientali.

<sup>5</sup> Cfr., ad es., l'art. 4 del *General Food Regulation* inglese, che si limita a prevedere una sanzione penale per la violazione di alcuni obblighi dettati dal Regolamento CE n. 178 del 2002; nonché l'art. L. 4741-1, così come le altre norme penali, del *code du travail* francese.

## 2.5. Individuazione del bene giuridico tutelato (o della tutela di funzioni di controllo di agenzie pubbliche)

Su questo tema la comparazione sconta, forse più che altrove, l'eterogeneità delle tradizioni giuridiche dei Paesi osservati, moltiplicata per la varietà delle soluzioni esegetiche offerte da dottrina e giurisprudenza nazionali.

Pertanto, nella prospettiva di una riflessione orientata alla riforma del nostro sistema di reati contro la persona, appare forse più utile, a costo di qualche semplificazione, limitarsi a mettere in luce che in tutti gli ordinamenti presi in considerazione la tutela penale non è offerta soltanto attraverso fattispecie a carattere marcatamente preventivo, come quelle volte a sanzionare la mera violazione di obblighi e divieti; bensì anche attraverso fattispecie all'interno delle quali vengono in rilievo, ancorché con modalità differenti, anche i beni giuridici "finali" tipicamente minacciati nei settori di interesse (lavoro, ambiente, alimenti e farmaci), ossia la salute e la vita umana.

Ciò premesso, occorre allora soffermarsi più nel dettaglio sulle differenti modalità attraverso le quali viene articolata la struttura offensiva, compito al quale è dedicata il sottoparagrafo immediatamente successivo.

## 2.6. Struttura offensiva (danno, pericolo concreto, pericolo astratto/presunto)

Le tipologie di offesa rinvenibili con maggiore frequenza rientrano nella categoria del "pericolo", nella forma astratta o concreta. Occorre peraltro segnalare che si tratta di classificazioni oggetto di costante dibattito in seno alle dottrine nazionali, di tal che non risulta possibile ricavare indicazioni del tutto univoche.

Sono riconducibili al pericolo astratto (*rectius*, presunto) le numerose norme penali che si limitano a sanzionare la violazione di regole di condotta dettate da fonti extrapenali, o che comunque contengono rinvii a disposizioni a carattere tecnico, di fonte primaria, regolamentare o amministrativa in senso stretto<sup>6</sup>.

Giova sottolineare che non vi è necessaria corrispondenza tra norme penali in bianco e pericolo astratto. Ad es., l'art. 4 del *General Food Regulation* inglese eleva ad *offence* la violazione dell'art. 14(1) del Regolamento CE n. 178/2002, norma quest'ultima che vieta, tra l'altro, la messa in commercio di alimenti "*injurious to health*", definendoli come sostanze capaci di causare effetti lesivi immediati, di lungo periodo, o nei confronti di generazioni future. In questo caso, dunque, il rinvio (in bianco) alla norma del regolamento sembra dare vita ad un reato *anche* di pericolo concreto per beni giuridici personali (atteso che, di regola, il richiamo a danni cumulativi o per generazioni future può esprimere, invece, un pericolo astratto-presunto).

Il pericolo per i beni giuridici finali vita e/o salute compare all'interno di numerose disposizioni, ora come requisito del fatto tipico<sup>7</sup>, ora come circostanza aggravante di ipotesi

---

<sup>6</sup> Esempi in tal senso sono rinvenibili nella normativa inglese e francese in materia di lavoro (cfr., rispettivamente, le *victimless offences* di cui all'art. 33 dell'*Health and Safety at Work Act* e l'art. L. 4741-1 del *code du travail* francese); nonché tra le fattispecie base della normativa complementare tedesca in tutti i settori considerati (cfr., ad es., § 26 *ArbSchG*; *Abschnitt* 10, §§ 58 e 59 *LFGB*).

<sup>7</sup> Tra gli innumerevoli esempi si possono menzionare: per la Spagna, gli artt. 316 ss. *Código penal*, che sanzionano la violazione di norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, a condizione che ne derivi pericolo per la vita o l'integrità fisica; per la Germania, il § 26 *ArbSchG*, che sanziona la reiterata trasgressione di prescrizioni racchiuse in decreti governativi o altri atti amministrativi in materia di sicurezza sul lavoro, laddove ne derivi pericolo per la vita o la salute del lavoratore; per la Francia, l'art. L. 216-6 *Code de l'environnement*, sull'inquinamento di acque, tra i cui elementi costitutivi figurano, alternativamente, il pericolo per le matrici ambientali o per la salute umana; per il Regno Unito, l'art. 33 *Environmental Protection Act*, sullo smaltimento



base autonomamente incriminate<sup>8</sup>.

La verifica di puntuali eventi lesivi (quali malattie o morti) può rilevare come aggravante<sup>9</sup>; fermo restando che di regola non viene elevata ad elemento costitutivo dell'illecito<sup>10</sup>.

Peraltro va ricordato che la repressione dell'effettiva lesione dei beni giuridici in questione rimane sulla carta affidata alle fattispecie comuni d'evento contro la persona, talvolta aggravate dalla violazione di specifici doveri cautelari<sup>11</sup>; sul punto, tuttavia, la prassi giurisprudenziale non sembra fornire significativa casistica, confermando la sostanziale unicità dell'esperienza italiana in materia di malattie professionali (v. anche *supra*, n. 1).

Di particolare interesse è l'utilizzo della categoria dei reati di pericolo astratto-concreto, per la cui applicazione il giudice è chiamato a fare astrazione di alcune circostanze del fatto e ad accertarne invece in concreto delle altre. A questo proposito si segnalano le fattispecie del *Código penal* spagnolo in materia di alimenti e farmaci (rispettivamente, artt. 363-365 e 361-362*sexies*), le quali, almeno secondo una parte degli interpreti, richiedono al giudice di accertare l'effettiva idoneità lesiva della condotta (ad es. attraverso leggi scientifiche di copertura), ma non di identificare il singolo consumatore posto in pericolo. È stato a tale proposito rilevato che «*la exigencia de peligro no debe interpretarse en el sentido de peligro efectivo para personas concretas, sino tan solo que los medicamentos se encuentren en una situación de inmediatez de contacto con los consumidores*»<sup>12</sup>. Altre fattispecie riconducibili alla categoria del pericolo astratto-concreto sono rinvenibili nella legislazione complementare tedesca in materia alimentare [*Abschnitt* 10, § 58 (1)(15), *LFGB*]: si tratta di un'ipotesi di alterazione di alimenti nel corso della loro produzione o trattamento, in modo tale da renderli idonei a danneggiare la salute dei consumatori. Dal punto di vista dell'offesa tipica, la fattispecie è interpretata nel senso che il cibo alterato non deve necessariamente diventare pericoloso in concreto per la salute, *anche se ciò di regola accade* («*Das Lebensmittel selbst muss nicht notwendigerweise gesundheitsgefährdend werden, auch wenn dies regelmäßig der Fall ist (abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt)*»<sup>13</sup>.

---

illecito di rifiuti, che pure prevede alternativamente il pericolo ambientale o per la salute; per gli USA, le fattispecie di

*knowing endangerment* e *negligent endangerment* di cui al *Clean Water Act* ed al *Clean Air Act* (cfr. 33 USC § 1319, lett. c, n. 2; 42 USC § 7413, lett. c, n. 4, 5), anch'esse applicabili solo quando l'inquinamento della matrice interessata produce un pericolo per la salute o la vita degli esposti.

<sup>8</sup> Anche qui gli esempi sono numerosi: per la Germania v. i §§ 330 e 330a StGB, che prevedono pene aggravate nel caso in cui, rispettivamente, da un reato ambientale o dalla diffusione di sostanze tossiche derivi, tra l'altro, il pericolo per la vita o l'integrità fisica di una o più persone; v. anche le aggravanti di cui alla legislazione tedesca in materia di alimenti, medicinali e *doping*, che scattano in caso di accertato pericolo per la salute o la vita del consumatore (*Abschnitt* 10, § 58, c. 5 *LFGB*; *Abschnitt* 17, § 95, c. 3 *AMG*; § 4, c. 4, n. 1 e 2, *AntiDopG*); per la Spagna, l'art. 325 co. 3 *Código penal*, che prevede il rischio di grave pregiudizio per le persone come aggravante del *delito ecologico*; per la Francia, le aggravanti di cui al *code de la consommation* e al *code de la santé publique*, che si applicano se dalle condotte di frode o adulterazione di alimenti o farmaci deriva un pericolo per la salute umana (art. L. 454-3 *code cons.*; art. L. 451-2, n. 1 *code cons.*; art. L. 451-4 *code cons.*; art. L. 5421-13 *c.s.pub.*).

<sup>9</sup> V. ancora i §§ 330 e 330a StGB, che prevedono pene aggravate nel caso in cui, rispettivamente, da un reato ambientale o dalla diffusione di sostanze tossiche derivi, tra l'altro, "la morte" di un uomo.

<sup>10</sup> Fa eccezione la fattispecie di "violazione volontaria di regole preventive da cui sia derivata la morte di un lavoratore", di cui all'*OSH Act* statunitense (29 USC § 666, lett. e), che tuttavia sconta una pressoché totale assenza di applicazioni.

<sup>11</sup> V. ad es. gli artt. 221-6, al. 2, e 222-19, al. 2, del *Code pénal* francese, in cui sono previste aggravanti per l'omicidio colposo e le lesioni colpose in caso di "violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement".

<sup>12</sup> L. JERICÓ OJER, *Artículo 361, Comentarios al Código Penal*, Segunda Época, Tomo XI, dir. Cobo del Rosal, Madrid, 2008, p. 117; nello stesso senso CUGAT MAURI M., *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Madrid-Barcelona, 2004, p. 1528

<sup>13</sup> ESSER R., RÜBENSTAHL M., SALIGER F., TSAMBIKAKIS M., *Wirtschaftsstrafrecht: Kommentar Mit Steuerstrafrecht und Verfahrensrecht*, Otto Schmidt KG, Verlag, 2017, n. 18, p. 2113.

## 2.7. Schema di “imputazione soggettiva” (dolo, colpa grave/lieve, responsabilità oggettiva eventualmente accompagnata dalla previsione di defenses con inversione dell’onere della prova)

L’analisi comparata rivela l’utilizzo dell’intero spettro degli schemi di imputazione disponibili.

Imputazione solo per dolo: in Germania, sono esclusivamente dolose alcune fattispecie previste dalla normativa complementare in materia di sicurezza sul lavoro<sup>14</sup>, in materia alimentare<sup>15</sup>, in materia di *doping*<sup>16</sup>; sempre in Germania, in materia ambientale, le aggravanti di cui al § 330 StGB possono accedere soltanto alle ipotesi base dolose; in Francia, è richiesto il dolo per i delitti di frode e falsificazione in campo alimentare di cui al *Code de la consommation*, nonché per la condotta inosservante di leggi o regolamenti di cui all’art. 223-1 *Code pénal (risque causé à autrui)*; ancora, in materia di sicurezza sul lavoro, è prevista un’aggravante nel caso in cui la causazione involontaria di morte o lesioni derivi dalla violazione volontaria di obblighi di sicurezza posti dalla legge o da regolamento<sup>17</sup>; negli Stati Uniti, l’*OSH Act* punisce la *wilful violation* di regole preventive che abbia causato la morte di un lavoratore<sup>18</sup>.

Imputazione anche per colpa, limitatamente alla colpa grave o cosciente: la Spagna ha adottato il limite della colpa grave in tutti i settori considerati; nel Regno Unito, la fattispecie comune di *manslaughter* richiede la prova della *gross negligence*; nella legislazione federale ambientale degli Stati Uniti sono punite le condotte di *knowing endangerment* di cui al *Clean Water Act* ed al *Clean Air Act* attraverso emissioni nocive nell’aria e nell’acqua<sup>19</sup>.

Imputazione anche per colpa, inclusa la colpa lieve: cfr., in Germania, le pertinenti fattispecie previste dal codice penale o, in parte, dalla normativa complementare in materia di alimenti<sup>20</sup>, farmaci e *doping*<sup>21</sup>; in Francia, le ipotesi di omicidio colposo e lesioni personali colpose<sup>22</sup>; nell’ordinamento federale degli Stati Uniti il *Clean Air Act* prevede anche la fattispecie di *negligent endangerment* attraverso emissioni nocive nell’aria<sup>23</sup>.

Responsabilità oggettiva: nel Regno Unito, gli illeciti penali previsti da *Statutes, Acts* e *Regulations* non prevedono il limite della colpa (*strict liability*), bensì clausole che consentono alla persona accusata di difendersi dimostrando, in particolare: di avere adempiuto ad obblighi di diligenza generici o tassativamente elencati<sup>24</sup>; di avere senza colpa confidato nella conformità di sostanze o altri oggetti alle prescrizioni di legge<sup>25</sup>; che l’adempimento dell’obbligo di

---

<sup>14</sup> § 26 ArbSchG.

<sup>15</sup> Abschnitt 10, § 59 LFGB.

<sup>16</sup> § 4, c. 1 AntiDopG.

<sup>17</sup> Art. 221-6, al. 2, e art. 222-19, al. 2, *Code pénal*.

<sup>18</sup> 29 USC § 666, lett. e).

<sup>19</sup> 33 USC § 1319, lett. c, n. 2; 42 USC § 7413, lett. c, n. 4, 5.

<sup>20</sup> Abschnitt 10, §§ 58, c. 6 LFGB.

<sup>21</sup> Abschnitt 17, § 95, c. 4 AMG; § 4, c. 6 AntiDopG.

<sup>22</sup> Artt. 221-6, 222-19, 222-20 *Code pénal*. Si deve tuttavia ricordare che il legislatore francese, con la “*loi Fauchon*” del 2000, ha modificato l’art. 121-3 c.p. (che, nella parte generale, contiene i criteri soggettivi d’imputazione), operando una distinzione tra “autori diretti” e “autori indiretti” dei reati colposi e limitando la responsabilità di questi ultimi (tra i quali la giurisprudenza annovera i datori di lavoro o comunque gli amministratori di società e i dirigenti pubblici e privati) alla sola colpa grave (*faute qualifiée*), in termini di *faute délibérée o caractérisée* (al. 4).

<sup>23</sup> 42 USC § 7413, lett. c, n. 4.

<sup>24</sup> V., ad es., le *due diligence defences* in materia alimentare: §§ 21(1), (2), (5) e (6) *FSA*.

<sup>25</sup> V., ad es., in materia di farmaci, le *defences* di cui ai §§ 335 e 336 *Human Medicines Regulations*.

sicurezza non fosse “ragionevolmente praticabile”<sup>26</sup>. Negli Stati Uniti sono previste *defenses* anche per i reati ambientali commessi con colpa cosciente, in particolare nel caso in cui il rischio promani da un'attività produttiva o professionale e la persona esposta al pericolo vi avesse acconsentito<sup>27</sup>.

## 2.8. Selezione del penalmente rilevante attraverso la combinazione tra struttura oggettivo-offensiva e soggettiva della fattispecie

In alcuni ordinamenti si osserva la scelta di selezionare l'area del penalmente rilevante attraverso la combinazione di requisiti attinenti all'offesa con requisiti attinenti all'imputazione soggettiva.

Così, ad esempio, la legislazione complementare tedesca in materia di sicurezza sul lavoro stabilisce sanzioni penali per gli illeciti dolosi di pericolo concreto (o astratto-concreto)<sup>28</sup> e sanzioni amministrative per gli illeciti dolosi o colposi di pericolo presunto<sup>29</sup>; nel *Codice penal* spagnolo, invece, le fattispecie penali riguardanti i settori in esame sono generalmente configurate come illeciti di pericolo concreto per i quali è richiesta almeno la colpa grave.

## 2.9. Modulazione delle risposte sanzionatorie

In caso di pericolo per la salute o la vita umana, sia esso elemento costitutivo della fattispecie o circostanza aggravante, si registra in tutti gli ordinamenti osservati l'opzione a favore della pena detentiva, tendenzialmente congiunta alla pena pecuniaria, con comminatorie oscillanti da 6 mesi a 10 anni di reclusione. Il codice penale tedesco contempla anche le ipotesi in cui da un reato doloso ambientale, o dalla fattispecie di diffusione di sostanze tossiche, derivi la morte di un uomo, prevedendo in tal caso la detenzione non inferiore a 3 anni<sup>30</sup>. Negli USA, le fattispecie federali ambientali di “*knowing endangerment*” prevedono pene fino a 15 anni di reclusione.

Anche sul fronte delle pene pecuniarie si registrano comminatorie assai variabili: tra le più severe spiccano quelle francesi in materia di frodi e falsificazioni alimentari e di medicinali, che in caso di pericolo per la salute umana giungono fino a 750 mila euro; quelle statunitensi in materia ambientale, fino a 500 mila dollari in caso di recidiva<sup>31</sup>; si segnala anche che, nel Regno Unito, non è previsto un importo massimo per l'*offence* di *manslaughter*.

Negli ordinamenti osservati sono altresì previste pene accessorie interdittive (tipicamente l'inabilitazione alla professione nel cui esercizio è stato commesso il reato, con *range* temporali oscillanti da alcuni mesi a 10 anni), obblighi di ripristino (tipicamente in materia ambientale) e confische.

## 2.10. Eventuale rilevanza della reiterazione delle violazioni (per la stessa configurazione dell'illecito o nella modulazione della gravità della risposta sanzionatoria)

Nella legislazione complementare tedesca in materia di sicurezza sul lavoro la sanzione penale è prevista soltanto a fronte di “perseverante reiterazione” (*beharrschliche Wiederholen*)

---

<sup>26</sup> Così la sez. 40 *Health and Safety at Work Act*.

<sup>27</sup> 33 USC 1319, lett. c, n. 3, B, ii; 42 USC § 7413, lett. c, n. 5, D.

<sup>28</sup> § 26 *ArbSchG*.

<sup>29</sup> § 25 *ArbSchG*.

<sup>30</sup> §§ 330 e 330a *StGB*, rispettivamente.

<sup>31</sup> 33 USC 1319, lett. c, n. 3, A.

delle prescrizioni regolamentari o amministrative a carattere preventivo<sup>32</sup>. Nel *Code du travail* francese la maggior parte delle sanzioni è di tipo pecuniario, ma in caso di recidiva possono scattare pene interdittive e detentive.

## **2.11. Eventuale previsione di una responsabilità dell'ente collettivo in tema di sicurezza del lavoro, dei farmaci o alimentare**

Sono oramai numerosi gli ordinamenti – di *common* e di *civil law* – nei quali il rafforzamento della tutela dei beni fondamentali della vita e della salute (dei lavoratori o dei cittadini in genere) è perseguito anche mediante la configurabilità della responsabilità degli enti.

Una responsabilità penale della *personne morale*, per tutte le fattispecie penali dei settori di disciplina qui considerati, è prevista nell'ordinamento francese, in quanto, come noto, dopo una iniziale opzione per il c.d. principio di specialità operata con il codice penale del 1994, il legislatore ha poi scelto, nel 2004, di dare rilevanza generalizzata alla responsabilità degli enti (art. 121-2).

Per quanto concerne, in particolare, l'ordinamento britannico, si segnala l'introduzione nel 2007 di uno specifico reato di *Corporate Manslaughter/Homicide*, ossia di una responsabilità diretta e autonoma della *Corporation* per omicidio involontario.

Con riferimento ad altri Paesi, si può segnalare che in Germania – in virtù del § 30 OWiG (*Ordnungswidrigkeitengesetz*), norma che prevede, in generale, la responsabilità amministrativa degli enti – è astrattamente ipotizzabile una responsabilità amministrativa degli enti collettivi anche per i reati colposi di omicidio e lesioni.

In Spagna, invece, non è configurabile una responsabilità delle persone giuridiche per i reati colposi di omicidio e lesioni.

## **3. L'introduzione di “delitti di pericolo concreto individuale”**

### **3.1. Profili politico-criminali**

In prospettiva di riforma, alla luce dell'indagine comparata e, in particolare, della figura generale di *délit de mise en danger de la personne d'autrui*, di cui all'art. 223-1 c.p. francese, assume particolare interesse la verifica della plausibilità politico-criminale di una categoria di illeciti suscettibili di essere qualificati in termini di “*delitti di pericolo individuale*”. Con tale denominazione si intende rivolgere l'attenzione ai delitti, incentrati sul pericolo imminente sul singolo individuo, che, idealmente, possono considerarsi a metà strada fra i reati contro persone determinate (tradizionali delitti di evento: lesioni personali e omicidio) e i reati di pericolo collettivo (aventi ad oggetto i beni personali di una pluralità indeterminata di individui).

Si tratta di verificare la fondatezza di una categoria destinata, da un lato, a sopperire alle criticità che l'accertamento del nesso causale comporta nell'ambito dei tradizionali delitti di evento dannoso, dall'altro, a fornire ‘copertura’ penale alle ipotesi di messa in pericolo di beni personali che non rientrino né nel tentativo di lesioni personali o di omicidio, né nelle fattispecie di pericolo comune, inteso come pericolo collettivo imminente su una pluralità indeterminata di consociati.

Dal primo punto di vista, assume rilievo il noto processo di “flessibilizzazione” e di semplificazione che da tempo investe l'accertamento del nesso causale nel contesto dei reati

---

<sup>32</sup> § 26 *ArbSchG*.

contro la persona: basti pensare al controverso profilo dell'applicabilità delle fattispecie di omicidio o di lesioni in tema di contagio del virus HIV o al delicato settore delle malattie professionali da "esposizione", alla difficoltà di rinvenire leggi di copertura in grado di attestare la regolarità della successione tra antecedente e susseguente o di provare la c.d. causalità individuale, nonché, nel caso della fenomenologia dei c.d. danni a distanza, all'impossibilità di individuare il garante cui possa con certezza essere imputata l'inosservanza della norma cautelare alla base dell'esito lesivo.

Simili criticità hanno, come è noto, indotto la giurisprudenza ad attenuare il rigore dell'accertamento del nesso causale e della responsabilità personale e ad orientarsi verso modelli imputativi (aumento del rischio; continuità delle posizioni di garanzia) idonei a semplificare l'applicazione dei nessi di imputazione previsti nel settore dei delitti contro la persona, in spregio agli stringenti canoni di cui all'art. 533 co. 1 c.p.p. A ciò si aggiunge la nota (e deprecabile) tendenza a dilatare lo spettro applicativo di fattispecie incentrate sulla prevenzione e repressione di infortuni sul lavoro al fine di comprendere nel raggio di tutela eventi che si pongono al di fuori dei confini della tipicità (paradigmatico il caso della c.d. "malattia-infortunio"), attraverso metodi ermeneutici, magari "ben intenzionati", che sfociano nell'analogia *in malam partem*.

Dal secondo punto di vista, l'attenzione deve essere rivolta ai tentativi, esperiti nella prassi, di sussumere nelle fattispecie di disastro (anche sanitario) fenomenologie di danno e/o pericolo in realtà prive di quel connotato di diffusività *in incertis personis* che contraddistingue, in chiave sistematica, il pericolo comune: basti pensare, da un lato, alla tragedia sociale della commercializzazione di emoderivati infetti (e al vano ricorso alla fattispecie di epidemia) e, dall'altro, alle forzature ermeneutiche subite dalla fattispecie di avvelenamento. La ricerca di alternative al rigido modello del "diritto penale di evento" ha propiziato la destrutturazione delle fattispecie di pericolo comune e l'indebito assorbimento in tale quadrante di tutela di forme di offesa irriducibili ai requisiti delle figure criminose contemplate in seno al Titolo VI del Libro II del codice penale.

### **3.2. La messa in pericolo di beni personali di singoli individui indeterminati**

Sotto il profilo tipologico, le forme di offesa suscettibili di assumere una propria autonomia rispetto ai due fronti di tutela poc'anzi evocati, sono quelle corrispondenti alla messa in pericolo della vita, dell'incolumità psico-fisica e della salute di singoli individui.

In tale *genus*, potrebbero rientrare, in primo luogo, le condotte che mettono a repentaglio i predetti beni personali in contesti – come quello dell'esposizione a sostanze pericolose – dominati da pressanti istanze di sicurezza, in cui le difficoltà sottese alla prova del nesso causale e all'individuazione del responsabile comportano l'elevato rischio della deformazione o della paralisi dei nessi di imputazione.

Le nuove forme di anticipazione della tutela, sussidiarie rispetto al tentativo di omicidio e di lesioni personali e al contempo eterogenee rispetto al calibro "collettivo" di tutela presupposto, di regola, dalle fattispecie criminose contro l'incolumità e la salute pubblica, potrebbero comprendere non soltanto le condotte colpose pericolose per la vita o l'incolumità individuale, ma anche gli atti idonei a realizzare gli illeciti di cui agli artt. 582 e 575 c.p., posti in essere con dolo eventuale, nonché le fattispecie "*sui generis*" di pericolo individuale che sono, tuttora e – si ritiene – in maniera sistematicamente "spuria", previste nell'ambito dei delitti di pericolo comune mediante violenza e mediante frode.

### 3.3. Pericolo comune tra dimensione collettiva e dimensione individuale

Da quest'ultimo punto di vista, è stato osservato in dottrina il fatto che vi sono due modi di intendere l'incolumità pubblica e correlativamente il "pericolo comune": in una dimensione *collettiva* (accezione dominante in relazione alle fattispecie di cui al Titolo VI ) e in una dimensione *individuale*, ove 'comune' significa "di chiunque" si trovi in una determinata situazione, a prescindere dalla sua identità, dal suo essere Tizio piuttosto che Caio, in quanto è indifferente la posizione assunta dal singolo rispetto alla situazione concreta.

In questo senso, è indubbio che all'interno del Titolo VI del codice penale siano individuabili disposizioni caratterizzate da una peculiare bipolarità teleologica, in quanto finalizzate sia alla prevenzione di proiezioni offensive di portata collettiva (pluripersonale e indeterminata), sia alla prevenzione di offese di calibro "individuale", ossia incidenti su singole persone, sia pur considerate in forma indeterminata.

Ci si riferisce, in primo luogo, agli artt. 437 e 451 c.p., nella parte in cui si puniscono la rimozione, il danneggiamento o l'omissione di impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire *infortuni sul lavoro* ovvero l'omissione colposa di cautele o difese contro *infortuni sul lavoro*.

Volgendo lo sguardo all'art. 437 c.p., ci si avvede agevolmente del fatto che, nel punire chi omette di collocare impianti, apparecchi, segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, ovvero li rimuove o li danneggia, la fattispecie concerne solo in parte la tutela dell'incolumità collettiva: il riferimento teleologico alla prevenzione di infortuni sul lavoro fa sì che l'interesse in gioco non sia quello di una collettività, ma quello di singole persone (ad es., quello dell'incolumità dell'operaio, unico addetto ad una determinata macchina). Nel caso degli infortuni sul lavoro assumono, infatti, rilievo la sostituibilità e la fungibilità del prestatore di lavoro subordinato esposto al pericolo, secondo quella che viene considerata la concezione *qualitativa* di indeterminatezza: il singolo indeterminato quale rappresentante – *rectius*, esponente – della collettività dei lavoratori.

Alla base di tale paradigma vi è l'idea che l'incolumità pubblica possa essere messa in pericolo anche dall'*indifferenza* della vittima, che può essere chiunque. Come è stato rilevato in dottrina, ciascuno dei consociati impersona la pubblica incolumità nel suo aspetto 'comune': nell'interscambiabilità e fungibilità della vittima si può, dunque, cogliere il dato qualificante del pericolo individuale, come tale incidente su un bene che "può concretizzarsi *per occasionem* in chiunque indifferenziatamente".

A ben vedere, al predetto modello è, altresì, riconducibile l'illecito di cui all'art. 445 c.p. (rilevante in forma colposa, ai sensi dell'art. 452 c.p.), in riferimento alla somministrazione – dolosa o colposa – di medicinali pericolosi. Nel caso della somministrazione di sostanze medicinali, la sufficienza di un'unica condotta ad integrare la fattispecie conferma il carattere individuale del pericolo: qui ad essere preso in considerazione è il singolo individuo (ad es., l'acquirente), quale "rappresentante" ed esponente della collettività dei potenziali cessionari.

Siamo di fronte ad una frode in commercio qualificata dalla pericolosità per la salute: postulando la norma punitiva la consegna o la somministrazione delle sostanze medicinali e, cioè, la messa a disposizione del destinatario degli oggetti materiali, difficilmente la condotta può risultare pericolosa per una pluralità indeterminata di consociati. Le nozioni normative "consegna" e "somministrazione" richiamano, in effetti, l'idea della dazione della cosa (anche soltanto) ad una singola persona: ad assumere rilievo (quindi ad essere sufficiente ai fini dell'integrazione della fattispecie) è, dunque, il pericolo incombente sulla salute di singoli individui, senza che sia, peraltro, necessario accertare di volta in volta un rischio effettivo per la salute del destinatario della tutela. Più che alla salute collettiva, la tutela è orientata teleologicamente alla salute di singoli soggetti, in funzione della prevenzione di un pericolo *singolare*, che prescinde dall'indeterminatezza in senso quantitativo (e, dunque, da referenti di

valore pluripersonali).

Nella misura in cui si collegano alla tutela della vita, incolumità fisica e salute del singolo individuo, gli illeciti sopra richiamati – incentrati sull'inosservanza di norme prevenzionistiche (analogamente alle fattispecie di cui agli artt. 437 e 451 c.p., anche l'art. 445 c.p. si fonda sull'inosservanza di norme prevenzionistiche, con profili strutturali tipici dell'illecito contravvenzionale) – presentano un'accentuata specificità strutturale e teleologica, ben distinta dai canoni del "pericolo comune" inteso in senso collettivo.

Il peculiare carattere *individuale* e *singolare* del pericolo pone, allora, una duplice esigenza: quella di valutare la congruenza politico-criminale della permanenza di questi illeciti nell'indistinto ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica e la salute pubblica; quella di verificare l'opportunità di un'eventuale ricollocazione e valorizzazione di tali fattispecie nell'ambito di un'autonoma e più ampia aggregazione di illeciti, per l'appunto incentrata sul *pericolo individuale*.

### **3.4. I profili teleologici sottesi alla nuova categoria di illeciti**

Due, in definitiva, appaiono le finalità sottese alla categoria di delitti di pericolo individuale: l'una collegata alle frequenti deformazioni applicative del diritto penale di evento (fattispecie di lesioni personali e di omicidio); l'altra alla necessità di una più chiara e netta distinzione tra le due nozioni di "pericolo comune" cui si è fatto poc'anzi riferimento.

Avuto riguardo ai delitti contro la persona, come già anticipato, l'intento sotteso alla previsione di delitti di pericolo individuale non è tanto quello di ampliare ulteriormente lo spettro della rilevanza penale quanto piuttosto quello di riequilibrare e razionalizzare le sorti applicative dei tradizionali reati contro la vita e l'incolumità fisica polarizzati sulla causazione dell'evento dannoso.

Si tratta di recepire e convogliare le istanze politico-criminali emergenti dalla prassi in forme di prevenzione e di repressione che ribadiscano e marchino incisivamente la differenza intercorrente – quanto a disvalore, responsabilità e correlativo trattamento sanzionatorio – tra condotta pericolosa e causazione dell'evento dannoso.

La categoria di delitti di pericolo individuale, potrebbe, cioè, risultare idonea a favorire l'allentamento, la "sdrammatizzazione", delle pressioni ed aspettative punitive che caratterizzano l'applicazione delle fattispecie (specialmente colpose) di omicidio e lesioni personali, consentendo il ristabilimento di canoni di imputazione maggiormente conformi ai principi costituzionali.

Nell'ambito della tutela dell'incolumità pubblica e della salute pubblica, un intervento mirato ad autonomizzare e a rivitalizzare il profilo individuale del pericolo comune porrebbe fine alla bipolarità teleologica (pericolo comune collettivo *versus* pericolo comune individuale) di alcune delle fattispecie previste nel Titolo VI, riconducendo quest'ultime ad una forma di offesa omogenea al paradigma del pericolo pluripersonale e diffusivo di danno individuale, ossia il pericolo collettivo, nella forma tipica del disastro.

### **3.5. Le possibili collocazioni dei delitti di pericolo individuale. Profili contenutistici e strutturali**

Per quanto concerne la possibile collocazione, pare da escludersi l'eventualità di inserire i delitti in esame all'interno del Titolo XII, sia pur all'interno di un nuovo Capo, appositamente destinato a contenerli. La dimensione *impersonale* che caratterizza questa peculiare prospettiva di tutela appare, infatti, preclusiva di tale inquadramento.

Conseguentemente si ritiene che i delitti in questione possano astrattamente essere inseriti o all'interno di un autonomo e innovativo Titolo XII-bis del codice penale, intitolato “*Dei delitti di pericolo individuale*”, di seguito ai “*Delitti contro la persona*” o, in alternativa, con la stessa denominazione, all'interno di un nuovo Capo IV, collocato nel Titolo VI (“*Delitti contro l'incolumità pubblica*”) e intitolato “*Dei delitti di pericolo individuale*”.

Se entrambe le soluzioni si rivelano consentanee all'esigenza di autonomizzazione e valorizzazione politico-criminale sottese alla nuova categoria di illeciti, la seconda consentirebbe di mantenere quest'ultimi all'interno del *genus* “pericolo comune”, sia pur con una più netta e feconda distinzione rispetto al diverso “calibro” offensivo sotteso alle fattispecie incentrate sul disastro.

Le fattispecie di pericolo individuale non dovrebbero assumere portata e carattere generale (sulla falsariga del già richiamato delitto di *mise en danger de la personne d'autrui*, previsto dall'art. 223-1 c.p. francese): dovrebbero, invece, essere previste specifiche e tassative figure, espressive di istanze preventive meritevoli di particolare considerazione dal punto politico-criminale.

In questa direzione, si potrebbe, in primo luogo, traslare nella nuova categoria la fattispecie di cui all'art. 437 c.p., nella parte in cui si riferisce alla prevenzione degli infortuni sul luogo di lavoro. Si potrebbe cogliere l'occasione per estendere il raggio della prevenzione alle malattie professionali: in tal modo, si recepirebbero le istanze che, nella prassi, si sono finora indebitamente concretizzate nel superamento ermeneutico della fondamentale distinzione tra infortunio e malattia professionale e nell'enucleazione di un anomalo *tertium genus* – la c.d. *malattia-infortunio* – di chiara matrice analogica. Attraverso il ricorso ad una fattispecie polarizzata sulla pericolosità della condotta, espressamente orientata alla prevenzione di infortuni e malattie professionali e non necessariamente vincolata al concetto tradizionale di “causa violenta”, si porrebbe fine alle inammissibili forzature che caratterizzano l'applicazione degli artt. 437 e 451 c.p.

In secondo luogo, tra le fattispecie suscettibili di essere incluse all'interno della nuova aggregazione, potrebbe assumere rilevanza la già accennata ipotesi di somministrazione o consegna di medicinali in modo pericoloso per la salute individuale.

Valorizzando le indicazioni provenienti dall'esperienza comparatistica e le capacità dei delitti di pericolo individuale di assorbire significative e mutevoli istanze di tutela correlate allo sviluppo tecnologico della società, si potrebbero, altresì, introdurre – innovativamente – fattispecie di condotta pericolosa nel settore del contagio di virus (ad esempio e soprattutto HIV) e di cessione di sostanze stupefacenti.

Sotto il primo profilo, è noto il fatto che la mancata previsione nel nostro ordinamento di forme di responsabilità penale che prescindano dalle “forche caudine” del nesso di causalità e dall'incompatibilità del dolo eventuale con i requisiti previsti per la punibilità del tentativo, abbia finito per generare sul piano applicativo inammissibili semplificazioni e presunzioni in ordine alla prova del nesso eziologico e del dolo. L'inserimento di una fattispecie di mera condotta incentrata sul pericolo di trasmissione del virus potrebbe in questo senso contribuire a diminuire la pressione sui coefficienti di imputazione dell'evento, percepibile nel diritto vivente.

Nel rinviare alla apposita sezione (la terza) della presente relazione per l'approfondimento delle potenzialità politico-criminali sottese all'impiego del paradigma del pericolo individuale nel settore degli stupefacenti, in questa sede ci si limita ad osservare che, in un'ottica di concretizzazione e individualizzazione della tutela della salute, si potrebbero sperimentare modelli di emancipazione dal paradigma iper-pubblicistico di contrasto della circolazione di sostanze stupefacenti, valorizzando la messa in pericolo della vita e della salute del singolo individuo (ossia dell'assuntore).



### 3.6. Alcuni nodi problematici

Si è discusso in ordine ai modi di risoluzione di alcuni profili problematici correlati alla previsione della nuova categoria di illeciti.

Dal punto di vista degli stadi di tutela, si ritiene che si debba privilegiare il modello del pericolo “astratto-concreto”, incentrando il relativo giudizio prognostico sul parametro della miglior scienza ed esperienza del momento di realizzazione della condotta e su una base circostanziale che prescinde dalle concrete o peculiari condizioni psico-fisiche e di salute in cui versò il soggetto passivo dell'azione, in riferimento, dunque, alla rilevante e generica probabilità di verificazione dell'evento dannoso: ciò anche al fine di evitare l'eventuale ricorso giudiziale a criteri ermeneutici *in malam partem*, ispirati al principio di precauzione.

Ci si è, inoltre, interrogati sulla necessità di prevedere una serie di requisiti selettivi e delimitativi, finalizzati ad evitare “tracimazioni” applicative delle fattispecie in esame. Ci si riferisce, in primo luogo, all'opportunità o meno di subordinare la punibilità della condotta pericolosa al verificarsi – in danno della persona esposta al pericolo – di successivi eventi pregiudizievoli (morte, lesioni personali) suscettibili di essere sussunti in una legge di copertura che attesti la successione regolare tra condotta ed evento (c.d. causalità generale). Si tratta, cioè, di valutare *se attribuire o meno all'evento lesivo un ruolo sostanzialmente assimilabile a quello di una condizione oggettiva di punibilità*: se la soluzione positiva mira ad arginare un'eccessiva latitudine dell'area di rilevanza penale della pericolosità individuale, quella di segno opposto è rivolta al duplice obiettivo di non restringere eccessivamente l'ambito della responsabilità e di evitare di celebrare processi penali per condotte assai risalenti, come avverrebbe nel caso di patologie lungo-latenti, perdendo alcuni dei vantaggi inerenti al modello di illecito qualificato da condotta pericolosa.

In secondo luogo, condivisa la necessità di attribuire rilevanza anche alla condotta pericolosa posta in essere con dolo eventuale, è stata valutata l'opportunità di far dipendere la rilevanza della condotta non dolosa dal grado della colpa, con esclusione della colpa lieve.

Il ricorso al regime della procedibilità d'ufficio appare coerente con la connotazione impersonale della tutela (e, in fondo, con la matrice sostanzialmente ‘contravvenzionale’ delle fattispecie).

### 3.7. Profili sanzionatori

L'alternatività strategica, strutturale e teleologica della categoria dei delitti di pericolo individuale rispetto al tradizionale fronte di tutela incentrato sul diritto penale di evento deve riflettersi congruamente sul piano del trattamento sanzionatorio.

La modulazione delle pene comminate dovrebbe essere effettuata tenendo conto – *per relationem* – dei limiti di pena contemplati nei casi di omicidio e lesioni personali dolosi (consumati o tentati) e colposi. Si dovrebbe, cioè, addivenire alla previsione di livelli edittali di pena proporzionati e coerenti rispetto al disvalore del fatto (debitamente distanziati, lo si ripete, dalle cornici edittali dei delitti -dolosi e colposi- di omicidio e di lesioni personali), optando a favore della restrizione al minimo della previsione della pena detentiva in caso di condotta colposa e del conseguente ricorso a misure sanzionatorie di contenuto interdittivo-inabilitante, calibrate e aderenti alla tipologia di attività esercitata.

*At last but not least*, sarebbe utile prefigurare la rilevanza graduabile (in chiave di mitigazione della pena ovvero di estinzione del reato, qualora non si ritenesse opportuno subordinare la punibilità della condotta di pericolo al verificarsi dell'evento di danno) di condotte di neutralizzazione del pericolo e di ripristino di condizioni di sicurezza, secondo i

moduli già positivamente sperimentati nell'ambito della tutela della sicurezza e della salute del lavoro: la natura "sostanzialmente" contravvenzionale degli illeciti in esame, dipendente dalla dominante curvatura prevenzionistico-cautelare, si rivela il fattore legittimante l'estensione mirata e ponderata del predetto modello premiale.

### **3.8. I delitti di pericolo individuale quali forme sui generis di attentato alla vita, all'incolumità fisica e alla salute di singoli individui**

In definitiva, i delitti di pericolo individuale, distinti sia dal fronte di tutela della persona, sia dall'ambito di protezione dell'incolumità e salute collettive, rappresentano l'espressione di istanze di salvaguardia dei beni fondamentali del *singolo quale esponente della collettività*. Tali esigenze di tutela potrebbero essere soddisfatte attraverso il riposizionamento del disvalore sulla condotta che si riveli pericolosa nei confronti della vita, dell'incolumità fisica e della salute del singolo individuo.

L'anticipazione della soglia di punibilità si traduce nella valorizzazione politico-criminale di forme "*sui generis*" di attentato, destinate ad operare sul versante doloso e su quello colposo.

Dal primo punto di vista, assume rilievo la *funzionalità integrativa rispetto alla sfera di operatività del tentativo*: prescindendo dal requisito dell'univocità e incentrandosi sulla causabilità dell'evento dannoso, l'ipotesi dolosa di pericolo individuale si presta ad assorbire il novero delle condotte (statisticamente ricorrenti) idonee a cagionare l'evento poste e sorrette da dolo eventuale (in rapporto all'esito naturalistico).

*Sul versante colposo*, i reati in esame rappresentano, a ben vedere, l'equivalente funzionale – in ambito individuale – di almeno due incriminazioni già previste nel codice penale: la peculiare fattispecie di delitti colposi di pericolo contemplata all'art. 450 c.p., in riferimento alle condotte – attive od omissive – che facciano sorgere o persistere il pericolo di determinati disastri, e la disposizione di cui all'art. 452-*quinquies* comma 2 c.p., la quale punisce (con una pena ridotta di un terzo rispetto a quella comminata al primo comma) le condotte colpose da cui sia derivato il pericolo di un inquinamento ambientale ovvero di un disastro ambientale (su quest'ultima fattispecie si rinvia alle considerazioni critiche e *de lege ferenda* svolte nella seconda sezione – dedicata ai reati ambientali - della presente relazione finale).

*La previsione, fin dal 1930, di delitti colposi di pericolo (di disastro) e, a partire dal 2015, di delitti colposi contro l'ambiente, denota, dunque, l'attenzione riservata dal legislatore, anche in ambito delittuoso, alle fattispecie di mera condotta pericolosa.*

Nel nostro caso, *mutatis mutandis*, il reato colposo di pericolo individuale finisce per assumere i contorni di un inedito "tentativo" di lesioni personali colpose o di omicidio colposo, la cui punibilità appare giustificata sia in chiave assiologica alla luce del rango primario dei beni protetti, sia in chiave politico-criminale, considerata l'ineffettività della tutela palesata dalle correlative fattispecie di evento.

### **4. Evidenza epidemiologica ed eventi lesivi accertati su base collettiva (c.d. "danno alla popolazione")**

Il gruppo di lavoro si è altresì soffermato sulle controverse problematiche di imputazione di eventi lesivi accertati a livello di popolazione sulla base di studi epidemiologici. Al riguardo, il fronte più avanzato del dibattito odierno prende le mosse dall'ormai condivisa e non più discutibile (quanto meno sul piano giuridico) *scientificità* dell'epidemiologia, nonché dalla connessa *attendibilità* degli studi condotti secondo il relativo metodo (studi ai quali, a tacer d'altro, si devono alcune tra le più importanti scoperte in campo sanitario dell'ultimo secolo),

focalizzandosi piuttosto sull'opportunità, e la concreta fattibilità, di soluzioni ermeneutiche o legislative finalizzate a ricondurre le risultanze degli studi epidemiologici – in termini di *quote in eccesso* di malattie e/o morti tra i soggetti esposti a fattori di rischio – all'interno di puntuali paradigmi di tutela penale.

Il discorso prende il via dalla constatazione secondo cui gli studi epidemiologici, laddove condotti a regola d'arte, sono in grado di fornire due diversi ordini di informazioni: da un lato, l'aumento del rischio di ammalarsi a carico di *tutti* gli esposti (c.d. rischio relativo); dall'altro lato, l'esistenza di un certo numero di eventi lesivi *in eccesso*, ossia di casi di malattia e/o morte che, in assenza dell'esposizione, *certamente* non si sarebbero verificati (c.d. numero attribuibile). Quest'ultima informazione, dunque, trasferisce la logica controfattuale sul piano collettivo; con la peculiarità – di imprescindibile rilievo ai nostri fini – che il danno può essere accertato soltanto rispetto ad una collettività impersonale, stante l'impossibilità di individuare per nome e cognome *chi*, tra i soggetti esposti, non si sarebbe ammalato o non sarebbe morto in assenza dell'esposizione. Esempi di questo tipo di evidenza sono rinvenibili nei noti casi Eternit, Ilva e Tirreno Power, dove appunto gli studi epidemiologici condotti con riferimento a determinati fattori di rischio (rispettivamente amianto, inquinamento da impianto siderurgico e inquinamento da centrale termoelettrica a carbone) hanno evidenziato eccessi di mortalità e morbilità tra lavoratori e residenti nelle aree interessate.

La dottrina è divisa tra chi ritiene il tipo di conoscenza offerto dall'epidemiologia utilizzabile, tutt'al più, ai fini della prova del pericolo comune (nei reati contro l'incolumità pubblica) e della causalità generale (nei reati d'evento contro la persona); e chi invece, valorizzando il dato sulla quota in eccesso di eventi lesivi eziologicamente ricollegabili al fattore di rischio, vi rinviene altresì l'evidenza di un vero e proprio "danno alla popolazione". All'interno di quest'ultimo orientamento dottrinale è possibile ulteriormente distinguere tra chi ritiene che il "danno alla popolazione" indichi un'offesa direttamente riconducibile alle esistenti figure di lesioni personali e omicidio (sul presupposto – al netto di ulteriori distinguo e sfumature – che tali fattispecie non richiedano l'identificazione della singola vittima); e chi invece ritiene si tratti di una categoria concettuale autonoma, espressiva di un disvalore suscettibile di essere sanzionato soltanto all'interno di fattispecie *ad hoc* (alcuni ravvisano il primo esempio in tal senso nel "nuovo" disastro ambientale-sanitario *ex art. 452-quater n. 3*). Trasversale a tutti gli autori, invece, è la convinzione che i tentativi sinora esperiti in giurisprudenza di incanalare il sapere epidemiologico nelle fattispecie contro l'incolumità pubblica, e segnatamente nel "disastro ambientale" *ex art. 434 c.p.*, abbiano determinato indebite forzature del fatto tipico (emblematico, limitandoci ad una vicenda conclusa con sentenza definitiva, il caso Eternit).

