

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



1/2 2018 • ANNO VI

EDITORI
Mario Covelli

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

DIRETTORE RESPONSABILE
Clelia Iasevoli

DIRETTORE SCIENTIFICO
Giuseppe Riccio

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli. Si propone di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto processuale penale, nonché di giustizia minorile, in una prospettiva teorica e pratica, sia de lege lata sia de lege ferenda. L'accesso alla rivista è gratuito.

COMITATO SCIENTIFICO
Claudio do Prado Amaral (San Paolo),
Raul Cervini (Montevideo),
Javier De Luca (Buenos Aires),
Maria José Jimenez Diaz (Granada),
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Porto Alegre),
Sergio Moccia (Napoli),
Vincenzo Ruggiero (Londra),
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

COMITATO DI DIREZIONE
Pasquale Andria, Antonio Baldassarre,
Teresa Bene, Antonio Bonajuto, Aldo Cafiero,
Beniamino Calabrese, Antonio Cavaliere,
Melita Cavallo, Domenico Ciruzzi,
Alessandro Cocchiara, Claudio De Angelis,
Agostino De Caro, Maria de Luzenberger,
Patrizia Esposito, Roberto Gentile,
Fausto Izzo, Alessandro Jazzetti,
Carlo Longobardo, Alarico Mariani Marini,
Mariano Menna, Ugo Pastore,
Vincenzo Pezzella, Alessandro Piccirillo,
Egle Pilla, Maria Francesca Pricoco,
Maria Vittoria Randazzo, Sandra Recchione,
Nicola Russo, Rossella Salvati,
Giuseppe Sassone, Paolo Sceusa,
Gustavo Sergio, Antonino Sessa,
Gemma Tuccillo, Mario Zevola

COMITATO DI REDAZIONE
Mario Afeltra, Piero Avallone, Paola Brunese,
Geremia Casaburi, Gianfederico Cecanese,
Anna Maria Covelli, Mariangela Covelli,
Annamaria D'Andrea, Marco de Martino,
Fabiana Falato, Arturo Frojo, Mario Griffò,
Silvio Mancini, Valentina Masarone, Antonio
Nappi, Rossella Nicodemo (caporedattore),
Gennaro Demetrio Paipais
Maurizio Pierantoni, Ornella Riccio, Sabatino
Romano, Daniela Savy,
Massimo Sensale, Paolo Troisi,
Adele Viciglione

COMITATO DI REVISIONE
Claudia Cesari, Carlo Fiorio, Glauco Giostra,
Elio Lo Monte, Luca Marafioti,
Oliviero Mazza, Paolo Patrono, Mauro Ronco,
Giancarlo Scalese, Francesco Schiaffo,
Vania Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Giuseppe Liguori

Rivista fondata da Mario Covelli

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012
ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323
Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312
Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

www.dirittoegiustiziaminorile.it | info@dirittoegiustiziaminorile.it

INDICE

L'EDITORIALE

La sicurezza nello stato sociale di diritto

SERGIO MOCCIA

6

L'OPINIONE

Diritto intertemporale e diritti delle parti

CLELIA IASEVOLI

9

Il delitto di «atti persecutori» (art. 612 bis c.p.) a dieci anni dalla sua introduzione 14

VALENTINA MASARONE

14

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO
SOSTANZIALE

**Il concorso apparente di norme, tra slanci solutori della dottrina e “resistenze”
giurisprudenziali**

MARIO D'AMATO

22

Pornografia minorile e irrilevanza penale della cessione di *selfie* pedo-pornografici

CARLOTTA MARINO

35

**Consenso informato, alleanza terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento:
un giusto temperamento tra autodeterminazione e solidarismo**

ANTONIO NAPPI

51

Ambiente e concezione personalistica dei beni giuridici

GIUSEPPE MARIA PALMIERI

90

DIRITTO
PROCESSUALE

**Il ridimensionamento del *ne bis in idem* determinato dalle sentenze della Corte
Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea**

ANNALISA MALAFRONTA

109

GIUSTIZIA
MINORILE

Fenomenologia delle piazze di spaccio: sottomesse o partecipi al clan?

LIANA ESPOSITO

116

Il doppio binario nei reati a sfondo sessuale con vittima minorenni

FABRIZIA PAGLIONICO

137

NOTE A SENTENZA

DIRITTO
PROCESSUALE

Quando la decisione precede le argomentazioni. A proposito di omesso avviso dell'udienza camerale

RAFFAELE COPPOLA

150

ESPERIENZE

Brevi considerazioni sull'estinzione del reato a seguito di risarcimento del danno

ANDREA ESPOSITO

160

L'EDITORIALE

La sicurezza nello stato sociale di diritto

SERGIO MOCCIA

La sicurezza è la promessa fondamentale della Sovranità ed acquista una peculiare fisionomia a seconda del contesto socio-istituzionale entro il quale viene perseguita. Nello stato sociale di diritto, com'è prefigurato nella Costituzione italiana ancora vigente, essa si connota in egual misura per profili di derivazione liberale e solidaristica.

Il governo della sicurezza non può, quindi, ridursi alla soddisfazione della pur basilare esigenza di protezione dalla criminalità, da un lato, e, dall'altro, per i soggetti svantaggiati, nella soddisfazione della pur essenziale esigenza di protezione dai processi di criminalizzazione, ma deve intendersi nel senso dell'assicurazione del godimento pieno dei diritti fondamentali, attraverso interventi ordinamentali di ampio respiro. In realtà, la prerogativa pubblica della sicurezza corrisponde al bisogno di essere e di sentirsi sicuri e garantiti nell'esercizio di tutti i propri diritti: diritto alla vita, al libero sviluppo della personalità e delle proprie capacità, diritti di espressione e di comunicazione, diritto alla qualità della vita, così come il diritto di controllare ed influenzare realmente le condizioni da cui dipende, in concreto, l'esistenza di ognuno.

La crisi della gestione della sicurezza attraverso la repressione ha luogo quando, di fronte alla dimensione diffusa dei conflitti, il sistema della giustizia si rivela inefficace, generando esso stesso sentimenti diffusi di insicurezza. In realtà, l'intervento repressivo viene sempre più valorizzato come mera risorsa simbolica per placare i sentimenti individuali di insicurezza (sicurezza soggettiva), data l'incapacità di garantire livelli soddisfacenti di sicurezza oggettiva. Vengono, quindi, emanate 'leggi manifesto' com'è ormai tradizione – ad esempio, in rapporto agli inasprimenti della disciplina del furto ed all'ampliamento dell'ambito della difesa legittima – e sembra stia per accadere ancora a breve.

La sicurezza va intesa anche come effetto dell'adeguata regolazione di un sistema convulso, intricato, di attese, bisogni, diritti. Solo una reale contaminazione tra culture diverse, tra analisi diverse, può dare strumenti adeguati per rispondere a temi così complessi qual è quello di tutelare in modo non timoroso, non espulsivo, eppure efficace, la sicurezza di tutti.

Il termine sicurezza non viene, per lo più, declinato neppure in un'altra, molto significativa accezione: garantire la sicurezza di accesso ai propri diritti a chi questa non ha. E' naturalmente doverosa la tutela della sicurezza rispetto a chi aggredisce; ma è altrettanto doverosa la tutela della sicurezza rispetto a chi da posizione estrema, ai margini, dev'essere posto in condizioni sociali di non esposizione a rischi di reati. I migranti sbattuti per strada sono soggetti marginali per i quali la commissione di reati può costituire una prospettiva reale di 'reddito da lavoro dipendente' dalla criminalità organizzata o da veri e propri schiavisti del lavoro nero, e, dunque, di soddisfazioni di bisogni essenziali in un contesto di grave mancanza di alternative.

In effetti, dal punto di vista giuridico, ma anche psicologico, sicuri dovrebbero essere, innanzitutto, i soggetti titolari di diritti fondamentali, in particolare di quelli universali, che spettano

– è bene porlo nel massimo risalto – non solamente alle persone fisiche fornite di cittadinanza dello Stato in cui si trovano, ma a tutte quelle che si trovano nel territorio di uno Stato civile.

La sicurezza dovrebbe riferirsi al godimento ed alla protezione di quei diritti nei confronti di ogni loro aggressione o inadempimento da parte delle persone fisiche che abbiano competenza alla loro garanzia. La verità è che un numero enorme dei titolari dei diritti e la maggior parte dei territori a rischio sono esclusi dalla sicurezza.

Una volta che ci si è dimenticati di garantire la sicurezza dei diritti di un certo numero di soggetti vulnerabili appartenenti a gruppi marginali o ‘pericolosi’ – non ci riferiamo solo agli stranieri, ma anche a tossicodipendenti, poveri, senza famiglia, disoccupati – la politica della sicurezza li ritrova come oggetti e non soggetti, perché la finalità soggettiva dei programmi di azione non è la garanzia dei loro diritti, ma, prima di tutto, quella di rafforzare la sicurezza delle loro vittime potenziali. Dunque, le persone vulnerabili e senza alcun potere, che soffrono lesioni dei loro diritti umani, sociali ed economici da parte di società e Stato, diventano potenziali aggressori dei diritti dei soggetti socialmente protetti.

Sicurezza potrà aversi tramite l’inclusione degli esclusi e un tale processo passa anche attraverso una effettiva applicazione della Costituzione dello stato sociale di diritto: essa deve dar luogo ad una politica di sviluppo e di protezione integrale dei diritti civili, sociali, economici, culturali, di partecipazione politica. Se questa strada non è intrapresa, se sale il livello della disuguaglianza e della violenza strutturale nella società, allora non vi saranno le condizioni sufficienti per l’esistenza di un diritto delle garanzie, ma solo per un modello giuridico autoritario ed emergenziale, qual è quello che si sta affermando.

Si tratta di un modello efficientistico che si rifiuta di apprendere e, invece di cercare soluzioni realmente efficaci, cerca di rendere più efficace quella repressiva, aumentandone l’intensità anche a detrimento della legalità costituzionale. All’immancabile delusione segue una reazione repressiva più grave della precedente e la spirale autoritaria continua a salire, avvitando su se stessa.

Nell’ottica della teoria sistemica, l’efficientismo è un classico esempio di circolo vizioso della risposta ad una delusione dovuta alla percezione dell’inefficacia della reazione autoritaria relativamente alla soluzione di determinati problemi. Di conseguenza la violenza dei conflitti ‘imbarbarisce’ il diritto, ma reciprocamente la violenza repressiva, fuori delle regole e dei confini sanciti nella Costituzione, ‘imbarbarisce’ i conflitti.

L'OPINIONE

Diritto intertemporale e diritti delle parti

CLELIA IASEVOLI

ABSTRACT

The side of the intertemporal law aims to identify which dispositions, involved in the sequence of laws, is enforceable to the acts or the facts in matter.

La funzione nomofilattica è processo di adeguamento interpretativo delle norme che, pur essendo proiettato all'uniformità, passa necessariamente attraverso il confronto con la diversità intesa come momento fisiologico del percorso da compiere. Le difficoltà sono, però, accentuate da inappaganti canoni interpretativi, derivanti dalla forzata convivenza tra rinnovati sottosistemi e assetti tradizionali; tra aporie interne e spinte innovative, sovente poco meditate.

Ed è «di fronte a questo dramma di spiriti e di cose, che noi processualisti, noi che nel fondo dell'anima sentiamo sempre nel processo un valore, vogliamo che sia ancora un valore, ci poniamo oggi il problema della tutela del diritto nel processo»¹.

Risultano, tuttavia, sicure e fruttuose le acquisizioni metodiche derivanti dai postulati del principio di ragionevolezza, essenziale a realizzare l'interpretazione della legge in maniera conforme ai principi/valori costituzionali, al diritto dell'Unione europea e alla giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo. Il fattore di riduzione di tale complessità va ricercato, dunque, proprio in una rinnovata funzione nomofilattica, la cui valenza dinamica si 'nutre' dell'evoluzione socio-legislativa, in quanto l'interpretazione richiede un'opera adeguatrice, in relazione alla variabilità delle situazioni, che la norma scritta è destinata a disciplinare.

A questo contesto non è estraneo il versante del diritto intertemporale, volto ad individuare quale delle disposizioni, coinvolte nella successione delle leggi, sia applicabile agli atti o ai fatti presi in considerazione. E se è vero che il conflitto tra norme è ricondotto al principio di irretroattività, fissato dall'art. 11 comma 1 disp. prel. c.c., secondo cui «la legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo»; non è men vero che il principio operi nei soli casi in cui il legislatore nulla abbia disposto circa la decorrenza dei propri effetti. Non si tratta, quindi, di una regola assoluta dell'ordinamento, essendo la tutela costituzionale riconosciuta alla sola materia penale, *ex art. 25 comma 2 Cost.*

Da qui la necessità di verificare se vi siano regole di rito riconducibili all'interno di questo perimetro, tenendo presente che il parametro intertemporale del *tempus regit actum* implica l'esatta individuazione dell'*actus*, sì da cristallizzare la disciplina ad esso riferibile. Qui, *actus* non ricorre nell'accezione di sintesi del processo, connotandosi quest'ultimo per essere una concatenazione teleologica di atti e di fasi, proiettati allo scopo di accertamento di un fatto penalmente rilevante. A voler ritenere diversamente si perverrebbe alla conseguenza che il processo continuerebbe ad essere

¹ S. SATTA, Soliloqui e colloqui di un giurista, Padova, 1968, 33.

regolato sempre e soltanto dalle norme vigenti al momento della sua instaurazione, il che contrasterebbe con l'immediata operatività del *novum* (art. 11 preleggi).

E limitatamente a questo ambito, pare che a prevalere sia l'impostazione secondo cui l'atto debba essere considerato nel suo porsi in termini di autonomia nella progressione processuale.

Questa premessa condiziona le modulazioni del parametro intertemporale, divenendo l'indice di riferimento per stabilire se sia applicabile il vecchio o il nuovo regime, contestualmente, alle dimensioni temporali dell'*actus*.

In quest'ottica, occorre distinguere tra: *a)* l'atto con effetti istantanei, che si esaurisce senza residui nel suo puntuale compimento e ha, per così dire, una funzione autoreferenziale; *b)* l'atto che, pur essendo di esecuzione istantanea, presuppone una fase di preparazione e di deliberazione più o meno lunga ed è strettamente ancorato ad altro atto che lo legittima e che finisce con l'assumere rilievo centrale; *c)* quello che ha carattere strumentale e preparatorio rispetto ad una successiva attività del procedimento, con la quale va ad integrarsi e a completarsi in uno spazio temporale, anch'esso più o meno ampio, dando luogo ad una fattispecie processuale complessa.

Siffatta tripartizione incide, sensibilmente, sui tratti connotativi del *tempus regit actum*. Volendo esemplificare, si pensi all'atto impugnatorio: esso manifesta una propria autonomia e una funzione autoreferenziale, dando avvio al grado successivo di giudizio con l'investitura del giudice competente.

Recentemente, si è posto il problema di stabilire se all'istanza di rescissione presentata, prima dell'entrata in vigore delle modifiche, apportate dalla legge n. 103 del 2017, fosse applicabile la nuova normativa oppure quella previgente.

Al riguardo, la Cassazione si è attestata sul principio consolidato secondo cui «ai fini dell'individuazione del regime applicabile in materia di impugnazioni, allorché si succedano nel tempo diverse discipline e non sia espressamente regolato, con disposizioni transitorie, il passaggio dall'una all'altra, l'applicazione del principio *tempus regit actum* impone di far riferimento al momento di emissione del provvedimento impugnato e non già a quello della proposizione dell'impugnazione»².

Ne discende che la facoltà di impugnazione, la sua estensione, i modi e i termini per esercitarla vanno ricostruiti in rapporto all'emanazione della sentenza e al tempo del suo perfezionamento. Viceversa, in un'accezione strettamente letterale, il *tempus regit actum* condurrebbe ad esiti irragionevoli e, pertanto, a sperequazioni trattamentali. Si pensi all'ipotesi in cui due soggetti maturino nella stessa data il termine – di medesima durata – per impugnare la sentenza: l'uno deposita l'impugnazione diversi giorni prima della scadenza, nel vigore della legge che la consente, l'altro attende gli ultimi giorni per proporla ma la relativa domanda è inammissibile, essendo intervenuta la norma che abroga tale facoltà.

Eppure sono convinta che l'effetto retroattivo trovi un insuperabile ostacolo nel valore *superiore* del *giusto processo*, la cui portata non si esaurisce in una mera sintesi delle garanzie strutturali di cui all'art. 111 Cost. (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo ed imparziale, durata ragionevole di ogni processo), risentendo anche dell'effetto espansivo *ex art. 6 Cedu*. In parole più chiare, il *giusto processo* implica la tutela dell'affidamento della parte, che abbia posto in essere

² Cass. pen., sez. un., 29 marzo 2007, n. 27614, Rv. 236537; Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2014, Rv. 259990.

un comportamento conforme alla legge del tempo, anche nel significato attribuitole dalla coeva giurisprudenza di legittimità, sebbene divenuta, poi, inidonea per effetto del correlativo mutamento.

Se rapportiamo queste osservazioni al potere d'impugnazione, la cui genesi si rinviene nella sentenza, non si può fare a meno di apprezzarne le concrete manifestazioni in relazione al momento di emanazione della sentenza, essendo rilevante la sola legge vigente in tale momento. Ne consegue che la nuova normativa non possa travolgere quegli effetti dell'atto, che si siano già prodotti – prima dell'entrata in vigore della medesima legge –, né regolarne gli effetti futuri in maniera diversa³. Soltanto il legislatore può prescrivere una disciplina transitoria di immediata applicazione, destinata a regolare gli accadimenti compresi nel periodo in cui si verifica la riforma.

Se le cose stanno in questi termini, l'imputato può eccepire l'ormai maturato affidamento sullo *status quo ante* nel processo pendente sia a fronte di nuove regole, sia a fronte di mutamenti giurisprudenziali, che abbiano carattere *in pejus*.

Sul fronte del procedere, la *ratio* di garanzia esplica la sua efficacia nella *crystallizzazione delle regole del gioco*, nell'ipotesi di innovazioni che risultassero peggiorative⁴.

Se, da un lato, la legge processuale è di immediata applicazione, dall'altro, non si può trascurare l'aspettativa di chi, essendosi già uniformato alle regole del rito, non debba temere pregiudizio per il sopravvenire di una modifica *in malam partem*, anche connessa ad un'evoluzione giurisprudenziale imprevedibile. D'altra parte, ciò che non è consentito alla legge non può similmente essere consentito alla giurisprudenza. I cui mutamenti, quale che ne sia la qualificazione, debbano, al pari delle leggi retroattive, a loro volta osservare il principio di ragionevolezza, non potendo frustrare l'affidamento ingenerato dalla legge previgente o da un pregresso indirizzo ermeneutico, in assenza di indici di prevedibilità di tali trasformazioni.

L'affidamento è la preconditione della parità delle parti; nonché valore essenziale alla giurisdizione, che *si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*. Da qui il carattere preminente dell'esigenza di assicurare ai protagonisti del processo la certezza delle regole processuali e dei diritti eventualmente già maturati, arginando il timore che tali diritti, pur non ancora esercitati, subiscano l'incidenza di novazioni legislative improvvisate, non sempre coerenti col sistema e, in tal modo, incidano negativamente su posizioni processuali già acquisite.

Il discorso, a mio avviso, sarebbe suscettibile di semplificazioni per quelle norme processuali con effetti sostanziali, eppure con riferimento ad esse appare ancora più aggrovigliato a detrimento dei diritti fondamentali, sebbene si rinvenivano tracce di aperture esegetiche.

Ad esempio, l'art. 442 comma 2 c.p.p., come innovato dalla legge n. 103 del 2017, nella parte in cui prevede che, in caso di condanna per una contravvenzione, la pena che il giudice determina, tenendo conto di tutte le circostanze, è diminuita della metà, anziché di un terzo – come disposto dalla precedente normativa –, si applica anche alle fattispecie anteriori, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile, ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p. L'assunto riproduce l'impostazione già prospettata dalla Cassazione in altra occasione. Nello stabilire l'incidenza nel nostro ordinamento della decisione della Grande Camera della Corte ed in nel caso Scoppola c/o Italia, i giudici di

³ Cass. civ., sez. un., 20 dicembre 2006, n. 27172, in www.giustizia.it; Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2002 n. 16101 e n. 16102, in www.giustizia.it.

⁴ O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 94.

legittimità hanno chiarito che l'art. 442 comma 2 c.p.p., pur essendo norma di carattere processuale, produce effetti sostanziali, giacché prevede la severità della pena da infliggere in caso di condanna. E per questa ragione, la disposizione interna rientra nell'ambito di attività del principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7, p. 1, Cedu, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo; i cui contenuti di garanzia si sostanziano sia nell'irretroattività della previsione più severa, sia nella retroattività o ultrattività della *lex mitior*.⁵

Dall'esercizio di una funzione nomofilattica a difesa dei diritti fondamentali, si è avuta, poi, un'inversione di tendenza – fortemente involutiva – per quanto concerne le norme dell'ordinamento penitenziario. Difatti, continua ad esplicare efficacia vincolante il precedente giurisprudenziale⁶, secondo cui nell'ipotesi di successione di norme in tema di misure alternative alla detenzione non operano né l'art. 2 c.p., né il principio costituzionale di irretroattività, essendo le misure sottoposte alle prescrizioni vigenti al momento della loro applicazione, in virtù della loro natura processuale. Ed è per questo inquadramento che le stesse rientrano nell'ambito del principio *tempus regit actum*.

L'impostazione non convince; e se è vero che si tratta di norme che non attengono alla cognizione del reato, né all'irrogazione della pena, è pur vero che esse in quanto modalità esecutive della pena costituiscono la più chiara manifestazione di norme processuali con effetti sostanziali e vanno ricondotte nell'area di tutela della materia penale, intesa in senso lato. Ne discende l'espansione dei contenuti di garanzia, previsti dall'art. 25 comma 2 Cost., soprattutto a fronte di quelle modifiche intertemporali, che comportino un mutamento qualitativo della sanzione e non siano connesse a valutazioni ancorate all'*iter* trattamentale.

Diversamente, si è ritenuto che il regime delle disposizioni, che individuano i reati ostativi ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, siano di immediata applicazione anche ai fatti e alle condanne pregresse⁷.

In un caso di condanna per violenza sessuale, la sopravvenuta inclusione di tale delitto tra quelli previsti dall'art. 4-*bis* ord. pen., in quanto tali, ha comportato l'operatività, altrimenti esclusa, del divieto della sospensione dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p., non essendo ancora esaurito il relativo procedimento esecutivo al momento dell'entrata in vigore della novella legislativa⁸.

Ora, nel raggio del divieto di sospensione – con riferimento ai reati ostativi – ricadono anche i casi in cui la pena oggetto di esecuzione sia breve, rendendo difficoltosa ed impossibile la prefigurazione del previo espletamento del periodo di osservazione della personalità per verificare la possibilità di fruire dei benefici penitenziari. Evidenti i contenuti afflittivi del regime retroattivo, individuato per via giurisprudenziale.

Eppure il giudice è chiamato a sperimentare il vincolo dell'interpretazione conforme a Costituzione, al diritto dell'Unione europea e a quello convenzionale.

Qui, invece, è mancata proprio l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'innovazione legislativa, che si colloca all'interno della categoria delle norme processuali ad effetto sostanziale e,

⁵ Cass. pen., sez. un., 7 maggio 2014, n. 18821, in www.giustizia.it.

⁶ Cass. pen., sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, Rv. 233976.

⁷ Cass. pen., sez. V, 1 luglio 2014, n. 30558, Rv. 262489.

⁸ Cass. pen., sez. I, 6 novembre 2017, n.50455, in www.giustizia.it.

in quanto tale, è sottoposta al principio di irretroattività, in linea con gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo.

Difatti, la Grande Camera⁹ ha censurato le modalità di applicazione del beneficio penitenziario della *redencion de penas por trabajo* a soggetti pluricondannati, perché contrastanti con l'art. 7 Cedu. In questo contesto, l'interpretazione convenzionalmente orientata si pone come obbligo di risultato; essendo l'incidente di legittimità costituzionale l'*ultima ratio*: ad esso si ricorre soltanto quando sia impraticabile la torsione interpretativa del testo, a causa di fratture inemendabili per via interpretativa, che non possono avere come epilogo la disapplicazione del diritto interno.

Eppure, si è puniti non soltanto con riferimento al fatto, ma altresì secondo le modalità del procedimento come luogo di accertamento e di irrogazione della pena¹⁰. Se è così, l'ambito di attività dei principi di cui all'art. 25 comma 2 Cost. comprende le norme processuali e gli orientamenti giurisprudenziali, che si risolvono contro l'imputato e, in particolare, ogni nuova disciplina che nei confronti della precedente circoscrive o limiti la sua posizione giuridica, riducendo o negando in rapporto alla regolazione precedente le sue garanzie processuali¹¹.

In definitiva, soltanto la ragionevolezza, come canone di conformità ai parametri costituzionali, esplica una funzione essenziale nell'individuazione dei parametri minimi del *giusto processo*, soprattutto quanto alla parità delle parti, di cui il principio di affidamento ne è precondizione.

⁹ Corte edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, in www.giustizia.it

¹⁰ M. GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 2151. In particolare, «ragioni di semplicità e comodità espositive fanno sì che i segmenti della prima categoria, quelli che riguardano fattispecie ed effetti, siano denominati diritto penale sostanziale» e «i segmenti della seconda categoria, che riguardano i modi di accertamento della fattispecie e di irrogazione ed esecuzione degli effetti, siano denominati diritto processuale penale, dando luogo a distinte fonti di cognizione (codici) ed a distinti insegnamenti» M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, 19.

¹¹ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, 38.

Il delitto di «atti persecutori» (art. 612 bis c.p.) a dieci anni dalla sua introduzione

VALENTINA MASARONE

ABSTRACT

Ten years after its entry into force, the art. 612 bis c.p. still arouses criticism for its accentuated indeterminacy, systematic incoherence and ineffective application.

A dieci anni dalla sua controversa introduzione, il delitto di «atti persecutori» (art. 612 bis c.p.)¹ continua ad offrire spunti per una riflessione critica: si tratta, infatti, di una fattispecie, per molti versi, problematica, le cui originarie criticità, invece di trovare soluzione, sono state, a ben vedere, accentuate dalle vicende successive che l'hanno riguardata, a livello normativo e giurisprudenziale.

Innanzitutto, uno sguardo al contenuto dell'incriminazione.

Il primo comma dell'art. 612 bis c.p. stabilisce che “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni² chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare il fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita».

Con questa norma incriminatrice, il legislatore del 2009 ha inteso attribuire rilevanza penale autonoma – a prescindere dalla pregressa riconducibilità dei singoli atti persecutori ad altre, previgenti, fattispecie di reato – a quei comportamenti reiterati con cui il c.d. *stalker* realizza ‘intrusioni’ indesiderate nella vita della vittima, tali da recarle un turbamento.

Comunemente, al c.d. *stalking* sono riconducibili le condotte più diverse: si va dalle comunicazioni indesiderate, di vario tipo³, destinate direttamente alla vittima o a persone del suo contesto familiare, lavorativo o di vita, in generale; ai contatti indesiderati, frutto di appostamenti o pedinamenti; o, ancora, a comportamenti comunque ‘molesti’⁴. Ciò che accomuna le possibili manifestazioni di *stalking*, per il resto innegabilmente eterogenee, è l'assenza di violenza sulla vittima. Purtroppo, però, le condotte persecutorie – in sé non violente – spesso precedono un fatto violento, corrispondente, in termini penalistici, ai reati di percosse, violenza privata, lesioni personali, violenza sessuale.

¹ L'art. 612 bis c.p. è stato inserito nel codice penale dall'art. 7 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni dalla l. 23 aprile 2009, n. 38.

² In origine il limite massimo era di quattro anni di reclusione; è stato portato a cinque dal d.l. n. 78/2013, conv. con modif. dalla l. n. 94/2013.

³ Per esempio, telefonate e messaggistica variamente intesa, da quella tecnologicamente più avanzata – sms, whatsApp, email, social network – alla classica posta cartacea, fino al biglietto lasciato sul parabrezza dell'auto o nella cassetta della posta.

⁴ Come ordinazioni o cancellazioni di ordini di beni e servizi, pubblicazioni di annunci riferiti alla vittima e recanti i recapiti della stessa e così via.

La fattispecie incriminatrice del 2009, nelle intenzioni del legislatore, era, appunto destinata a ‘colpire’ comportamenti del tipo appena indicato, lesivi della «libertà morale» della persona offesa e, infatti, essa è collocata sistematicamente tra i delitti contro la libertà morale: il riferimento sarebbe, in particolare, alla tranquillità individuale e alla libertà di autodeterminazione. Tali condotte si colorano di un ulteriore disvalore, per così dire ‘potenziale’, perché, soprattutto in ragione del loro carattere reiterato, esse sono ‘potenzialmente’ identificabili come atti iniziali di un processo scalare, suscettibile di sfociare in manifestazioni violente e, nei casi estremi, anche in condotte omicidiarie.

Ed è verosimilmente la volontà politica di manifestare un intento marcatamente preventivo e, dunque, di anticipazione della tutela rispetto a questi ultimi fatti ad aver motivato la scelta di introdurre, peraltro con decretazione d’urgenza⁵, un’incriminazione *ad hoc* per gli «atti persecutori». Si tratta di una scelta che, da più parti, è stata considerata di carattere prevalentemente ‘simbolico’, volta, cioè, ad aggregare consenso politico, dimostrando una risposta ‘forte’ dell’ordinamento ad un fenomeno allarmante – allarme, peraltro, amplificato dalla risonanza dello stesso nella comunicazione mass-mediatica –. E, infatti, il preteso ‘vuoto di tutela’, che l’art. 612 *bis* c.p. sarebbe andato a colmare, risultava già ‘coperto’ quanto meno dalle fattispecie di cui agli artt. 612 (minaccia) e 660 (molestia o disturbo alle persone) c.p. e, in taluni casi, dalla violenza privata (art. 610 c.p.); non a caso utilizzate dalla giurisprudenza pregressa in materia di ‘molestie assillanti’.

L’inserimento nel sistema penale di norme incriminatrici sovrabbondanti, alle quali non corrisponde la reale necessità di colmare indebite lacune normative, si risolve in danno delle stesse esigenze di tutela che si dichiara di perseguire, perché crea problemi di coordinamento tra norme, rendendo incerta e potenzialmente diseguale l’applicazione delle regole in materia di concorso di reati e di norme, e di diritto intertemporale, spesso lasciando alla giurisprudenza, specie di legittimità, il compito – che finisce per essere creativo – di mettere ordine nella confusione sollevata dal legislatore. E, da questo punto di vista, la prassi applicativa avente ad oggetto l’art. 612 *bis* c.p. è emblematica, visto che, nonostante la clausola di riserva collocata in apertura del primo comma, l’ambito operativo della fattispecie ha finito per essere delimitato – ad esempio, rispetto al reato di maltrattamenti – in via giurisprudenziale.

In proposito, è stato osservato che il dichiarato vuoto di tutela non deve essere individuato solo nella mancata attribuzione di rilevanza penale agli atti persecutori, ma con riferimento all’intero apparato sanzionatorio e agli strumenti, in senso lato, di prevenzione disponibili a tutela della vittima; dunque, nell’esigenza di non ricondurre i fatti in questione a fattispecie meramente bagatellari, come tali punite blandamente – è il caso della minaccia – o, in forma contravvenzionale – come per le molestie – e, soprattutto, tali da non consentire la custodia cautelare in carcere dello *stalker*, prima dell’introduzione dell’art. 612 *bis* c.p., applicabile solo nel caso in cui questi consumasse una violenza privata.

Al riguardo, oltre a dover segnalare come non sia metodologicamente corretto elaborare gli apparati sanzionatori, in ambito penale sostanziale, in funzione dei meccanismi procedurali, va detto che sotto il profilo della prevenzione, in senso lato, del fenomeno criminale in questione – ma specialmente degli esiti violenti in cui esso potrebbe sfociare – vengono più opportunamente in

⁵ Va segnalato che le disposizioni, in materia di *stalking*, contenute nel d.l. n. 11/2009 erano già contenute nel testo del disegno di legge AC 1440, approvato dalla Camera e in corso di esame presso la Commissione giustizia del Senato in sede referente (AS 1348).

rilievo, rispetto alla fattispecie incriminatrice appositamente creata, gli altri strumenti introdotti o potenziati nel 2009: l'ammonimento del questore (art. 8, d.l. n. 11/2009); il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima (art. 9, d.l. n. 11/2009); l'ordine di protezione del giudice civile (prolungato ad un anno dall'art. 10, d.l. n. 11/2009). In via solo apparentemente incidentale, va ricordato che, di recente, il c.d. e tanto discusso 'decreto sicurezza' ha esteso all'ipotesi degli atti persecutori, nonché a quella dei maltrattamenti, l'impiego del braccialetto elettronico, ai fini del controllo dell'ottemperanza al provvedimento di allontanamento dalla casa familiare (art. 16, d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con modif. dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132), salvo precisare, nel secondo comma della medesima disposizione, che da tale novità non devono derivare nuovi o maggiori oneri finanziari e, cioè, spese per il concreto acquisto e la messa in opera dei braccialetti.

Ma soprattutto divengono irrinunciabili interventi di altro tipo, rientranti nel contesto di strategie di carattere politico e sociale, quali campagne di educazione ed informazione, istituzioni di centri di aiuto e sostegno alle vittime, così come di ascolto ed assistenza socio-sanitaria ai potenziali autori. Si tratta di misure richieste anche dalla Convenzione di Istanbul del 2011 contro la violenza sulle donne e la violenza domestica, nel cui contesto si colloca, prevalentemente, lo *stalking*. Come la stessa Convenzione riconosce, esse presuppongono un adeguato stanziamento di risorse finanziarie. Il d.l. n. 11/2009 conteneva, invece, una 'classica' clausola di invarianza finanziaria. Con riguardo alla Convenzione di Istanbul, vale, poi, la pena ricordare che essa ricomprende lo *stalking* tra i comportamenti per i quali gli Stati aderenti hanno facoltà di optare per sanzioni non penali, in deroga al divieto generale di apporre riserve al trattato, adottando dichiarazioni che escludano l'applicazione o consentano un'attuazione limitata delle sue disposizioni (art. 78 Convenzione).

Per le ragioni che ho brevemente indicato – e senza che questo significhi disconoscere che esistano, riguardo al tema che ci occupa, esigenze di tutela penale –, sembra, dunque, ragionevole dubitare che sussistesse una reale necessità di introdurre una norma incriminatrice *ad hoc* per gli atti persecutori, mentre si rendevano senz'altro necessarie le altre tipologie di intervento 'preventivo' contestualmente predisposte.

Ma vi è di più: di quella norma sono risultati evidenti, sin dai primi commenti, i difetti di formulazione, al limite dell'indeterminatezza, e la conseguente incertezza applicativa. Profili che si risolvono in danno non solo dei principi della certezza del diritto e dell'uguaglianza, ma anche della stessa effettività della risposta sanzionatoria ai fenomeni incriminati. Non a caso la fattispecie di cui all'art. 612 *bis* c.p., è stata denunciata di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 25, co. 2, Cost, nell'ambito di una questione di illegittimità, che la Corte costituzionale – con la sentenza dell'11 giugno 2014, n. 172 – ha sì dichiarato non fondata, ma solo all'esito di argomentazioni volte a fornire un chiarimento, evidentemente indispensabile, sui nodi interpretativi più controversi. Come dire che la Corte, pur negando la violazione del principio di determinatezza, nel caso di specie, ha, però, sentito il bisogno di 'precisare' il significato della norma sottoposta al suo esame.

Invero, alcuni problemi emersi, in materia di «atti persecutori», non sono stati trattati direttamente dalla Corte, ma sono stati oggetto di dibattito dottrinale e di contrasti giurisprudenziali. Tra di essi, quelli riguardanti la stessa identificazione, in concreto, della condotta incriminata, che consiste nel minacciare o molestare reiteratamente taluno. Ebbene la nozione di minaccia, ricavabile dall'interpretazione dell'art. 612 c.p., è comunemente riferita alla prospettazione di un male ingiusto dipendente dall'agente; ma rispetto alla possibilità di riferirsi al significato della condotta molesta

nell'esperienza applicativa dell'art. 660 c.p., va registrato che, mentre in quest'ultima fattispecie la molestia figura come evento, nell'art. 612 *bis* c.p. essa costituisce una delle due condotte tipiche considerate in alternativa. Tuttavia, si tratta di un comportamento che non può essere scisso dall'effetto prodotto sulla vittima, comunque fortemente indeterminato. Tanto che si è sottolineato come il delitto di atti persecutori sia solo parzialmente a forma vincolata.

Inoltre, è stata posta in dubbio la stessa qualificazione del reato come reato di evento o di mera condotta, ovvero di pericolo, dal momento che, secondo la lettera della norma, le condotte di minaccia o molestie devono essere realizzate «in modo da» – alternativamente – a) cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura; b) ingenerare il fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva; o c) costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita. La formula impiegata, di per sé, non chiarisce se le conseguenze indicate devono effettivamente verificarsi o sia sufficiente la mera idoneità della condotta di minaccia o molestia a produrle. È stata, poi, la prassi giurisprudenziale a richiedere la realizzazione di uno tre eventi indicati dalla norma. E, anche alla luce di tale interpretazione, residua un *deficit* di offensività nella considerazione in via alternativa di tali eventi, posto che, in particolare, l'ultimo, scisso dai primi due, potrebbe essere espressione di un mero 'fastidio' da parte della vittima, tale da non corrispondere ad una lesione della libertà morale della stessa.