Il gruppo di lavoro ha avviato una riflessione collegiale sulle questioni ora sinteticamente richiamate, concordando sulla necessità di affrontarle nelle loro molteplici sfaccettature, tra le quali spiccano la tipologia dell'offesa, il suo inquadramento tra i reati contro la persona o l'incolumità pubblica, la valutazione della prova scientifica, nonché i riflessi sul fronte di altri istituti (ad es. consumazione, prescrizione, risarcimento del danno). Considerata la perdurante vivacità del dibattito in materia, si è ritenuto per il momento più proficuo stimolare la prosecuzione del confronto e l'approfondimento critico, anziché formulare conclusioni anche soltanto a carattere provvisorio.

## **5. Possibili interventi in tema di tipicità colposa e rischio consentito**

Analogamente a quanto riscontrato sul versante del nesso causale (v. *supra*, n. 3.2.), anche la tipicità colposa ha subito, nel contesto delle prassi giurisprudenziali italiane, un costante processo di erosione e "flessibilizzazione", che ne ha fortemente ridotta la capacità selettiva

delle condotte meritevoli di sanzione penale. Punto di riferimento di questo *trend* applicativo è il modello di imputazione dell'evento colposo cristallizzato dalla sentenza della Cassazione sul caso di Porto Marghera, e sistematicamente adottato dalla giurisprudenza successiva (in particolare in materia di danni da esposizione ad amianto), a sua volta fondato su due cardini strettamente connessi: *i*) la sostituzione del paradigma della prevedibilità dell'evento lesivo, fondata sul sapere scientifico *ex ante* disponibile, con quello della riconoscibilità del rischio di danni alla salute; *ii*) la descrizione della condotta alternativa lecita in termini di obbligo di adottare ogni cautela necessaria a prevenire i suddetti danni alla salute, inclusa l'astensione dall'attività pericolosa. Siffatto approccio si traduce in un'estensione dell'area della responsabilità penale potenzialmente in grado di raggiungere qualunque effetto collaterale di attività produttive, o comunque socialmente utili, caratterizzate da margini di rischio per i beni della salute e della vita, a prescindere da una rigorosa ricostruzione del dovere di diligenza in un dato momento storico e dall'accertamento della concreta efficacia preventiva delle misure disponibili.

Tali questioni, in quanto oggetto privilegiato dell'indagine affidata ad altro Gruppo della presente ricerca dell'Associazione (3° Gruppo - *Reati colposi contro la vita e l'integrità fisica*), possono qui essere soltanto evocate, essendo, evidentemente, tutt'altro che estranee alle prospettive di riforma dei reati contro la persona nei settori esaminati, tradizionalmente caratterizzati da un'altissima incidenza di illeciti colposi (emblematico il contesto della sicurezza del lavoro). Fermo restando, infatti, che una parte almeno delle problematiche accennate potrebbero essere efficacemente affrontate già sul piano ermeneutico – attraverso, ad esempio, la ridefinizione dei rapporti tra colpa specifica e colpa generica, l'opportuna valorizzazione della distinzione tra regole cautelari proprie ed improprie e di interpretazioni basate sulla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento (abbandonando l'erronea convinzione che essa favorisca indebite forme di flessibilizzazione del nesso causale) – nondimeno è evidente come puntuali interventi di carattere riformatore potrebbero facilitare la transizione verso una concezione della colpa nel complesso meno evanescente di quella attuale.

Anche dall'analisi comparatistica, del resto, è emersa chiaramente la preoccupazione – tanto più significativa essendo trasversale ad ordinamenti diversi sia per tradizione giuridica che per scelte di politica criminale negli specifici settori considerati – di delimitare la portata dell'intervento penale alla luce di un'attenta ricostruzione del “*duty of care*” esigibile in capo all'agente che realizza condotte strutturalmente pericolose, al fine di evitare che la sanzione diventi una conseguenza pressoché automatica ogniqualvolta il pericolo venga a concretizzarsi o addirittura sfoci in danno. La ricerca dei confini del “rischio consentito” rappresenta, in altre parole, il denominatore comune di opzioni legislative orientate alla selezione del penalmente rilevante, quali: la costruzione degli illeciti (in particolare quelli ambientali) attraverso una marcata “accessorietà amministrativa”; la descrizione delle condotte tipiche non già (o comunque non solo) attraverso concetti descrittivi e clausole aperte, bensì attraverso specifici rinvii alle discipline di settore, siano esse di rango primario, regolamentare ovvero dettate da atti amministrativi in senso stretto; la previsione, specie in regime di *strict liability*, di specifiche *defenses* che consentono all'accusato di dimostrare la conformità del proprio operato alle regole preventive (con un onere della prova dunque invertito ma al contempo “facilitato” dall'adozione di standard inferiori all'oltre ogni ragionevole dubbio).

Le prime due soluzioni menzionate – accessorietà amministrativa e rinvio a puntuali discipline attraverso elementi normativi della fattispecie penale<sup>33</sup> – appaiono, almeno in settori come quelli della sicurezza del lavoro o degli alimenti, facilmente importabili anche nel nostro ordinamento e potrebbero produrre effetti immediati in termini di contrazione della risposta

---

<sup>33</sup> Diverso il discorso per la terza soluzione prospettata, che, specie nelle ipotesi di *strict liability*, non può rappresentare un criterio selettivo dell'area del penalmente rilevante per la semplice ragione che, trattandosi di responsabilità oggettiva, risulterebbe incostituzionale.

penale, consentendo altresì di concentrare le risorse sulle violazioni di maggiore gravità. Da sottolineare, inoltre, come tali soluzioni presenterebbero l'indubbio vantaggio di essere automaticamente estendibili anche ai reati dolosi, risultato che non sarebbe invece raggiungibile (o comunque non altrettanto agevolmente) operando *de jure condito* sul terreno della teoria della colpa.

Infine, certamente meritevoli di attenzione sono gli ordinamenti (*in primis* la Spagna) che hanno compiuto una decisa opzione a favore della limitazione della risposta penale ai soli casi di colpa grave o, comunque, a forme di colpa "qualificata" (sul modello francese della *faute délibérée* e della *faute caractérisée* che delimita la rilevanza penale della colpa per le ipotesi di causazione c.d. "indiretta", come nel contesto della responsabilità del datore di lavoro, del dirigente, del produttore o di ogni altro garante inteso come "gestore di rischi"). In effetti, fermo restando che la diligenza richiesta deve essere commisurata all'agente modello in grado di svolgere la specifica attività, appare irragionevole estendere la sanzione penale anche alle omissioni ed agli errori di minore entità, specialmente alla luce dell'elevato grado di tecnicità e difficoltà connaturato alle attività in considerazione. Si tratta di una logica, *mutatis mutandis*, già recepita nel ramo civilistico del nostro ordinamento (art. 2236 c.c.) e dunque *a fortiori* importabile anche nel settore penale.

Sezione II  
(C. Ruga Riva)

**I REATI AMBIENTALI**

**Sommario:** 1. Premessa; 2. La disciplina attuale; 2.1. La disciplina codicistica; 2.2. Il c.d. Testo Unico Ambientale; 2.3. Le restanti fattispecie penali ambientali; 3. Proposte di riforma: se, dove e come.

**1. Premessa**

L'analisi dei reati ambientali nell'ambito di un gruppo di lavoro dedicato ai reati contro l'incolumità pubblica e privata si giustifica in forza degli stretti rapporti tra ambiente e persona umana, particolarmente evidenti nelle società fortemente antropizzate e industrializzate come la nostra.

Sebbene sia pensabile una tutela penale dell'ambiente in quanto tale, a prescindere da proiezioni offensive verso l'incolumità pubblica o privata, l'attuale disciplina codicistica italiana, per quanto esplicitamente dedicata ai delitti contro l'ambiente, non manca di collegare l'offesa ambientale a pericoli o danni per l'incolumità pubblica o per l'integrità fisica di singole persone.

Così, nel titolo VI-*bis* del c.p., dedicato ai reati contro l'ambiente, compaiono gli artt. 452-*ter* (morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale) e 452-*quater* n. 3 (disastro ambientale con offesa alla pubblica incolumità).

Ancora, il traffico di materiale ad alta radioattività è aggravato se dal fatto deriva pericolo per la vita o per l'incolumità delle persone (art. 452-*sexies* c.p.).

Analogamente in altri ordinamenti pericoli per l'incolumità pubblica o eventi di danno alla integrità fisica o alla salute individuale fondano circostanze aggravanti della fattispecie base di inquinamento<sup>1</sup> o, più raramente, rappresentano un elemento di fattispecie posto in alternativa ad altri eventi di natura più strettamente ambientale.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Così in Germania l'art. 330 StGB 330 StGB, intitolato "*Reato ambientale. Casi di particolare gravità*", prevede sensibili aggravamenti di pena rispetto alle figure base di inquinamento doloso (del suolo, dell'aria ecc.) ove il fatto abbia posto una persona in pericolo di morte o di gravi lesioni alla salute o abbia posto in pericolo la salute di un gran numero di persone. Nello stesso senso l'art. 325, co. 3 del codice penale spagnolo prevede un aggravamento di pena laddove le condotte incriminate dal delitto ecologico hanno creato un rischio di grave pregiudizio per la salute delle persone. In senso analogo l'art. 327 del medesimo codice spagnolo prevede una pena più elevata rispetto ai delitti ambientali indicati negli articoli ad esso precedenti (gestione abusiva di rifiuti ed esercizio di impianti pericolosi) ove i fatti base abbiano causato un rischio di deterioramento irreversibile o catastrofico.

<sup>2</sup> Il par. 181 del codice penale austriaco incrimina il danneggiamento doloso dell'ambiente, e segnatamente, con la pena detentiva fino a tre anni "*chi, in violazione di una norma o di una prescrizione amministrativa inquinata o comunque danneggia le acque, il suolo o l'aria in modo tale che:*

1. *possa essere causato un pericolo per la vita di un uomo o di lesioni personali gravi o per la salute o l'integrità fisica di un gran numero di persone;*

2. *possa essere causato un pericolo per la conservazione delle piante o degli animali in notevole misura*

3. *possa essere causato un peggioramento persistente di lunga durata delle condizioni delle acque, del suolo o dell'aria o*

4. *possa essere causata una spesa di ripristino o comunque danni a cose altrui, a oggetti sottoposti a tutela monumentale o naturale di ammontare superiore a 50.000 euro.*

Il par 325 dello StGB (*inquinamento atmosferico*) incrimina *chi cagiona alterazioni all'aria idonee a nuocere, al di fuori della sfera di pertinenza dell'impianto, alla salute altrui, ad animali, a piante o ad altre cose di rilevante valore, sanzionandolo con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria.*

Del resto la stessa Direttiva 2008/99 CE sulla tutela penale dell'ambiente ha uno spettro di tutela anfibo, pretendendo l'incriminazione sia di fatti che "provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone...", sia "...danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora..." (art. 3).

Il legislatore europeo non ha d'altro canto posto alcun vincolo ai Paesi membri circa la collocazione dei reati ambientali nei rispettivi ordinamenti e circa i nessi eventuali tra ambiente e tutela della persona, limitandosi a richiedere la protezione penale di entrambi, senza imporre gerarchie valoriali o criteri di collegamento.

Nella prospettiva di riforma dei reati contro la persona (nella declinazione collettivistica e a vittima indeterminata della incolumità pubblica così come in quella della incolumità privata) occorre allora preliminarmente interrogarsi sul se ed eventualmente come e dove dare rilievo a fattispecie penali poste a protezione dell'ambiente cui si colleghino danni o pericoli per l'incolumità pubblica o privata.

## **2. La disciplina attuale**

La disciplina penale dell'ambiente si fonda oggi su tre pilastri normativi: il codice penale (titolo VI-*bis* più fattispecie sparse altrove, specie nel titolo VI), il c.d. Testo Unico Ambientale (d.lgs. n. 152/2006) e svariate singole fattispecie contenute in leggi speciali (caccia e pesca, OGM, sostanze pericolose, inquinamento marino ecc.).

### **2.1. La disciplina codicistica**

Quanto al codice penale, nella prospettiva che interessa il nostro sottogruppo vengono in rilievo, in particolare, oltre alla fattispecie contravvenzionale di getto pericolo di cose (art. 674 c.p.), le fattispecie di avvelenamento delle acque (art. 439 c.p.), di adulterazione delle acque (art. 440) e di c.d. disastro innominato (art. 434 c.p.), proprio in quanto fattispecie esplicitamente pensate dal legislatore come fattispecie di pericolo contro l'incolumità pubblica.

Si tratta di delitti che la magistratura inquirente ha negli ultimi decenni (im)piegato per fronteggiare gravi forme di inquinamento seriale, da accumulo progressivo originato da produzioni industriali o dai relativi rifiuti, in processi talora "maxi", con contestazioni spesso ridimensionate al banco di prova del dibattimento o rese vane dalla prescrizione.

Sono note le vicende legate alla scoperta giurisprudenziale del c.d. disastro innominato riferito a fenomeni "disastrosi" di inquinamento ambientale, passata indenne al vaglio della Corte costituzionale ma oggetto di critiche severe da parte della dottrina largamente prevalente, che ne contesta le analogie strutturali con gli "altri disastri" enumerati nel titolo VI del codice penale.

Più di recente si è assistito al ripescaggio, a fini di tutela penale (anche) dell'ambiente del delitto di avvelenamento delle acque, talvolta "in coppia" con il c.d. disastro ambientale.

I casi più noti (Porto Marghera, Tamoil, Bussi, Spinetta Marengo), conclusisi con assoluzione per il contestato reato di avvelenamento, hanno messo in luce la difficile praticabilità di tali fattispecie rispetto alla prova del concreto pericolo per la pubblica incolumità e, d'altro canto, problemi di individuazione della soglia di offesa per la matrice ambientale (acqua, suolo aria) tale da integrare i requisiti dell'avvelenamento delle acque o del disastro.

Vengono poi in rilievo i nuovi eco-delitti (artt. 452-*bis* e ss. c.p.), cui è dedicato il titolo VI-*bis* c.p. introdotto dalla l. n. 68/2015.

Si tratta di una disciplina organica che contempla nuovi delitti (inquinamento ambientale; morte o lesioni come conseguenza di delitto ambientale; impedimento del controllo; traffico di

materiale ad alta radioattività), nuove versioni di reati già presenti (disastro ambientale e omessa bonifica), circostanze aggravanti e norme premiali.

## 2.2. Il c.d. “Testo Unico Ambientale”

La repressione penale di condotte potenzialmente pericolose per le matrici ambientali (acqua, suolo, aria) è contenuta nel c.d. Testo Unico Ambientale (d.lgs. n. 152/2006).

Si tratta, con una unica eccezione (art. 256-*bis*, combustione illecita di rifiuti), di fattispecie contravvenzionali, quasi sempre di pericolo astratto e di mera condotta, spesso punite con pena alternativa.

In larga misura si tratta di fattispecie poste a tutela delle funzioni di pianificazione e controllo della p.a.: si pensi alle numerose figure di reato che incriminano chi svolge attività senza valida autorizzazione, o in difformità dalle prescrizioni contenute nel titolo abilitativo.

Non mancano peraltro fattispecie che, seppure in via anticipata e limitatamente a talune classi di condotte, mirano a tutelare la salute delle persone: si pensi alle fattispecie di gestione abusiva di rifiuti o di inquinamento idrico o atmosferico che abbiano ad oggetto sostanze cancerogene per l'uomo, o alla fattispecie contravvenzionale di omessa bonifica riguardante siti a destinazione residenziale contaminati da sostanze cancerogene.

## 2.3. Le restanti fattispecie penali ambientali

Numerose altre discipline penali ambientali, attinenti ai più vari settori e collocate in singole leggi speciali possono talora prendere in considerazione pericoli o danni per la salute della persona.

Si pensi alle discipline sulle sostanze pericolose, sulle industrie a rischio di incidenti rilevanti, sugli OGM, ecc., con le quali il legislatore ha voluto tutelare anche, in via anticipata, l'incolumità pubblica, e nelle quali offese alla salute o alla integrità fisica rilevano vuoi come *ratio* concorrente di tutela, vuoi come elementi di fattispecie<sup>3</sup>.

## 3. Proposte di riforma: se, dove e come

In primo luogo, è opportuno chiedersi se la tutela penale della incolumità pubblica o privata connesse a offese ambientali sia necessaria o quanto meno opportuna, o se non siano preferibili soluzioni extrapenali (rimedi civilistici ad es. in forma di *class actions*, inedite forme di giustizia riparatoria, sanzioni amministrative ecc.)<sup>4</sup>.

Il dibattito, certo interessante e aperto a soluzioni anche innovative sul piano delle opzioni ideali, deve tuttavia tenere conto della Direttiva 2008//CE che, come accennato, vincola

---

<sup>3</sup> Ad es. l'art. 22 del d.lgs n. 206/2001 incrimina chi “... nell'esercizio delle attività di impiego confinato di MOGM ... cagiona pericolo per la salute pubblica ovvero pericolo di degradazione rilevante e persistente delle risorse naturali biotiche o abiotiche. L'art. 36 del d.lg. n. 224 del 2003 incrimina chi, “nell'effettuazione di un'emissione deliberata nell'ambiente di un OGM ovvero nell'immissione sul mercato di un OGM, cagiona pericolo per la salute pubblica ovvero pericolo di degradazione rilevante e persistente delle risorse naturali biotiche o abiotiche...”.

<sup>4</sup> Più in generale, prendendo spunto dal fenomeno delle esposizioni di massa a sostanze tossiche (come l'asbesto) STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, III ed., 2003, 481 ss. e 593 ss.; Analogamente per una critica al diritto penale dei valori-soglia v. D'ALESSANDRO, F., *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, 2012, specie 266 ss., ove anche si prospetta, *de jure condendo*, pp. 341 ss., un'alternativa basata sul sistema delle ingiunzioni.



esplicitamente gli Stati membri a incriminare determinati fatti offensivi dell'ambiente e/o della salute e vita delle persone.

Sicché il vincolo europeo di incriminazione in campo ambientale non lascia ai legislatori nazionali apprezzabili margini per soluzioni extrapenali, quanto meno rispetto allo "zoccolo duro" delle fattispecie delittuose contenute nell'art. 3 della Direttiva 2088//CE e corrispondenti a quelle oggi inserite nel titolo VI-*bis* c.p.

Spazi di depenalizzazione possono intravedersi rispetto alle attuali contravvenzioni, ad esempio rispetto alla gestione di rifiuti non pericolosi, o rispetto ad anticipazioni di tutela talvolta eccessive (ad es. inizio di installazione di stabilimenti destinati a produrre emissioni in atmosfera, art. 279 TUA), e più in generale per le non poche fattispecie contravvenzionali ambientali che presidiano mere tutele di funzioni.

In tali ipotesi, spesso soggette ad oblazione speciale, possono immaginarsi soluzioni amministrative, nella misura in cui si ritenga che le autorità amministrative siano in grado di irrogare ed assicurare l'effettività di sanzioni di tipo interdittivo, ripristinatorio ecc.

D'altro canto già oggi vi sono meccanismi (oblazione, procedura estintiva ex artt. 318-*bis* ss. d.lgs. n. 152/2006) che garantiscono vie di uscita dall'orizzonte penale senza pregiudicare la tutela effettiva dell'ambiente; si potrebbe pertanto pensare ad un loro potenziamento, ad es. estendendo l'oblazione speciale alle contravvenzioni punite con pena congiunta, o ampliando le attuali condizioni per l'ammissione alle procedure di estinzione.

Ciò premesso, il collegamento tra ambiente e persona umana (incolumità pubblica e privata) può essere inquadrato penalisticamente tanto tra i delitti contro l'ambiente quanto tra i delitti contro l'incolumità pubblica; dentro il codice o fuori di esso, ad esempio in testi unici ambientali o in fattispecie di messa in pericolo della salute, sul modello francese della *mise en danger d'autrui*.

Come accennato il nostro legislatore, nel 2015, ha optato per la prima soluzione, al pari di numerosi altri Paesi.

La soluzione codicistica di inserimento in un apposito titolo di delitti contro l'ambiente appare in effetti preferibile, specie nell'ottica della riserva di codice inaugurata dal d.lgs. n. 21/2018, e cioè di maggiore visibilità, accessibilità e sistematicità delle principali figure di reato poste a presidio di beni di rilievo costituzionale.

L'ambiente infatti, oltre ad apparire bene meritevole di tutela in sé (si intende rispetto ad offese ambientali serie) è, - o può essere a date condizioni - (anche) strumentale alla tutela della salute e della incolumità pubblica.

In questo senso il modello, ricorrente nella UE, di delitti di inquinamento aggravati da eventi di danno o pericolo per l'incolumità pubblica o privata<sup>5</sup> appare ragionevole e condivisibile.

Le alternative topografiche non convincono: in particolare l'inserimento di delitti ambientali all'interno di testi unici ambientali, dedicati appunto alla disciplina strettamente ambientale specie di natura amministrativa, sarebbe incongruo proprio rispetto al collegamento con i beni della incolumità pubblica e privata che ispira il lavoro del nostro gruppo.

Viceversa, l'inserimento dei principali delitti nel codice penale, in un apposito titolo a fianco di quello dedicato alla incolumità pubblica rende visibile il nesso e la contiguità tra i due beni.

Considerati i vincoli europei di incriminazione e l'opportunità di collocare le fattispecie che incarnano le offese più gravi in un apposito titolo del codice penale, occorre allora pensarne il contenuto, sempre nei limiti del calco rappresentato dall'art. 3 della Direttiva 2008/99 CE.

Sul punto è opportuno prendere le mosse dalla attuale disciplina degli artt. 452-*bis* e ss. del c.p., oggetto di larghe e severe critiche in dottrina a causa di lamentati *deficit* di determinatezza, per ipotizzare formule capaci di descrivere con più precisione i fatti di seria offesa ambientale

---

<sup>5</sup> Cfr. *supra*, note 1 e 2, e più in generale si vedano le relazioni pubblicate sul sito della AIPDP, [www.aipdp.it/ottavo\\_gruppo/](http://www.aipdp.it/ottavo_gruppo/) di RUGA RIVA, *I reati ambientali: uno sguardo comparatistico* e GAMBARDELLA M., *Il sistema dei reati ambientali nei paesi anglosassoni*.

meritevoli di tutela, così come i nessi con i beni della incolumità pubblica e privata.

### 3.1. Ripensare radicalmente il modello di tutela penale o affinarlo?

Occorre riflettere sul modello di tutela reputato più idoneo a salvaguardare i beni ambientali, anche nella loro (eventuale) connessione con i beni della incolumità pubblica e privata.

L'attuale modello codicistico, nelle due fattispecie più rilevanti (inquinamento e disastro ambientale) è costruito su fattispecie di evento e di danno, *meso* ("compromissione significativa e misurabile" di una matrice ambientale o di un ecosistema) o *macro* ("alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema").

Si tratta di un modello che implica notevoli difficoltà probatorie, in parte connesse alla complessa eziologia tipica degli inquinamenti che si producono in zone fortemente industrializzate, con fonti di inquinamento spesso plurali e stratificate nel tempo, in parte dovute alle formule linguistiche impiegate, che faticano a circoscrivere con sufficiente precisione i contorni dei fatti incriminati.

L'esigenza di incriminare come delitti solo inquinamenti qualificati, che attingano seri gradi di offesa all'ambiente, oltre a rispondere ad una condivisa opzione di politica criminale che lasci alle contravvenzioni o ad altri rami dell'ordinamento offese di minore intensità, deriva come visto dalla Direttiva 2088/99 CE, che appunto pretende l'incriminazione di danni "rilevanti" per l'ambiente.

Tale formula, espressiva di un concetto quantitativo non numerico, è declinata in vari modi in altri ordinamenti, ma è intrinsecamente poco precisa: esclude offese bagatellari o di scarso impatto ambientale, ma non riesce a tracciare con sufficiente nettezza la soglia superata la quale il danno può ritenersi rilevante (o serio, o apprezzabile ecc.).

Ciò dipende essenzialmente dalla fluidità del bene ambientale, che può leggersi in varie accezioni, sia materiali che immateriali (l'integrità o salubrità delle matrici ambientali o degli ecosistemi, ma anche i valori ricreativi o gli altri legittimi usi ad esso connessi, conformemente all'art. 5, lett. i) ter d.lgs. n. 152/2006), sia in senso antropocentrico (per l'eventuale impatto dell'ambiente sulla salute umana), che ecocentrico.

Lo sguardo comparatistico<sup>6</sup> insegna che i tentativi di declinare il concetto di "danni rilevanti" all'ambiente con diverse aggettivazioni non portano a risultati soddisfacenti, data l'inidoneità delle varie formule a precisarne con sufficiente precisione i confini.

Le possibili alternative sono o di natura numerica (attraverso la fissazione di limiti-soglia per le varie sostanze e in riferimento alle diverse matrici ambientali, pensati non come ora su livelli precauzionali bensì su soglie espressive di effettivo danno, od eventualmente riferiti ai valori oggi già fissati depurati del c.d. fattore di sicurezza) o legati ad una griglia di requisiti sintomatici più ampi (natura, intensità e durata degli effetti, pericolosità delle sostanze inquinanti ecc.).

La prima soluzione appare assai complessa e difficilmente praticabile, sia perché per gli effetti di talune sostanze mancano conoscenze scientifiche consolidate, sia perché la creazione di tabelle *ad hoc* richiede sforzi congiunti e di lungo periodo tra scienze "dure" e giuristi, che mal si attagliano a progetti di ricodificazione.

Ove si optasse per tale soluzione la fattispecie penale dovrebbe essere costruita similmente alle attuali contravvenzioni ambientali che incriminano il superamento dei valori contenuti in determinate tabelle poste al di fuori del precetto, in appositi allegati.

Tale soluzione mostra limiti evidenti di leggibilità del precetto (che verrebbe "spezzato" e andrebbe collegato a separati valori tabellari), che mal si attaglierebbero alla collocazione

---

<sup>6</sup> Cfr. *supra*, nota 5.

codicistica, che reclama precetti tendenzialmente autosufficienti.

La seconda soluzione appare preferibile: si tratterebbe di fornire al giudice taluni indicatori sintomatici della compromissione rilevante, vuoi di portata generale (frequenza e ampiezza degli sforamenti dei valori soglia o frequenza e gravità delle violazioni delle prescrizioni; gravità e persistenza nel tempo degli effetti avversi, anche in ragione della estensione quantitativa o delle caratteristiche qualitative degli inquinanti; costi di recupero, ripristino o bonifica, purché non particolarmente onerosi, requisito quest'ultimo tipico del disastro ambientale), vuoi più specifici (distinti ad es. per matrice ambientale, nel qual caso sarebbe preferibile immaginare apposite linee guide di interpretazione più articolate, ad es. in materia di inquinamento idrico).

Si tratterebbe in ogni caso di *indici probatori* dell'unico concetto di danno rilevante, non diversamente da quanto previsto in tema di stupefacenti riguardo alla destinazione non esclusivamente personale dello stupefacente detenuto.

Un'alternativa più radicale consiste nell'abbandono del modello del delitto di danno in favore di delitti di pericolo astratto o concreto; prospettiva non desiderabile, sia perché il campo dei reati di pericolo astratto è già "coperto" dalle attuali contravvenzioni, sia perché si tratterebbe di immaginare valori-limite (attestati questa volta su soglie potenzialmente pericolose secondo la scienza, senza considerare gli aspetti peculiari delle singole vicende e gli effetti concreti) con tutte le difficoltà già accennate.

Analoghe criticità pone il modello del pericolo concreto, il quale presenta complessità probatorie ancora maggiori a quelle già viste e che, rispetto alle fattispecie di danno, non soddisfa il vantaggio "garantistico" rappresentato dalla necessità di prova della effettiva lesione del bene.

Per altro verso occorre verificare l'opportunità di mantenere un collegamento con le discipline amministrative che regolano le varie attività impattanti sull'ambiente, secondo quanto indicato nella Direttiva 2008/99 CE (secondo la quale i fatti ivi descritti devono essere realizzati "*unlawful*").

Attualmente gli artt. 452-*bis* e 452-*quater* (e i correlati colposi, nonché gli art. 452-*ter*, 452-*sexies* e 452-*terdecies*) esigono che i fatti ivi descritti siano commessi "abusivamente".

La formula, criticata da una parte della dottrina (spesso rappresentata da magistrati), specie in riferimento al più grave delitto di disastro ambientale, appare in realtà opportuna, per evitare lesioni dell'affidamento che il cittadino (o l'imprenditore) ha diritto, in linea di massima, di riporre nella liceità penale di condotte conformi alla legge o ai titoli abilitativi nel momento in cui furono realizzate, e che solo successivamente, in ipotesi, possono rivelarsi inidonee a tutelare l'ambiente e/o la salute pubblica, sulla base di conoscenze scientifiche più aggiornate o di valori più cautelativi suggeriti da Agenzie specializzate.

L'esperienza giudiziaria degli ultimi anni ha mostrato vari casi, anche eclatanti (Tirreno Power, Ilva) nei quali, almeno in sede cautelare, si contestano gravi delitti (disastro innominato) anche rispetto ad emissioni all'epoca conformi ai valori soglia di legge o previsti dal titolo abilitativo (ma, in ipotesi, ulteriormente abbassabili con le migliori tecnologie, o comunque non conformi a coevi valori più cautelativi suggeriti da Agenzie), ciò che, salvo quanto si dirà subito, non sembra accettabile alla luce del principio della separazione dei poteri e di quello di prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotte.

Limitazioni all'affidamento nella sufficienza dell'ombrello rappresentato dalla legge o dal titolo abilitativo possono eccezionalmente conseguire a ipotesi-limite: allorché determinate prescrizioni o valori soglia siano frutto di indebite pressioni o collusioni con gli organi preposti alla loro fissazione; quando determinate prescrizioni o valori soglia siano, al momento della condotta, già inadeguati per consolidate conoscenze scientifiche o, comunque, per particolari conoscenze dell'agente, o perché in base a sopravvenute conoscenze scientifiche siano divenuti palesemente inadeguati.

In questo senso sembra opportuno mantenere una clausola di illiceità espressa, eventualmente specificando i casi eccezionali nei quali il rispetto formale delle norme di legge (o regolamentari) o delle prescrizioni contenute nel titolo abilitativo non esclude la responsabilità dell'agente.

Piuttosto, accogliendo le critiche di una parte della dottrina circa l'estensione eccessiva della clausola "abusivamente", può circoscriversi l'ambito del rischio consentito all'ambito delle regole dettate allo scopo esclusivo o concorrente di tutela dell'ambiente, secondo una formula idonea a ricomprendere le violazioni delle sole regole che, *ex ante*, abbiano in concreto una finalità anche solo parzialmente indirizzata a proteggere l'ambiente, ad esclusione di regole cautelari contenute in altri ambiti (ad es. igiene e sicurezza sul lavoro).

Resta inteso che la valutazione circa l'illiceità della condotta (per contrasto con talune regole) va valutata in concreto, in relazione al contesto nella quale è realizzata, al metro della prevedibilità *ex ante* delle conseguenze negative per l'ambiente.

Così talune regole del codice della strada (ad es. quelle che pongono determinati limiti di peso per il passaggio di autoarticolati su ponti, o determinati limiti di velocità su strade di montagna ecc.) ben possono valutarsi come regole cautelari finalizzate (anche) ad evitare incidenti impattanti sull'ambiente, qualora si tratti di trasporti con autoarticolati di sostanze altamente inquinanti.

In definitiva appare auspicabile mantenere l'attuale struttura di delitti di evento e di danno, così come la clausola di illiceità di collegamento con le sottese discipline amministrative, sforzandosi di meglio descriverne la tipicità.

In questo senso si propone di esplicitare gli indici del danno rilevante (*sub specie* compromissione significativa): intensità e persistenza degli effetti avversi sulle singole matrici ambientali e/o sugli ecosistemi, compresi i cicli biologici riguardanti flora e fauna; caratteristiche delle sostanze inquinanti; frequenza e ampiezza degli sforamenti di valori soglia o prescrizioni; costi e complessità tecnico organizzativa per ripristini e bonifiche.

Allo scopo di semplificare e razionalizzare l'attuale quadro normativo oggi occupato dagli artt. 452-*bis*, *ter* e *quater* c.p. si propone di rimodulare l'assetto di tutela, incentrandolo su di un'unica fattispecie di inquinamento ambientale; il collegamento con l'incolumità pubblica (pericolo per un numero indeterminato di persone) e privata (morti o lesioni gravi di singole persone) può trovare spazio all'interno di tale unica disposizione come evento aggravante integrante una fattispecie autonoma, secondo un modello già seguito in altri ordinamenti, che non conoscono fattispecie di disastro ambientale topograficamente distinte da quella di inquinamento.

La modifica proposta comporterebbe l'abolizione dell'attuale art. 452-*ter*, giustamente criticato in dottrina in quanto collega le morti o le lesioni non alla più grave ipotesi di disastro ambientale, ma (irragionevolmente) alla meno grave figura dell'inquinamento ambientale, e, sperabilmente, sdrammatizzerebbe anche a livello processuale (e di correlazione tra contestazione ed eventuale condanna) l'attuale problematica distinzione tra inquinamento e disastro ambientale.

In sintesi, si tratta di configurare una ipotesi base di inquinamento qualificato, aggravato da eventi di pericolo per l'incolumità pubblica o di danno per l'integrità fisica, integranti fattispecie autonome con le relative pene non assoggettabili a bilanciamento.

Le ipotesi di disastro propriamente ambientale (oggi inquadrabili negli artt. 452-*quater*, nn. 1 e 2 c.p.) andrebbero ugualmente ad integrare un evento aggravatore della fattispecie base di inquinamento.

Ferma restando la prima definizione di disastro come alterazione irreversibile di un ecosistema, potrebbe meglio quantificarsi l'attuale formula contenuta nell'art. 452-*quater*, attraverso riferimenti quantitativi (superamento di determinate soglie di spesa per bonifiche o ripristini) e/o temporali (determinati prevedibili tempi di bonifica o ripristino, ad es. di almeno

cinque anni)

Il nesso con il pericolo per l'incolumità pubblica (oggi ricompreso nell'art. 452-*quater* n. 3 c.p.) andrebbe analogamente a integrare un evento aggravante della fattispecie base di inquinamento.

L'inquinamento e il disastro andrebbero puniti anche se commessi in forma colposa, in continuità con quanto oggi previsto dall'art. 452-*quinquies*, co. 1 c.p.

Si suggerisce viceversa l'abbandono della attuale incriminazione della causazione di pericoli di inquinamento e di disastro (art. 452, co. 2-*quinquies* c.p.): si tratta di una anticipazione della tutela assistita da pene eccessivamente severe, che potrebbe trovare una risposta sanzionatoria più equilibrata nelle attuali contravvenzioni di settore (in materie di acque, suolo e aria, oggi presidiate da contravvenzioni di pericolo astratto).

Si suggerisce di non impiegare clausole di riserva: eventuali interferenze con gli artt. 434 e 449 c.p. possono risolversi alla stregua del principio di specialità, a favore dei reati ambientali proposti.

Sezione III  
(M. Gambardella)

## LA DISCIPLINA DEGLI STUPEFACENTI

**Sommario:** 1. Il sottosistema degli stupefacenti e le fattispecie di pericolo individuale; 2. Il modello del “proibizionismo” a fondamento della normativa italiana; 3. L’indagine comparatistica; 3.1. La collocazione sistematica della normativa in materia di stupefacenti; 3.2. La rilevanza giuridica del possesso e del consumo di stupefacenti ad uso personale; 3.3. Il trattamento sanzionatorio delle droghe leggere e pesanti. Il sistema delle *defences*; 3.4. Rilevanza giuridica della coltivazione; 3.5. L’associazione per delinquere; 4. I recenti tentativi di legalizzazione della *cannabis*; 5. Qualche considerazione conclusiva.

### 1. Il sottosistema degli stupefacenti e le fattispecie di pericolo individuale

All’interno dell’VII gruppo “*Reati contro la salute privata e pubblica e contro l’incolumità privata e pubblica*”, la presente Relazione si occupa degli illeciti penali in materia di stupefacenti iscritti all’interno dei reati contro la salute.

In pratica, si è tentato di approfondire l’opportunità di inserire il sottosistema degli stupefacenti nel dibattito che l’Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale ha avviato sul tema dei reati contro la persona, e sulle linee guida lungo le quali dovrebbe muoversi il futuro legislatore in proposito<sup>1</sup>.

Per quanto concerne i reati in materia di stupefacenti, se volgiamo lo sguardo alla tradizione storica, è possibile rinvenire un tratto unificante con l’altro ambito oggetto d’indagine da parte dell’8° gruppo, ossia i “reati contro l’incolumità pubblica e privata”.

Infatti nell’impianto originario del codice penale del 1930, la disciplina penale degli stupefacenti era posta nel titolo VI (“dei delitti contro l’incolumità pubblica”), capo II (“dei delitti di comune pericolo mediante frode”): agli artt. 446 (Commercio clandestino o fraudolento di sostanze stupefacenti) e 447 (Agevolazione dolosa dell’uso di sostanze stupefacenti) c.p. Le disposizioni in questione sono state poi abrogate dalla legge n. 685 del 1975, che mirava a un riordino complessivo della materia degli stupefacenti<sup>2</sup>.

L’offesa nel capo II del titolo VI – a differenza del capo I (“dei delitti di comune pericolo mediante violenza”) dove vi è una vittima diffusa, che subisce passivamente una aggressione esterna di natura violenta – necessita, dal punto di vista meramente materiale e oggettivo, di una “cooperazione” da parte del consumatore di cose o sostanze pericolose<sup>3</sup>.

Ebbene fatte queste brevi premesse, occorre adesso chiedersi se all’interno della disciplina penale degli stupefacenti possa essere tracciata una distinzione, allo scopo di tenere separate le ipotesi criminose maggiormente incentrate sulla tutela di interessi pubblicistici e collettivi

---

<sup>1</sup> VII gruppo – “*Reati contro la salute privata e pubblica e contro l’incolumità privata e pubblica*”. Referente: M. Donini. Componenti: D. Castronuovo, M. Gambardella, A. Gargani, L. Masera, D. Pulitanò, C. Ruga Riva, S. Zirulia. Il sottogruppo che si occupa più nello specifico dei delitti in materia di stupefacenti e di ambiente è costituito da C. Ruga Riva e M. Gambardella.

<sup>2</sup> Al riguardo, cfr. F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Cedam, 1994, 36 ss.

<sup>3</sup> Cfr. A. GARGANI, *I reati contro l’incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, tomo II, Giuffrè, 2013, 39 ss., il quale istituisce un parallelismo tra il criterio classificatorio adottato dal legislatore in materia di delitti contro il patrimonio e quello impiegato nell’ambito dei delitti contro la pubblica incolumità.

(combattere il mercato della droga, salute pubblica, sicurezza, ordine pubblico nonché normale sviluppo delle giovani generazioni) da quelle figure più propriamente volte alla protezione della salute di singoli individui determinati (salute del singolo assuntore)<sup>4</sup>.

Sicuramente tale ripartizione oggi appare più praticabile che nel recente passato: la novella del 2006 (c.d. legge Fini-Giovanardi) – caducata dalla sentenza costituzionale n. 32 del 2014 – aveva invero assimilato la risposta sanzionatoria tra le droghe leggere e quelle pesanti, accrescendo così la rilevanza, nel campo degli stupefacenti, della protezione dei beni dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica<sup>5</sup>. Rammentando, tuttavia, in proposito che la Corte costituzionale n. 32/2014 non ha in alcun modo preso in considerazione il vizio sostanziale dell'unificazione legislativa di sostanze stupefacenti con pericolosità diverse, avendo dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge "Fini-Giovanardi" unicamente sotto il profilo formale della violazione dell'art. 77, comma 2, Cost. per la disomogeneità contenutistica tra il decreto legge e la legge di conversione.

Bisogna comprendere insomma se i reati in materia di sostanze droganti possano subire una suddivisione, con il risultato di depotenziare l'onnipresente aspetto pubblicistico di tutela penale. Nel senso che alcune figure di illecito possano essere trasferite nel codice penale all'interno dei reati contro la persona, in quanto in esse risultano del tutto assenti caratteri pubblicistici di protezione, di tutela della salute collettiva nonché aspetti legati all'ordine pubblico (si pensi, ad esempio, alla coltivazione domestica di qualche piantina di *cannabis* o alla cessione di una singola dose di stupefacente "leggero" a soggetto maggiorenne).

Anche nello specifico settore degli stupefacenti si potrebbe allora sperimentare l'impiego di fattispecie di pericolo individuale, da iscrivere all'interno del più ampio quadro di riforma dei reati contro la persona; ipotesi criminose pertanto da collocare all'interno del codice penale. Si introdurrebbe così una inedita categoria intermedia – quella del pericolo individuale – tra danno individuale e pericolo collettivo. A tali categorie ("danno individuale/pericolo individuale/pericolo collettivo") andrebbe aggiunta quella del "danno collettivo" (sul modello del disastro sanitario), attraverso la previsione di fattispecie che puniscano un danno (e non un pericolo) alla salute collettiva, senza l'identificazione della vittima (cfr. *amplius* la "Relazione concernente la tutela della vita e della salute, con specifico riferimento alla sicurezza del lavoro, degli alimenti e dei farmaci", nella prima Sezione).

In questo modo, anche solo come indicazione di politica criminale, si potrebbe tentare di emancipare tali figure criminose dal paradigma iperpubblicistico di contrasto alla produzione e traffico degli stupefacenti, valorizzando qui la messa in pericolo della vita e della salute del singolo individuo (assuntore, tossicodipendente, tossicofilo). Si tratta in verità di ipotesi di reato in cui il legislatore ha preso in carico, in chiave pubblicistica, interessi la cui matrice e il cui contenuto risultano, invece, indissolubilmente congiunti alla tutela della persona<sup>6</sup>.

In particolare, ciò è dovuto perlopiù al fatto che gli illeciti penali nel campo del traffico e consumo di stupefacenti sono solitamente messi in relazione con le attività delle organizzazioni criminali dedite al narcotraffico (dotate sempre di più di forti connotazioni transnazionali); e questo spiega altresì come la giurisprudenza arrivi a individuare nell'ordine pubblico (oltre quello "centrale" della salute pubblica) il bene giuridico tutelato in questo ambito del diritto penale.

Tale sforzo di distinzione, attraverso la configurazione di fattispecie di pericolo individuale,

---

<sup>4</sup> Sui beni tutelati nella disciplina degli stupefacenti, si veda ad es. la ricostruzione contenuta in G.C. AMATO – G. FIDELBO, *I reati in materia di stupefacenti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo e G. Fidelbo, Giappichelli, 2012, 306 ss. Nella giurisprudenza delle Sezioni unite penali, cfr. Cass. pen., sez. un., 24 giugno 1998, n. 9973, Kremi, in *C.E.D. Cass.*, n. 211073; Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2008, n. 28605, Di Salvia, *ivi*, n. 239920.

<sup>5</sup> Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Giuffrè, 2015, p. 2 ss.

<sup>6</sup> Sulla "pubblicizzazione" degli oggetti di tutela, cfr. T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, il Mulino, Bologna, 1991, 51 ss.

s'impone oltretutto per il rigore delle cornici edittali, che caratterizzano il sottosistema penale degli stupefacenti; rigore sanzionatorio collegato alla connotazione interamente pubblicistica assegnata attualmente ai delitti in materia di droga. Ricondurre una parte delle incriminazioni in tema di sostanze stupefacenti all'interno dei delitti contro la persona, potrebbe rendere non più plausibile e ragionevole la pesante comminatoria edittale ivi prevista. Potrebbe, inoltre, essere di ausilio al fine di ricostruire un sottosistema – quello degli stupefacenti – che è difficile oggi considerare un vero e proprio “modello”, per le caotiche sovrapposizioni normative che si sono avute in tempi recenti, come vedremo nel prosieguo del contributo.

Nello specifico si potrebbero dislocare all'interno del codice penale, nell'ambito dei delitti contro la persona, le tipologie di condotte elencate di seguito, le quali non appaiono in alcun modo collegabili con la repressione del mercato illegale della droga, con la tutela della salute collettiva e dell'ordine pubblico nonché con il corretto sviluppo delle giovani generazioni; né sembra affermabile, in assoluto, che ogni attività rientrante nel c.d. ciclo della droga (coltivazione, produzione, fabbricazione, cessione, ecc.) è sempre idonea a turbare la sicurezza e l'ordine pubblico.

Anzitutto, la c.d. “coltivazione domestica” di droghe “leggere”, allorché si tratti di piantine (ad esempio, di *marijuana*) coltivate per la consumazione personale; piantine tenute in vaso e non interrate, la cui crescita e produttività in termini di “raccolto” si attestino entro limiti modesti. Assegnando poi a tale condotta una cornice edittale adeguata allo scarso disvalore della condotta.

Inoltre, nel codice penale tra i delitti di pericolo della vita e della salute del singolo individuo potrebbe includersi il fatto di lieve entità avente ad oggetto esclusivamente droghe “leggere” cedute a persona maggiorenne (art. 73, comma 5, t.u. stup.). Si pensi così alla detenzione di un numero limitatissimo di dosi di *marijuana* destinate alla illecita cessione a terzi, in cui l'autore del reato non sia peraltro collegato alla criminalità organizzata. Qui il dato ponderale, l'elemento quantitativo, in quanto più direttamente legato all'oggettività del delitto, avrebbe un ruolo decisivo nella valutazione dell'entità dell'offensività rispetto all'interesse protetto.

Come si è osservato in dottrina, lo spaccio (o la detenzione oltre certe soglie ad esso destinata) di droghe “leggere” (ad esempio, *hashish* o *marijuana*) è più grave, agli occhi del legislatore, di una lesione personale volontaria o di un omicidio colposo, nonostante la singola cessione (e tantomeno la detenzione finalizzata allo spaccio) non sia di per sé idonea a produrre malattie (se non sul lungo periodo e unitamente ad altre) e tanto meno la morte<sup>7</sup>.

Il reato di spaccio di droghe “pesanti” (ad esempio, cocaina) è punito con la pena da 6 a 20 anni di reclusione (a seguito della sentenza costituzionale n. 40 del 2019, la quale ha dichiarato incostituzionale l'art. 73, comma 1, t.u. stup. nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di 8 anni anziché di 6 anni); pena in linea (nel massimo) con l'omicidio doloso consumato e molto superiore (nel massimo) a quella dell'omicidio tentato, nonostante non si voglia né si causi la morte di un uomo. Se si prende a parametro di riferimento la salute dei consumatori, le pene attualmente previste non sembrano pertanto proporzionate in sé e in raffronto alle pene previste per reati comparabili (lesioni personali volontarie, omicidio volontario consumato e tentato, omicidio colposo)<sup>8</sup>.

Non va infine dimenticata la responsabilità del cedente di sostanze stupefacenti per la morte dell'assuntore ex art. 586 c.p., imputabile al primo a titolo di colpa allorché dalle circostanze del caso concreto risulti evidente un concreto pericolo per l'incolumità dell'assuntore o comunque rimanga un dubbio in ordine alla effettiva pericolosità dell'azione, tali da dovere indurre l'agente ad astenersi dall'azione<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Così C. RUGA RIVA, *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, in *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, a cura di D. PULITANO, Giappichelli, 2019, 176 ss.

<sup>8</sup> Cfr. ancora C. RUGA RIVA, *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, cit., 176 ss.

<sup>9</sup> Il riferimento è a Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2009, n. 22676, Ronci; da ultimo si veda Cass. pen., sez. IV,



## 2. Il modello del “proibizionismo” a fondamento della normativa italiana

Allo scopo di verificare se l'aspetto pubblicistico di tutela nel campo degli illeciti penali che si occupano delle sostanze stupefacenti possa cedere il passo, almeno in parte, a incriminazioni imperniate invece su schemi di protezione della salute del singolo assuntore/consumatore, appare fruttuoso volgere lo sguardo verso la normativa penale delle droghe in Italia e scorgerne il modello (seppure oggi offuscato) che ne indica la direzione.

Il modello del “proibizionismo” è a tutt'oggi il paradigma che orienta le scelte di politica legislativa penale in materia di stupefacenti. Esso parrebbe imposto al nostro Paese dalle Convezioni internazionali in tema di droga, le quali ci obbligano a prevedere come reato le condotte di “produzione”, “commercio” e “traffico” illegali di sostanze stupefacenti, lasciando invece rispetto al “consumatore” la facoltà di scegliere tra la repressione penale e le misure diverse dalla sanzione criminale (ad esempio, il trattamento medico-terapeutico o socio-riabilitativo)<sup>10</sup>.

La normativa italiana in materia di sostanze stupefacenti si ispira ad una strategia volta a differenziare, sul piano del trattamento sanzionatorio, la posizione del consumatore della droga da quelle del produttore, del trafficante e dello spacciatore. L'idea di fondo del legislatore è che l'intervento repressivo debba rivolgersi principalmente nei confronti dei narcotrafficanti (grandi o piccoli che siano), dovendosi scorgere di regola nella figura del tossicodipendente o del tossicofilo una manifestazione di disadattamento sociale, cui far fronte con interventi di tipo terapeutico e riabilitativo<sup>11</sup>.

La *ratio* delle incriminazioni in materia di stupefacenti è di combattere il mercato della droga, espellendolo dal circuito nazionale. Proprio attraverso la cessione al consumatore è, infatti, realizzata la circolazione della droga ed è alimentato tale mercato, che mette in pericolo i beni oggetto di tutela penale: individuabili in quelli della salute pubblica, della sicurezza e dell'ordine pubblico, nonché del normale sviluppo delle giovani generazioni<sup>12</sup>.

Si tratta in pratica di reati plurioffensivi, in cui la “salute pubblica” (quale risultante della sommatoria della salute dei singoli individui) assume un ruolo privilegiato nell'ambito dell'oggettività giuridica, affiancata dai beni giuridici della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico<sup>13</sup>.

---

15 maggio 2018, n. 41874, in *C.E.D. Cass.*, n. 274713.

<sup>10</sup> F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., p. 21 ss.; M. RONCO, voce *Stupefacenti*, II, *Diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, 1 ss.; G.M. FLICK, *Droga e legge penale*, Giuffrè, 1979, 111 ss.; G.C. AMATO, G. FIDELBO, *I reati in materia di stupefacenti*, cit., 271 ss.; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 41 ss.; C. RUGA RIVA, *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, cit., 155 ss.; M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Sapienza Università editrice, Roma, 2019, 9 ss. Cfr. poi Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 27. Da una prospettiva più ampia, cfr. P. NENCINI, *La minaccia stupefacente. Storia politica della droga in Italia*, il Mulino, 2017, 13 ss.

<sup>11</sup> In tal senso, esplicitamente, v. Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, in *Dir. pen cont.*, con nota di L. ROMANO; in *Cass. pen.*, 2016, p. 3192, con osservazioni di E. APRILE.

<sup>12</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 24 giugno 1998, n. 9973, Kremi, in *C.E.D. Cass.*, n. 211073; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 1 ss. Sul *business* planetario rappresentato dal narcotraffico, cfr. N. GRATTERI, A. NICASO, *Oro bianco*, Mondadori, 2015.

<sup>13</sup> Nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333. Cfr. poi S. GRILLO, *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, Ipsoa, 2012, 44 ss.; D. CARRA, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Utet, 2010, 646 ss. In senso critico A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. MOCCIA, A. CAVALIERE, E.S.I., 2016, 155 ss. Muovono poi una serrata critica ai beni giuridici protetti così come individuati dalla giurisprudenza, in relazione alle droghe leggere A. CADOPPI, B. SCARCELLA, *California dreamin'. Per una*

Come si è illustrato, dal novero dei beni che si reputa tutelato dalle incriminazioni in materia di traffico e consumo di stupefacenti, si evince che siamo in presenza di un'ottica di protezione fortemente "pubblicistica" contrassegnata oltretutto da una rigorosa e robusta risposta punitiva.

Nel nostro ordinamento la nozione di stupefacente ha poi natura "legale": nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi o tabelle appositamente predisposte e allegate al testo unico degli stupefacenti<sup>14</sup>.

Ma è necessario accertare in concreto altresì la capacità drogante della sostanza, e non solo perciò la corrispondenza al tipo preso in considerazione nella apposita tabella?<sup>15</sup>

In questo senso, si è sostenuto che per rispettare il principio costituzionale di offensività, occorre accertare la quantità di principio attivo contenuto nella sostanza stupefacente oggetto di contestazione attraverso un esame tossicologico. Cosicché, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 73 t.u. stup. è necessario dimostrare, con assoluta certezza, che il principio attivo contenuto nella dose destinata allo spaccio, o comunque oggetto di cessione, sia di entità tale da poter produrre in concreto un effetto drogante<sup>16</sup>. Non potrebbe, ad esempio, ravvisarsi il reato previsto dall'art. 73 t.u. stup. quando la sostanza ceduta, pur botanicamente compresa nelle tabelle, sia priva di qualsivoglia efficacia farmacologica e perciò inidonea a produrre l'effetto drogante a causa della percentuale insufficiente di principio attivo<sup>17</sup>.

Una sostanza può ritenersi stupefacente non per la sua caratteristica astratta, né per la sua natura e nemmeno per la sua semplice corrispondenza al "tipo" descritto nelle tabelle ministeriali, quanto piuttosto e unicamente per la concreta efficacia del principio attivo in essa contenuto a produrre effetto drogante; e dunque per la quantità di principio attivo che essa è in grado di veicolare nell'organismo, determinando in tal modo l'effetto lesivo del bene giuridico della salute che la legge intende proteggere. Al di sotto di questa soglia, che è in concreto diversa da sostanza a sostanza, non è possibile parlare di sostanza stupefacente o psicotropa nel senso tipicamente e tassativamente definito dalla norma incriminatrice, trattandosi piuttosto di sostanza inerte, o comunque non in grado di cagionare nell'assuntore assuefazione, dipendenza ed uno stimolo ovvero una depressione del sistema nervoso centrale<sup>18</sup>.

Anche se le Sezioni unite penali Kreml del 1998 – seguite da una parte della giurisprudenza di legittimità – sembrano privilegiare una impostazione differente, affermando che la circostanza che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta "soglia drogante", in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto, non ha rilevanza ai fini della punibilità del fatto<sup>19</sup>. Il raggiungimento della soglia drogante non sarebbe dunque necessario per la configurazione della fattispecie criminosa di detenzione a fini di spaccio, stante la natura legale della nozione di sostanza stupefacente<sup>20</sup>; né comunque per stabilire l'effettiva natura stupefacente di una sostanza

---

legalizzazione della cannabis e dei suoi derivati, in *Dir. pen. cont.*, 9 ss.

<sup>14</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 29316, De Costanzo, in *Dir. pen. cont.*, con nota adesiva di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite risolvono un contrasto ... dottrinale sugli effetti della sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti*; Cass. pen., sez. un., 24 giugno 1998, n. 9973, Kreml, in *C.E.D. Cass.*, n. 211073; Cass. pen., sez. IV, 14 aprile 2011, n. 27771, Cardoni, *ivi*, n. 250693, Cass., sez. IV, 18 aprile 2005, n. 20907, Hassan, *ivi*, n. 231561; Cass. pen., sez. III, 13 gennaio 2011, n. 7974, Ndreu, *ivi*, n. 249113.

<sup>15</sup> Cfr. la ricostruzione di M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 19 ss.

<sup>16</sup> Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6928, in *C.E.D. Cass.*, n. 252036; Cass., sez. IV, 19 novembre 2008, n. 6207, *ivi*, n. 242860.

<sup>17</sup> Cass. pen., sez. IV, 12 gennaio 2000, n. 3584, in *C.E.D. Cass.*, n. 215876.

<sup>18</sup> Così ancora M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 19 ss.; v. inoltre C. RUGA RIVA, *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, cit., 171 ss.

<sup>19</sup> Cass. pen., sez. un., 24 giugno 1998, n. 9973, Kreml, in *C.E.D. Cass.*, n. 211073.

<sup>20</sup> Cass. pen., sez. IV, 3 luglio 2009, n. 32317, in *C.E.D. Cass.*, n. 245201; Cass. pen., sez. V, 4 novembre 2010, n. 5130, *ivi*, n. 249702.

bisognerebbe ricorrere ad una perizia tossicologica<sup>21</sup>.

Da ultimo non può essere tralasciato quanto al riguardo hanno asserito le Sezioni unite penali Castignani del maggio 2019 in tema di *cannabis light*, secondo cui integrano il reato di cui all'art. 73, commi 1 e 4, d.P.R. n. 309/1990, le condotte di cessione, di vendita e, in genere, la commercializzazione al pubblico, a qualsiasi titolo, dei prodotti derivati dalla coltivazione della *cannabis sativa* L, "salvo che tali prodotti siano in concreto privi di ogni efficacia drogante". Viene qui dato estremo rilievo al concetto di efficacia drogante e al suo rapporto con il principio di offensività<sup>22</sup>.

### 3. L'indagine comparatistica

#### 3.1. La collocazione sistematica della normativa in materia di stupefacenti

La disciplina penale degli stupefacenti, in alcuni dei Paesi esaminati (Germania, Austria, Portogallo), è contenuta in apposite leggi speciali che aspirano a regolare esaustivamente la materia, anche per gli aspetti trattamentali<sup>23</sup>.

La legge tedesca sugli stupefacenti (*Betäubungsmittelgesetz*, BtMG), nella versione modificata del 28 ottobre 1994, prevede un'ampia gamma di disposizioni, comprese quelle destinate al trattamento dei tossicodipendenti.

La normativa austriaca sugli stupefacenti (*Suchtmittelgesetz*, SMG) risale al 1998 ed è imperniata sulla distinzione tra "spacciatore" e autore di reato tossicodipendente. La distinzione tra le due tipologie passa per diversi criteri, ed in particolare per la quantità di stupefacente, fissata in soglie da un decreto del Ministro della Salute.

La disciplina penale portoghese in materia di stupefacenti prevede l'incriminazione di svariate condotte di traffico contenute negli artt. 21 ss. del decreto-legge n. 15/1993 del 22 gennaio 1993<sup>24</sup>.

A differenza dei suddetti paesi la Francia e la Spagna hanno scelto una collocazione codicistica della materia, inserendola rispettivamente nel *Code pénal* del 1994 e nel *Código penal* del 1995.

In Francia, originariamente, a partire dal 1970, le incriminazioni in materia di stupefacenti erano dislocate nel codice "*de la santé publique*" agli artt. 627 ss. La materia degli stupefacenti è stata poi trasferita nel 1994 – quasi integralmente – nel nuovo codice penale (dall'art. 222-34 all'art. 222-51 c.p.) in una sezione intitolata "*Du trafic de stupéfiants*" all'interno del Titolo "*Des atteintes à la personne humaine*", e del capitolo "*Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne*"<sup>25</sup>. Va nondimeno ancora tenuto presente il *Code de la santé publique*, perché all'art. L. 3421-1 si prevede – a differenza di quanto prescritto in Italia – il delitto di utilizzo illecito di stupefacenti (*délit d'usage illicite de stupéfiant*)<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Cass. pen., sez. V, 4 novembre 2010, n. 5130, in *C.E.D. Cass.*, n. 249703; Cass. pen., sez. VI, 26 settembre 2013, n. 43226, *ivi*, n. 257462.

<sup>22</sup> Cfr. L. MIAZZI, *Cannabis: dalle Sezioni unite una risposta che va interpretata*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), p. 2 ss.

<sup>23</sup> Le presenti considerazioni attingono alle ricerche di C. RUGA RIVA, *La disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, in [www.aipdp.it](http://www.aipdp.it), 1 ss.

<sup>24</sup> Cfr. ancora C. RUGA RIVA, *La disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, cit., 2 ss.

<sup>25</sup> In generale, cfr. F. CABALLERO – Y. BISIYOU, *Droit de la drogue*, Dalloz, 2000, 654 ss.; C. TRAUTMANN, *Lutte contre le toxicomanie e le trafic des stupéfiants*, La documentation française, Paris, 1990; P. H.A. CARTER, *Pharmacodépendance et pharmacodélinquance*, Chiron, 1990.

<sup>26</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, cit., 24 ss.

Quanto alla disciplina spagnola, oltre alla peculiarità dovuta alla collocazione dei reati in materia di stupefacenti all'interno del codice penale nel capitolo III del titolo XVII dedicato ai delitti contro la salute pubblica, l'ulteriore peculiarità consiste nell'assenza di una classificazione legale di sostanza stupefacente legata a tabelle ministeriali, a vantaggio di un rinvio alla giurisprudenza, che ha riempito il concetto di "sostanze stupefacenti"<sup>27</sup>.

Si sono altresì analizzate le discipline degli stupefacenti nei sistemi di *common law* (Regno Unito e Stati Uniti), le quali non sono regolate dal "diritto comune" bensì da specifiche leggi incorporate in "Acts".

Con l'entrata in vigore del *Psychoactive Substances Act 2016*, il Regno Unito presenta ormai tre schemi legislativi per la regolamentazione della produzione e della distribuzione di sostanze stupefacenti e di quelle non idonee al consumo umano<sup>28</sup>: il *Misuse of Drugs Act 1971*, che regola le "Controlled Drugs" suddividendole in tre classi, in relazione al grado di danno che possono provocare; lo *Human Medicines Regulation 2012* che disciplina molti prodotti stupefacenti, che rientrano all'interno della definizione di "Medical Products"; il *Psychoactive Substances Act 2016* il quale si applica anche a quelle sostanze che, quando consumate, sono capaci di produrre un effetto psicoattivo.

Negli Stati Uniti, il testo legislativo più importante in materia fu adottato nel 1970, ed è comunemente conosciuto come il "Controlled Substances Act". Esso suddivide le sostanze stupefacenti in cinque categorie (*Schedule*): la "Schedule I" contiene le sostanze ritenute più pericolose per la mente, il fisico e le potenzialità di assuefazione; le meno pericolose, invece, sono contenute nelle altre categorie fino alle più innocue inserite nella "Schedule V". Il "Controlled Substances Act" prevede una serie di condotte illecite a cui è ricollegata una sanzione penale<sup>29</sup>.

### 3.2. La rilevanza giuridica del possesso e del consumo di stupefacenti ad uso personale

In tutte le normative esaminate, ad eccezione della normativa francese, si distingue tra condotte di possesso di sostanze stupefacenti volte alla vendita e condotte di possesso destinate all'autoconsumo. In particolare, alcune norme, sostanziali e processuali, in diverso modo prevedono l'applicazione di una sanzione amministrativa ovvero la non punibilità per il consumo o per il possesso di dosi di modica quantità: in alcuni Paesi, non solo in relazione alla *cannabis* (come per gli Stati Uniti), ma anche in relazione ad altre sostanze stupefacenti (come ad esempio in Germania, Austria, Spagna, Portogallo)<sup>30</sup>.

In particolare, in Germania, il consumo di stupefacenti non costituisce reato, diversamente dal possesso, sanzionato con pena fino a 5 anni o multa, unitamente a tutte le condotte che rientrano nella "filiera" della droga (par. 29 BtMG), salvo il possesso, la produzione, l'importazione ecc. di modica quantità finalizzati al consumo personale (par. 29, comma 5

---

<sup>27</sup> Cfr. A. SERRANO GOMEZ, A. SERRANO MAILLO, *Derecho penal. Parte especial*, XII ed., 2007, Dykinson, 696 ss. V. altresì C. RUGA RIVA, *La disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, cit., 3 ss.

<sup>28</sup> Per uno sguardo sulle fattispecie incriminatrici in tema di stupefacenti nel Regno Unito, si veda, ad es., D. ORMEROD QC, D. PERRY QC (General editors), *Blackstone's Criminal practice*, Oxford University Press, 2018, 988 ss.; oppure R. FORTSON QC, *Misuse of Drugs and Trafficking Offences*, Sweet & Maxwell, 2011; o ancora T. MOLONEY QC-S BIRD, T. STEVENS, P. MASON, A. BRIGHT-H. JOHNSON, *The Drugs Offences Handbook*, Bloomsbury Professional, 2018.

<sup>29</sup> Per una trattazione completa dei "Drug Crimes" con la relativa analisi delle più importanti sentenze delle Corti statunitensi si veda A. KREIT, *Controlled Substances. Crime, Regulation, and Policy*, Carolina Academic Press, 2013, 131 ss.

<sup>30</sup> Cfr. per il quadro panoramico C. RUGA RIVA, *La disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, cit., 2 ss.

BtMG). Per modica quantità, variante da Land a Land, si intende un quantitativo non superiore alle 3 unità di consumo medio<sup>31</sup>.

In Austria, il consumo di droghe non è punito in sé, diversamente dal possesso finalizzato al consumo, sanzionato con pena fino a sei mesi di reclusione o multa ove non superi le soglie sintomatiche di “spaccio”<sup>32</sup>. Non è punibile, inoltre, il possesso delle nuove sostanze psicoattive (NSP) per uso personale.

In Spagna, l'art. 368 c.p. incrimina varie condotte (coltivazione, fabbricazione, traffico ecc.) che fanno parte della filiera della “droga”, nonché il possesso finalizzato alle suddette condotte. Tra le condotte incriminate non rientra, invece, il possesso per uso personale. Quanto ai c.d. *cannabis social club*, locali ove gli iscritti acquistano e fumano *cannabis* coltivata e distribuita dai medesimi soci, nel 2015 il Tribunale supremo spagnolo (sentenza n. 788/2015 della 2<sup>a</sup> Sezione, su cui cfr. § 3.4.) ha affermato che tali condotte costituiscono reato (traffico di droga).

In Portogallo, la legge n. 30/2000 ha depenalizzato il consumo, l'acquisto e il possesso di tutti gli stupefacenti per uso personale, se il quantitativo non eccede la media di un consumo per un periodo di 10 giorni<sup>33</sup>.

Dalla comparazione, inoltre, si è evidenziato che sono previste norme di favore per l'autore di reato tossicodipendente, il quale può beneficiare di misure alternative, come la sospensione del procedimento con messa alla prova (ad esempio in Austria); ovvero può vedersi applicate sanzioni pecuniarie o interdittive da una commissione composta da esperti legali e medici (come ad esempio in Portogallo).

In relazione alla rilevanza del consumo personale di piccole quantità di *cannabis*, tale condotta è stata depenalizzata in alcuni Paesi (come in Austria e in Germania), mentre in altri è soggetta ad una risposta alternativa quale il “*cannabis warning*” (nel Regno Unito).

Particolarmente variegata è la disciplina dell'uso personale negli Stati Uniti<sup>34</sup>.

In via generale, il possesso di *marijuana* è previsto come illecito penale sia da leggi federali sia da leggi statali. Per la legge federale, qualsiasi attività che ha ad oggetto la *marijuana* è considerata illegale: la coltivazione, il possesso, la vendita e il consumo sono puniti dal “*Controlled Substances Act*” del 1970. Tuttavia, in alcuni Stati, il possesso di modiche quantità di *marijuana* per uso personale è divenuto un illecito civile punito con una multa (“*civil violation*”); in altri, è ancora tecnicamente un reato, ma solo un illecito minore (*minor misdemeanor*) per cui non è applicabile la reclusione in carcere; ancora, nella maggior parte degli Stati (attualmente 26), la prima commissione del reato di possesso di lieve quantità è un reato minore per cui è possibile comminare la pena detentiva. Infine, alcuni Stati (tra cui la California) hanno legalizzato la *marijuana* per scopi medici; mentre altri (tra cui il Colorado) hanno legalizzato completamente la *cannabis*, consentendone il possesso ed il consumo di limitate quantità anche per fini ricreativi<sup>35</sup>.

In Francia, invece, il possesso e il consumo personale è ancora un illecito penale. In particolare, il delitto di consumazione personale (art. 222-39 c.p.) punisce – con la pena di 5 anni di reclusione e l'ammenda di 75.000 euro – la cessione o l'offerta illecita di stupefacenti ad una persona in vista della sua consumazione personale (*en vue de sa consommation personnelle*)<sup>36</sup>. Il delitto di uso illecito di sostanza stupefacente, invece, è ancora collocato nel codice della salute pubblica all'art. L. 3421-1; esso sanziona con la pena di 1 anno di reclusione e l'ammenda di 3.750 euro l'uso illecito di una delle sostanze o piante classificate come

<sup>31</sup> *Drogendelikte. Die Straftaten nach dem Betaubungsmittelgesetz*, in [www.anwalt.de](http://www.anwalt.de).

<sup>32</sup> Il quadro sintetico è contenuto nell'Austria Country Drug Report, in [www.emcdda.europa.eu](http://www.emcdda.europa.eu).

<sup>33</sup> Portugal Drug Report 2018, in [www.emcdda.europa.eu](http://www.emcdda.europa.eu), p. 6.

<sup>34</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, cit., 33 ss.

<sup>35</sup> Vedi, M.K. OSBERCK – H. BROMBERG, *Marijuana Law in a Nutshell*, West Academic Publishing, 2017, p. 9; M. LIPPMAN, *Essential Criminal Law*, second edition, Sage, 2017, 313.

<sup>36</sup> J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Editions Cujas, 2017, 119 ss.; M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirej, 2015, 87 ss.

stupefacenti.

Nel Regno Unito, l'uso di sostanze stupefacenti non costituisce reato, a differenza del possesso di droga (*Possession of "Controlled Drugs"*) che costituisce reato sotto la *section 5* del *MDA 1971*. Si sanziona penalmente il possesso delle sostanze stupefacenti regolate (*controlled drugs*) e la pena massima varia sulla base della classe di appartenenza della droga che viene trovata in possesso del soggetto attivo<sup>37</sup>.

### 3.3. Il trattamento sanzionatorio delle droghe leggere e pesanti. Il sistema delle defences

Con riferimento alla distinzione tra trattamento sanzionatorio delle droghe "leggere" e delle droghe "pesanti", può affermarsi che negli ordinamenti stranieri presi in considerazione questa non appaia tracciata come nella disciplina attualmente vigente in Italia.

Un sistema relativamente simile risulta essere quello inglese, all'interno del quale il principale provvedimento statutario è rappresentato dal *Misuse of Drugs Act 1971*, sulla cui base le droghe vengono suddivise in tre categorie, in relazione al grado di danno che possono provocare: 1) *Class A*; 2) *Class B*; 3) *Class C*<sup>38</sup>.

In particolare, tale suddivisione è posta in ordine decrescente di gravità dei danni che sono in grado di causare: a mero titolo esemplificativo, si pensi alla cocaina, all'eroina, all'LSD o all'*Ecstasy* per quanto concerne la "classe A"; alla *cannabis* o alle anfetamine per quanto riguarda la "classe B"; e, infine, al *khat* o agli steroidi anabolizzanti relativamente alla "classe C".

Tuttavia, è interessante notare come simile ripartizione abbia peraltro anche una funzione di semplificazione in ottica punitiva, dal momento che, appunto, le pene sono tarate in base all'appartenenza all'una o all'altra classe.

Diverso e più complesso è il discorso che riguarda l'ordinamento statunitense, a causa della commistione tra legge federale e singole leggi statali.

Per quanto concerne il diritto di fonte "federale", occorre far riferimento al "*Controlled Substances Act*" del 1970, che ripartisce le sostanze stupefacenti in cinque categorie (*Schedule*).

La questione, invero, è particolarmente articolata con riferimento alla *marijuana*, la quale, da un lato, risulta inserita nella "*Schedule I*" (che contiene le sostanze ritenute più pericolose per la mente, il fisico e le potenzialità di assuefazione), ma, dall'altro, è al centro di un fenomeno antiproibizionistico: nell'ultimo ventennio, infatti, alcuni Stati o singoli comuni americani hanno intrapreso percorsi diversi rispetto alla legislazione federale, volti ad una differente e meno severa regolamentazione della *cannabis*.

Nello specifico, esistono quattro modelli (che peraltro non sono esclusivi, ma possono coesistere in un medesimo Stato): i "*Traditional States*"; i "*Decriminalization States*"; i "*Medical Marijuana States*" e i "*Recreational Marijuana States*".

La prima categoria comprende gli Stati che hanno adottato il "*Controlled Substances Act*", sulla base del quale è prevista la possibilità della reclusione in carcere anche per il possesso o l'uso personale di piccole quantità di *marijuana*.

La seconda categoria, invece, comprende gli Stati che considerano il possesso di modiche quantità per uso personale un illecito civile oppure un reato minore (cioè che non comporta la pena della reclusione).

La terza categoria, dal canto suo, è costituita da quegli Stati che hanno legalizzato l'uso della *cannabis* per fini terapeutici.

La quarta categoria, infine, è rappresentata da quegli Stati – o Comuni – i quali permettono

---

<sup>37</sup> In tema di possesso di sostanze stupefacenti, si veda, *ex multis*, R. FORTSON QC, *Misuse of drug trafficking offences*, cit., 163 ss.

<sup>38</sup> Cfr. M. GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, cit., 27 ss.

agli adulti maggiori di 21 anni di possedere e fare uso di limitate quantità di *marijuana* (in particolare si tratta di Alaska, California, Distretto di Columbia, Maine, Massachusetts, Nevada, Oregon). Ovviamente, l'utilizzo di tali sostanze è consentito per fini ricreativi soltanto nel domicilio, non essendone permesso l'uso in luogo pubblico o la guida sotto il loro effetto.

In Germania, invero, il sistema sembra sempre costruito su diverse tabelle, che presentano diversi gradi di gravità. Nella fattispecie, nel 2011, la *cannabis* è stata spostata dalla tabella I alla tabella III della BTMG, in modo che sia possibile produrre e prescrivere prodotti contenenti tale sostanza a determinate condizioni. In pratica la distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti si ricava in via indiretta attraverso un sistema di diverse soglie di consumo tollerato o vietato più rigorose per le droghe c.d. pesanti<sup>39</sup>.

Per quanto concerne la Spagna, invece, occorre riflettere come la suddetta distinzione non sia presente in maniera così netta e lineare come nel nostro ordinamento, bensì passi per un sistema di aggravanti, basato sulla gravità dei danni alla salute che le sostanze possono causare. Sul punto si deve notare che non esiste una classificazione legale di sostanza stupefacente legata a tabelle ministeriali, la quale viene pertanto affidata all'elaborazione giurisprudenziale. Le pene variano a seconda del tipo di sostanze: da tre a sei anni di reclusione o la multa fino al triplo del valore della droga per le sostanze che producono un danno grave alla salute della persona; da uno a tre anni di reclusione o la multa fino al doppio per le sostanze che non producono un danno grave alla salute della persona. Tuttavia, anche il concetto di "dannosità" non è oggetto di definizione legislativa, essendo rimesso alla giurisprudenza, la quale, ad esempio, riconduce l'*hashish* alle sostanze che non causano un danno grave alle persone<sup>40</sup>.

Simile risulta essere il discorso se si prende in considerazione il Portogallo. Anche in tale ordinamento, la distinzione richiamata non viene in rilievo espressamente: il traffico di droga è punito con la reclusione da 4 a 12 anni, senza alcuna differenza basata sul tipo di sostanza. Ciò nonostante, esiste un sistema di attenuanti che, facendo leva, ad esempio, su mezzi utilizzati, modalità, qualità o quantità delle sostanze, permette di ricondurre il traffico delle droghe c.d. leggere alla ipotesi di minore gravità<sup>41</sup>.

Altro aspetto di particolare interesse appare senza dubbio quello relativo al sistema di cause di esclusione della responsabilità presente in Inghilterra: le c.d. *defences*.

La *section 5* del *Misuse of Drugs Act*, invero, prevede una serie di cause di esclusione della responsabilità da applicarsi con riferimento alle ipotesi delittuose concernenti sostanze stupefacenti.

In particolare, la non punibilità scatta nell'ipotesi di "intenzione legittima" (*lawful intention*). Segnatamente, l'accusato verrebbe ad essere scriminato nel caso in cui effettivamente sapeva, o quantomeno sospettava, che la cosa di cui era in possesso fosse una sostanza stupefacente, ma, appena scoperto, avesse compiuto ragionevoli condotte dirette a distruggerla o a consegnarla a chi potesse legittimamente detenerla.

Anche la *section 28* del *Misuse of Drugs Act* prevede una serie di cause di esclusione della responsabilità.

A ben vedere, la caratteristica principale è rappresentata dal fatto che per poter operare tali "scriminanti" devono essere provate dallo stesso accusato. Pertanto si assiste ad un'inversione dell'onere probatorio.

La norma in questione prevede una serie di scriminanti legate alla prova della mancanza di conoscenza (*proof of lack of knowledge*).

La norma, in realtà, risulta di difficile comprensione; tuttavia, per semplificare, si tratta di situazioni in cui il soggetto, in primo luogo, sia ignaro di essere in possesso della sostanza stupefacente; in secondo luogo, pur essendo a conoscenza di possedere la sostanza, non sappia

<sup>39</sup> C. RUGA RIVA, *La disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, cit., 1 ss.

<sup>40</sup> C. RUGA RIVA, *La disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, cit., 3 ss.

<sup>41</sup> C. RUGA RIVA, *La disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, cit., 7 ss.

che la stessa sostanza rientri tra quelle proibite.

### 3.4. Rilevanza giuridica della coltivazione

Volgendo lo sguardo ad altri ordinamenti, sia di *civil law* che di *common law*, si può osservare che la coltivazione domestica delle piante di *cannabis* è in via generale vietata e presidiata da sanzioni di tipo penale.

Particolare è proprio il caso della Spagna, modello sul quale la proposta legislativa italiana dell'intergruppo (cfr. più avanti il § 4) si è ispirato. Infatti, nel 2015, il Tribunale Supremo Spagnolo (sent. n. 788/2015) ha statuito che la coltivazione e distribuzione di *cannabis* nei c.d. *social club* costituisce reato. Secondo la Corte, nonostante la sostanza stupefacente non fosse stata distribuita a soggetti non soci, esisterebbe comunque la possibilità di un rischio potenziale di diffusione a terzi, da parte dei soci, della *cannabis*. E ancora, nel 2018 il Tribunale Supremo Spagnolo si è pronunciato nuovamente sul tema, riconoscendo l'ambiguità interpretativa esistente sulla liceità o meno di tali condotte, causata dal contesto socio-culturale nonché dai contrasti giurisprudenziali in materia<sup>42</sup>.

Analizzando invece i sistemi anglosassoni, possiamo osservare, per quanto attiene all'Inghilterra che una delle fattispecie incriminatrici in materia di stupefacenti, oltre alla detenzione e al commercio, è sicuramente la produzione di droghe vietate (*production of controlled drug*).

Siffatta ipotesi criminosa risulta prevista dalla *section 4*, in forza della quale viene incriminato il comportamento di produrre una delle sostanze stupefacenti vietate. Con il termine "produrre" (*produce*) si intende l'attività di produzione di droghe, attraverso un processo di manifattura o di coltivazione o di altro metodo efficace<sup>43</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la coltivazione di una pianta di *cannabis* (*cultivating plant of the genus cannabis*), si deve prendere in considerazione la *section 6*, che ritiene penalmente rilevante coltivare qualsivoglia pianta di *cannabis* (*it shall not be lawful for a person to cultivate any plant of genus cannabis*).

In ultimo, in merito alla liceità nel sistema statunitense, non è possibile condurre un'analisi del tutto unitaria. Essendo uno stato federale, è necessario suddividere la ricerca tra normativa federale e normativa del singolo Stato.

In primo luogo, per la legge federale statunitense, qualsiasi attività che ha ad oggetto la *marijuana* è considerata illegale: la coltivazione, il possesso, la vendita e il consumo sono puniti dal "*Controlled Substances Act*" del 1970 (CSA). In particolare, la *marijuana* venne inserita nella "*Schedule I*", ossia nella tabella che regola le sostanze ritenute più dannose, per le quali non è concesso alcun utilizzo lecito, neanche per fini medici.

Per quanto attiene alla legislazione dei singoli Stati, come accennato nel par. precedente, essi si possono dividere, quanto alle scelte adottate, in quattro gruppi principali: "*Traditional Criminalization States*" ove la coltivazione è vietata; "*Decriminalization States*", che hanno sottoposto a sanzione civile il possesso di modiche quantità; "*Medical Marijuana States*" il quale consente entro certi limiti la coltivazione; ed in ultimo "*Recreational Marijuana States*" che permettono di fare uso di modiche quantità di sostanza ai maggiorenni.

Si vedano nello specifico, i "*Medical Marijuana States*". Con l'attuazione del "*California's Compassionate Use Act*" nel 1996, la California diventò il primo stato americano ad aver legalizzato l'uso della *marijuana* per scopi terapeutici: in particolare, era prevista un'esclusione della punibilità per i medici che avessero autorizzato i pazienti a possedere o a coltivare la *marijuana* per finalità mediche. Oggi la maggior parte degli Stati consente l'uso medico dei

<sup>42</sup> C. RUGA RIVA, *La disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, cit., 4 ss.

<sup>43</sup> Cfr. quanto affermato dalla *Court of Appeal in Russell* (1991) 94 Cr App R 351.



prodotti derivanti da tale sostanza. Naturalmente la legislazione in materia differisce in ciascuno stato: cambiano, invero, le condizioni necessarie ad accedere a tali cure, la quantità di *marijuana* che un paziente può detenere, nonché la possibilità di coltivazione personale delle piante da usare a tali fini.

### **3.5. L'associazione per delinquere**

Nella legislazione italiana nel caso in cui l'attività delittuosa sia svolta da più persone riunite, la pena si presenta particolarmente severa. In proposito, si possono differenziare i casi di concorso di persone nel reato (aggravante) nel quale la pena viene semplicemente aumentata, da quelli di associazione per delinquere che prevedono una pena per il reato associativo particolarmente elevata.

Nello specifico statuisce l'art. 73 d.P.R. 309 del 1990 al comma 6 che qualora il fatto venga commesso da tre o più persone in concorso tra loro la pena è aumentata. Mentre il regime sanzionatorio per l'associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti di cui all'art. 74 d.P.R. cit. è differente per i promotori (non inferiore a venti anni) e per gli appartenenti all'associazione (non inferiore a dieci anni), non si fa alcuna distinzione invece in merito alla tipologia di sostanza.

Volgendo lo sguardo ad altri ordinamenti, si può notare che la risposta repressiva nei confronti di soggetti organizzati per la commissione di crimini inerenti alle sostanze stupefacenti si presenta particolarmente elevata.

Ad esempio in Francia il reato più grave è previsto all'art. 222-34 c.p. (*crime*), che punisce il fatto di dirigere od organizzare un gruppo (*groupement*) avente per oggetto il traffico di sostanze stupefacenti. La pena prevista è quella dell'ergastolo (*réclusion criminelle à perpétuité*) e l'ammenda di 7.500.000 euro. È punito altresì il tentativo<sup>44</sup>. Un altro crimine è contemplato all'art. 222-35 c.p.: si punisce con la pena di 20 anni di reclusione criminale e l'ammenda di 7.500.000 euro la produzione e la fabbricazione illecita di stupefacenti. Gli stessi fatti sono puniti con 30 anni di reclusione criminale e l'ammenda di 7.500.000 euro se sono commessi da un soggetto che fa parte di una "banda organizzata" (*en bande organisée*).

Quindi, per il soggetto che dirige o organizza il gruppo la pena è l'ergastolo; altrimenti per la persona unicamente partecipe dell'organizzazione la pena è di 30 anni di reclusione.

L'ulteriore incriminazione prevista dall'art. 222-36 c.p. contiene sia un delitto che un crimine. Il delitto punisce l'importazione o l'esportazione illecita di stupefacenti con 10 anni di reclusione e l'ammenda di 7.500.000 euro. Se i fatti tuttavia sono commessi "in banda organizzata", diventa un crimine sanzionato con 30 anni di reclusione criminale e l'ammenda di 7.500.000 euro.

In Germania il par. 30 BtMG punisce con pena non inferiore a due anni il traffico di stupefacenti in qualità di membro di associazione criminale. Analogamente il par. 30a BtMG punisce con pena non inferiore a cinque anni chi traffica in non modica quantità come membro di banda impiegando i minori di diciotto anni o con armi; in casi di minore gravità la pena è da sei mesi a dieci anni<sup>45</sup>.

Il sistema austriaco ha previsto un innalzamento delle pene per ingenti quantità nel 2008. Nello specifico aumentano fino a 20 anni o l'ergastolo ove ricorrano determinate circostanze tra cui la partecipazione ad una banda o la banda con numerosi associati.

L'ordinamento spagnolo prevede all'art. 369-bis c.p. l'incriminazione per la partecipazione ad associazione finalizzata al traffico di droga (*organización delictiva*)<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> F. CABALLERO, Y. BISIQU, *Droit de la drogue*, cit., 657 ss.

<sup>45</sup> C. RUGA RIVA, *La disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, cit., 1 ss.

<sup>46</sup> C. RUGA RIVA, *La disciplina penale degli stupefacenti in Germania, Austria, Spagna e Portogallo*, cit., 3 ss.

Le pene si presentano come in Italia diversificate. Dal punto di vista dei soggetti attivi tra capi, amministratori promotori ecc. e meri partecipanti, e dal punto di vista oggettivo in ragione della tipologia di sostanza o prodotto stupefacente (il regime italiano non prevede tale differenziazione in punto di pena). Di tale reato risponde anche la persona giuridica. L'art. 369 al n. 2 prevede l'aggravante per i fatti di cui all'art 368 c.p. (coltivazione, traffico, facilitazione del consumo di droga) nel caso in cui il soggetto partecipi ad altre attività organizzate (*El culpable participar en otras actividades organizadas*). L'art. 370 prevede ulteriori aggravanti quali l'impiego di un minore di anni 18 o di un infermo psichico e, quali l'essere capi, amministratori o dirigenti delle organizzazioni di cui alla seconda circostanza della sezione 1 dell'art. 369; e il fatto di "estrema gravità", definito al n. 3 come quel fatto che ecceda notevolmente il quantitativo considerato di notevole importanza, o siano usati navi o aerei per il trasporto, o siano tenute condotte simulando operazioni di commercio internazionale tra imprese, o si tratti di reti dedite a questi tipi di condotte o quando concorrano tre o più circostanze indicate nell'art. 369 n. 1 c.p.

Per quanto attiene al sistema statunitense esiste in generale il *crime* di *conspiracy*, consistente nell'accordo tra due o più persone di commettere un crimine. Il reato si perfeziona con il mero accordo. Alcuni Stati richiedono in più anche la commissione di un'azione (*un over act*) non necessariamente delittuosa.

Esistono vari tipi di *conspiracy*, tipica del contrabbando o del narcotraffico è la *c.d. chain conspiracy*<sup>47</sup>. Essa prevede una tipologia di cooperazione di stampo verticale ai fini del raggiungimento dell'obiettivo criminale. Un caso emblematico è *United States v. Bruno*, nel quale ottanta persone erano implicate nell'importazione, vendita e possesso di narcotici. In questo caso vi erano contrabbandieri che portavano la droga a New York e la vendevano ad altri (*c.d. middleman*) che la distribuivano ai venditori, che a loro volta, la cedevano ai distributori in Texas e Louisiana. Il caso è significativo, poiché apparentemente qui vi sono tre diversi tipi di accordi per commettere un crimine, ma la Corte ha statuito che esso invece è un classico caso di *chain conspiracy* poiché il successo della singola parte è direttamente connessa con il successo dell'intera catena di distribuzione. Ciò significa che ogni singolo membro della catena è responsabile per ogni azione delittuosa commessa dall'intera organizzazione.

#### 4. I recenti tentativi di legalizzazione della *cannabis*

Recentemente, sull'esempio dei Paesi che per primi sono passati a un sistema di piena regolamentazione legale della produzione, vendita e consumo della *cannabis*, si è costituito in Italia un Intergruppo parlamentare per la "legalizzazione della *cannabis*" e dei suoi derivati. L'Intergruppo ha presentato in Parlamento nella scorsa legislatura una proposta di legge, nella quale si stabilisce il principio della detenzione lecita, per le persone maggiorenni, di una certa quantità di *cannabis* per uso ricreativo (5 grammi innalzabili a 15 grammi in privato domicilio); non sottoposta quindi ad alcuna autorizzazione, né ad alcuna comunicazione a enti o autorità pubbliche<sup>48</sup>.

Nella proposta di legge è prevista la possibilità di coltivare piante di *cannabis*, fino a un massimo di cinque, in forma sia individuale che associata. È altresì consentita la detenzione del prodotto ottenuto dalle piante coltivate. Per la coltivazione in forma associata, è necessario costituire una associazione senza fini di lucro, sul modello dei *cannabis* "social club" spagnoli,

<sup>47</sup> M. LIPPMAN, *Essential Crimina Law*, cit., 105.

<sup>48</sup> Si veda il sito: [www.cannabislegale.org](http://www.cannabislegale.org). In proposito, cfr. per un ampio esame della proposta di legge G. CIVATI, *Cannabis. Dal proibizionismo alla legalizzazione*, Fandango, 2016, 47 ss. V. inoltre J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Trattato di diritto penale*, Riforme 2008-2015, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Utet, 2015, 560 ss.

cui possono associarsi solo persone maggiorenni e residenti in Italia, in numero non superiore a cinquanta. Ciascun *cannabis* social club può coltivare fino a cinque piante di *cannabis* per ogni associato.

Il progetto di legge istituisce il regime di monopolio per la coltivazione delle piante di *cannabis*, la preparazione dei prodotti da essa derivati e la loro vendita al dettaglio. Per queste attività sono autorizzati dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli anche soggetti privati.

Sono escluse esplicitamente dal regime di monopolio la coltivazione in forma personale e associata della *cannabis*, la coltivazione per la produzione di farmaci, nonché la coltivazione della canapa esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali. Come per l'alcol, dalla legalizzazione della *cannabis* non deriva tuttavia l'attenuazione delle norme e delle sanzioni previste dal Codice della strada per la guida in stato di alterazione psico-fisica<sup>49</sup>.

La proposta di legge della "legalizzazione della *cannabis*" – secondo i suoi sostenitori – avrebbe un effetto positivo non solo sui costi della macchina dello Stato, ma altresì sul sistema giudiziario (deflazione del carico giudiziario e liberazione di risorse disponibili delle forze dell'ordine e magistratura impegnate invece sul fronte delle "droghe leggere"), sulla popolazione carceraria (un detenuto su quattro entra in carcere perché condannato o accusato di reati in materia di stupefacenti), sulla sanità (riducendo i costi del sistema sanitario nazionale). Inciderebbe in particolare sul versante della criminalità organizzata, cui sottrarrebbe ingenti risorse economiche legate agli introiti del narcotraffico<sup>50</sup>. Riguardo al "testo dell'Intergruppo" si è inoltre sottolineato come resta comunque sanzionato penalmente il piccolo spaccio di *cannabis*, anche per quantità inferiori ai 5 grammi; in tema di coltivazione di piante di *cannabis*, poi, non sarà in ogni caso possibile mettere in vendita il proprio "raccolto"<sup>51</sup>.

Dall'inizio del 2017 è stata prevista la commercializzazione della c.d. "*cannabis* a scopi terapeutici": prodotta e confezionata dallo stabilimento chimico farmaceutico militare di Firenze; la "*cannabis* terapeutica" sarà distribuita nelle farmacie di tutto il Paese per le terapie antalgiche sotto lo stretto controllo medico<sup>52</sup>.

Muovendo proprio dal progetto dell'intergruppo parlamentare, il senatore del M5s Matteo Mantero all'inizio del 2019 ha depositato in Senato un disegno di legge per legalizzare la coltivazione, la lavorazione e la vendita della *cannabis* e dei suoi derivati.

Secondo il senatore pentastellato, in Italia la legalizzazione della *cannabis* consentirebbe un risparmio dei costi legati alla repressione penale del fenomeno e riassorbirebbe buona parte dei profitti criminali del mercato nero, che in Italia è stimato in circa 30 miliardi di euro, pari a circa il 2% del Pil nazionale e più della metà del mercato è costituito dalla *marijuana* e suoi derivati.