Di altri presunti profili di indeterminatezza si è occupata la Corte, con argomentazioni, che, volte a negarli, li hanno implicitamente ammessi, tanto da offrirne il necessario chiarimento; per di più senza risolverli del tutto. Così per la reiterazione delle condotte, che la Corte ha chiarito consistere in almeno due condotte di minacce o molestia, che siano causa di uno dei tre eventi alternativi della fattispecie; senza, però, sciogliere il dubbio sul lasso di tempo entro il quale tali condotte debbano ricorrere.

Il «perdurante e grave stato di ansia e di paura» e il «fondato timore per l'incolumità», a parere della Corte, possono verificarsi anche in assenza di una patologia medicalmente accertabile e dovranno risultare dall'«osservazione di segni e indizi comportamentali che denotino un'apprezzabile destabilizzazione della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima», con esclusione della rilevanza penale di ansie «di scarso momento» o di «timori del tutto immaginari o fantasiosi della vittima»⁶. Ma come si fa a riconoscere, in tal modo, un sufficiente livello di verificabilità empirica degli eventi tipici della fattispecie? O a valutare se uno stato d'ansia, neppure sottoposto ad accertamenti di tipo medico-legale, sia di poco o di molto momento o se un timore, una fobia, anche se immaginaria, sofferta dalla vittima, sia sfruttata appositamente dallo *stalker* che ne sia eventualmente a conoscenza, con il risultato di determinare nella vittima stessa il medesimo *status* psicologico di un timore 'fondato'? O, ancora, a stabilire in che modo possa misurarsi la 'rilevanza' del cambiamento delle abitudini di vita che, sempre per la Corte, deve connotare il terzo evento alternativo tipico della fattispecie?

Qualche ulteriore considerazione va svolta in rapporto alla disciplina delle circostanze aggravanti speciali previste al secondo e al terzo comma dell'art. 612 *bis* c.p., soprattutto con riguardo a quelle ad effetto comune di cui al secondo comma, non essendovi particolari osservazioni da

⁶ Punto 5 del Considerato in diritto.

formulare per quelle ad effetto speciale contenute nel terzo⁷. Infine, un cenno al regime di procedibilità di cui all'ultimo comma.

Il secondo comma, originariamente, prevedeva l'aumento di pena nel caso in cui il fatto fosse stato commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che fosse stata legata, in passato, da relazione affettiva alla persona offesa. Ne rimanevano esclusi i fatti commessi nell'ambito di rapporti coniugali o sentimentali ancora in corso. Con il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 119, impropriamente nota come legge sul femminicidio, l'aggravante è stata estesa anche a queste ultime ipotesi, perché destinata ad operare «se il fatto è commesso dal coniuge, *anche separato o divorziato*, o da persona *che è o è stata* legata da relazione [*tout court*] alla persona offesa ...». Il risultato, ancora una volta, è di disordine sistematico, se si considera che il problematico rapporto tra gli atti persecutori e la fattispecie di maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572 c.p.), prima della riforma in oggetto, era stato risolto dalla giurisprudenza nel senso di escludere l'applicazione dell'art. 612 *bis* c.p. con riguardo ai fatti commessi all'interno del contesto familiare, in cui viene piuttosto in rilievo il delitto di maltrattamenti. L'inclusione del coniuge tra i soggetti attivi dell'ipotesi aggravata di cui al novellato secondo comma ha rimesso in discussione questa soluzione.

La riforma del 2013 ha, poi, ampliato il secondo comma dell'art. 612 *bis* c.p., riferendo l'aggravamento di pena ivi previsto al fatto commesso mediante strumenti informatici o telematici, il c.d. *cyberstalking*. Verosimilmente, la scelta di punire più severamente gli atti persecutori commessi con mezzi informatici e telematici – che la giurisprudenza già riconosceva come sussumibili nella fattispecie in esame – deriva dalla considerazione della potenziale maggiore diffusività che connota l'offesa in tali casi e nella maggiore facilità con cui tali mezzi consentono di 'raggiungere', sia pure 'virtualmente', la vittima designata. Ma, in verità, non appare ragionevole presupporre *in re ipsa* una maggiore insidiosità nell'uso di strumenti informatici e telematici, che andrebbe, più opportunamente, verificata in concreto, addirittura superiore a quella di persecuzioni effettuate di persona, attraverso contatti 'fisici', imposti alla vittima per effetto di appostamenti o pedinamenti.

L'indeterminatezza delle incriminazioni si traduce in una potenziale onnicomprensività del relativo ambito applicativo, sul piano dell'offesa al bene giuridico tutelato. Da questo punto di vista, l'applicazione delle circostanze aggravanti, sul presupposto di una già controversa fattispecie-base, può condurre a risultati aberranti, quanto al rapporto tra la reale offensività del fatto realizzato e la ragionevolezza del relativo trattamento sanzionatorio. Si pensi all'ipotesi di un fidanzato lasciato, che 'molesti' la ex-fidanzata, inviandole, anche a distanza di tempo, due (soli) messaggi attraverso strumenti informatici o telematici – ad esempio, un messaggio whatsapp o un commento su Facebook –, sortendo l'effetto per cui l'ex-fidanzata, infastidita, per prevenire ulteriori contatti, cambi numero di telefono o chiuda il profilo Facebook, alterando, così, le proprie abitudini di vita: un caso del genere, salvo il buon senso del giudice, potrebbe essere sanzionato con una pena che, tenuto conto della cornice edittale e degli aumenti derivanti dalle due circostanze aggravanti, di fatto, esistenti – precedente relazione e uso di mezzi informatici o telematici –, potrebbe arrivare nel minimo

⁷ Il terzo comma dell'art. 612 *bis* c.p. dispone: «La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'art. 3 della l. 5 febbraio 1992, n. 104 ovvero con armi o da persona travisata». Va ricordato che un'altra aggravante ad effetto comune opera, ai sensi dell'art. 8 del d.l. n. 11/2009, se il fatto è commesso da soggetto già ammonito.

a circa 10 mesi e, nel massimo, ad 8 anni e 5 mesi di reclusione. Se, poi, l'ex fidanzato ha inviato i due messaggi in forma anonima, si applicherà anche la circostanza ad effetto speciale del terzo comma, arrivando, nel minimo, ad un anno e tre mesi e, nel massimo, a 12 anni e 8 mesi.

Va sottolineato che, in casi simili, non potrebbero derivare correttivi, sotto il profilo dell'offensività, neppure dall'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p., concernente la non punibilità per particolare tenuità del fatto, dal momento che, come di recente ha chiarito la Corte di Cassazione (sent. 14845/2017), tale causa di esclusione della punibilità "non può essere applicata ai reati integrati da condotte plurime, abituali e reiterate, tra i quali rientra il delitto di atti persecutori". Per di più, si tratta di un'incompatibilità che opera *ex lege*, per la quale è sufficiente una motivazione implicita. Resta ferma, ovviamente, l'applicabilità di circostanze attenuanti.

Infine, la procedibilità.

Secondo quanto già inizialmente previsto dal quarto comma dell'art. 612 *bis* c.p., il delitto ivi previsto è punito a querela della persona offesa, da proporre nel termine di sei mesi, salva la procedibilità d'ufficio «se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'art. 3 della l. 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio»⁸. Il d.l. n. 93/2013 ha introdotto l'irrevocabilità della querela nel caso di *stalking* commesso «mediante minacce reiterate nei modi di cui all'art. 612, secondo comma» e, cioè, con armi, o da più persone riunite, o da persona travisata, o con scritto anonimo simbolico, o ancora mediante lancio di corpi contundenti o di altri oggetti atti ad offendere. Si tratta di una soluzione di compromesso, con un limitato riconoscimento del potere di autodeterminazione del titolare del relativo diritto, rispetto a quella più radicale, contenuta nel testo del decreto prima della conversione, volta a rendere sempre irrevocabile la querela, come auspicato da chi segnalava il rischio di ulteriori violenze o minacce alla persona offesa, da parte del suo persecutore, finalizzate ad ottenerne il ritiro. Sempre per effetto della riforma del 2013, quando ammessa, la remissione può essere soltanto processuale.

Va segnalato che per le ipotesi di atti persecutori escluse dall'irrevocabilità della querela – quelle più ricorrenti, realizzate attraverso minacce non gravi o mediante molestie – viene oggi in rilievo quanto disposto dall'art. 162 *ter* c.p., introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando), a proposito dell'estinzione del reato per condotte riparatorie. In base a tale previsione – che ha segnato l'ingresso nella giustizia ordinaria di quella che, in passato, costituiva unicamente una forma di definizione alternativa del procedimento davanti al giudice di pace, prevista dall'art. 35 del d.lgs. n. 274/2000 –, «nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato».

L'applicazione di tale disposizione (anche) ai casi (meno gravi e più comuni) di *stalking* potrebbe apparire come una – per certi versi auspicabile – possibile risoluzione del conflitto autore/vittima del reato nelle forme della c.d. giustizia riparativa. Di fatto, però, l'automatismo a cui sembrerebbe sottoposto l'istituto, nonché la possibilità, prevista ai fini del suo funzionamento, di

⁸ Per effetto dell'art. 8, d.l. n. 11/2009, si procede d'ufficio anche quando il fatto è commesso da soggetto ammonito.

riconoscere il risarcimento del danno «anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo», ne tradiscono la prevalente finalità deflattiva. In essa restano, evidentemente, assorbite le reali esigenze soddisfatorie della vittima, la cui volontà non rileva ai fini della produzione dell'effetto estintivo, purché il risarcimento offerto dall'imputato appaia congruo al giudice. Con riguardo alla vicenda estintiva del reato, collegata alla remissione della querela, ne deriva un capovolgimento nei rapporti tra il querelante, che non può opporsi a questa sorta di monetizzazione della remissione della querela, posta nella pressoché totale disponibilità del querelato, e quest'ultimo, che, al contrario, può ricusare la remissione offerta dal querelante ai sensi dell'art. 155 c.p.

Ancora una volta 'disarmonie' di un sistema penale, nel quale l'inseguimento dell'ultima emergenza crea contraddizioni, che si traducono in inefficienza. Da un lato, si ricorre in maniera simbolica alla creazione di nuove incriminazioni, anche laddove esse non siano strettamente necessarie allo stato della legislazione vigente, per di più con norme frettolosamente adottate tramite una, a ben vedere, ingiustificata decretazione d'urgenza; dall'altro, in nome di – peraltro reali – esigenze deflative, in buona parte determinate proprio dall'eccessivo ricorso allo strumento penale, si vanificano, in sede applicativa, gli obiettivi di tutela della vittima, tanto emblematicamente perseguiti.



GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Il concorso apparente di norme, tra slanci solutori della dottrina e “resistenze” giurisprudenziali

MARIO D'AMATO

ABSTRACT

Legislative superfluity, especially nowadays, for reasons of political protagonism, on the one hand, and the need for adaptation and compliance with the demands of supranational courts and institutions, on the other, has been the cause of floods and compressions of the penal system, in a total absence of structural or homogeneous reforms. Worrying, therefore, the cases in which more and more, in judicial practice, there is the risk of being able to subsume under several rules the same historical fact, losing appeal the institution of "normative appearance" in favor of the different forms of crime. Hermeneutical operations often mortifying the current conception of punishment and its function in a social state of law.

SOMMARIO: 1. Il concetto di “azione” penalisticamente rilevante. – 2.1. Il criterio della specialità nelle teorie cd. moniste: la specialità unilaterale. - 2.2. La specialità cd. bilaterale: un possibile compromesso? – 3. Scopo della pena e concorso di norme: le teorie cd. pluraliste – 4. Osservazioni finali.

1. Qual è la norma che regima un fatto-reato? Meglio ancora: quali sono i parametri per potere sussumere un fatto storico sotto l’egida di una determinata fattispecie astratta? Accade infatti, e non raramente, che nella selezione delle risposdenze normative riferite alla realizzazione di determinate condotte, l’interprete abbia difficoltà ad individuare la norma che esattamente e specificamente disciplina il caso concreto posto alla sua attenzione.

Una delle problematicità che può riscontrarsi in tale operazione ermeneutica è proprio la corretta ed inequivocabile individuazione della norma violata, specie quando, *prima facie*, il fatto commesso “apparentemente” sembra riconducibile a più fattispecie incriminatrici, mentre in realtà integra un solo reato.

Alternativa logica al concorso apparente di norme è certamente il concorso cd. reale di norme, ossia la situazione in cui effettivamente l’autore con più azioni od omissioni (cd. concorso materiale) ovvero con una sola azione o omissione (cd. concorso formale) realizzi più fattispecie tipiche di reato, o violi più volte la medesima disposizione di legge.

Distinguere se ricorra l’una o l’altra ipotesi – concorso reale o apparente - non è sempre agevole, e le conseguenze per il soggetto punito, in termini di “dose”¹ di pena irrogata, sono notevolmente differenti.

¹ L’espressione “dosimetria della pena” è nozione recentemente utilizzata da dottrina e giurisprudenza, per ridefinire il concetto di misura, in termini quantitativi e qualitativi della stessa, alla luce degli interventi della Corte Costituzionale e delle Corti europee sulla rivisitazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza della pena in relazione al disvalore del fatto. Sul punto, cfr. M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giust. pen.*, 2012, 91-112.

Ecco perché lo sforzo della dottrina è stato da subito ripiegato su due precisi versanti: preliminarmente formulare una regola generale che in qualche modo potesse dar conto, a fronte di una condotta realizzata, se si versasse nell'ipotesi di unità o pluralità di reati; susseguentemente individuare quali fattispecie astratte dovessero essere "scomodate" per definire in termini penalistici il fatto commesso.

Quanto al primo problema, gli impegni risolutivi hanno dato vita a tre distinte teorie. La prima, e più datata, si fonda su una concezione cd. naturalistica dell'azione umana. Essa deve essere naturalisticamente intesa, cosicché si avrà unità o pluralità di reati in base all'unico o plurimo agire umano, così come apprezzabile in base ai criteri riscontrabili in *rerum natura*.

Tale teoria convince poco, specie ove si noti che il concetto di unità e pluralità di reati, per potere essere determinato, necessita di parametri di relazione o di valore che devono estrapolarsi e fondarsi su nozioni giuridiche, psicologiche, sociali, etiche, visto che «... in natura non esiste un concetto di unità o pluralità dell'agire ma soltanto una serie meccanicistica di movimenti muscolari, di atti psicologici, di accadimenti»². Né può sfuggire che è lo stesso dato normativo che non convince, ma anzi smentisce un tale approccio naturalistico: vedasi gli artt. 81, co. 1 c.p., e 61, n. 2 c.p., che prevedono una pluralità di reati commessi sottostante la unicità della condotta (in termini di identità degli atti esecutivi ovvero di un'identità di scopo).

Secondo la concezione cd. normativa dell'azione, invece, per comprendere se ci si trovi innanzi ad una o più azioni, bisogna fare riferimento alle singole fattispecie legali che vengono in rilievo³. Ciò significa che, una volta realizzati i presupposti strutturali che integrano la norma incriminatrice, dovrà considerarsi l'azione come "unica", e quindi un solo reato, anche se in concreto è stato necessario compiere più "atti" per commetterlo (es: delitto di omicidio commesso inferendo sul soggetto passivo con una pluralità di "atti" di accoltellamento). Con un tale approccio si riesce poi a concepire l'azione in chiave unitaria sia quando è la stessa fattispecie astratta a richiedere il compimento di più atti, perché venga ad integrarsi il reato (es: rapina, dove all'atto violento o minaccioso deve seguire l'impossessamento); sia quando la norma penale contempra un reato cd. di durata (o per struttura ontologica, es. sequestro di persona, o perché è possibile la reiterazione nel tempo di singoli atti omogenei singolarmente dotati di autonomo disvalore, es. truffa o riciclaggio prolungati).

In conclusione, l'indagine deve essere necessariamente condotta su base normativa: la norma costituisce il *prius* logico e il fatto può venire in considerazione solo in quanto contenuto di essa.

Per vero, tale approccio, seppur di notevole spessore logico, sembra non riuscire a dare spiegazione dei casi in cui vi sia una reiterazione della stessa condotta tipica entro un breve lasso di tempo (es. ladro che con molteplici e successivi atti di sottrazione si impossessa di tutti gli oggetti contenuti in un magazzino: azione furtiva unica o più azioni furtive?). Sul punto si è pronunciata la giurisprudenza, secondo cui, in tali circostanze, al fine di considerare la pluralità di condotte come un "unicum" è necessario che sussista il duplice requisito della contestualità degli atti e della medesimezza (o unicità) di scopo (o fine). Pertanto, più azioni in senso naturalistico costituiscono

² Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

³ «Decisivo pertanto, circa la questione dell'unità o pluralità di reato, è il fatto in quanto qualificato tale dalla norma», A. PAGLIARO, voce *Concorso di reati* in *Enc.dir.*, 663.

un'azione giuridicamente unitaria se sono sorrette da un unico scopo e se si susseguono nel tempo senza un'apprezzabile interruzione⁴.

Come è stato notato però, tale interpretazione, tuttavia, non fornisce un criterio di delimitazione certo: infatti, l'unicità di scopo e di concetto (cd. criteri spazio-temporale e finalistico) non devono essere disgiunti dalla contemporanea ricognizione del significato normativo delle fattispecie astratte da considerarsi di volta in volta trasgredite⁵; né può non tenersi in considerazione la diversa portata e struttura delle norme caso per caso violate (es: azione od omissione, come modalità della condotta)⁶.

Il superamento di quest'ultima difficoltà è alla base dello studio di chi ha formulato la cd. concezione normativa a base ontologica. Per i fautori di essa, il reato nella sua unitarietà deve essere inteso come quel *minimum* ontologico che presenta una propria materialità del fatto, soggettività dell'agente, e offensività ad un bene, al di sotto del quale non può andare ed al di fuori del quale apre spazi ad altri scenari normativi (mostrando la via alla pluralità). Seguendo tale impostazione, si erge *in primis* un limite a carico del legislatore, prima ancora che dell'interprete, il quale non sarebbe del tutto libero nel valutare l'unità o pluralità dei reati, ma dovrebbe attenersi al principio di materialità, offensività e soggettività, nel momento stesso dell'approccio costruttivo della fattispecie astratta, e dunque determinarsi per una realizzazione normativa in cui scegliere se "unificare", dando vita così ad un'unica fattispecie (v. reati complessi o abituali); ovvero assumerli come più reati connessi (v. art. 61 n. 2); oppure come un unico reato, che per certi fini mantiene la sua struttura unitaria seppur eterogenea, e per altri si scinde nelle sue componenti autonome (v. reato continuato)⁷.

Parte della dottrina ha invece cercato di definire l'unità o la pluralità di reati prendendo a riferimento il soggetto passivo o il bene\interesse tutelato dalla norma⁸, su cui si estrinsecano gli effetti causali della condotta dell'agente. In particolare, si avrebbe una pluralità di reati, nei casi di

⁴ In giurisprudenza, «... le diverse condotte di violenza o minaccia [in tema di rapina] finalizzate a procurarsi un ingiusto profitto mediante impossessamento di cose mobili altrui, sottraendole a chi le detiene, costituiscono autonomi tentativi di rapina, unificabili sotto il vincolo della continuazione, quando singolarmente considerate in relazione alle circostanze del caso concreto e, in particolare, alle modalità di realizzazione e all'elemento temporale, appaiono dotate di una propria completa individualità; si ha, invece, un unico tentativo di rapina, pur in presenza di molteplici atti di violenza o minaccia, allorché gli stessi siano sorretti da un'unica volontà e continua determinazione, che non registri interruzioni o desistenze in modo da costituire singoli momenti di una sola azione», Cassazione penale, sez. II, 16 ottobre 2014, n. 2542. Dello stesso tenore, «... Il ripetersi delle minacce da parte dell'estorsore per costringere la vittima a consegnargli il danaro ingiustamente richiesto non da luogo, di per sé, ad una pluralità di reati, occorrendo prima accertare se ci si trovi in presenza di una azione unica o meno, e ciò alla stregua del duplice criterio: finalistico e temporale. Azione unica, infatti, non equivale ad atto unico, ben potendo la stessa essere composta da una molteplicità di "atti" che, in quanto diretti al conseguimento di un unico risultato, altro non sono che un frammento dell'azione, una modalità esecutiva della condotta delittuosa. L'unicità del fine a sua volta non basta per imprimere all'azione un carattere unitario essendo necessaria, la così detta contestualità, vale a dire l'immediato succedersi dei singoli atti, sì da rendere l'azione unica», Cass. pen., sez. II, 08 ottobre 2014, n. 45029.

⁵ Ad esempio, il ladro che ruba un'arma nell'appartamento della donna al fine di utilizzarla per costringere subito dopo la stessa ad avere rapporti sessuali: non si avrà un'unica azione, bensì distinte azioni di furto e di violenza sessuale, seppur a fronte dell'unicità dello spazio, del tempo e del fine della condotta.

⁶ Molto celermente, non essendo la sede opportuna, si ricorda che nel caso di reati omissivi propri, sussiste pluralità di omissioni nel caso in cui l'omittente violi contemporaneamente più obblighi di condotta, ma i diversi obblighi potevano essere adempiuti uno dopo l'altro. Nel caso di reati omissivi impropri, sussiste una sola omissione se il garante poteva impedire i diversi eventi soltanto attivandosi contemporaneamente; sussistono invece diverse omissioni se, dopo il verificarsi del primo evento, gli altri potevano ancora essere impediti.

⁷ Questa concezione tende ad esaltare il momento della tecnica di redazione della norma penale e mira a restringere la portata dell'intervento dell'interprete, nell'ottica di favorire il rispetto dei principi di tassatività e determinatezza.

⁸ Cfr. S. PROSDOCIMI, in voce *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988., 508 ss; F. MANTOVANI, *op. cit.*

reiterazione della condotta offensiva di beni altamente personali e riferiti a soggetti diversi (es: vita, integrità fisica, libertà personale). Viceversa, la reiterazione di una medesima condotta a carico dello stesso soggetto passivo (es: più percosse, più sottrazioni...), ovvero la ripetizione di una condotta che risulti essere lesiva di beni non altamente personali, anche se riferiti a diverse vittime, (es: spossessamento contestuale di beni più beni a Tizio e Caio), individuerrebbe indubbiamente un'ipotesi di unicità del reato.

Sul punto, si osserva che in giurisprudenza, come sopra anticipato, il problema in esame viene maggiormente risolto con riferimento al criterio cd. spazio-temporale della consumazione dell'azione. In altre parole, i giudici, per valutare pluralità o unitarietà dei reati, danno molta importanza al lasso temporale, apprezzabile o meno, entro cui si manifesta ed esaurisce la condotta tipica.

2. Una volta colto e risolto, dunque, il problema preliminare, consistente nell'individuare se, sottostante la commissione di una determinata azione od omissione si manifesti già un fenomeno che dispieghi una pluralità o unitarietà dei reati, l'interprete dovrà quindi sciogliere il dubbio circa la norma da applicare al caso concreto, e riscontrare, pertanto, l'eventuale manifestazione del fenomeno del concorso apparente di norme.

Il legislatore ha, purtroppo, fornito un solo criterio (cd. di specialità) per risolvere l'enigma, ed è racchiuso nella norma di cui all'art. 15 c.p., secondo cui: «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

La *ratio legis* sottesa è stata sempre di tutta evidenza per il legislatore degli anni Trenta del secolo scorso, tanto che scriveva: «Il fondamento di tale norma è palese... Interessi particolari possono esigere, in un dato momento storico, un'adeguata protezione giuridica, maggiore o diversa rispetto a quella che il legislatore accorda ad altri interessi, che con i primi hanno tuttavia elementi fondamentali comuni»⁹. Si fondavano, dunque, i limiti del principio di specialità su una valutazione della condotta che da termini "generici" di realizzazione tendeva a qualificarsi in "modalità particolari" dirette alla realizzazione dei medesimi scopi¹⁰. Certamente, in un tempo in cui la dottrina non aveva particolare dimestichezza, nei termini che oggi consociamo, con i concetti di «bene giuridico» ed «offesa», come predicati della categoria della tipicità, una esemplificazione del genere, pilotata da una concezione della pena assolutamente diversa da quella imposta dalla Costituzione repubblicana, poteva essere ben concepibile. Oggigiorno, infatti, le acquisizioni dottrinali - purtroppo non sempre quelle giurisprudenziali - sono ben lungi dal fondare il possibile concorso apparente di norme unicamente sulla scorta del confronto tra beni giuridici lesi dal colpevole¹¹.

A ben vedere, il solo criterio di specialità, seccamente inteso, non riesce però a risolvere tutti i casi in cui due o più norme si affacciano sul fatto storico per disciplinarne e punirne la realizzazione. Per tale ragione, la dottrina ha da decenni cercato criteri alternativi alla specialità *tout court* con l'intento di verificare la natura apparente o meno del concorso di norme.

⁹ Cfr. Relazione al Codice Penale, punti 35-37, cfr. art. 15 c.p.

¹⁰ Esemplificativo è l'esempio della punibilità della condotta del colpevole in termini di "spionaggio aggravato in tempo di guerra" rispetto a quella più generale del "favoreggiamento bellico"; v. Relazione al Codice Penale, punto 37.

¹¹ Scriveva il ministro A. ROCCO: «Può darsi tuttavia che per lo stesso fatto siano applicabili due disposizioni aventi un contenuto diverso, nel senso che prevedano lesioni di beni giuridici diversi ... Detta situazione resta chiaramente fuori dalla portata dell'art. 15, e trova la sua disciplina nell'art. 84», v. Relazione, cit.

Le impostazioni si concentrano attorno a due grandi distinzioni interpretative: le teorie moniste e quelle cd. pluraliste.

Secondo i sostenitori della teoria monista la soluzione deve essere trovata unicamente nella norma di cui all'art. 15 c.p., essendo la specialità normativa l'unico criterio spendibile. Pertanto, nel raffronto tra fattispecie astratte, quella speciale è la norma che contiene tutti gli elementi costitutivi propri anche della norma di confronto (cd. generale) più altri, o anche solo uno, cd. specializzante. Si badi, che tale è la specialità cd. *unilaterale*, ossia il caso in cui le fattispecie si pongono tra loro come due cerchi cd. concentrici, perché una di esse – quella speciale – contiene tutti gli elementi della norma generale più uno. Questo modello di specialità unilaterale, con riferimento alla figura geometrica dei cerchi concentrici, è definito in giurisprudenza “rapporto di continenza” normativa¹².

Per di più, nelle ipotesi di specialità unilaterale, gli elementi ultronei possono, per giunta, o specificare i corrispondenti elementi contenuti nella fattispecie generale (cd. specialità per specificazione¹³), oppure andare ad aggiungersi ad essi, arricchendo così la portata normativa della fattispecie speciale (cd. specialità per aggiunta¹⁴).

Vale la pena ricordare un criterio operativo che hanno assunto i giudici della Suprema corte per verificare, in sede applicativa, la sussistenza del rapporto di specialità unilaterale in astratto: sussiste il rapporto di specialità ogni qual volta, dal raffronto delle tipologie strutturali in conflitto, è agevole sostenere che per commettere la fattispecie astratta prevista da una delle due previsione evocate dal fatto storico commesso (*alias*, quella speciale) sia necessario passare per la realizzazione della fattispecie prevista dall'altra norma, che ha quindi portata generale.

Un cruccio da risolvere, però, nell'ambito dello studio della specialità normativa, è riferito alla nozione di “stessa materia”, dal momento che rappresenta il presupposto per l'esistenza stessa di un concorso apparente di norme. Purtroppo, anche in questo caso, sul punto non c'è uniformità di intenti tra dottrina e giurisprudenza.

Secondo una prima interpretazione, diffusa soprattutto in giurisprudenza fino a qualche anno addietro, si richiede che il concetto di “stessa materia” imponga non solo che il fatto concreto sia riconducibile a più norme in rapporto di specialità, e dunque l'unicità della condotta, ma soprattutto che le stesse disposizioni tutelino beni giuridici identici (poi ammesso il requisito più elastico della “omogeneità degli interessi”)¹⁵. Soluzione questa poco apprezzata, perché fondando il confronto normativo sulla sola valutazione dell'oggetto della tutela penale, finirebbe per spostare l'attenzione da un giudizio logico-formale, quale il rapporto genere-specie, ad un giudizio di valore, la cui interpretazione, specie nei casi controversi, è troppo rimessa a singolari valutazioni del giudice. Si arriverebbe al paradosso di considerare un concorso formale di reati tra ingiuria e oltraggio a

¹² Cass. pen., sez. un., 19 gennaio 2011, n. 1235, in cui si disconoscono per giunta tutti i criteri alternativi a quello della specialità per la soluzione del conflitto apparente.

¹³ L'esempio di scuola che si è sempre fatto è nel rapporto tra il reato di oltraggio e quello di ingiuria (oggi depenalizzato), dove l'elemento “pubblico ufficiale” si pone come *species* del genere “persona”; oppure si pensi al rapporto tra i delitti di violenza sessuale e violenza privata.

¹⁴ Si pensi al rapporto tra il delitto di rapina rispetto al furto, con riferimento all'elemento violenza o minaccia aggiuntivo dell'impossessamento; oppure ancora al rapporto tra il sequestro di persona ed il sequestro di persona a scopo di estorsione.

¹⁵ Cass. pen., sez. un., 21 aprile 1995, n. 9568.

magistrato in udienza - espressioni offensive le une dell'onore e le altre del prestigio dell'amministrazione della giustizia¹⁶.

Proprio sulla scorta di tali premesse critiche, la giurisprudenza della cassazione ha mutato negli ultimi anni il proprio orientamento. Pur senza abbandonare il solido appiglio monistico della specialità in astratto, per la soluzione del concorso apparente tra norme, considerato «unico criterio euristico di riferimento ... pena la morte del principio di legalità», si è sostenuto che «l'insegnamento delle Sezioni Unite è consolidato nel ritenere che per "stessa materia" deve intendersi la stessa fattispecie astratta, lo stesso fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato; con la precisazione che il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità»¹⁷.

Recentemente, si sono nuovamente espressi i giudici di legittimità riuniti nel massimo consesso, circa la possibilità di riconoscere o meno criteri ulteriori alla specialità, e segnare i limiti per l'individuazione della norma prevalente – perché speciale - nel raffronto tra fattispecie, ed hanno affermato che «il criterio di specialità deve intendersi e applicarsi in senso logico-formale. Il presupposto della convergenza di norme, perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente ai sensi dell'art. 15 c.p., risulta integrato solo da un rapporto di continenza tra fattispecie, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le norme incriminatrici astrattamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie di reato»¹⁸.

Con tale ultimo importante arresto, la giurisprudenza di legittimità sembra ormai essersi consolidata sul concetto di "stessa materia": va inteso alla stregua di "medesima situazione di fatto" (in termini di fatto storico naturalistico, e non con riferimento alla mera qualificazione giuridica), sul quale convergono apparentemente più norme.

Per di più, è stato notato da attenta dottrina come l'uso della dizione "stessa materia" anziché "stesso fatto", si spiega se si considera che l'ambizione originaria del legislatore è sempre stata quella di includere nella disciplina dell'apparenza del concorso normativo anche quello configurabile tra norme penali non incriminatrici (come quelle circostanzianti, le esimenti, le estintive, etc.), altrimenti escluse da una formula strettamente riferita al "fatto"¹⁹. Né può sfuggire come, ed il tema interessa l'apertura al *ne bis in idem* processuale ed il suo reciproco sostanziale, nell'art. 649 c.p.p. si legge «... l'imputato prosciolto o condannato ... non può essere sottoposto a nuovo procedimento "per il medesimo fatto"».

A ben vedere, però, i giudici della Suprema corte nel corso degli anni, senza mai sganciarsi formalmente da uno stabile legame con il principio di specialità ne stanno dando definizioni ed applicazioni sempre più simili a chi, in dottrina, sempre nel limite della teoria monista, ha cercato

¹⁶ I giudici di legittimità, proprio muovendo le mosse da queste premesse, hanno ritenuto il concorso di reati tra commercio di sostanze dopanti attraverso canali diversi dalle farmacie (art. 9 comma 7, l. n. 376/2000) e il delitto di ricettazione, non solo in considerazione della diversità strutturale delle due fattispecie, ma soprattutto per la non omogeneità del bene giuridico protetto: interesse di natura patrimoniale in un caso, tutela della salute degli sportivi nell'altro; Cass. pen., sez. un., 29 novembre 2005, n. 2087.

¹⁷ Cass. pen., sez. un., 19 aprile 2007, n. 16568; ed anche, Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 2010.

¹⁸ Cass. pen., sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588.

¹⁹ Si legge nella Relazione al codice penale, in rif. art. 15 c.p. «di codesta norma il Progetto offre il più vasto campo di applicazione, così che giustamente, a mio parere, la norma in esame fu definita come la chiave di volta per la sicura interpretazione di più di una delle sue disposizioni, così della Parte generale, come, ed ancor di più, della Parte speciale».

spiragli di apertura²⁰. Il riferimento è alla tesi degli studiosi che da sempre hanno sostenuto che per “stessa materia” dovesse intendersi «stessa situazione di fatto»²¹, ossia il caso in cui un fatto concreto integri tutti i requisiti di più fattispecie, anche se queste “in astratto” non si trovano in rapporto di specialità. Conseguentemente, ad avviso dei sostenitori di questa impostazione dogmatica, si avrebbe concorso apparente di norme anche qualora sussista tra le fattispecie un rapporto di specialità *cd. in concreto*²².

La critica saliente che è sempre stata mossa a questa impostazione dogmatica è che, quando la norma parla di «più leggi ... o più disposizioni della medesima legge» si impone un “rapporto tra norme”, che deve trovare soluzione a livello astratto sul piano logico-giuridico, e non può essere calato e attagliarsi alla particolarità del fatto concreto. Per di più, il criterio di individuazione della norma da applicare al caso concreto, in quello della “sanzione più grave” (criterio adottato dai sostenitori della tesi), non ha fondamento giuridico nell’art. 15 c.p. Verrebbe palesemente violato, in altri termini, il principio di legalità ed in particolare la tassatività, utilizzando tale metodo interpretativo.

2.2. Parte della dottrina²³, che ha dedicato molte attenzioni al tema in parola, invece, propende per una estensione del concorso apparente di norme anche ai casi di specialità *cd. bilaterale*, contrapposta a quella *unilaterale*, e che si verifica nel caso in cui entrambe le fattispecie a confronto, in astratto, accanto ad un nucleo di uno o più elementi comuni, presentano uno o più elementi reciprocamente specializzanti²⁴. Tanto è vero che si sostiene come in questi casi ciascuna norma è ad un tempo generale e speciale, e la figura geometrica che si richiama, perché si capisca la zona di copertura del fatto, è quella dei cerchi che si intersecano in due punti reciprocamente (l’area in comune ad entrambi rappresenterebbe la parte “generale” della norma e l’area degli elementi costitutivi condivisi).

Si distingue, per precisione, tra specialità bilaterale *cd. per specificazione* (come nei casi di aggio comune, ex art. 501 c.p., ed aggio societario, art. 2628 c.c.)²⁵, e specialità bilaterale

²⁰ Vedasi il recente pronunciamento della Suprema corte, secondo cui «... Ai fini del rapporto tra i delitti di falsità commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici e di abuso d’ufficio, la clausola di riserva contenuta nell’art. 323 c.p., che prescrive la prevalenza del fatto più grave, esclude il concorso a patto che le due fattispecie considerino lo stesso fatto concreto, a prescindere dall’identità del bene giuridico tutelato. Il margine di operatività delle clausole di riserva deve essere, infatti, definito facendo ricorso al criterio dell’*idem factum*, previsto dall’art. 649 c.p.p., poiché anch’esse presentano una funzione di contenimento dell’ordinamento punitivo», Cass. pen., sez. VI, 28 febbraio 2017.

²¹ Cfr. M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 1961; ed anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2003.

²² A titolo di esempio si immagini il rapporto tra millantato credito (346 c.p.) e truffa, nel fatto di chi, millantando di avere ottimi rapporti con un addetto all’ufficio tecnico comunale, si fa dare del danaro per accelerare, ed ottenere in brevissimo tempo, le pratiche di rilascio della concessione a costruire. È chiaro che a livello astratto non può verificarsi una situazione di specialità strutturale, non esiste una relazione *species ad genus*, c’è la lesione del patrimonio del soggetto truffato e del prestigio della P.A. interessata, la perpetuazione di un raggirio e la asserzione di amicizie importanti. Secondo l’impostazione anzidetta, sussistendo tra le fattispecie però un rapporto *cd. di interferenza* – e dunque le norme sarebbero in concorso apparente – dovrebbe applicarsi solo la norma che prevede il trattamento sanzionatorio più severo (cioè il millantato credito).

²³ Il riferimento è particolarmente agli studi del MANTOVANI, *op. cit.*, e *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 2017, 465; oltre che G. A. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988.

²⁴ Questo spiega perché da taluno viene definita anche specialità *cd. reciproca*.

²⁵ Nucleo comune ad entrambe (atti di aggio) e parte di elementi specializzanti (dolo specifico nell’ art. 501 c.p., a fronte del dolo generico nell’art. 2628 c.c., e reato proprio per il 2628 c.c., a fronte del *chiunque* dell’aggio comune).

cd. per aggiunta (ad esempio nel rapporto tra l'insolvenza fraudolenta, ex art. 641 c.p., e ricorso abusivo al credito, ex art. 218 L.F.)²⁶.

C'è tra gli studiosi, in verità, chi critica questo tipo di impostazione, ritenendolo una forzatura interpretativa, al punto che, non potendosi rinvenire qual è effettivamente la norma speciale, nel concorso "apparente", non potrebbe neanche stabilirsi quale debba trovare applicazione al caso concreto. Riprova di ciò è il fatto che i fautori della specialità bilaterale hanno dovuto rivisitare il concetto di "prevalenza normativa", cioè stabilire qual è l'unica norma applicabile, ed introdurre soluzioni non codificate nell'art. 15 c.p., quali il trattamento sanzionatorio più rigido, ovvero il criterio cronologico, o ancora il criterio gerarchico, ossia nella presenza codificata di clausole di riserva, specie quelle cd. determinate²⁷; oppure nella disposizione che meglio si adatta al caso concreto a seguito di complesse operazioni ermeneutiche²⁸.