Per Mantero, consentire l'autoproduzione di *cannabis* come pure regolamentare la produzione e la vendita di infiorescenze della cosiddetta "light" e consentirne l'utilizzo a scopo ricreativo costituirebbe un'importante tutela della salute pubblica, in quanto si sposterebbe il consumo di *cannabis*, dal mercato illegale di prodotti potenzialmente nocivi per la salute, a prodotti invece coltivati con rispetto per la salute dell'utilizzatore. L'esperienza degli Stati che hanno regolamentato in forma legale il mercato della *marijuana* dimostra che il numero dei consumatori non è affatto cresciuto, né è aumentato l'impatto sociale e sanitario direttamente o indirettamente connesso al consumo. A crescere sono stati solo il reddito legale e il gettito

---

<sup>49</sup> Cfr. ancora il sito: [www.cannabislegale.org](http://www.cannabislegale.org).

<sup>50</sup> Cfr. G. CIVATI, *Cannabis*, cit., 22 ss. Nella Relazione alla Proposta di legge dell'Intergruppo parlamentare si è osservato che «la legalizzazione della *cannabis* in Italia, oltre a consentire un risparmio dei costi legati alla repressione penale del fenomeno e a riassorbire buona parte dei profitti criminali del mercato nero, genererebbe un gettito fiscale assolutamente consistente ... parte di queste risorse potrebbero essere destinate a interventi di natura preventiva e riabilitativa rivolti ai consumatori di droghe e ai tossicodipendenti».

<sup>51</sup> Cfr. G. CIVATI, *Cannabis*, cit., 48 ss.

<sup>52</sup> In argomento, si veda L. GOISIS, *Uso della cannabis a scopo terapeutico: disciplina italiana e statunitense a confronto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 927 ss.

fiscale del mercato legalizzato.

In sostanza il disegno di legge comprende tre punti fondamentali:

(i) consentire, a determinate condizioni, la coltivazione della *cannabis*, in forma individuale (fino a 3 piante) o associata (fino a 30 persone e dopo comunicazione alla Prefettura);

(ii) prevedere la liceità della detenzione di *cannabis* entro determinate quantità (15 grammi in casa e 5 grammi fuori), oltre a correggere la legge sulle infiorescenze, che ora vengono vendute nei cosiddetti "shop di *cannabis light*" per uso tecnico, prevedendone la possibilità di essere vendute per uso alimentare o erboristico (saranno soggette a tutti quei controlli dovuti e legati a quel tipo di attività) e innalzando la percentuale di THC che possono contenere fino all'1% (cfr. il paragrafo che segue);

(iii) disciplinare le condotte illecite prevedendo una differenziazione di pena in relazione alla tipologia delle sostanze (droghe pesanti, droghe leggere).

Abbiamo preso in considerazione le recenti proposte di legge dell'Intergruppo parlamentare e del senatore pentastellato Mantero per la legalizzazione della *cannabis* e suoi derivati. Esse mirano, come detto, a introdurre specifiche disposizioni volte a regolamentare l'uso personale delle droghe leggere, sancendone la piena legalizzazione (con l'esclusione quindi anche della sanzionabilità amministrativa).

Ebbene tali proposte di legge si pongono in contrasto con gli atti internazionali e comunitari?

Non potendosi affrontare qui il complesso tema oggetto delle proposte di legge dell'Intergruppo parlamentare e del sen. Mantero – per le loro implicazioni non solo politiche, ma anche socio-economiche e sanitarie – deve essere tuttavia verificata la compatibilità delle proposte di legalizzazione della *cannabis* con le Convenzioni internazionali di Vienna del 1988 e di New York del 1961. Quest'ultime sembrerebbero imporre agli Stati contraenti, quando le sostanze stupefacenti sono destinate al consumo personale, l'applicazione quantomeno di misure di carattere amministrativo.

A tal riguardo può osservarsi che nel 1997 è stato portato davanti alla Corte costituzionale il quesito referendario avente come obiettivo di eliminare qualsiasi sanzione nei confronti dell'uso personale (anche per la coltivazione) delle sostanze stupefacenti.

Per la Corte non vi è dubbio tuttavia che alla stregua delle Convenzioni internazionali di Vienna del 1988 e di New York del 1961, le condotte di coltivazione e di detenzione di sostanze stupefacenti, anche per fini di consumo personale, devono essere qualificate come reato o, quantomeno, sottoposte a misure amministrative riabilitative e di reinserimento sociale diverse dalla sanzione penale<sup>53</sup>.

La Corte ha ritenuto che la conseguenza di sguarnire di sanzione (penale o amministrativa) tali condotte, si pone in irrimediabile contrasto con le menzionate norme delle Convenzioni di Vienna del 1988 e di New York del 1961. Queste ultime impongono appunto alle parti contraenti di attribuire carattere di reato alle condotte descritte dall'art. 75 t.u. stup., o se non altro di applicare nei casi di minore gravità misure alternative di carattere amministrativo, anche quando le sostanze stupefacenti sono destinate al consumo personale e pure quando le infrazioni sono commesse da persone che utilizzano in modo abusivo sostanze stupefacenti (art. 3, paragrafi 2 e 4, lett. *c* e *d* della Convenzione di Vienna; art. 14, paragrafo 1, lett. *b* del Protocollo di emendamento della Convenzione di New York)<sup>54</sup>.

La Corte ha ritenuto pertanto inammissibile la richiesta di *referendum*, perché l'eventuale esito positivo del referendum lascerebbe le condotte di detenzione o coltivazione per fini personali prive di qualsiasi sanzione o misura amministrativa<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 27.

<sup>54</sup> Sulle origini delle Convenzioni di New York e di Vienna, si veda L. SBOLCI, voce *Stupefacenti* (*dir. internaz.*), in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, 1235 ss.

<sup>55</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 27. G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., 271 ss., 292 ss.

Sulla scorta di queste ultime considerazioni, occorre chiedersi se debba ritenersi costituzionalmente illegittima l'eventuale introduzione di una disciplina che renda completamente lecita la detenzione/coltivazione di droghe leggere per uso personale, perché in contrasto con le Convenzioni internazionali (di Vienna del 1988 e di New York del 1961) sulla base del parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., che richiede nell'esercizio della potestà legislativa il rispetto degli obblighi internazionali.

D'altronde di un analogo problema si discute anche nell'esperienza statunitense, poiché – come si è accennato – alcuni Stati hanno legalizzato l'uso personale di *cannabis per finalità ricreative*, ponendosi in contrasto con i trattati internazionali che gli Stati Uniti hanno firmato.

## **5. Qualche considerazione conclusiva**

In definitiva la riforma dei reati contro la persona potrebbe essere l'occasione per emancipare la disciplina penale degli stupefacenti dall'onnipresente paradigma di tutela iperpubblicistico, fondato sulla salute pubblica e l'ordine pubblico; così da poter ripesare altresì le cornici sanzionatorie per alcune condotte (coltivazione domestica, fatti di traffico di stupefacenti di lieve entità), che non sembrano rispondere al principio di proporzione.

E in modo più ambizioso, di conseguenza, tentare di ricostruire un sottosistema – quello degli stupefacenti – che oggi non è più un “modello”, dopo l'inopinata riforma del 2006 (legge Fini-Giovanardi) e la sentenza costituzionale n. 32 del 2014 che in modo poco “accorto” e lungimirante (si pensi alla accennata vicenda chiusa dalla sentenza della Corte cost. n. 40 del 2019 sul minimo editto dell'art. 73, comma 1, t.u. stup.) ha ripristinato, sia pure correttamente, la previgente legge Jervolino-Vassalli.

Tutto ciò ha lasciato sul campo giuridico un gran numero di macerie, che impongono una immediata ricostruzione del sottosistema degli stupefacenti, il quale non può essere abbandonato alla sola elaborazione giurisprudenziale (e in particolare alle decisioni delle Sezioni unite penali e agli interventi ablativi/manipolativi della Consulta), ma esige un intervento complessivo del legislatore (e della “politica”).

Una ricostruzione – una vera e propria “riedificazione” – che non potrà essere compiuta senza affrontare le grandi questioni sul tappeto in materia di traffico e consumo di droghe leggere/pesanti. Esistono infatti, come ho cercato qui di tratteggiare, problemi non eludibili per la tenuta del sottosistema in parola.

È necessaria pertanto una ricodificazione della normativa penale degli stupefacenti, anche in rapporto con i “delitti contro la persona”, la quale, alla luce di quanto osservato nella presente Relazione (riguardo pure alle scelte operate negli altri Paesi), dovrà sciogliere alcuni intricati nodi contenuti all'interno di (almeno) quattro ambiti.

In primo luogo, occorrerà un approfondito dibattito pubblico sul tema della legalizzazione delle droghe leggere per quanto concerne le condotte di detenzione per fini di consumo personale.

In secondo luogo, bisognerà seriamente affrontare la questione della rilevanza penale della coltivazione domestica di *cannabis*, coltivazione finalizzata anch'essa all'uso personale.

In terzo luogo, sarà necessario rimodulare il fatto di lieve entità (comma 5 dell'art. 73 t.u. stup.) che, prevedendo ancora al suo interno il medesimo trattamento sanzionatorio per le droghe leggere e quelle pesanti, risulta incoerente con il resto del sistema penale degli stupefacenti (dopo la pronuncia costituzionale n. 32 del 2014).

Infine, e da ultimo cronologicamente, bisognerà riflettere e metterci d'accordo sulle tematiche sollevate dalla l. n. 242 del 2016 in relazione alla c.d. *cannabis light* (e dal decreto del Ministero della salute che nel 2020 ha fissato i livelli massimi di THC negli alimenti). Se

davvero, sulla scia di quanto asserito dalle Sezioni unite penali Castignani, dovrà reputarsi penalmente rilevante (art. 73 t.u. stup.) la commercializzazione al pubblico, a qualsiasi titolo, di foglie, inflorescenze, olio, resina, ottenuti dalla coltivazione della *cannabis* sativa L (salvo che tali prodotti siano in concreto privi di efficacia drogante)<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Da ultimo, dagli organi di stampa si ha notizia di una ipotesi normativa predisposta dal Ministero dell'Interno al fine di consentire l'applicazione di misure cautelari in carcere per chi spaccia sostanze stupefacenti indipendentemente dalla quantità ceduta in caso di soggetto recidivo. Una modifica legislativa per superare l'attuale disposizione dell'art. 73, comma 5, t.u. stup. che non prevede l'arresto immediato per i casi di spaccio di droga. Per evitare cioè la scappatoia fornita dal comma 5 dell'art. 73 del t. u. stup., che prevede per i reati di spaccio "di lieve entità" la possibilità di accedere alla sospensione condizionale della pena e al lavoro di pubblica utilità, invece di scontare la pena detentiva. L'opzione che si vorrebbe introdurre è quella di alzare la pena minima per i recidivi, in modo che non possano sfuggire all'arresto (*La Repubblica e il Fatto Quotidiano.it*, 19 febbraio 2020).

Sezione II – Atti del seminario di discussione

15 ottobre 2021

Università degli studi di Brescia





# **PRESENTE E FUTURO DEL DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE\***

*Carlo Ruga Riva*

**Sommario:** 0. Oggetto dell'indagine 1. Uno sguardo d'insieme alla realtà normativa. 2. I reati ambientali contenuti nel Testo Unico: i dati statistici. 3. I nuovi delitti ambientali: dati statistici. 4. Sintesi sui dati statistici. 5. Aspetti critici e prospettive di riforma. 5.1. Depenalizzazioni e cause estintive del reato. 5.2. Lacune da colmare e incongruenze. 5.3. Mediazione, riparazione, modello ingiunzionale, nuove sanzioni principali? 5.4. Riscrivere i delitti ambientali?

## **0. Oggetto dell'indagine**

Questo contributo prende spunto dall'analisi dei dati statistici disponibili sui reati ambientali, per poi interrogarsi, *de jure condendo*, su eventuali modifiche all'attuale sistema normativo, in linea – si spera - con lo spirito della unità di ricerca sui reati contro l'incolumità pubblica e privata entro la quale sono maturate le riflessioni che seguono.

## **1. Uno sguardo d'insieme alla realtà normativa**

L'odierno diritto penale dell'ambiente ha raggiunto una faticosa, relativa stabilità normativa.

La legislazione settoriale emanata partire dagli anni '60, dedicata a singole matrici ambientali (aria, acque, suolo)<sup>1</sup>, è stata sostituita da due riforme di sistema: il testo unico del 2006, concernente (quasi) esclusivamente le contravvenzioni ambientali contro l'inquinamento atmosferico, idrico e del suolo; il titolo VI-bis del c.p., introdotto nel 2015, dedicato ai delitti contro l'ambiente.

Il legislatore ha dunque costruito un sistema articolato su due livelli.

Il primo, orientato a contrastare essenzialmente la violazione delle regole amministrative di gestione dell'ambiente, è imperniato in larghissima parte su contravvenzioni di mera condotta e di pericolo astratto.

Il secondo livello mira alla tutela contro le forme di inquinamento medio-grave, ed è costituito in prevalenza da delitti di evento e di danno.

## **2. I reati ambientali contenuti nel Testo Unico: i dati statistici**

La struttura delle contravvenzioni ambientali è rimasta sostanzialmente la stessa nei vari passaggi dalle singole leggi di settore al testo unico ambientale.

Le modifiche introdotte dal legislatore, ove percepite come un indebolimento di tutela, hanno incontrato le resistenze della magistratura: si pensi a titolo esemplificativo all'allargamento

---

\* Lo scritto riproduce con alcune integrazioni il contributo dal titolo *Realtà e prospettive del diritto penale dell'ambiente*, apparso su il *F.it, Gli speciali* n. 4/2021, 181 ss.

<sup>1</sup> Sul previgente assetto normativo v. per tutti A. L. VERGINE, *Ambiente nel diritto penale (tutela dell')*, in *Dig. disc. pen.*, IX, *Appendice*, , 1995, 755 ss. Per una ricostruzione e per una prognosi vedi il contributo di A. MANNA, *Realtà e prospettive della tutela penale dell'ambiente in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 1851 ss.

progressivo della definizione di sottoprodotto, cui non ha fatto seguito una parallela apertura giurisprudenziale sugli oggetti o le sostanze integranti tale nozione, che nella prassi viene quasi sempre negata ogni qual volta risultino trasformazioni consistenti della *res*.

Qualche dato statistico può aiutare a comprendere la crescente importanza delle contravvenzioni ambientali e dei due delitti ambientali (artt. 256-*bis* e art. 260, quest'ultimo traslato dal 2018 nell'art. 452-*quaterdecies* c.p.) contenuti nel d.lgs. n. 152/2006 in termini di frequenza di applicazione nei Tribunali italiani.

Consultando la serie Istat 2000-2017 relativa ai condannati con sentenza irrevocabile, alla voce "Inquinamento e rifiuti", il *trend* appare in netta crescita: ai soli 7 condannati del 2000, e ai 3 del 2001, si affiancano i 40 del 2005 e del 2006; dall'entrata in vigore del Testo Unico ambientale i numeri crescono progressivamente<sup>2</sup> fino a raggiungere, dal 2010 al 2017, numeri che vanno dai 379 ai 654 condannati definitivi.

Ovviamente al dato dei condannati definitivi va aggiunto, in termini di rischio penale incombente sui "clienti" potenziali della giustizia penale ambientale (di regola imprenditori), il rischio di processi penali quand'anche conclusosi con assoluzione (nel merito o, frequentemente, per prescrizione), così come l'ammissione all'oblazione codicistica e, dal 2015, al meccanismo estintivo speciale previsto dagli artt. 318-*bis* ss. d.lgs. n. 152/2006.

A tali dati si aggiungono, dal 2017 quelli curati dal Ministero della Giustizia<sup>3</sup>, nell'ambito del monitoraggio sui reati ambientali.

I dati raccolti dalle Procure (dall'81% degli Uffici di Procura) segnalano ad es. 1.158 procedimenti iscritti nel 2017 per la contravvenzione di discarica abusiva; 404 per combustione illecita di rifiuti; 65 per omessa bonifica; 153 per spedizione illecita di rifiuti e 274 per traffico organizzato di rifiuti; non compare il dato relativo alla gestione abusiva di rifiuti, che verosimilmente avrebbe numeri assai più robusti.

I dati raccolti in modo ancor più parziale dai Tribunali (54% degli Uffici), per lo stesso 2017 danno conto di centinaia di sentenze per i medesimi reati, sempre senza rilevazione della contravvenzione di gestione abusiva di rifiuti.

Senza indugiare nei dettagli, spicca il basso numero di condanne: ad es. nel caso della discarica abusiva 106 procedimenti conclusosi con condanna a fronte di altri 577 chiusi con esito opposto (295 procedimenti archiviati contro noti; 311 contro ignoti; 23 assoluzioni; 28 procedimenti conclusosi con sentenza per altro, verosimilmente derubricazioni). Proporzioni analoghe (una condanna su circa cinque procedimenti penali) valgono per la omessa bonifica, e non dissimili per il traffico organizzato (circa una condanna su sei procedimenti).

Nel numero degli esiti favorevoli per gli indagati e imputati vanno verosimilmente considerate le archiviazioni per difficoltà investigative varie nella individuazione degli autori di reato; talune prescrizioni già maturate in primo grado; talune derubricazioni (ad es. di discarica abusiva in gestione abusiva di rifiuti); più in generale, forse, un eccessivo entusiasmo inquisitorio da parte della polizia giudiziaria e dei pubblici ministeri in materia ambientale; non sono viceversa da considerarsi le cause estintive del reato per oblazione vecchia e nuova, trattandosi di contravvenzioni (con l'eccezione della omessa bonifica di rifiuti non pericolosi) punite con pena congiunta o di delitti, come tali estranei all'orizzonte della oblazione.

Gli ultimi dati di monitoraggio disponibili fanno emergere numeri ancora più consistenti.

Così, dalla serie storica 2018-2020, i dati forniti dalle Procure dicono, ad es. nel 2019 (132

---

<sup>2</sup> 96 nel 2007, 107 nel 2008, 204 nel 2009, 379 nel 2010; 654 nel 2011; 670 nel 2012; 530 nel 2013; 420 nel 2014; 461 nel 2015; 415 nel 2016; 487 nel 2017.

<sup>3</sup> Si tratta dei dati richiesti con la Circolare del 19 febbraio 2016 - Monitoraggio in tema di reati ambientali a seguito delle novità normative introdotte con la legge n. 68/2015 e la legge n. 6/2014, consultabili in [giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.page?facetNode\\_1=4\\_54&facetNode\\_2=0&facetNode\\_3=0\\_15\\_15&contentId=SPS206443&previousPage=mg\\_1\\_12](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?facetNode_1=4_54&facetNode_2=0&facetNode_3=0_15_15&contentId=SPS206443&previousPage=mg_1_12), anche raggiungibili dal sito di Sistema penale, alla pagina <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/monitoraggio-ministero-reati-ambientali-2018-2020>.

su 165 Uffici), di 2698 procedimenti aperti (di cui 1.695 contro noti) per discarica abusiva, 1647 per combustione illecita (1.033 contro noti); 85 per omessa bonifica (di cui 59 contro noti); 174 per spedizione illecita di rifiuti (163 contro noti); 90 per traffico organizzato di rifiuti (76 contro noti).

I dati dei Tribunali per il 2019 (196 su 301 degli Uffici) restituiscono un *trend* analogo a quello visto per il 2017: ad es. una condanna su circa sei procedimenti penali per il reato di discarica abusiva (71 condanne su 412 procedimenti).

Degni di riflessione sono anche i dati locali.

Ad es. da una recente ricerca condotta presso il Tribunale di Milano<sup>4</sup> risultano nel triennio 2015-2017 188 sentenze concernenti 334 capi di imputazione, un terzo dei quali avente ad oggetto gestione abusiva di rifiuti non pericolosi: tra le altre, 132 sentenze in materia di rifiuti e 49 in tema di acque; in soli 16 procedimenti risulta contestata la responsabilità ex d.lgs. 231/2001.

Quanto agli esiti, un terzo delle sentenze sono di condanna<sup>5</sup>.

In definitiva, per chi abbia qualche dimestichezza con la giustizia penale *in action*, il rischio penale per l'inquinatore "contravvenzionale" o comunque da Testo Unico Ambientale (delitti di combustione illecita di rifiuti e, fino al 2018, di traffico organizzato di rifiuti) è rilevante, tanto che nella prassi fioriscono le deleghe di funzioni anche in campo ambientale, aumenta la schiera degli avvocati che si dicono esperti in ambito penale ambientale e si accresce il numero delle Procure con *pool* dedicati anche ai reati ambientali.

### **3. I nuovi delitti ambientali: dati statistici**

La legge n. 68 del 2015 ha introdotto nel corpo del codice penale il nuovo titolo VI-*bis*, dedicato ai delitti contro l'ambiente, e più in generale un ricco armamentario costituito non solo da nuove figure di delitto ambientale, ma anche da disposizioni premiali, circostanze aggravanti e varie misure *lato sensu* sanzionatorie.

Il legislatore ha configurato una mini-codificazione "verde"<sup>6</sup>, dando vita ad un vero e proprio sottosistema normativo.

Come noto la dottrina ha in larga parte criticato la vaghezza di molte delle nuove figure delittuose, vaticinando difficoltà di applicazione e problemi nella prova di alcuni eventi particolarmente complessi da accertare.

I dati statistici riferiti ai primi cinque anni di vita della normativa mostrano numeri relativamente contenuti.

Sempre citando i dati del monitoraggio sui reati ambientali curati dal Ministero della Giustizia, è bene distinguere i dati raccolti tra le Procure e tra i Tribunali, pur trattandosi ancora una volta di dati non completi, non avendo tutti gli Uffici risposto alle richieste ministeriali.

Nelle iscrizioni la parte del leone la fa l'inquinamento doloso, con oltre duecento procedimenti iscritti contro noti per ogni anno del triennio 2018-2020<sup>7</sup>, e circa altrettanti contro ignoti. Sorprendentemente più basso il numero dei procedimenti per inquinamento (e disastro) colposi contro noti<sup>8</sup>, che insieme ammontano a circa un quarto delle contestazioni rispetta alla ipotesi dolosa di inquinamento<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> C. AZZALIN - C. SANTORO, *Le sentenze in materia di reati ambientali presso il Tribunale di Milano nel triennio 2015-2017: risultati e prospettive*, in *LexAmb. Riv. trim. dir. pen. amb.*, n. 4/2018, 27 ss.

<sup>5</sup> C. AZZALIN - C. SANTORO, *Le sentenze in materia di reati ambientali*, cit., 33.

<sup>6</sup> C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, 2015, X.

<sup>7</sup> Rispettivamente 211, 274 e 244.

<sup>8</sup> Rispettivamente 52, 58 e 64.

<sup>9</sup> Significativo è anche il prevalere (in misura pari a circa il doppio), nelle iscrizioni per il delitto di inquinamento e disastro colposo, di procedimenti contro noti rispetto a quelle contro ignoti; potrebbe trattarsi di

Gli altri delitti sono assai meno contestati: il disastro ambientale risulta oggetto di meno di trenta procedimenti penali contro noti, e circa altrettanti contro ignoti, per ciascuno dei tre anni di riferimento (2018-2020).

Rare, come era lecito prevedere, le contestazioni per il misterioso delitto di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto (art. 452-ter)<sup>10</sup>.

Poco frequenti anche le iscrizioni per il delitto di impedimento del controllo<sup>11</sup> e per quello di traffico di materiale radioattivo<sup>12</sup>.

Interessante il dato della omessa bonifica delittuosa, oggetto di un numero di iscrizioni non elevato in assoluto,<sup>13</sup> e comunque inferiore a quello registrato nello stesso triennio dalla poco applicata fattispecie contravvenzionale prevista dall'art. 257 d.lgs n. 152/2006, pur avendo il primo delitto un ambito di applicazione teoricamente più ampio della seconda.

Infine, il monitoraggio abbraccia la circostanza aggravante associativa contemplata dall'art. 452-octies c.p., oggetto di un numero esiguo di iscrizioni<sup>14</sup>.

Senza troppo indugiare, un dato appare interessante: l'esercizio della azione penale riguarda un numero decisamente inferiore rispetto alle iscrizioni: ad es. circa un terzo o un quarto per l'inquinamento doloso così come per l'art. 452-quinquies c.p.

Percentuali ancora minori interessano l'esercizio dell'azione penale rispetto alle notizie di reato concernenti il disastro ambientale (si oscilla da un quarto, ad un quinto, lasciando perdere il 2018 che presenta un dato ancora più eclatante: 28 iscrizioni contro noti a fronte di due soli esercizi dell'azione penale; ma è possibile che tale dato nasconda diverse qualificazioni giuridiche successive, ad es. di disastro innominato, rispetto a procedimenti con indagini risalenti).

Pur considerando che sono fisiologici sfasamenti temporali anche lunghi tra anno di iscrizione e anno di esercizio della relativa azione penale, dovuti alla lunghezza delle indagini e a varie lentezze organizzative, va comunque considerato che in tutto il triennio il secondo numero è nettamente inferiore al primo.

Tra le possibili spiegazioni si può forse ipotizzare un certo ottimistico entusiasmo degli organi di vigilanza e della polizia giudiziaria nelle virtù della nuova legge, cui fanno da contraltare difficoltà probatorie meglio comprese dagli organi di accusa rispetto agli autori di informative ad ampio raggio.

Venendo ai dati dei Tribunali (217 Uffici su 301), si evincono i seguenti dati salienti per l'anno 2020: per il reato di inquinamento doloso base (art. 452-bis co. 1 c.p.) 81 archiviazioni, 9 condanne, 5 assoluzioni e 6 sentenze di altro tipo; per l'inquinamento aggravato (art. 452-bis co. 2 c.p.) 3 archiviazioni, 4 condanne, 6 assoluzioni e 6 sentenze di altro tipo.

Per il traffico organizzato di rifiuti 59 archiviazioni, 5 condanne, 4 assoluzioni e 7 sentenze per altro.

Appare poi sorprendente – fino a dubitare della sua plausibilità – il dato 2020 riferito alle morti o lesioni come conseguenza di delitto ambientale: 42 archiviazioni, ben 13 condanne, 2 assoluzioni e 5 sentenze di altro tipo.

---

inquinamenti da attività industriale, riferibili ai vertici aziendali.

<sup>10</sup> Rispettivamente 9, 8 e 2 contro noti, 6, 13 e 3 contro ignoti.

<sup>11</sup> Rispettivamente 38, 33 e 19 contro noti, 1, 6 e 2 contro ignoti.

<sup>12</sup> Rispettivamente 1, 0 e 1 contro noti, 4, 0 e 2 contro ignoti.

<sup>13</sup> 47, 54 e 53 contro noti; 11, 10 e 13 contro ignoti

<sup>14</sup> Rispettivamente 5, 2 e 5 contro ignoti; 1, 0 e 0 contro ignoti.

#### 4. Sintesi sui dati statistici

In sintesi, i dati evidenziano una crescita notevole del numero di procedimenti penali aventi ad oggetto le contravvenzioni ambientali, a partire dal loro travaso nel d.lgs. n.152/2006.

I numeri dei procedimenti per delitti ambientali contenuti nel testo Unico Ambientale (combustione illecita di rifiuti e, fino al 2018, traffico organizzato di rifiuti) sono consistenti.

Ancora relativamente modesti sono i numeri dei procedimenti penali per i nuovi delitti ambientali.

Verosimilmente il basso numero di procedimenti penali ove si esercita l'azione penale dipende in questo ultimo caso da varie circostanze: soglia di offesa all'ambiente medio-alta, che fortunatamente non si riscontra di frequente nella realtà; difficoltà investigative e probatorie; fisiologici ritardi organizzativi e "culturali" nella presa in carico di reati nuovi.

Rinviano ai dati più puntuali sopra riportati in via esemplificativa, si può in generale osservare come il numero dei procedimenti penali iscritti sia molto più alto (dal triplo fino a cinque o sei volte a seconda del reato) rispetto al numero dei procedimenti nei quali si esercita l'azione penale; ancora, il numero degli esiti favorevoli all'indagato/imputato (per archiviazione o assoluzione) è notevole.

Varie le interpretazioni possibili: un eccesso di zelo investigativo-inquisitorio nella fase iniziale della acquisizione della *notitia criminis*; una particolare prudenza garantistica nell'esercizio dell'azione penale; oggettive difficoltà nella raccolta delle prove e di loro eventuale valutazione in giudizio.

#### 5. Aspetti critici e prospettive di riforma

Il quadro normativo tratteggiato, illuminato dai dati statistici, mostra un diritto penale ambientale contravvenzionale vivace, ed un diritto penale codicistico dell'ambiente in crescita di applicazione.

Complessivamente, l'inquinatore si trova oggi di fronte ad una legislazione penale agguerrita, che per taluni profili disegna un nuovo tipo di autore<sup>15</sup>, e ad una prassi giurisprudenziale severa.

Vi sono spazi per riforme? In quale direzione (maggiore tutela ambientale/più ampio ricorso a strumenti extrapenali)?

Senza pretese di completezza, proviamo di seguito a indicare alcuni temi meritevoli di approfondimento in chiave di riforma.

##### 5.1. Depenalizzazioni e cause estintive del reato

Il campo delle contravvenzioni ambientali, strutturate di regole come reati di mera condotta e di pericolo astratto, con soglie di offesa lontane da danni o anche solo da pericolo imminenti, apre a eventuali reazioni ordinamentali non penali.

In questa ottica si potrebbe riflettere su ipotesi di depenalizzazione mirate a determinate fattispecie (mere inosservanze di prescrizioni rispetto ai titoli abilitativi in materia di acque, aria e suolo), e/o per caratteristiche di sostanze, ad es. non pericolose, sviluppando un timido *trend* inaugurato con le parziali depenalizzazioni che hanno interessato gli artt. 279<sup>16</sup> e 29-

---

<sup>15</sup> C. RUGA RIVA, *L'inquinatore nuovo tipo di autore?* in *Riv.it. dir. proc. pen.*, n. 2/2020, 1081 ss.

<sup>16</sup> E. MARINI, *Emissioni in atmosfera e sanzioni penali: questioni (ancora) controverse sull'impianto contravvenzionale previsto dal testo unico ambientale*, in *LexAmb. Riv. trim. dir. pen. amb.*, n. 1/2021, specie 38 ss.

*quaterdecies* d.lgs n. 152/2006.

Alla prospettiva della depenalizzazione in astratto (con sostituzione delle attuali fattispecie, ad es. art. 256, co. 4 d.lgs. n. 152/2006 e 256, co. 1 lett. a del lgs. n. 152/2006 con analoghi illeciti amministrativi), resa problematica dalla frequente timidezza e opacità delle pubbliche amministrazioni, cui spetterebbe l'applicazione delle sanzioni amministrative, potrebbe in via più conservativa sostituirsi una prospettiva di c.d. depenalizzazione in concreto, perseguita attraverso l'ampliamento delle cause di estinzione del reato o più in generale di forme di non punibilità condizionata<sup>17</sup> a forme di reintegrazione dell'offesa ambientale.

In particolare l'attuale disciplina degli artt. 318-*bis* e ss. del d.lgs n.152/2006 potrebbe essere allargata alle contravvenzioni punite anche con pena congiunta e con sola pena dell'arresto<sup>18</sup>.

Analogamente le cause di estinzione del reato valevoli per le persone fisiche potrebbero essere estese agli enti: oggi la società che materialmente "paga" le sanzioni, i ripristini e i risarcimenti dei quali beneficiano i propri rappresentanti legali non gode di alcuna causa di estinzione dell'illecito, ostandovi l'art. 8 del d.lgs n. 231/2001, il quale come noto afferma che la responsabilità dell'ente sussiste anche quando il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia.

Tale regola potrebbe essere modificata, o vi si potrebbe derogare con norma specifica di segno opposto, magari inserita nel corpo degli artt. 318-*bis* ss del d.lgs n. 152/2006.

## 5.2. Lacune da colmare e incongruenze

Vi sono alcune lacune da colmare e alcuni problemi di coordinamento da risolvere.

In particolare, la responsabilità da reato andrebbe estesa alle violazioni di talune almeno delle fattispecie contenute nell'art. 29-*quaterdecies* d.lgs n. 152/2006, il quale punisce varie violazioni della disciplina sull'AIA, connessa agli impianti di maggiore impatto ambientale, in tema di acque, aria e suolo, irragionevolmente rimaste fuori dalla responsabilità da reato dell'ente il quale, paradossalmente, risponde ex d.lgs. 231/2001 solo ove gestisca stabilimenti meno inquinanti, e come tali non soggetti ad AIA.

Andrebbe poi superata la duplicazione dei reati aventi ad oggetto l'omessa bonifica, attraverso una razionalizzazione dell'attuale assetto normativo (art. 257 d.lgs n. 152/2006 e art. 452-*terdecies* c.p.).

Si potrebbe creare una unica fattispecie delittuosa colposa, estesa anche agli inadempimenti prodromici alla stesura del progetto di bonifica condiviso con le autorità competenti, con eliminazione della attuale contravvenzione e dell'attuale figura delittuosa solo dolosa.

## 5.3. Mediazione, riparazione, modello ingiunzionale, nuove sanzioni principali?

Per in reati ambientali non rientranti nel novero di quelli (sostanzialmente i delitti contenuti nel Titolo VI-bis c.p.) per i quali la Direttiva 2008/99/CE prevede obblighi di incriminazione, sono pensabili forme di giustizia alternativa al modello classico di giustizia penale imperniato su sanzioni detentive o pecuniarie.

Il riferimento è a forme di mediazione e/o di riparazione<sup>19</sup> che mettano in dialogo inquinatore

---

<sup>17</sup> Cfr. D. FRANZIN, *Governo penale dell'ambiente e non punibilità condizionata*, 2018,77 ss.

<sup>18</sup> Nella prassi, che peraltro non trova riscontro nella lettera della legge, l'oblazione prevista dagli artt. 318-bis ss. del d.lgs n. 152/2006 viene esclusa per le contravvenzioni punite con pena congiunta o del solo arresto; per una critica a tale orientamento v. A. MELCHIONDA, *La procedura di sanatoria dei reati ambientali: limiti legali e correzioni interpretative in malam partem*, in *Lexambiente. Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2021, n. 1, 1 ss.

<sup>19</sup> Gli strumenti di giustizia ADR già esistenti in campo ambientale riguardano aspetti civilistici e di diritto

e vittime e portino al superamento delle ferite rappresentate da determinati fatti di contaminazione ambientale.

La difficoltà maggiore nel nostro ambito è costituita dalla individuazione delle vittime e dei loro rappresentanti, specie laddove si tratti di autentici reati ambientali (e non contro l'incolumità pubblica).

L'ambiente è infatti bene adespota: con chi tentare la mediazione? Con associazioni ambientaliste? Con gli enti territoriali? Quali? E in caso di contrasti tra le medesime entità che fare?

L'altra tecnica alternativa di soluzione delle controversie è rappresentata dal modello ingiunzionale di matrice anglosassone<sup>20</sup>, imperniato su agenzie di controllo con ampi poteri prescrittivi e sanzionatori, la cui inosservanza dà adito, in seconda battuta, a sanzioni penali.

Un sistema "responsivo"<sup>21</sup> sicuramente meritevole di studio e implementazione, peraltro già parzialmente presente nel nostro ordinamento, pur con peculiarità e differenze: si pensi alle fattispecie di inosservanza delle prescrizioni (artt. 256 co. 4, 137, co. 3, 279 co. 2-bis d.lgs n. 152/2006) e, soprattutto al meccanismo estintivo di cui agli artt. 318-*bis* ss. d.lgs n. 152/2006, il quale prevede appunto prescrizioni asseverate tecnicamente dagli enti competenti (art. 318-*ter* d.lgs. n.152/2006).

Per altro verso, non mancano proposte di revisione del sistema sanzionatorio penale-ambientale, che si vorrebbe più aperto a nuove pene principali come il lavoro di pubblica utilità e gli obblighi di ripristino<sup>22</sup>, oppure alle sanzioni interdittive<sup>23</sup>, con corrispondente riduzione del ricorso alle pene detentive.

#### **5.4. Riscrivere i delitti ambientali?**

In prospettiva di riforma va infine affrontato il tema della eventuale riscrittura dei principali delitti ambientali, notoriamente criticati per la loro elevata imprecisione<sup>24</sup>.

Il discorso riguarda in particolare l'inquinamento ambientale e il disastro ambientale, rispettivamente pensati su meso/macro fenomeni di contaminazione ambientale.

Sotto la lente dei critici sono passati i requisiti della compromissione significativa e misurabile, da un alto, e dell'alterazione irreversibile o difficilmente reversibile, dall'altro.

Entrambe le formule sono effettivamente poco afferrabili, o comunque polisense.

D'altra parte se la critica è facile, meno agevole appare proporre soluzioni alternative.

La difficoltà di "fotografare" eventi di danno di media o notevole (disastrosa) gravità dipende sia dalla inafferrabilità del bene ambientale, sia dal carattere macro dell'offesa e dal

---

commerciale e dei consumatori: v. ad es. le informazioni reperibili sul sito <https://blogmediazione.com/2018/04/05/mediazione-ambientale-prevenire-meglio-riparare>.

<sup>20</sup> G. ROTOLO, *Riconoscibilità" del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, 2018, specie 236 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, 2012, specie 387 ss.

<sup>21</sup> G. ROTOLO, *"Riconoscibilità" del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, 2018, specie 234 ss.

<sup>22</sup> M. DOVA, *Vi è spazio per una pena prescrittiva-reintegratoria in materia ambientale?*, in *LexAmb. Riv. trim. dir. pen. amb.*, n. 1/2021, 27 ss. Sulle criticità incontrate dagli obblighi di ripristino e di bonifica v. per tutti A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali "si perdono"*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14.2.2018. Più in generale sulle prospettive *de jure condendo* si veda M. CATERINI, *Effettività e Tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, 2017, 352 ss.

<sup>23</sup> L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, 2007, 511 ss.

<sup>24</sup> V. tra i molti C. MELZI D'ERIL, *L'inquinamento ambientale a tre anni dall'entrata in vigore*, *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, n.7/2018, 35 ss.; M. RICCARDI, *L'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione "compromette" il fatto tipico*, *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, n.3/2017, 101 ss.

suo avverarsi a seguito – normalmente – di svariate condotte di vari soggetti nel corso di archi temporali anche lunghi, con tutti i connessi problemi causali e definitivi.

In linea di massima dovrebbe essere chiaro che il danno (la compromissione, comunque aggettivata) non si realizza col mero superamento (quanto meno occasionale e non eclatante) dei valori-soglia, ma corrisponde ad una soglia di offesa superiore, di autentica lesione effettiva e non fugace della matrice ambientale o dell'ecosistema.

Resta il problema, a mio sommesso avviso non risolvibile con un cambio di sostantivi od aggettivi, di descrivere con più precisione l'entità del danno.

Con riferimento all'inquinamento la Direttiva 2008/99 CE parla di “*danni rilevanti* alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque”, mentre come noto la stessa fonte non considera fattispecie pienamente assimilabili al nostro pionieristico disastro ambientale.

A me pare che l'unica soluzione che realmente offrirebbe vantaggi sul piano della precisione sarebbe quella di fare riferimento a valori tabellari riferiti alle principali sostanze e alla loro immissione/emissione nelle varie matrici ambientali.

Non ovviamente, come ora, facendo riferimento a valori precauzionali, bensì a valori, empiricamente verificati, superati i quali può dirsi accertato un danno di una certa entità all'ambiente, o perlomeno effetti avversi per l'ambiente, per la flora o per la fauna.

Si tratterebbe di un'impresa legislativa assai complessa, da svolgersi in sinergia con il sapere scientifico, da filtrarsi alla luce degli scopi di tutela e delle esigenze di garanzia propri del diritto penale.

Uno studio in questo senso esiste già, limitato all'inquinamento idrico, e ad esso si rinvia<sup>25</sup>.

E' però del tutto evidente che una tale opera di raccolta di dati scientifici sarebbe assai complessa e lunga, e andrebbe riversata in apposite tabelle soggette a frequenti aggiornamenti, e risulterebbe comunque parziale, stante il numero elevatissimo di sostanze in commercio.

Insomma, si tratterebbe di una prospettiva difficilmente praticabile.

Si può immaginare una alternativa più radicale: abbandonare la prospettiva del reato di danno e di evento, a vantaggio del modello di pericolo concreto.

In questo senso si è ipotizzata la configurazione di reati di pericolo concreto strutturati sull'esempio dell'art. 257 (omessa bonifica), ovvero sul riferimento ad uno standard astratto (superamento di valori limiti non precauzionali) calato nel contesto concreto, ovvero riferito ad una analisi sito-specifica<sup>26</sup>.

Non va peraltro sottaciuto che anche l'accertamento del pericolo concreto chiama in causa delicati problemi di accertamento probatorio.

Quali che siano le opzioni politico criminali prescelte, il diritto penale dell'ambiente si dimostra una volta di più importante banco di prova di temi e problemi più generali, che i vari formanti concorreranno a delineare nel prossimo futuro.

---

<sup>25</sup> R. CABRINI - A. FINIZIO - V. F. M. MEZZANOTTE, *Il punto di vista dell'ecologia delle acque nell'interpretazione della legge n. 68/2015*, in *LexAmb. Riv. trim. dir. pen. amb.*, n. 1/2019, 1 ss.

<sup>26</sup> Cfr. C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, 2008, 244 ss.



# LE PROPOSTE DI RIFORMA IN MATERIA DI STUPEFACENTI: GLI ILLECITI A TUTELA DI INTERESSI INDIVIDUALI

*Marco Gambardella*

**Sommario:** 1. Il microsistema degli stupefacenti e le fattispecie di pericolo individuale; 2. Il modello del “proibizionismo” a fondamento della normativa italiana; 3. Le Sezioni unite penali “Caruso” del 2020 in tema di coltivazione domestica di *cannabis*; 4. I tentativi legislativi di legalizzazione della *cannabis*; 5. La recente richiesta di *referendum* per la depenalizzazione della coltivazione domestica (Corte cost. n. 51 del 2022).

## 1. Il microsistema degli stupefacenti e le fattispecie di pericolo individuale

Nel gruppo di lavoro coordinato dal prof. Massimo Donini, mi sono occupato degli “illeciti” in materia di stupefacenti iscritti all’interno degli illeciti contro la salute. Non impiego volutamente il termine “reato”, perché, in tale campo di studio caratterizzato dalla forte incidenza del modello dell’illecito amministrativo, esso appare limitante.

Anche se la Corte costituzionale ha recentemente escluso che le sanzioni amministrative disciplinate dall’art. 75, comma 1, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 (t.u. stup.) nei confronti del mero consumatore di sostanze stupefacenti siano, nel loro complesso, connotate da natura e finalità “punitiva” secondo i criteri Engel; ritenendole invece misure con finalità spiccatamente “preventiva”. Natura preventiva delle “sanzioni” in questione, che – per la Corte – certamente corrispondente alle intenzioni del legislatore, ma che segna pure il limite dei poteri dell’autorità amministrativa nell’esercizio della propria discrezionalità rispetto alla loro irrogazione nel caso concreto<sup>1</sup>.

Si è sfruttata così l’occasione di provare a inserire il sottosistema degli stupefacenti all’interno della eventuale riforma dei “reati contro la persona”, dislocando in pratica alcune tipologie di condotte illecite in materia di stupefacenti nel codice penale (nell’ambito appunto dei delitti contro la persona).

Anzitutto, occorre notare come, in realtà, originariamente una disciplina degli stupefacenti era inserita nel codice Rocco, ma nell’altra materia oggetto della ricerca del “nostro” gruppo di lavoro. Nel titolo dei «delitti contro l’incolumità pubblica» erano, infatti, collocati l’art. 446 c.p. (commercio clandestino o fraudolento di sostanze stupefacenti) e l’art. 447 c.p. (agevolazione dolosa all’uso di sostanze stupefacenti). Tali disposizioni incriminatrici sono state abrogate nel 1975 con il riordino complessivo della materia degli stupefacenti (l. 21 febbraio 2006, n. 49)<sup>2</sup>.

L’offesa nel capo II del titolo VI – a differenza del capo I («dei delitti di comune pericolo mediante violenza») dove vi è una vittima diffusa, che subisce passivamente una aggressione esterna di natura violenta – necessita, dal punto di vista meramente materiale e oggettivo, di una “cooperazione” da parte del consumatore di cose o sostanze pericolose<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte cost., sent. 14 giugno 2022, n. 148.

<sup>2</sup> Al riguardo, cfr. l’ampia indagine di F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Cedam, 1994, 36 ss.

<sup>3</sup> Cfr. A. GARGANI, *I reati contro l’incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO, t. II, Giuffrè, 2013, 39 ss., il quale istituisce un parallelismo tra il criterio classificatorio adottato dal legislatore in materia di delitti contro il patrimonio e quello impiegato nell’ambito dei

Ora il tema fondamentale, il nodo da sciogliere è la possibilità o meglio l'opportunità di tracciare una distinzione, allo scopo di tenere separate le ipotesi in materia di stupefacenti maggiormente incentrate su interessi pubblicistici e collettivi (interessi quali – oltre la salute pubblica – il mercato della droga, la sicurezza e l'ordine pubblico, il normale sviluppo delle giovani generazioni), da quelle figure più propriamente volte alla protezione della salute di individui determinati (la salute del singolo assuntore)<sup>4</sup>.

Certamente siffatta distinzione sarebbe oggi più praticabile rispetto al recente passato; ossia dopo la sentenza costituzionale n. 32 del 2014 (che ha caducato la l. 22 dicembre 1975, n. 685(c.d. legge Fini-Giovanardi), la quale aveva invero assimilato la risposta sanzionatoria tra le droghe leggere e quelle pesanti, accrescendo così la rilevanza nel campo degli stupefacenti della protezione dei beni dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica<sup>5</sup>.

Senza dimenticare però che tale incostituzionalità è stata dichiarata in base al parametro dell'art. 77, comma 2, Cost.: per la mancanza di omogeneità contenutistica fra la legge di conversione parlamentare e il decreto legge, e non già per la diversa pericolosità delle sostanze nei confronti della salute. A riprova di ciò, l'art. 73, comma 5, t.u. stup. (l'autonoma incriminazione del “fatto di lieve entità”) unifica ancora la risposta sanzionatoria rispetto alle diverse tipologie di sostanze stupefacenti.

Ebbene, l'idea è quella di isolare nel sottosistema degli stupefacenti condotte in cui è assente l'aspetto, il carattere, pubblicistico di tutela penale, legato alla protezione della salute pubblica, ordine pubblico e repressione del mercato illegale.