Secondo i critici della teoria della specialità bilaterale, insomma, si registrerebbe un fenomeno, anche negli esempi su proposti, non già di concorso apparente ma di concorso reale di norme (e dunque reati), e l'esigenza di non dovere infliggere una sanzione eccessivamente severa non dovrebbe risiedere in una forzatura interpretativa, ma essere assicurata mediante una sapiente dosimetria della pena ad opera del giudice²⁹.

La Corte di Cassazione, nella sua più autorevole composizione, sul punto sembra avere assunto una posizione ben attestata, tanto da sostenere recentemente che il rapporto di specialità possa essere riconosciuto nel caso di specialità unilaterale per specificazione, ma anche di specialità unilaterale per aggiunta e specialità bilaterale per specificazione. Sarà da escludere, invece, nelle ipotesi di specialità bilaterale per aggiunta, poiché in tal caso entrambe le norme si porranno invero in rapporto di autonomia tra loro, e daranno pertanto agio al fenomeno del concorso di reati³⁰.

²⁶ Infatti, nell'art. 641 c.p., c'è una serie di elementi aggiuntivi rispetto all'art. 218 L.F., che la seconda non tiene proprio in considerazione: proposito di non adempiere l'obbligazione contratta, l'obbligazione deve risultare inadempita.

²⁷ In argomento è interessante il contributo critico di F. GIANFELICI, *Le clausole di riserva alla ricerca di una funzione: uno sgradito ospite nella teoria del concorso apparente di norme*, in *Archivio Penale*, Fascicolo n. 2, 2018, (www.archiviopenale.it), il quale analizza il rapporto tra il concorso apparente di norme, contenuto nell'art. 15 c.p., e clausole di riserva, mirando a porre in luce i principali nodi che rendono difficoltoso ricondurle alla specialità o ad altri criteri interpretativi. La prospettiva che viene delineata è quella di individuare nelle clausole di riserva delle ipotesi autonome di concorso apparente.

²⁸ Circa i criteri di selezione della norma da applicare, F. MANTOVANI ritiene che, quando due norme siano generali e speciali reciprocamente, e dunque non è possibile stabilire quale sia quella "speciale" da applicare, deve farsi riferimento al «superiore principio del *ne bis in diem sostanziale*» per risolvere la questione del concorso apparente, giacché esso stesso è l'anima della disposizione di cui all'art. 15 c.p. ed è da esso che discende la *ratio* del principio di specialità. D'altronde è per questo un principio di diritto positivo, che ha il suo omologo in quello *processuale*, ex artt. 649 e 669 c.p.p., ed ha la radice normativa negli artt. 15, 61, 62, 68, 84 c.p., ed in tutte le clausole di riserva contenute nelle disposizioni penali. Proprio dal richiamo normativo, l'Autore sostiene che esso sia un principio regolare/ordinario e non eccezionale, e pertanto, estendibile analogicamente anche ai casi di specialità reciproca, attesa l'identità di *ratio* e l'indiscutibile *favor rei* da cui trae le mosse. Su queste premesse, sussisterebbe un concorso di reati unicamente quando le fattispecie si trovino: 1) in rapporto di interferenza, ossia coincidano soltanto le condotte (es: art. 609 bis e 564 c.p.); 2) in rapporto di eterogeneità, ossia nessuno degli elementi strutturali di una sia ravvisabile nell'altra (es: rissa e truffa); 3) rapporto di incompatibilità, ossia prevedano elementi costitutivi che si escludono reciprocamente (es: furto ed appropriazione indebita).

²⁹ Così, T. PADOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 2012, 387 e ss.

³⁰ Cass. pen., sez. un., del 22 giugno 2017, n. 41588. Secondo l'impostazione delle Sezioni Unite, nella specialità bilaterale per specificazione vi sarebbe la possibilità di ravvisare un concorso apparente di norme (vedasi il raffronto tra percosse e maltrattamenti in famiglia), posto che, per un verso, l'elemento specificante rientra, per definizione, in una delle componenti della norma generale con l'effetto che, da questo punto di vista, le due fattispecie non differiscono tra loro. L'unica ipotesi in cui le fattispecie a confronto disciplinerebbero, dunque, materie diverse è quella di specialità reciproca per aggiunta. Qui, infatti, ciascuna delle fattispecie presenta elementi aggiuntivi ed estranei rispetto all'altra con il risultato

È pur vero, però, che la natura meramente logica del principio di specialità, a volte eccessivamente formalizzata dai giudici, leggasi il recente arresto secondo cui «... quello di specialità è l'unico principio legalmente previsto in tema di concorso apparente»³¹, e la sua frequente inidoneità a soddisfare ragioni equitative e di giustizia sostanziale, per limitare il ricorso al cumulo materiale o giuridico delle sanzioni penali, quando esso risulti irragionevolmente gravoso per il reo e altresì sproporzionato rispetto all'offesa realizzata, a ragion veduta ha costretto parte della dottrina più sensibile a dovere individuare ulteriori criteri ampliativi dello spazio dedicato al concorso apparente di norme: criteri essenzialmente fondati su un "apprezzamento di valore" del fatto concreto, anziché su un rigoroso riscontro della sussistenza di un rapporto strutturale tra fattispecie astratte.

3. Un recente pronunciamento della Suprema Corte³² ha destato perplessità tra gli interpreti più emotivi al tema della natura della pena e la sua funzione attuale, giacché la Corte ha mosso forti critiche a quelle opposte posizioni teoriche che ricercano al di fuori del principio di specialità ulteriori criteri di risoluzione del concorso apparente di norme, veicolando per la soluzione un approccio interpretativo di tipo sostanzialistico. Il richiamo dei massimi giudici è indubbiamente alle teorie cd. *pluraliste*, e cioè a quelle che tentano di costruire modelli di principio alternativi alla specialità per risolvere il problema del concorso apparente di norme, e che hanno trovato l'appiglio normativo nella clausola d'esclusione dell'art. 15 c.p. «... salvo che sia altrimenti stabilito»³³.

Alcuni autori hanno ad esempio ripiegato, per la soluzione al cumulo di norme, sul *cd. principio di sussidiarietà*³⁴. In tale ottica, quando più norme tutelano un medesimo bene giuridico in stadi o

che il confronto tra queste componenti in più conduce inevitabilmente a ravvisare tra loro un nesso di eterogeneità, incompatibile con la nozione di "stessa materia". Le Sezioni Unite richiamano, a titolo esemplificativo, il rapporto tra violenza sessuale e incesto.

³¹ Cass. pen., sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, in cui è stato espresso il principio di diritto secondo cui «il reato di malversazione ai danni dello Stato, ex art. 316 bis c.p., concorre con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640 bis c.p.».

³² Cass. pen., sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, che si ispira ai risultati ermeneutici raggiunti dalle Sez. un. del 19 gennaio 2011 n. 1235, (in cui i giudici di legittimità pur escludendo il concorso di reati fra delitti di frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato, chiariscono che l'unico strumento utilizzabile è il principio di specialità, unico compatibile con il principio di legalità, anche alla luce dell'art. 7 CEDU), e richiama gli arresti Sez.un. 20 dicembre 2005, n. 47164 (secondo cui «in materia di tutela del diritto di autore sulle opere dell'ingegno, è configurabile il concorso tra il reato di ricettazione (art. 648 c.p.) e quello di commercio abusivo di prodotti audiovisivi abusivamente riprodotti (art. 171 ter l. 22 aprile 1941 n. 633), quando l'agente, oltre ad acquistare supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni legali, li detenga a fine di commercializzazione), che da ultimi sono confermati dalle Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588 (secondo cui nel concorso tra i reati di porto e detenzione di arma comune e porto e detenzione di arma clandestina il dato della clandestinità rileva quale elemento specializzante per aggiunta unilaterale e ne consegue che i reati previsti dall'art. 23, 1, 3 e 4 comma legge n. 110 del 1975, costituiscono ipotesi criminose speciali, rispetto a quelle di cui agli artt. 2, 4 e 7 legge n. 895 del 1967, giacché contengono tutti gli elementi costitutivi della condotta relativi alla detenzione e al porto di un'arma comune da sparo e, in più, il dato della clandestinità dell'arma medesima; però siccome l'operatività del principio di specialità presuppone l'unità naturalistica del fatto, resta impregiudicata la possibilità del concorso tra i suddetti reati qualora l'agente ponga in essere una pluralità di condotte nell'ambito di una progressione criminosa nella quale, alla detenzione o al porto illegale di un'arma comune da sparo, segua, solo in un secondo momento, la fisica alterazione dell'arma medesima).

³³ Secondo i pluralisti, apertura legislativa a criteri diversi dalla specialità (in effetti possibilità sconfessata dalla stessa Relazione al Codice Penale dell'allora Guardasigilli Rocco), e secondo i monisti, inciso che aprirebbe le porte unicamente alle sole clausole di riserva contenute nelle singole disposizioni normative.

³⁴ Si ricordano gli studi lontani di Moro, *Unità e pluralità di reati*, Padova 1954, e più recenti nella manualistica moderna G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, 2014, 721; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto Penale, Parte Generale*, 2016, 650, i quali però pur riconoscendo il principio in esame, tendono a considerarlo una particolare espressione del fenomeno dell'assorbimento (o consunzione). Dalla sussidiarietà cd. tacita, deve distinguersi quella cd. espressa, in quanto volutamente rivelata dal legislatore con l'apposizione di clausole di riserva. In dottrina, la forma

gradi diversi di offesa rispetto all'unitarietà della condotta assunta, si genera un concorso apparente di norme, ed il conflitto può essere risolto con l'applicazione della sola norma concorrente che, prevedendo l'aggressione più intensa, esaurisca l'intero disvalore del fatto. Ovviamente, ciò richiede un attento accertamento valutativo dell'interprete sul fatto³⁵. Ecco perché non è condivisibile la critica da alcuni mosso secondo cui quello di sussidiarietà sarebbe un "inutile doppione" del principio di specialità, poiché, mentre quest'ultimo si riferisce ad un confronto tra fattispecie in astratto, il primo si concentra nella soluzione fattuale concreta, implicando l'inglobamento (o cd. assorbimento) del fatto meno grave in quello più grave, anche se le norme incriminatrici astrattamente possiedono elementi strutturali completamente differenti.

Detto principio opererebbe, infatti, anche tra fattispecie di pericolo e fattispecie di danno (*rectius*, lesione), ovvero tra fattispecie di lesione a intensità crescente.

L'altro criterio invocato in materia di concorso apparente di norme è il cd. *principio di consunzione* (o assorbimento)³⁶. Il punto di partenza è un dato esperienziale: ogniqualvolta la norma incriminatrice più grave (cd. consumante) ricomprende in sé il disvalore di un illecito di minore gravità, comunque sanzionabile con una norma *ad hoc* (cd. consumata), ma che secondo *l'id quod plerumque accidit* è il naturale passaggio dalla fase più tenue a quella più grave di aggressione, sarebbe ingiusto applicare la disciplina del cumulo materiale o giuridico, e troverebbe applicazione solo la norma con la sanzione più dura³⁷. Questo perché, considerato che al legislatore non deve sfuggire il dato esperienziale al momento della produzione normativa, *ex facto oritur ius*, e per tale ragione prestabilisce pene più alte per fatti ritenuti più gravi, la pretesa di applicare tutte le norme in concorso produrrebbe una irragionevole e sproporzionata sanzione finale, non accettabile nell'attuale assetto costituzionale della pena (es., rapporto tra danneggiamento e violazione di domicilio: normalmente introdursi senza autorizzazione nell'abitazione altrui comporta necessariamente manomettere i presidi di sicurezza).

Come chiarisce la dottrina dell'assorbimento, il fatto può considerarsi unico non solo nell'ipotesi di identità naturalistica (che caratterizza la sussidiarietà), ma anche nel caso in cui sia ravvisabile una *identità normativo-sociale*, ossia nelle ipotesi in cui le varie azioni - dal punto di vista naturale - esprimono un disvalore penale omogeneo, potendo così essere anche considerate un *unicum*

espressa è generalmente suddivisa in tre sottotipi: 1) clausole di riserva determinate (la norma incriminatrice rinvia espressamente ad una precisa fattispecie, es: «chiunque fuori dai casi indicati negli articoli precedenti», oppure «fuori dai casi indicati dall'art. 248»); 2) clausole di riserva relativamente determinate (quando la norma rinvia ad altro modello categoriale, generalmente con previsione punitiva specifica e più grave, es: se il fatto non costituisce più grave reato); 3) indeterminate (la norma incriminatrice rinvia a qualsiasi altra norma che disciplina la stessa situazione di fatto, es: se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge). È chiaro come, per loro natura, soltanto le clausole di riserva del primo e secondo tipo tendono ad evitare un concorso apparente di norme. Quelle del terzo tipo, in effetti, specie lì dove i beni giuridici prospettati sono notevolmente differenti, giustificerebbero solo in via interpretativa la sussidiarietà di una norma rispetto ad un'altra, sul presupposto che la norma assorbente ha una estensione tale da coprire il disvalore del fatto disciplinato dalla norma assorbita, e tutto ciò farebbe in modo da considerare necessariamente plurioffensivo il reato più grave [es: l'art. 307 c.p., punisce l'assistenza ai partecipanti ad una banda armata (tutela: personalità dello Stato), ... fuori dai casi di favoreggiamento (amministrazione della giustizia)].

³⁵ Ad esempio, situazione che potrebbe venire a crearsi tra la violenza privata (610 c.p.) e la violenza o minaccia per costringere taluno a delinquere (611 c.p.).

³⁶ I principali fautori di codesto criterio di valore sono A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 ss., e G. FIANDACA- E. MUSCO, *op. cit.*, 722.

³⁷ In termini operativi e più ampi, si avrebbe consunzione ogni volta che una condotta penalmente rilevante costituisca il mezzo normale, anche se non indispensabile, per l'esecuzione di altra fattispecie criminosa (es., lesioni volontarie e danneggiamento abiti della vittima).

dal punto di vista normativo, finanche in assenza di rapporto logico-giuridico di specificazione o aggiunta a livello astratto.

Apparentemente privo di supporto normativo, i fautori della dottrina della consunzione fondano il *logos* sul principio del *ne bis in idem sostanziale*, e lo affiancano a quello di specialità, e pertanto, la norma prevalente andrebbe individuata in quella che meglio si adatta alla fattispecie concreta, e qualora non fosse possibile dare attuazione alla specialità in astratto, siccome l'espressione "salvo che non sia altrimenti stabilito" schiude le porte ad altre valutazioni, bisogna applicare la norma che prevede la pena più grave, perché assorbente in quanto «la sanzione più grave denota l'esistenza dello scopo normativamente più importante, e trattandosi di scopi omogenei, più comprensivo ... perché il disvalore giuridico più grave può comprendere in sé anche momenti dell'illecito che in esso non rientrano o si discostano solo entro certi limiti che però, ai fini di una ragionevole punizione, risultano irrilevanti»³⁸.

Proprio le suesposte teorie "pluralistiche" sarebbero affette, a parere della giurisprudenza più recente e strutturata³⁹, dopo un breve periodo in senso contrario⁴⁰, e secondo il filone dottrinario "monista" che ne è alla base, da un triplice ordine di patologie.

In primo luogo tutti i criteri diversi da quello di specialità sarebbero privi di fondamento normativo, perché non riconducibili direttamente alla lettera dell'art 15 c.p., nemmeno laddove si legge "salvo che sia altrimenti stabilito" (formula che rimanderebbe a deroghe espresse da parte del legislatore e non aprirebbe invece alla possibilità di individuare ulteriori ipotesi di concorso apparente ad appannaggio dell'interprete). In secondo luogo, si evidenzia come l'utilizzo di "criteri di valore" sia foriero di ulteriore incertezza e possibile fonte di trattamenti disuguali, dal momento che la qualificazione giuridica di un fatto non dipenderebbe più dalle sole scelte del legislatore, bensì dalla sensibilità del singolo interprete. In ultima istanza, viene sottolineato come l'utilizzo di criteri alternativi determinerebbe negli interpreti una minore attenzione alla corretta ermeneutica delle fattispecie, relegando il momento interpretativo-logico a strumento residuale.

4. La ricostruzione, seppure in termini sinottici, del complesso argomentativo a sostegno delle tesi interpretative più apprezzate giurisprudenza circa i criteri differenziali tra concorso apparente e concorso reale di norme, lascia percepire qualcosa che va ben oltre il sentore e lambisce la certezza: dalla lettura delle sentenze *de quibus* la Suprema Corte, nell'affrontare il complesso meccanismo applicativo del concorso apparente di norme, piuttosto che essere spinta nelle motivazioni della propria linea interpretativa dal mantenimento di un rigido legalismo formale, sembra più preoccupata di garantire la "giusta dose" di pena al reo (alias, quanto più alta possibile), secondo una scala

³⁸ V., A. PAGLIARO, *op. cit.*, ove l'A. sottolinea «Così come non avrebbe senso punire per lesione chi ha ucciso con volontà sin da principio omicida, sarebbe privo di ragionevolezza punire per lesione chi prima ha leso volendo solo ledere, e immediatamente dopo ha volontariamente ucciso. L'assorbimento di un interesse nell'altro si verifica, infatti, nello stesso modo». In altre parole, l'A. riconduce, per questa strada, la figura della progressione criminosa e del *post factum* ed *ante factum* non punibili ad applicazioni del principio di consunzione.

³⁹ Cfr. nota 23 e 24.

⁴⁰ Cass. pen., sez.un., 28 marzo 2001, n. 22902, in cui si afferma che «... la soluzione del problema del discrimine tra concorso reale e concorso apparente di norme incriminatrici deve essere affidata all'uno o all'altro dei criteri elaborati [ndr., sussidiarietà e assorbimento\consunzione] già normativamente disciplinanti sia pure in forma non espressa, a seconda delle caratteristiche strutturali e ontologiche delle fattispecie criminose messe a confronto, prese singolarmente e nei rapporti reciproci». Nel caso di specie la Suprema Corte ha infatti escluso la possibilità che uso indebito di carta di credito concorresse con il reato di truffa.

valutativa di misurazione assolutizzata su un criterio di opportunità personalistico-sociale piuttosto che normativo. Criterio interpretativo che sembra essere non poco ossequioso degli input provenienti dalle Corti europee, specie quando trattasi di sentenziare per salvaguardare interessi economico-finanziari dell'Unione⁴¹.

In effetti non può cadere nell'oblio che trattasi pur sempre della medesima Corte che non si è fatta tanti scrupoli della legalità e tassatività quando ha elaborato, ad esempio, le figure del dolo eventuale, o "creato" il delitto di concorso esterno in associazione mafiosa⁴².

In conclusione, la soluzione ai problemi interpretativi suesposti in tema di concorso apparente di norme ha inevitabili ricadute e conseguenze di rilievo sul piano pratico e processuale.

Vigente il Codice Zanardelli l'esigenza di fissare confini netti fra il concorso di norme ed il concorso di reati era meno sentita⁴³, ma l'entrata in vigore del Codice Rocco, che addirittura prima della novella del 1974 puniva il concorso formale con il cumulo materiale, ha posto l'esigenza equitativa di comprimere, dilatando la categoria del concorso apparente di norme, la rigida disciplina del concorso di reati. Per di più, mentre la giurisprudenza delle Sezioni Unite è caratterizzata da una linea di tendenziale preclusione all'operatività nel nostro ordinamento a criteri diversi da quello di specialità⁴⁴, la quasi totalità della dottrina afferma, invece, che il principio di specialità non può giocare un ruolo esclusivo nella individuazione di casi di concorso apparente di norme nel nostro ordinamento.

In tema, la gran parte degli autori invoca la soluzione ermeneutica di una convivenza nel sistema di altri principi, in particolare quelli di sussidiarietà e assorbimento (o consunzione), la cui operatività, ai fini della individuazione delle ipotesi di concorso apparente di norme e di delimitazione di quelle di concorso tra reati, è imposta dai principi fondamentali del *ne bis in idem* c.d. sostanziale e di ragionevolezza e proporzionalità tra fatto illecito e pena, espressamente riconosciuto dall'art. 49, § 3 della Carta dei Diritti fondamentali U.E, e di recente valorizzato, sia dalla sentenza della Corte EDU⁴⁵, sia dalla Corte costituzionale con la sentenza del 10 novembre 2016, n. 236⁴⁶.

⁴¹ Cass. pen., sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, in cui testualmente si sancisce: «tale esigenza (rispetto della legalità) risulta ancora più cogente dalla considerazione che in entrambe le fattispecie è possibile la provenienza comunitaria dei fondi: circostanza questa che impone di non ignorare il costante richiamo della Corte di Giustizia UE all'effettività di tutela che l'ordinamento degli Stati nazionali deve garantire agli interessi comunitari».

⁴² A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2014, 97-99

⁴³ Secondo il Codice Penale del 1889, art. 78 «Colui che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave». In tale modo si legalizzava e normava il principio cd. dell'assorbimento.

⁴⁴ Per vero a detto blocco monolitico sembrano difficilmente conformarsi le sezioni semplici, in ragione della peculiarità delle molteplici fattispecie concrete; v. Cass. pen., Sez. I, 2 marzo 2006, n. 7629, che disattende la pronuncia delle SS.UU. del 2005, ed anche Cass. pen. n. Sez. II, 6 dicembre 2012, che non si allinea con le SS.UU. del 2011.

⁴⁵ Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, ric. 24130/11 e 29758/11, che lo ha individuato quale *ratio* sottostante al divieto del bis in *idem* di cui all'art. 4 prot. n. 7 CEDU.

⁴⁶ Sentenza con la quale la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del reato di Alterazione di Stato (art. 567 c.p.), in ragione della pena edittale prevista. Si inaugura, con tale pronuncia, un approccio radicalmente nuovo nella valutazione della proporzionalità della pena prevista per specifici reati. La Corte continua, invero, ad invocare come parametri del giudizio gli articoli 3 e 27, terzo comma, Cost., ma abbandona il tradizionale requisito del *tertium comparationis* al quale era solita condizionare la stessa ammissibilità di simili questioni di legittimità costituzionale. Se questo nuovo approccio dovesse essere confermato in futuro, sarà possibile dimostrare il difetto di proporzionalità non solo evidenziando che la pena prevista per il reato A è ingiustificatamente più severa di quella prevista per il reato B, ma anche che la pena prevista per il reato A è sproporzionatamente severa in termini assoluti, in quanto implicante una limitazione dei diritti fondamentali del condannato eccessiva rispetto alle finalità perseguite dalla norma incriminatrice.

Ovviamente, le difficoltà ermeneutiche che complicano le scelte dell'interprete nell'individuazione della norma da applicare *de die in diem* al caso concreto sottoposto alla sua attenzione per la richiesta di giustizia avanzata, non sono agevolate dalla ipertrofia normativa che appesantisce inutilmente l'ordinamento penale. Spinto dalla propaganda e dalla ricerca di consenso, mosso alla ricerca di una soluzione alla "perenne emergenza" e ricerca di sicurezza collettiva, il legislatore calca un terreno sempre più impervio, e foriero di crescenti problematicità, abbandonando la strada della determinatezza e chiarezza normativa. In tema non può non ricordarsi quanto già anni addietro autorevolissima dottrina ha segnalato circa le problematiche, a livello dommatico, che la criminalizzazione ipertrofica inevitabilmente comporta, sia in chiave di individuazione della norma corretta tra quelle "apparentemente" in concorso, sia aprendo spazi alle ipotesi di cd. doppia o plurima tipicità⁴⁷.

Proprio in questo clima di incertezza normativa e interpretativa, alla luce di un contrasto non sopito tra giurisprudenza e dottrina, ancora una volta sarebbe forse utile il *maquillage* dell'art. 15 c.p. Sul punto si segnala il considerevole apprezzamento riscosso dall'art. 4, rubricato "Principio di specialità e concorso apparente", contenuto nel Progetto di Riforma del codice penale proposto dalla Commissione Grosso, 1999, che testualmente recita: «1. Salvo che sia altrimenti stabilito, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale. 2. Quando un medesimo fatto appare riconducibile a più disposizioni di legge, si applica quella che ne esprime per intero il disvalore».

⁴⁷ Cfr. F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 comma 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni settanta*, in *Quest. Crim.*, 1980, 217. Sul punto osserva S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 2006, 180-181, che la criminalizzazione "selvaggia" delle condotte dei consociati, sviluppata fuori da logiche di coerenza sistemica, e non orientata alla luce di un giudizio di valore, oltre che destrutturata dello "scopo" che la pena deve perseguire, rischia di compromettere esigenze di libertà individuali, e dunque incrinare i principi costitutivi dello stato sociale di diritto.

Pornografia minorile e irrilevanza penale della cessione di *selfie* pedo-pornografici

CARLOTTA MARINO

ABSTRACT

In recent years, the use of social media by children to share sexually explicit images of themselves has been growing. It is a phenomenon commonly referred to as 'sexting'. The Supreme Court of Cassation, interpreting art. 600-ter of the Italian Penal Code, has held that the law does not allow for the indictment of individuals for the dissemination of this imagery, which was itself created by the pictured minor. The Supreme Court reached this conclusion on the grounds that no specific statutory provision exists to criminalize the dissemination of such imagery, despite the potential offensiveness of such acts. The principle of exactness of the law must direct the judge towards the appropriate decision, thus avoiding an unpredictable outcome and ensuring the respect of the principle of legality. As the law currently exists, to criminally punish an individual for disseminating pedo-pornographic selfies, analogical interpretation of the existing criminal law would have to be applied, which is forbidden in the Italian legal system. Legal reform based upon awareness of these modern technologies and the associated legal hurdles which they create, is highly desirable.

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della disciplina in materia di pornografia minorile: tra diritto penale del nemico ed effettive esigenze di tutela. – 2. Le modifiche introdotte all'art. 600-ter c.p. dalla legge n. 172 del 2012. – 3. La rilevanza penale della cessione di materiale autoprodotta. – 4. La sentenza della Corte di cassazione n. 11675 del 2016: il concetto di "utilizzo del minore". – 5. Il rinvio contenuto nel comma quarto al "materiale di cui al primo comma". – 6. Il divieto di analogia *in malam partem* e il problema della prevedibilità delle decisioni giudiziarie alla luce del principio di legalità formale e di esigenze di legalità sostanziale.

1. Nelle società moderne, il progresso scientifico e tecnologico, che ha sviluppato strumenti di comunicazione sempre più rapidi ed efficienti, ha favorito il diffondersi di un processo di mercificazione della persona, mettendo in crisi l'idea che tutto ciò che la riguarda sia intrinsecamente sottratto ad ogni scambio di tipo commerciale¹.

Questa tendenza – dalla dottrina anglosassone contemporanea definita di '*commodification*' – si è manifestata in relazione a diversi aspetti dell'essere umano e dei relativi diritti della personalità, sollevando non poche questioni in ordine alla sua ammissibilità e ai suoi limiti. Si pensi ai problemi

¹ Il tema della mercificazione della persona è stato studiato soprattutto dalla dottrina anglosassone contemporanea: si veda, tra i molti, M.J. RADIN-M. SUNDER, *Introduction. The Subject and Object of Commodification*, in AA. VV., *Rethinking Commodification: cases and readings in law and culture*, a cura di M.M. ERTMAN-J.C. WILLIAMS, New York, 2005, 8 ss.

legati alle ipotesi di compravendita di parti del corpo, alle nuove tecnologie riproduttive, omologhe o eterologhe, alla prostituzione, alla pornografia².

La tendenza a mercificare le persone si è andata diffondendo nella società in misura sempre crescente negli ultimi anni, coinvolgendo soprattutto le fasce più deboli e talvolta anche i bambini. È proprio la presa d'atto dell'esistenza di un tale processo con riferimento ai minori a spiegare la scelta del legislatore italiano di introdurre nel codice penale, a partire dal 1998, specifiche fattispecie criminose dirette a punire tutte le condotte connesse alla produzione e all'utilizzo di materiale pedo-pornografico³. Tale scelta ha, peraltro, dato attuazione ad una serie di decisioni adottate da organismi internazionali cui l'Italia aderisce: ciò si ricava dal "preambolo" della legge n. 269/1998⁴ con cui sono stati introdotti nel codice penale gli artt. 600-ter e 600-quater, il quale richiama la Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata con legge n. 276/1991, e la Dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma contro lo sfruttamento sessuale dei bambini ai fini commerciali, adottata il 31 agosto 1996⁵.

Dalla loro introduzione nel 1998, i reati di pedo-pornografia sono stati oggetto di molteplici interventi modificativi, primo fra tutti quello attuato con la legge n. 38/2006 per adeguare la legislazione italiana alla Decisione quadro n. 2004/68/GAI del Consiglio d'Europa del 22 dicembre 2003, al fine di rendere sempre più forte la tutela offerta allo sviluppo psicofisico dei minori⁶. È stata così estesa l'incriminazione alla diffusione e alla semplice offerta di materiale pedo-pornografico. Mentre la condotta di diffusione pare non aver aggiunto molto alla tipicità dei reati già descritti dalla norma, il riferimento alla mera offerta ha certamente comportato un'ulteriore anticipazione della soglia di punibilità⁷.

² AA. VV., *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. BIANCHI-S. DELSIGNORE, Padova, 2008.

³ S. DELSIGNORE, *Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile: una tutela per la dimensione interiore ed esteriore della personalità in divenire del minore*, in AA. VV., *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., 26 s.

⁴ Sul punto si veda A. CADOPPI, *Commento Pre-art. 600-bis (art. 1 l. 3 agosto 1998, n. 269)*, in AA. VV., *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 2006, 35 ss. L'autore definisce sospetto l'utilizzo del preambolo: "Di fronte ad una legge che presentava luci ed ombre, che lasciava molti insoddisfatti, la cui collocazione culturale-filosofica era tutto sommato ambigua, un bel preambolo poteva, se convincente, contribuire a fornire un alibi al legislatore".

⁵ Per una completa indicazione degli atti internazionali che hanno sollecitato il legislatore italiano ad intervenire in materia, si vedano i riferimenti contenuti in M. HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007, 5 ss. Per un approfondimento sul tema, inoltre, si veda, *ex multis*, F. MANTOVANI, *Diritto penale. I delitti contro la persona*, Padova, 2016, 501 ss.; L. PICCOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6 febbraio 2006, n. 38)*, in *Studium Iuris*, 2007, 10, 1069; F. IZZO, *Norme contro la pedofilia*, Napoli, 1998; M.R. SAULLE, *Le dichiarazioni internazionali a tutela dei minori e il progetto di Convenzione sui diritti del bambino*, in *Il bambino incompiuto*, Milano, 1989, 5 ss.

⁶ Per un'analisi delle novità introdotte dalla legge n. 38/2006 si vedano in particolare AA. VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 2006; M. MANTOVANI, *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia minorile*, in AA. VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. INSOLERA, Padova, 2006, 147 ss.; V. MUSACCHIO, *La nuova normativa penale in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e pedopornografia a mezzo internet*, in *Riv. pen.*, 2006, 399 s.; A. PECCIOLI, *L. 6 febbraio 2006, n. 38. Le norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 8, 939 s.; A. MANNA-F. RESTA, *I delitti in tema di pedopornografia, alla luce della legge 38/2006. Una tutela virtuale?*, in *Dir. internet*, 2006, 221 ss.; S. APRILE, *I delitti contro la personalità individuale. Schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, VI, Padova 2006.

⁷ Si vedano le specifiche osservazioni di S. DELSIGNORE, *Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile*, cit., 61 ss.; L. PICCOTTI, *Commento art. 600-ter, III comma, c.p.*, in AA. VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., 185 ss.

Inoltre, la novella del 2006 ha inserito nel codice penale il nuovo art. 600-*quater.1* che, richiamando le condotte di cui agli artt. 600-*ter* e 600-*quater* c.p., punisce la produzione, la messa in circolazione a vario titolo e la detenzione di materiale pornografico virtuale – dunque, non raffigurante, totalmente o parzialmente, minori reali ma realizzato con tecniche di elaborazione grafica la cui qualità di rappresentazione faccia apparire come vere situazioni non reali –, comportando, per tale via, un allargamento dell’area di incriminazione della pedo-pornografia, da autorevole dottrina considerato eccessivo⁸.

Ciò ha posto non pochi problemi di compatibilità con i principi di determinatezza⁹, di offensività, di proporzionalità della pena e di *extrema ratio* del diritto penale¹⁰, considerato che la norma, per lo meno quando incrimina ipotesi in cui non vi siano parti riconoscibili dell’immagine del minore, finisce per punire determinati “tipi di autore” per la loro condotta di vita¹¹ e, più precisamente, per le loro devianti attitudini sessuali, circostanza non più accettabile per un moderno diritto penale del fatto¹².

Il processo di espansione dell’area del penalmente rilevante è continuato con la legge n. 172/2012, che ha riformato la disciplina dei reati di pornografia minorile sia sul piano sostanziale che processuale¹³.

Anche tale legge origina dall’esigenza di armonizzare l’impianto normativo ai nuovi parametri individuati dalla Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007 assunta dal Consiglio d’Europa per

⁸ In particolare, con riferimento all’art. 600-*quater.1* c.p. parla di “aberrazione giuridica” A. CADOPPI, *L’assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 37 ss.; nello stesso senso anche S. DELSIGNORE, *Pornografia minorile*, in AA. VV., *I reati contro la persona*, diretto da A. CADOPPI-S. CANESTRARI-M. PAPA, III, *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di A. CADOPPI, Torino, 2006, 419. Per un esaustivo commento alla norma si vedano anche L. PISTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 51 s.; M. BIANCHI, *Commento art. 600-*quater.1* c.p.*, in AA. VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., 243 s.

⁹ Sul principio di determinatezza e tassatività si rinvia a S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 20 s.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova 1979.

¹⁰ Sul carattere di *extrema ratio* del diritto penale si veda, *ex multis*, C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Iperfrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2011, 22 ss.; A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 325 ss., 466 ss., 901 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, trad. it., Napoli, 1994, 229 ss.

¹¹ Sulla colpa d’autore si veda F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, 1973, XIV, 26 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017, 298 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 141 ss.; AA. VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI-M. PAPA, Milano, 2007; G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d’autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1942, 5; G. GUARNIERI, *Il delinquente tipo*, Milano, 1942; L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 2006, 797; A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, Milano, 2007, 152 s.; A. NAPPI, *Principio personalistico e ‘binomi indissolubili’. Il primato dell’essere nell’incessante divenire della tutela penale*, Napoli, 2018, 311 s.

¹² Tra i tanti, cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 14 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 4, 4 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., 185; BOCKELMANN, *Studien zum Taterstrafrecht*, I. Teil, 1939, 41.

¹³ Si rinvia, sul tema, *ex multis*, a M. BERTOLINO, *Convenzioni, Direttive e Legislazione nazionale: un fronte comune di lotta contro i delitti a sfondo sessuale a danno di minori nella legge di ratifica n. 172/2012*, II ed., Torino, 2014; A. PECCIOLI, *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 2, 140.

la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali¹⁴, nonché dalla Direttiva Europea 2011/93/UE contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile¹⁵.

Il provvedimento detta alcune norme di adeguamento dell'ordinamento interno volte a modificare il codice penale – introducendo, in particolare, i nuovi reati di adescamento di minorenni, anche attraverso Internet, e di istigazione ed apologia di pratiche di pedofilia e di pedopornografia –, il codice di procedura penale e l'ordinamento penitenziario¹⁶.

2. Il nucleo della riforma del 2012 è rappresentato dalle modifiche apportate al reato di pornografia minorile di cui all'art. 600-ter c.p., che costituisce oggi una norma a più fattispecie, raggruppate tutte sotto una medesima disposizione ma strutturalmente disomogenee e di diverso disvalore, ruotanti attorno al denominatore comune della pedo-pornografia.

La finalità è quella di punire tutte le fasi del mercato della pornografia minorile, dai fatti prodromici della divulgazione di notizie finalizzate all'adescamento di minori e dal reclutamento, alla induzione alla partecipazione ad esibizioni e spettacoli pornografici, alla realizzazione degli stessi, al trarre profitto da tali spettacoli, alla produzione, pubblicizzazione, distribuzione, diffusione, commercio del materiale pornografico, reale o virtuale, fino alla sua offerta, anche occasionale e gratuita, e alla detenzione dello stesso.

Rispetto alla precedente formulazione, la novella del 2012 ha aggiunto al primo comma il riferimento agli spettacoli di natura pornografica, senza però definirne i contenuti. L'introduzione di una norma definitoria avrebbe sopperito al *deficit* di determinatezza e tassatività che oggi emerge dalla lettura della fattispecie e consentito una più agevole distinzione tra il riferimento agli spettacoli e alle esibizioni, considerato che, rispetto a queste ultime, già sotto la previgente normativa era stata elaborata una ampia nozione, secondo cui erano tali tutte le rappresentazioni pubbliche di natura pornografica a cui potevano assistere una pluralità di persone¹⁷.