E ciò sperimentando l'impiego – sotto il profilo della tecnica di configurazione della fattispecie – di ipotesi (figure) di “pericolo individuale”, emancipando tali fattispecie criminose dal paradigma “iperpubblicistico” di contrasto alla produzione e traffico di stupefacenti, valorizzando qui la messa in pericolo della salute del singolo individuo (assuntore, tossicodipendente, tossicofilo che sia).

La configurazione di fattispecie di pericolo individuale a tutela di interessi individuali, delle singole persone, permetterebbe oltretutto di razionalizzare la risposta sanzionatoria, rendendo proporzionate le comminatorie edittali di queste condotte a tutela della persona, in cui è messa in pericolo la salute del singolo, rispetto alle pene previste per i reati comparabili.

Ma quali sono queste ipotesi (i comportamenti) che possono essere dislocate all'interno del codice penale nell'ambito dei delitti contro la persona, costruite come figure di pericolo individuale e sganciate così dal paradigma “iperpubblicistico” della tutela della salute collettiva e dell'ordine pubblico?

Si potrebbero dislocare all'interno del codice penale – nell'ambito dei delitti contro la persona – le tipologie di condotte elencate di seguito, le quali non appaiono in alcun modo collegabili con la repressione del mercato illegale della droga, con la tutela della salute collettiva e dell'ordine pubblico nonché con il corretto sviluppo delle giovani generazioni; né sembra affermabile, in assoluto, che ogni attività rientrante nel c.d. ciclo della droga (coltivazione, produzione, fabbricazione, cessione, ecc.) è sempre idonea a turbare la sicurezza e l'ordine pubblico.

Prima di tutto la c.d. “coltivazione domestica” di droghe “leggere”, allorché si tratti di piantine (ad esempio, di *marijuana*) coltivate non solo per la consumazione personale; piantine

---

delitti contro la pubblica incolumità.

<sup>4</sup> Sui beni tutelati nella disciplina degli stupefacenti, si veda ad esempio la ricostruzione contenuta in G.C. AMATO – G. FIDELBO, *I reati in materia di stupefacenti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. CAPUTO e G. FIDELBO, Giappichelli, 2012, 306 ss. Nella giurisprudenza delle Sezioni unite penali, cfr. Cass., Sez. Un., 24 aprile 2008, n. 28605, in *C.E.D. Cass.*, n. 239920; Cass., Sez. Un., 24 giugno 1998, n. 9973, *ivi*, n. 211073.

<sup>5</sup> Cfr. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 2 ss.; M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Sapienza Università Editrice, 2019, 47 ss.

tenute in vaso e non interrate, la cui crescita e produttività in termini di “raccolto” si attestino entro limiti non ampi. Assegnando poi a tale condotta una cornice edittale adeguata allo scarso disvalore della condotta.

Inoltre, nel codice penale tra i delitti di pericolo della vita e della salute del singolo individuo potrebbe includersi il fatto di lieve entità avente ad oggetto esclusivamente droghe “leggere” cedute a persona maggiorenne (art. 73, comma 5, t.u. stup.). Si pensi così alla detenzione di un numero limitatissimo di dosi di *marijuana* destinate alla illecita cessione a terzi, in cui l'autore del reato non sia peraltro collegato alla criminalità organizzata. Qui il dato ponderale, l'elemento quantitativo, in quanto più direttamente legato all'oggettività del delitto, avrebbe un ruolo decisivo nella valutazione dell'entità dell'offensività rispetto all'interesse protetto.

A tale riguardo, si è affermato che ai fini della valutazione della ricorrenza del “fatto lieve”, il giudice può tener conto della circostanza che il dato ponderale oggetto di giudizio è compatibile con i quantitativi che la giurisprudenza maggioritaria ha ricondotto al fatto lieve; e tale compatibilità può essere ricavata avvalendosi dello studio statistico recentemente predisposto dall'Ufficio del Processo presso la sesta sezione della Corte di cassazione, intitolato “Il fatto di lieve entità ex art. 73, quinto comma, d.P.R. n. 309/1990: alla ricerca di un'interpretazione tassativizzante. Un'indagine empirica della giurisprudenza di legittimità nel triennio 2020-2022”<sup>6</sup>.

Lo spaccio (o la detenzione oltre certe soglie ad esso destinata) di droghe “leggere” (ad esempio, *hashish* o *marijuana*) è più grave, agli occhi del legislatore, di una lesione personale volontaria o di un omicidio colposo, nonostante la singola cessione (e tantomeno la detenzione finalizzata allo spaccio) non sia di per sé idonea a produrre malattie (se non sul lungo periodo e unitamente ad altre) e tanto meno la morte<sup>7</sup>.

Il reato di spaccio di droghe “pesanti” (ad esempio, cocaina) è punito con la pena da 6 a 20 anni di reclusione (a seguito della sentenza costituzionale n. 40 del 2019, la quale ha dichiarato incostituzionale l'art. 73, comma 1, t.u. stup. nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di 8 anni anziché di 6 anni<sup>8</sup>); pena in linea (nel massimo) con l'omicidio doloso consumato e molto superiore (nel massimo) a quella dell'omicidio tentato, nonostante non si voglia né si causi la morte di un uomo. Se si prende a parametro di riferimento la salute dei consumatori, le pene attualmente previste non sembrano pertanto proporzionate in sé e in raffronto alle pene previste per reati comparabili (lesioni personali volontarie, omicidio volontario consumato e tentato, omicidio colposo)<sup>9</sup>.

Non va infine dimenticata la responsabilità del cedente di sostanze stupefacenti per la morte dell'assuntore ex art. 586 c.p., imputabile al primo a titolo di colpa allorché dalle circostanze del caso concreto risulti evidente un concreto pericolo per l'incolumità dell'assuntore o comunque rimanga un dubbio in ordine alla effettiva pericolosità dell'azione, tali da dovere indurre l'agente ad astenersi dall'azione<sup>10</sup>.

## **2. Il modello del “proibizionismo” a fondamento della normativa italiana**

Allo scopo di verificare se l'aspetto pubblicistico di tutela nel campo degli illeciti penali che

<sup>6</sup> Cass., Sez. VI, 3 novembre 2022, n. 45061, in *Cass. pen.*, 2023, p. 115 ss.

<sup>7</sup> Così C. RUGA RIVA, *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, in *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, a cura di D. PULITANÒ, Giappichelli, 2019, 176 ss.

<sup>8</sup> Su Corte cost., sent. 08 marzo 2019, n. 40, cfr. F. CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, 1231 ss.

<sup>9</sup> Cfr. ancora C. RUGA RIVA, *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, cit., 176 ss.

<sup>10</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 29 maggio 2009, n. 22676; da ultimo si veda Cass., Sez. IV, 15 maggio 2018, n. 41874, in *C.E.D. Cass.*, n. 274713.

si occupano delle sostanze stupefacenti possa cedere il passo, almeno in parte, a incriminazioni imperniate invece su schemi di protezione della salute del singolo assuntore/consumatore, appare fruttuoso volgere lo sguardo verso la normativa penale delle droghe in Italia e scorgerne il modello (seppure oggi offuscato) che ne indica la direzione.

Il modello del “proibizionismo” è a tutt’oggi il paradigma che orienta le scelte di politica legislativa penale in materia di stupefacenti. Esso parrebbe imposto al nostro Paese dalle Convezioni internazionali in tema di droga, le quali ci obbligano a prevedere come reato le condotte di “produzione”, “commercio” e “traffico” illegali di sostanze stupefacenti, lasciando invece rispetto al “consumatore” la facoltà di scegliere tra la repressione penale e le misure diverse dalla sanzione criminale (ad esempio, il trattamento medico-terapeutico o socio-riabilitativo)<sup>11</sup>.

La normativa italiana in materia di sostanze stupefacenti si ispira ad una strategia volta a differenziare, sul piano del trattamento sanzionatorio, la posizione del consumatore della droga da quelle del produttore, del trafficante e dello spacciatore. L’idea di fondo del legislatore è che l’intervento repressivo debba rivolgersi principalmente nei confronti dei narcotrafficanti (grandi o piccoli che siano), dovendosi scorgere di regola nella figura del tossicodipendente o del tossicofilo una manifestazione di disadattamento sociale, cui far fronte con interventi di tipo terapeutico e riabilitativo<sup>12</sup>.

La *ratio* delle incriminazioni in materia di stupefacenti è di combattere il mercato della droga, espellendolo dal circuito nazionale. Proprio attraverso la cessione al consumatore è, infatti, realizzata la circolazione della droga ed è alimentato tale mercato, che mette in pericolo i beni oggetto di tutela penale: individuabili in quelli della salute pubblica, della sicurezza e dell’ordine pubblico, nonché del normale sviluppo delle giovani generazioni<sup>13</sup>.

Si tratta in pratica di reati pluri offensivi, nei quali la “salute pubblica” (quale risultante della sommatoria della salute dei singoli individui) assume un ruolo privilegiato nell’ambito dell’oggettività giuridica, affiancata dai beni giuridici della sicurezza pubblica e dell’ordine pubblico<sup>14</sup>.

Come si è illustrato, dal novero dei beni che si reputa tutelato dalle incriminazioni in materia

---

<sup>11</sup> F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., 21 ss.; M. RONCO, voce *Stupefacenti*, II, *Diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, 1 ss.; G.M. FLICK, *Droga e legge penale*, Giuffrè, 1979, 111 ss.; G.C. AMATO – G. FIDELBO, *I reati in materia di stupefacenti*, cit., 271 ss.; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 41 ss.; C. RUGA RIVA, *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, cit., 155 ss.; M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, cit., 9 ss. Cfr. poi Corte cost., sent. 10 febbraio 1997, n. 27. Una esauriente trattazione in AA.VV., *I reati in materia di stupefacenti*, a cura di G. INSOLERA – L. DELLA RAGIONE – G. SPANGHER, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2019. Da una prospettiva più ampia, cfr. P. NENCINI, *La minaccia stupefacente. Storia politica della droga in Italia*, il Mulino, 2017, 13 ss.

<sup>12</sup> In tal senso, esplicitamente, v. Corte cost., sent. 20 maggio 2016, n. 109, in *Cass. pen.*, 2016, 3192, con osservazioni di E. APRILE, *Per la Consulta resta sanzionabile penalmente la coltivazione di piante di cannabis finalizzata al consumo personale*.

<sup>13</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 24 giugno 1998, n. 9973, cit.; M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 1 ss. Sul *business* planetario rappresentato dal narcotraffico, cfr. N. GRATTERI – A. NICASO, *Oro bianco*, Mondadori, 2015.

<sup>14</sup> Nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., sent. 11 luglio 1991, n. 333. Cfr. poi S. GRILLI, *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, Ipsoa, 2012, 44 ss.; D. CARRA, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, *I delitti contro l’incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, diretto da A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, Utet, 2010, 646 ss. In senso critico A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. MOCCIA e A. CAVALIERE, E.S.I., 2016, 155 ss. Muovono poi una serrata critica ai beni giuridici protetti così come individuati dalla giurisprudenza, in relazione alle droghe leggere A. CADOPPI – B. SCARCELLA, *California dreamin’. Per una legalizzazione della cannabis e dei suoi derivati*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3, 2016, 208 ss.; precisandosi inoltre che in uno Stato ispirato a principi liberali, ogni “paternalismo” in tema di uso di *cannabis* da parte degli adulti dovrebbe essere bandito (210 ss.).

di traffico e consumo di stupefacenti si evince che siamo in presenza di un'ottica di protezione fortemente "pubblicistica", contrassegnata oltretutto da una rigorosa e robusta risposta punitiva.

Nel nostro ordinamento la nozione di stupefacente ha poi natura "legale": nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi o tabelle appositamente predisposte e allegate al testo unico degli stupefacenti<sup>15</sup>.

Ma è necessario accertare in concreto altresì la capacità drogante della sostanza, e non solo perciò la corrispondenza al tipo preso in considerazione nella apposita tabella?<sup>16</sup>

In questo senso, si è sostenuto che per rispettare il principio costituzionale di offensività occorre accertare la quantità di principio attivo contenuto nella sostanza stupefacente oggetto di contestazione attraverso un esame tossicologico. Cosicché, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 73 t.u. stup. è necessario dimostrare, con assoluta certezza, che il principio attivo contenuto nella dose destinata allo spaccio, o comunque oggetto di cessione, sia di entità tale da poter produrre in concreto un effetto drogante<sup>17</sup>. Non potrebbe, ad esempio, ravvisarsi il reato previsto dall'art. 73 t.u. stup. quando la sostanza ceduta, pur botanicamente compresa nelle tabelle, sia priva di qualsivoglia efficacia farmacologica e perciò inidonea a produrre l'effetto drogante a causa della percentuale insufficiente di principio attivo<sup>18</sup>.

Una sostanza può ritenersi stupefacente non per la sua caratteristica astratta, né per la sua natura e nemmeno per la sua semplice corrispondenza al "tipo" descritto nelle tabelle ministeriali, quanto piuttosto e unicamente per la concreta efficacia del principio attivo in essa contenuto a produrre effetto drogante; e dunque per la quantità di principio attivo che essa è in grado di veicolare nell'organismo, determinando in tal modo l'effetto lesivo del bene giuridico della salute che la legge intende proteggere. Al di sotto di questa soglia, che è in concreto diversa da sostanza a sostanza, non è possibile parlare di sostanza stupefacente o psicotropa nel senso tipicamente e tassativamente definito dalla norma incriminatrice, trattandosi piuttosto di sostanza inerte, o comunque non in grado di cagionare nell'assuntore assuefazione, dipendenza ed uno stimolo ovvero una depressione del sistema nervoso centrale<sup>19</sup>.

Anche se le Sezioni unite penali Kreml del 1998 – seguite da una parte della giurisprudenza di legittimità – sembrano privilegiare una impostazione differente, affermando che la circostanza che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta "soglia drogante", in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto, non ha rilevanza ai fini della punibilità del fatto<sup>20</sup>. Il raggiungimento della soglia drogante non sarebbe dunque necessario per la configurazione della fattispecie criminosa di detenzione a fini di spaccio, stante la natura legale della nozione di sostanza stupefacente<sup>21</sup>; né comunque per stabilire l'effettiva natura stupefacente di una sostanza bisognerebbe ricorrere ad una perizia tossicologica<sup>22</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 29316, in *www.penalecontemporaneo.it.*, con nota adesiva di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite risolvono un contrasto ... dottrinale sugli effetti della sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti*; Cass., Sez. Un., 24 giugno 1998, n. 9973, cit.; Cass., Sez. IV, 14 aprile 2011, n. 27771, in *C.E.D. Cass.*, n. 250693; Cass., Sez. III, 13 gennaio 2011, n. 7974, *ivi*, n. 249113; Cass., Sez. IV, 18 aprile 2005, n. 20907, *ivi*, n. 231561.

<sup>16</sup> Cfr. la ricostruzione di M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 19 ss.

<sup>17</sup> Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6928, in *C.E.D. Cass.*, n. 252036; Cass., Sez. IV, 19 novembre 2008, n. 6207, *ivi*, n. 242860.

<sup>18</sup> Cass., Sez. IV, 12 gennaio 2000, n. 3584, in *C.E.D. Cass.*, n. 215876.

<sup>19</sup> Così ancora M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 19 ss.; v. inoltre C. RUGA RIVA, *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, cit., 171 ss.

<sup>20</sup> Cass., Sez. Un., 24 giugno 1998, n. 9973, cit.

<sup>21</sup> Cass., Sez. V, 4 novembre 2010, n. 5130, in *C.E.D. Cass.*, n. 249702; Cass., Sez. IV, 3 luglio 2009, n. 32317, *ivi*, n. 245201.

<sup>22</sup> Cass., sez. VI, 26 settembre 2013, n. 43226, in *C.E.D. Cass.*, n. 257462; Cass., Sez. V, 4 novembre 2010, n. 5130, *ivi*, n. 249703.

Da ultimo non può essere tralasciato quanto al riguardo hanno asserito le Sezioni unite penali Castignani del maggio 2019 in tema di *cannabis light*<sup>23</sup>, secondo cui integrano il reato di cui all'art. 73, commi 1 e 4, d.p.r. n. 309/1990, le condotte di cessione, di vendita e, in genere, la commercializzazione al pubblico, a qualsiasi titolo, dei prodotti derivati dalla coltivazione della *cannabis sativa* L, «salvo che tali derivati siano, in concreto, privi di ogni efficacia drogante». Viene qui dato estremo rilievo al concetto di efficacia drogante e al suo rapporto con il principio di offensività<sup>24</sup>.

In proposito, la Suprema Corte ha chiarito che il principio secondo cui uno Stato membro non può vietare la commercializzazione del cannabidiolo (CBD) legalmente prodotto in altro Stato membro, qualora sia estratto dalla pianta di "cannabis sativa" nella sua interezza e non soltanto dalle sue fibre e dai suoi semi, affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 19 novembre 2020, causa C. 663-18, non trova applicazione con riferimento alle condotte relative alle sostanze contenenti tetraidrocannabinolo (THC), pur se estratte dalla pianta di "cannabis sativa", in quanto, diversamente dal cannabidiolo, il tetraidrocannabinolo ha effetti droganti ed è annoverato nelle tabelle delle sostanze stupefacenti allegata al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309<sup>25</sup>.

### 3. Le Sezioni unite penali “Caruso” del 2020 in tema di coltivazione domestica di *cannabis*

Eppure la materia è talmente “fluida” – per l’irrompere di recenti e importanti decisioni delle Sezioni unite penali, nonché di istanze riformatrici (sia “legislative” sia “referendarie”) – che occorre necessariamente aggiungere altri dati fondamentali al dibattito.

Si vuole alludere, in particolare, a tre vicende che si sono poste all’attenzione del dibattito in materia di droga, e le quali s’intrecciano fra loro.

(i) La sentenza delle Sezioni unite Caruso del 2020, in tema di coltivazione domestica di *cannabis*.

(ii) Le proposte legislative: l’intergruppo parlamentare e il testo unificato (Rel. Riccardo Magi + Europa e in seguito Caterina Licatini M5S).

(iii) Il *referendum* abrogativo.

Muoviamo dalle affermazioni che si rinvergono nella motivazione delle Sezioni unite Caruso del 2020. Si è stabilito in tale importante pronuncia che non integrano il reato di coltivazione di stupefacenti per mancanza di tipicità, in quanto non riconducibili all’ambito di applicazione della norma incriminatrice, le attività di coltivazione di minime dimensione svolte in forma domestica, le quali, per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell’ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all’uso personale del coltivatore<sup>26</sup>.

In pratica, le Sezioni unite Caruso, in presenza dell’insieme delle condizioni prima specificate, ritengono che vi sia una mancanza di “tipicità” della condotta di coltivazione “domestica” (e non già di quella “tecnico-agraria”) destinata all’autoconsumo. Condotta che di per sé non può essere qualificata neppure ai sensi dell’illecito amministrativo di cui all’art. 75

<sup>23</sup> Cass., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 30475, in *Cass. pen.*, 2019, 3572, con nota di M. GAMBARELLA, *La legge n. 242 del 2016 e la liceità della commercializzazione dei prodotti ottenuti dalla coltivazione di cannabis sativa L. Per le Sezioni unite la sostanza ceduta deve avere una reale efficacia drogante*.

<sup>24</sup> Cfr. L. MIAZZI, *Cannabis: dalle Sezioni unite una risposta che va interpretata*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2 ss.

<sup>25</sup> In tal senso Cass., Sez. III, 7 giugno 2022, n. 33101, in *C.E.D. Cass.*, n. 283519.

<sup>26</sup> Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2019, n. 12348, in *Cass. pen.*, 2020, 2678 ss., con nota di M. TORIELLO, *L’inatteso revirement delle Sezioni unite sulle piccole coltivazioni “domestiche” di piante da stupefacenti: la sentenza Caruso, tra tipicità ed offensività*.

d.P.R. n. 309 del 1990, perché tale ultima disposizione non si riferisce in nessun caso alla coltivazione, neanche a quella penalmente rilevante. Qualora, tuttavia, la coltivazione domestica a fini di autoconsumo produca effettivamente una sostanza stupefacente dotata di efficacia drogante, le sanzioni amministrative dell'art. 75 cit. potranno essere applicate al soggetto agente considerato non come coltivatore, bensì quale detentore di sostanza destinata a uso personale.

In presenza di una “coltivazione penalmente rilevante”, invece, la detenzione da parte del coltivatore dello stupefacente prodotto dovrà essere ritenuta assorbita dalla coltivazione, secondo le indicazioni fornite in tal senso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 109 del 2016, per cui la disponibilità del prodotto della coltivazione non rappresenta altro che l'ultima fase della coltivazione stessa, tale da poter essere qualificata come *post factum* non punibile, in quanto ordinario e coerente sviluppo della condotta penalmente rilevante<sup>27</sup>.

In conclusione, le Sezioni unite Caruso stabiliscono una graduazione della risposta punitiva rispetto all'attività di coltivazione di piante stupefacenti:

(a) devono considerarsi lecite la “coltivazione domestica a fine di autoconsumo” per mancanza di tipicità al cospetto delle condizioni prima elencate, nonché la coltivazione industriale che – all'esito del completo processo di sviluppo delle piante non produca sostanza stupefacente – per mancanza di offensività in concreto;

(b) rimane soggetta al regime sanzionatorio amministrativo *ex art. 75 t.u. stup.*, la “detenzione di sostanza stupefacente” esclusivamente destinata al “consumo personale”, anche se ottenuta mediante una coltivazione domestica penalmente lecita;

(c) restano comunque applicabili alla coltivazione penalmente illecita sia l'art. 131-*bis* c.p. qualora sussistano i presupposti per ritenere la particolare tenuità del fatto, sia l'art. 73 comma 5 t.u. stup. allorché ricorrano le condizioni per sussumere la condotta nella ipotesi che s'incentra sulla minore gravità del fatto<sup>28</sup>.

Le affermazioni contenute nelle Sezioni unite Caruso presentano tuttavia numerose zone grigie e aspetti critici, rispetto ai quali vale la pena di soffermarsi brevemente. Come si vedrà, volendo sintetizzare, possiamo individuare alcuni punti critici nella decisione *de qua*: l'esito asistemático derivante dalla sentenza; la mancata considerazione del numero (elevato) di dosi di stupefacenti ricavabili da una piantina di *marijuana*; il mancato coordinamento con le proposte legislative antiproibizionistiche (paradossalmente, infatti, le Sezioni unite le oltrepassano); il dubbio rispetto delle convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia. Infine, seppure dato successivo, sarà preso in considerazione il rapporto con la recente proposta di *referendum* abrogativo.

Come si è notato, i principi di diritto affermati dalle Sezioni unite Caruso ricostruiscono un «sistema eccentrico che peraltro non raggiunge lo scopo avuto di mira», in quanto l'esclusione della coltivazione domestica per uso personale dall'area della tipicità della incriminazione non è di per sé idonea a escludere che il soggetto tossicofilo venga sottoposto a procedimento penale e/o sanzionato<sup>29</sup>.

Invero, le attività necessarie a ricavare dalla piantina la sostanza stupefacente da destinare al consumo sono e restano vietate, giacché “produzione” ed “estrazione” continuano a essere sanzionate penalmente dall'art. 73 t.u. stup. Inoltre, la “detenzione” della sostanza stupefacente ricavata dalla pianta continua a venire sanzionata in via amministrativa. Infine, non si tiene conto del dato empirico, per il quale la coltivazione anche di una sola pianta di *cannabis* è

<sup>27</sup> Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2019, n. 12348, cit.

<sup>28</sup> Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2019, n. 12348, cit.

<sup>29</sup> Così M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 234 ss.

potenzialmente idonea a produrre centinaia di dosi di *marijuana* o *hashish*<sup>30</sup>.

#### 4. I tentativi legislativi di legalizzazione della *cannabis*

Negli ultimi anni, sull'esempio dei Paesi che per primi sono passati a un sistema di piena regolamentazione legale della produzione, vendita e consumo della *cannabis*, si è costituito in Italia un Intergruppo parlamentare per la "legalizzazione della *cannabis*" e dei suoi derivati. L'Intergruppo ha presentato in Parlamento in una legislatura precedente una proposta di legge, nella quale si stabilisce il principio della detenzione lecita, per le persone maggiorenni, di una certa quantità di *cannabis* per uso ricreativo (5 grammi innalzabili a 15 grammi in privato domicilio); non sottoposta quindi ad alcuna autorizzazione, né ad alcuna comunicazione a enti o autorità pubbliche<sup>31</sup>.

Nella proposta di legge è prevista la possibilità di coltivare piante di *cannabis*, fino a un massimo di cinque, in forma sia individuale che associata. È altresì consentita la detenzione del prodotto ottenuto dalle piante coltivate. Per la coltivazione in forma associata, è necessario costituire una associazione senza fini di lucro, sul modello dei *cannabis* "social club" spagnoli, cui possono associarsi solo persone maggiorenni e residenti in Italia, in numero non superiore a cinquanta. Ciascun *cannabis* social club può coltivare fino a cinque piante di *cannabis* per ogni associato.

Il progetto di legge istituisce il regime di monopolio per la coltivazione delle piante di *cannabis*, la preparazione dei prodotti da essa derivati e la loro vendita al dettaglio. Per queste attività sono autorizzati dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli anche soggetti privati.

Sono escluse esplicitamente dal regime di monopolio la coltivazione in forma personale e associata della *cannabis*, la coltivazione per la produzione di farmaci, nonché la coltivazione della canapa esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali. Come per l'alcol, dalla legalizzazione della *cannabis* non deriva tuttavia l'attenuazione delle norme e delle sanzioni previste dal Codice della strada per la guida in stato di alterazione psico-fisica.

La proposta di legge della "legalizzazione della *cannabis*" – secondo i suoi sostenitori – avrebbe un effetto positivo non solo sui costi della macchina dello Stato, ma altresì sul sistema giudiziario (deflazione del carico giudiziario e liberazione di risorse disponibili delle forze dell'ordine e magistratura impegnate invece sul fronte delle "droghe leggere"), sulla popolazione carceraria (un detenuto su quattro entra in carcere perché condannato o accusato di reati in materia di stupefacenti), sulla sanità (riducendo i costi del sistema sanitario nazionale). Inciderebbe in particolare sul versante della criminalità organizzata, cui sottrarrebbe ingenti risorse economiche legate agli introiti del narcotraffico<sup>32</sup>. Riguardo al "testo dell'Intergruppo" si è inoltre sottolineato come resta comunque sanzionato penalmente il piccolo spaccio di *cannabis*, anche per quantità

---

<sup>30</sup> In tal senso, con ampie argomentazioni convincenti, v. M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 235 ss.

<sup>31</sup> Cfr., per un ampio esame della proposta di legge, G. CIVATI, *Cannabis. Dal proibizionismo alla legalizzazione*, Fandango, 2016, 47 ss. V. inoltre J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Trattato di diritto penale, Riforme 2008-2015*, diretto da A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, Utet, 2015, 560 ss. In dottrina, in senso favorevole alla proposta di legge dell'Intergruppo, si è affermato che, al fine di evitare il fallimento della cessazione del proibizionismo relativamente alle droghe leggere, la scelta migliore pare quella dell'attribuzione allo Stato del monopolio sulla produzione e sulla commercializzazione della *cannabis*, attraverso una "legalizzazione" della stessa, e non una vera e propria "liberalizzazione" (A. CADOPPI – B. SCARCELLA, *California dreamin'*, cit., 213 ss.).

<sup>32</sup> Cfr. G. CIVATI, *Cannabis*, cit., 22 ss. Nella Relazione alla Proposta di legge dell'Intergruppo parlamentare si è osservato che «la legalizzazione della *cannabis* in Italia, oltre a consentire un risparmio dei costi legati alla repressione penale del fenomeno e a riassorbire buona parte dei profitti criminali del mercato nero, genererebbe un gettito fiscale assolutamente consistente [...] parte di queste risorse potrebbero essere destinate a interventi di natura preventiva e riabilitativa rivolti ai consumatori di droghe e ai tossicodipendenti».



inferiori ai 5 grammi; in tema di coltivazione di piante di *cannabis*, poi, non sarà in ogni caso possibile mettere in vendita il proprio “raccolto”<sup>33</sup>.

Dall'inizio del 2017 è stata prevista la commercializzazione della c.d. “*cannabis* a scopi terapeutici”: prodotta e confezionata dallo stabilimento chimico farmaceutico militare di Firenze; la “*cannabis* terapeutica” sarà distribuita nelle farmacie di tutto il Paese per le terapie antalgiche sotto lo stretto controllo medico<sup>34</sup>.

Muovendo proprio dal progetto dell'intergruppo parlamentare, il senatore del M5s Matteo Mantero all'inizio del 2019 ha depositato in Senato un disegno di legge per legalizzare la coltivazione, la lavorazione e la vendita della *cannabis* e dei suoi derivati.

Secondo il senatore pentastellato, in Italia la legalizzazione della *cannabis* consentirebbe un risparmio dei costi legati alla repressione penale del fenomeno e riassorbirebbe buona parte dei profitti criminali del mercato nero, che in Italia è stimato in circa 30 miliardi di euro, pari a circa il 2% del Pil nazionale e più della metà del mercato è costituito dalla *marijuana* e suoi derivati.

Per Mantero, consentire l'autoproduzione di *cannabis* come pure regolamentare la produzione e la vendita di infiorescenze della cosiddetta “*light*” e consentirne l'utilizzo a scopo ricreativo costituirebbe un'importante tutela della salute pubblica, in quanto si sposterebbe il consumo di *cannabis*, dal mercato illegale di prodotti potenzialmente nocivi per la salute, a prodotti invece coltivati con rispetto per la salute dell'utilizzatore. L'esperienza degli Stati che hanno regolamentato in forma legale il mercato della *marijuana* dimostra che il numero dei consumatori non è affatto cresciuto, né è aumentato l'impatto sociale e sanitario direttamente o indirettamente connesso al consumo. A crescere sono stati solo il reddito legale e il gettito fiscale del mercato legalizzato.

In sostanza il disegno di legge comprende tre punti fondamentali:

(i) consentire, a determinate condizioni, la coltivazione della *cannabis*, in forma individuale (fino a 3 piante) o associata (fino a 30 persone e dopo comunicazione alla Prefettura);

(ii) prevedere la liceità della detenzione di *cannabis* entro determinate quantità (15 grammi in casa e 5 grammi fuori), oltre a correggere la legge sulle infiorescenze, che ora vengono vendute nei cosiddetti “shop di *cannabis light*” per uso tecnico, prevedendone la possibilità di essere vendute per uso alimentare o erboristico (saranno soggette a tutti quei controlli dovuti e legati a quel tipo di attività) e innalzando la percentuale di thc che possono contenere fino all'1%;

(iii) disciplinare le condotte illecite prevedendo una differenziazione di pena in relazione alla tipologia delle sostanze (droghe pesanti, droghe leggere).

Abbiamo preso in considerazione le recenti proposte di legge dell'Intergruppo parlamentare e del senatore pentastellato Mantero per la legalizzazione della *cannabis* e suoi derivati. Esse mirano, come detto, a introdurre specifiche disposizioni volte a regolamentare l'uso personale delle droghe leggere, sancendone la piena legalizzazione (con l'esclusione quindi anche della sanzionabilità amministrativa).

Nel settembre 2021, si è avuta notizia (cfr. Corriere della Sera, 9 settembre 2021) che la Camera ha adottato a maggioranza in Commissione giustizia un testo base – presentato da Riccardo Magi (+ Europa) e in seguito da Caterina Licatini (M5S) – testo contenente modifiche

---

<sup>33</sup> Cfr. G. CIVATI, *Cannabis*, cit., 48 ss. In dottrina si è posto in luce come mediante il referendum dell'8 novembre 2016 in California si è introdotta una legalizzazione della produzione, del commercio e del consumo di *marijuana*. La riforma californiana, già attuata anche in altri stati USA, fa riflettere sull'opportunità di introdurre anche da noi una legalizzazione della *cannabis* e suoi derivati. Gli Autori ritengono che l'approvazione della Prop. 64 in California, insieme a ciò che già è successo e che sta succedendo in altri stati degli USA, rappresenti un importante stimolo per procedere anche in Europa, e per quanto ci concerne in Italia, ad una legalizzazione della *cannabis* e dei suoi derivati (A. CADOPPI – B. SCARCELLA, *California dreamin'*, cit., 207 ss.).

<sup>34</sup> In argomento, si veda L. GOISIS, *Uso della cannabis a scopo terapeutico: disciplina italiana e statunitense a confronto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 927 ss.

al testo unico degli stupefacenti in materia di coltivazione, cessione e consumo della *cannabis* e dei suoi derivati.

Secondo tale proposta legislativa «sono consentite a persone maggiorenni la coltivazione e la detenzione per uso personale di non oltre quattro femmine di *cannabis*, idonee e finalizzate alla produzione di sostanza stupefacente e del prodotto da esse ottenuto».

Inoltre nel testo è prevista, per un verso, una notevole riduzione di pena per i “fatti di lieve entità”; per altro verso, un inasprimento delle cornici edittali per i reati connessi a traffico, vendita e detenzione ai fini di spaccio della *cannabis*.

A fronte di un chiaro effetto di “piena legalizzazione” della coltivazione di quattro piantine di *cannabis* contenuto in tale progetto legislativo, abbiamo invece avuto al riguardo una informazione da parte della stampa – e dai politici “favorevoli” intervistati dai media – caotica, fuorviante e ondivaga. Si è parlato invero, a più riprese di “depenalizzazione” della coltivazione di *cannabis* per uso personale: come sappiamo, la “depenalizzazione” è fenomeno ben diverso dalla “legalizzazione”, essendo la prima una mera degradazione di un fatto da illecito penale a illecito amministrativo. Si è giustificato poi il testo in quanto la legalizzazione della coltivazione di canapa risulta fondamentale per i malati che ne devono fare uso terapeutico e che spesso non la trovano disponibile oltre che per combattere lo spaccio e il conseguente sottobosco criminale.

Ebbene tali proposte di legge si pongono in contrasto con gli atti internazionali e comunitari?

Non potendosi affrontare qui il complesso tema oggetto delle proposte di legge appena esaminate – per le loro implicazioni non solo politiche, ma anche socio-economiche e sanitarie – deve essere tuttavia verificata la compatibilità delle proposte di legalizzazione della *cannabis* con le Convenzioni internazionali di Vienna del 1988 e di New York del 1961. Quest’ultime sembrerebbero imporre agli Stati contraenti, quando le sostanze stupefacenti sono destinate al consumo personale, l’applicazione quantomeno di misure di carattere amministrativo.

A tal riguardo, rinviando anche al successivo paragrafo nel quale si esamina la sentenza costituzionale n. 51 del 2022, può qui osservarsi che già nel 1997 è stato portato davanti alla Corte costituzionale il quesito referendario avente come obiettivo di eliminare qualsiasi sanzione nei confronti dell’uso personale (anche per la coltivazione) delle sostanze stupefacenti.

Per la Corte non vi è dubbio tuttavia che alla stregua delle Convenzioni internazionali di Vienna del 1988 e di New York del 1961, le condotte di coltivazione e di detenzione di sostanze stupefacenti, anche per fini di consumo personale, devono essere qualificate come reato o, quantomeno, sottoposte a misure amministrative riabilitative e di reinserimento sociale diverse dalla sanzione penale<sup>35</sup>.

La Corte ha ritenuto che la conseguenza di sguarnire di sanzione (penale o amministrativa) tali condotte, si pone in irrimediabile contrasto con le menzionate norme delle Convenzioni di Vienna del 1988 e di New York del 1961. Queste ultime impongono appunto alle parti contraenti di attribuire carattere di reato alle condotte descritte dall’art. 75 t.u. stup., o se non altro di applicare nei casi di minore gravità misure alternative di carattere amministrativo, anche quando le sostanze stupefacenti sono destinate al consumo personale e pure quando le infrazioni sono commesse da persone che utilizzano in modo abusivo sostanze stupefacenti (art. 3, paragrafi 2 e 4, lett. *c* e *d* della Convenzione di Vienna; art. 14, paragrafo 1, lett. *b* del Protocollo di emendamento della Convenzione di New York)<sup>36</sup>.

La Corte ha ritenuto pertanto inammissibile la richiesta di *referendum*, perché l’eventuale esito positivo del *referendum* lascerebbe le condotte di detenzione o coltivazione per fini personali prive di qualsiasi sanzione o misura amministrativa<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Corte cost., sent. 10 febbraio 1997, n. 27.

<sup>36</sup> Sulle origini delle Convenzioni di New York e di Vienna, si veda L. SBOLCI, voce *Stupefacenti (dir. internaz.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, 1235 ss.

<sup>37</sup> Corte cost., sent. 10 febbraio 1997, n. 27. G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. CAPUTO e G. FIDELBO, cit., 271 ss., 292 ss.

Sulla scorta di queste ultime considerazioni e della netta presa di posizione della Consulta nella sent. n. 51/2022 (cfr. il § che segue), occorre chiedersi se debba ritenersi costituzionalmente illegittima l'eventuale introduzione di una disciplina che renda completamente lecita la detenzione/coltivazione di droghe leggere per uso personale, perché in contrasto con le Convenzioni internazionali (di Vienna del 1988 e di New York del 1961) sulla base del parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., che richiede nell'esercizio della potestà legislativa il rispetto degli obblighi internazionali.

D'altronde di un analogo problema si discute anche nell'esperienza statunitense, poiché alcuni Stati hanno legalizzato l'uso personale di *cannabis* per finalità ricreative, ponendosi in contrasto con i trattati internazionali che gli Stati Uniti hanno firmato.

## **5. La recente richiesta di referendum per la depenalizzazione della coltivazione domestica (Corte cost. n. 51 del 2022)**

Veniamo infine alla recente pronuncia costituzionale sull'ammissibilità della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione di alcune disposizioni del testo unico degli stupefacenti<sup>38</sup>.

Il Comitato promotore ha articolato il quesito referendario in tre parti:

- (i) la depenalizzazione della coltivazione della *cannabis*;
- (ii) l'eliminazione della sanzione della reclusione da due a sei anni per tutti i reati concernenti le droghe leggere;
- (iii) l'esclusione della sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida in caso di uso personale di stupefacenti (sia di tipo pesante sia di tipo leggero)<sup>39</sup>.

Il Comitato promotore ha affermato in proposito che l'intento referendario, espresso nel quesito, mira ad attenuare la portata sanzionatoria rispetto a determinate condotte tenute in relazione alle sostanze stupefacenti che, secondo la prassi e l'applicazione giurisprudenziale, si contraddistinguono per una bassa carica di offensività dei beni tutelati.

I promotori, in particolare, hanno sostenuto, con riferimento alla prima parte del quesito, che l'unico frammento di impunità che vi è ritagliato attiene esclusivamente alla coltivazione rudimentale finalizzata all'immediato uso personale, restando preclusa, dalla normativa di risulta, la possibilità di detenzione e successiva cessione della sostanza, con ciò rispettando altresì le Convenzioni in materia.

La Corte costituzionale, in primo luogo, fa notare come per il suo costante orientamento è necessario che il quesito da sottoporre al giudizio del corpo elettorale consenta una scelta libera e consapevole, richiedendosi pertanto i caratteri della chiarezza, dell'omogeneità, dell'univocità del medesimo quesito, oltre che l'esistenza di una sua matrice razionalmente unitaria (Corte cost., n. 10 del 2020 e n. 17 del 2016). Si aggiunge poi che un particolare rilievo, in riferimento al referendum in esame, hanno i vincoli internazionali<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Corte cost., sent. 2 marzo 2022, n. 51.

<sup>39</sup> Art. 73, comma 1, limitatamente all'inciso «coltiva»; art. 73, comma 4, limitatamente alle parole «la reclusione da due a 6 anni e»; art. 75, limitatamente alle parole «a) sospensione della patente di guida, del certificato di abilitazione professionale per la guida di motoveicoli e del certificato di idoneità alla guida di ciclomotori o divieto di conseguirli per un periodo fino a tre anni» (d.P.R. n. 309 del 1990).

<sup>40</sup> Corte cost., sent. 2 marzo 2022, n. 51.

Secondo la Corte, pur così articolata in tre parti (due ritagli e un'abrogazione parziale), la richiesta referendaria richiede una valutazione necessariamente unitaria. Il *referendum* «non consente di scindere il quesito e quindi non offre possibilità di soluzioni intermedie tra il rifiuto e l'accettazione integrale della proposta abrogativa» (Corte cost., n. 12 del 2014).

La richiesta referendaria è diretta innanzitutto ad espungere, dall'art. 73, comma 1, t.u. stup., la parola «coltiva», termine che – nell'interpretazione prospettata dal Comitato promotore – riguarderebbe solo la coltivazione domestica “rudimentale” della pianta di *cannabis*. Sicché – assume il Comitato promotore – l'abrogazione della parola «coltiva» nel comma 1 dell'art. 73 avrebbe l'effetto di sottrarre alla punibilità proprio e solo la coltivazione domestica cosiddetta “rudimentale” della pianta per l'infiorescenza di *cannabis*.

Ad avviso della Consulta, questa lettura riduttiva non è tuttavia ricavabile dal testo normativo secondo gli ordinari canoni interpretativi. Deve infatti considerarsi che la condotta di coltivazione, ricompresa nella catalogazione del comma 1, si riferisce testualmente alle Tabelle I e III dell'art. 14, che concernono le droghe “pesanti” e non già la *cannabis*, la quale è compresa invece nella Tabella II. Quindi la condotta di chi «coltiva», prevista dal comma 1 dell'art. 73, è testualmente quella relativa alle piante indicate nella Tabella I (la Tabella III non ne contiene alcuna): il papavero sonnifero e le foglie di coca; inoltre, in mancanza di specificazioni, si tratta della coltivazione *tout court*, quale che sia la sua estensione, pure agraria e finanche massiva.

La coltivazione della canapa è, invece, contemplata nel comma 4 dell'art. 73, che riguarda le sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle Tabelle II e IV previste dall'art. 14 e che, quanto alle condotte sanzionate penalmente, richiama quelle dei commi precedenti e segnatamente del comma 1. Cosicché è solo come conseguenza indiretta dell'eventuale abrogazione referendaria della parola «coltiva» nel comma 1 della stessa disposizione che sarebbe parimenti depenalizzata altresì la coltivazione della canapa, prevista dalla Tabella II, pure essa nella dimensione agricola, in ipotesi finanche massiva.

Pertanto il quesito referendario – per quello che è il suo contenuto oggettivo, l'unico rilevante, e non già la finalità soggettiva assunta dal Comitato nella sua memoria – conduce a depenalizzare direttamente la coltivazione (quale ne sia l'estensione) delle piante della Tabella I, da cui si estraggono le sostanze stupefacenti qualificate come droghe cosiddette “pesanti” (papavero sonnifero e foglie di coca), e indirettamente altresì la coltivazione della pianta di *cannabis* della Tabella II, peraltro nella dimensione anche agricola e non solo domestica.

Per la Corte tale così esteso risultato, obiettivamente prefigurato dalla richiesta referendaria al di là dell'intento soggettivo del Comitato promotore, contrasta apertamente con i vincoli sovranazionali (cfr. Corte cost., n. 27 del 1997 e n. 30 del 1981). In particolare la decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2004/757/GAI, integrata dalla direttiva 2017/2103/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 novembre 2017, prevede espressamente all'art. 2, paragrafo 1, che ciascuno Stato membro provvede affinché siano punite plurime condotte connesse al traffico illecito di stupefacenti, tra le quali è espressamente indicata – alla lettera b) – «la coltura del papavero da oppio, della pianta di coca o della pianta della *cannabis*».

Inoltre il risultato prefigurato dalla richiesta referendaria neppure verrebbe conseguito perché comunque rimarrebbe la fattispecie penale dell'art. 28 t.u. stup., che – in quanto non attinto dalla richiesta referendaria – continuerebbe a sanzionare la coltivazione non autorizzata di tutte le piante di cui all'art. 26, comprendendo così sia quelle della Tabella I (papavero sonnifero e foglie di coca), sia quelle della Tabella II (canapa), con la sola eccezione, espressamente prevista, della canapa coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali, diversi da quelli di cui all'art. 27, consentiti dalla normativa dell'Unione europea<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Corte cost., sent. 2 marzo 2022, n. 51.

In definitiva, ad avviso del Giudice delle leggi, mentre apparentemente, per quella che è la dichiarata intenzione del Comitato, il quesito referendario mirerebbe soltanto a depenalizzare la coltivazione, non agricola ma domestica “rudimentale” (o minimale), della canapa indiana (*cannabis*), in realtà esso – per quello che è invece il suo contenuto oggettivo, l’unico rilevante – per un verso produrrebbe un risultato ben più esteso, riguardando direttamente ogni coltivazione delle piante per estrarre sostanze stupefacenti cosiddette “pesanti” (papavero sonnifero e foglie di coca) e indirettamente anche la coltivazione, agricola o domestica che sia, della pianta di canapa; risultato complessivo precluso dai vincoli sovranazionali sopra richiamati che non consentono l’ammissibilità di un *referendum* di questa portata. Per altro verso, questo apparente risultato più ampio sarebbe in realtà vano e illusorio, perché rimarrebbe in ogni caso immutata la rilevanza penale, prevista dall’art. 28 t.u. stup., non oggetto della richiesta referendaria, per ogni coltivazione non autorizzata di piante di cui all’art. 26, tra cui proprio la canapa indiana<sup>42</sup>.

La richiesta referendaria è diretta anche alla eliminazione dalla disposizione di cui al comma 4 dell’art. 73 t.u. stup. delle parole «la reclusione da due a sei anni e». Dal rinvio contenuto nel comma 4 dell’art. 73 discende che, in caso di positivo esito referendario, alle stesse condotte sanzionate dai commi precedenti (tra cui la condotta di chi «coltiva»), se concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle Tabelle II e IV previste dall’art. 14 (droghe cosiddette “leggere”), si applicherebbe la sola sanzione penale della multa (da euro 5.164 a euro 77.468), con esclusione quindi della reclusione, attualmente prevista tra il minimo di due anni e il massimo di sei anni. L’intento referendario mira quindi all’alleggerimento del trattamento sanzionatorio, che conseguirebbe all’eliminazione della pena della reclusione, residuando solo quella della multa, quando si tratta delle condotte di rilievo penale aventi ad oggetto le cosiddette droghe “leggere”, individuate attraverso il rinvio «ai fatti di cui ai commi 1, 2 e 3».