Al fine di non considerare pleonastica l'introduzione del riferimento agli spettacoli pornografici, in quanto analoghi per contenuto alle esibizioni – anche alla luce della definizione data dalla Convenzione di Lanzarote, secondo la quale per spettacolo deve intendersi l'esibizione dal vivo, diretta ad un pubblico, anche mediante tecnologie d'informazione e comunicazione –, oggi la giurisprudenza di legittimità ritiene che le esibizioni penalmente rilevanti siano anche quelle 'non

¹⁴ La Convenzione di Lanzarote, come è noto, entrata in vigore il 1° luglio 2010, è stato il primo strumento internazionale con il quale gli abusi sessuali contro i bambini sono stati considerati reati. Oltre alle fattispecie di reato più diffuse in questo campo (abuso sessuale, prostituzione infantile, pedopornografia, partecipazione coatta di bambini a spettacoli pornografici), la Convenzione disciplina anche i casi di *grooming* (adescamento attraverso internet) e di turismo sessuale. Per un approfondimento sul tema si veda P. DE MARTINO, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote a tutela dei minori vittime del reato durante le indagini preliminari: brevi considerazioni alla luce della nuova direttiva 2012/29/UE*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 9 gennaio 2013; A.M. CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 5 novembre 2012; M. BERTOLINO, *Convenzioni, Direttive e Legislazione nazionale: un fronte comune di lotta contro i delitti a sfondo sessuale a danno di minori nella legge di ratifica n. 172/2012*, cit.

¹⁵ Sul punto si veda M. TROGLI, *Lotta contro l'abuso, lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile: alcune riflessioni sulla direttiva 2011/93/UE del Consiglio del 13 dicembre 2011*, in *Cass. pen.*, 2012, 1906 ss.; A. VERRI, *Contenuto ed effetti (attuali e futuri) della direttiva 2011/93/UE*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 28 marzo 2012.

¹⁶ A.M. CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, cit., 2 ss.

¹⁷ Si veda, al riguardo, A. PECCIOLI, *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, cit., 142 ss.; L. PISTORELLI, sub Art. 600-ter, in *Codice penale commentato*, III ed., a cura di E. DOLCINI-G. MARINUCCI, Milano, 2011, 5738 ss.

pubbliche', ma rivolte ad un soggetto determinato¹⁸. Tuttavia, se da un lato una tale interpretazione sembra salvare l'utilità del nuovo riferimento agli spettacoli, dall'altro finisce per allargare notevolmente l'area del penalmente rilevante senza che ciò emerga in modo puntuale e preciso dalla volontà del legislatore, in violazione dei principi di legalità, *sub specie* di determinatezza e tassatività¹⁹, divieto di analogia, di sussidiarietà, di *extrema ratio* del diritto penale²⁰, nonché in spregio alle funzioni della pena considerato pure che tale fattispecie prevede la detenzione fino a 3 anni.

Altra novità della novella del 2012 è rappresentata dagli ultimi due commi della disposizione in esame: il comma sesto, inserito al fine di adeguarsi agli *standard* della Convenzione di Lanzarote, con il quale è stata estesa la punibilità anche a chiunque assista ad esibizioni o spettacoli pedo-pornografici – disposizione che sembra punire il soggetto per la sua condotta di vita ed avere una funzione simbolica, che per questo suscita qualche perplessità²¹ – e il comma settimo, con cui è stata introdotta la definizione di materiale pornografico. È tale la rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore di anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali.

Prima del 2012 si era fortemente lamentata la mancata determinatezza delle fattispecie di pornografia minorile proprio a causa del non inserimento di una definizione espressa della nozione di pedo-pornografia²². A sopperire a tale lacuna era stato l'interprete: in particolare, una certa dottrina, partendo da considerazioni di carattere sistematico, semantico e tenendo conto delle pene edittali comminate, aveva elaborato una nozione di pornografia minorile considerando necessaria, a tal fine, la realizzazione di atti sessuali da parte del minore o sullo stesso, ritenendo che solo in tali casi la sua sessualità venisse messa in gioco in modo tale da provocare un effettivo pericolo per lo sviluppo della

¹⁸ Cfr. Relazione della Corte di Cassazione, *Novità legislative: L. 1 ottobre 2012, n. 172 recante "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno"*, in www.cortedicassazione.it, 9 s.

¹⁹ Si veda quanto rilevato da S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., 28 ss., "in relazione a norme redatte con scarsa determinatezza, il rischio di un'applicazione poco tassativa è alto: in questi casi è la norma – e dunque lo stesso legislatore – che spinge l'interprete a passare dall'interpretazione alla vera e propria creazione, a prescindere da questioni di analogia. E, a ben vedere, è proprio da questo tipo di attività che vengono i rischi maggiori per la legalità del sistema e, dunque, per la certezza del diritto e la libertà dell'individuo".

²⁰ C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertruffa del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 22 ss.

²¹ Per un approfondimento sul punto v. E. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Carcere per chi assiste a spettacoli pornografici*, in *Guida dir.*, 2012, 43, 95. Per un'ampia analisi critica del deprecabile ricorso al diritto penale simbolico nel nostro ordinamento si rinvia a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., *passim*. Cfr. inoltre, G. FIANDACA, *Prolegomeni alla futura riforma del codice penale*, in *MicroMega*, 1991, 5, 202, il quale afferma "Il concetto di legislazione simbolica rispecchia un diritto penale del quale viene enfatizzata la funzione repressiva e di messaggio rivolta all'opinione pubblica o ai suoi settori, a prescindere da ogni attitudine reale di esso ad incidere sui fenomeni criminali da fronteggiare". Ancora sul tema, S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, 2, 494 ss.

²² G. ARIOLLI, *Commento all'art. 600-ter c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. LATTANZI-E. LUPO, XI, II, Milano, 2012, 909 ss.; A. ROIATI, *Quali immagini configurano "materiale pornografico"*, in *Cass. pen.*, 2011, 1412 ss.; A. SCARCELLA, *Tassatività e determinatezza della nozione di pornografia: la Cassazione apre al diritto comunitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 973 ss.; A. CADOPPI, *Commento all'art. 600-ter, I e II comma, c.p.*, in AA. VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 2006, 129 ss.; G. MARRA, *Contenuti e limiti di una definizione*, in *Cass. pen.*, 2005, 3873 ss.; L. GIZZI, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600-ter, primo e secondo comma, c.p. e art. 600-quater c.p.)*, in AA. VV., *I reati sessuali. I reati di sfruttamento di minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, a cura di F. COPPI, Torino, 2007, 399 ss.; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984.

sua personalità²³. La nozione di atto sessuale era stata, dunque, intesa in senso restrittivo, ritenendosi necessario il contatto fisico tra una parte qualsiasi del corpo di una persona e una zona genitale, anale od orale del *partner*²⁴.

La dottrina maggioritaria – e successivamente anche la giurisprudenza²⁵ –, invece, aveva accolto una nozione di pornografia minorile più ampia, ritenendo ricompreso ogni oggetto o spettacolo consistente essenzialmente in manifestazioni dell'istinto sessuale espresso con la riproduzione, rappresentazione o l'esibizione di organi genitali²⁶.

Il legislatore della riforma ha dato riconoscimento normativo all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale prevalente, chiarendo che può considerarsi pornografico non solo il materiale che rappresenti con qualsiasi mezzo un minore coinvolto in attività sessuali, ma anche la mera rappresentazione di organi sessuali, purché si dimostri la sua finalità sessuale: il materiale deve consistere in manifestazioni o sollecitazioni dell'istinto sessuale dei produttori o dei fruitori²⁷.

3. L'art. 600-ter c.p. rappresenta, insieme all'art. 600-bis c.p., la norma cardine di contrasto al fenomeno dello sfruttamento sessuale dei minori, eppure non risulta più in linea con le tendenze degli ultimi anni: se prima il materiale pedo-pornografico era solo quello proveniente dalle attività clandestine dei gruppi criminali, finalizzate al lucro, che mediante lo sfruttamento o l'abuso sui minori si procuravano le immagini o i video da diffondere, oggi, per la maggior parte, questo proviene proprio dai medesimi soggetti raffigurati nelle immagini, mediante una produzione amatoriale spesso da parte di chi non ha la minima consapevolezza dei rischi e delle responsabilità connesse alla diffusione del materiale stesso²⁸.

Il *sexting*, consistente nell'invio di messaggi con video o immagini sessualmente allusive attraverso internet e gli *smartphone*, è, quindi, divenuto fenomeno tutt'altro che raro tra i più giovani²⁹.

L'art. 600-ter c.p., tuttavia, nella sua formulazione iniziale, non era stato affatto pensato per questo tipo di condotte, allora del tutto sconosciute. La *ratio* della norma era da rinvenire nella volontà di contrastare e reprimere lo 'sfruttamento' pornografico dei minori attraverso la mercificazione delle loro immagini, fenomeno, tra l'altro, strettamente correlato al circuito della pedofilia³⁰.

²³ A. CADOPPI, *Commento all'art. 600-ter, I e II comma, c.p.*, cit., 128 s.; S. DELSIGNORE, *Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile*, cit., 64.

²⁴ A. CADOPPI, *Art. 3. Commentario delle "norme contro la violenza sessuale"*, in AA. VV., *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 2002, 54.

²⁵ Si veda, *ex multis*, Cass. pen., sez. III, sentenza 22 aprile 2004, n. 25464; Cass. pen., sez. III, sentenza 3 dicembre 2001, n. 5397; T. Perugia, sentenza 8 luglio 2003, in http://www.penale.it/giuris/meri_160.htm.

²⁶ Non ritengono necessario che il minore subisca o compia atti sessuali B. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale. Indagini alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milano, 2000, 157 s. e P. PITTARO, *Le norme contro la pedofilia - A) Le norme di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1226.

²⁷ Cass., sez. III, 22 marzo 2010, n. 10981, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 973 ss., con nota di A. SCARCELLA, *Tassatività e determinatezza della nozione di pornografia: la Cassazione apre al diritto comunitario*; Cass., sez. III, 8 giugno 2004, n. 2546, in *Cass. pen.*, 2004, 3577 ss., con nota di F. CATULLO, *Sullo sfruttamento della prostituzione on line*.

²⁸ M. BIANCHI, *Il "sexting minorile" non è più reato?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, 139 ss.; A. VERZA, *La lettera scarlatta e la presunzione del consenso come forma di whitewashing culturale. Riflessioni a margine tra l'art. 600-ter e il nuovo art. 612-bis, co. 2, c.p.*, in *Studi sulla questione criminale*, IX, 1-2, 2014, 157.

²⁹ Come emerge dal rapporto del progetto "Stop It" pubblicato dalla organizzazione internazionale indipendente *Save the Children*, in www.savethechildren.it/2003/download/Stop-It/Stop-It_2005.pdf.

³⁰ M. BIANCHI, *Il "sexting minorile" non è più reato?*, cit., 139.

A fronte di ciò è, però, innegabile che oggi le modalità con cui la pornografia può arrecare danno ai minori sono aumentate³¹: accanto alla modalità classica, legata al circuito della pornografia, nell'ambito della quale il danno al minore è arrecato dalla produzione stessa del materiale pedo-pornografico che lo ritrae – mediante il suo abuso o il suo sfruttamento per scopi di lucro –, si registra una modalità nuova, in forza della quale, sempre più frequentemente, il danno si realizza per effetto della diffusione o cessione di materiale pornografico prodotto direttamente dal minore raffigurato, quindi senza la sua manipolazione o il suo sfruttamento³². Questa nuova modalità di offesa vede il suo momento centrale, in cui si concentra l'abuso, nella diffusione del materiale, ove, invece, la sua produzione (il c.d. *sexting* primario) non rappresenta altro che il mezzo che ne rende possibile la divulgazione (il c.d. *sexting* secondario)³³.

Nonostante le avvertite istanze di tutela, in occasione della novella del 2012 il legislatore non ha provveduto ad adattare efficacemente la disposizione di cui all'art. 600-ter c.p. alle emerse modalità di produzione del materiale pedo-pornografico, mantenendo intatto nella norma il riferimento al «materiale di cui al primo comma» contenuto nei commi successivi, e senza occuparsi dell'eventuale rilevanza penale delle condotte di divulgazione, diffusione, distribuzione, pubblicizzazione, cessione o offerta svincolate dalla produzione del materiale da parte di terzi mediante l'utilizzazione del minore³⁴.

Si sta, infatti, diffondendo la tendenza a girare video o ad auto scattarsi foto tramite cellulari di ultima generazione, i c.d. *selfie*, da condividere, con amici e non, anche sui *social media*. Pratica diffusa che giunge a comprendere la condivisione di *selfie* sessualmente espliciti. Seppure tale fenomeno riguarda soggetti di ogni età, è il coinvolgimento di minorenni nella realizzazione delle immagini 'condivise' a sfondo sessuale, ad aver, in particolar modo, destato l'attenzione degli studiosi, oltre che dell'opinione pubblica, nel corso degli ultimi anni³⁵.

4. A tal proposito, con la sentenza n. 11675 del 2016, la terza sezione penale della Corte di cassazione ha confermato come la normativa attuale sulla pedo-pornografia, fenomeno certamente verificabile anche mediante il '*sexting*' che coinvolga minorenni, non risulti adeguata a far fronte alle emergenti istanze di tutela minorile connesse a tali pratiche. Nella specie, il caso riguardava alcune fotografie pornografiche scattate autonomamente da una minorenne e inviate dalla stessa di propria iniziativa ad alcuni amici – minorenni –, i quali, a loro volta, le condividevano con altri amici, ad eccezione di uno di essi che le teneva per sé. Mentre quest'ultimo veniva accusato del reato di cui all'art. 600-*quater* c.p., ovvero detenzione di materiale pedo-pornografico, per tutti gli altri veniva

³¹ A. NATALINI, *Pornografia minorile e chat line: rilevanza penale e spunti problematici della pedofilia telematica*, in *Giur. It.*, 2003, 548 ss.

³² A. VERZA, *Le modalità telematiche di persecuzione nella legge 119/2013. Un'occasione mancata*, in *Sociologia nel diritto*, 2013, 3.

³³ ID., *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico. Considerazioni sociologiche e giuridiche a margine di una recente sentenza in materia*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 22 aprile 2015, p. 3 ss.; C. DI FRANCISCO, *The Sexting Case: Teenage Sexting, The New Constitutional Dilemma*, 8, *Seton Hall Cir. Rev.*, 2011-2012, 190.

³⁴ A. VERZA, *Sexting e pedopornografia: i paradossi*, in *Ragion Pratica*, 2013, 2, 576 ss.

³⁵ ID., *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico. Considerazioni sociologiche e giuridiche a margine di una recente sentenza in materia*, cit., 12; M. BERTOLINO, *Fattispecie di reato e delinquenza minorile: questioni attuali di imputabilità*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. VINCIGUERRA-F. DASSANO, Napoli, 2010, 64 ss.

formulata la più grave imputazione di cessione di materiale pedo-pornografico *ex art. 600-ter*, comma 4, c.p.³⁶.

Tuttavia, i giudici di merito rilevavano come il reato di cui all'art. 600-ter, comma 4, c.p. non fosse configurabile nel caso di specie, in quanto ad essere sanzionata fosse la cessione di materiale pedo-pornografico a condizione che fosse stato realizzato da un soggetto diverso dal minore raffigurato, mentre i *selfie* incriminati erano stati scattati e inviati agli imputati proprio dalla minore. Pertanto, si escludeva la ricorrenza del reato di cui all'art. 600-ter, comma 4, c.p. non considerando la minore 'utilizzata'.

Avverso tale decisione proponeva ricorso per Cassazione il P.M., lamentando l'erronea applicazione della legge penale in base all'assunto che il reato di cui all'art. 600-ter, comma 4, c.p. troverebbe applicazione ogni qual volta l'oggetto della cessione sia *sic et simpliciter* materiale pedo-pornografico, a prescindere dal fatto che lo stesso sia stato realizzato da soggetti terzi mediante l'utilizzazione del minore.

La Corte, tuttavia, non condividendo tali argomentazioni, rigettava il ricorso. In sostanza, i giudici affermavano che il reato *de quo* sanzionasse sì la cessione di materiale pedo-pornografico, ma a condizione che questo fosse stato realizzato da un soggetto diverso rispetto al minore raffigurato, come si desumerebbe dal richiamo, contenuto nella medesima disposizione, al «materiale di cui al primo comma» che tale presupposto richiede espressamente, distinguendo nettamente il soggetto utilizzatore dal minore utilizzato³⁷. Nel caso di specie, le immagini erano state auto-scattate direttamente dalla vittima di propria iniziativa e dalla stessa volontariamente cedute ad altri, sì che essa non poteva ritenersi essere stata 'utilizzata' da terzi soggetti; dal che, si desumeva l'impossibilità di sussumere la fattispecie concreta nell'ipotesi di reato ascritta, pena, si legge, la violazione del divieto di analogia *in malam partem*.

In sostanza, presupposto necessario e indefettibile per la configurabilità delle fattispecie di reato previste dal comma secondo e seguenti dell'art. 600-ter c.p. è costituito dall'alterità e dalla diversità tra il minore rappresentato nel materiale pornografico (nella specie, i *selfie*) e il soggetto che produce il materiale stesso.

Nella sentenza in commento, la Corte ripercorre le incertezze ermeneutiche emerse sotto la vigenza della originaria formulazione della disposizione di cui all'art. 600-ter c.p. (in ordine, ad esempio, al concetto di 'sfruttamento' e all'eventuale fine di lucro sottostante, nonché alla necessità o meno di impiegare una pluralità di minori per configurare il delitto di cui al comma primo, così come in ordine all'avverbio 'consapevolmente' di cui al comma quinto), e ricordando le modifiche a cui la disposizione è stata sottoposta, con la legge n. 38 del 2006 e n. 172 del 2012, ritiene che il fondamento dell'intera previsione debba essere rinvenuto proprio nel comma primo dell'articolo, «decisivo per l'interpretazione anche dei successivi», e quindi anche della condotta di 'cessione di materiale pedo-pornografico', contestata agli imputati³⁸. È stato osservato, del resto, che se è vero che il comma secondo punisce chi commercializza materiale pedo-pornografico, il terzo chi lo distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza e il quarto chi lo offre o cede ad altri, è pur vero che tutte

³⁶ Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 2016, n. 11675.

³⁷ Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 2016, n. 11675, cit.

³⁸ Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 2016, n. 11675, cit.

queste condotte presuppongono, inevitabilmente, che vi sia un soggetto che, a monte, abbia prodotto il materiale stesso, utilizzando soggetti minori³⁹.

La Corte, dunque, focalizza la sua attenzione su due dati: il riferimento alla «utilizzazione» del minore di cui al comma primo; il rinvio al «materiale pornografico di cui al primo comma» contenuto nei commi successivi. In merito al primo, il riferimento sarebbe ad un concetto di utilizzo di tipo ‘strumentale’ del minore, sia per motivi di lucro che non, in linea con la *ratio* della norma che si prefigge lo scopo di salvaguardare i minori da gravi e deplorevoli forme di abuso sessuale⁴⁰.

Sul versante dottrinale si sono formati opposti orientamenti. Da un lato, vi sono studiosi che ritengono sufficiente che tale strumentalizzazione sia rivolta alla produzione di materiale pornografico anche solo per uso privato⁴¹; dall’altro, al fine di ridurre l’ambito di operatività della norma incriminatrice e di escluderne la portata in quei casi che esulerebbero dalla *ratio* della normativa, si sostiene una interpretazione restrittiva del concetto di ‘utilizzazione’, pur ammettendosi le difficoltà che il giudice incontrerebbe nel dare un significato concreto allo stesso, rischiando per tale via di forzare eccessivamente il dato normativo⁴².

Infine, si registra un orientamento che, mettendo in maggiore evidenza l’illimitata potenzialità diffusiva del materiale pedo-pornografico realizzato mediante le nuove tecnologie, ridimensiona il concetto di ‘utilizzazione’ del minore e riconosce maggiore rilevanza, ai fini della incriminazione, al pericolo concreto di circolazione incontrollata del materiale illecito raffigurante minori di anni diciotto. Secondo tale impostazione, dunque, la libera circolazione delle immagini *de quibus* costituirebbe una spinta per i terzi alla commissione di futuri reati di abuso ai danni dei minori, indentificando le vittime del reato di cui all’art. 600-ter c. non solo nei minori concretamente utilizzati e raffigurati nelle immagini divulgate o fatte circolare, ma in tutti i minori esposti al pericolo di facili abusi in loro danno per effetto di tale sollecitazione⁴³. Per tale via, l’interesse tutelato si trasformerebbe da individuale a collettivo, e riguarderebbe la dignità e l’equilibrato sviluppo di tutti i fanciulli, anche in funzione sociale, affinché non siano ridotti a mero strumento di soddisfazione sessuale. È chiaro, dunque, che spostando l’attenzione sul pericolo insito nella diffusione delle immagini, risulti inutile pretendere, ai fini della incriminazione, la necessaria sussistenza dello sfruttamento a monte del minore, che potrebbe quindi aver prodotto esso stesso il materiale pedo-pornografico⁴⁴.

³⁹ F. PICCICHÈ, *La pornografia minorile: inquadramento e problematiche*, in *Riv. pen.*, 2009, 7-8, 787 ss.; ID., *Cessione di selfie pedopornografici: la Cassazione esclude la configurabilità del reato di cui all’art. 600-ter, comma 4, c.p.*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 15 maggio 2016.

⁴⁰ Cfr., *ex multis*, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, Padova, 2013, 496.

⁴¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II, 1, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, 173 s.; L. GIZZI, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600-ter, primo e secondo comma, c.p. e art. 600-quater c.p.)*, in AA. Vv., *I reati sessuali. I reati di sfruttamento di minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, a cura di F. COPPI, Torino, 2007, 402 ss. Si precisa che, secondo altra impostazione ermeneutica, la realizzazione del materiale *de quo* per uso esclusivamente personale integrerebbe, in luogo del delitto di cui all’art. 600-ter c.p., il meno grave reato di cui all’art. 600-quater c.p. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, Padova, 2013.

⁴² A. CADOPPI, *Commento all’art. 600-ter, I e II comma, c.p.*, cit., 64.

⁴³ L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l’offesa dei beni giuridici*, in AA. Vv., *Scritti per Federico Stella*, a cura di G. FORTI-M. BERTOLINO, II, Napoli, 2007, 1293 ss.

⁴⁴ ID., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6 febbraio 2006, n. 38)*, cit., 1069.

A tal proposito la Suprema Corte, nello specificare il concetto di utilizzazione del minore, conferma la posizione già assunta dalle Sezioni unite con la sentenza n. 13 del 2000⁴⁵ che, nell'esaminare la condotta di cui all'art. 600-ter c.p., aveva fornito un'interpretazione del termine 'sfruttamento', quale utilizzazione del minore «a qualsiasi fine (non necessariamente di lucro), sicché sfruttare i minori vuol dire impiegarli come mezzo, anziché rispettarli come fine e come valore in sé: significa insomma offendere la loro personalità, soprattutto nell'aspetto sessuale, che è tanto più fragile e bisognosa di tutela quanto più è ancora in formazione e non ancora strutturata»⁴⁶. Tale decisione, seppur emessa sotto la previgente lettera della norma – ove il riferimento era allo 'sfruttamento' e non alla 'utilizzazione' del minore –, ad avviso dei giudici di legittimità costituirebbe ancora un imprescindibile riferimento a fini interpretativi anche per le versioni successive, compresa quella vigente⁴⁷.

Pertanto, la circostanza che la condotta di utilizzazione, e quindi di produzione, sia stata realizzata da un soggetto diverso rispetto al minore rappresentato, si ritiene sia elemento costitutivo del reato di cui all'art. 600-ter, comma primo, c.p.⁴⁸. In altre parole, l'utilizzazione dei minori come 'mezzo' è un'attività che costituisce la modalità esecutiva tipica della condotta di produzione di materiale pedo-pornografico di cui al comma primo dell'art. 600-ter c.p.

Questa operazione ermeneutica consente di ritagliare la tipicità della norma, così da escludere che condotte non implicant una tale utilizzazione-strumentalizzazione del minore possano essere considerate idonee ad integrare il reato *de quo*, perché non caratterizzate dalla alterità tra utilizzatore e utilizzato.

Tale alterità manca nell'ipotesi in cui il soggetto che ha prodotto le fotografie, poi cedute a terzi, non ha strumentalizzato un altro minore, bensì solo sé stesso.

Ed è proprio tale aspetto che mette in luce come, in casi simili, manchi la soggezione di un individuo rispetto ad un altro, condizione necessaria ai fini della integrazione della fattispecie e come un utilizzo meramente 'riflessivo' della corporeità minorile da parte dello stesso soggetto raffigurato non rilevi penalmente, per lo meno non ai sensi dell'art. 600-ter c.p.⁴⁹.

Atteso che il concetto di utilizzazione rilevante ai fini del perfezionamento del reato presuppone sempre l'alterità e la diversità tra utilizzatore e utilizzato, dovrebbe chiarirsi quale portata possa assumere il consenso del minore alla produzione del materiale pornografico. Problemi di ragionevolezza si pongono, infatti, nell'ipotesi in cui il materiale pedo-pornografico sia stato commercializzato, detenuto, divulgato, distribuito, prodotto, pubblicizzato, ceduto o offerto con il consenso del minore, considerato che, in tal caso, il fatto rischia ugualmente di integrare il reato *de quo*.

Ma, nella sostanza, qual è la differenza tra immagini pedo-pornografiche autoprodotte (i c.d. *selfie*) e come tali estranee al fatto tipico descritto dall'art. 600-ter, comma primo, c.p. e immagini

⁴⁵ Cass., Sez. un., 31 maggio 2000, n. 13, in *Riv. pen.*, 2000, 785 ss., anche in *Cass. pen.*, 2000, 1610. In dottrina V. MUSACCHIO, *Pornografia minorile: la Cassazione a Sezioni Unite fornisce l'interpretazione autentica dell'art. 600-ter c.p.*, in *Giur. Mer.*, 2001, 245 ss.

⁴⁶ Cass., Sez. un., 31 maggio 2000, n. 13, in *Foro It.*, 2000, II, 685 ss., con nota di C. RUSSO.

⁴⁷ G. MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la terza via delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2001, 428 ss.

⁴⁸ M. BIANCHI, *Il "sexting minorile" non è più reato?*, cit., 141 s.

⁴⁹ In questo senso A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico. Considerazioni sociologiche e giuridiche a margine di una recente sentenza in materia*, cit., 3.

prodotte e realizzate da un terzo con il libero e consapevole consenso del minore ritratto? E come deve considerarsi, invece, il materiale pedo-pornografico in parte autoprodotta dal minore e in parte realizzata da un terzo?

Ciò che deve rilevare è l'effettiva offensività della condotta, da accertare nel caso concreto: anche l'autoproduzione di immagini dal contenuto sessualmente esplicito potrebbe poi, una volta che le stesse siano state divulgate, cedute o pubblicizzate senza consenso, arrecare un gravissimo pregiudizio al minore raffigurato⁵⁰.

È ragionevole, quindi, che condotte così simili tra loro – quella dell'autoproduzione del materiale pedo-pornografico e quella della produzione ad opera di un terzo con il consenso del minore raffigurato – conducano, una volta commercializzato, distribuito, divulgato, diffuso, prodotto, pubblicizzato, offerto o ceduto, a conseguenze così diverse?⁵¹ Nell'un caso, alla irrilevanza penale dei fatti e, nell'altro, all'integrazione del reato di commercio, distribuzione, divulgazione, diffusione, produzione, pubblicizzazione, cessione o offerta di materiale pedo-pornografico *ex art. 600-ter*, commi 2 e ss., c.p.

La giurisprudenza, tuttavia, non chiarisce che valore abbia il consenso del minore alla realizzazione del materiale pornografico che lo ritrae e, dovendo rimanere aderente al principio di legalità per l'insuperabile chiarezza della scelta effettuata dal legislatore che porta ad escludere la tipicità del reato nella pedo-pornografia autoprodotta, supera il problema affermando che l'eventuale consenso prestato dal minore sia del tutto ininfluenza, rilevando solo, invece, l'elemento della sua utilizzazione⁵².

Ebbene, a fronte della lacuna normativa, la giurisprudenza non ha potuto risolvere il problema, che quindi resta aperto, nonostante non si possa non dare atto della moltitudine di modalità con cui si sta diffondendo il fenomeno del *sexting* minorile, che non sembra poter ammettere grandi differenze in termini di rilevanza penale del fatto quando, per effetto delle successive condotte di commercializzazione, detenzione, divulgazione, distribuzione, produzione, pubblicizzazione, cessione o offerta vengano arrecati danni alla personalità dell'individuo ritratto.

È l'idoneità offensiva della condotta a suggerire, anche in questi casi, il grande disvalore racchiuso in fatti come quelli descritti, pure se svincolati da uno sfruttamento vero e proprio del minore, che per questo, alla luce delle funzioni assegnate dall'ordinamento alla irrogazione della sanzione penale, sembra giustificare la punizione del responsabile.

⁵⁰ M. BIANCHI, *Il "sexting minorile" non è più reato?*, cit., 141 ss. Sul principio di offensività si veda, *ex multis*, G. NEPPI MONDA, *Il reato impossibile*, Milano, 1966, 106 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 14 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 445 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 278 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela delle funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 18 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA - G. INSOLERA, Milano, 1998, 133 ss.; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, 7 ss.; G. NEPPI MONDA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo*, Torino, 2004, 89 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 129 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 4 ss.

⁵¹ L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, cit., 1292.

⁵² Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 2016, n. 11675.

5. La Corte si sofferma su un ulteriore aspetto: considerato che la punibilità di tutte le condotte elencate nei commi 2 e ss. è subordinata alla circostanza che l'oggetto materiale del reato sia il «materiale di cui al primo comma», cosa deve intendersi con tale rinvio? Viene per tale via presupposta, a monte, l'utilizzazione del minore?

Volendo restare il più possibile aderenti al dato letterale, secondo una prima tesi, accolta anche dalla Cassazione nella sentenza del 2016, il rinvio contenuto nei commi 2 e seguenti al «materiale di cui al primo comma» presuppone che l'oggetto materiale delle singole fattispecie descritte nella norma sia sempre stato realizzato mediante l'utilizzazione – *rectius*, sfruttamento – del minore. Da tale considerazione deriva l'irrelevanza penale ai sensi dell'art. 600-*ter* c.p. dei fatti di commercializzazione, detenzione, divulgazione, distribuzione, produzione, pubblicizzazione, cessione o offerta che abbiano ad oggetto materiale pedo-pornografico autoprodotta dal minore, come nel caso dei c.d. *selfie* auto-scattati con il telefono cellulare.

Tuttavia, non essendo stato adeguatamente affrontato il problema della rilevanza da assegnare all'eventuale consenso del minore alla produzione di materiale pornografico, mentre risulterebbe estranea al fatto tipico del reato la condotta di commercializzazione, detenzione, divulgazione, distribuzione, produzione, pubblicizzazione, cessione o offerta di materiale autoprodotta, *quid iuris* quando le condotte successive siano realizzate senza il consenso del minore raffigurato che abbia auto-scattato il *selfie*? Risulta irragionevole, infatti, ritenere non integrato il reato di cessione di materiale pedo-pornografico di cui all'art. 600-*ter*, comma quarto, c.p. per il solo fatto di avere ad oggetto immagini in cui sia mancata l'utilizzazione del minore, intesa come sfruttamento, nella fase della loro realizzazione⁵³. E risulterebbe, invece, sempre integrato il reato di cui all'art. 600-*ter* c.p. nell'ipotesi in cui il materiale commercializzato, detenuto, divulgato, distribuito, prodotto, pubblicizzato, ceduto o offerto sia stato realizzato da terzi con il libero consenso del minore.

Per risolvere il problema si è di recente registrato un orientamento giurisprudenziale che tende a ridimensionare notevolmente la rilevanza del rinvio al «materiale di cui al primo comma» contenuto nelle fattispecie di cui ai commi successivi, riconoscendone l'operatività indipendentemente dalla utilizzazione a monte del minore raffigurato⁵⁴. Nello specifico, si ritiene che sia irrilevante indagare sull'origine del materiale pedo-pornografico e sulle modalità della loro realizzazione, dovendosi bensì concentrare l'attenzione sulle caratteristiche estrinseche delle immagini, nonché sulla tipicità delle condotte offensive realizzate, che di per sé possono assumere una connotazione criminosa, pur in assenza di una loro concatenazione.

Oltre che il principio di stretta legalità e di prevedibilità delle decisioni giudiziarie⁵⁵, sono le funzioni della pena⁵⁶ che, di volta in volta, possono suggerire o meno l'incriminazione, al fine di

⁵³ D. VALENZA, *Rapporti tra fattispecie e costruzione per gradi di offesa al bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2009, 10, 3852 ss.

⁵⁴ Tribunale di Firenze, Uff. Gip, 10 febbraio 2015, n. 163.

⁵⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 19 dicembre 2016; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 8 ss.

⁵⁶ Sulle funzioni della pena si veda, *ex plurimis*, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979; G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, 227 ss.; M.A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., *passim*; C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, trad. it. a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 3 ss.; A. NAPPI, *La crisi del sistema delle sanzioni penali. Prospettive di riforma*, Napoli,

determinare se condotte analoghe in termini di offensività possano giustificare l'irrogazione della sanzione penale anche laddove manchi una utilizzazione-sfruttamento del minore nella fase di produzione del materiale pedo-pornografico.

Una tale interpretazione, se da un lato risponde alla necessità di garantire una tutela piena ed effettiva ai minori di anni diciotto a fronte di condotte connesse ad immagini pornografiche in loro danno⁵⁷, dall'altro si scontra con la inequivocabile *voluntas legis*, emergente dalla lettera della norma, di incriminare solo quelle condotte che non abbiano ad oggetto materiale prodotto senza 'l'utilizzazione' del minore. Nella sostanza, nel reato di cessione di materiale pedo-pornografico il rinvio al «materiale di cui al primo comma» non rappresenterebbe altro che la scelta del legislatore di pretendere, ai fini della incriminazione della condotta di cessione, un necessario collegamento con la condotta di 'produzione', prodromica rispetto ad essa. Ebbene, più in generale, quindi, per integrare le singole fattispecie sarebbe sempre necessaria la realizzazione di episodi tra di loro concatenati.

È chiaro, tuttavia, che il vero significato del rinvio al «materiale di cui al primo comma» contenuto nei commi successivi dipenda, in buona sostanza, dal significato da attribuire al concetto di 'utilizzazione' del minore, considerata pure la sostituzione del termine originario, 'sfruttamento'. Come già osservato, se si intende riconoscere a tale modifica una funzione ampliativa dell'ambito di operatività dei reati di pornografia minorile, intendendo dunque il nuovo riferimento alla 'utilizzazione' del minore come 'mero impiego' dello stesso, allora tale rinvio non arricchirebbe il significato delle fattispecie descritte nell'articolo e non ne condizionerebbe l'esistenza, ma comporterebbe un allentamento nel collegamento tra la fattispecie di cui al comma primo e quelle successive; se, invece, l'utilizzazione del minore va intesa come strumentalizzazione – nonostante la sostituzione del termine operata dalla novella del 2006 –, come è preferibile ritenere e come ha chiarito anche la Corte nella sentenza n. 11675 del 2016, allora resterebbe intatto il forte disvalore della condotta 'a monte' di produzione del materiale pornografico che permeerebbe poi tutte le fattispecie successive; da cui deriverebbe la necessità che le immagini commercializzate, detenute, divulgate, distribuite, prodotte, pubblicizzate, cedute o offerte siano sempre realizzate mediante l'offesa e lo sfruttamento del minore, e dunque non quando siano da esso stesso autoprodotte⁵⁸.

6. A ben vedere, quest'ultima pare l'unica interpretazione coerente con la lettera della norma e con la necessità di non cadere in un'applicazione analogica *in malam partem*⁵⁹ delle fattispecie dell'art. 600-ter, commi 2 e ss., c.p.

2010, 95 ss.; L. EUSEBI, voce *Pena criminale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, V, Milano 2006, 190 ss.; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Napoli, 1958, *passim*; L. EUSEBI, *La pena «in crisi»: il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; F. MANTOVANI, *Francesco Carrara e la funzione della pena*, in AA. VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano, 1991, 299 ss.; M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 258 ss.; A. NAPPI, *Principio personalistico e 'binomi indissolubili'. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, cit., 34 ss.

⁵⁷ L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, cit., 1291 s.

⁵⁸ A. CADOPPI, *Commento all'art. 600-ter, I e II comma, c.p.*, in AA. VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., 165 ss.

⁵⁹ Per una vigorosa riaffermazione del divieto di analogia si vedano, tra gli altri, G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.; N. MAZZACUVA, *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 436 ss.; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 33 ss.; D. PULITANÒ,

D'altronde, qualora il legislatore avesse voluto davvero ampliare l'ambito di operatività dei reati di pornografia minorile, intendendo il nuovo riferimento alla 'utilizzazione' non come strumentalizzazione del minore ma come 'mero impiego' dello stesso, lo avrebbe chiaramente indicato, o al più, in occasione della novella del 2012 con cui ha inserito, al comma settimo, la definizione di pornografia minorile, avrebbe potuto modificare il rinvio al «materiale di cui al primo comma» contenuto in tutte le sotto-fattispecie, con il rinvio al «materiale di cui al settimo comma», punendo così anche i fenomeni di *sexting*⁶⁰.

Tuttavia, non lo ha fatto, per cui non si può non riconoscere il pregio della sentenza commentata che dimostra come la normativa attuale in materia male si attagli ai nuovi fenomeni di *sexting*. Nei reati di pedofilia minorile il massimo disvalore è riconosciuto, infatti, alla produzione del materiale pedo-pornografico, atteso che è in questa fase che l'autore del reato entra in contatto con la vittima e il bene giuridico tutelato dalla norma viene esposto maggiormente in pericolo. In altre parole, è qui che l'offensività della condotta è maggiormente pregnante e l'incriminazione del responsabile risulta coerente con i principi di legalità, materialità e necessaria offensività del fatto di reato così da permettere alla sanzione penale irrogata di svolgere le funzioni sue proprie⁶¹.

Nelle condotte di commercializzazione, detenzione, divulgazione, distribuzione, produzione, pubblicizzazione, cessione o offerta connesse a materiale pedo-pornografico prodotto volontariamente dal minore, invece, l'offesa al minore raffigurato viene arrecata proprio tramite la diffusione incontrollata delle immagini. In questi casi, quindi, pur trattandosi di materiale che effettivamente integra la definizione di pornografia minorile, allo stato, in assenza di una normativa che tenga debitamente conto di tali nuovi fenomeni criminali, una forzatura ermeneutica del dettato normativo dell'art. 600-ter c.p. porterebbe con sé il rischio di dare vita ad incertezze giuridiche al solo fine di non lasciare impunte condotte comunque offensive che necessitano, secondo il sentimento comune, di essere sanzionate penalmente. Ricondurre casi come quello in analisi alla normativa sulla pornografia minorile significherebbe riconoscere al giudice un potere sostanzialmente normativo e rischierebbe di portare a decisioni irragionevoli e imprevedibili, in contrasto con il principio di uguaglianza e di proporzione⁶².

Essendo compito del legislatore definire con precisione i contorni di un precetto, è auspicabile un suo intervento volto ad 'aggiornare' le modalità con cui si possa giungere a mercificare la sessualità dei minori, alla luce degli strumenti tecnologici oggi conosciuti e alle nuove tendenze prima inesistenti. È da escludere che possa sopperire a tale esigenza una interpretazione estensiva della norma al fine di ricondurvi anche i casi di video o immagini autoprodotte dai minori stessi con gli *smartphone*: si sfocerebbe, infatti, in una applicazione analogica della disposizione, ovviamente *in malam partem*, e come tale vietata.

Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice, in AA. VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. PELLIZZONE, Torino, 2017, 65 ss.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006, 265 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 150 ss.; A. NAPPI, *Principio personalistico e 'binomi indissolubili'. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, cit., 359 ss.

⁶⁰ M. BIANCHI, *Il "sexting minorile" non è più reato?*, cit., 152.

⁶¹ M. BIANCHI, *op. loc. ult. cit.*

⁶² Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 2016, n. 11675, cit. In dottrina, tra i tanti, D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 29 ss.

È pure vero, tuttavia, che in giurisprudenza si sta diffondendo la tendenza a riconoscere al principio di legalità un senso sempre più sostanziale, abbandonandone una visione prettamente formale⁶³. Una legalità intesa in senso formale annienta, infatti, ogni margine di discrezionalità del giudice, proprio al fine di arginarne gli arbitri e prevenire l'imprevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Ma un tale rigorismo, se da un lato rappresenta la massima espressione della garanzia di tutela dei consociati e della loro libertà personale a fronte degli imprevedibili orientamenti dei singoli giudicanti – *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* –, dall'altro potrebbe limitare la fisiologica necessità di adattare le norme penali alle emergenti esigenze di tutela.

È vero che il contenuto reale della norma, come afferma autorevole dottrina⁶⁴, lo si raggiunge solo all'esito dell'attività ermeneutica e dell'applicazione al caso concreto, dando così vita al 'diritto vivente', ma è pur vero però che quando una disposizione è costruita in termini tali da non riuscire a ricomprendere fatti che pure manifestano il medesimo disvalore, allora il giudice non potrà spingersi oltre tali confini, pena la violazione dei principi di legalità, separazione dei poteri e prevedibilità delle decisioni giudiziarie⁶⁵.

Problema nodale attorno al quale ruota il dibattito relativo ai limiti dell'ermeneutica giudiziale è certamente quello del rapporto tra principio di legalità e prevedibilità delle decisioni giudiziarie. La difesa della riserva di legge, insieme agli specifici attributi della tassatività e della determinatezza, rimane una precondizione necessaria per assicurare la garanzia della prevedibilità del diritto penale⁶⁶. Se è certamente da abbandonare il mito di una riserva di legge perfetta e l'idea di un giudice quale mero esecutore meccanico della stessa, è tuttavia opportuno che la legge, determinata, precisa e non lacunosa, sia posta dall'organo politico a ciò deputato, garantendo così la neutralità e la prevedibilità della sua applicazione ad opera del giudice⁶⁷.

Ecco che emerge chiaramente, quindi, come, nella vicenda appena descritta, la Corte sia rimasta fedele al rispetto del principio di legalità, in presenza di una norma il cui dettato letterale, seppur carente sotto il profilo esaminato, non avrebbe consentito una interpretazione estensiva volta a ricomprendervi anche i fenomeni del *sexting*, e come esigenze di giustizia sostanziale non possano comunque spingere il giudice a forzare i confini della norma penale come tratteggiati dal legislatore, pure nel caso in cui ciò determini una lacuna normativa, che è compito soltanto del legislatore colmare. E ciò anche quando tale lacuna derivi dall'evoluzione delle modalità aggressive con cui può manifestarsi l'offesa ad un medesimo bene giuridico, non ancora prese in considerazione dal legislatore.

⁶³ M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 6 giugno 2016, 17 s.; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 8 ss.

⁶⁴ V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, 195 ss.

⁶⁵ D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 29 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; ID., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. Fior.*, 2007, 1251 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quad. Fior.*, 2007, 1279 ss.

⁶⁶ Afferma la necessità di una 'prevedibilità sistemica' quale substrato del principio di legalità A. NAPPI, *Principio personalistico e 'binomi indissolubili'. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, cit., 281 ss., 394 ss. Si veda anche S. MILONE, *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, 8 ss.

⁶⁷ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 105 ss.; D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 49 ss.; A. NAPPI, *Principio personalistico e 'binomi indissolubili'. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, cit., 281 ss.

Non pare, dunque, che, allo stato, la giurisprudenza sia dotata di strumenti adeguati e proporzionati per contrastare tale nuovo fenomeno, e per questo, in attesa di un intervento legislativo di riforma, spesso compie rischiosi sforzi per non lasciare impuniti fatti che meritano una risposta sanzionatoria⁶⁸.

⁶⁸ Tribunale di Firenze, Uff. Gip, 10 febbraio 2015, n. 163, cit.

Consenso informato, alleanza terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: un giusto contemperamento tra autodeterminazione e solidarismo

ANTONIO NAPPI

ABSTRACT

The article deals with the new legislative configuration assumed by the right of therapeutic self-determination in the Italian legal system, also making reference to the jurisprudence of the Court of Cassation and to supranational sources. The new discipline of informed consent, therapeutic alliance and advance treatment provisions, which also concerns underaged and incapable of discernment, has repercussions on the legal responsibility of health personnel; all aspects likewise deepened in the essay.

SOMMARIO: 1. Biodiritto e pluralismo come criterio guida del diritto penale degli stati democratici. – 2. Le resistenze incontrare dal principio di laicità nel nostro ordinamento, anche in tema di trattamenti sanitari. – 3. Autodeterminazione terapeutica: la maggior celerità della giurisprudenza, rispetto al legislatore, nel riconoscerne il diritto. – 4. L'approdo legislativo al diritto di autodeterminazione terapeutica. – 5. Il principio del consenso informato quale presupposto dell'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica. – 6. Le disposizioni anticipate di trattamento. – 7. Il ruolo di minori e incapaci nelle scelte terapeutiche che hanno ad oggetto la propria salute. – 8. Idratazione e alimentazione artificiali come trattamenti sanitari. – 9. Il solidarismo nel biodiritto in campo medico: alleanza terapeutica, pianificazione condivisa delle cure, terapia del dolore. – 10. Autodeterminazione terapeutica e responsabilità penale del medico. – 11. Obiezione di coscienza in ambito sanitario.

1. In tema di fine vita, così come in ognuna delle questioni afferenti al biodiritto, assume un ruolo particolarmente significativo il tasso di democraticità dell'assetto ordinamentale: negli ordinamenti autoritari, infatti, viene ritenuto legittimo l'imporre una monolitica visione ideologica e il configurare «quali regole di condotta, addirittura sanzionate penalmente, precetti propri di determinate fedi religiose o concezioni filosofiche»¹.

¹ G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2009, 3, 486.

Un sistema giuridico rispettoso del pluralismo dei valori e del principio di laicità², invece, dovrebbe valorizzare la coesistenza dei cittadini appartenenti alle diverse confessioni religiose e, inoltre, di questi con i non credenti³.

Lo Stato, in quest'ottica, non dovrebbe intromettersi nelle scelte individuali, specie nei settori eticamente sensibili: in primo luogo, quindi, per quanto attiene all'oggetto della nostra indagine, in relazione a bioetica e biodiritto⁴.

In effetti, la ritrosia ad intervenire nelle scelte attinenti alla sfera individuale costituisce uno dei pilastri degli ordinamenti democratici⁵, che si fondano non solo sull'interazione tra le diverse ideologie⁶, ma anche sul reciproco beneficio derivante dagli «scambievoli completamenti»⁷ tra esse: forme di stato così intese sono incompatibili con la paternalistica pretesa di un intervento pubblico

² Molteplici e delineati con precisione sono gli 'indicatori costituzionali' del carattere laico del diritto penale: sul punto cfr., *ex plurimis*, D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 ss.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, Bologna, 2007, 142 ss.; G. MANIACI, *Esercizi di confutazione su eutanasia e suicidio assistito*, in *Ragion pratica*, 2013, 40, 241 ss. Con diversità di accenti, M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss., nonché, in epoca meno risalente, ID., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 493 ss. Per ulteriori, autorevoli spunti di riflessione si rinvia a T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1087 ss.; S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, *ivi*, 1093 ss.; GIOV. DE FRANCESCO, *Pauca dicta sui fondamenti e sui principi del diritto penale*, *ivi*, 1337 ss. Si veda inoltre L. RISICATO, *Laicità e principi costituzionali, Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, la cui Sezione I dell'opera monografica è pubblicata anche in *www.statoechiase.it*, giugno 2008, 1 ss.: la Studiosa esamina analiticamente i suddetti 'indicatori', dopo averli individuati negli artt. 2, 3, 13, 25, 2° co., 27 commi 1° e 3° co., 32 Cost., che esprimono – tra gli altri – i principi cardine di uguaglianza, materialità, offensività, legalità, colpevolezza, finalismo rieducativo della pena e autodeterminazione responsabile. Nell'ambito dell'amplissima bibliografia in materia cfr., esemplificativamente, in relazione alle disposizioni costituzionali richiamate, A. BARBERA, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 50 ss.; A.S. AGRÒ, *Commento all'art. 3, comma 1, Cost.*, *ivi*, 123 ss.; S. BARTOLE, *Stato laico e Costituzione*, in AA.VV., *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano, 2007, 12 ss.; G. AMATO, *Commento all'art. 13 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Torino, 2018, 100 ss.; A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27 I comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, 1991, 1 ss.; G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 III comma Cost.*, *ivi*, 222 ss. Più di recente, *ex plurimis*, M. CROCE, *Dalla laicità dello Stato alla laicità del (bio)diritto. Ipotesi ricostruttive del pensiero di Rodotà*, in *Biolaw Journal. Rivista di biodiritto*, 2018, n. 1, 114 ss.

³ G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 486.

⁴ Cfr. S. MOCCIA, *Bioetica o 'Biodiritto'? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 863 ss., che esprime la condivisibile idea di accordare preminenza, in materia, alla prospettiva eminentemente giuridica, nonostante la dimensione filosofica, morale e religiosa che la connota. Cfr., in tema di bioetica e biodiritto, *ex multis*, S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in AA.VV., *Bioetica*, a cura di A. Di Meo e C. Mancina, Bari, 1989, 41 ss.; ID., *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, in *Questioni di bioetica*, a cura di S. Rodotà, Bari-Roma, 1993, 421 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Bioetica e diritto*, in AA.VV., *Medicina e diritto*, cit., 23 ss.; V. PATALANO, *Manipolazioni genetiche, aborto ed eutanasia*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, II, a cura di S. Moccia, Napoli, 2002, 83 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 546 ss.; D. PULITANÒ, *Biodiritto e diritto penale*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di P. Zatti e S. Rodotà, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, Milano, 2010, 637 ss. Precisa che al biodiritto sono ascrivibili esclusivamente gli aspetti giuridici del dibattito volto a trovare le soluzioni alle questioni bioetiche, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 7.

⁵ Si veda, al riguardo, *ex plurimis*, C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del «secolo delle paure»*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo e A. Sessa, Napoli, 2017, 177 ss.

⁶ Principi che, di certo, sono accolti dalla nostra Costituzione: cfr., in tal senso, S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1994, *Introduzione*, XXI.

⁷ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 23, il quale – *ivi*, 21 ss. – evidenzia che l'analisi delle matrici ideologiche di un ordinamento giuridico «consente un'elaborazione normativa ed un'attività interpretativa coerenti e praticabili, in quanto funzionali alle opzioni fondamentali». Si rinvia inoltre a T. PADOVANI, *Ideologia ed effettività nei principi di diritto penale*, in *Dir. rom. att.*, 2003, 10, 61 ss.

che persegua finalità eticizzanti⁸ o manipolatorie della personalità⁹, volte ad educare i cittadini o a perseguire «scopi divini o comunque trascendenti»¹⁰.

Preferibili sono, piuttosto, le opzioni conformi al principio di laicità, che in negativo argina la criminalizzazione dell'immoralità (*recte*: di una moralità diversa da quella condivisa da chi detiene il potere) e, in positivo, ancora la penalità legittima alla meritevolezza di pena¹¹: in quest'ottica è il criterio della dannosità sociale a fornire il *discrimen* della legittimità delle fattispecie incriminatrici, le quali dovrebbero mirare a garantire la pacifica convivenza¹², mediante soluzioni il più possibile condivise.

Scelte di politica criminale ispirate al canone del pluralismo risultano, a ben vedere, funzionali anche all'enucleazione di un sistema penale conforme ai dettami dell'*extrema ratio*¹³, che rendono la criminalizzazione conforme ai dettami ordinamentali solo se strettamente necessaria¹⁴ e volta quindi non a tutelare una visione ideologica rispetto ad un'altra, bensì a sanzionare la violazione di fondamentali diritti altrui¹⁵ al fine¹⁶, aderente ad un'impostazione secolare¹⁷, di realizzare la pace sociale¹⁸.

⁸ Si esprimeva in senso opposto, ma in ben diversa 'epoca', tra i tanti, G. BETTIOL, *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1948, 702. Cfr. invece, in accordo con quanto sostenuto nel testo, nell'ambito della vasta bibliografia, C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 79 ss.; C. ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, in *Arch. pen.*, 1982, 32 ss.; G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991, 167 ss.; E. DOLCINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 469 ss. Si veda inoltre, più di recente, *ex multis*, D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 4 ss., che affronta sotto molteplici aspetti i pericoli insiti nell'impropria, frequente sovrapposizione che nella prassi applicativa tende ad operarsi tra diritto e morale.

⁹ Cfr. E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 2002, 469 ss.

¹⁰ Si rinvia, *ex multis*, a E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 105 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflessioni illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; C.E. PALIERO, *La "doble función" del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano*, in *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales* (Barcelona, 2009), Valencia, 2010, 139 ss.

¹¹ C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del «secolo delle paure»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1182. Cfr., sul tema, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, nonché, nel campo che qui ci occupa, ID., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1386 ss.

¹² Cfr., in tal senso, G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 72 ss.

¹³ Per una recente analisi di questo fondamentale canone del diritto penale, declinato in connessione al principio di proporzione quale limite all'intervento del diritto penale cfr. GIOV. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 11 ss., spec. 13 ss. Lo studioso, *ivi*, opportunamente affronta anche il tema del rapporto tra le scelte di tutela penale tra legislatore e la coscienza sociale in un ordinamento pluralistico, 37 ss., nonché il possibile ruolo della Costituzione come fonte dei beni giuridici tutelabili, 52 ss.

¹⁴ C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 7 ss.

¹⁵ Questo concetto è affrontato in rapporto al pensiero illuministico da G. NEPPIMODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria (Relazione al congresso internazionale organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa sociale, sul tema «Cesare Beccaria e la politica criminale moderna»)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, XXXII, 2, 494 ss.

¹⁶ Sul rapporto tra l'ideologia dominante e gli scopi del diritto penale si soffermava già G. DELITALA, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, 699 ss.

¹⁷ Rinviando, tra i numerosi contributi che evidenziano i rischi connessi alla commistione tra diritto e morale, a S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979; F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1985, 309 ss.; L. PELLICANI, *Modernizzazione e secolarizzazione*, Milano, 1997; V. MORMANDO, *Ragione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 2, 651 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 55 ss.; E. DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale, La Chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1017 ss.; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, 33 ss.

¹⁸ C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, cit., 7.

Solo nel rispetto di questi presupposti la reazione sanzionatoria può aspirare a conseguire esiti di integrazione sociale, conformandosi ai parametri definiti dalla selettività politico-criminale di marca liberale, tutelando beni di diffuso riconoscimento e contribuendo a rafforzare la capacità del sistema di orientare le condotte, pur nel rispetto dell'autodeterminazione individuale¹⁹.

La stessa idea rieducativa²⁰, così intesa, è compatibile con un assetto valoriale democratico, purché – ovviamente – non si sostanzi nella pretesa di inculcare al condannato «una particolare concezione morale o una visione del mondo al posto di un'altra»²¹, ma si limiti a perseguire l'obiettivo di «consentirgli in futuro di condurre una vita esente da reati»²².

2. Seppur fondanti già l'impianto costituzionale, gli assunti si qui descritti ancor oggi rappresentano, per quanto ciò possa sorprendere, esiti speculativi non scontati: la peculiare evoluzione storica del nostro Paese, infatti, non ha agevolato il riconoscimento di questi principi, ma – al contrario – ci ha reso vulnerabili ai rischi sottesi alle società post-secolari, nascenti cioè dal «crollo dell'assetto ideologico-istituzionale successivo al secondo conflitto mondiale», nelle quali, riconquistato un ruolo pubblico delle comunità religiose, è tutt'altro che agevole conseguire esiti congrui ad un 'sistema' «secolarizzato e pluralista»²³, nel contesto di un apparato istituzionale auspicabilmente neutrale²⁴.

Non peregrino, quindi, è stato il richiamo della scienza penalistica²⁵ alla persistente – se non 'ingravescente' – crisi della laicità²⁶.

Rilievi, questi, lungimiranti: non è infatti un caso, a nostro avviso, che la legge n. 219 del 2017, avente ad oggetto il tema dell'autodeterminazione in materia sanitaria, sia stata approvata solo 28 giorni dopo le parole di Papa Francesco²⁷ che – in distonia con la tradizionale ritrosia della Chiesa cattolica sul tema – il 16 novembre 2017, pur manifestando perplessità nei confronti dell'eutanasia²⁸,

¹⁹ In tal senso, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 19.

²⁰ Cfr., sul punto, GIOV. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 20 ss.

²¹ G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, 227 ss.

²² G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 28.

²³ L. RISICATO, *Laicità e principi costituzionali, Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 2.

²⁴ Cfr. J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, Roma-Bari, 2006, trad. it. a cura di M. Carpitella, 164 ss.

²⁵ L. RISICATO, *o.u.c.*, 1 ss.

²⁶ Cfr., sul canone necessariamente laico del diritto penale, *ex plurimis*, oltre agli Autori citati nelle note precedenti, i contributi di cui ai volumi, AA. VV., *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari e V. Pacillo, Bologna, 2005; AA. VV., *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Boniolo, Torino, 2006; AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano, 2007; AA. VV., *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di M. La Torre, M. Lalatta Costerbosa e A. Scerbo, Torino, 2007. Un grande contributo allo sviluppo della tematica in oggetto fu dato da J. STUART MILL, *La libertà* (1859), testo oggi contenuto anche in *La libertà, L'utilitarismo, L'asservimento delle donne*, Milano, 1999. Si rinvia, inoltre, tra i tanti a J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994; U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, 1998; V. FERRONE e D. ROCHE, *L'Illuminismo nella cultura contemporanea*, Bari, 2002; G. GIORELLO, *Di nessuna chiesa. La libertà del laico*, Milano, 2005; J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, Bari, 2006; C.A. VIANO, *Laici in ginocchio*, Roma-Bari, 2006; E. LECALDANO, *Un'etica senza Dio*, Roma-Bari, 2006; V. POSSENTI, *Le ragioni della laicità*, Soveria Mannelli, 2007.

²⁷ Cfr., volendo, A. NAPPI, *Principio personalistico e 'binomi indissolubili'. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, Napoli, 2018, 164 s.

²⁸ Sul concetto di eutanasia e sul tema della disponibilità del bene vita, connesso a quello della persistenza del diritto all'autodeterminazione terapeutica pur ove dal suo esercizio possa conseguire il sacrificio della vita di chi lo esercita cfr., nell'ambito dell'amplissima produzione scientifica in materia e sin da tempi risalenti, M. PORZIO, voce *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 103 ss.; G. GIUSTI, *L'eutanasia. Diritto di vivere. Diritto di morire*, Padova, 1982; F.

ha mostrato attenzione ad ulteriori aspetti delle malattie terminali, sostenendo che sia opportuno non intraprendere, o sospendere, terapie il cui impiego «non corrisponda a quel criterio etico e umanistico [della] proporzionalità delle cure» ed invocando – al contempo – «un supplemento di saggezza, perché oggi è più insidiosa la tentazione di insistere con trattamenti che producono potenti effetti sul corpo ma talora non giovano al bene integrale della persona»²⁹.

Queste ultime considerazioni, che hanno verosimilmente impresso una decisa accelerazione al disegno di legge in materia, erano già state sviluppate in dottrina, affermandosi tra l'altro, pur in chiave problematica in merito alla soluzione da adottare, che «una data terapia, in linea di principio, è da ritenersi suscettibile di interruzione, dal punto di vista etico e da quello giuridico, nel momento in cui divenga sproporzionata»³⁰.

Il Papa, insomma, ha contribuito all'affermazione, sia pur solidaristicamente delimitata, dell'autodeterminazione terapeutica che, in Italia, ha a lungo patito l'eredità di un regime autoritario,

STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1007 ss.; G. GRASSO, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Quad. giust.*, 1986, 60 ss.; F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, 1990, 423 ss.; M. GARAVELLI, *Eutanasia ed attenuante del motivo di particolare valore morale*, in *Cass. pen.*, 1991, 1778 ss.; G. IADECOLA, *Eutanasia. Problematiche giuridiche e medico-legali*, Padova, 1991; F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, II, 1991, 215 ss.; ID., *I delitti di omicidio*, Torino, 1997, 47 ss.; F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, cit., 213 ss.; A. MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1284 ss.; ID., *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. pen.*, 2000, 479 ss.; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere? riflessioni sull'eutanasia*, cit., 94 ss.; D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Bari-Roma, 1995; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 ss., spec. 693 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, II, 74 ss.; ID., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 403 ss.; M. BERTOLINO, voce *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 113 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001; S. TORDINI CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari e G. Fornasari, Bologna, 2001, 99 ss.; ID., *Le forme dell'eutanasia, Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, II, in P. Zatti e S. Rodotà, Milano, 2011, 1824 ss.; L. CORNACCHIA, *Eutanasia, il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello stato*, 2002, 3, 397 ss.; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 752 ss.; ID., *Le diverse tipologie di eutanasia*, in AA.VV., *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di S. Canestrari, Torino, 2006, 117 ss.; ID., *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari.*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, VII, *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Torino, 2011, 681 ss.; ID., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente. Il contributo di un penalista nel Comitato Nazionale per la Bioetica*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, 1355 ss.; ID., *Premessa*, in ID., *Bioetica e diritto penale, Materiali per una discussione*, Torino, 2012, IX ss.; ID., *Principi di biodiritto penale*, cit., 63 ss., spec. 74 ss. ID., *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in AA.VV., *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003, 220 ss.; ID., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 1907 ss.; G. CASSANO e F.G. CATULLO, *Eutanasia, giudici e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 1369 ss.; D. TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in AA.VV., *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, cit., Torino, 2003, 104 ss.; A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 185; ID., *Rifiuto di cure salvavita e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 68 ss.; G. GIUSTI, *Norme sul suicidio assistito e sull'eutanasia*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da G. Giusti, VII, aggiornamento, Padova, 2005, 137 ss.; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., 34 ss. Più di recente si è autorevolmente occupato, *ex plurimis*, del tema M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 15 marzo 2017, 1 ss. Cfr., di recente, sulla natura del consenso dell'avente diritto, la sua collocazione sistematica e le specifiche problematiche che solleva l'idea dell'esistenza di beni indisponibili ed il suo rapporto con i beni invece ritenuti disponibili anche in virtù dell'assetto ordinamentale di riferimento, GIOV. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 339 ss., spec., 341 ss.

²⁹ A. NAPPI, *o.l.u.c.*

³⁰ L. EUSEBI, *Autodeterminazione e affidamento in ambito medico*, in *L'arco di Giano*, 2013, 75, 57 s.

nel quale «non è lo Stato che serve all'individuo, ma sono gli individui e le corporazioni che servono allo Stato»³¹.

Tanti decenni ci son voluti. Eppure, sin dall'entrata in vigore della nostra Costituzione, indiscussa, almeno sul piano normativo, era la «precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato»³² e l'idea dell'emancipazione del diritto da sfere di influenza di tipo religioso o etico³³, quale principio basilare dello Stato democratico³⁴, fondato sulla pluralità di visioni della vita e sul libero confronto tra idee³⁵, nel dialogo tra le diverse componenti istituzionali del tessuto sociale³⁶. Lo Stato, in un simile assetto ordinamentale, dovrebbe rimaner neutrale³⁷, rifiutando l'idea di una verità assoluta e definitiva, in adesione ad un'impostazione razionale ed empirica³⁸: già dal 1948, quindi, si

³¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, VIII, Torino, 1937, 527.

³² Cfr. G. DOSSETTI, in *Atti Assemblea costituente*, I Sc., 19 settembre 1946, citato da G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 486, nota 3.

³³ G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 495, che fa discendere da questa considerazione anche quella relativa alla illegittimità della indiscriminata prevalenza, assegnata dallo Stato, ad una concezione rispetto ad un'altra: essa, infatti, lederebbe in primo luogo i diritti di libertà religiosa e di professare liberamente il proprio credo religioso (art. 19 Cost.). Si rinvia inoltre sul tema a M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss.; M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1382 ss.; L. RISICATO, *Laicità e principi costituzionali, Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., 14 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 65 ss.

³⁴ Si soffermano anche su un *livello individuale di laicità*, inteso quale atteggiamento intellettuale, G. BONIOLO, *Introduzione*, in AA.VV., *Laicità*, cit., XVIII ss.; L. RISICATO, *Laicità e principi costituzionali, Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, 9 s., nonché 16 ss. che identifica la laicità individuale con l'atteggiamento di chi abbia – ed auspicabilmente lasci ad altri – libertà di coscienza nonché di credenza, ossia di professare liberamente la propria fede religiosa ex art. 19 Cost.; libertà di conoscenza, ossia di accedere a tutti i tipi di conoscenza disponibili, nonché di creare nuova conoscenza, attraverso il libero esercizio della ricerca e della sperimentazione scientifica sancito dall'art. 33 Cost; libertà di critica, parte integrante la libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost e la cui restrizione può essere giustificata solo in caso di patente conflitto con altro diritto fondamentale di pari rilievo. Nessuna credenza, nessun valore, nessuna conoscenza, quindi, possono essere giustificati razionalmente come assolutamente veri e in questa condivisibile prospettiva, nella quale relativismo diventa antitesi di integralismo, tornando ad acquisire una connotazione positiva.

³⁵ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., 168.

³⁶ Così G. E. RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., 45, richiamato in senso adesivo da L. RISICATO, *Laicità e principi costituzionali, Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., 13, nota 33.

³⁷ Così S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., 139 s., secondo cui il diritto penale non può castigare costumi immorali, né orientare opzioni culturali individuali o collettive. Definisce la laicità come neutralità dello Stato nei confronti delle religioni e delle rappresentazioni del mondo M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, cit., 494.

³⁸ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale*, cit., 168; L. RISICATO, *o.u.c.*, 15, la quale (ivi p. 4) aggiunge che queste osservazioni valgono, ancor più, alla luce del crescente carattere multiculturale del tessuto sociale, che impone uno sforzo ancor maggiore nel tentativo di individuare comune fondamento alla convivenza nel rispetto delle reciproche diversità. Sulle implicazioni dell'interazione tra multiculturalismo e diritto penale cfr., *ex plurimis*, A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2001; C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale, il caso americano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 187 ss.; ID., *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di C.E. Paliero e E. Dolcini, Milano, 2006, 215 ss.; ID., *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, 3 ss.; ID., *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, 215 ss.; ID., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006; ID., *Società multiculturale e "reati culturali". Spunti per una riflessione*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, 45 ss.; ID., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore e A. Pugiotto, Milano, 2008, 203 ss.; F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturali. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente orientati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 14 ss.; ID., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; C. LONGOBARDO,

sarebbe dovuta riconoscere la prevalenza del diritto di non curarsi rispetto al dovere del medico di salvaguardare la vita del malato³⁹, in adesione ad istanze di libertà individuale⁴⁰. Esplicito in tal senso è l'art. 32, 2° co., Cost.⁴¹, che sancisce un diritto (e non un dovere) alla salute⁴², non essendo configurabile un obbligo costituzionalmente vincolante di vivere o, con riferimento al ruolo del medico, di far vivere⁴³.

Ciononostante, il diritto di autodeterminazione terapeutica ha stentato a lungo ad affermarsi, in virtù dell'irragionevole dominio, denunciato in dottrina⁴⁴, della comunità religiosa su quella laica: si è data prevalenza, in effetti, alla 'sacralità della vita', tutelata quale «principio di ordine pubblico»⁴⁵, frutto di una «morale di stato, anteposta alla morale individuale»⁴⁶, nel contesto della «negazione all'individuo di un ambito giuridicamente protetto da interferenze altrui»⁴⁷.

Le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, in AA.VV., *Atti del Convegno sul tema: La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici* (Napoli, 28-29 ottobre 2009), a cura di A. Cilardo, Napoli, 2011, 55 ss.; C. GRANDI, *A proposito di reati culturalmente motivati*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 3 ottobre 2011; C. SANTORO, *I riflessi penalistici della questione multiculturale. Implicazioni dogmatiche e problemi di politica criminale*, Riga, 2015; G. CROCCO, *Sistema penale e dinamiche interculturali ed interreligiose*, in *Diritto e religioni*, 2015, 1, 108 ss.; C. LONGOBARDO - R. MUZZICA, *Reati culturalmente orientati: una triplice prospettiva criminologica*, in *Rass. it. crim.*, 2015, 1, 47 ss.

³⁹ Così L. RISICATO, *o.u.c.*, 20. Cfr., sul tema della condotta del medico che, nonostante la contraria volontaria del paziente, non adempia al dovere di sospendere le terapie di sostegno vitale, *ex plurimis*, in epoca molto risalente F. GRISPIGNI, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1914, 449 ss., il quale, *ivi* 473 ss., negava la stessa configurabilità del fatto tipico del delitto di lesioni o di altro reato nelle ipotesi di esercizio dell'attività medico-chirurgica; ID., *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico "arbitrario"*, in *Sc. pos.*, 1914, 796 ss. Il lungo corso del dibattito dottrinale in materia è testimoniato da ulteriori contributi: cfr. B. PETROCELLI, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Annali*, 1932, 514 ss.; A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955; R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1970; G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. pen.*, 1973, I, 81 ss. In anni più vicini si veda A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984; ID., *Voce Trattamento medico-chirurgico*, cit., 1992, 1280 ss.; ID., *Trattamento sanitario «arbitrario»: lesioni personali e/o omicidio oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, 449 ss.; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 727 ss.; F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141 ss.; R. BLAIOTTA, *Profili penali della relazione terapeutica*, in *Cass. pen.*, 2005, 11, 3599 ss.; G. FIANDACA, *Luci ed ombre nella pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, II, 306 ss. Nella manualistica un'ampia trattazione è contenuta in R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Roma, 2017, 435 ss.

⁴⁰ Come rilevavamo poc'anzi, infatti, negli ordinamenti liberali e democratici «l'individuo è protetto nella sua libertà anche a scapito degli interessi dello Stato medesimo»: così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, VIII, Torino, 1937, 527, citato da G. COCCO, *o.u.c.*, 486, nota 2.

⁴¹ «Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può, in nessun caso, violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Cfr., sul punto, F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace"?*, cit., 5 ss., nonché L. RISICATO, *o.u.c.*, 19; A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, cit., 540.

⁴² A. SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, 47: il diritto di autodeterminarsi in ambito sanitario è inviolabile e si identifica nella libera «esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo e quindi di rifiutare le cure anche quelle ritenute salvavita». Nello stesso senso cfr. G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 489. Sulla portata dell'art. 32, 2° co., Cost., rinviamo, *ex plurimis*, a D. VINCENZI AMATI, *Commento all'art. 32, 2° comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 167 ss.

⁴³ L. RISICATO, *o.u.c.*, 19.

⁴⁴ Così L. RISICATO, *Laicità e principi costituzionali, Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., 3 s.

⁴⁵ In tal senso invece S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby, una prima lettura, una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561 ss.; cit., 1562; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?* Considerazioni in margine al caso Welby, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5 ss.

⁴⁶ G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 487.

⁴⁷ *Ibidem*.

La ‘sacralità della vita’, invero, nel nostro assetto ordinamentale, andrebbe sì difesa (e strenuamente!); non però contro la volontà del paziente, dovendo piuttosto prevalere il diritto di ogni persona a non subire interventi invasivi indesiderati.

Vero è che, come potrebbe rilevarsi, l’art. 2 Cost., nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell’uomo, richiede – per contro – l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Tra questi, però, non può ricomprendersi quello di sottoporsi a terapie, che incomberebbe sui malati terminali; diversamente, tra l’altro, questi ultimi non potrebbero rifiutare terapie mediche rispetto a qualsiasi altro paziente: la loro posizione giuridica quindi, risulterebbe discriminata⁴⁸.

3. Il diritto vivente, come è noto, ha dato ingresso nel nostro ordinamento al canone di autodeterminazione terapeutica ben prima che il Parlamento emanasse un atto normativo esplicito ed organico in tal senso: sia in relazione ai casi in cui il paziente fosse cosciente, sia nei casi di sopravvenuto suo stato di incoscienza.

Con riferimento a quest’ultima, frequente ipotesi, fondamentale è stata la vicenda giudiziaria seguita alla tragedia di Eluana Englaro: la ragazza, ventunenne e da poco iscritta alla facoltà di lingue di Milano, a seguito di un incidente stradale venne a subire gravissimi danni al cervello ed una frattura della colonna vertebrale. Entrata subito in coma, era stata dichiarata fuori pericolo di vita ma, dimessa nell’aprile del 1992 dal reparto di rianimazione, rimase incosciente senza mai uscire dal coma.

La diagnosi è divenuta definitiva a distanza di un anno dall’incidente: versava in stato vegetativo permanente a causa della degenerazione dei tessuti e dei gravissimi danni alla corteccia cerebrale.

Il padre, tutore della figlia interdetta, presentò ricorso per ottenere l’emanazione di un ordine di interruzione dell’alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico salvavita⁴⁹.

Il Tribunale di Lecco, con decreto del 2 febbraio 2006, dichiarò tuttavia inammissibile il ricorso, giudicando manifestamente infondati i profili di illegittimità costituzionale prospettati in via subordinata⁵⁰.

L’iter giudiziale condusse poi al ricorso per Cassazione del padre di Englaro che, in qualità di suo tutore, chiedeva alla Corte di affermare, come principio di diritto, il divieto di accanimento terapeutico⁵¹, nonché di valutare se alimentazione e idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico potessero qualificarsi “forma di accanimento terapeutico” allorché, come nel caso di specie, questo trattamento invasivo della persona non arrecasse benefici, se non il prolungamento forzato di una vita ridotta a pura funzionalità meccanica e biologica⁵². Veniva inoltre posto al giudice il quesito relativo alla possibilità di interrompere la somministrazione, ove la richiesta in tal senso del tutore corrispondesse alle opinioni a suo tempo espresse dalla paziente su situazioni prossime a quella

⁴⁸ Cfr. L. RISICATO, *o.u.c.*, 23.

⁴⁹ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in fatto* § 1.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Qualora tale risultato ermeneutico fosse precluso per effetto degli artt. 357 c.c. e 732 c.p.c., ovvero di altre norme di legge ordinaria, il ricorrente chiedeva che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale di queste disposizioni, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., dai quali si assumeva discendere la piena operatività del divieto di accanimento terapeutico: Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto*, § 1.

⁵² Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto*, § 6.

in cui ella stessa era successivamente venuta a trovarsi e, più in generale, ai di lei convincimenti sul significato della dignità della persona⁵³.

La Corte ebbe a statuire che, allorché il paziente versi in stato di incoscienza e mai in precedenza avesse «specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare»⁵⁴, acquisisce rilievo fondamentale la «disposizione dell'art. 357 c.c., la quale – letta in connessione con l'art. 424 c.c. – prevede che “Il tutore ha la cura della persona dell'interdetto”» mentre analoghi poteri spettano a chi sia stato «nominato amministratore di sostegno (artt. 404 e ss. c.c.)»⁵⁵. Il malato terminale, in questi casi, può quindi far sentire la propria voce attraverso il rappresentante legale il cui potere, essendo volto alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, solo in caso di irreversibilità della malattia potrà orientarsi per l'interruzione delle terapie⁵⁶.