Secondo la Corte, nella fattispecie, pur rimanendo precluse, nel giudizio di ammissibilità del *referendum*, valutazioni di merito sulla legittimità costituzionale della normativa di risulta, va comunque rilevato, sotto il profilo dell’ambiguità del quesito, la vistosa contraddittorietà che conseguirebbe all’eliminazione della pena detentiva, per l’irriducibile antinomia che ne deriverebbe con la fattispecie del comma 5 del medesimo art. 73 t.u. stup., disposizione non toccata dalla proposta abrogativa referendaria. Infatti si avrebbe che ai medesimi fatti di cui al comma 4, se ritenuti di «lieve entità», rimarrebbe invece applicabile la sanzione congiunta della reclusione e della multa.

Anche in questa parte – per la Corte – la richiesta referendaria presenta, quindi, un irrimediabile profilo di inammissibilità per la manifesta contraddittorietà della normativa di risulta con l’intento referendario, in quanto la sanzione detentiva permarrebbe in riferimento ai medesimi fatti quando di «lieve entità». Ciò ridonda in difetto di chiarezza giacché il quesito referendario chiederebbe all’elettore di operare una scelta illogica e contraddittoria: se eliminare, o no, la pena della reclusione per i fatti concernenti le droghe cosiddette “leggere”, conservandola invece per le medesime condotte se di «lieve entità». In conclusione, la Corte ha dichiarato inammissibile la richiesta di *referendum* popolare per l’abrogazione delle menzionate parti del testo unico degli stupefacenti<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Corte cost., sent. 2 marzo 2022, n. 51.

<sup>43</sup> Corte cost., sent. 2 marzo 2022, n. 51.



## **BREVI NOTE (SCETTICHE) SULL'OPPORTUNITÀ DI INTRODURRE UNA NUOVA CATEGORIA DI DELITTI DI PERICOLO INDIVIDUALE**

*Alexander Bell*

**Sommario:** 1. La proposta del Gruppo di Lavoro: introdurre una nuova categoria di delitti di pericolo individuale per frenare le deformazioni applicative del diritto penale d'evento nei settori della sicurezza sul lavoro, degli alimenti e dei farmaci; 2. Quel che rende complicato l'accertamento del pericolo (anche individuale): il problema dell'identificazione delle soglie di esposizione in grado di nuocere alla salute dell'uomo; 2.1. *L'attrazione della giurisprudenza per le soglie definite sulla base di procedure che si ispirano a logiche precauzionali*; 2.2. *Il caso Spinetta Marengo e l'uso del risk assessment per valutare il pericolo*; 2.3. *Il risk assessment non consente di accertare l'esistenza di pericoli reali per la salute*; 3. Provare il pericolo è davvero più semplice del provare la causalità?; 4. Una conclusione e qualche breve riflessione *de iure condendo*.

### **1. La proposta del Gruppo di Lavoro: introdurre una nuova categoria di delitti di pericolo individuale per frenare le deformazioni applicative del diritto penale d'evento nei settori della sicurezza sul lavoro, degli alimenti e dei farmaci.**

Il materiale pubblicato sul sito dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, nella sezione dedicata ai reati contro la salute e l'incolumità pubblica e privata, curata dall'VIII Gruppo di Lavoro, contiene spunti estremamente interessanti, sia in ottica comparatistica, sia in prospettiva di possibili future riforme di alcuni settori chiave del diritto penale, quali la sicurezza degli alimenti e dei farmaci, la sicurezza sui luoghi di lavoro, la tutela dell'ambiente e la disciplina degli stupefacenti.

Tra le diverse proposte di riforma che sono illustrate nella relazione finale del Gruppo di Lavoro, una delle più rilevanti è senz'altro quella che prevede l'introduzione di una nuova categoria di delitti di pericolo individuale, che dovrebbe trovare applicazione, in particolare, nei settori della sicurezza del lavoro, degli alimenti e dei farmaci, e la cui funzione sarebbe essenzialmente quella di neutralizzare, o quanto meno mettere un freno, alle frequenti «deformazioni applicative» – questa l'espressione usata dalla relazione – che si riscontrano in questi settori di tutela, e che interessano sia il diritto penale di evento, sia la categoria del pericolo c.d. comune, cui appartengono molte delle fattispecie a tutela della salute e dell'incolumità pubblica.

Deformazioni applicative per lo più dovute alla tendenza di una certa giurisprudenza – a fronte delle notorie difficoltà che caratterizzano sia la prova del nesso causa-evento, sul fronte dei tradizionali reati contro la vita e l'incolumità fisica polarizzati sulla causazione dell'evento dannoso, sia la dimostrazione della portata diffusiva del pericolo, che contraddistingue i reati di pericolo comune – a *semplificare e flessibilizzare* in modo eccessivo, e quindi a perdere di rigore, nell'accertamento di questi due requisiti.

Nella prospettiva dei proponenti, queste letture deformanti potrebbero essere efficacemente contrastate arricchendo il nostro ordinamento di nuove fattispecie delittuose, da strutturarsi attorno a un requisito, il *pericolo individuale*, che – questo l'assunto chiave della proposta – dovrebbe risultare più maneggevole, nel senso di più facilmente accertabile in sede giudiziale, rispetto ai requisiti del nesso di causa e del pericolo a dimensione collettiva.

È proprio quest'assunto, tuttavia, che costituisce, a mio parere, il principale *punto critico*

della proposta in commento.

Come subito cercherò di argomentare, infatti, il pericolo – soprattutto il pericolo per la salute in relazione a fatti di esposizione a sostanze pericolose – costituisce un requisito molto *difficile da accertare*, e questo per ragioni che prescindono dalla sua eventuale dimensione collettiva o individuale.

A ben vedere, i problemi che pone la dimostrazione del pericolo non sono, per livello di complessità, troppo distanti dai problemi che solleva la prova della causalità individuale nell'ambito dei processi per malattie professionali: entrambi gli accertamenti impongono di confrontarsi con dubbi e domande di carattere scientifico rispetto ai quali la scienza stessa fa spesso molta fatica a fornire risposte certe e definitive.

## **2. Quel che rende complicato l'accertamento del pericolo (anche individuale): il problema dell'identificazione delle soglie di esposizione in grado di nuocere alla salute dell'uomo.**

L'aspetto più complicato del giudizio di pericolosità concerne senz'altro l'identificazione delle *soglie di pericolosità concreta*, vale a dire le concentrazioni di sostanza da usare come parametro di riferimento per stabilire se un certo alimento o una data matrice ambientale, in virtù della condotta contaminante riconducibile all'imputato, sono stati alterati, nelle loro qualità originarie, in misura tale da risultare effettivamente pericolosi per la salute di un eventuale consumatore o soggetto esposto.

Superate quali soglie, insomma, possiamo concludere che quell'alimento, quell'acqua, quella data matrice ambientale è in grado di provocare un effetto avverso alla salute dell'uomo?

In Italia, il primo grande processo nel quale si è dibattuto a fondo di tale problematica è stato l'arcinoto – e arci-evocato – *processo al petrolchimico di Porto Marghera*<sup>1</sup>, una vicenda giudiziaria che, proprio in tema di pericolo, ci ha “lasciato in eredità” l'insegnamento per cui il mero superamento dei c.d. *valori-soglia* – vale a dire i valori che sono fissati dalle agenzie regolatorie e che vengono poi impiegati dal legislatore nazionale e/o eurounitario come parametri normativi di salubrità dell'ambiente, della potabilità dell'acqua, dell'edibilità degli alimenti, ecc. – *non è sufficiente* per affermare l'esistenza di un *pericolo reale* (o concreto, o astratto-concreto, a seconda delle classificazioni<sup>2</sup>) per la salute dell'uomo.

Questo perché i valori-soglia, che sono costruiti sulla base di procedure largamente ispirate

---

<sup>1</sup> Nell'ambito di quel processo, i dirigenti che negli anni si erano succeduti nella gestione dello stabilimento erano accusati, da un lato, di aver cagionato morte e lesioni di un numero elevatissimo di lavoratori omettendo di adottare le cautele necessarie a evitare che gli stessi venissero esposti a sostanze pericolose (CVM e PVC), e, dall'altro lato, di aver compromesso l'ecosistema locale mettendo in pericolo la salute degli abitanti della laguna mediante la realizzazione di discariche e lo sversamento nelle acque e nei terreni di sostanze tossico nocive. L'ipotesi accusatoria, quindi, si divideva in due parti: una prima parte, relativa ai danni cagionati alla salute dei lavoratori dello stabilimento, e una seconda parte, che faceva invece riferimento alle gravi conseguenze ambientali che sarebbero state cagionate dall'immissione di sostanze tossiche nei terreni, nelle acque e nell'aria. Per quanto riguarda il “filone ambientale” del capo di imputazione, l'accusa aveva ritenuto di ricondurre le condotte degli imputati alle ipotesi di reato previste dagli artt. 434 c.p. (c.d. disastro innominato, nell'ipotesi colposa di cui all'art. 449), 439 c.p. (avvelenamento di acque e di sostanze alimentari, nell'ipotesi colposa *ex art.* 452 c.p.) e 440 c.p. (adulterazione di acque e di sostanze alimentari, nell'ipotesi colposa *ex art.* 452 c.p.).

<sup>2</sup> Con riguardo alla produzione dottrinale sulle diverse categorie di pericolo penalmente rilevante, cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Il foro penale*, 1969, 1; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Tommaso Natale, Scritti in onore di Giacomo Bellavista*, I, 1977, 175; ID., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 441; G. DELITALA, *I reati di pericolo*, in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, I, Giuffrè, 1975, 425; V. PATALANO, *Significato e limiti della dottrina del reato di pericolo*, Jovene, 1975; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990; S. CANESTRARI, voce *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, 1991, 1; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, 1994; A. BELL, *Pericolo e incolumità pubblica*, Maggioli editore, 2015, 1-26.



a logiche di tipo *precauzionale*, costituiscono «una indicazione sempre e comunque *ultraprudenziale* sulla quantità di sostanza presente in alimenti che l'uomo può assumere senza rischio, quotidianamente e sul lungo periodo»<sup>3</sup>. Detti valori incorporano, quindi, ampi margini di garanzia, la cui erosione non comporta necessariamente e automaticamente l'effettiva possibilità di effetti nocivi<sup>4</sup>.

## 2.1. L'attrazione della giurisprudenza per le soglie definite sulla base di procedure che si ispirano a logiche precauzionali.

Le riflessioni dei giudici veneziani attorno ai valori-soglia hanno largamente influenzato l'approccio giurisprudenziale all'accertamento del pericolo, contribuendo a orientare i giudici di merito, e prima di loro i pubblici ministeri e i loro consulenti, verso letture sempre più raffinate, e rigorose, del giudizio di pericolosità.

Seppure non manchino sentenze che, anche in tempi recenti, hanno ritenuto sufficiente, per il ricorrere del pericolo, il semplice superamento dei limiti legislativi previsti dalle normative di settore<sup>5</sup>, a prevalere nella prassi, soprattutto quella dell'ultimo decennio, sono infatti le pronunce che si sforzano di identificare parametri di riferimento diversi, *maggiormente ancorati all'evidenza scientifica* disponibile (quanto meno all'evidenza disponibile nel singolo processo, perché ivi fatta entrare con l'ausilio delle consulenze tecniche e delle perizie)<sup>6</sup>.

Quali siano i livelli di esposizione che sono davvero in grado di mettere a repentaglio la salute dell'uomo, tuttavia, è questione ancora oggi largamente *controversa*, non solo in ambito giurisprudenziale, ma ancor prima negli stessi settori della scienza che si occupano quotidianamente di studiare gli effetti sull'organismo umano delle sostanze tossiche e cancerogene.

Guardare oltre i parametri normativi, per confrontarsi in modo rigoroso col sapere scientifico, significa, insomma, per il giudice che sia seriamente intenzionato a farlo, imboccare una strada irta di *ostacoli* e costellata di *zone d'ombra*, perché tanti sono gli aspetti che, in materia di pericolo, la scienza non riesce ancora a lumeggiare a sufficienza.

E sono proprio questi ostacoli, queste zone d'ombra, che talora attraggono anche i giudici più accorti verso *percorsi accertatori semplificati*.

---

<sup>3</sup> Trib. Venezia, 29 maggio 2002, p. 799, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 119, con nota di F. D'ALESSANDRO – F. CENTONZE.

<sup>4</sup> Sul (problematico) rapporto tra valori-soglia e accertamento del pericolo, v. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, 2012; F. STELLA, *Giustizia e modernità, La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, 2003, 555-590; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, 2004, 275, A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI e A. PAGLIARO, Giuffrè, 2013, 140-143.

<sup>5</sup> In una sentenza del 2014 del GUP del Tribunale di Cremona, pronunciata all'esito del primo grado del processo per avvelenamento di acque e omessa bonifica relativo alla raffineria Tamoil di Cremona, si afferma per esempio che «i limiti legislativi desunti dalle CLA individuate negli studi di settore sono di per sé espressione del pericolo. Cioè rappresentano il livello di esposizione sopra il quale vi è probabilità di effetti tossici (non di effetti letali ma di un qualsiasi effetto sfavorevole che possa ragionevolmente colpire almeno un soggetto della popolazione esposta all'assunzione dell'acqua contaminata). Secondo tale orientamento il semplice superamento di quei valori di esposizione — da intendersi come prodotto della dose media assunta per la durata dell'assunzione — è di per sé espressione di un pericolo per la salute pubblica» (G.U.P. Trib. Cremona, 18 luglio 2014, inedita).

<sup>6</sup> Per un interessante approfondimento di alcune recenti vicende processuali che hanno affrontato diffusamente il problema dell'accertamento del pericolo, con specifico riguardo a fatti relativi all'inquinamento di acque in conseguenza di attività industriali (ivi incluso il processo relativo al sito industriale di Spinetta Marengo, di cui parlerò diffusamente più avanti), v. C. RUGA RIVA, *L'avvelenamento delle acque da fonte industriale al banco di prova dei maxi-processi ambientali: qualche spunto su criteri di accertamento e quantificazione del pericolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2017, 1008-1046.

Ciò accade, in particolare, quando, alla consapevolezza che il giudizio sul pericolo non può risolversi nella mera messa a confronto delle esposizioni con i limiti prescritti dalle normative di settore, si accompagna la strenua volontà – magari alimentata dal timore di assumere una decisione che molti, a torto, bollerebbero come un sostanziale *non liquet* – di fissare comunque, anche a dispetto dell'eventuale assenza (o dell'elevata difficoltà di reperimento) di dati scientifici affidabili, delle *soglie alternative*, che possano fungere da punto di riferimento per stabilire il ricorrere del pericolo.

In questi casi, infatti, non è infrequente che l'attenzione del giudice finisca per focalizzarsi su valori che, seppur non incapsulati in provvedimenti legislativi, sono comunque il frutto di procedure che, al pari di quelle impiegate dalle agenzie regolatorie quando stabiliscono i valori-soglia, per assicurare un livello adeguato di tutela alla salute dell'uomo superano l'*incertezza scientifica* facendo ricorso a criteri tipici dei contesti *precauzionali*.

## 2.2. Il caso Spinetta Marengo e l'uso del *risk assessment* per valutare il pericolo.

Emblematico, in questo senso, l'approccio adottato dalla Corte di Assise di Alessandria per valutare il ricorrere del pericolo per la salute nell'ambito di una nota vicenda giudiziaria che ha riguardato uno stabilimento chimico sito nel comune di Spinetta Marengo, nell'alessandrino, vicenda nella quale gli imputati – tutti ex dirigenti delle due società che, nel tempo, si erano succedute nella gestione del sito industriale – erano accusati del gravissimo delitto di avvelenamento doloso (e del reato di omessa bonifica) in relazione all'inquinamento delle acque di falda che erano state attinte dalle sostanze chimiche utilizzate nei processi produttivi dello stabilimento.

All'esito del primo grado, i giudici alessandrini hanno riqualificato il fatto di avvelenamento doloso in disastro innominato colposo, una fattispecie significativamente meno grave ma che, non diversamente dall'art. 439 c.p., richiede la dimostrazione che la salute pubblica (*rectius*, l'incolumità pubblica) sia stata *concretamente* messa in pericolo, ragione per la quale la sentenza dedica ampio spazio al tema del pericolo, motivando in modo estremamente articolato sull'asserita dimostrazione, da parte del consulente del pubblico ministero, dell'effettiva nocività per l'uomo delle acque di falda sottostanti lo stabilimento chimico di Spinetta Marengo<sup>7</sup>.

Sul punto, la sentenza di primo grado spiega, anzitutto, che per rispondere al quesito del pubblico ministero in ordine all'esistenza di pericoli connessi all'eventuale ingestione di tali acque, il consulente dell'accusa ha fatto ricorso a una precisa metodica di indagine, il c.d. *risk assessment*, che viene normalmente impiegata nell'ambito delle procedure amministrative per la bonifica di siti inquinati, e che serve nello specifico a *caratterizzare i rischi per la salute*, anche a lungo o a lunghissimo termine, che possono derivare dall'esposizione a contaminanti ambientali.

Tale procedura, spiega ancora la sentenza, contempla una prima fase che è dedicata a una valutazione preliminare di tipo qualitativo sui possibili effetti avversi associati all'esposizione alla sostanza, alla quale segue una seconda fase, che costituisce il passaggio essenziale della caratterizzazione del rischio per le sostanze tossiche, nel corso della quale si procede con

---

<sup>7</sup> In motivazione, i giudici alessandrini spiegano che la riqualificazione da avvelenamento doloso a disastro colposo è dovuta essenzialmente al fatto che le acque che sono risultate pericolose, all'esito del *risk assessment* condotto dai consulenti del pm, non erano attualmente destinate al consumo umano – i pozzi di acqua a uso potabile erano infatti sempre risultati conformi ai parametri normativi di potabilità – ma solo potenzialmente destinabili a tale uso, trattandosi nello specifico di acque attinte da pozzi a uso industriale e da piezometri di controllo. Nell'ottica della Corte, dunque, la mera destinabilità al consumo alimentare delle acque attinte dall'inquinamento impedisce l'applicazione dell'art. 439 c.p. (che parla espressamente di acque «destinate» e non destinabili), ma è invece sufficiente a riconoscere gli estremi della meno grave fattispecie di disastro.

l'identificazione della c.d. *dose tollerabile*<sup>8</sup>, vale a dire la concentrazione di sostanza «che può essere ingerita o inalata quotidianamente e per tutta la vita da un essere umano, senza rischi di effetti sanitari avversi»<sup>9</sup>.

Nello specifico, la dose tollerabile viene normalmente calcolata prendendo le mosse dal livello di esposizione che nell'ambito di *studi sperimentali* (studi cioè condotti su animali da laboratorio) *non* ha provocato effetti avversi alla salute dell'animale a seguito di una esposizione più o meno prolungata nel tempo: si tratta del c.d. *NOAEL* (*No Observable Adverse Effect Level*)<sup>10</sup>.

A questo punto, si cerca di prevedere, con un *ampio margine di sicurezza*, quale possa essere la *dose che non produrrebbe effetti tossici sull'uomo*.

Dal momento che, nella maggior parte dei casi, non si sa se, e in che misura, l'organismo umano risulta più o meno suscettibile alla sostanza rispetto agli animali da laboratorio, né quale potrebbe essere la reazione a quella stessa sostanza da parte di individui di costituzione differente, al NOAEL vengono applicati dei *fattori di correzione* (o fattori di «*incertezza*», per usare l'emblematica terminologia impiegata nella Guida sui fattori di default redatta dal Comitato Scientifico dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare), che servono proprio a “coprire” l'incertezza scientifica, a gestire cioè il problema, per esempio, dell'*assenza di conoscenze scientifiche affidabili* in ordine alle differenti risposte che l'uomo potrebbe avere rispetto all'animale se sottoposto alle medesime esposizioni.

Nel concreto, l'applicazione di tali fattori, che sono a loro volta espressione di una serie di *assunzioni* (come, per esempio, quella secondo cui l'uomo risulterebbe dieci volte più sensibile alla sostanza degli animali da esperimento), comporta che il dato originario, il NOAEL ricavato dagli studi sperimentali, viene diviso per 10, 100 o 1000 volte, a seconda dell'entità e dell'affidabilità dei dati disponibili, così da poter arrivare a un livello di concentrazione – la dose tollerabile, per l'appunto – *senz'altro sicura per l'uomo*, anche immaginando lunghi periodi di esposizione e/o assunzione della sostanza.

Una volta ricavata la dose tollerabile, si procede quindi con la *valutazione dell'esposizione*: si individuano i recettori esposti al contaminante (adulti, bambini, lavoratori, ecc.) e le vie di esposizione (inalazione, ingestione, contatto dermico) e, successivamente, si calcola la quantità media giornaliera di sostanza che, attraverso le vie di esposizione considerate, potrebbe venire a contatto con i recettori.

Il *risk assessment* si conclude, infine, con la *stima quantitativa del rischio*, che, per le sostanze tossiche non cancerogene, si ottiene dividendo la dose media giornaliera per la dose tollerabile: se il risultato di questo calcolo risulta superiore a 1 – se, in altre parole, la dose media giornaliera risulta superiore rispetto alla dose tollerabile –, il rischio associato all'esposizione alla sostanza viene considerato “*non accettabile*”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> La dose tollerabile assume nomi diversi, a seconda dell'agenzia regolatoria: Reference Dose (RfD), nella terminologia dell'EPA, Acceptable Daily Intake (ADI), secondo la terminologia dell'EFSA, o, ancora, Tolerable Daily Intake (TDI), nel vocabolario della WHO.

<sup>9</sup> P. 166 della sentenza.

<sup>10</sup> In particolare, nel caso di studi sulla tossicologia acuta, il NOAEL esprime la più alta dose che non ha prodotto effetti negativi per la salute a seguito di un'unica somministrazione (c.d. NOAEL acuto). Dagli studi sulla tossicologia cronica è invece possibile ricavare la più alta dose di sostanza che non ha prodotto effetti negativi per la salute a seguito di un'esposizione prolungata nel tempo (c.d. NOAEL cronico). Poiché la dose tollerabile indica il livello di sostanza che un uomo può assumere giornalmente per lunghi periodi senza pericolo per la propria salute, il valore da cui di regola si parte è il NOAEL cronico.

<sup>11</sup> Per le sostanze cancerogene, e in particolare per quelle genotossiche, per le quali si è soliti assumere l'inesistenza di dosi sicure, il rischio è invece espresso in termini di probabilità incrementale di contrarre il tumore nel corso della vita a causa dell'esposizione e si ottiene moltiplicando la dose media giornaliera per il c.d. *Slope Factor* (Fattore di pendenza), valore che indica la pendenza della curva dose-risposta ed esprime l'incremento percentuale di rischio per ogni incremento unitario di esposizione a un dato cancerogeno. Il d.lgs. 152/06, all'All. 1 della Parte IV, Titolo V, «propone» (questo il termine impiegato dalla normativa) come accettabile il rischio

Questa, per sommi capi, è la metodica di indagine che viene normalmente seguita per la caratterizzazione del rischio sanitario, e che il consulente della pubblica accusa del processo Spinetta Marengo ha (parzialmente) attuato per valutare l'esistenza di rischi per la salute associati all'eventuale assunzione delle acque di falda sottostanti lo stabilimento chimico sito nelle campagne dell'alessandrino, secondo un ragionamento che la Corte di Assise di Alessandria ha ritenuto congruo e persuasivo nell'ottica della dimostrazione del pericolo comune, requisito di fattispecie del delitto di disastro innominato.

### **2.3. Il *risk assessment* non consente di accertare l'esistenza di pericoli reali per la salute.**

Senza entrare nel dettaglio delle specifiche criticità che hanno contraddistinto il *risk assessment* che è stato condotto nel caso in esame (in primis, la scelta del consulente di condurre un'analisi di rischio sanitario su acque di falda non attinte da pozzi a uso potabile e rispetto alle quali era quindi difficile immaginare possibili percorsi di esposizione dalla fonte di rischio all'uomo), quel che mi interessa mettere in luce, e in discussione, è la *scelta della sentenza di impiegare la dose tollerabile come parametro di riferimento del giudizio di pericolosità delle acque*.

Una scelta che, a mio parere, si espone a rilievi critici non diversi, nella sostanza, da quelli che sono tradizionalmente rivolti alla giurisprudenza che s'accontenta del superamento dei limiti soglia di matrice normativa per accertare l'esistenza del pericolo.

Sul punto, è senz'altro vero, come opportunamente mettono in evidenza i giudici alessandrini, allorché in motivazione replicano alle critiche più radicali avanzate da talune difese, che la metodica del *risk assessment*, anche nella fase di selezione dei fattori di correzione che sono poi applicati per calcolare la dose tollerabile, non può certo essere liquidata come un'attività fondata su criteri del tutto arbitrari, non foss'altro per la sempre maggiore attenzione da parte delle agenzie regolatorie a *giustificare scientificamente* il processo di quantificazione di questi fattori, attraverso la valorizzazione di tutta l'evidenza disponibile sulle proprietà cinetiche e dinamiche delle singole sostanze chimiche<sup>12</sup>.

È altresì vero, tuttavia, che, per quanto ci si sforzi di assicurare una base empirica ai fattori di correzione, molti di essi continuano tutt'oggi a essere fondati su premesse fattuali, le c.d. *opzioni di default*, che il gestore del *risk assessment* decide di assumere come vere, non perché risultino supportate da dati empirici in grado di dimostrarne l'effettiva corrispondenza alla realtà, ma per *ragioni eminentemente pratiche*, per lo più riconducibili alla necessità di fronteggiare l'assenza di informazioni affidabili sul rapporto dose-effetto e sui meccanismi d'azione della sostanza attraverso scelte che assicurino il massimo della tutela possibile all'uomo.

Tra i principali obiettivi del *risk assessment*, infatti, vi è quello di minimizzare quanto più possibile i rischi per la salute umana, ed è per questa ragione che nell'ambito di tale metodica le situazioni di *dubbio* sono gestite attraverso il ricorso ad assunzioni estremamente *cautelative*, come quella secondo cui l'uomo risulterebbe dieci volte più sensibile alla sostanza dell'animale da laboratorio: una proposizione che, per la maggior parte delle sostanze tossiche, non trova giustificazione alcuna nell'evidenza scientifica disponibile, ed è pertanto molto probabilmente falsa, ma che viene considerata come vera perché, comportando la riduzione di un ordine di grandezza del NOAEL nel calcolo della dose tollerabile, assicura che tale dose rifletta una

---

cancerogeno incrementale pari a 1 caso su 1.000.000 di individui esposti alla singola sostanza, e pari a 1 caso su 100.000 esposti a più sostanze.

<sup>12</sup> O almeno questo è l'auspicio che viene formulato a p. 2 della già citata *Guidance on default values to be used in the absence of measured data*, pubblicata nel 2012 dal Comitato Scientifico dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare.

soglia di esposizione effettivamente innocua per l'organismo umano.

Le opzioni di default costituiscono, insomma, uno strumento imprescindibile nel contesto della valutazione del rischio sanitario, perché garantiscono che il dubbio e l'incertezza siano gestiti in modo compatibile con il fine di tutelare efficacemente la salute dell'uomo, evitando in particolare di assumere come sicure soglie di esposizione che potrebbero poi rivelarsi nocive per l'organismo umano.

Al tempo stesso, proprio tali opzioni, e la logica di tutela a esse sottese, rappresentano il *principale ostacolo* all'uso della dose tollerabile, e del *risk assessment* in generale, nel giudizio sul pericolo penalmente rilevante.

È chiaro, infatti, che una soglia calcolata assumendo come vere proposizioni che probabilmente vere non sono, e che incorpora in sé valutazioni di carattere iper-cautelativo, attraverso le quali l'incerto viene superato privilegiando la soluzione che massimizza l'abbattimento del rischio, e non quella più verosimile in base ai dati disponibili, *non può mai assurgere a parametro di riferimento per la valutazione di un pericolo reale per l'uomo*, soprattutto in un contesto, come quello del processo penale, dove l'esistenza di un *dubbio ragionevole* sulla nocività di una certa (quantità di) sostanza non può essere superata sulla scorta di ragionamenti presuntivi, ma impone al giudice di pronunciare una sentenza di *assoluzione*.

L'errore in cui sono incappati i giudici del processo di Spinetta Marengo, laddove hanno riconosciuto l'effettiva pericolosità dell'acqua in ragione del riscontrato superamento della dose tollerabile, è stato insomma quello di ancorare il giudizio sul pericolo a un parametro che, essendo il risultato di una metodica profondamente influenzata da finalità di tipo precauzionale, al pari dei valori soglia di matrice normativa, è in realtà *distante ordini di grandezza* dai livelli di esposizione che sono effettivamente in grado di nuocere all'uomo<sup>13</sup>.

E proprio quest'errore, che è evidentemente frutto (anche) dell'estrema complessità della questione scientifica che è stata sottoposta al vaglio giudiziale, oltre che delle notorie e inevitabili difficoltà che i giudici penali incontrano allorché sono chiamati a prendere posizione su tematiche sulle quali la scienza offre più dubbi che certezze, più domande che risposte, mette, a mio parere, bene in evidenza come la tendenza giurisprudenziale a orientarsi verso modelli accertativi eccessivamente flessibilizzanti e semplificati *non sia una prerogativa esclusiva del diritto penale di evento*, ma interessi anche il campo dei *delitti di pericolo*.

*Una tendenza che l'eventuale ricorso alla categoria del pericolo individuale non consentirebbe evidentemente di mitigare*, dal momento che la questione relativa all'identificazione delle soglie di reale nocività della sostanza assume rilievo decisivo per qualsiasi reato che annoveri il pericolo tra i propri elementi di fattispecie, quale che sia la dimensione quantitativa che è attribuita a tale requisito.

### 3. Provare il pericolo è davvero più semplice del provare la causalità?

A tali osservazioni si potrebbe ovviamente replicare che un singolo errore di valutazione, per quanto maturato a valle di uno dei più importanti processi degli ultimi anni in materia di reati contro la salute pubblica, non esclude in radice la possibilità che il pericolo per la salute

---

<sup>13</sup> Sebbene valuti come persuasiva la posizione presa dai giudici alessandrini in tema di pericolo, anche RUGA RIVA, nel commentare il passaggio della sentenza dedicato al *risk assessment*, osserva che «essendo i fattori di sicurezza guidati dal principio di precauzione, il superamento dei valori scientifici frutto del *risk assessment*, che in parte inglobano tali fattori, non è di per sé sintomatico della causazione di un pericolo certo per la salute, e va analizzato con prudenza, tenendo in conto il peso dei fattori di sicurezza, la qualità e quantità dei dati epidemiologici e sperimentali a disposizione ecc». Ma, chiosa sul punto l'Autore, «da lì, dalla entità e dalla frequenza degli eventuali sforamenti si dovrà partire per accertare se la salute pubblica ha corso pericolo» (C. RUGA RIVA, *L'avvelenamento delle acque da fonte industriale al banco di prova dei maxi-processi ambientali*, cit., 1027).

possa comunque essere oggetto di un vaglio giudiziale rigoroso, cioè fondato sul confronto con soglie di esposizione che sono davvero capaci di nuocere all'organismo umano, e al tempo stesso più agevole di quello finalizzato ad accertare il ricorrere del nesso causa-evento.

D'altro canto, si potrebbe altresì argomentare, il *pericolo* deve per forza essere *qualcosa di meno* della *causalità*, anche sotto il profilo della difficoltà di accertamento probatorio, dal momento che solo la seconda pretende che si accerti che un certo evento lesivo è stato provocato proprio dall'esposizione attribuita all'imputato, e non da fattori alternativi, laddove per riconoscere gli estremi del primo è, viceversa, sufficiente la sola dimostrazione della generica capacità del fatto a provocare l'effetto lesivo. Volendo impiegare il linguaggio dell'epoca post-Franzese, l'argomento suonerebbe così: mentre la prova del nesso eziologico richiede il doppio passaggio della prova della causalità generale, prima, e della causalità individuale, dopo, la prova del pericolo si esaurisce, invece, a ben vedere, già nel primo passaggio, quello sulla causalità generale, vista l'assenza di un evento concreto da ricollegare al fatto, e ciò rende ineluttabilmente il pericolo un requisito di più agevole dimostrazione rispetto al nesso di causa.

Senonché, se si guarda, ancora una volta, all'esperienza giurisprudenziale, e in particolare a quella maturata nel settore delle esposizioni professionali, si può agevolmente constatare che quando a essere contestato è un reato di evento, e non di pericolo, la discussione dibattimentale sulla causalità generale verte, di regola, quasi esclusivamente attorno al problema dello stabilire se una data sostanza è in grado o meno di provocare un effetto lesivo del tipo di quello verificatosi nel caso concreto, *senza che sia invece ritenuto di particolare interesse stabilire* anche, con precisione, *al superare di quali soglie detto effetto può effettivamente verificarsi* (questo verosimilmente perché, nella maggior parte dei casi, le sostanze di cui si dibatte in questi processi sono sostanze cancerogene, rispetto alle quali c'è la tendenza ad accogliere la tesi secondo cui nessuna dose è sicura).

Ciò che rende particolarmente complesso accertare il requisito del pericolo – la questione delle soglie – è quindi un aspetto che non viene normalmente messo a fuoco nei dibattimenti dei processi per reati contro la persona, dove i principali problemi di accertamento si concentrano soprattutto nel momento in cui occorre escludere l'esistenza di fattori causali alternativi.

Ecco perché, nei fatti, *fornire la prova (rigorosa) del pericolo non è impresa meno ardua del fornire la prova della causalità*.

In ogni caso, quand'anche si ritenesse di accogliere l'idea secondo cui il pericolo è, in astratto, qualcosa di meno della causalità, e che, di conseguenza, l'accertamento del primo deve giocoforza risultare più agevole rispetto all'accertamento della seconda, per poter concludere che l'inserimento di una nuova categoria di delitti di pericolo individuale semplificherebbe davvero la vita dei giudici va necessariamente sciolto il dubbio dal quale siamo partiti, quello cioè su quali soglie di esposizione bisogna considerare per valutare l'esistenza di un pericolo effettivo per la salute.

Un dubbio che, arrivati a questo punto, può essere riformulato nei termini seguenti: se, oltre ai valori soglia di matrice normativa, non è possibile fare riferimento neanche alla dose tollerabile, *a quali valori deve allora rivolgere l'attenzione un giudice che voglia fare sul serio con il giudizio sul pericolo?*

Non è ovviamente questa la sede per cercare di dare una risposta definitiva a tale domanda, ammesso che ne esista una.

L'obiettivo di questo lavoro, d'altro canto, è soltanto quello di mettere in evidenza quanto complesso sia accertare il pericolo, e così sollecitare una riflessione in merito all'effettiva opportunità di arricchire il nostro ordinamento di una nuova categoria di delitti costruiti attorno a tale requisito.

In questa (limitata) ottica, è allora sufficiente rilevare, anzitutto, che le soglie di pericolo non potranno *mai* fondarsi in via esclusiva su informazioni e dati – come il succitato NOAEL –

ricavati da *studi sperimentali*. Come già evidenziato in precedenza, e come in fondo dovrebbe risultare abbastanza ovvio, ciò che è riuscito a nuocere alla salute di un animale da laboratorio, infatti, non è affatto detto che sia in grado di danneggiare, alle medesime esposizioni, anche l'organismo umano. È anzi molto più verosimile il contrario, e cioè che l'uomo presenti una diversa suscettibilità alla sostanza rispetto all'animale.

Per poter ipotizzare l'esistenza di un pericolo reale per la salute umana non v'è altra strada, insomma, se non quella di fare riferimento a soglie che siano ricavate da studi che abbiano osservato gli effetti della sostanza sull'uomo, quali, in primis, gli *studi epidemiologici*.

Ma, come ben insegna la giurisprudenza in tema di causalità, la valutazione della prova epidemiologica nel processo penale è attività *nient'affatto agevole*, anzitutto per l'annosa questione relativa al grado di affidabilità che è possibile riconoscere a informazioni che sono ricavate da indagini che, diversamente da quelle sperimentali, sono svolte in condizioni che sfuggono al controllo del ricercatore e sono pertanto sempre esposte a errori metodologici che possono inficiare, in maniera anche radicale, la correttezza dei risultati (come la presenza di eventuali fattori di confondimento non sufficientemente controllati o la commissione di errori nella selezione dei soggetti che partecipano allo studio).

Non è quindi difficile immaginare quanti dubbi e discussioni potrebbe sollevare l'eventuale scelta della giurisprudenza di affidare proprio a questo tipo di evidenza il compito non soltanto di dimostrare la generica attitudine della sostanza a danneggiare l'uomo, ma anche di indicare i livelli di esposizione superati i quali un danno alla salute può effettivamente verificarsi.

#### **4. Una conclusione e qualche breve riflessione de iure condendo.**

Il Gruppo di Lavoro che ha formulato la proposta qui in discussione ha senz'altro ragione quando afferma che occorre mettere un freno alle deformazioni applicative che caratterizzano il settore dei reati contro la persona, e così pure quello dei reati di pericolo comune.

La soluzione che prospetta, ossia l'introduzione di nuove figure delittuose di pericolo individuale, tuttavia, non credo che riuscirebbe in tale intento, giacché la verifica giudiziale di questi delitti imporrebbe al giudice di prendere posizione su questioni scientifiche di estrema complessità, come quella che attiene alla identificazione delle soglie di esposizione effettivamente in grado di nuocere all'uomo, che la giurisprudenza ha già dimostrato di faticare a maneggiare, allorché vi si è confrontata nell'ambito di processi per delitti contro la salute pubblica.

Ecco perché io credo che, prima di ragionare su un ulteriore arricchimento della platea dei reati di pericolo concreto, varrebbe forse la pena di valutare l'inserimento di una *norma definitoria* che, dettagliando con maggior precisione le modalità con cui il pericolo deve essere accertato, assicuri, anzitutto, che *tale accertamento sia condotto in modo davvero rigoroso*.

In tal senso, credo, in particolare, che sarebbe opportuno anzitutto specificare che il giudizio di pericolosità non può che basarsi sul confronto con soglie di esposizione che la scienza ha evidenziato essere davvero nocive per l'uomo, con conseguente *messa al bando* delle *soglie definite attraverso l'applicazione di fattori ispirati a una gestione in senso precauzionale dell'incertezza scientifica*.

A ciò dovrebbe poi aggiungersi l'indicazione secondo cui il giudice è tenuto a verificare rigorosamente l'esistenza di *reali percorsi di esposizione dalla fonte di rischio* (matrice ambientale, alimenti, acque, ecc.) *all'uomo*, così da scongiurare la possibilità che, come accaduto nel caso del processo di Spinetta Marengo, in sede giudiziale si arrivi a qualificare come fonte di pericolo per l'uomo acque (o alimenti) che nessuno potrebbe mai bere o assumere.

Sarebbe infine utile anche meglio precisare la rilevanza, nell'ottica del pericolo penalmente

rilevante, di quei rischi per la salute che possono profilarsi solo in presenza di *esposizioni e/o di consumi prolungati nel tempo*.

Attualmente, infatti, in sede giudiziale, il pericolo è spesso accertato immaginando che l'esposizione al fattore di rischio (come l'inalazione di una sostanza presente in un certo ambiente lavorativo, ovvero il consumo di una data acqua o di un dato alimento contaminato) si protragga nel futuro, per diversi anni o anche per tutta la vita dell'ipotetico soggetto esposto. Il problema si pone quando questo tipo di verifica viene condotto in relazione a fatti di inquinamento puntuale o le cui conseguenze si risolvono comunque nell'arco di breve tempo: in questi casi, infatti, nella base del giudizio di pericolo finiscono con l'includersi esposizioni che, in realtà, non si sono verificate, né mai si verificheranno.

Sarebbe pertanto opportuno eliminare quest'elemento di eccessiva astrattezza del giudizio, stabilendo una volta per tutte che *il pericolo va accertato solo sulla base dei consumi e/o delle esposizioni resi concretamente possibili in ragione della durata e dell'entità del fatto inquinante provocato dall'imputato*.

Una norma definitoria che contenesse tali precisazioni contribuirebbe, io credo, ad aumentare il livello di rigore con cui l'accertamento del pericolo è condotto in sede giudiziale.

Essa, tuttavia, certo non semplificherebbe la vita del giudice penale, il quale, infatti, per affermare l'esistenza di un pericolo effettivo per la salute, continuerebbe in ogni caso a dover sciogliere il complicato dilemma di quali siano le soglie di esposizione senz'altro pericolose per l'uomo, il più delle volte non potendo fare affidamento su indicazioni sufficientemente sicure da parte del sapere specialistico e senza neanche poter più cedere alla tentazione di costruire la propria valutazione attorno a parametri definiti secondo logiche di tipo precauzionale.

L'accertamento del pericolo resterebbe, dunque, *faccenda estremamente complessa*, il che, con ogni probabilità, finirebbe col generare nuove forzature in sede giurisprudenziale.

Come uscire, allora, da questa impasse?

Una possibile soluzione, che mi limito qui ad accennare, potrebbe essere quella di valutare la costruzione di un *nuovo modello di incriminazione*, che faccia perno su un pericolo, per così dire, *ibrido*, che combini cioè elementi tipici del *pericolo concreto* e del *pericolo presunto*, con cui punire, in particolare, l'immissione – in alimenti, ambienti di lavoro o matrici ambientali – di sostanze pericolose in quantità che risultino *superiori ordini di grandezza* (da specificarsi nella descrizione del fatto tipico) rispetto ai valori-soglia stabiliti dalle normative di settore, a condizione, però, che vi sia stata una *esposizione effettiva* di una o più persone agli oggetti materiali attinti dall'immissione.

Uno schema di imputazione di questo genere, da un lato, consentirebbe di sottrarre alle incognite del vaglio giudiziale il tema dell'identificazione delle soglie di pericolo, levando finalmente dall'impaccio i giudici penali e *neutralizzando in radice il rischio di forzature applicative*; dall'altro lato, grazie all'inclusione nel modello legale del duplice requisito della effettiva esposizione al fattore di rischio e della necessità di scostamenti significativi (ma quantitativamente predefiniti) rispetto ai valori soglia di matrice normativa, assicurerebbe al fatto tipico un grado di *offensività* significativamente maggiore di quello che normalmente contraddistingue i fatti che sono sanzionati per mezzo delle tradizionali fattispecie di pericolo presunto.

Proprio questa maggiore offensività del fatto rispetto al pericolo presunto, sul piano sanzionatorio, giustificherebbe inoltre il ricorso a fattispecie di tipo delittuoso, anziché a mere contravvenzioni, da punire con sanzioni di gravità intermedia (penso, in particolare, a cornici edittali che si collochino a metà strada tra quelle estremamente severe dei più gravi delitti di pericolo comune e quelle blandissime delle contravvenzioni), così da garantire al nuovo modello punitivo un'adeguata efficacia dissuasiva.



# OSSERVAZIONI SULLA CATEGORIA DEI DELITTI DI PERICOLO CONCRETO INDIVIDUALE NELLA PROPOSTA DI RIFORMA \*

*Chiara Perini*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. “Rischio da produzione o da prodotto” e perimetro della proposta di riforma. – 3. Sul *tipo* dei delitti di pericolo concreto individuale. – 4. Spunti per la tutela della “vittima indifferenziata” in prospettiva *multidisciplinare endosistemica*.

## 1. Premessa.

La proposta in tema di “*Reati contro la salute privata e pubblica e contro l'incolumità privata e pubblica*”, formulata dal gruppo di ricerca coordinato dal Professor Massimo Donini nell'ambito della più ampia iniziativa promossa dall'AIPDP sulla riforma dei reati contro la persona, delinea prospettive di intervento di ampio respiro e grande interesse. Partendo da tale consapevolezza, la presente occasione di riflessione si concentrerà soltanto su alcuni aspetti dello scenario complessivamente tracciato dagli studiosi, in prevalenza tratti dalla Sezione I della *Relazione finale*<sup>1</sup>.

## 2. “Rischio da produzione o da prodotto” e perimetro della proposta di riforma.

Uno spunto iniziale è offerto dal titolo stesso della Sezione: «*Tutela della vita e della salute (nei settori della sicurezza del lavoro, degli alimenti, dei farmaci, etc.)*»<sup>2</sup>, ove un dettaglio – senz'altro non casuale, ed anzi di per sé decisamente evocativo – è rappresentato dall'abbreviazione “etc.” che chiude l'elenco esemplificativo dei settori di tutela considerati. Il ricorso al termine “eccetera”, infatti, allude evidentemente alla circostanza che gli ambiti espressamente menzionati non esauriscono di per sé il potenziale spettro di intervento della proposta di riforma, la quale – soprattutto con riferimento alla nuova categoria dei «delitti di pericolo concreto individuale»<sup>3</sup> – potrebbe coinvolgere anche altri campi *analoghi*.

Un primo interrogativo concerne, dunque, il possibile raggio d'azione delle soluzioni di tutela prospettate dal gruppo di ricerca e – soprattutto – l'individuazione del *fattore* dal quale un simile tracciato possa essere influenzato. Al riguardo, l'elenco attuale dei settori rilevanti (*i.e.* «sicurezza del lavoro, degli alimenti, dei farmaci») potrebbe suggerire una chiave di lettura, e cioè che il campo di intervento (lasciato - letteralmente - *aperto* nel titolo della Sezione) dipenda dalle caratteristiche *oggettive* del *vettore del rischio* per i beni finali considerati (ossia vita e salute umana): un filo rosso tra gli ambiti menzionati sembra infatti potersi rintracciare nella circostanza che l'offesa dipenda da un rischio sprigionato da un “ciclo produttivo” o da

---

\* Il testo riproduce, con minimi aggiustamenti e note, l'intervento orale svolto nel ruolo di *discussant* in occasione del seminario organizzato dalla AIPDP e da DiPLaP “*Reati contro la salute e l'incolumità privata e pubblica: proposte di riforma*” il 15 ottobre 2021.

<sup>1</sup> AA. VV., *Relazione finale*, disponibile sul sito dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) al seguente indirizzo: [https://www.aipdp.it/allegato\\_prodotti/65\\_Relazione\\_FINALE\\_VIII\\_Gruppo.pdf](https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/65_Relazione_FINALE_VIII_Gruppo.pdf)

<sup>2</sup> Sezione I (A. GARGANI - S. ZIRULIA - D. CASTRONUOVO), *Tutela della vita e della salute (nei settori della sicurezza del lavoro, degli alimenti, dei farmaci, etc.)*, in questo *Libro*.

<sup>3</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 14 ss. Sul punto, v. più ampiamente oltre nel testo.

un “prodotto” in senso tecnico-industriale.

Se ritenuta plausibile, siffatta ricostruzione potrebbe riverberarsi positivamente soprattutto su un problema, invero rimasto sul tappeto nella proposta: quello di fornire al legislatore le coordinate essenziali per procedere alla tipizzazione dei nuovi “delitti di pericolo concreto individuale”, che «non dovrebbero assumere portata a carattere generale (sulla falsariga del [...] delitto di *mise en danger de la personne d'autrui*, previsto dall'art. 223-1 c.p. francese)» e «dovrebbero, invece, essere [...] specifiche e tassative figure, espressive di istanze preventive meritevoli di particolare considerazione dal punto politico-criminale»<sup>4</sup>. Isolando il *vettore del rischio* per i beni finali a partire dalla sua *oggettiva fisionomia*, come qui suggerito, le nuove figure criminose potrebbero risultare, appunto, *trasversali* – ma non generiche, né ubiquitarie – in quanto incentrate sulla gestione (in ottica *preventiva*) di un rischio contro la vita e la salute che sia un rischio in senso lato (ma *tipico*) “da produzione e da prodotto”<sup>5</sup>.

Una conferma circa la verosimiglianza della lettura avanzata pare potersi trarre dall'opzione – considerata nella *Relazione finale* – di prevedere «una fattispecie di condotta pericolosa nel settore del contagio di virus (ad esempio e soprattutto HIV)»<sup>6</sup>.

La casistica del “contagio di virus” con riguardo all'HIV comprende senz'altro ipotesi, ove il vettore del rischio di offesa per i beni finali “vita” e “salute umana” è riconducibile al concetto di fattore *costitutivo* di un “ciclo produttivo” o a quello di “prodotto”: si pensi, ad esempio, all'impiego di emoderivati infettati da virus HIV, rispetto al quale una strategia preventiva potrebbe ben comprendere un reato di “pericolo concreto individuale” secondo il modello ipotizzato dal gruppo di ricerca. Tuttavia il contagio da HIV annovera anche, come noto, ipotesi *differenti*, totalmente estranee al *tipo* del “rischio da produzione o da prodotto” come, ad esempio, i casi di trasmissione del virus per via sessuale. Ebbene, al riguardo merita di essere valorizzato (e in ciò sta la conferma della chiave di lettura proposta) il fatto che rispetto a tale ultima fattispecie l'istanza della dottrina sia quella di prevedere un “delitto di pericolo *personale*”<sup>7</sup> (e non – si badi – “*individuale*”) quale articolazione *anticipata* della più ampia strategia di tutela della «*persona* (nel contesto delle fattispecie di lesioni personali e omicidio)»<sup>8</sup> con «un soggetto passivo *determinato*»<sup>9</sup>, da collocare all'interno del Titolo XII Libro II c.p.

In altre parole, pur nell'identità – per così dire – *biologica* del vettore di rischio (il virus HIV in quanto tale) e nella sovrapposibilità delle *proiezioni offensive* a carico dei beni finali (a causa del contagio da HIV, vita e salute umana sono esposte infatti alle medesime conseguenze nocive nell'uno e nell'altro caso), ciò che distingue l'area di riferimento dei nuovi “delitti di pericolo concreto *individuale*” è la pertinenza a un rischio *tipico* “da produzione o da prodotto”; ove questo manchi, la strategia di tutela *preventiva* dei *medesimi* beni finali al cospetto dello *stesso* potenziale d'offesa si differenzia, dando origine alla diversa – benché contigua – categoria dei “delitti di pericolo *personale*”<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 18.

<sup>5</sup> Per l'identificazione tipologica di tale rischio e le relative implicazioni prasseologiche e normative, cfr. per tutti C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, 33 ss., 140 ss., 355 ss., 524 ss.; nonché – se consentito – C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2010, 266 ss., per la lettura dell'analisi di Piegallini come tassello, fondamentale nella dottrina italiana, della «prospettiva esosistemica» (ivi, 5) al concetto di rischio.

<sup>6</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 19.

<sup>7</sup> Cfr. A. GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, in *Legisl. pen.*, 9 settembre 2020, 4 s.

<sup>8</sup> A. GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, cit., 2.

<sup>9</sup> A. GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, cit., 3.

<sup>10</sup> In merito alla contiguità strutturale tra i delitti di pericolo *personale* e *individuale*, cfr. A. GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, cit., 3, ove comunque si prospetta – per scartarla in quanto «disonica rispetto alla criteriologia classificatoria adottata dal legislatore del 1930» l'ipotesi di collocare le fattispecie in parola in «un unico e innovativo Titolo – “*Dei delitti di pericolo personale e individuale*” – da articolare in due Capi, in dipendenza della determinatezza o meno del destinatario del pericolo».

Identificare un “rischio da produzione o da prodotto” come *fattore perimetrale* dei nuovi “delitti di pericolo concreto individuale” potrebbe consentire di argomentare anche in merito alla più coerente collocazione sistematica degli stessi. Fermo restando che la rilevanza dei beni giuridici in gioco e la natura *trasversale* delle fattispecie in parola dimostrerebbero l'inadeguatezza di un posizionamento *extra codicem* (anche *ex art. 3-bis c.p.*), tra le alternative prospettate nella proposta di riforma<sup>11</sup> la *magnitudo* offensiva intrinseca al citato *rischio tipico* (derivante dalle caratteristiche proprie del processo tecnico-industriale in senso oggettivo quali, ad esempio, la serialità, la standardizzazione, la ciclicità, la continuità della produzione) fa apparire, infatti, maggiormente rappresentativo del disvalore degli illeciti in questione un futuro Capo IV (*Dei delitti di pericolo individuale*) Titolo VI Libro II c.p.: una simile sistemazione consentirebbe, infatti, di marcare – nella cornice del «comune pericolo» che attraversa il Titolo VI – il legame di tali nuovi delitti con la proiezione *anche* sovra-individuale della propria offensività<sup>12</sup>.

### 3. Sul tipo dei delitti di pericolo concreto individuale.

Anche alla luce dell'ampia indagine comparatistica che ha messo in evidenza i molteplici ruoli strutturali assunti dal pericolo nelle fattispecie incriminatrici utilizzate negli ordinamenti stranieri per la tutela della vita e della salute nei settori considerati<sup>13</sup>, il gruppo di ricerca propone di formalizzare in quanto tale la presenza, nel sistema, della categoria dei *delitti di pericolo concreto individuale*, articolandola ulteriormente rispetto ai titoli di reato già esistenti.

L'analisi dimostra infatti come il tessuto codicistico e, in particolare, il Titolo VI Libro II c.p. comprenda *ab origine* delitti riconducibili a tale *tipo*: si tratta, da un lato, degli artt. 437 e 451 c.p. nella parte riferita alla gamma di condotte – dolose o colpose – antitetiche rispetto all'obiettivo della prevenzione di «infortuni sul lavoro» e, dall'altro lato, degli artt. 445 e 452 c.p. «in riferimento alla somministrazione – dolosa o colposa – di medicinali pericolosi»<sup>14</sup>. Il citato Titolo VI è attraversato in realtà da «due modi di intendere l'incolumità pubblica e correlativamente il “pericolo comune”»: in una dimensione *collettiva* [...] e in una dimensione *individuale*, ove ‘comune’ significa “di chiunque” si trovi in una determinata situazione, a prescindere dalla sua identità»<sup>15</sup>. Invero, la prima coppia di norme è funzionale solo in parte alla tutela dell'incolumità pubblica, posto che la prevenzione degli infortuni sul lavoro pone al centro non tanto «l'interesse [...] di una collettività, ma quello di singole persone (ad es., quello dell'incolumità dell'operaio, unico addetto ad una determinata macchina)»<sup>16</sup>. Analogamente, nella seconda fattispecie, «ad essere preso in considerazione è il singolo individuo (ad es., l'acquirente), quale “rappresentante” ed esponente della collettività dei potenziali cessionari»<sup>17</sup> dei medicinali pericolosi.

La distinzione si chiarisce maggiormente grazie alla dicotomia che distingue tra *indeterminatezza in senso qualitativo* e *in senso quantitativo*. Mentre i delitti di pericolo comune predominanti nel Titolo VI poggiano su una indeterminatezza in senso quantitativo,

<sup>11</sup> Cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 18.

<sup>12</sup> Non convince invece pienamente l'opzione di prevedere un autonomo Titolo XII-bis (*Dei delitti di pericolo individuale*) dopo il Titolo XII Libro II c.p. (cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 18): sul piano offensivo, infatti, i delitti di pericolo concreto individuale inciderebbero sul medesimo bene giuridico preso in considerazione dal (solo) Capo I (*Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale*) di tale Titolo, sicché una collocazione dei nuovi reati in posizione paritaria rispetto all'attuale Titolo XII non pare del tutto coerente sul piano logico-giuridico.

<sup>13</sup> Cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 8 ss.

<sup>14</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 16.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 17.

incriminando un'offesa che incide su una collettività indistinta, i delitti di pericolo concreto individuale già compresi nel Titolo in questione orbitano attorno a un concetto di indeterminazione in senso qualitativo, poiché qui l'offesa incide su un «singolo indeterminato quale rappresentante – *rectius*, esponente – [di una] collettività»<sup>18</sup>. Strutturalmente, quindi, le fattispecie citate da ultimo poggiano sull'elemento della «indifferenza della vittima, che può essere chiunque»<sup>19</sup>: un *quivis de populo* indifferenziato, interscambiabile, fungibile, come è naturale che sia – lo si sottolinea ancora – il soggetto *esposto* a un “rischio da produzione o da prodotto” nello scenario tecnico-industriale moderno<sup>20</sup>.

Tuttavia, anche se lo scopo di tutela dei delitti di pericolo concreto individuale è la prevenzione del pericolo a carico di un singolo individuo e non di una collettività ampia e indistinta, il nesso di tali fattispecie con una proiezione collettiva e sovra-individuale non può essere reciso, perché questo “singolo”, questo “chiunque” è in ogni caso *individuato* proprio *in quanto* esponente di una collettività in realtà *determinata*, come detto, *per relationem rispetto* al vettore di rischio di volta in volta rilevante (sia esso rappresentato dall'attrezzatura da lavoro, dal farmaco o dall'alimento pericolosi, ecc.).

Un elemento di diversità rispetto ai veri reati di comune pericolo (quelli offensivi di una collettività indeterminata, cioè) è piuttosto che, nei reati di pericolo concreto individuale, il potenziale d'offesa sprigionato dal vettore del rischio *non è diffusivo* (<sup>21</sup>), ma si concentra sul singolo soggetto che viene *in contatto* con esso (il lavoratore addetto al macchinario insicuro, l'acquirente dell'alimento o del farmaco pericoloso, ecc.).

Da quanto detto si può quindi ricavare un *corollario*, e cioè che i delitti di pericolo concreto individuale *non sono delitti di “disastro”*: in altri termini, non annoverano tra i propri elementi strutturali un evento macroscopico di danno che funga da *innesco* del fattore di rischio per i beni finali<sup>22</sup>; e ciò in quanto in tali fattispecie il potenziale d'offesa è generato o comunque attivato *direttamente* dalla condotta tipica, che introduce un fattore di rischio nel processo produttivo o nel prodotto.

Un'ulteriore conferma circa la pertinenza della categoria di illeciti in commento all'ambito di tutela interessato da un “rischio da produzione o da prodotto” si ricava, poi, dal modello di incriminazione prescelto dal gruppo di ricerca: i delitti di pericolo concreto individuale, infatti, sono tipizzati secondo lo schema – registrato anche nello scenario comparatistico<sup>23</sup> – del «pericolo “astratto-concreto”», ove il giudizio di accertamento del pericolo concreto è qualificato da una *base* (fattuale) – ovviamente – *parziale* perché definita all'esito di un processo di *astrazione* «dalle concrete o peculiari condizioni psico-fisiche e di salute in cui versò il soggetto passivo dell'azione»<sup>24</sup>. In sostanza, dunque, la relazione di pericolo come elemento *attuale* e *costitutivo* del *tipo* dei reati in parola (e, in questo senso, *concreta*)<sup>25</sup> si proietta verso i beni della vita e della salute di quella che – parafrasando, *mutatis mutandis*, altra nota espressione dottrinale penalistica – è la “vittima-modello” nell'ambito di tutela di volta in volta considerato. Il che appare pienamente coerente con l'essenza standardizzata, seriale e omologata della produzione e dei prodotti tecnico-industriali e dei relativi (eventuali) rischi<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 16.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> V. *supra* § 2.

<sup>21</sup> Cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 17.

<sup>22</sup> Cfr. per tutti A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Giappichelli, 2005, 115 ss., 274 ss.

<sup>23</sup> Cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 10.

<sup>24</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 20.

<sup>25</sup> Cfr. per tutti F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, II ed., Giuffrè, 1994.

<sup>26</sup> Cfr. nell'analisi comparatistica, ad esempio, le fattispecie spagnole che, secondo un orientamento

Nella proposta formulata dal gruppo di ricerca si segnalano, infine, alcuni snodi nevralgici, e cioè: (a) il ruolo dell'eventuale *evento lesivo*, successivo alla condotta produttiva del pericolo; (b) il trattamento sanzionatorio e l'istanza per la valorizzazione, in senso premiale, di condotte *lato sensu* riparatorie.

*Sub (a)* – Dall'indagine comparatistica emerge che in alcuni ordinamenti stranieri «la verifica di puntuali eventi lesivi (quali malattie o morti) può rilevare come aggravante; fermo restando che di regola non viene elevata ad elemento costitutivo dell'illecito»<sup>27</sup>, mentre «la repressione dell'effettiva lesione dei beni giuridici in questione rimane sulla carta affidata alle fattispecie comuni d'evento contro la persona, talvolta aggravate dalla violazione di specifici doveri cautelari»<sup>28</sup>. Il gruppo di ricerca, invece, soppesa l'opportunità di attribuire o meno all'eventuale evento lesivo «un ruolo sostanzialmente assimilabile a quello di una condizione oggettiva di punibilità»<sup>29</sup>.

Al di là delle considerazioni *funzionali* svolte con riguardo ad entrambi i corni dell'alternativa nella *Relazione finale*, occorre notare che l'evento lesivo in parola parrebbe avvicinarsi di molto ad una condizione oggettiva di punibilità c.d. *intrinseca*, finendo per incarnare in sostanza l'offesa (*finale*) che lo strumento penale (anche allo stadio del pericolo concreto individuale) intende *tendenzialmente* prevenire. Al netto dell'antagonismo che una simile previsione sembrerebbe esprimere rispetto alla finalità preventiva del complessivo disegno di tutela penale perseguito, è forse possibile formulare, quindi, qualche perplessità circa la sua piena rispondenza ai principi generali del sistema<sup>30</sup>.

L'esigenza di circoscrivere l'area di rilevanza penale del pericolo concreto individuale, correttamente posta dal gruppo di ricerca<sup>31</sup>, potrebbe essere presa in carico lungo una prospettiva diversa, investendo sul *rigore* del giudizio di accertamento del pericolo concreto<sup>32</sup>: ad esempio, sotto l'aspetto del “metro”, che sia *nomologico* al di fuori di ogni fungibilità con omologhi di matrice esperienziale<sup>33</sup>; oppure sul versante del “grado” del pericolo al quale ancorare la rilevanza penale del fatto, anche in dipendenza – secondo il noto modello di *Angioni* – dei reciproci livelli delle comminatorie edittali tra reati di pericolo e correlati reati di danno<sup>34</sup>.

Peraltro, proprio la *consistenza* offensiva (il *grado*) del pericolo concreto potrebbe rafforzare la legittimazione della previsione di reati *colposi* di pericolo concreto individuale<sup>35</sup>, posto che a livello sistematico il reato colposo di pericolo rappresenta una forma *eccezionale* di anticipazione della tutela, come dimostrano tradizionalmente proprio i reati contro la pubblica incolumità<sup>36</sup>. E appare, in questo senso, condivisibile che i proponenti comunque circoscrivano la variante in parola alla sola “colpa grave”<sup>37</sup>.

*Sub (b)* – Sul versante del trattamento sanzionatorio prefigurato per i nuovi delitti di pericolo

---

interpretativo, richiedono di «accertare l'effettiva idoneità lesiva della condotta (ad es. attraverso leggi scientifiche di copertura), ma non di identificare il singolo consumatore posto in pericolo» (AA. VV., *Relazione finale*, cit., 10).

<sup>27</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 9.

<sup>28</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 10.

<sup>29</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 20.

<sup>30</sup> Cfr. per tutti M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, sub Art. 44, § 11, vol. I, III<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2004, 478 s.

<sup>31</sup> Cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 20.

<sup>32</sup> La cui (per certi versi, insuperata) complessità di ricostruzione e verifica in sede giudiziale è stata peraltro da ultimo segnalata da D. PULITANÒ, *Legalità penale e nomofilachia*, in *Sist. pen.*, n. 12, 2022, 71.

<sup>33</sup> Viceversa cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 20.

<sup>34</sup> Profilo toccato in AA. VV., *Relazione finale*, cit., 20 s.

<sup>35</sup> Cfr. in tal senso AA. VV., *Relazione finale*, cit., 21 s.

<sup>36</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a C. PERINI, voce *Pericolo e colpa*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. II – *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, 2021, 932 ss.

<sup>37</sup> Cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 20.

concreto individuale, concordando ovviamente con il richiamo al principio di proporzione nella definizione delle future cornici edittali<sup>38</sup>, pare degno di attenzione in particolare il riferimento a «misure sanzionatorie di contenuto interdittivo-inabilitante, calibrate e aderenti alla tipologia di attività esercitata»<sup>39</sup> che si applicherebbero alla variante colposa degli stessi, per la quale viceversa l'impiego della pena detentiva dovrebbe essere ridotto al minimo. Il punto merita approfondimento, posto che potrebbe preannunciare innovazioni nel catalogo delle pene accessorie oppure presentarsi come un tassello di un più ampio progetto riformatore nella direzione di pene alternative edittali<sup>40</sup>.

Il gruppo di ricerca sottolinea poi l'opportunità di valorizzare eventuali «condotte di neutralizzazione del pericolo e di ripristino di condizioni di sicurezza» con un approccio graduale, che distingue quelle meritevoli di produrre una «mitigazione della pena» da quelle legittimanti financo l'«estinzione del reato»<sup>41</sup>. Torna quindi in primo piano, ancora una volta, il *genus* delle «condotte riparatorie», ormai ampiamente presente sia nella parte generale che nella parte speciale del sistema. I proponenti, anzi, si richiamano espressamente – prospettandone una mutuazione per la categoria dei delitti di pericolo concreto individuale – ai «moduli già positivamente sperimentati nell'ambito della sicurezza e della salute del lavoro»<sup>42</sup>.

È chiaro qui il riferimento al meccanismo estintivo delle *contravvenzioni* antinfortunistiche disciplinato dal d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, che trova applicazione generale nel settore in forza dell'art. 301 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Un simile accostamento – a ben guardare – non fa che sottolineare ancora una volta la circostanza che i *delitti* di pericolo concreto individuale presentano «profili strutturali tipici dell'illecito contravvenzionale»<sup>43</sup>, nonché una «matrice sostanzialmente 'contravvenzionale'»<sup>44</sup> in quanto incentrati sull'«inosservanza di norme prevenzionistiche»<sup>45</sup>.

Rispetto ad altri canali normativi che consentono di incentivare condotte di rimozione o mitigazione delle conseguenze pericolose del reato<sup>46</sup>, lo schema definito dal d.lgs. n. 758/1994 attiva un percorso orientato ad una definizione anticipata del procedimento con estinzione del reato<sup>47</sup>, veicolato dalla formulazione di una prescrizione di contenuto tecnico da parte dell'organo accertatore che svolga funzione di polizia giudiziaria. Sul piano funzionale, il meccanismo in parola favorisce il ripristino di condizioni di sicurezza in caso di pericolo per il bene protetto e produce un effetto di depenalizzazione in concreto della responsabilità penale, ammettendo «il contravventore a pagare in sede amministrativa, nel termine di trenta giorni, una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa» (art. 21, comma 2, d.lgs. n. 758/1994).

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 21.

<sup>40</sup> Come noto, recentemente coltivato sempre in seno all'AIPDP. Cfr. il documento *Linee di riforma in tema di pene alternative edittali*, pubblicato a marzo 2021 a conclusione del lavoro svolto dal gruppo di ricerca coordinato dal prof. F. Palazzo, reperibile al seguente indirizzo: <https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/La-riforma-del-sistema-sanzionatorio/Linee-di-riforma-in-tema-di-pene-alternative-edittali-i-coordinatore-del-gruppo-prof-Francesco-Palazzo/>.

<sup>41</sup> Cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 21.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 17.

<sup>44</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 20.

<sup>45</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 17. Con riguardo ai delitti di pericolo concreto individuale già presenti nel sistema considerazioni analoghe erano già svolte da T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, tra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Giuffrè, 1985, 453, 458.

<sup>46</sup> Come, ad esempio, la circostanza attenuante comune *ex art. 62 n. 6 c.p.* o l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato *ex art. 168-bis*, comma 2, c.p.

<sup>47</sup> Eventualità che tuttavia l'entrata in vigore del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, rende possibile anche per l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova in forza del nuovo art. 464-*ter*.l c.p.p., relativo alla fase delle indagini preliminari.

Il presupposto, dunque, è che nella cornice edittale del reato *de quo* figuri la pena pecuniaria, sola o congiunta alla pena detentiva. Circostanza, quest'ultima, che dovrà essere presa in considerazione nel caso di un'eventuale estensione del modello in commento ai *delitti* di pericolo concreto individuale. Così come – stante la trasversalità dei futuri delitti di pericolo concreto individuale – dovrà badarsi a che, nei campi di tutela di volta in volta considerati, il sistema di *law enforcement* preveda la presenza di organi accertatori dotati di competenze tecniche adeguate a decifrare il “rischio da produzione o da prodotto”, così da formulare le pertinenti prescrizioni<sup>48</sup>.

#### 4. Spunti per la tutela della “vittima indifferenziata” in prospettiva *multidisciplinare endosistemica*.

L'ambientazione politico-criminale della proposta di riforma comprende il richiamo ai seguenti elementi: il recente «incremento della domanda di tutela *penale* rispetto alle minacce per la vita e la salute umana potenzialmente derivanti da attività produttive, o comunque socialmente utili»<sup>49</sup>; la funzione di supplenza in chiave *compensativa* cui il diritto penale è stato chiamato nell'assenza o a fronte della disfunzionalità di strumenti di tutela extrapenalici, ma con effetti *deformanti* rispetto ai propri principi costitutivi e strutture portanti; gli esiti *frustranti* delle aspettative delle persone offese, cui la disciplina penalistica è comunque pervenuta<sup>50</sup>.

In tale cornice, emerge l'opportunità di riflettere sulla possibilità di attivare – *all'interno* della prospettiva penalistica (e dunque in ottica *endosistemica*) – percorsi e modalità di presa in carico della vittima, suscettibili di raccogliere un maggior grado di soddisfazione da parte della stessa.

Come detto, nei settori considerati dalla proposta di riforma, la vittima è la “vittima-modello”, un soggetto *indeterminato in senso qualitativo*, ma individuabile *in quanto esponente della collettività percorsa* dal vettore del rischio (“da produzione o da prodotto”)<sup>51</sup>. Sicché – al di là dell'impatto che il fatto di pericolo concreto individuale potrebbe produrre sul singolo; soggetto, quest'ultimo, che peraltro potrebbe anche non essere necessario identificare in quanto tale<sup>52</sup> – l'*interlocutore* del sistema penale rispetto al fascio di interessi pertinenti alla vittima del reato è proprio *tale* collettività.

Raccogliendo dunque l'istanza, chiaramente espressa nella *Relazione finale*<sup>53</sup>, a coltivare un approccio *multidisciplinare* nella messa a punto della strategia di tutela, non pare ozioso valutare l'utilità di promuovere sul punto – secondo le cadenze di una *sinergia endosistemica* – una integrazione *funzionale* tra diritto penale e giustizia riparativa.

Grazie all'attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 18, l. 27 settembre 2021, n. 134, le coordinate normative del rapporto – nella sostanza, *multidisciplinare* – tra giustizia

---

<sup>48</sup> Peraltro con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022 un meccanismo estintivo ricalcato sul modello del d.lgs. n. 758/1994 è stato introdotto rispetto alle *contravvenzioni* «in materia di igiene, produzione, tracciabilità e vendita di alimenti e bevande» con i nuovi artt. 12-ter - 12-nonies della l. 30 aprile 1962, n. 283; «fattispecie contravvenzionali di frode alimentare pericolosa per la salute [queste ultime, che] possono essere a pieno titolo considerate ipotesi di pericolo *individuale*» (A. GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, cit., 13). Il comma 1 del citato art. 12-ter prevede nondimeno alcune condizioni limitative, e cioè che: le contravvenzioni non «concorrano con uno o più *delitti*» (corsivo aggiunto); abbiano «cagionato un danno o un pericolo suscettibile di elisione mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie»; e «per le quali sia prevista la pena della sola ammenda, ovvero la pena dell'ammenda, alternativa o congiunta a quella dell'arresto».

<sup>49</sup> AA. VV., *Relazione finale*, cit., 2.

<sup>50</sup> Cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 3 s.

<sup>51</sup> V. *supra* § 3.

<sup>52</sup> Cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 10

<sup>53</sup> Cfr. AA. VV., *Relazione finale*, cit., 4.

penale e *Restorative Justice* sono definite nel Titolo IV del d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, nonché per il tramite dei numerosi *raccordi* che lo stesso decreto delegato ha tracciato all'interno del sistema penalistico sia sostanziale, che processuale.

Benché il dialogo con vittime collettive rappresenti tuttora anche per la giustizia riparativa una frontiera sfidante<sup>54</sup>, alcuni elementi della «Disciplina organica» di cui al citato Titolo IV paiono favorire un'apertura dei programmi riparativi a soggetti “coinvolti dal reato” in quanto *comunità*: *i.e.* come “gruppo” definito su base identitaria e non quale semplice sommatoria di individui<sup>55</sup>. Al di là del principio generale che prevede «il coinvolgimento della comunità nei programmi di giustizia riparativa» e dell'obiettivo della «ricostituzione dei legami con la comunità» cui i programmi devono tendere<sup>56</sup>, merita attenzione nella prospettiva qui considerata la possibilità che al programma partecipino anche «enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato», nonché «chiunque altro vi abbia interesse»<sup>57</sup>, in un contesto nel quale il legislatore – all'evidenza consapevole della *duttile creatività* tradizionalmente propria della *prassi* della *Restorative Justice* – ha volutamente lasciato aperta la tipologia dei programmi riparativi (art. 53, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 150/2022).

---

<sup>54</sup> Cfr. per tutti G. MANNOZZI - G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, 2017, 19 s.

<sup>55</sup> Un settore in tal senso emblematico è rappresentato dalla c.d. *Environmental Restorative Justice*, che ricorre alla giustizia riparativa come strumento di risposta ai conflitti generati da reati contro l'ambiente. Per un primo inquadramento dei nessi funzionali tra diritto penale e giustizia riparativa in questo ambito, sia consentito il rinvio a C. PERINI, *Restorative Justice and Environmental Criminal Law: A Virtuous Interplay*, in *The Palgrave Handbook of Environmental Restorative Justice*, a cura di B. PALI - M. FORSYTH - F. TEPPER, Palgrave MacMillan, 2022, 51 ss.

<sup>56</sup> Rispettivamente art. 43, comma 1, lett. c), e comma 2, ultima parte, d.lgs. n. 150/2022.

<sup>57</sup> Rispettivamente art. 45, comma 1, lett. c) e d), d.lgs. n. 150/2022.



# **OSSERVAZIONI SULLA PROPOSTA DI RIFORMA DEI REATI AMBIENTALI DEL GRUPPO DI STUDIO DELL'ASSOCIAZIONE DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE**

*Licia Siracusa*

**Sommario:** 1. Premessa; 2. I punti di forza della proposta; 3. Brevi rilievi critici sul modello di “reato aggravato dall’evento” per le fattispecie di disastro ambientale, di inquinamento aggravato dal pericolo per la pubblica incolumità e/o per la salute pubblica e di morte o lesione come conseguenza di un delitto ambientale; 3.1 Il pericolo per la pubblica incolumità e/o la salute pubblica e la morte o lesione come conseguenze dell’inquinamento ambientale; 4. La questione del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti.

## **1. Premessa**

La proposta di riforma in materia di ambiente elaborata dal gruppo di studio che si è occupato dei reati contro la salute pubblica e l'incolumità pubblica e privata è certamente meritevole di apprezzamento. Essa presenta numerosi profili di interesse ed alcuni indiscutibili pregi tanto sul piano metodologico, quanto dal punto di vista dei contenuti.

Degna di nota è senza dubbio la scelta di partire da un'ampia indagine di taglio comparatistico non circoscritta all'analisi delle singole legislazioni nazionali ma estesa al contesto normativo euro-unitario e alla valutazione degli effetti generati dall'implementazione interna dei vincoli da esso imposti<sup>1</sup>. L'individuazione delle “costanti” ricorrenti tra i diversi ordinamenti nella costruzione delle fattispecie di reato ha fornito molteplici spunti per la soluzione di alcuni complessi problemi (per esempio, sul versante della corretta tipizzazione delle fattispecie di disastro ambientale); così come importanti indicazioni di carattere sistematico sono state ricavate dalla constatazione che nella gran parte degli ordinamenti esaminati i reati ambientali vengono collocati all'interno del codice penale.

Tale modo di procedere si pone peraltro perfettamente in linea con il metodo seguito dalle istituzioni UE nell'iter di riforma della normativa penale in materia di ambiente attualmente in corso il quale ha preso avvio proprio da una verifica preliminare del grado e delle modalità di implementazione a livello nazionale della Direttiva 2008/99/CE sui crimini ambientali ed è di recente approdato ad una proposta di nuova direttiva sui crimini ambientali della Commissione<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul metodo comparatistico e sul particolare ruolo che esso ha assunto nella prospettiva del diritto penale di fonte europea, per tutti, V. MILITELLO, *Dogmatica e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2001, 436 ss.; M. DONINI, *Selettività e paradigmi nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 350 ss., ID., *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2016, 1853 ss.

<sup>2</sup> *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Environment through Criminal Law and replacing Directive 2008/99/EC*, Brussels, 15.12.2021 COM (2021) 851 final 2021/0422 (COD). La gestazione di tale nuovo testo è stata preceduta da una lunga procedura di verifica del livello di implementazione della Direttiva iniziata nel 2016 con l'invito da parte del Consiglio alla Commissione di monitorare l'efficacia della legislazione dell'UE nel campo della lotta alla criminalità ambientale e con l'indicazione dell'attuazione del diritto penale ambientale nell'UE quale oggetto specifico dell'ottavo ciclo di valutazione reciproca.

Da sottolineare è anche la valorizzazione di un approccio di indagine multidisciplinare volto a comporre una visione complessiva del sistema da cui prendere spunto per adeguare la normativa penale al canone dell'*extrema ratio*, ponendo un argine alle tendenze all'iperpenalizzazione che periodicamente emergono a livello legislativo e giurisprudenziale tanto nell'ambito dei reati contro la salute e l'incolumità pubblica, quanto proprio nel settore ambientale, ove peraltro neppure la recente riforma del 2015 è rimasta immune da eccessi repressivi<sup>3</sup>.

Se dunque è certamente lodevole il rigore metodologico dei lavori svolti dal gruppo di studio, altrettanto apprezzabile è il risultato conseguito dal punto di vista dei contenuti della proposta di riforma abbozzata nell'intento di superare i principali profili critici della normativa vigente - alcuni dei quali resi più evidenti dalla prassi applicativa sviluppatasi dopo l'entrata in vigore delle nuove fattispecie delittuose -, senza tuttavia travalicare i limiti imposti dalla normativa UE ed in coerenza con le soluzioni suggerite dalle contigue fattispecie a tutela dell'incolumità pubblica.

## 2. I punti di forza della proposta

---

Nello stesso anno, il *Piano d'azione dell'UE per combattere il traffico di specie selvatiche* aveva stabilito la necessità di rivedere la politica e il quadro legislativo dell'UE in materia di criminalità ambientale, in linea con l'agenda europea sulla sicurezza, in particolare riesaminando l'efficacia della direttiva sulla criminalità ambientale, compresa le sanzioni penali applicabili al traffico di specie selvatiche in tutta l'UE.

Nel 2017 era stata riconosciuta la necessità di affrontare il problema della criminalità ambientale ed in particolare la questione delle esportazioni illegali di rifiuti e del traffico illecito di specie selvatiche, come una priorità del ciclo programmatico dell'UE per il 2018-2021 (*Council Conclusions on Setting the Eu-Priorities for the Fight against Organized and Serious International Crimes between 2018 and 2021*, in <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9450-2017-INIT/en/pdf>). L'anno successivo la Commissione ha adottato un *Piano d'azione per migliorare la conformità e la governance in materia ambientale* che tra gli altri punti prevedeva la necessità di indicare approcci strategici efficaci per il contrasto alla criminalità ambientale e di rafforzare gli strumenti di indagine e di vigilanza delle autorità giudiziarie nazionali e degli organi di vigilanza e di ispezione. Infine, con l'apertura nel 2021 del c.d. "*Green Deal europeo*", la Commissione si è impegnata a promuovere l'azione dell'UE, dei suoi Stati membri e della comunità internazionale per intensificare gli sforzi contro la criminalità ambientale e a rivedere entro il 2021 l'intera normativa UE in materia di rifiuti. Per una disamina di tale processo sia permesso rinviare al nostro, *Prospettive di riforma della tutela penale dell'ambiente nel diritto europeo e sovranazionale*, in *Lexambiente – Riv. trim.*, 2021, n. 3, 1 ss.

Non vi è dubbio inoltre che la riforma della legislazione penale UE in materia ambientale sia stato incentivata non soltanto da un mutato contesto politico internazionale e dalla raggiunta consapevolezza che la buona riuscita di ogni una politica ecosostenibile dipenda non solo dalle azioni intraprese sul versante della prevenzione e dell'economia ma anche dall'esigenza tecnica di sostituire la direttiva adottata prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, e dunque sotto la vigenza di un quadro normativo molto diverso da quello attuale che invece assegna all'UE competenze penali più chiare e più ampie, consentendole per esempio di agire anche sul versante dell'armonizzazione delle pene e non soltanto delle condotte punite.

<sup>3</sup> I segni della foga punitiva del legislatore si scorgono nell'eccessivo carico sanzionatorio previsto per i nuovi delitti ambientali, nella scelta di stabilire per essi il raddoppio dei termini di prescrizione e nella proliferazione di una molteplicità di fattispecie incriminatrici e di circostanze aggravanti. Queste ultime, in particolare, talvolta finiscono con il sovrapporsi, ingenerando il rischio di violazioni del *ne bis in idem*. Su tali profili, sia consentito rinviare al nostro, *La legge 22 maggio 2015 n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, 2015, n. 2, 198 ss. Si veda inoltre, per tutti, P. PATRONO, *I nuovi delitti contro l'ambiente: il tradimento di un'attesa riforma*, in *Leg. Pen. web*, 2016, 6 ss. Con riferimento ai problemi applicativi delle nuove circostanze aggravanti "ambientali" si leggano invece, I. MERENDA, *L'aggravante ambientale: spunti per una riflessione in materia di circostanze*, in *Arch. Pen.*, 2016, 789 ss.; ID., *L'aggravante ambientale*, in *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, a cura di L. CORNACCHIA, N. PISANI, Zanichelli, 2018, 232 ss.; G. MONFERINI, *I delitti associativi finalizzati alla commissione dei delitti ambientali e le aggravanti applicabili all'associazione*, in *Lexambiente – Riv. trim.*, 2020, n. 4, 49 ss.; M. TELESCA, *La tutela penale dell'ambiente. I profili problematici della Legge n. 68/2015*, Giappichelli, 2021, 179 ss.

a) *la collocazione sistematica dei delitti ambientali*

Del tutto condivisibile è la scelta di mantenere nel codice penale i delitti contro l'ambiente. L'opzione per una diversa collocazione avrebbe costituito un pericoloso passo indietro rispetto alla svolta compiuta con la riforma del 2015 tra i cui indubitabili meriti vi è certamente quello di avere inserito nel codice i nuovi delitti ambientali, sancendo in via definitiva il valore del bene ambiente e contribuendo ad accrescere la stigmatizzazione in chiave general-preventiva dei comportamenti puniti<sup>4</sup>. Si è trattato di una svolta di campo importante non soltanto in termini di affermazione dell'assoluta centralità dell'interesse ambientale nel quadro del nucleo forte dei valori oggetto di tutela penale, ma anche per le ricadute sulla rilevanza del bene in questione determinate tanto dal maggiore livello afflittivo delle sanzioni previste per le nuove fattispecie delittuose rispetto al modello esclusivamente contravvenzionale, quanto al collegamento con una cultura di stampo ecologista<sup>5</sup>.

Sotto il profilo della collocazione sistematica, la strada indicata dal documento oltre ad apparire coerente con le soluzioni adottate in Europa dalla gran parte degli ordinamenti nazionali (che per lo più collocano nel codice le fattispecie incriminatrici in materia ambientale<sup>6</sup>), è conforme alla riserva di codice introdotta nel 2018 e asseconda, per così dire, "lo spirito dei tempi" segnati da una oramai diffusa consapevolezza collettiva del rilievo del bene ambiente e della necessità di proteggerlo in modo adeguato, anche attraverso il ricorso allo strumento penale.

Del tutto condivisibile è anche l'idea di porre il titolo dei reati contro l'ambiente a fianco di quello sui delitti contro l'incolumità pubblica, in modo da rendere plasticamente percepibile il nesso di strumentalità tra tali beni che è certamente il più rilevante fra i diversi individuabili in ambito ambientale. Ancorché la protezione penale dell'ambiente sia funzionalmente collegata alla tutela anche di beni finali diversi dalla salute e incolumità collettive (l'economia, la protezione della fauna, il governo del territorio etc.), tuttavia, non vi è dubbio che ai fini della selezione delle condotte penalmente rilevanti sia soprattutto il rapporto tra ambiente e salute pubblica a venire in rilievo, legittimando un aggravamento del trattamento sanzionatorio ove il pregiudizio all'ambiente si proietti verso l'uomo<sup>7</sup>.

Il significato di tale collocazione sistematica non va peraltro frainteso. Esso non implica una preferenza a favore di una concezione esclusivamente antropocentrica del bene ambiente; come pure taluno ha ritenuto rispetto all'analoga scelta compiuta dal legislatore del 2015 di inserire il Titolo IV-bis c.p. relativo ai delitti contro l'ambiente in coda al Titolo VI riguardante i delitti contro l'incolumità pubblica<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Come hanno evidenziato la gran parte dei commenti sulla l. n. 68/2015, M. TELESCA, *Osservazioni sulla legge n. 68/2015 "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di un'agognata riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17 luglio 2015, 7 – 10; M. CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1073; G. DE SANTIS, *La tutela penale dell'ambiente dopo la legge n. 68/2015. Un percorso compiuto a metà?*, in *Resp. Civ. prev.*, 2015, 20175, tra i quali anche il nostro *La legge 22 maggio 2015 n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, cit., 200-201.

<sup>5</sup> Stimolanti sul punto le osservazioni di G. BATTARINO, *Funzione general-preventiva del diritto penale dell'ambiente e "informazione ambientale integrata"*, in *Lexambiente – Riv. trim.*, 2021, n. 3, 68, il quale segnala come gli effetti general-preventivi della riforma in termini di deterrenza di rafforzamento del complessivo livello di tutela del bene siano destinati a prodursi più a lungo termine, mentre di più immediata percezione sarebbero gli effetti deflattivi connessi alla previsione dei nuovi sistemi di estinzione delle contravvenzioni.

<sup>6</sup> Lo segnala l'*Evaluation Report of Implementation of Environmental Crime Directive*, Brussels, 28.10.2020 SWD (2020) 259 final, 25-26. Sul punto, anche C. RUGA RIVA, *La fattispecie di inquinamento ambientale: uno sguardo comparatistico*, in *Lexambiente – Riv. trim.*, 2018, n. 4, 4 ss.

<sup>7</sup> Si pensi al caso in cui la scomparsa di una certa flora come conseguenza di condotte inquinanti invece di determinare il proliferare di altre specie vegetali velenose per l'uomo, produca un progressivo essiccamento del corso d'acqua che riduce le possibilità di approvvigionamento idrico dei centri abitati circostanti o determina il moltiplicarsi di specie batteriche inoffensive per l'uomo, ma letali per le coltivazioni, con grave danno per l'economia.

<sup>8</sup> Nel senso che ciò denoterebbe l'impostazione antropocentrica del sistema di tutela penale dell'ambiente, M.

Che ciò non abbia comportato una restrizione degli scopi di tutela alle sole offese ambientali in grado di ripercuotersi sugli interessi dell'uomo, lo dimostra la presenza di norme che incriminano anche condotte inquinanti inidonee a porre in pericolo la salute e l'incolumità pubblica o altri interessi afferenti alla persona. La fattispecie-base di inquinamento ambientale punisce fatti cagionativi di un danno all'ambiente, a prescindere dalla propagazione della lesione verso l'incolumità pubblica. Il che avvalorava l'idea che la ragione di tale incriminazione non risieda esclusivamente nel nesso di strumentalità tra ambiente e persona bensì anche nella protezione dell'equilibrio ecologico in quanto tale, della quale il diritto penale sembra farsi interamente carico, sebbene in prospettiva di assicurare le condizioni per la futura sopravvivenza degli esseri umani e senza mai cadere nell'eccesso di una visione estremizzante dell'ambiente quale soggetto di diritto<sup>9</sup>.

La messa in pericolo di beni finali diversi dall'ambiente e riferibili alla persona costituisce in sostanza una condizione eventuale e non un requisito costitutivo dell'oggettività giuridica delle fattispecie. Tale lettura, certamente valida per la normativa vigente, può in fondo essere estesa anche alla proposta in discussione che nel configurare la messa in pericolo della pubblica incolumità come evento aggravatore del delitto di inquinamento, sembra mantenere la duplicità dei piani di tutela indicati<sup>10</sup>.

*b) la tipizzazione di illeciti di danno*

Sotto il profilo delle tecniche di tipizzazione, il ricorso a fattispecie di evento rappresenta una strada obbligata, peraltro imposta dalla Direttiva europea 2008/99/CE sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale la quale impone agli Stati di prevedere reati di evento incentrati sulla "lesione grave" o più in generale sul "danno rilevante alla qualità dell'aria, dell'acqua, del suolo etc."<sup>11</sup>.

In conformità con il parametro del *minimum standard* di armonizzazione, l'obbligo di incriminazione euro-unitario è in sostanza circoscritto alle forme più significative di offesa all'ambiente (es.: spedizione transfrontaliera che abbia ad oggetto una quantità non trascurabile di rifiuti<sup>12</sup>). Nella medesima direzione va, del resto, anche la Proposta di nuova Direttiva esitata dalla Commissione ed attualmente all'esame del Consiglio, la quale prevede l'incriminazione di condotte che cagionino o che vi sia la seria probabilità che cagionino la morte o danni gravi alla salute delle persone (*which causes or is likely to cause death or serious injury to any person, art. lett. a*); o danni sostanziali alla qualità del corpo recettore (*substantial damage to the quality of air, the quality of soil or the quality of water, or to animals or plants, art. 1 lett. a*)<sup>13</sup>.

---

CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una lettura costituzionalmente orientata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 335.

<sup>9</sup> Tra coloro che segnalano come, a prescindere dalla collocazione del nuovo titolo, la struttura delle fattispecie incriminatrici introdotte dalla riforma del 2015 denoterebbe il passaggio da una concezione meramente antropocentrica del bene ambiente ad una nozione ecocentrica, L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2015, 3; G. M. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, *Dike Giuridica*, 2017, 8, 144. Sul punto si rinvia anche al nostro, *La legge 22 maggio 2015 n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, cit., 5 ss.

<sup>10</sup> La stessa Relazione illustrativa alla proposta precisa che la ratio della stessa consiste nella tutela dell'ambiente sia come bene in sé, sia in funzione della protezione della salute e dell'incolumità pubbliche, 30 – 31.

<sup>11</sup> L'obbligo di incriminazione riguarda le condotte inquinanti illecite che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo, dell'acqua, ovvero alla flora e alla fauna (art. 3, lett. a), b), d), e), Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente).

<sup>12</sup> Art. 3, lett. c).

<sup>13</sup> Il testo mira a superare il quadro abbastanza sconcertante rispetto al conseguimento dell'obiettivo in origine prefissato di una sufficiente armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, emerso dal documento finale di valutazione della Commissione sull'implementazione della precedente direttiva. Il documento segnala come tale implementazione sia avvenuta in maniera piuttosto eterogenea a causa dell'ampio margine di discrezionalità

In particolare, lo studio qui in commento intende superare il deficit di determinatezza nella descrizione dell'evento tipico che caratterizza l'attuale fattispecie di inquinamento ambientale<sup>14</sup> attraverso la previsione di una serie di *indici probatori*, sintomatici della rilevanza o significatività della lesione ambientale. Si tratterebbe di parametri tassativi sia di portata generale - frequenza e ampiezza degli sforamenti dei valori soglia, gravità e persistenza nel tempo degli effetti avversi etc. -, sia più specifici, e magari distinti per matrice ambientale. I c.d. "*limiti o valori soglia*" di emissione, immissione, sversamento etc. rilevarebbero dunque non come elementi costitutivi del fatto, ma come indicatori sintomatici della rilevanza del danno arrecato all'ambiente.

Anche rispetto a tale opzione, la strada indicata appare condivisibile, per le medesime ragioni per le quali in occasione dell'entrata in vigore della legge n. 68/2015 si era suggerito di colmare in sede interpretativa gli evidenti difetti di determinatezza della fattispecie di cui all'art. 452-*bis* c.p. attraverso la valorizzazione in chiave probatoria delle modalità di superamento dei valori soglia (frequenza, ampiezza, non occasionalità etc.)<sup>15</sup>.