Nel decidere in merito all'autorizzazione della scelta compiuta dal tutore, il giudice dovrà quindi limitarsi a verificare la «legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace, all'esito di un giudizio che, effettuato secondo la logica orizzontale compositiva della ragionevolezza, postula un ineliminabile riferimento alle circostanze del caso concreto»⁵⁷. Proprio in riferimento a queste ultime la Corte, accogliendo il ricorso, rileva che il decreto impugnato non si sottrae alle censure dei ricorrenti, avendo omesso di ricostruire la presunta volontà della paziente⁵⁸, da ritenersi volta ad

⁵³ *Ibidem*. Sul concetto di dignità umana cfr., nell'ambito della giurisprudenza della Consulta, esemplificativamente, Corte cost., sentenza 22 ottobre 1990, n. 471, Considerato in diritto, § 3; Corte cost., sentenza 2 giugno 1994, n. 218, Considerato in diritto, § 3; Corte cost., sentenza 12 giugno 1996, n. 194, Considerato in diritto, § 4.1.4; Corte cost., sentenza 8 maggio 2009, n. 151: tutte le pronunce sono consultabili in tutte in <http://www.giurcost.it>. Si rinvia inoltre, in dottrina, *ex multis*, a M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1998, 275 ss.; J. DAVIS, *Doing justice to dignity in the Criminal law*, in J. Malpas e N. Lickiss, *Perspectives on human dignity: a conversation*, 2002, 169 ss.; L. CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in materia di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, 239 ss., spec. 254 ss.; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 2011, 1, 45 ss.; L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in AA.VV., *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Padova, 2013, 239 ss.; I. RIVIERA, *La comparazione giuridica nel concetto di «salute»: possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2017, 1, 117 ss.; D. NERI, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e biodiritto*, in *Biolaw Journal. Rivista di bioetica*, 2017, 2, 83 ss.; B. SGORBATI, *La dignità umana tra diritto internazionale, fondamenti storico filosofici e prospettive nell'ambito del biodiritto*, *ivi*, 2017, 2, 71 ss.

⁵⁴ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto*, § 7. Acquisisce in queste ipotesi rilievo la delicatissima questione dell'accertamento del consenso che, in mancanza di sua espressa, precedente manifestazione, non può che esser ricavato secondo criteri putativi o presuntivi: si veda, al riguardo, *ex plurimis*, GIOV. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 350 ss.

⁵⁵ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 7.2. Vengono poi citate, in tal senso, *ivi*, ulteriori pronunce della Corte di Cassazione nonché fonti normative: l'art. 4 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 (Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico); l'art. 13 della legge sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194) che, disciplinando il caso della donna interdetta per infermità di mente, dispone che: la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza, può essere presentata, oltre che dalla donna personalmente, anche dal tutore; nel caso di richiesta avanzata dall'interdetta occorre acquisire il parere del tutore; la richiesta formulata dal tutore deve essere confermata dalla donna.

⁵⁶ *Ibidem*. Cfr., su questo aspetto, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 24. Si rinvia inoltre, sul tema del consenso del paziente quale presupposto di liceità delle cure mediche, a G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 489 ss.

⁵⁷ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 8.

⁵⁸ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 9. Si rinvia, sul tema, tra le tante, anche a Cass. civ., 15 settembre 2008, n. 23676, cit., 1671, ove si statuisce che il dissenso del paziente deve esser «oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale ed informata» ma che, al contempo, «va riconosciuto al paziente un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita». Si esprimeva nel senso del diritto all'autodeterminazione terapeutica come specificazione della libertà fisica del soggetto intesa come diritto ad

interrompere le terapie tra le quali figurano, come affermato dalla comunità scientifica internazionale, idratazione e alimentazione artificiali con sondino nasogastrico, sottendendo queste un sapere scientifico, e consistendo nella somministrazione di composti chimici implicanti procedure tecnologiche su iniziativa di soggetti esercenti la professione sanitaria⁵⁹.

A questa pronuncia di legittimità fece seguito, l'11 gennaio del 2010, il decreto del G.u.p. del Tribunale di Udine, con il quale venne disposta l'archiviazione del procedimento per omicidio volontario a carico del tutore di Eluana e del personale medico e paramedico che lo aveva coadiuvato nel distacco del sondino nasogastrico, costituente terapia salvavita⁶⁰.

La sentenza del 2007 della Cassazione sul caso Englaro ha quindi rappresentato un vero e proprio spartiacque per il diritto vivente in materia, con riferimento alle ipotesi di sopravvenuto stato di incoscienza del paziente: essa, oltre che 'coraggiosa'⁶¹, può finanche ritenersi 'storica', avendo sancito l'illegittimità di ogni forma di accanimento terapeutico contraria alla volontà del paziente⁶², ammettendo, più che una sorta di 'diritto di morire'⁶³, una declinazione in chiave personalistica del

rispetto della propria integrità corporea, in epoca coeva, anche la giurisprudenza di legittimità penale: cfr., per tutte Cass. pen., Sez. IV, 18 gennaio-14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 66 ss.: «non è attribuibile al medico un generale diritto di curare, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato, che si troverebbe in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe *ad libitum* intervenire». Nello stesso senso, in dottrina, *ex plurimis* D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1204; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 83 s.

⁵⁹ Così Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 7.6.

⁶⁰ Ne dà conto C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 266.

⁶¹ Così A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 236.

⁶² Tema da lungo tempo dibattuto, come evidenziano, *ex plurimis*, i contributi di F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 87 ss.; R. RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975, 88 ss.; M.C. DEL RE, *Culti emergenti e diritto penale*, Napoli, 1982, 169 ss.; M. POLTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a rifiutare le cure*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 22 ss.; F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di L. Stortoni, Trento, 1992, 213 ss.; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, cit., 34 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute*, in AA.VV., *Medicina e diritto*, a cura di M. Barni e A. Santosuosso, Milano, 1995, 95 ss.; ID., *Valutazione medica e autonomia del paziente: accanimento terapeutico e eutanasia*, in AA.VV., *Medicina e diritto*, cit., 167 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 74 ss.; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. pen.*, 2000, 477 ss. Si rinvia inoltre, nell'ambito della scienza giuridica non penalistica, a P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 59 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 247 ss.; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 1, 3 ss.; F. FRENI, *Le carte di autodeterminazione del malato come codici etici sul senso della vita*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2015, 1, 1 ss.; S. CACACE, *La sedazione palliativa profonda e continua nell'imminenza della morte: le sette inquietudini del diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 2, 469 ss. Cfr. ancora, nell'ambito della più recente scienza penalistica italiana, *ex multis*, P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte: diritto dei principi o disciplina legislativa?*, in *Biolaw Journal, Rivista di biodiritto*, 2017, 1, 185 ss.; A. D'ALOIA, *Considerazioni sulla dignità. Intervista a Giovanni Maria Flick*, *ivi*, 2017, 2, 11 ss.; D. NAPOLI, *Il caso Cappato - DJ Fabio e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità*, *ivi*, 2017, 3, 355 ss.

⁶³ Sul c.d. 'diritto di morire' si rinvia ai contributi di cui al volume AA.VV., *Vivere: diritto o dovere?*, a cura di L. Stortoni, cit. Si veda inoltre, tra i tanti ulteriori scritti, G. GIUSTI, *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, Padova, 1982; G. VOLPE, *Per una dimensione umana della morte nella medicina e nel diritto*, in *Giust. pen.*, 1993, 154 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 74 ss.; ID., *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, 565 ss.; G. IADECOLA, "Diritto di morire" e potestà medica di curare, in *Cass. pen.*, 1997, 3661 ss.; M. POLTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 1 ss.; F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, II, Milano, 1991, 213 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 ss.; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 2, 237

diritto alla salute, che nel suo aspetto negativo ricomprende la possibilità di rifiutare delle cure⁶⁴, preferendo che la malattia da cui si è affetti segua il proprio naturale decorso⁶⁵.

Con riferimento, invece, alla prima delle ipotesi alle quali facevamo riferimento, ossia a quella del paziente che, al momento in cui debba esercitare la propria autodeterminazione terapeutica non versi in stato di incoscienza, di fondamentale importanza è il caso di Piergiorgio Welby⁶⁶: egli, come narrato nel libro a sua firma⁶⁷, era affetto da distrofia muscolare progressiva. Nel 1963, anno in cui, non ancora maggiorenne, venne a conoscenza della propria grave infermità, il medico curante ipotizzò per lui una prospettiva di vita di non superiore ai cinque anni. Invece Welby vivrà ancora per decenni. La malattia, progredì lentamente e solo dagli anni Ottanta la situazione ha iniziato a precipitare: perdita della capacità di camminare, poi finanche di parlare, sino allo stadio di insufficienza respiratoria ed al coma.

Al risveglio, ricoverato in un reparto di rianimazione, era tracheostomizzato: respirava con l'ausilio di un ventilatore polmonare e comunicava mediante un *computer*.

Immobile su un letto, mentalmente sempre lucido, chiedeva, stremato, di interrompere le terapie di sostegno vitale: questa determinazione è stata manifestata anche attraverso un appello che, il 22 settembre 2006, egli ha rivolto al Presidente della Repubblica.

Welby, con l'appoggio del partito radicale, ha reso il prodigarsi per il rispetto della sua autodeterminazione terapeutica oggetto di impegno politico, portato avanti sino al 20 dicembre 2006, giorno della sua morte avvenuta, a sessantuno anni, a seguito del distacco del respiratore artificiale e previa somministrazione di sedativi.

ss.; F. BOTTI, *La fine di un lungo viaggio al termine della notte: la legge 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, 2, 619 ss.

⁶⁴ Condivisibili, in tal senso, le osservazioni di G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 488 ss. Cfr., inoltre, D. VINCENZI AMATO, sub Art. 32, 2° comma, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 167 ss.; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, cit., 85 ss., spec. 88 ss.; C. TRIPODINA, sub Art. 32 Cost., in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 321 ss.; S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente. Il contributo di un penalista nel Comitato Nazionale per la Bioetica*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, 1355 ss.; ID., *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 67: in quest'ultimo scritto, lo Studioso afferma che il diritto di vivere la propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà è oramai da tempo riconosciuto, secondo opinione maggioritaria, quale «principio fondamentale ed indiscutibile del diritto penale».

⁶⁵ Il diritto alla salute era già da tempo interpretato in questa accezione dalla giurisprudenza costituzionale che, nel ribadire l'insuperabilità del consenso, afferma il valore dell'invulnerabilità della persona, espresso nella nostra Costituzione, in particolare negli artt. 13 e 32, come «libertà nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»: lo fa rilevare Cass. civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., richiamando numerose pronunce in tal senso della Consulta; tra esse Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, In *Foro it.*, 1991, I, 14 ss.

⁶⁶ Si rinvia in dottrina, su tale vicenda, tra i numerosi contributi, a M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 902 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby, una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561 ss.; N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul "caso Welby"*, in *Giur. Cost.*, 2007, 2366 ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5 ss.; D. PULITANÒ e E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 330 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Piergiorgio Welby e Giovanni Nuvoli: il punto sul diritto a rifiutare le cure*, in <http://Ius17@unibo.it>, 2008, 543 ss.; A. VALLINI, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, 2008, 54 ss.

⁶⁷ P. WELBY, *Lasciatemi morire*, Milano, 2006

La vicenda ha avuto molto risalto nell'opinione pubblica ed anche il diritto vivente, in relazione ad essa, ha mosso passi importanti: nella motivazione della sentenza Englaro⁶⁸, il giudice di legittimità⁶⁹ escludeva che il diritto all'autodeterminazione terapeutica incontrasse un limite allorché da esso conseguisse «il sacrificio del bene della vita». Il medesimo principio ha trovato, nello stesso anno, la sua prima applicazione proprio nel caso Welby⁷⁰, conclusosi nel 2007 con la pronuncia del G.u.p. di Roma, che ha riconosciuto che «la condotta di colui che rifiuta una terapia salvavita costituisce esercizio di diritto soggettivo riconosciuto dalla Costituzione»⁷¹.

La facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di rifiutare la terapia e decidere di interromperla⁷², costituisce quindi lo sviluppo della «nuova dimensione che ha assunto la salute, intesa non più come semplice assenza di malattia, bensì come stato di completo benessere fisico e psichico, coinvolgente quindi, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza»⁷³. In tal senso depone l'art. 32 della Costituzione, in virtù del quale «i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996). Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di non curarsi (...) finanche di lasciarsi morire»⁷⁴.

⁶⁸ Molte altre vicende, invero, sarebbero degne di menzione. Tra esse ricordiamo qui la vicenda che ha visto protagonista Ezio Forzatti, ingegnere di Monza che il 21 giugno 1998, che staccò il respiratore che teneva in vita la moglie *Elena Moroni*, cagionandone il decesso: condannato in primo grado alla pena di sei anni e sei mesi di reclusione, fu assolto in secondo grado, avendo la Corte di appello di Milano ritenuto – con pronuncia chiaramente ispirata a motivi di pietà per il drammatico conflitto di coscienza vissuto dall'imputato – che la donna fosse già clinicamente morta al momento del distacco del respiratore e che quindi il fatto non sussistesse.

⁶⁹ Cass. civ., sez. I, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, Pres. Luccioli, est. Giusti, con commento di G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, 227 ss. Evidenziamo che alcuni anni dopo, la medesima sezione del giudice di legittimità ed il medesimo Presidente, hanno anche affermato, più estensivamente, che l'amministratore di sostegno può rappresentare il beneficiario anche in ulteriori atti personalissimi, come nel caso della separazione, del divorzio e dell'impugnazione del matrimonio: così Cass. Civ., sez. I, sentenza 30 giugno 2014, n. 14794, Pres. Luccioli, est. Lamorgese.

⁷⁰ Cfr. al riguardo, già all'epoca della pronuncia, tra i numerosi contributi dottrinali S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 12, 1561 ss.; A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium Iuris*, 2007, 539 ss.; G. IADECOLA, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso «Englaro»: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *Riv. it. med. leg.* 2008, 607 ss.; D. PULITANÒ e E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, cit., loc. cit.; G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2009, 3, 485 ss., spec. 489 ss. Cfr. inoltre per un contributo della dottrina non penalistica G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubb.*, 2008, 85 ss. In epoca più recente cfr. S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 91 s.; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2016, 81 ss.; M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 15 marzo 2017, 12.

⁷¹ G.u.p. Roma, sentenza 17 ottobre 2007, n. 2049, imp. Riccio, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 59 ss., con nota di A. VALLINI.

⁷² Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 6.1.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*. Sulla tutela della salute anche nel suo risvolto negativo confronta, in dottrina, *ex plurimis*, gli autori citati in nota 8.

Il Tribunale di Lecco, con decreto del 2 febbraio 2006, ha però dichiarato inammissibile il ricorso ed ha giudicato manifestamente infondati i profili di illegittimità costituzionale prospettati in via subordinata⁷⁵.

L'iter giudiziale ha poi condotto al ricorso per Cassazione del padre di Englaro che, in qualità di suo tutore, chiedeva alla Corte di affermare, come principio di diritto, il divieto di accanimento terapeutico⁷⁶, nonché di valutare se alimentazione e idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico potessero qualificarsi “forma di accanimento terapeutico” allorché, come nel caso di specie, questo trattamento invasivo della persona non arrecava benefici, se non il prolungamento forzoso di una vita ridotta a pura funzionalità meccanica e biologica⁷⁷. Veniva inoltre posto al giudice il quesito relativo alla possibilità di interrompere la somministrazione, ove la richiesta in tal senso del tutore corrispondesse alle opinioni a suo tempo espresse dalla paziente su situazioni prossime a quella in cui ella stessa è venuta, poi, a trovarsi e, più in generale, ai di lei convincimenti sul significato della dignità della persona⁷⁸.

La Corte ha statuito che, allorché il paziente versi in stato di incoscienza e mai in precedenza abbia «specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare»⁷⁹, acquisisce rilievo fondamentale la «disposizione dell'art. 357 c.c., la quale – letta in connessione con l'art. 424 c.c. – prevede che “Il tutore ha la cura della persona dell'interdetto”» ed analoghi poteri spettano a chi sia stato «nominato amministratore di sostegno (artt. 404 e ss. c.c.)»⁸⁰. Il malato terminale, in questi casi, può quindi far

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Qualora tale risultato ermeneutico fosse precluso per effetto degli artt. 357 c.c. e 732 c.p.c., ovvero di altre norme di legge ordinaria, il ricorrente chiedeva che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale di queste disposizioni, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., dai quali si assumeva discendere la piena operatività del divieto di accanimento terapeutico: Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto*, § 1.

⁷⁷ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto*, § 6.

⁷⁸ *Ibidem*. Sul concetto di dignità umana cfr., nell'ambito della giurisprudenza della Consulta, esemplificativamente, Corte cost., sentenza 22 ottobre 1990, n. 471, *Considerato in diritto*, § 3; Corte cost., sentenza 2 giugno 1994, n. 218, *Considerato in diritto*, § 3; Corte cost., sentenza 12 giugno 1996, n. 194, *Considerato in diritto*, § 4.1.4; Corte cost., sentenza 8 maggio 2009, n. 151: tutte le pronunce sono consultabili in tutte in <http://www.giurcost.it>. Si rinvia inoltre, in dottrina, *ex multis*, a M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1998, 275 ss.; J. DAVIS, *Doing justice to dignity in the Criminal law*, in J. Malpas e N. Lickiss, *Perspectives on human dignity: a conversation*, 2002, 169 ss.; L. CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in materia di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, 239 ss., spec. 254 ss.; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 2011, 1, 45 ss.; L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in AA.VV., *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Padova, 2013, 239 ss.; I. RIVIERA, *La comparazione giuridica nel concetto di «salute»: possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2017, 1, 117 ss.; D. NERI, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e biodiritto*, in *Biolaw Journal. Rivista di bioetica*, 2017, 2, 83 ss.; B. SGORBATI, *La dignità umana tra diritto internazionale, fondamenti storico filosofici e prospettive nell'ambito del biodiritto*, *ivi*, 2017, 2, 71 ss.

⁷⁹ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto*, § 7. Acquisisce in queste ipotesi rilievo la delicatissima questione dell'accertamento del consenso che, in mancanza di sua espressa, precedente manifestazione, non può che esser ricavato secondo criteri putativi o presuntivi: si veda, al riguardo, *ex plurimis*, GIOV. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 350 ss.

⁸⁰ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 7.2. Vengono poi citate, in tal senso, *ivi*, ulteriori pronunce della Corte di Cassazione nonché fonti normative: l'art. 4 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 (Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico); l'art. 13 della legge sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194) che, disciplinando il caso della donna interdetta per infermità di mente, dispone che: la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza, può essere presentata, oltre che dalla donna personalmente, anche dal tutore; nel caso di richiesta avanzata dall'interdetta occorre acquisire il parere del tutore; la richiesta formulata dal tutore deve essere confermata dalla donna.

sentire la propria voce attraverso il rappresentante legale il cui potere, essendo volto alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, solo in caso di irreversibilità della malattia potrà orientarsi per l'interruzione delle terapie⁸¹.

Nel decidere in merito all'autorizzazione della scelta compiuta dal tutore, il giudice dovrà quindi limitarsi a verificare la «legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace, all'esito di un giudizio che, effettuato secondo la logica orizzontale compositiva della ragionevolezza, postula un ineliminabile riferimento alle circostanze del caso concreto»⁸². Proprio in riferimento a queste ultime la Corte, accogliendo il ricorso, rileva che il decreto impugnato non si sottrae alle censure dei ricorrenti, avendo omesso di ricostruire la presunta volontà della paziente⁸³, da ritenersi volta ad interrompere le terapie tra le quali figurano, come affermato dalla comunità scientifica internazionale, idratazione e alimentazione artificiali con sondino nasogastrico, sottendendo queste un sapere scientifico, consistendo nella somministrazione di composti chimici implicanti procedure tecnologiche ed essendo poste in essere da medici⁸⁴.

A questa pronuncia di legittimità è seguito, l'11 gennaio del 2010, il decreto del G.u.p. del Tribunale di Udine, con il quale è stata disposta l'archiviazione del procedimento per omicidio volontario a carico del tutore di Eluana e del personale medico e paramedico che lo ha coadiuvato nel distacco del sondino nasogastrico, terapia salvavita⁸⁵.

La sentenza del 2007 della Cassazione sul caso Englaro ha quindi rappresentato un vero e proprio spartiacque per il diritto vivente in materia: essa, oltre che 'coraggiosa'⁸⁶, può finanche ritenersi 'storica', avendo sancito l'illegittimità di ogni forma di accanimento terapeutico contraria

⁸¹ *Ibidem*. Cfr., su questo aspetto, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 24. Si rinvia inoltre, sul tema del consenso del paziente quale presupposto di liceità delle cure mediche, a G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 489 ss.

⁸² Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 8.

⁸³ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 9. Si rinvia, sul tema, tra le tante, anche a Cass. civ., 15 settembre 2008, n. 23676, cit., 1671, ove si statuisce che il dissenso del paziente deve esser «oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale ed informata» ma che, al contempo, «va riconosciuto al paziente un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita». Si esprimeva nel senso del diritto all'autodeterminazione terapeutica come specificazione della libertà fisica del soggetto intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, in epoca coeva, anche la giurisprudenza di legittimità penale: cfr., per tutte Cass. pen., Sez. IV, 18 gennaio-14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 66 ss.: «non è attribuibile al medico un generale diritto di curare, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato, che si troverebbe in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe *ad libitum* intervenire». Nello stesso senso, in dottrina, *ex plurimis* D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1204; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 83 s.

⁸⁴ Così Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 7.6.

⁸⁵ Ne dà conto C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 266.

⁸⁶ Così A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 236.

alla volontà del paziente⁸⁷, ammettendo, più che una sorta di ‘diritto di morire’⁸⁸, una declinazione in chiave personalistica del diritto alla salute, che nel suo aspetto negativo ricomprende la possibilità di rifiutare delle cure⁸⁹, preferendo che la malattia da cui si è affetti segua il proprio naturale decorso⁹⁰.

La facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di rifiutare la terapia e decidere di interromperla⁹¹, costituisce quindi logico sviluppo della «nuova dimensione che ha assunto la salute, intesa non più come semplice assenza di malattia, bensì come stato di completo benessere fisico e psichico, coinvolgente quindi, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé,

⁸⁷ Tema da lungo tempo dibattuto, come evidenziano, *ex plurimis*, i contributi di F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 87 ss.; R. RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975, 88 ss.; M.C. DEL RE, *Culti emergenti e diritto penale*, Napoli, 1982, 169 ss.; M. POLTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a rifiutare le cure*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 22 ss.; F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di L. Stortoni, Trento, 1992, 213 ss.; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, cit., 34 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute*, in AA.VV., *Medicina e diritto*, a cura di M. Barni e A. Santosuosso, Milano, 1995, 95 ss.; ID., *Valutazione medica e autonomia del paziente: accanimento terapeutico e eutanasia*, in AA.VV., *Medicina e diritto*, cit., 167 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 74 ss.; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. pen.*, 2000, 477 ss. Si rinvia inoltre, nell'ambito della scienza giuridica non penalistica, a P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 59 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 247 ss.; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 1, 3 ss.; F. FRENI, *Le carte di autodeterminazione del malato come codici etici sul senso della vita*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2015, 1, 1 ss.; S. CACACE, *La sedazione palliativa profonda e continua nell'imminenza della morte: le sette inquietudini del diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 2, 469 ss. Cfr. ancora, nell'ambito della più recente scienza penalistica italiana, *ex multis*, P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte: diritto dei principi o disciplina legislativa?*, in *Biolaw Journal, Rivista di biodiritto*, 2017, 1, 185 ss.; A. D'ALOIA, *Considerazioni sulla dignità. Intervista a Giovanni Maria Flick*, *ivi*, 2017, 2, 11 ss.; D. NAPOLI, *Il caso Cappato - DJ Fabio e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità*, *ivi*, 2017, 3, 355 ss.

⁸⁸ Sul c.d. ‘diritto di morire’ si rinvia ai contributi di cui al volume AA.VV., *Vivere: diritto o dovere?*, a cura di L. Stortoni, cit. Si veda inoltre, tra i tanti ulteriori scritti, G. GIUSTI, *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, Padova, 1982; G. VOLPE, *Per una dimensione umana della morte nella medicina e nel diritto*, in *Giust. pen.*, 1993, 154 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 74 ss.; ID., *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, 565 ss.; G. IADECOLA, “Diritto di morire” e potestà medica di curare, in *Cass. pen.*, 1997, 3661 ss.; M. POLTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 1 ss.; F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di Nuvolone*, II, Milano, 1991, 213 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 ss.; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 2, 237 ss.; F. BOTTI, *La fine di un lungo viaggio al termine della notte: la legge 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, 2, 619 ss.

⁸⁹ Condivisibili, in tal senso, le osservazioni di G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 488 ss. Cfr., inoltre, D. VINCENZI AMATO, sub Art. 32, 2° comma, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 167 ss.; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, cit., 85 ss., spec. 88 ss.; C. TRIPODINA, sub Art. 32 Cost., in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 321 ss.; S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente. Il contributo di un penalista nel Comitato Nazionale per la Bioetica*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, 1355 ss.; ID., *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 67: in quest'ultimo scritto, lo Studioso afferma che il diritto di vivere la propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà è oramai da tempo riconosciuto, secondo opinione maggioritaria, quale «principio fondamentale ed indiscutibile del diritto penale».

⁹⁰ Il diritto alla salute era già da tempo interpretato in questa accezione dalla giurisprudenza costituzionale che, nel ribadire l'insuperabilità del consenso, afferma il valore dell'inviolabilità della persona, espresso nella nostra Costituzione, in particolare negli artt. 13 e 32, come «libertà nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»: lo fa rilevare Cass. civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., richiamando numerose pronunce in tal senso della Consulta; tra esse Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14 ss.

⁹¹ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 6.1.

anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza»⁹². In tal senso depone l'art. 32 della Costituzione, in virtù del quale «i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996). Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di non curarsi (...) finanche di lasciarsi morire»⁹³.

L'autodeterminazione terapeutica, che si sostanzia nel diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contrari alla propria volontà⁹⁴, non incontra quindi un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Viene a configurarsi, così, come dicevamo poc'anzi, più che un diritto di morire, un «diritto di scegliere come vivere»⁹⁵, correlato al dovere dei terzi di rispettare questa scelta esistenziale⁹⁶: ottenere la sospensione di un trattamento di sostegno vitale, come più di recente ha chiarito la giurisprudenza amministrativa, costituisce fondamentale diritto di libertà, assoluto e quindi tutelabile nei confronti di ogni terzo⁹⁷.

4. Il nostro legislatore – probabilmente al fine di non urtare sensibilità e convinzioni, culturali, ideologiche e religiose, di una consistente parte della popolazione italiana – è stato più cauto della giurisprudenza, non intervenendo (se non sporadicamente e parzialmente) in materia e lasciando in vigore la disciplina penalistica che, ancor oggi, tutela la vita secondo un'ispirazione che vede nella persona non il *fine*, bensì un *mezzo* per conseguire obiettivi eteronomi⁹⁸.

Passaggio centrale dell'*iter* che ha condotto a superare questo stallo è stata proprio la sentenza n. 21748 del 2007⁹⁹ che, pur nel complesso coacervo culturale nel quale è stata emanata, ha sancito – per la prima volta in modo tanto netto e ad un così alto grado di giurisdizione – la legittimità del rifiuto delle terapie, anche allorché esso conduca alla morte, rendendo 'diritto vivente' ciò che solo dopo dieci anni il legislatore avrebbe senza tentennamenti riconosciuto.

In effetti, la lungimiranza della giurisprudenza che, *de lege lata*, da anni riconosceva il principio di autodeterminazione terapeutica, non aveva fatto venir meno l'opportunità di un intervento legislativo: il caso Englaro, infatti, non ha rappresentato «un "modello" di prassi senza legge, bensì

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*. Sulla tutela della salute anche nel suo risvolto negativo confronta, in dottrina, *ex plurimis*, gli autori citati in nota 8.

⁹⁴ In tal senso rinviamo, *ex plurimis*, in dottrina, a S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 20 dicembre 2018, 2, nonché ID., *Principi di biodiritto penale*, cit., 67 ss.; ID., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 55 ss., spec. 78 ss.

⁹⁵ G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 488.

⁹⁶ Così D. PULITANÒ e E. CICCARELLI, *Il lino di lachesis ed i diritti inviolabili delle persone, Il lino di lachesis ed i diritti inviolabili delle persone*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 331.

⁹⁷ Cons. St., sez. III, sentenza 21 giugno 2017, n. 3058, in

http://www.anaao.it/public/aaa_4841317_constato_3058_2017.pdf.

⁹⁸ Si rinvia a L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, che già tre anni prima della sentenza n. 21748 della Cassazione civile si domandava, con accenti di forte perplessità, se fosse legittima una così ampia tutela penale della vita umana, che partiva dal momento in cui essa costituiva una mera aggregazione di cellule e terminava ineluttabilmente con la morte cerebrale dell'organismo.

⁹⁹ Vedi *supra* § 3.

un grido al Parlamento»¹⁰⁰, avendo contribuito ad evidenziare la difficoltà di addivenire a decisioni giurisprudenziali capaci di mettere d'accordo tutti gli osservatori, anche nel mondo politico.

Il legislatore, al fine, ha compiuto il passo dovuto, approvando la legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*¹⁰¹, il cui contenuto è ben più ampio di quanto il 'titolo' lasci trasparire.

Già l'art. 1, 1° co., stabilisce il principio secondo cui «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 5° co., inoltre, attribuisce ad ogni persona capace di agire il diritto di rifiutare «qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso» nonché quello «di revocare in qualsiasi momento (...) il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento».

Oltre al diritto di non iniziare un trattamento sanitario è quindi riconosciuto quello di interromperlo: quest'ultima soluzione legislativa, del resto, si imponeva per un elementare canone di ragionevolezza. Diversamente, infatti, si sarebbe potuto verificare il paradossale caso di un soggetto vincolato alla prosecuzione di un trattamento sanitario iniziato, allorché non era cosciente, da un medico che avesse agito in stato di necessità¹⁰².

La previsione di apertura della legge potrebbe sembrar volta unicamente a ribadire il dettato dell'art. 32, 2° co., Cost.; a noi sembra, invece, che rispetto al dettato costituzionale, l'art. 1, 1° co. possieda ben più ampia portata applicativa, aprendo – sia pur a fari spenti e mantenendosi prudenti, anche terminologicamente, vista l'estrema delicatezza del tema – alla legittimità di forme di eutanasia attiva¹⁰³: a differenza del *non facere*, che connota l'eutanasia passiva, infatti, l'interruzione di un

¹⁰⁰ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, cit., 26.

¹⁰¹ Legge 22 dicembre 2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in Gazz. Uff. del 16 gennaio 2018, entrata in vigore il 31 gennaio del 2018.

La legge, rileverà poi la Corte Cost., ordinanza n. 207 del 2018, cit., *considerato in diritto*, § 8 «recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta all'epoca la giurisprudenza ordinaria».

Tra i commenti seguiti all'approvazione di quest'atto normativo si rinvia, *ex plurimis*, ai contributi di cui al volume AA.VV., *Forum: la legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, Biolaw journal. *Rivista di biodiritto*, 2018, 1, 19 ss.; nonché a P. BORSELLINO, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Una conquista per i pazienti e per gli operatori sanitari*, in *La rivista italiana di cure palliative*, 2018, 1, 1 ss.; M. PERIN, *Valorizzare la dignità della persona nelle «norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»*, in *Biolaw Journal. Rivista di biodiritto*, 2017, n. 2, 125 ss.; A. SANTOSUOSSO, *La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, *ivi*, 2018 1, 75 ss.; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della l. 219/2017*, *ivi*, 2018, 2, 89 ss.; C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento*, in *disCrimen*, 2018, 1 ss.F. D'AGOSTINO, *La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Come leggere la legge n. 219/2017*, *ivi*, 2018, 1, 15 ss.; L. D' AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino, 2018, 140 ss.; O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 917 ss.; L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione della Corte Costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 415 ss.; G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità del morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, 2302 ss.; M. PICCININI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo critico sulla l. 219/17, in dialogo con Stefano Rodotà*, *ivi*, 2018, 1, 121 ss.; C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita (n. 219/2017)*, in *Quad. cost.*, 2018, 1, 191 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge su consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 247 ss.

¹⁰² Così C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, cit., 265 s.

¹⁰³ Cfr., in tal senso, volendo, A. NAPPI, *Principio personalistico e 'binomi indissolubili'*, cit., 188 ss. Non si rende invece lecito il c.d. suicidio assistito e ciò, in presenza di alcune malattie, può far sorgere delicatissime questioni: nel caso di

trattamento sanitario in atto, richiesta dal paziente, potrebbe esser realizzabile dal medico solo attraverso una condotta attiva, che comporti l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale. Si pensi, esemplificativamente, allo spegnimento del respiratore artificiale o alla deconnessione del macchinario per il battito cardiaco¹⁰⁴.

La qualificazione qui proposta, sia chiaro, è assai discussa e controversa: il rifiuto di cure può infatti intervenire anche in un momento successivo, allorché il trattamento sanitario è già in atto e ben potrebbe sostenersi che sia attiva la sola eutanasia operata tramite un mezzo volto a dar la morte, come potrebbe esser l'iniezione di un veleno.

Il tema merita un ulteriore e particolareggiato approfondimento, che a breve, in altro scritto, opereremo, con riferimento ai temi posti, in particolare dagli articoli 579 e 580 c.p., ma non solo.

Ciò che, tuttavia, in questa sede intendiamo dire, è che se l'interruzione delle terapie che conduce alla morte è operata attraverso una condotta attiva, del tipo di quelle che abbiamo esemplificato; da questo facciamo dipendere la qualificazione come attiva dell'eutanasia: un 'morte buona' cagionata con una condotta attiva.

Iniettare un veleno su richiesta della vittima affetta da malattia terminale, senza interrompere alcun trattamento sanitario in atto, ci sembrerebbe costituire comunque un'ipotesi di eutanasia attiva: la differenza risiederebbe, a nostro avviso, nella circostanza che in questo caso la morte sarebbe cagionata sì, da una condotta attiva, ma volta non ad assecondare il naturale decorso della malattia e ciò dovrebbe condurre ad una diversa conclusione in tema di rilevanza giuridica dei relativi effetti. Quest'ultima fattispecie, infatti, andrebbe disciplinata ben con più attenzione e – tendenzialmente – maggior severità dal legislatore, anche penale.

Nel concludere, tornando all'inciso della legge n. 219 del 2017, rileviamo, nel concludere, che se per un verso è stata confermata l'idea che sarebbe ad oggi «impossibile o troppo controversa, in Italia» l'espressa introduzione di «forme di eutanasia diretta e attiva»¹⁰⁵, per l'altro il legislatore ha forse aperto, sia pur senza espresse enunciazioni di principio, all'eutanasia attiva: sarà il *diritto vivente* a configurare in termini più o meno ampi il diritto di autodeterminazione terapeutica.

5. Il consenso informato del paziente in merito alla patologia dalla quale è affetto ed al possibile decorso della stessa, nonché all'esistenza di eventuali terapie alternative, costituisce ineludibile presupposto dell'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica¹⁰⁶. Questi rilievi assumono pregnanza ancor maggiore nel contesto della relazione tra medico e paziente che, ancor più in quanto 'asimmetrica' a sfavore di quest'ultimo (e spesso involontariamente instaurata), dovrebbe esser

Fabiano Antoniani, ad esempio, la mera interruzione del trattamento sanitario non avrebbe impedito una lunga e sofferente agonia.

¹⁰⁴ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 80.

¹⁰⁵ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, cit., 4.

¹⁰⁶ Cfr., *ex multis*, F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 377 ss.; F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, 61 ss.; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1195 ss.; C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, 1807 ss.; S. CANESTRARI, *Principi del biodiritto penale*, cit., 69; E. PULCE, *La deontologia come fonte del diritto. Codificazione dell'etica medica in Francia, Germania e Italia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 3, 745 ss.

«umana, personale ed empatica»¹⁰⁷: centripeta, quindi, rispetto alla crescente tecnologicizzazione della medicina ed alla ‘spersonalizzazione’ a cui ciò conduce¹⁰⁸.

Affinché questi auspici si traducano in fatti, la relazione terapeutica non può prescindere – come da lungo tempo evidenziava la Consulta – dal consenso informato, desumibile dall’art. 2 Cost., quale diritto inviolabile dell’individuo, nonché dagli artt. 13 e 32 Cost. che, rispettivamente, stabiliscono il principio di inviolabilità della libertà personale (e, quindi, della incoercibilità dei trattamenti sanitari, se non per disposizione di legge) e il diritto alla salute, inclusivo, oltre che del diritto ad esser curato, di quello di rifiutare trattamenti sanitari¹⁰⁹.

Anche la giurisprudenza sovranazionale ha da tempo riconosciuto la necessità del consenso libero e informato ai trattamenti sanitari, fondandone la vigenza sull’art. 8 della Convenzione Edu¹¹⁰.

Riconoscevano espressamente questo fondamentale canone, poi, fonti sovranazionali¹¹¹, tra le quali richiamiamo qui la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea¹¹² che, all’art. 3, espressamente sancisce il principio del consenso informato in ambito medico¹¹³.

Nell’ambito della nostra legislazione ordinaria, invece, prima della legge n. 219 del 2017, il principio in parola, pur riconosciuto¹¹⁴, non era organicamente disciplinato: solo il codice di

¹⁰⁷ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 3.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Corte cost., 2008, n. 438, nonché, Corte cost., 1985 n. 161; C. cost., 1987 n. 561; Corte cost., 1994 n. 258; Corte cost., 1996 n. 238; di recente, Corte cost., 2016 n. 262, richiamata da S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 3, nota 8.

¹¹⁰ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 4 s., che *ivi*, 5, nota 9, menziona le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo che sanciscono il collegamento tra il citato art. 8 e l’illegittimità dell’imposizione di un trattamento sanitario senza il consenso del paziente al di fuori dei casi previsti dalla legge: Corte Edu, sent. 2.6.2009, n. 31675/04, *Codarcea c. Romania*, § 109; Corte Edu, sent. 5.10.2006, n. 75725/01, *Trocellier c. Francia*, CEDU 2006 - XIV; Corte Edu, sent. 29.4.2002 n. 2346/02, *Pretty c. Royaume - Uni*, CEDU 2002 – III, § 63.

¹¹¹ Tra le fonti sovranazionali, invero, il principio del consenso informato aveva trovato esplicito riconoscimento già negli articoli 5 e seguenti della Convenzione sottoscritta ad Oviedo il 4.4.1997 e ratificata dall’Italia *ex l.* 145/2001, con la quale si delegava il Governo ad adottare, entro il 31.7.2007, decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l’adattamento dell’ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione e a quelli del Protocollo addizionale del 12.1.1998 n. 168, sul divieto di clonazione degli esseri umani. Posto che tale delega è rimasta inattuata, così come il deposito della ratifica della Convenzione stessa, si discute in merito alla vigenza ed efficacia della Convenzione nel nostro ordinamento: cfr., al riguardo, S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 5.

¹¹² Testo entrato in vigore come testo vincolante con il Trattato di Lisbona in data 1.12.2009: cfr. S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 4.

¹¹³ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 5.

¹¹⁴ Richiamiamo, in tal senso, le leggi n. 194 del 1978, in tema di tutela sociale della maternità e l’interruzione volontaria della gravidanza (artt. 5, 12 co. 2 e 18); n. 180 del 1978, secondo cui i trattamenti sanitari obbligatori, per quanto imposti coattivamente, «devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi è obbligato»; n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale (spec. art. 33); n. 135 del 1990, in materia di prevenzione e lotta all’Aids, il cui art. 5 stabilisce che «nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l’infezione da Hiv, se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse». Nella legislazione più recente, poi, tra i vari provvedimenti normativi qui menzionabili ricordiamo il d.lgs. n. 211 del 2003, che dà attuazione alla direttiva 2001/20/CE relativa all’«applicazione della buona pratica clinica nell’esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali ad uso umano», che definisce il consenso informato – ai fini del decreto – come «la decisione di un soggetto candidato ad essere incluso in una sperimentazione, scritta, datata e firmata, presa spontaneamente, dopo esaustiva informazione circa la natura, il significato, le conseguenze ed i rischi della sperimentazione e dopo aver ricevuto la relativa documentazione appropriata»; la legge n. 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita; la legge n. 30 del 2010, recante «disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative ed alle terapie del dolore».

deontologia medica (artt. 33 ss.), infatti, sin dal 2006 vi dedicava una disciplina generale¹¹⁵. Opportunamente, quindi, l'art. 1, 3° co., della legge 219 ha disciplinato il consenso informato, identificandolo con l'informazione esaustiva e chiara per il destinatario, presupposto ineludibile per l'effettività del canone di autodeterminazione: in base a questa disposizione, ogni persona ha il diritto «di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi»¹¹⁶.

Sancito, quindi, il principio del consenso informato quale fonte di legittimazione e fondamento del trattamento sanitario¹¹⁷, si dà specularmente riconoscimento – quale «possibile esito di un percorso informativo e comunicativo che si snoda attraverso la dinamica del rapporto tra paziente e medico»¹¹⁸ – al diritto al rifiuto informato, ovvero alla consapevole rinuncia ai trattamenti sanitari¹¹⁹.

6. Le disposizioni anticipate di trattamento¹²⁰, aspetto fortemente innovativo della legge n. 219 del 2017, sono disciplinate dall'art. 4, 1° co.: il cui primo comma prevede che «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le d.a.t.¹²¹, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli

¹¹⁵ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 5.

¹¹⁶ Cfr. Servizio Studi della Camera dei deputati, *documento n. 252 del 22 febbraio 2017*, in <http://www.camera.it/leg17>. specularmente, ognuno può «rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni», eventualmente scegliendo dei «familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle»: i «fiduciari», così individuati, possono anche, se il paziente lo vuole, «esprimere il consenso in sua vece». Il fine di dare piena attuazione al canone di autodeterminazione connota anche il quarto comma dell'art. 1, che disciplina le modalità di acquisizione del consenso informato – «nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente» – e la relativa documentazione «in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare».

¹¹⁷ Cfr. S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 68 ss. Si rinvia inoltre a F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 377 ss.

¹¹⁸ S. CANESTRARI, *o. u. c.*, 70, il quale, *ivi*, 71, fa inoltre rilevare che il rifiuto informato e la rinuncia consapevole di cure, una volta che il medico abbia fornito al paziente le informazioni necessarie, è, ovviamente, sempre revocabile, sin quando possibile.

¹¹⁹ Cfr., *ex multis*, G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 485 s.; F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, 61 ss.; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, cit., 1195 ss.

¹²⁰ La *significatività* della scelta *terminologica* che ha portato a disciplinare le *disposizioni e non* le semplici *dichiarazioni* anticipate di trattamento, così dando preminenza al contenuto prescrittivo rispetto alla valenza prevalentemente informativo-comunicativa, è sottolineata da C. CUPELLI, *op. ult. cit.*, 264. Cfr., in tema di dichiarazioni anticipate di trattamento, *ex plurimis*, C. PAONESSA, *La disciplina delle direttive anticipate di trattamento: uno sguardo all'esperienza straniera*, in *Criminalia*, 2008, 455 ss.; D. TASSINARI, *Note a margine dei recenti disegni di legge relativi al «testamento biologico»*, in AA.VV., *Medicina e diritto penale*, cit., 403 ss.; D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, in AA.VV., *Trattato di biodiritto*, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, II, cit., 1969 ss.; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 91 ss.; M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, cit., 4.

¹²¹ Cfr. Servizio studi della Camera dei deputati, *documento n. 392 del 3 febbraio 2016*, in <http://www.camera.it/leg17>, 3. In dottrina, su questi temi, *ex plurimis*, cfr. E. CALÒ, *La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali*, Milano, 2004.

trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie».

Opportunamente, poi, la legge prende posizione sul tema della persistente validità delle opzioni terapeutiche del soggetto poi divenuto incapace, sancendo – *ex art. 4, 4° co.* – che «nel caso in cui le d.a.t. non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le d.a.t. mantengono efficacia in merito alle convinzioni e alle preferenze del disponente».

Le riserve critiche manifestate dalla dottrina in ordine al valore da riconoscere alle direttive anticipate sono note e non infondate: dalle questioni sottese al suo contenuto – che non deve essere generico e ambiguo – a quelle aventi ad oggetto la loro autenticità o spontaneità, il loro periodico rinnovo e le modalità di revoca¹²².

In dottrina è stato quindi evidenziato, prima che il Parlamento intervenisse in materia, la necessità, nel disciplinarla, di procedere con «particolare attenzione e scrupolo, proprio al fine di dar rilievo solo a quelle scelte (...) chiaramente applicabili alla situazione concreta»¹²³.

E, va detto, il legislatore ha tenuto opportunamente conto di queste considerazioni: infatti, pur prevedendo la vincolatività delle d.a.t., l'atto normativo in commento prende in considerazione la possibilità che la situazione effettivamente verificatasi sia difforme da quella che aveva preso in considerazione il disponente¹²⁴.

Al fine di evitare i pericoli insiti nell'attribuzione di un valore assoluto ed inscalfibile ad una volontà manifestata sulla sola base di una dichiarazione anticipata «a prescindere da qualsiasi considerazione sul significato di quel presidio nel contesto attuale»¹²⁵, l'art. 4, 5° co., prevede che, ove la malattia venga a concretizzarsi in termini non prevedibili dal disponente, è concesso al medico, in accordo con il fiduciario, di disattendere – in tutto o in parte – le direttive anticipate, se «palesamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente» ovvero se «sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita».

Questa previsione appare ancor più opportuna ove si consideri che «l'enunciare ora per allora, attraverso una dichiarazione anticipata, il rifiuto di terapie, escludendo qualsiasi giudizio sulla loro eventuale proporzionalità, si presta altrettanto facilmente a riflettere la rimozione psicologica della prospettiva, inattuale, del potersi trovare in uno stato di malattia grave»¹²⁶. L'applicazione indiscriminata delle d.a.t. non sarebbe stata, allora, una soluzione consigliabile: il canone di

¹²² S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 92.

¹²³ A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, cit., 235.

¹²⁴ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 18.

¹²⁵ Così L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 964, il quale paventa che, per tal via, il medico perderebbe qualsiasi possibilità di agire in concreto per tutelare la salute del malato, che invece rappresenta la finalità della sua professione: ove mediante la dichiarazione anticipata la persona avesse chiesto di rinunciare a un presidio salvavita che tuttavia nella fattispecie concreta risulta «del tutto proporzionato, verrebbe a delinarsi una relazione del medico col malato orientata non alla tutela della sua salute, ma alla morte». Nello stesso senso cfr. ID., *Autodeterminazione e affidamento in ambito medico*, cit., il quale – *ivi* 960 – osserva che delinare ambiti dell'intervento medico di carattere meramente esecutivo implica superare per la prima volta il 'Rubicone' rappresentato dalla stessa identità della funzione medica.

¹²⁶ L. EUSEBI, *Autodeterminazione e affidamento in ambito medico*, in *L'Arco di Giano*, 2013, 75, 63, secondo cui il confronto personale con la malattia costituisce infatti «una delle condizioni umane psicologicamente più complesse».

autodeterminazione impone che esse siano rispettate, ma – nel farlo – non può prescindere (in adesione al citato art. 4, 5° co.) dalla previa verifica della corrispondenza tra la situazione ipotizzata dal disponente e quella effettivamente verificatasi¹²⁷, in quanto il vincolo al rispetto si sostanzia nel dovere di attuare l'intento del malato terminale nelle circostanze concrete e non – invece – in un burocratico obbligo di esecuzione delle disposizioni anticipate.

Il rischio di abusi suggerisce di adottare idonee cautele: ciò, tuttavia, non deve tradursi nello svuotamento di effettività delle direttive anticipate, la cui mancata previsione comportava un *vulnus* della libertà di autodeterminazione terapeutica dell'individuo¹²⁸: condividiamo, quindi, la scelta di introdurle nel nostro ordinamento, pur non tralasciando l'esigenza che nella prassi non venga trascurato l'aspetto solidaristico, che suggerisce di non lasciar solo il 'disponente' nell'operare 'future' scelte terapeutiche e di verificare che la situazione verificatasi non sia grossolanamente difforme da quella ipotizzata dal disponente.

Parimenti opportuna, in chiave solidaristica, appare la prevista necessità che, prima di formulare le d.a.t., il disponente acquisisca informazioni mediche: la previsione, tuttavia, rischia di tradursi in mera clausola di stile, in quanto il suo mancato rispetto non inficia le disposizioni anticipate¹²⁹.

Non difficile è prevedere uno dei fondamentali problemi applicativi che limiteranno l'operatività delle d.a.t.: esse, allo *status quo*, molto raramente saranno rese in anticipo da soggetti in buone condizioni di salute.

Allorché insorgerà la patologia, allora, ove il paziente versi in stato di incoscienza, occorrerà presuntivamente ipotizzare quale sarebbe stata l'opzione terapeutica del soggetto, nella situazione data, attraverso meccanismi indiziari soggetti ad ampi margini di errore e che possono richiedere lunghi tempi di accertamento¹³⁰.

Sarebbe quindi opportuno adottare meccanismi volti ad ampliare la platea dei soggetti che effettuano, allorché non sono ammalati, la propria scelta: potrebbe fornire un contributo in tal senso l'idea di consentire di esprimere la propria autodeterminazione mediante una espressa dichiarazione contenuta nella tessera sanitaria, che acquisterebbe valore – nei limiti di cui alla legge n. 219 del 2017 - nel triste caso di futura patologia incapacitante del soggetto che ha esercitato la propria autodeterminazione secondo le modalità qui proposte.

Non è ovviamente escluso, allo stato, che un soggetto da alcuna patologia possa redigere le d.a.t.: proprio a chi è sano, anzi, si rivolge il disposto della legge n. 219 del 2017 in tema di disposizioni anticipate di trattamento. Tuttavia, per un umano meccanismo di psicologica rimozione dell'eventualità di venirsi a trovare in quella drammatica situazione, la maggioranza degli individui tende a non disporre anticipatamente in relazione a futuri, ipotetici, trattamenti sanitari da operarsi o meno in presenza di gravissime patologie che venissero ad affliggerli. Una soluzione del tipo di quella

¹²⁷ G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 1014.

¹²⁸ A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, cit., 236. Si rinvia, inoltre, in questo senso, a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 92, secondo il quale le d.a.t. valorizzano «il rispetto dei convincimenti personali [in applicazione del] criterio del minor scostamento possibile dalla volontà del soggetto interessato».

¹²⁹ L. EUSEBI, *Autodeterminazione e affidamento in ambito medico*, cit., 63.

¹³⁰ Su questo aspetto si soffermava già, autorevolmente, C. ROXIN, *Sul consenso presumibile*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, 154 ss. Si rinvia, più di recente, a GIOV. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 350 ss.

da noi proposta, consentirebbe una riduzione delle ipotesi, altrimenti presumibilmente numerose, in cui non sia dato risalire ad un consenso espresso in materia.

7. Rappresenta corretta applicazione del principio personalistico, a nostro avviso, l'attribuzione di maggior rilievo all'autodeterminazione terapeutica di minori ed incapaci: le conseguenze dei trattamenti sanitari ai quali essi vengono sottoposti, infatti, sovente segnano in modo irreversibile la loro vita.

Ci sembra doveroso, quindi, per un ordinamento non autoritario o paternalista, valorizzare, nei limiti delle possibilità concesse dalla capacità del soggetto, l'autodeterminazione terapeutica di ognuno.

Particolare apprezzamento, quindi, va espresso per l'art. 3 della legge n. 219 del 2017 che, rubricato *Minori e incapaci*, è dedicato non al frequentissimo caso di chi – capace di intendere e di volere – versi in stato di incoscienza, bensì a quello, altrettanto diffuso e delicato, di soggetti ritenuti dall'ordinamento incapaci, in ragione dell'età o di infermità mentali.

L'art. 3 espressamente dichiara, al primo comma, la finalità perseguita: valorizzare, in tema di trattamenti sanitari, la capacità di comprensione e decisione di minori e incapaci, nonché sancire il loro diritto di ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle proprie capacità, per esser messi nelle condizioni di esprimere la propria volontà.

Si prevedono, nei commi successivi, le modalità di espressione del consenso informato che, ai sensi del secondo comma, per il minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore *tenuto conto della volontà della persona minore*, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, muovendosi nell'orizzonte di scopo della tutela della salute psicofisica e della vita del minore, nel pieno rispetto della sua dignità.

In presenza, invece, di persona interdetta *ex art. 414 c.c.*¹³¹, l'art. 3, 3° co. legittima a prestare o meno il consenso informato il tutore, sentito, ove possibile, l'interdetto ed assumendo come scopo della decisione la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità.

La persona inabilitata è invece legittimata, *ex art. 3, 4° co.*, ad esercitare personalmente la propria autodeterminazione terapeutica, salvo che sia stato nominato un amministratore di sostegno¹³² il quale annoveri tra i propri compiti assegnatigli quello della rappresentanza esclusiva di questi in ambito sanitario: in tali ipotesi il consenso informato è espresso o rifiutato dall'amministratore di sostegno, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere o di volere.

¹³¹ Ai sensi dell'art. 414 c.c. «Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovino in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione».

¹³² Cfr. G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 485. Si veda inoltre, *ex multis*, C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 3, 545 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Profili problematici del consenso al trattamento medico*, in AA.VV., *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini e T. Padovani, Pisa, 2009, 31 ss.; G. SAVORANI, *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, in *Pol. dir.*, 2011, 4, 664 ss. Per un'ampia, recente trattazione del tema si rinvia inoltre a I. PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, *Quaderni de il Foro napoletano*, Napoli, 2018, 30, spec. 107 ss.; G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, Milano, 2018.

L'art. 3, 5° co., prevede, infine, che nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata o del minore, oppure l'amministratore di sostegno, rifiuti le cure proposte, e invece il medico le ritenga appropriate e necessarie, la controversia sia rimessa al giudice tutelare¹³³.

8. L'art. 1, 5° co., della legge 219 del 2017, ascrive idratazione e alimentazione artificiali tra i trattamenti sanitari¹³⁴, consistendo essi in una «somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». Ne deriva che essi sono legittimamente rifiutabili dal paziente¹³⁵. Viene così disatteso il contrario, diffuso orientamento che li ritiene meri 'presidi di cura' o, secondo la definizione del Comitato nazionale per la bioetica, «sostentamenti ordinari di base»¹³⁶: non si tratterebbe di terapie e, quindi, non dovrebbe attribuirsi rilievo vincolante alle dichiarazioni che chiedano di interromperli¹³⁷.

La questione è complessa¹³⁸, ma crediamo che il legislatore l'abbia correttamente risolta, in adesione all'orientamento convalidato dalla comunità scientifica internazionale nonché ai corretti rilievi della Corte di cassazione, che, come abbiamo rilevato in precedenza, ritiene terapeutica la natura dei trattamenti in atto, in quanto essi sottendono un sapere scientifico, sono attuati, (almeno nella fase iniziale), da medici e consistono nella somministrazione di composti chimici la cui preparazione implica procedure tecnologiche¹³⁹.

Miglior 'filo conduttore' per addivenire ad una soluzione in grado di contemperare gli interessi in gioco è rappresentato, a nostro avviso, dal binomio tra autodeterminazione e solidarismo, dovendo però darsi preminenza alla scelta del paziente: ove questi chieda l'interruzione di alimentazione e idratazione artificiali, crediamo che sia condivisibile la soluzione legislativa prospettata, purché ciò non conduca a trascurare la necessità di fornire al malato, anche da parte dei sanitari, il massimo sostegno possibile nell'esercizio di questo drammatico diritto di scelta.

Oltre, non crediamo si possa andare: alimentazione e idratazione avvengono artificialmente ed in adesione al sapere della scienza medica.

¹³³ Il ricorso è proponibile dal rappresentante legale della persona interessata o dal medico o dal rappresentante legale della struttura sanitaria o dai soggetti di cui agli articoli 406 ss. c.c., ai sensi del quale "Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno può essere proposto dallo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, ovvero da uno dei soggetti indicati nell'art. 417.

Se il ricorso concerne persona interdetta o inabilitata il medesimo è presentato congiuntamente all'istanza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione davanti al giudice competente per quest'ultima.

I responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso di cui all'art. 407 o a fornirne comunque notizia al pubblico ministero".

Ai sensi dell'art. 417 c.c., "L'interdizione o l'inabilitazione possono essere promosse dalle persone indicate negli articoli 414 e 415, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore o curatore ovvero dal pubblico ministero.

Se l'interdicendo o l'inabilitando si trova sotto la responsabilità genitoriale o ha per curatore uno dei genitori, l'interdizione o l'inabilitazione non può essere promossa che su istanza del genitore medesimo o del pubblico ministero".

¹³⁴ Cfr. S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 82; S. TORDINI CAGLI, *Piergiorgio Welby e Giovanni Nuvoli: il punto sul diritto a rifiutare le cure*, in <http://Ius17@unibo.it>, 2008, 543 ss.

¹³⁵ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 12.

¹³⁶ Cfr., al riguardo, C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, cit., 264.

¹³⁷ L. EUSEBI, *Autodeterminazione e affidamento in ambito medico*, cit., 62.

¹³⁸ Sia consentito rinviare, su questo e sugli altri aspetti della legge in oggetto, ad A. NAPPI, *Principio personalistico e 'binomi indissolubili'*, cit., 197 ss.

¹³⁹ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 7.6. Vedi, al riguardo, *supra* § 3.

Ci sembra quindi inevitabile ritenerli trattamenti sanitari e legittimo, in aderenza al canone di autodeterminazione, consentire al malato terminale di rinunciare ad esse.

Questione ben diversa, ma di grande interesse ed alla quale accenniamo incidentalmente, attiene all'alimentazione ed idratazione forzata di coloro che, in particolari situazioni, operino uno sciopero della sete e/o della fame: ci riferiamo, in primo luogo ai detenuti, in relazione ai quali la teorizzata esigenza di ricorrere all'alimentazione forzata viene di solito giustificata con motivazioni di ordine pubblico¹⁴⁰.

A noi sembra, invece, che il diritto di rifiutare idratazione e alimentazione artificiali compete a tutti gli individui e, ovviamente, anche ai detenuti: alimentazione e idratazione coatte di questi ultimi, infatti, costituiscono atto di violazione dei fondamentali diritti umani¹⁴¹.

Motivi di ordine pubblico – eccettuate ben diverse ipotesi: pensiamo al vaccino obbligatorio in caso di epidemie contagiose – non legittimano la violazione di specifici diritti di libertà degli individui: una simile forzatura contrasterebbe con l'art. 32 Cost., 2° co., Cost., ma anche con la dichiarazione dell'Assemblea generale dell'associazione medica mondiale «sulla tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, disumani o avvilianti in relazione alla detenzione o alla carcerazione» che al § 5 inibisce l'alimentazione artificiale del detenuto che rifiuti qualsiasi nutrimento¹⁴².

Meglio sarebbe, allora, provare ad ottenere, ove possibile, il consenso ad alimentarsi ed idratarsi con il dialogo ed assicurando sostegno, anche psicologico, se richiesto, ai ristretti che abbiano operato questa scelta, quasi immancabilmente motivata da una protesta per l'avvenuta violazione dei loro diritti fondamentali.

Sarebbe quindi doveroso, per lo Stato, verificare le condizioni che hanno condotto a questa estrema forma di protesta ed attivarsi, se del caso, per rimuovere le cause degli eventuali abusi: potrebbe così anche addivenirsi a soluzioni migliorative delle condizioni di detenzione e per tal via fruttuose anche in termini di integrazione sociale.

Ove, invece, il detenuto insista nel proprio 'sciopero' crediamo che non si possa costringerlo ad alimentarsi ed idratarsi: una soluzione diversa contrasterebbe, secondo chi scrive, oltre che con il canone di autodeterminazione, con il concetto stesso di dignità umana¹⁴³.

¹⁴⁰ Cfr. F. BUZZI, *L'alimentazione coatta nei confronti dei detenuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, 284.

¹⁴¹ In senso conforme, su tal ultimo punto, F. BUZZI, *L'alimentazione coatta nei confronti dei detenuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, 284.

¹⁴² Cfr., in tal senso, I. ALLEGRANTI - G. GIUSTI, *Lo sciopero della fame del detenuto. Aspetti medico-legali e deontologici*, Padova, 1983, 177 ss.

¹⁴³ Sul concetto di dignità umana cfr., nell'ambito della giurisprudenza della Consulta, *ex multis*, Corte cost., sentenza 22 ottobre 1990, n. 471, § 3 considerato in diritto; Corte cost., sentenza 2 giugno 1994, n. 218, § 2 considerato in diritto; Corte cost., sentenza 12 giugno 1996, n. 194, §4.1.4, in diritto; Corte cost., sentenza 8 maggio 2009, n. 151. Si rinvia inoltre, *ex multis*, a M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1998, 275 ss.; J. DAVIS, *Doing justice to dignity in the Criminal law*, in J. MALPAS - N. LICKISS, *Perspectives on human dignity: a Conversation*, 2002, 169 ss.; L. CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in materia di paternalismo penale*, cit., 239 ss., spec. 254 ss.; L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in AA.VV., *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 2013, 239 ss.; I. RIVIERA, *La comparazione giuridica nel concetto di «salute»: possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2017, 1, 117 ss., in <http://www.infoleges.it/Dogi2005>.

Diversamente si è però espressa la Corte di Strasburgo¹⁴⁴ che, in adesione alla propria costante giurisprudenza¹⁴⁵, continua a ritenere legittima l'alimentazione forzata dei detenuti, allorché venga «accertata la necessità medica di procedere all'intervento»; sussistano «garanzie procedurali adeguate»; e le «modalità di esecuzione non rendano il trattamento definibile come tortura ai sensi dell'art. 3 Cedu».

9. La legge 219 del 2017, pur dando ampio riconoscimento al canone di autodeterminazione, non lo scinde – opportunamente – dall'aspetto solidaristico: è in quest'ottica, a nostro avviso, che l'art. 1, 1° co., nel segno dell'alleanza terapeutica, contempla come necessaria la valorizzazione della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico». L'autodeterminazione, quindi, dovrebbe sostanziarsi non in una valutazione compiuta dal paziente nella solitudine di una burocratica relazione di cura, bensì nel contesto di un rapporto fondato su una solida alleanza terapeutica, nel cui ambito il medico dovrebbe essere posto in grado di valutare il significato, anche psicologico, delle richieste che gli vengono rivolte ed il contesto relazionale nel quale esse sono state formulate, assumendo così il ruolo di «garante della presa in esame di tutti i fattori rilevanti»¹⁴⁶.

Consenso informato ed alleanza terapeutica caratterizzano, opportunamente, anche la previsione dell'art. 1, 5° co.: in caso di rinuncia o rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza «il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà».

Il medico dovrebbe quindi prestar attenzione alle esigenze del *caring* favorendo, nei limiti concessi dal canone di autodeterminazione, la scelta di non rifiutare le terapie, specie se salvavita¹⁴⁷.

L'aspetto solidaristico si oppone, in altri termini, ad una prospettiva di abbandono, che potrebbe indurre il paziente a rifiutare le cure, quale forma di ripudio dell'eccesso di razionalizzazione e aziendalizzazione dei servizi medico-assistenziali ovvero per evitare che la carenza di servizi di assistenza ai malati comporti il trasferimento dei relativi oneri sulla cerchia familiare¹⁴⁸.

In riferimento alle situazioni di emergenza o di urgenza l'art. 1, 7° co., prevede che il medico e i componenti dell'*équipe* sanitaria assicurino le cure necessarie «nel rispetto della volontà del paziente

¹⁴⁴ Corte eur. dir. uomo, sez. II, sentenza 26 marzo 2013, *Rappaz c. Svizzera*. Si rinvia, per un commento di questa pronuncia, a M. PELAZZA, *L'alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame al vaglio della Corte di Strasburgo*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 7 maggio 2013.

¹⁴⁵ Cfr. Corte eur. dir. uomo, sez. II, sentenza 5 aprile 2005, *Nevmerjitski c. Ucraina*, nonché Corte eur. dir. uomo, sez. II, sentenza 19 giugno 2007, *Ciorap c. Moldova*.

¹⁴⁶ L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 964. Cfr. inoltre ID., *Introduzione al focus: il rifiuto di cure*, cit., 493.

¹⁴⁷ Comitato Nazionale di Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico, Parere del 20 giugno 1992*, consultabile all'indirizzo <http://www.governo.it/bioetica/pareri>. Cfr., inoltre, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 71 ss.

¹⁴⁸ In tal senso si esprime, con specifico riferimento alla situazione italiana, il Comitato Nazionale per la Bioetica, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente*, parere del 24.10.2008, redatto da S. CANESTRARI, L. D'AVACK E L. PALAZZANI. Più di recente, con riferimenti alla tematica del modello procedurale nell'ambito della relazione terapeutica, cfr. A. GARGANI, *Ius imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 505 ss.

ove le sue condizioni e le circostanze consentano di recepirla». Deve ovviamente intendersi, in linea con lo spirito dell'intera legge, che – cessata la situazione emergenziale – l'autodeterminazione terapeutica riacquisti la sua intera estensione applicativa.

Coerente sviluppo della trama legislativa è l'articolo 5, 1° co.: «rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa delle cure tra il paziente e il medico», vincolante per il medico e l'*équipe* sanitaria¹⁴⁹ nell'ipotesi in cui il paziente venga in futuro a trovarsi «nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in condizione di incapacità»¹⁵⁰. In tale contesto, prevede coerentemente il 2° co., il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari ed altri soggetti ivi indicati, sono adeguatamente informati «sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative».

Il combinato delle disposizioni da ultimo esaminate lascia emergere la condivisibile direttrice di marcia seguita dal legislatore che, attraverso un equilibrato temperamento tra autodeterminazione e solidarismo, prova a dar risposta alle delicate questioni poste dalle scelte del paziente affetto da malattie terminali, opportunamente privilegiando, rispetto a finalità eteronome, i diritti fondamentali della persona.

In altre parole, come chiarito dal giudice di legittimità, a fronte del «rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro dell'alleanza terapeutica che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico»¹⁵¹.

Ci sembra, questa, una soluzione che tiene adeguatamente conto dei termini del 'binomio indissolubile' del biodiritto penale: le scelte in tema di fine vita non possono ridursi ad una questione afferente all'autodeterminazione, ma dovrebbero valorizzare il solidarismo, ancor più nella materia indagata, che si addentra nel campo dell'inguaribile malattia e, quindi, della umana vulnerabilità.

Inevitabile corollario del concetto di alleanza terapeutica è quello di terapia del dolore: disciplinato *ex art.* 2, 1° co., è anch'esso ascrivibile al termine solidaristico del binomio del diritto penale: «il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario (...) a tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore (...) e l'erogazione delle cure palliative».

¹⁴⁹ Su questo specifico aspetto e sulle ulteriori questioni poste dal frequentissimo caso della responsabilità medica in caso di attività di *équipe* si rinvia all'esauritiva opera monografica di L. RISCATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013.

¹⁵⁰ Cfr., in argomento, *ex multis*, A. VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *Riv. it. med. leg.* 2016, 1139. Analizzano invece la legge del 2017 ed anche disposizione di cui al testo i contributi di cui al volume AA.VV., *Forum: la legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, cit.

¹⁵¹ Cass. civ., sentenza n. 21748 del 2007, cit., *Considerato in diritto* § 6.1.

Va quindi apprezzata la sensibilità del legislatore del 2017 in relazione alla medicina palliativa che, in antitesi all'ottica dell'abbandono terapeutico¹⁵², proietta i doveri deontologici e professionali del medico in un ambito operativo che intende la tutela della salute in accezione più ampia, ricomprendendo l'alleviamento della sofferenza¹⁵³, specie quando vanno scemando le possibilità di contrasto della patologia¹⁵⁴.

Nella medesima prospettiva, l'art. 2, 2° co., prevede che «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati» e che «in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente»¹⁵⁵: a quest'ultimo riguardo, in particolare, va evidenziato, da un lato, che la sedazione profonda - se applicata con uso proporzionato e monitorato dei farmaci - non produce, di regola, l'accorciamento della vita del paziente ma talora la estende; dall'altro, che essa è legittimamente adottabile solo in presenza di tre situazioni contestuali: malattia inguaribile in uno stadio avanzato; imminenza della morte, generalmente attesa entro poche ore o pochi giorni; presenza di uno o più sintomi refrattari alle terapie adeguatamente verificati o di eventi acuti terminali con grave sofferenza sia fisica che psichica¹⁵⁶.

Al fine di valorizzare il quadro del rapporto medico-paziente così delineato, l'art. 1, 10° co., dispone che «la formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie» deve ricomprendere quella «in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative»¹⁵⁷. Quest'ultima precisazione investe le istituzioni cui compete la formazione del personale sanitario che, sin dalla formazione universitaria, dovrebbe prevedere specifici studi aventi ad oggetto le modalità di comunicazione con il paziente, per rendere a questi comprensibili le nozioni rese, ma anche per impegnare il personale sanitario ad un'interazione informativa che, in adesione al canone solidaristico, non sia asetticamente fredda, ma che, in adesione al principio personalistico - ed in considerazione della tragicità della scelta a cui quella informazione e comunicazione possono condurre - sia volta a stimolare, nel paziente, un atteggiamento più reattivo e partecipativo e non, al contrario, di rassegnazione e disperazione¹⁵⁸.

Il legislatore ha quindi voluto evidenziare che il rifiuto informato ai trattamenti sanitari dovrebbe rappresentare l'esito di una scelta maturata all'interno del rapporto di alleanza terapeutica: sarebbe stato forse opportuno, in quest'ottica, spingersi a prevedere espressamente, nell'atto normativo indagato, che il medico non deve limitarsi a registrare "passivamente" la volontà del

¹⁵² Ciò che infatti il malato sovente teme, più che il c.d. accanimento terapeutico, è proprio l'abbandono terapeutico: così L. EUSEBI, *Autodeterminazione e affidamento in ambito medico*, cit., 62 s.

¹⁵³ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 13.

¹⁵⁴ ID., *Principi di biodiritto penale*, cit., 71.

¹⁵⁵ Ai sensi dell'art. 2, 3° co., sia il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua che il rifiuto della stessa «sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

¹⁵⁶ Cfr. al riguardo L. ORSI, *Sedazione terminale/palliativa: aspetti etici, quesiti clinici*, in *La rivista italiana di cure palliative*, 2012, 2, 1 ss.

¹⁵⁷ Cfr., sul punto, Servizio studi della Camera dei deputati, *documento n. 392*, cit., 2.

¹⁵⁸ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 19.

paziente di rifiutare al trattamento sanitario *quoad vitam*, ma deve interagire con il paziente nel contesto di un rapporto strutturato secondo le scansioni empatiche che abbiamo sinora delineato¹⁵⁹.

L'ottica solidaristica, che caratterizza le previsioni della legge n. 219 del 2017 descritte in questo paragrafo, si pone in linea con i fondamentali postulati di uno stato sociale di diritto, che non potrebbe accettare l'apertura ad una prassi di 'morte dei poveri'.

Rendendo il vivere un'opzione – e non più un obbligo – i più deboli, specie se appartenenti a famiglie poco agiate (sempre che una famiglia c'è l'abbiano, altrimenti la condizione di fragilità sarebbe ancor maggiore) potrebbero infatti esser indotti a chieder di morire, per non gravare sui propri cari: sarebbe invece auspicabile una strategia che sappia conciliare autodeterminazione e solidarismo, fornendo – al malato terminale ed alla sua famiglia – ogni sostegno possibile, economico, ma anche informativo e psicologico, per evitare soluzioni che siano frutto di un momento di disperazione e non di una deliberazione consapevolmente maturata.

In questo senso andrebbero effettivamente garantite cure gratuite (e non intempestive) agli indigenti, come prevede l'art. 32 Cost. e, come poc'anzi rilevavamo, andrebbe valorizzato il concetto di alleanza terapeutica¹⁶⁰, che si oppone ad una visione del medico quale freddo e burocratico esecutore della scelta del paziente: un simile passo non può esser compiuto e reso effettivo "per legge", ma sarà inevitabilmente rimesso, in gran parte, alla coscienza e deontologia di ogni singolo esercente la professione sanitaria.

Da un punto di vista assiologico, tuttavia, è importante sancire che questa sia la direzione da seguire.

Delimitati entro i suddetti confini solidaristici, potrebbero ammettersi quelli che in dottrina sono stati definiti «diritti infelici ma necessari»¹⁶¹: in tal senso si è espressa la Consulta con l'ordinanza n. 207 del 2018, che si è spinta a suggerire di regolamentare le condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze «attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte»¹⁶².

Condividiamo questi rilievi, ancor più perché tesi a valorizzare il 'binomio indissolubile' del biodiritto penale: autodeterminazione e solidarismo¹⁶³. Non può che leggersi in quest'ottica, ad esempio, il richiamo operato, pur nel contesto di un impianto argomentativo teso a valorizzare il canone di autodeterminazione, «all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili» e, tra essi «i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze»¹⁶⁴.

Precisiamo, per evitare equivoci, che anche in presenza di terribili malattie, secondo un condivisibile pensiero espresso in dottrina, scelta dignitosa può esser quella di morire; ma lo è anche quella di continuare a vivere, pur nella sofferenza¹⁶⁵.

¹⁵⁹ In tal senso S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 8 s.

¹⁶⁰ Così, *ex plurimis*, G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 491.

¹⁶¹ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, cit., loc. ult. cit.

¹⁶² Corte Cost., Ordinanza n. 207 del 2018, cit., *Considerato in diritto*, § 10.

¹⁶³ Volendo, *amplius*, A. NAPPI, *o. c.*, cit., 149 ss.

¹⁶⁴ Corte Cost., Ordinanza n. 207 del 2018, cit., loc. ult. cit.

¹⁶⁵ L. EUSEBI, *Le forme della verità nel sistema penale e i loro effetti. Giustizia e verità come «approssimazione»*, in AA.VV., *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, a cura di G. Forti, G. Varraso e M. Caputo, Napoli, 2014, 160.

Una volta, però, accertata la scelta del paziente di rinunciare alle terapie, crediamo che essa, auspicabilmente maturata entro i limiti solidaristici descritti, dovrebbe esser rispettata. Così come, crediamo, dovrebbe esser consentito di aiutare a morire un soggetto che, pur volendolo con tutte le residue forze, non sia in grado di porre autonomamente fine alla propria vita, come nel caso di Fabiano Antoniani: non andrebbe cioè sanzionato penalmente un improprio obbligo giuridico di non impedire, in simili drammatiche vicende, l'altrui agonia.

Si tratta, rileviamo, del medesimo binomio che presiede all'etica della reciprocità¹⁶⁶ che, al principio "non fare agli altri ciò che non volessi fosse fatto a te"¹⁶⁷ affianca il "consenti agli altri ciò che vorresti fosse consentito a te"¹⁶⁸: nella materia indagata – pur nella complessità dovuta ai risvolti etici, filosofici, religiosi ad essa sottesi – queste considerazioni potrebbero condurre ad esiti speculativi congruenti con il canone pluralistico.

10. Giustificata quale adempimento di un dovere è, ovviamente, la condotta del medico rispettosa del consenso informato del paziente¹⁶⁹: egli è, anzi, giuridicamente obbligatorio ad uniformarsi all'autodeterminazione terapeutica¹⁷⁰, la quale, diversamente, si tradurrebbe in sterile enunciazione di principio.