Vero è che il limite tabellare in molti casi non può di per sé da solo costituire la soglia del danno penalmente rilevante perché arretrato su un livello di rischio precauzionale o addirittura ultra-precauzionale, molto lontano dall'effettiva messa in pericolo dell'ambiente<sup>16</sup>. Ciò tuttavia non esclude che uno sfornamento ampio e costante dello stesso, magari avente ad oggetto sostanze particolarmente inquinanti, possa essere preso in considerazione come serio indizio della lesione arrecata all'ambiente o come parametro di riferimento per la misurazione del danno ambientale penalmente rilevante.

Mentre il singolo episodio di superamento del valore soglia non è da solo sufficiente a dimostrare l'avvenuta alterazione ecologica (rilevante), lo stesso non può dirsi per le violazioni reiterate e significative, le quali ben possono fungere da campanelli di allarme di un approfondimento dell'offesa in direzione dell'accadimento lesivo e venire dunque utilizzate in sede di accertamento della significatività e misurabilità della compromissione e del deterioramento ambientali, che la norma incriminatrice vigente configura quali eventi del reato. Tale orientamento sembra peraltro aver trovato accoglimento presso la giurisprudenza della Corte di Cassazione formatasi con riguardo all'art. 452-*bis* c.p. In alcune pronunce emesse in sede cautelare, è stato infatti ribadito come uno scostamento ripetitivo e significativo dai parametri soglia di immissione, emissione e sversamento costituisca «elemento concreto di giudizio circa il fatto che la compromissione o il deterioramento causati siano effettivamente

---

concesso agli Stati nell'interpretazione dei termini vaghi utilizzati dalla Direttiva per la descrizione delle condotte penalmente rilevanti. Approcci differenti sono stati seguiti tanto nella ricezione dell'elemento dell'illiceità, quanto sul versante della caratterizzazione dei requisiti di lesività del fatto. Su tali profili, sia consentito ancora una volta rinviare al nostro, *Prospettive di riforma della tutela penale dell'ambiente nel diritto europeo e sovranazionale*, cit., 10 ss.

<sup>14</sup> Fra i tanti che segnalano il difetto di determinatezza del delitto di inquinamento ambientale, M. CATENACCI, *La legge sugli ecoreati e i suoi principali nodi problematici*, in *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, cit., 7; A. MANNA, *Le norme penali come argine all'alterazione irreversibile dell'ecosistema*, in *Arch. pen.*, 2017, 659; L. MASERA, *La riforma del diritto penale dell'ambiente*, in *costituzionalismo.it*, 2015, 220; C. MELZI D'ERIL, *L'inquinamento ambientale*, in *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di C. RUGA RIVA, Giappichelli, 2017, 23 e 24; A. L. VERGINE, *A proposito della prima (e della seconda) sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2017, 5; G. M. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 152 ss.; M. CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, cit., 340 ss.

<sup>15</sup> Sia ancora una volta consentito rinviare al nostro, *La legge 22 maggio 2015 n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, cit., 205 ss.

<sup>16</sup> F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, 2012, 255 ss.; E. PENCO, *Limiti soglia e responsabilità colposa. Il ruolo incerto delle soglie quantitative dalla colpa specifica al rischio consentito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 200 ss.; D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Aracne Editrice, 2012, *passim.*; M. CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, cit., 83 e 84.

significativi come richiesto dalla legge, mentre tale condizione, ovviamente, non può farsi automaticamente derivare dal mero superamento dei limiti»<sup>17</sup>.

Anche su questo versante, la soluzione indicata dal documento del gruppo di studio si uniforma alle indicazioni che sembrano maturare in ambito europeo, ove la proposta di Direttiva sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale - dopo aver premesso all'undicesimo considerando che le legislazioni nazionali dovrebbero contenere un elenco, anche non tassativo, delle soglie da prendere in considerazione ai fini dell'accertamento della lesione ambientale - ancora la valutazione della capacità offensiva della condotta punita al superamento dei parametri e dei limiti indicati dalla legge nazionale o dai provvedimenti autorizzativi (art. 3, n. 4 lett. b). Inoltre, stabilisce che la normativa nazionale debba fissare l'entità dello sfioramento dei valori tabellari idoneo ad integrare il requisito della "quantità non trascurabile" di rifiuti o sostanze nocive, per le fattispecie che puniscono la gestione illecita dei rifiuti ed il traffico illecito di materiale radioattivo (art. 3, n. 5 lett. b).

L'importante sforzo compiuto dal gruppo di studio di tipizzare in modo tassativo le future fattispecie, superando gli aspetti di maggiore vaghezza della normativa vigente sembra, però, nel complesso, ancora parzialmente incompiuto. Nella relazione illustrativa non si precisa infatti quale sia la nozione di evento da prendere in considerazione. E tale lacuna - probabilmente ascrivibile alla scelta di non redigere un articolato di disposizioni per abbozzare soltanto le linee generalissime di una possibile riforma - rischia però di lasciare non sufficientemente delineato un requisito centrale del fatto.

Troppo rapido appare infatti l'accenno alla possibilità che il "danno rilevante" generato dal reato sia da intendere come una *compromissione significativa dell'ambiente*. A fronte dell'opportuno abbandono dell'endiadi "compromissione o deterioramento" proprio dell'attuale formulazione, rimane comunque vago il significato della nozione prescelta<sup>18</sup>. Non è chiaro infatti se si debba fare riferimento al concetto di alterazione dell'equilibrio ecologico di un corpo recettore, sulla falsariga delle caratteristiche dell'evento nel reato di disastro ambientale attualmente vigente; ancora, se la lesione debba rilevare sotto il profilo *qualitativo*, come peggioramento della qualità delle matrici ambientali e/o dell'ecosistema, o piuttosto anche dal punto di vista *quantitativo-naturalistico*, mantenendo in tal caso presente il richiamo alle porzioni materiali di corpo recettore investite dalla condotta; o infine, se occorra attribuire rilievo ad entrambi gli aspetti indicati.

Malgrado l'intrinseca complessità della materia renda problematico qualunque tentativo di tipizzazione di evento, un chiarimento terminologico è tuttavia indispensabile, nell'ottica di una maggiore aderenza del testo al principio di determinatezza/tassatività.

Considerata l'oggettiva difficoltà di individuare una formulazione linguistica esatta ed il rischio correlato che qualunque soluzione prospettata risulti afflitta da una cifra di ontologica vaghezza, propenderei per l'utilizzo di espressioni del tipo "danno", "danneggiare", "danneggiamento" etc. in quanto maggiormente aderenti alla terminologia utilizzata nella legislazione di settore e nella normativa sovranazionale<sup>19</sup> (si pensi per esempio alla definizione di cui all'art. 300 TUAMB). Per di più, tale concetto potrebbe servire anche per meglio

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170; Cass. pen., Sez. III, 31 gennaio 2017, n. 15865.

<sup>18</sup> Sul fatto che la differenza di significato semantico tra i due termini - compromissione e deterioramento - venga nella sostanza largamente attenuata dalla necessità di temperare il carattere di tendenziale stabilità che caratterizza la compromissione (rispetto al deterioramento) per distinguere tale evento da quello della più grave fattispecie di disastro, per tutti, L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 4. Considera la duplicità di eventi un'endiadi, P. MOLINO, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, *Relazione dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione*, Roma, 29 maggio 2015. In tal senso, anche, G. M. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 148.

<sup>19</sup> Nella proposta di direttiva sulla tutela penale dell'ambiente si utilizza l'espressione "*substantial damage*" (art. 3, n. 1 *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Environment through Criminal Law and replacing Directive 2008/99/EC*).

delimitare il rispettivo perimetro applicativo tra obblighi di bonifica e misure di ripristino, consentendo di riferire i primi all'evento lesivo del delitto di inquinamento - il danno ambientale penalmente rilevante - ed i secondi, invece, soltanto al mero "stato dei luoghi".

È vero che la nozione di *danneggiamento* si presta ad essere lettera in senso material-patrimonialistico, alla stregua della figura generale del danneggiamento (art. 635 c.p.), e dunque come riduzione delle funzionalità d'uso e di godimento dell'ambiente, o come distruzione o degradazione della matrice ambientale. Nondimeno, il rischio di appiattimento esegetico sulla dimensione patrimonialistica non tiene nel dovuto conto il fatto che sono possibili interpretazioni di segno diverso, coerenti con i plurimi significati che il concetto di "*danno*" assume in diritto penale ove infatti essa viene in rilievo anche sotto altri profili, oltre a quelli strettamente patrimonialistici e risarcitori<sup>20</sup>.

La scelta di preferire l'espressione "danno" all'ambiente risulterebbe in sostanza maggiormente conforme al lessico del diritto penale e se opportunamente arricchita di contrassegni descrittivi idonei a meglio definirne i contorni, potrebbe dimostrarsi anche molto meno vaga di altre formulazioni. Un contributo di chiarezza in tal senso certamente proverrebbe - come proposto dal gruppo di studio - dalla previsione di indicatori del danno da valorizzare in sede di accertamento del fatto quali vincoli interpretativi per il giudice. Ma su tale fronte, sarebbe altrettanto importante indicare con maggiore precisione il referente materiale della condotta punita, giacché non vi è dubbio che in materia ambientale le caratteristiche della lesione penalmente rilevante siano correlate all'oggetto materiale del reato.

Riguardo a tale aspetto però, la proposta appare ancora incompleta. Essa non precisa se la condotta tipica debba incidere su un ecosistema, oppure sulle c.d. "*matrici ambientali*" - acqua, aria, suolo e sottosuolo -; o, magari, su entrambi, sebbene la definizione dell'oggetto materiale del reato non sia questione di poco conto, se solo si considerano le conseguenze che ne possono discendere in sede di applicazione delle norme incriminatrici.

La preferenza per una nozione di più ampio respiro come quella di ecosistema, per esempio, sebbene corrispondente alla strutturale complessità del bene ambiente, rischierebbe tuttavia di creare troppe incertezze rispetto ai contorni dell'oggetto materiale del reato. Infatti, esistono notoriamente una pluralità di ecosistemi (es. ecosistema di un lago o di un corso d'acqua *versus* ecosistema globale etc.), ciascuno dei quali è a sua volta contraddistinto da equilibri diversi. Inoltre, l'ecosistema è un'unità funzionale complessa di tipo aperto, fortemente interconnessa con quella di altri ecosistemi. Né si può trascurare che, com'è noto, l'equilibrio di un ecosistema è per sua natura dinamico ed in continua evoluzione; il che rende poco conveniente farne il punto di riferimento dell'offesa penalmente rilevante. La fluidità degli equilibri eco-sistemici mal si concilia con le esigenze di certezza e tassatività del diritto penale<sup>21</sup>.

Per tali ragioni, sarebbe preferibile considerare oggetto materiale del reato le singole matrici ambientali (aria, acqua, suolo e sottosuolo) la cui integrità o salubrità costituisce un sicuro parametro di riferimento per la fissazione delle soglie di rischio e di contaminazione, già in sede extrapenale. Il danno penalmente rilevante alle matrici ambientali andrebbe dunque inteso tanto come pregiudizio arrecato alla qualità del corpo recettore, quanto come alterazione dello stato chimico e dello stato ecologico dell'ecosistema afferente a quel singolo corpo recettore<sup>22</sup>. In questa direzione pare andare anche la futura direttiva sulla tutela penale dell'ambiente che individua come oggetto materiale delle condotte punite la qualità dell'aria, delle acque, del

---

<sup>20</sup> Sull'autonomia del concetto penalistico di danno ambientale e sulla connotazione esclusivamente civilistica della definizione di cui all'art. 300 TUA, C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, 2016, 241.

<sup>21</sup> Condivisibili le osservazioni di T. PADOVANI, *La legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guid. dir.*, 2015, 10, riguardo il fatto che il riferimento al macro-concetto di ecosistema, se preso alla lettera, rende sostanzialmente irrealizzabile il reato di inquinamento ambientale.

<sup>22</sup> A venire in rilievo ai fini della compromissione ambientale sarebbe soltanto l'alterazione dell'ecosistema del corpo recettore di riferimento. Su tali profili, tra gli altri, L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 6.

suolo o la fauna e la flora (artt. 3 lett. a), b), c) etc.)

*c) la clausola “abusivamente”*

Un cenno a sé stante merita la scelta operata dal gruppo di studio di mantenere l’attuale clausola di illiceità speciale dell’avverbio *abusivamente*.

Chi scrive concorda pienamente con l’opportunità di utilizzare tale formula in luogo di un’altra che richiami espressamente la violazione di specifiche prescrizioni amministrative o disposizioni legislative. Una dizione di questo tipo restringerebbe eccessivamente l’ambito della specifica illiceità delle condotte punite, impedendo, per esempio, di considerare abusive le attività realizzate in contrasto con prescrizioni di rango primario, anche di fonte eurounitaria o in violazione delle c.d. “*migliori tecniche disponibili (best available techniques - BAT)*” ove vincolanti. Ai fini della delimitazione del rischio consentito queste ultime continuerebbero a venire in rilievo soltanto in forma indiretta; cioè, in quanto richiamate nei provvedimenti autorizzativi o poste a parametro degli stessi. Viceversa, l’utilizzo di una clausola aperta consentirebbe di ritenere abusive anche le condotte inosservanti i principi del diritto ambientale di fonte europea o le prescrizioni di *soft law*, come quelle non conformi alle *BAT* recepite in documenti vincolanti<sup>23</sup>.

Il breve spazio a disposizione impedisce di soffermarsi in modo diffuso sul dibattito che si è sviluppato intorno al modo di intendere il significato dell’avverbio “abusivamente”<sup>24</sup>. Ci si limita pertanto a segnalare come condivisibile l’opinione che considera tale clausola quale volta a delimitare l’area del rischio consentito e ad assicurare un’adeguata tutela dell’affidamento del cittadino rispetto alla liceità penale di condotte conformi alla legge, a prescrizioni amministrative, a titoli abilitativi regolarmente ottenuti o, più in generale, alle pratiche suggerite dalle *Best Available Techniques* (c.d. *Bat*<sup>25</sup>).

Per quanto fondato, il timore da taluno segnalato che il requisito di illiceità speciale così formulato possa trasformarsi in una sorta di scudo penale a vantaggio di chi abbia ottenuto il titolo abilitativo in modo illecito o irregolare è nei fatti già adesso neutralizzato dal consolidato orientamento interpretativo che considera l’autorizzazione illecitamente ottenuta come

---

<sup>23</sup> Sebbene - com’è noto - la Direttiva UE 2010/75 stabilisca che le *Bat* codificate dalla Commissione (le c.d. “*Bat Conclusions*”) abbiano come destinatari espressi gli Stati e non gli operatori privati, nei confronti dei quali esse rilevano soltanto in modo indiretto in quanto recepite a livello nazionale nelle autorizzazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione, tuttavia, un’interpretazione estensiva dell’avverbio abusivamente permetterebbe di considerare integrato il requisito dell’illiceità extrapenale delle condotte inquinanti anche nel caso di attività conformi all’autorizzazione ma in contrasto con le *Bat* o con altre prescrizioni volte a ridurre i rischi ambientali e contenute in fonti di *soft law*. Sul procedimento di formazione delle *Bat* e sulla loro rilevanza in sede penale, si leggano S. ZIRULIA, *Il ruolo delle Best Available Techniques e dei valori limite nella definizione del rischio consentito per i reati ambientali*, in *Lexambiente – Riv. trim.*, 2019, n. 4, 2 ss.; C. PALMERI, *Ragioni della produzione e ragioni dell’ambiente: l’introduzione del parametro extrapenale della “migliore tecnica disponibile” nel sistema delle fonti degli obblighi cautelari*, in *Lexambiente – Riv. trim.*, 2019, n. 3, 2 ss.; M. BOSI, *Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 197 ss.

<sup>24</sup> Sulla portata della clausola, com’è noto, si contendono il campo due diverse interpretazioni. Da una parte vi è chi ritiene che essa serva a restringere l’area di rilevanza penale alle sole condotte clandestine, ossia alle attività poste in essere in assenza di provvedimenti abilitativi della pubblica amministrazione, G. AMENDOLA, *Delitti contro l’ambiente: arriva il disastro ambientale «abusivo»*, in *www.lexambiente.it*, 17 marzo 2015, ID. *La confindustria e il disastro ambientale abusivo*, in *Questione Giustizia*, 15 aprile 2015. Dall’altra parte invece, l’orientamento largamente maggioritario considera l’avverbio una clausola di illiceità speciale riferita alle condotte realizzate in violazione di disposizioni legislative o regolamentari e di prescrizioni amministrative, C. RUGA RIVA, *Ancora sul concetto di abusivamente nei delitti ambientali: replica a Gianfranco Amendola*, in *www.lexambiente.it*, 6 luglio 2015, ID., *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68*, Giappichelli, 2015, 5 ss.

<sup>25</sup> Critico invece sull’ampiezza della clausola che finirebbe con il dare rilievo a qualunque infrazione o irregolarità e con l’assegnare al giudice il potere di sindacare l’autorizzazione amministrativa alla stregua di principi costituzionali o di mere norme di indirizzo, M. CATENACCI, *L’introduzione dei delitti contro l’ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, n. 2, 44.



*tamquam non esset*<sup>26</sup>. Naturalmente, per fugare ogni dubbio in proposito, si potrebbe pensare di introdurre una disposizione che cristallizzi l'interpretazione corrente, stabilendo esplicitamente l'irrelevanza ai fini penali dell'esistenza di un titolo abilitativo illecitamente concesso o adottato in modo irregolare<sup>27</sup>. Analoga soluzione è del resto proposta dalla nuova direttiva UE in cantiere che nel definire il significato della clausola "*unlawful*" chiarisce come il comportamento punito vada considerato illecito anche se autorizzato da un'autorità amministrativa competente, laddove tale autorizzazione sia stata ottenuta in modo fraudolento, o mediante corruzione, estorsione o coercizione (all'art. 2 n. 1<sup>28</sup>).

Una volta eliminata attraverso un'espressa previsione normativa ogni ambiguità rispetto alla possibilità di considerare abusiva anche l'attività compiuta in presenza di un atto abilitativo illecitamente o irregolarmente adottato, sul fronte della clausola di illiceità, rimarrebbero comunque aperte altre questioni. Per esempio, occorrerebbe pur sempre affrontare il rischio - da più parti segnalato - che l'impiego dell'avverbio possa creare aree di impunità rispetto a condotte conformi a prescrizioni di autorizzazioni oramai divenute obsolete, in base a sopravvenute e però consolidate conoscenze scientifiche. Ciò può, per esempio, verificarsi in presenza di *Bat* pubbliche e conoscibili, elaborate in sede europea ma non vincolanti per i singoli operatori in quanto ancora non recepite a livello nazionale, e dunque non trasfuse nelle singole autorizzazioni di settore. L'esperienza dei noti casi *Tirreno power* e *Ilva* ha, a tal proposito, dimostrato come in assenza di una disciplina *ad hoc* per situazioni del genere incomba la possibilità di pericolose fughe in avanti da parte della giurisprudenza; spesso orientata a considerare sempre illecite le condotte di immissione o emissione realizzate in modo conforme ai limiti stabiliti nelle autorizzazioni e però lontane da valori soglia più restrittivi, suggeriti dalle agenzie regolatorie o, comunque, ricavabili dalle migliori tecniche disponibili<sup>29</sup>.

Anche su questo versante, appare condivisibile la scelta dei proponenti di individuare un punto di equilibrio tra gli opposti estremi di un titolo abilitativo che funga da granitico scudo penale per gli operatori che si conformino alle sue prescrizioni, da un lato, e dall'altro lato, la prospettiva di un superamento generalizzato dell'affidamento nello stesso da parte dei singoli destinatari ove siano rinvenibili cautele ulteriori, oltre a quelle imposte, desumibili da *Bat* non ancora recepite dalla regolamentazione statale di settore. Si tratterebbe di una soluzione intermedia che, sulla falsariga del modello tedesco, circoscriverebbe la limitazione dell'ombrello penale dell'autorizzazione ad alcune ipotesi eccezionali di mancata osservanza da parte del soggetto agente di cautele - da lui conosciute o conoscibili - più stringenti di quelle imposte dalla pubblica autorità con il provvedimento abilitativo.

L'omesso adeguamento alla più rigorosa soglia di rischio delineata dalle migliori tecniche disponibili rivelerebbe, cioè, nei casi in cui l'autorizzazione ottenuta fosse *ab origine* illegittima, perché in contrasto o difforme rispetto ai parametri indicati nelle *Bat* pubbliche conoscibili e formalmente vincolanti per gli operatori del settore e per la pubblica

<sup>26</sup> Sul punto, obbligatorio il rinvio a Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3, in C.E.D. Cass n. 176304.

<sup>27</sup> Sulla falsariga del § 330 d, n. 5 *StGB* che codifica tassativamente le ipotesi in cui l'atto abilitativo ottenuto in modo illecito o irregolare viene espressamente equiparato all'autorizzazione mancante.

<sup>28</sup> Va inoltre segnalato che la proposta intende in termini estensivi la clausola di illiceità e la riferisce alla violazione tanto della normativa europea a tutela dell'ambiente, quanto della legislazione statale, di regolamenti amministrativi o di altre decisioni adottate della pubblica autorità di uno Stato membro in attuazione della disciplina normativa eurounitaria di settore (art. 2, n.1, lett. a) e b).

<sup>29</sup> Si veda S. ZIRULIA, *Il ruolo delle Best Aviable Techniques e dei valori limite nella definizione del rischio consentito per i reati ambientali*, in *Lexambiente - Riv. trim.*, 2019, n. 4, 15 ss. e M. BOSI, *Le Best Aviable Techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 196 ss. Critico rispetto a tale prospettiva N. PISANI, *Il nuovo disastro ambientale*, in *Il nuovo diritto penale ambientale*, a cura di L. CORNACCHIA, N. PISANI, cit., 123 ss. il quale evidenzia come ciò aprirebbe il varco alla possibilità che in sede processuale il giudice riformuli le prescrizioni amministrative delimitative della soglia del rischio consentito, laddove le ritenga *ex post* inadeguate o insufficienti, sulla base di conoscenze tecniche sopravvenute rispetto al momento del fatto.

amministrazione. Qui, ad assumere significato sarebbe dunque non una divergenza dovuta alla distanza cronologica tra il momento di formazione del titolo abilitativo (antecedente) e la successiva elaborazione di nuove *Bat*, ma quella determinata da uno scostamento voluto dei contenuti dell'autorizzazione rispetto a prescrizioni e valori soglia ricavabili da conoscenze scientifiche e tecniche già consolidate al tempo della sua adozione<sup>30</sup>.

Ipotesi-limite sarebbero anche quelle in cui tale difformità costituisse il frutto di collusioni, pressioni o accordi illeciti tra l'autorità amministrativa competente e il destinatario del provvedimento, Ed infine, al soggetto agente potrebbe sempre rimproverarsi il fatto di non essersi uniformato a cautele più stringenti e maggiormente adeguate da quelle imposte dal titolo abilitativo, quando queste siano a lui accessibili in base alle sue specifiche e personali conoscenze tecniche o perché suggerite da conoscenze scientifiche consolidate.

Nella prospettiva del testo qui in commento, le suddette ipotesi eccezionali, tassativamente indicate dalla legge, sembrerebbero pertanto rilevare non sul terreno della colpevolezza, ma su quello della tipicità del fatto. Esse inciderebbero infatti sul requisito dell'abusività della condotta, che risulterebbe integrato sia laddove il titolo abilitativo risultasse non conforme alle *Bat Conclusions* rilevanti per il settore di appartenenza, sia ove esso prescrivesse cautele o valori soglia inadeguati rispetto a quelli ricavabili da consolidate, ma sopravvenute, conoscenze scientifiche e tecniche, anche non ancora cristallizzate in formali linee guida predisposte dalle autorità competenti.

### **3. Brevi rilievi critici sul modello di “reato aggravato dall'evento” per le fattispecie di disastro ambientale, di inquinamento aggravato dal pericolo per la pubblica incolumità e/o per la salute pubblica e di morte o lesione come conseguenza di un delitto ambientale**

La proposta di riforma elaborata del gruppo di studio suggerisce di rinunciare alla previsione di un'autonoma fattispecie incriminatrice del disastro ambientale e di sanzionare le forme più avanzate e più gravi di lesione all'ambiente come eventi aggravanti della fattispecie base di inquinamento ambientale. L'attuale alterazione irreversibile o non facilmente recuperabile di un ecosistema - che costituisce evento del delitto di disastro ambientale - verrebbe in rilievo, dunque, come accadimento di un'autonoma fattispecie di reato aggravato dall'evento, punibile anche a titolo di colpa. Simmetricamente, la messa in pericolo dell'incolumità pubblica e la lesione della vita e dell'integrità fisica di singole persone derivanti dal delitto di inquinamento integrerebbero altrettante figure autonome di reati aggravati o qualificati dell'evento.

Tale soluzione ha certamente il pregio di sdrammatizzare il problema che affligge l'attuale sistema della difficile distinzione in sede processuale fra inquinamento e disastro ambientale e indubbiamente agevola l'accertamento probatorio del nesso causale rispetto alla verifica dell'evento più grave il cui dispiegarsi discenderebbe causalmente dal meno grave evento intermedio del reato di inquinamento. Tuttavia, la scelta del modello di reato qualificato dall'evento, se da un lato consente di superare le difficoltà applicative proprie di una fattispecie a macro-evento lesivo di disastro come quella vigente, dall'altro lato, rischia di complicare l'esegesi processuale su altri versanti; in particolare, sotto il profilo dell'elemento soggettivo e

---

<sup>30</sup> Impostazione di recente ribadita in sede cautelare dalla giurisprudenza di legittimità che ha considerato sussistente il requisito dell'abusività della condotta in un caso di gestione di impianto di trattamento dei rifiuti eseguita in modo conforme all'AIA ma in contrasto con le *BAT conclusions* vincolanti, e però ignorate della pubblica amministrazione competente al momento della formulazione delle prescrizioni contenute nel titolo abilitativo; v. Cass. pen., Sez. III, 7 settembre 2021, n. 33089, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it), 13 settembre 2021, con nota di G. AMENDOLA, *Ecodelitti. Cassazione e traffico illecito di rifiuti: agisce “abusivamente” chi non rispetta le migliori tecniche disponibili*.

del concorso di norme e di reati.

Com'è noto però, in quanto archetipo del c.d. *versari in re illicita*, l'intera categoria dei reati aggravati dall'evento si presenta “*dogmaticamente incerta e problematica*”<sup>31</sup> soprattutto sul versante della conformità al principio di colpevolezza. Alla varietà di posizioni teoriche sviluppatesi attorno al problema del suo corretto inquadramento dogmatico<sup>32</sup> si affianca altrettanta eterogeneità di orientamenti giurisprudenziali i quali oscillano tra le due opposte tesi dell'evento aggravatore inteso ora quale circostanza aggravante della fattispecie base, ora invece come elemento costitutivo di un'autonoma fattispecie incriminatrice<sup>33</sup>. Sicché, i vantaggi che certamente provengono dall'impiego di tale schema in termini di più accessibile ricostruzione del rapporto causale tra condotta e macro-lesione all'ambiente rischiano di essere grandemente controbilanciati dalla difficoltà di individuare corretti e univoci canoni di imputazione soggettiva rispetto al macro-evento, data l'incerta collocazione dello stesso nella struttura del reato<sup>34</sup>.

Per evitare il rischio di un possibile annacquamento della risposta sanzionatoria dovuto al giudizio di bilanciamento tra circostanze, la relazione illustrativa configura espressamente tali figure di reato come fattispecie incriminatrici autonome, sgombrando il campo dalla tentazione di ritenere l'evento più grave da esse punito come mera circostanza aggravante della condotta base. Ciò però non toglie che restano in ogni caso validi alcuni degli argomenti in genere evocati a sostegno della tesi che invita a considerare gli eventi aggravanti dei reati qualificati dall'evento alla stregua di mere circostanze.

Il risultato dell'azzeramento del bilanciamento potrebbe in effetti essere egualmente assicurato mediante un'esplicita eccezione normativa che sottraesse l'evento più grave dal giudizio di bilanciamento. Una volta risolto in tal modo il problema della blindatura degli effetti sanzionatori connessi alla causazione dell'accadimento lesivo più grave, la soluzione di inquadrarlo come circostanza aggravante del reato-base, piuttosto che come reato autonomo, recherebbe il vantaggio di superare lo schema della responsabilità oggettiva proprio dei reati aggravati dall'evento e di permettere l'applicazione del regime di imputazione soggettiva di cui all'art. 59 c.p.; con conseguente punibilità a titolo di colpa (previsione o prevedibilità dell'evento più grave) per l'evento più grave<sup>35</sup>.

Senonché, tale prospettiva, per quanto astrattamente in grado di assicurare una maggiore aderenza al principio di colpevolezza, condurrebbe ad esiti ingiusti rispetto a quella categoria di fatti in cui l'alterazione tendenzialmente irreversibile o irrecuperabile delle matrici ambientali derivante dal meno grave fatto di inquinamento fosse voluta con dolo, anche soltanto eventuale. L'elemento della “conoscenza” di cui all'art. 59 c.p. integra infatti un requisito psicologico che è qualcosa di meno dell'aspetto volontaristico del dolo al quale non può, pertanto, venire automaticamente assimilato<sup>36</sup>. Considerare l'evento del disastro ambientale una

<sup>31</sup> Testualmente, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2019, 695.

<sup>32</sup> *Ex multis*, S. RICCIO, *I delitti aggravati dall'evento*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1936, 132 ss.; C. F. GROSSO, *Struttura e sistematica dei reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 443 ss.; S. ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Giuffrè, 1984; S. PROSDOCIMI, *Reati aggravati dall'evento e reato complesso*, in *Ind. pen.*, 1985, 281 ss.; A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 377 (ora in, A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Giuffrè, 2006, 587 ss.); G. DE FRANCESCO, *Opus illicitum*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 994 ss.; G. DEMURO, *La combinazione dolo-colpo. Un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 563 ss.

<sup>33</sup> Lo rammenta nel recente contributo appena citato, G. DE MURO, *La combinazione dolo-colpo. Un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, cit., 566.

<sup>34</sup> In tal senso, con riguardo ad analoghe figure di reato previste nell'ambito dei delitti contro la pubblica incolumità, G. DE VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 693 e 694.

<sup>35</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 696; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2021, 436 e 437.

<sup>36</sup> Sul punto, ampiamente, G. DE FRANCESCO, *Opus illicitum*, cit., 1010 ss. ed anche G. DE VERO, *op. ult. cit.*,

mera circostanza aggravante del delitto di inquinamento significherebbe non fornire adeguata copertura penale alle ipotesi in cui la macro-lesione ambientale elemento costitutivo del disastro fosse voluta con dolo dal soggetto agente.

Con riguardo al disastro ambientale dunque, risulterebbe in definitiva poco utile l'inquadramento nella categoria del reato circostanziato e migliore la scelta del modello del reato aggravato dall'evento in cui tanto l'evento intermedio, quanto quello più grave possono essere, indifferentemente, voluti o cagionati con colpa. Questa sembra del resto la strada suggerita nella relazione dei proponenti la quale prevede la punibilità anche a titolo di colpa sia per il delitto di inquinamento, sia per la fattispecie aggravata di disastro.

Il testo, tuttavia, non chiarisce se l'alterazione ambientale tendenzialmente irreversibile che costituisce evento del reato più grave possa derivare da un inquinamento ambientale anche di tipo colposo, e non soltanto doloso. Se così fosse, significherebbe che verrebbe scartata la soluzione tedesca – dalla quale, per vero, il gruppo di studio sembra aver tratto ispirazione – che per l'omologa fattispecie di inquinamento aggravato dall'evento del “disastro ambientale” circoscrive la responsabilità penale ai soli casi di condotta-base di tipo doloso; secondo lo schema classico dei reati qualificati dall'evento in cui l'evento meno grave deve essere necessariamente voluto e si farebbe, invece, ricorso ad un tipo piuttosto raro di reato aggravato dall'evento in cui l'accadimento meno grave può anche essere cagionato con colpa<sup>37</sup>.

Tra le due opzioni – 1) inquinamento doloso aggravato dall'evento del disastro e 2) inquinamento doloso o colposo aggravato dall'evento di disastro – andrebbe preferita la seconda, se non altro perché in tal modo si colpirebbero le ipotesi - verosimilmente più frequenti nella prassi - di disastro ambientale che costituisce decorso prevedibile di un inquinamento di natura colposa; ferma restando, ai fini del giudizio di colpa, la necessità di verificare la prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo tanto rispetto all'illecito base, quanto per l'ipotesi aggravata. A meno di non voler pericolosamente scivolare, rispetto all'ipotesi aggravata, verso forme di responsabilità per *versari in re illicita*, occorrerebbe, cioè, in ogni caso accertare la sussistenza di un duplice nesso di rischio: quello intercorrente tra le regole cautelari ed il danno ambientale che costituisce evento del reato di inquinamento, da un lato, e dall'altro lato, il nesso che riguarda l'inosservanza delle cautele imposte e il più grave evento del delitto di disastro.

La nuova incriminazione troverebbe inoltre applicazione sia nei casi in cui entrambi gli eventi fossero cagionati con colpa o voluti con dolo, sia nelle ipotesi di condotte eterogenee sul versante soggettivo; come accadrebbe nel caso in cui si ricadesse nello schema più diffuso di reato aggravato dall'evento, in cui il soggetto agente risulti in dolo rispetto all'evento di inquinamento ma non anche rispetto all'evento più grave del disastro. Naturalmente, non sarebbe mai possibile che una condotta di base colposa sfociasse in un disastro di tipo doloso, per la semplice ragione che in uno schema di autentica progressione criminosa verso forme di offesa più gravi nei confronti del bene protetto non si può volere l'evento più grave senza volere altresì l'evento meno grave che ne è prodromico.

I problemi appena enucleati riguardanti la difficile imputazione soggettiva dell'evento più grave sarebbero, per vero, agevolmente risolti se si accedesse a quell'impostazione teorica che considera le ipotesi di responsabilità oggettiva previste nel nostro ordinamento come forme di responsabilità colpevole, distinte dalla responsabilità di tipo colposo<sup>38</sup>. In base a tale orientamento, il soggetto attivo del delitto di inquinamento risponderrebbe del più grave disastro

---

694.

<sup>37</sup> Sul fatto che siano pochissime le figure di delitto aggravato dall'evento in cui la condotta base è di tipo colposo, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2020, 367, nt. 127.

<sup>38</sup> Il riferimento è alle note tesi di A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in *Il diritto penale fra norma e società*, cit., 593 ss.; ID., *Responsabilità obiettiva*, in *Studi Vassalli*, I, 1991, 177 (ora in A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956 - 2008*, cit., 615 ss.).

a titolo di responsabilità da rischio totalmente illecito, a condizione che l'evento più grave fosse prevedibile ed evitabile.

Una soluzione del genere risulterebbe, di certo, maggiormente aderente all'effettivo disvalore delle figure qui prese in considerazione in quanto valorizzerebbe un dato cruciale per il loro corretto inquadramento; e cioè, il fatto che la condotta-base da cui scaturisce l'accadimento lesivo più grave è già interamente illecita, a prescindere dalla sua natura dolosa o colposa. Verrebbero poi ad essere definitivamente superati anche gli ostacoli relativi alle diverse combinazioni possibili di tipi di responsabilità soggettiva tra illecito base ed illecito aggravato dato che sarebbe del tutto irrilevante stabilire se l'evento aggravatore sia, o meno, voluto con dolo. Nulla impedirebbe infatti di annoverare la fattispecie di disastro ambientale tra le figure di reati aggravati dall'evento rispetto alle quali è assolutamente indifferente che l'evento più grave sia voluto o non voluto<sup>39</sup>.

Quanto al profilo, sopra accennato, del concorso tra reati, il disastro assorbirebbe sempre l'inquinamento ambientale. Cosicché, occorrerebbe che il legislatore prevedesse per l'ipotesi aggravata una risposta sanzionatoria effettivamente adeguata al maggior disvalore del fatto.

### **3.1 Il pericolo per la pubblica incolumità e/o la salute pubblica e la morte o lesione come conseguenze dell'inquinamento ambientale**

Osservazioni in parte diverse da quelle espresse con riguardo all'inquinamento aggravato dal disastro possono invece formularsi per le altre due ipotesi di inquinamento aggravato dall'evento suggerite dal testo; vale a dire, rispettivamente nei confronti del reato qualificato dalla messa in pericolo della pubblica incolumità e/o dalla morte o lesione di una o più persone.

Orbene, nella prima ipotesi - progressione dell'offesa dall'ambiente all'incolumità pubblica - non mi sembra emergano particolari problemi dal punto di vista dei criteri di imputazione soggettiva del fatto, salvo il fatto che ove la condotta base di inquinamento fosse colposa, una lettura coerente con il principio di colpevolezza imporrebbe di considerare la colpa che sorregge la fattispecie aggravata come una forma di "colpa specifica" in cui l'evento prevedibile ed evitabile è appunto il pericolo per la pubblica incolumità.

Mi pare poi che anche rispetto a tali ipotesi, come per il disastro, mentre è ovviamente possibile che l'agente voglia con dolo l'inquinamento e cagioni con colpa o con dolo, anche eventuale, l'evento più grave, non è invece possibile il contrario; è cioè che il soggetto sia in colpa rispetto alla condotta base ed in dolo rispetto alla fattispecie più grave, giacché appare difficile immaginare che chi cagiona un danno alle matrici ambientali e per imperizia o per violazione di regole cautelari specifiche e senza volere l'evento meno grave, possa invece rappresentarsi e volere l'evento più grave di messa in pericolo della salute pubblica.

Infine, le difficoltà interpretative proprie della categoria dogmatica dei reati qualificati dall'evento ritornano in campo pienamente, rispetto all'altra ipotesi di fattispecie qualificata dall'evento che punisce più severamente l'inquinamento da cui siano derivate la morte o la lesione dell'integrità fisica di singole persone. Con riguardo ad essa, dovrebbe escludersi la possibilità che la causazione dell'evento più grave sia punibile a titolo di dolo, anche eventuale. Una situazione di questo tipo andrebbe infatti inquadrata secondo le categorie proprie del tipo di reato aggravato dall'evento in cui l'evento più grave non deve essere voluto perché ove lo fosse, troverebbero applicazione altre fattispecie incriminatrici (per es. lesioni dolose o di omicidio doloso), in concorso con il delitto base.

Nondimeno, soprattutto rispetto alle forme del dolo diretto e intenzionale, si tratterebbe comunque di casi molto marginali giacché è in concreto davvero minima la possibilità che il

---

<sup>39</sup> V. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 366.

soggetto che inquina agisca al fine di cagionare direttamente la morte o la lesione di singole vittime. In genere, il contesto di azione dei reati ambientali è infatti contrassegnato dal compimento di attività irregolari o illecite volte ad eludere o ad impedire i controlli e a garantire un maggior lucro con risparmio di costi. Mentre è piuttosto raro che tali tipi di condotte siano finalisticamente (e direttamente) orientate a cagionare il decesso o lesioni a persone “in carne ed ossa”.

Lo stesso non vale però rispetto alle forme meno gravi del dolo eventuale e del dolo indiretto, le quali potrebbero invece riscontrarsi più di frequente. Non si può infatti escludere che l'imprenditore che inquina, lo faccia anche a costo di provocare la morte o le lesioni di una più persone, esposte alle conseguenze nocive delle sostanze che egli immette nell'ambiente. Si pensi per esempio al caso di una fabbrica che sversasse illegalmente sostanze altamente tossiche o cancerogene in un corso d'acqua destinato all'approvvigionamento idrico di un centro abitato costruito nei pressi dello stesso. Sarà punibile a titolo di dolo eventuale, il titolare dell'impresa che consapevole della funzione d'uso del corso d'acqua e dell'alta tossicità degli sversamenti, agisca egualmente, anche a costo di provocare la morte o di ledere la salute degli abitanti del borgo ove tali eventi effettivamente si verificassero a causa dell'inquinamento.

#### **4. La questione del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti**

Tra le questioni affrontate dal gruppo di studio non trova spazio il tema della punibilità del traffico illecito di rifiuti realizzato in forma organizzata o oggetto dell'attività di gruppi criminali organizzati.

La ragione di tale omissione è però facilmente intuibile. Il testo elaborato è volto a stimolare una più ampia riflessione scientifica sulla materia. Esso non contiene un completo articolato di legge. Il mancato riferimento a questo come ad altri profili della normativa penale a tutela dell'ambiente non segnala dunque un deficit contenutistico ma è certamente dipeso dal taglio specifico del documento e dal contesto in cui esso si inserisce, che vuole essere quello di un ripensamento promosso dall'associazione dei professori di diritto penale rispetto all'intero settore dei delitti contro la persona. Ciò ha verosimilmente sollecitato da parte del gruppo di studio sui reati ambientali una speciale messa a fuoco delle sole fattispecie incriminatrici più strettamente connesse o comunque interferenti con la tutela dei beni della vita e della salute individuale e collettiva.

Sul fronte del contrasto alla criminalità organizzata ambientale in materia di rifiuti, si dispiegano, com'è noto, diverse possibilità teoriche che lo spazio di questo breve intervento non consente di sviscerare adeguatamente.

Ci si limita dunque a rammentare come i fenomeni criminali che qui vengono in rilievo si contraddistinguono per la dimensione strutturalmente organizzata e sistematica dell'attività di gestione illecita e per il fine di arricchimento. Il requisito dell'organizzazione e la finalità di profitto costituiscono in sostanza gli elementi strutturali identificativi del traffico organizzato di rifiuti. Mentre il coinvolgimento in tale tipo di illecito di gruppi criminali organizzati rimane una contingenza eventuale<sup>40</sup>.

In una prospettiva di riforma, potrebbe essere mantenuta l'impostazione del sistema vigente che prevede un'autonoma fattispecie incriminatrice dell'attività organizzata per il traffico illecito dei rifiuti (art. 452-*quaterdecies* c.p.), il cui fulcro è per l'appunto costituito dalla natura organizzata della gestione illecita, oltre che dall'ingente quantità di rifiuti smaltiti e dalla finalità di profitto.

---

<sup>40</sup> Il delitto, com'è noto, concorre infatti con le fattispecie di tipo associativo ove ne costituisca reato-scopo, per tutti, M. PALMISANO, *Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologia e strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, n. 1, 100 ss.

Convince invece di meno la diversa prospettiva di prevedere una specifica aggravante della fattispecie di gestione illecita dei rifiuti, imperniata sui requisiti cumulativi del fine profitto, dell'ingente quantità di rifiuti e della modalità "strutturalmente organizzata" della condotta. Una soluzione di questo tipo non soltanto sarebbe comunque esposta al rischio del giudizio di bilanciamento tra circostanze ma sul piano politico criminale, avvalorerebbe la falsa idea che la gestione in forma organizzata del traffico illecito di rifiuti costituisca un mero accidente del normale smaltimento illecito e non invece l'elemento strutturale di un diverso e più grave fenomeno criminale.

Qualunque strada venisse percorsa, ragioni di tassatività imporrebbero comunque di precisare meglio che nell'attuale formulazione i contrassegni della condotta tipica; per esempio, attraverso una descrizione delle caratteristiche del requisito dell'"organizzazione" da intendere come allestimento stabile e non occasionale di risorse umane e materiali anche facente capo ad un unico soggetto agente e accompagnato dalla realizzazione di una o più di operazioni di gestione illecita di rifiuti.

*De iure condendo*, in definitiva, la questione qui brevemente richiamata non può in alcun modo essere elusa non solo perché, malgrado i noti difetti che ne complicano l'applicazione, l'art. 452-*quaterdecies* c.p. ha dimostrato di costituire uno importante strumento di contrasto al fenomeno delle c.d. "ecomafie", ma anche in ragione del fatto che la valorizzazione del *linkage* tra criminalità ambientale e criminalità organizzata rappresenta oramai un elemento centrale dalla politica-criminale europea di settore<sup>41</sup> e si candida a divenire anche la nuova frontiera della cooperazione penale internazionale<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Come di recente segnalato anche nell'*Explanatory Memorandum* della *Proposta di nuova direttiva sui reati ambientali*, 4 ss.

<sup>42</sup> La *Risoluzione Falcone* adottata a Vienna il 16 ottobre 2020 in prospettiva di una revisione del testo della Convenzione ONU sul crimine organizzato transnazionale ha ribadito la stretta connessione tra illeciti ambientali e attività di gruppi criminali organizzati. Il testo della Risoluzione è consultabile in <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/CTOC-COP-session10/draft-resolutions-and-decisions.html>. Per i primi commenti, si rinvia a A. BALSAMO, *Il contrasto alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "Risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite*, in *Sist. pen.*, 12 novembre 2020; C. ORLANDO, *Crimine organizzato e pandemia: l'intervento programmatico della "Risoluzione Falcone"*, in *Leg. pen. web*, 7 giugno 2021.





Collana DIPLAP  
del Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale

**Sezione Atti**

1. *Riformulazione-frattura del delitto di concussione ex art. 317 c.p.*, a cura di M. Gambardella, M. Pierdonati, V. Valentini, 2014 (eBook).
2. *La giustizia penale nella rete. Le nuove sfide della società dell'informazione nell'epoca di Internet*, a cura di R. Flor, D. Falcinelli, S. Marcolini, 2015 (eBook).
3. *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, a cura di M.F. Cortesi, E. La Rosa, L. Parlato, N. Selvaggi, 2015 (eBook).
4. *Economia sociale di mercato e diritto penale. Antagonismi e intersezioni*, a cura di C. Bigotti, G. Marra, P. Polidori, 2017 (eBook).
5. *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, a cura di G. Dodaro, E.M. Mancuso, 2018 (eBook).
6. *Emergenza covid-19 fra diritto e processo penale*, a cura di F. Cassibba, G. Dodaro, L. Parlato, 2021 (eBook).



Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura  
Penale Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia) C.F.  
97664840150  
Web: <http://labdirpen.wix.com/diplap>

**Di.P.La.P.** è un'associazione fondata da un gruppo di studiosi italiani di diritto e procedura penale per aggregare e rispondere alle istanze di rinnovamento e democratizzazione della ricerca e del dibattito penalistici. Valori costitutivi sono l'autonomia e l'indipendenza organizzativa e scientifica, la multidisciplinarietà, l'apertura al mondo extra-accademico e professionale, la solidarietà intergenerazionale.





I curatori

*Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale e Laboratorio  
Permanente di Diritto e Procedura Penale*

*DIPLAP Editor*

2023