Inevitabile, quindi, che la legge n. 219 de 2017 prevedesse l'esenzione da ogni responsabilità giuridica del medico che rispetti l'opzione terapeutica del paziente¹⁷¹: lo statuisce l'art. 1, 6° co., disposizione che inevitabilmente tornerà ad animare il dibattito¹⁷² inerente alle conseguenze

¹⁶⁶ L'etica della reciprocità ha trovato costantemente riconoscimento nelle più diverse dottrine religiose: si pensi, tra le enunciazioni di questo concetto, a quella dovuta all'ebraismo «amerai il prossimo tuo come te stesso», *Leviatico*, 19,18 e, nel cristianesimo, al «tutto quanto volete che gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro», *Gesù, discorso della Montagna, dal Vangelo secondo Matteo* 7, 12. Potremmo, invero, continuare a lungo: l'etica della reciprocità, che suole esser tradotta nella *regola d'oro* - poc'anzi enunciata, nella sua forma positiva, ma anche in quella, inversa, negativa - è stata infatti riconosciuta espressamente nella *Dichiarazione per un'etica mondiale*, approvata dal *Parlamento delle religioni mondiali*, e sottoscritta da 143 leader di diverse religioni e comunità spirituali: cfr. *Morality and ethics. The declaration of a global ethic*, in <http://www.religioustolerance.org/parliament>.

¹⁶⁷ Cfr., già nella filosofia greca antica, *ex multis, Pittaco, Framm.* 10.3, che affermava: «non fare al tuo vicino quello che ti offenderebbe se fatto da lui».

¹⁶⁸ Anche questa idea affonda le radici nella filosofia greca antica: «ciò che tu eviteresti di sopportare per te, cerca di non imporlo agli altri», ammoniva già *Epitteto*, nel suo *Enchiridion*.

¹⁶⁹ Cfr., in merito a questa causa di giustificazione, di recente, nell'ambito della dottrina penalistica GIOV. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 299 ss.

¹⁷⁰ Cfr., in dottrina, in epoca coeva alla pronuncia in oggetto, A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1, 68 ss.

¹⁷¹ Cfr., sul rapporto tra principio del consenso informato e responsabilità penale del medico S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 5.

¹⁷² Questa problematica, di evidente delicatezza, è dibattuta da lunghissimo tempo: cfr., tra gli altri, F. GRISPIGNI, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1914, 449 ss., il quale, *ivi* 473 ss., nega la stessa configurabilità del fatto tipico del delitto di lesioni o di altro reato nelle ipotesi di esercizio dell'attività medico-chirurgica; ID., *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico "arbitrario"*, in *Sc. pos.*, 1914, 796 ss.; B. PETROCELLI, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Annali*, 1932, 514 ss.; A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955; G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. pen.*, 1973, I, 81 ss.; R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1970; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 727 ss.; A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984; ID., *Voce Trattamento medico-chirurgico*, cit., 1992, 1280 ss.; R. BLAIOTTA, *Profili penali della relazione terapeutica*, in *Cass. pen.*, 2005, 11, 3599 ss.; A. MANNA, *Trattamento sanitario «arbitrario»: lesioni personali e/o omicidio oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, 449 ss.; F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141 ss.; G. FIANDACA, *Luci ed ombre nella pronuncia a Sezioni*

giuridiche della condotta del medico che agisca in assenza del consenso informato del paziente ovvero che lo faccia in aperto contrasto con la valida ed informata richiesta di questi, non adempiendo al dovere di interrompere le terapie o adottando trattamenti sanitari diversi da quelli acconsentiti¹⁷³.

Con riguardo al primo aspetto (trattamento sanitario eseguito in assenza di consenso libero ed informato), vi sono ordinamenti europei che sanzionano penalmente la condotta del medico: l'art. 156 del *código penal* portoghese, ad esempio, punisce questa condotta con la reclusione fino a tre anni, ovvero con la multa, salvo prevedere una ipotesi di non punibilità (opportuna e volta a scongiurare imminenti pericoli di medicina difensiva) sia allorché l'attesa del consenso avrebbe messo in pericolo la salute del paziente sia nel caso in cui il trattamento diverso operato, oltre ad esser conforme alle migliori acquisizioni della scienza medica, si sia rivelato il più efficace per tutelare la salute del paziente¹⁷⁴.

Soluzione analoga è adottata dal codice penale austriaco, che per le ipotesi in parola prevede, *ex art.* 110, la punibilità del medico con pena detentiva fino a sei mesi¹⁷⁵.

Diversa, ovviamente, è la seconda delle ipotesi alle quali facevamo riferimento, ossia quella del trattamento sanitario posto in essere in difformità dalla volontà manifestata dal paziente: nel silenzio legislativo rigorosa, ad esempio, è stata la soluzione della giurisprudenza spagnola, che ha applicato a queste ipotesi, anche in caso di 'esito fausto' dell'intervento, la disciplina dei reati contro la libertà personale¹⁷⁶.

In Italia, invece, il diritto vivente non è stato univoco: in presenza di interventi medici praticati nonostante il dissenso del paziente, alcune pronunce hanno ritenuto configurabile, al più, il delitto di violenza privata¹⁷⁷; altre, invece, in caso di decesso del paziente, hanno ritenuto che il medico fosse punibile a titolo di omicidio preterintenzionale¹⁷⁸.

Pacificamente, in Italia e non solo, si ritiene lecita la condotta del medico che abbia operato in condizioni di emergenza, per evitare irreparabili pregiudizi alla salute del paziente: in queste ipotesi l'impossibilità di acquisire il consenso, precedentemente non manifestato, rende inevitabile agire a tutela della salute dell'infermo.

Per le ipotesi diverse da questa, nell'ambito della nostra giurisprudenza, è intervenuta per dipanare alcuni dei contrasti giurisprudenziali insorti nel nostro ordinamento sin dal 1992¹⁷⁹, la nota

Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario, in *Foro it.*, 2009, II, 306 ss. Nella manualistica un'ampia trattazione è contenuta in R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Roma, 2017, 435 ss.

¹⁷³ Cfr. al riguardo S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 73.

¹⁷⁴ Questi riferimenti comparatistici sono contenuti in S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 6.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Cfr. A. MANNA, *Artt. 579-580. Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in AA. VV., *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 55 s. La giurisprudenza di legittimità già da tempo si esprime in tal senso: cfr., per tutte, Cass. pen., sez. V., sentenza 21 aprile 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 63 ss. Cfr., sul punto, E. LA ROSA, LA ROSA E., *Attività sanitaria, norme penali e conflitto di coscienza*, in *Criminalia*, 2008, 136 ss.; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 61, nota 193; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1, 77.

¹⁷⁸ Così è accaduto nel noto "caso Massimo", Cass., 21.4.1992, n. 563. Nello stesso senso, tra le tante, cfr. Cass. 11.7.2002, n. 26446.

¹⁷⁹ Si rinvia, per un'analisi degli orientamenti giurisprudenziali in materia, ad A. VALSECCHI, *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 15 dicembre 2010.

sentenza Giulini¹⁸⁰, che ha – tra le righe – distinto tra due categorie di trattamenti sanitari, eseguiti in mancanza del consenso informato, ai quali abbiamo poc'anzi fatto riferimento: quelli praticati nonostante il dissenso espresso – esplicitamente o implicitamente – dal paziente, da considerare in ogni caso penalmente illeciti; quelli operati in difformità dal consenso espresso dal paziente, previamente informato. In relazione a queste ultime fattispecie le Sezioni unite hanno affermato che se l'esito è fausto, nessuna conseguenza penale è ascrivibile all'autore dell'intervento eccedente rispetto a quello illustrato al paziente¹⁸¹: «non integra il reato di lesioni personali né quello di violenza privata, la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle “*leges artis*”, si sia concluso con un esito fausto, essendo da esso derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di vita del paziente, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte dello stesso».

Questa sentenza tendeva, almeno in apparenza, a ridimensionare la rilevanza del consenso informato¹⁸² che, seppur ritenuto necessario, tale non era più considerato allorché dal trattamento eseguito non fosse derivata una significativa alterazione funzionale dell'organismo¹⁸³.

Il pronunciamento delle Sezioni unite, seppur animato dal comprensibile intento di contrastare esiti di ‘medicina difensiva’, non ci pare condivisibile: non solo perché, facendo prevalere un'idea di tutela della salute eteronomamente delineata, si pone in contrasto con il canone di autodeterminazione terapeutica, ma anche perché giunge a ritenere legittimo un intervento operato in difformità dai *desiderata* del paziente, solo in virtù dell'esito “fausto”.

Concetto, quest'ultimo, vago: chi – ed in base a quali parametri – stabilisce se l'esito è fausto?

La prevedibile risposta è che sia “la scienza medica” a farlo.

Noi crediamo invece che, in adesione al principio personalistico, dovrebbe esser il paziente, sottoposto ad un trattamento sanitario indesiderato – o comunque difforme da quello desiderato – a giudicare: questi, infatti, può ritenere non benevolo per il suo benessere fisico e mentale un intervento eseguito in difformità dal proprio volere, pur se la comunità scientifica medica lo ritenga ‘fausto’.

Per analoghe considerazioni non ci trova concordi l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che si è pronunciata sui casi di interventi medici operati nonostante il dissenso espresso dal paziente ed il cui esito sia stato “infausto”: le Sezioni unite Giulini, infatti, non si erano pronunciate sul punto. Ci ha pensato la quarta sezione della Cassazione penale, che ha statuito che in queste ipotesi il medico risponde di «lesioni dolose»¹⁸⁴ e non di omicidio preterintenzionale, ove

¹⁸⁰ Cass. pen., Sez. un., sentenza 21 gennaio 2009, n. 2437.

¹⁸¹ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 7.

¹⁸² Così, *ex multis*, S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, cit., 218 ss.

¹⁸³ Nella specie, pur mancando il consenso della paziente, l'intervento medico era stato eseguito correttamente ed aveva avuto esito clinicamente ‘fausto’.

Avverso la sentenza di appello, che – pur dichiarando l'intervenuta prescrizione del reato – confermava la qualificazione del reato quale violenza privata, operata dal giudice di primo grado, l'imputato ricorreva per cassazione e la quinta sezione rimetteva il ricorso alle Sezioni unite, chiedendo che venisse risolto il quesito relativo al tipo di ipotesi delittuosa configurabile per il medico che, in assenza di consenso informato del paziente, sottoponesse il medesimo ad un determinato trattamento chirurgico nel rispetto delle ‘regole dell'arte’ e con esito fausto.

¹⁸⁴ Cass. pen., sez. IV, sentenza 20 aprile 2010, n. 21799.

l'intervento «anche se abbia esito infausto ed anche se effettuato in violazione delle regole dell'arte medica» sia stato comunque animato da «finalità terapeutica»¹⁸⁵.

Stando a questo orientamento della Corte, ribadito da diversa pronuncia della medesima sezione, sussisterà responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale, solo in capo al medico «che sottoponga il paziente ad un intervento – al quale consegue poi la morte – in mancanza di finalità terapeutiche, per fini estranei alla tutela della salute»¹⁸⁶: rientrerebbero in questa ipotesi, ad esempio, trattamenti posti in essere per fini sperimentali o per ottenere un rimborso più cospicuo dal servizio sanitario nazionale.

La Corte di cassazione, quindi, statuisce con le sentenze della quarta sezione a cui abbiamo fatto riferimento, che un medico che cagioni la morte, compiendo un trattamento sanitario contrastante con l'autodeterminazione terapeutica del paziente (o in difformità da essa), e finanche in violazione delle regole dell'arte medica, non risponderà di omicidio preterintenzionale se la finalità che perseguiva era terapeutica.

Anche questo orientamento giurisprudenziale è a parer nostro censurabile, costituendo espressione di un diritto penale che agisce impiegando 'due pesi e due misure': a fronte del pugno duro riservato ai 'criminali', vengono trattati con i guanti bianchi coloro che, svolgendo un'attività indubbiamente utile per la collettività, vengono legittimati a compiere qualunque condotta, in ragione della finalità perseguita. Viene svalutato, così, il rilievo del canone di autodeterminazione terapeutica.

Ovviamente, l'orientamento in parola sottende l'idea che la responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale presuppone la finalizzazione della 'condotta base' a ledere o percuotere, in conformità al dettato dell'artt. 584 c.p., mentre nel caso di specie la finalità è quella terapeutica.

Il punto, tuttavia, non è quello della responsabilità o meno a titolo di omicidio preterintenzionale, fattispecie che – del resto – solleva molte perplessità, apparendo lesiva del principio di colpevolezza/responsabilità e che sarebbe quindi auspicabilmente da abrogare¹⁸⁷.

La questione, piuttosto, è che – vigendo in materia il principio di autodeterminazione – il perseguire una finalità terapeutica non può render lecita la condotta del medico contrastante con l'opzione terapeutica del paziente.

Dovrebbe piuttosto ritenersi sussistente la responsabilità per il reato di violenza privata e, in caso di decesso del paziente, anche per quello di omicidio colposo: per di più, avendo il medico operato contro la volontà di chi è poi deceduto o in difformità da essa, il grado della colpa ben difficilmente potrà, a nostro avviso, esser ritenuto lieve.

Opinando diversamente, crediamo, si violerebbe il canone di ragionevolezza e ciò pregiudicherebbe il corretto assolvimento delle funzioni costituzionali della pena: *in primis* la prevenzione generale positiva. Si pensi, ad esempio, all'inevitabile sgoamento dei cari della vittima ma anche allo sconcerto dell'intera collettività per una soluzione giurisprudenziale la cui vuota clemenzialità si connoterebbe per la sterilità politico criminale¹⁸⁸.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Cass. pen., sez. IV, sentenza 23 settembre 2010, n. 34521.

¹⁸⁷ Così, nel contesto di una più ampia, condivisibile critica dell'aporia della responsabilità oggettiva, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 141 ss. Tra i più autorevoli e recenti contributi in materia si veda GIOV. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 479 ss.

¹⁸⁸ Su funzioni e contenuto della pena, con specifici spunti sull'aspetto della prevenzione generale, cfr., di recente, GIOV. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 3 ss.

Detto ciò, ci sembra importante evidenziare che, in prospettiva di riforma, viene da tempo sostenuta la tesi della necessità di un intervento legislativo che introduca nel nostro ordinamento il *delitto di attività medica arbitraria*¹⁸⁹: già lo schema Pagliaro¹⁹⁰, ad esempio, prevedeva, *ex art.* 70, 1° co., n. 4, il reato di attività medica o chirurgica su persona non consenziente, facendo salva, quale causa di esclusione della punibilità, la sola ipotesi in cui il fatto avesse comportato, per la persona, effetti esclusivamente vantaggiosi.

Al contempo, in dottrina, si invita, sul punto, alla cautela: l'introduzione di questo delitto, riferito sia all'aver agito senza una copertura ineccepibile del consenso, sia al non aver agito per interrompere le terapie, uniformandosi ad una richiesta formale in tal senso, potrebbe comportare «l'exasperazione del rischio per il medico di essere chiamato a responsabilità tutte le volte in cui (...) non sia reperibile un mandato formale sicuramente valido del paziente o di chi lo rappresenti», con un drastico spostamento «quale fonte prioritaria della responsabilità, dal rischio di perdere il malato al rischio di violare il consenso»¹⁹¹.

Ne potrebbe derivare, secondo questa chiave di lettura, l'induzione del medico ad «atteggiamenti di disimpegno» nel solco del fenomeno della *medicina difensiva* che, come è noto, tende alla «formalizzazione (...) dei processi decisionali»¹⁹² ed a connotarsi per la mera esecutività¹⁹³.

Questi rilievi meritano attenta considerazione: non v'è dubbio, infatti, che un punto di equilibrio va trovato.

Esso, tuttavia, non può esser rappresentato dalla deresponsabilizzazione penale del medico che agisca in difformità dalla volontà del paziente e dalle stesse *leges artis*.

Da un lato, quindi, il canone di autodeterminazione trova imprescindibile momento attuativo nella sanzione penale delle condotte del medico che agisca in difformità dall'autodeterminazione terapeutica del paziente.

Dall'altro, le esigenze solidaristiche suggeriscono di adottare correttivi volti, unicamente, ad evitare atteggiamenti del personale sanitario inclini, per timori relativi ad incombenti responsabilità penali, a logiche di medicina difensiva, in contrasto con la stessa essenza dell'alleanza terapeutica¹⁹⁴: centrale, in quest'ottica, sarebbe il corretto assolvimento di un completo onere informativo, da parte del medico, durante il processo decisionale in tema di trattamenti sanitari. Diversamente, infatti, potrebbe configurarsi l'inquietante ipotesi della morte di colui che abbia rifiutato trattamenti sanitari

¹⁸⁹ In tal senso si è espressa anche la citata pronuncia Cass. pen., Sez. un., sentenza 21 gennaio 2009, n. 2437, udienza del 18 dicembre 2008, pur negando, nella specie, la sussistenza di un reato in capo al medico.

¹⁹⁰ Bozza di articolato presentata il 25 ottobre 1991 dalla Commissione Pagliaro, istituita dal Governo al fine di riformare il vigente codice penale, reperibile in <http://www.giustizia.it/archivocommissionistudio>.

¹⁹¹ L. EUSEBI, *Introduzione al Focus (I). Menomazioni gravi della salute: "diritto di vivere" o "diritto di morire"?* *Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 2, 492.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ L. EUSEBI, *Autodeterminazione e affidamento in ambito medico*, cit., 57.

¹⁹⁴ Cfr. in tal senso L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, cit., 962, il quale – *ivi* – rileva, inoltre, che «appare poco credibile ritenere, in questo senso, che una maggiore garanzia sostanziale del malato, nella sua stessa esigenza di non essere lasciato solo dinnanzi alla malattia (sebbene in nome di una libertà decisionale aperta anche alla richiesta di morire), possa trovare il suo presupposto nel venir meno, talora, di una specifica assunzione di responsabilità nei suoi confronti da parte del medico, in quanto tenuto alla mera ottemperanza di indicazioni formali che provengano dal malato stesso o da chi lo rappresenti».

ritenuti inefficaci in seguito ad una grave imperizia del medico nel formulare una prognosi totalmente infausta¹⁹⁵.

Crediamo che un equilibrio tra autodeterminazione e solidarismo vada trovato anche in questo campo della responsabilità penale. Esso potrebbe esser rappresentato dall'introduzione di fattispecie analoga a quella proposta nello schema Pagliaro, però accompagnata da correttivi volti ad evitare i paventati esiti di medicina difensiva: l'esenzione da responsabilità allorché il fatto abbia comportato per il paziente esiti esclusivamente vantaggiosi, oggettivamente considerati, potrebbe essere uno di questi correttivi.

Nel quadro delineato, va salutata con favore la previsione dell'art. 1, 6° co., della legge 219 del 2017: è corretto, nel quadro dell'autodeterminazione terapeutica¹⁹⁶, sancire la liceità della condotta del medico (giustificata quale adempimento del dovere) che asseconi la volontà del paziente, anche allorché essa conduca, attraverso la rinuncia alle terapie, alla morte¹⁹⁷.

Il fondamento della liceità della condotta del medico volta ad interrompere il trattamento sanitario salvavita, secondo l'orientamento prevalente nella nostra letteratura penalistica, risiede nell'adempimento del dovere di interrompere il trattamento sanitario, in virtù della revoca del consenso da parte di un paziente consapevole ed informato¹⁹⁸. Una simile conclusione presuppone un bilanciamento dei beni di rango costituzionale che ritiene prevalente il divieto di trattamenti sanitari coattivi *ex art. 32, 2° co., Cost.*, rispetto a quello della incondizionata tutela della vita umana: il diritto all'autodeterminazione terapeutica finisce così per assumere la consistenza dei diritti di *habeas corpus*, ossia di intangibilità della propria sfera corporea¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cfr. D. TASSINARI, *Gli attuali progetti di legge sul cosiddetto «testamento biologico»: un breve sguardo d'insieme*, in *Criminalia*, 2006, 265 ss.; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 75.

¹⁹⁶ Ciò, infatti, garantisce un definitivo consolidamento delle radici costituzionali del principio del consenso/rifiuto informato nella relazione medico-paziente: così S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 10 s. In passato la nostra letteratura penalistica già si era interrogata sul punto: cfr., *ex plurimis*, F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di L. STORTONI, Trento, 1992, 213 ss. Per un esame comparativo vedi M. ARAMINI, *L'eutanasia. Commento giuridico-etico della nuova legge olandese*, Milano, 2003.

¹⁹⁷ Aperture in tal senso già erano state operate da autorevole dottrina: si rinvia, in tal senso, *ex multis*, a G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2013, 40, secondo i quali questa disciplina dovrebbe dare rilievo ai motivi che hanno determinato l'omicidio eutanasico e precisare i presupposti *iure condendo*: si vedano S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 229 ss.

¹⁹⁸ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 9 s. In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza interna, ad esempio, nella sentenza Welby del Gup Trib. Roma, 23.7.2007: tra i numerosi contributi dottrinali di poco successivi a quella pronuncia cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e la tentazione pericolosa di uno «spazio libero del diritto»*, in *Cass. pen.*, 2007, 903 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561 ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un «diritto a essere lasciati morire in pace?»*. *Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5 ss.; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1195 ss.; A. VALLINI, *Lasciare morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisprudizione*, 2008, 54 ss.

¹⁹⁹ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 10; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 6, 1195 ss., spec. 1204 ove lo Studioso si riferisce a quanto in oggetto come diritto «di inviolabilità del proprio corpo, del proprio essere vivente».

La liceità del fatto - e, quindi, l'esenzione da ogni forma di responsabilità - è ovviamente subordinata al rispetto delle linee-guida sanitarie²⁰⁰ e delle condizioni di legge²⁰¹, ancor più in virtù dell'irreparabilità della scelta operata dal paziente che versi in *condizioni terminali*²⁰².

Logico sviluppo della previsione dell'art. 1, 6° co., sarebbe quello di modificare, in senso favorevole per il soggetto attivo, le disposizioni del codice penale, anche con riferimento alle ipotesi di omicidio *pietatis causa* nonché di aiuto al suicidio dei malati terminali: una simile modifica, tuttavia, dovrebbe subordinare l'applicabilità della nuova disciplina alla precisa individuazione dei presupposti oggettivi del fatto ed all'attenta valutazione dei motivi che hanno determinato l'omicidio eutanasi²⁰³.

Nel concludere le nostre riflessioni sull'art. 1, 6° co., della legge n. 219 del 2017, evidenziamo che opportuno ci sembra anche l'ulteriore inciso contenuto in quella disposizione: «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali»: non sussiste, in altri termini, il diritto del paziente di esigere «trattamenti» privi di evidenze che ne comprovino l'efficacia²⁰⁴.

11. Il legislatore, nel disciplinare la materia indagata, ha probabilmente ritenuto che, a differenza di quanto accade in tema di interruzione volontaria della gravidanza, non occorresse operare un bilanciamento tra confliggenti beni meritevoli di tutela, perseguendosi l'unico obiettivo di valorizzare l'alleanza terapeutica basata sul consenso informato²⁰⁵.

Per questo motivo, forse, si è scelto di non disciplinare espressamente la possibilità del personale sanitario di opporre obiezione di coscienza²⁰⁶: si è persa, tuttavia, una buona occasione.

Ci sarebbe sembrato opportuno, infatti, disciplinare l'obiezione di coscienza opponibile dal medico e regolamentare, contestualmente, le modalità del trasferimento della posizione di garanzia dal medico obiettore ad uno disposto ad attuare la volontà del malato²⁰⁷.

²⁰⁰ Sottolinea l'utilità delle linee guida, proponendone la valorizzazione nell'ambito della responsabilità medica, che può comportare rilevanti difficoltà per la individuazione della corretta condotta da tenere, GIOV. DE FRANCESCO, *Un ulteriore sviluppo normativo in tema di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg. (e del diritto in campo sanitario)*, 2017, 4, 1527 ss.; cfr. inoltre, nello stesso senso, ID., *In tema di dovere terapeutico, colpa medica, e recenti riforme*, in *Leg. pen.*, 2 maggio 2017, 1 ss.

²⁰¹ In questo senso si esprimeva, già prima dell'entrata in vigore della legge 22 dicembre 2017, n. 219, A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, cit., 235, che sosteneva la necessità di qualcosa in più del mero consenso per accertare la effettiva volontarietà di questa irreversibile scelta.

²⁰² M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, cit., 22.

²⁰³ G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 39, In prospettiva *de iure condendo* si vedano S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 716 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 229 ss.; S. CANESTRARI, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in AA.VV., *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003, 231 ss.

²⁰⁴ S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 11.

²⁰⁵ In questo senso si veda S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 50 ss.

²⁰⁶ Sul tema dell'obiezione di coscienza in ambito sanitario si rinvia, *ex plurimisi*, a E. LA ROSA, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. med. leg. e del diritto in ambito sanitario*, 2012, 2, 1124 ss.

²⁰⁷ Cfr. sul punto, con riferimenti ad entrambi i temi ai quali facciamo riferimento nel testo, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 85; E. LA ROSA, *Attività sanitaria, norme penali e conflitto di coscienza*, in *Criminalia*, 2008, 141.

La possibilità di opporre l'obiezione di coscienza, infatti, in uno stato pluralista, costituisce uno dei punti nevralgici di ogni tematica del biodiritto: dalle questioni attinenti al fine vita a quelle in tema di procreazione medicalmente assistita e di interruzione volontaria di gravidanza.

Non può infatti costringersi a compiere un determinato atto, che incide sull'esistenza in vita di un essere umano, colui che ritenga ciò in contrasto con i propri convincimenti ideologici, filosofici, religiosi.

L'obiezione di coscienza non potrebbe invece esser invocata in relazione ad attività professionali – pensiamo al carabiniere, al militare o al poliziotto – che abbiano come mansione tipica quella di «agire deliberatamente contro l'incolumità personale»²⁰⁸. Qui, però, il caso è opposto; gli esercenti le professioni sanitarie sono chiamati a salvare la vita umana: sarebbe quindi aporetico obbligare al compimento di condotte soppressive della vita²⁰⁹. La Consulta ha precisato, in tal senso, che «la protezione della coscienza individuale» costituisce «un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)»²¹⁰. Riteniamo, quindi, opportuno il riconoscimento del diritto dei medici di astenersi da tali condotte²¹¹, qualora le avvertano «come contrarie alle proprie concezioni etiche, deontologiche e professionali»²¹². Ne deriva che «se l'ordinamento giuridico ritiene di ammettere condotte in sé lesive del bene vita, non può giungere, comunque, a negare il diritto liberale del singolo di *non agire* contro quel bene»²¹³.

Simili ordini di considerazioni hanno fondato la previsione dell'art. 9 della legge n. 194 del 1978, che espressamente sancisce che il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie «non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione»²¹⁴.

In Italia, quindi, diversamente da altri paesi – in Germania, ad esempio, si prevede solo che «nessuno può essere obbligato a partecipare a un'interruzione della gravidanza»²¹⁵ – l'obiezione si riferisce non ad ogni singolo atto abortivo ma richiede una aprioristica, omnicomprensiva

²⁰⁸ L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, cit., 969 s. Cfr. inoltre ID., *La normativa italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza e la tutela della maternità*, cit., 15. Cfr. inoltre M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 914, parla espressamente di un «diritto all'obiezione di coscienza» in capo al singolo medico riguardo alla sospensione di trattamenti che tengono in vita malati non in fase terminale. Nello stesso senso L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, cit., 969, nota 11, il quale rileva come sia «sempre più condivisa» la posizione che «riconosce l'obiezione di coscienza come un diritto costituzionalmente tutelato, immediatamente azionabile innanzi al giudice, senza bisogno di interposizione legislativa».

²⁰⁹ L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, cit., 969; F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: fra presente e futuro*, in *Iustitia*, 2011, 2, 146 ss.

²¹⁰ Corte cost., sentenza 19 dicembre 1991, n. 467, in <http://www.giurcost.org/decisioni>. Rileviamo incidentalmente che la libertà di coscienza non è menzionata espressamente nella Costituzione italiana, contrariamente a quanto accade nell'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e all'art. 9 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che espressamente la prevedono.

²¹¹ L. EUSEBI, *La normativa italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza e la tutela della maternità*, cit., 22.

²¹² S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 84. Cfr., nello stesso senso, S. SEMINARA, *Riflessioni in terra di suicidio e di eutana sia*, cit., 696.

²¹³ Cfr. in questo senso L. EUSEBI, *La normativa italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza e la tutela della maternità*, cit., 22.

²¹⁴ La dichiarazione, ai sensi della medesima disposizione, «deve essere comunicata al medico provinciale e, nel caso di personale dipendente (...) anche al direttore sanitario. Il secondo comma prevede inoltre la revocabilità dell'obiezione e la sua proponibilità «anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma».

²¹⁵ L. EUSEBI, *La normativa italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza e la tutela della maternità*, in *Orizzonte medico*, LXV, 2010, 5, 21 s.

dichiarazione. Condividiamo che a fronte della richiesta di compiere atti oggettivamente offensivi della vita umana, si consenta al personale sanitario l'obiezione di coscienza in quanto, tramite essa, si rimane fedeli al diritto alla vita, che spetta al singolo a titolo originario e non in virtù di costitutivi riconoscimenti statuali²¹⁶.

Opportunamente, però, l'art. 9, 3° co., della legge n. 194 del 1978, delinea il raggio di azione dell'obiezione di coscienza, precisando che essa esonera «dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento».

È tuttavia indispensabile, una volta assicurata al medico la possibilità di opporre obiezione di coscienza, garantire il diritto di autodeterminazione terapeutica, nei limiti consentiti dalla normativa vigente in tema di interruzione di gravidanza²¹⁷ e di patologie di malati terminali.

Opportunamente, quindi, l'art. 9, 4° co. della legge 194 prevede che enti ospedalieri e case di cura autorizzate sono «tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure previste dall'art. 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti». La stessa disposizione assegna alla Regione il compito di controllare e garantire l'attuazione della legge «anche attraverso la mobilità del personale», assicurando così la costante presenza di professionisti non obiettori²¹⁸. Condivisibile è anche la previsione del quinto comma: l'obiezione di coscienza non può essere invocata «quando, data la particolarità delle circostanze», il personale intervento di chi, invece, la voglia opporre, sia «indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo»²¹⁹.

Anche in tema di obiezione di coscienza in ambito sanitario andrebbe quindi trovata un'equilibrata composizione dei diritti coinvolti: non compiere condotte contrarie alla tutela della vita, mansione tipica della professione medica; autodeterminazione, nei limiti di legge, in tema di interruzione della gravidanza nonché in tema di rinuncia o rifiuto delle terapie.

Nei casi di conflitto tra questi diritti, dovrebbe prevalere quello all'autodeterminazione della donna e del malato terminale: ciò, tuttavia, non forzando la coscienza degli operatori sanitari²²⁰ sino al punto di subordinare, come pure è stato ipotizzato, l'accesso a determinati ruoli ospedalieri all'inopponibilità dell'obiezione di coscienza²²¹.

In ogni caso, con specifico riferimento al tema del fine vita, maggiormente problematico in virtù del silenzio normativo, riteniamo che anche *de lege lata*, il contemperamento tra le istanze di autodeterminazione e quelle solidaristiche renda legittimo, da parte del personale sanitario, opporre l'*obiezione di coscienza* in relazione a condotte attive doverose, specie se immediatamente causali

²¹⁶ Cfr., in tal senso, L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, cit., 969 che – *ivi*, 968, nota 10 – invita a confrontare, *amplius*, sul tema, ID., *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ - P. ZATTI, III, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, Milano, 2011, 173 ss.

²¹⁷ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 85; E. LA ROSA, *Attività sanitaria, norme penali e conflitto di coscienza*, cit., 141.

²¹⁸ Sarebbe quindi opportuno, in quest'ottica, rileva S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 85, un intervento legislativo volto a «regolamentare con chiarezza le modalità del trasferimento della posizione di garanzia del medico obiettore a uno disposto ad attuare la volontà del malato».

²¹⁹ L'obiezione di coscienza – aggiunge il sesto comma – «si intende *revocata, con effetto immediato*, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi di cui al comma precedente».

²²⁰ L. EUSEBI, *La normativa italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza e la tutela della maternità*, cit., 23.

²²¹ Cfr. sul punto L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, cit., 971, nonché F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: fra presente e futuro*, *Obiezione di coscienza: fra presente e futuro*, in *Iustitia*, 2011, 2, 141 ss.

rispetto all'evento morte, ritenendole contrarie alle proprie convinzioni etiche, deontologiche e professionali²²².

A ciò deve ovviamente far da contraltare la possibilità, concessa al paziente, di far valere il proprio diritto di autodeterminazione, consentendogli «di ottenere altrimenti la realizzazione delle proprie richieste di interruzione del trattamento sanitario in corso»²²³.

²²² Si esprimevano già da tempo in tal senso, condivisibilmente, *ex multis*, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 696; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 5, 765.

²²³ Per quest'ordine di considerazioni si rinvia a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale op. ult. cit.*, 85.

Ambiente e concezione personalistica dei beni giuridici

GIUSEPPE MARIA PALMIERI

ABSTRACT

The work presents a reconstruction of the constitutional definition of the object of protection, to be applied to the specific topic of the environment.

The objective is to define a legitimate object of criminal protection that can perform a reference function for a more effective reconstruction of the discipline of environmental protection.

SOMMARIO: 1. Premessa in tema di definizione costituzionale del bene giuridico. – 1.1. Brevi cenni in tema di beni cosiddetti collettivi. – 2. Tentativi di ricostruzione di una legittima definizione del concetto di ambiente penalmente rilevante. – 3. Ambiente e concezione costituzionale del bene giuridico. – 4. Acqua, aria, suolo, come legittimi oggetti di tutela penale.

1. La recente introduzione del Titolo VI *bis* – Dei delitti contro l’ambiente¹ – all’interno del codice penale, rende quanto mai attuali alcune riflessioni in ordine alla definizione di un concetto di ambiente, che possa ritenersi penalmente rilevante².

¹ Sulla riforma, per tutti, in questa sede, A. MANNA, *Il nuovo diritto penale ambientale* (l. 22 maggio 2015 n. 68), Roma, 2016, 5 ss.; L. MASERA, *I nuovi delitti contro l’ambiente*, Voce per il “Libro dell’anno del diritto Treccani”, 2016, in *DPC*, 17 dicembre 2015, 1 ss.; C. RUGA RIVA, *I nuovi ecodelitti. Commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68*, Torino, 2015; L. SIRACUSA L., *La legge 22 maggio 2015 n. 68, sugli “ecodelitti”: una svolta “quasi” epocale per il diritto per il diritto penale dell’ambiente*, in *DPC*, 9 luglio 2015, 1 ss.

² Sul tema, senza pretese di esaustività, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 161 ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss., 8 ss.; ID., *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, Vol. I, Milano, 1984, 99 ss.; U. KINDHÄUSER, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsguterschutz*, in *AA.VV.*, *Modernes Strafrecht und ultima Ratio Prinzip*, a cura di LÜDERSEN-NESTLERTREMEL-WEIGEND, Frankfurt–Berlin–NewYork–Paris, 1990, 29 ss.; JÄGER, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957, *passim*; C. ROXIN, *Sinn und Grenzen der staatlicher Strafe*, ora in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin–NewYork, 1973, 13 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni, tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; ID., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 48, evidenzia la necessità che si tratti di «situazioni di valore, preesistenti alla norma, offendibili e tutelabili, la cui tutela risulta fondamentale per lo sviluppo della personalità dell’individuo e la realizzazione di finalità superindividuali», ed ancora, come sia, «il rapporto di interesse tra una persona ed un oggetto, nella sua proiezione interindividuale, a dar vita al bene giuridico; questo rapporto integra cioè, quella situazione di valore alla cui tutela si pongono le norme penali» (*op. cit.*, 66); ID., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzioni della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 130; sulla individuazione e funzione del bene giuridico alla luce di una lettura integrata di tutti i principi penalistici sanciti in Costituzione, A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione. Diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA-G. INSOLERA, Milano, 1998, 133 ss.; per M. MARX, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”*, Köln, 1972, 62 ss., sono beni giuridici, «quegli oggetti di cui l’uomo ha bisogno per la propria auto-realizzazione»; per OTTO, *Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand*, in *AA.VV.*, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, a cura di MÜLLER-DIETZ, Köln–Berlin–Bonn–München, 1971, 3 ss., «è bene giuridico una relazione reale della persona con un valore concreto riconosciuto dalla comunità giuridica, nella quale il soggetto di diritto si sviluppa personalmente con l’approvazione dell’ordinamento»; per un concetto di Costituzione nel senso di ‘contenitore’ dei beni giuridici, in cui il valore della libertà personale deve fungere da continuo punto di riferimento nelle scelte di criminalizzazione, v., G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss.; N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato. Le “definizioni” del reato e la struttura dell’illecito penale*, in *AA.VV.*

A tal riguardo, si tenterà di procedere alla individuazione di un bene giuridico, legittimo oggetto di tutela penale, mediante l'osservanza del metodo teleologicamente orientato fondato sui principi penalistici sanciti in Costituzione³.

Dando per acquisito il presupposto secondo cui l'aggressione nei confronti della libertà personale determinata dalla inflizione di una pena risulta incisiva anche nei confronti di quei diritti fondamentali della persona la cui tutela è sancita dagli artt. 2 e 3 Cost.⁴, la selezione tra i beni meritevoli di tutela penale non può limitarsi alla valutazione di una rilevanza costituzionale genericamente intesa⁵, quanto, piuttosto, dovrà rivolgersi alla individuazione di «quei beni costituzionali primari della persona, la cui lesione comporti un pregiudizio del singolo o della collettività, paragonabile alla restrizione della libertà personale»⁶. Si accoglie pertanto, la posizione di coloro che ritengono che è necessaria la individuazione di un elenco chiuso di beni giuridici contenente esclusivamente quelli configurabili tramite una lettura coordinata dei principi costituzionali rilevanti in materia⁷, non determinante, ad ogni modo, un obbligo⁸, quanto piuttosto, un limite insuperabile nel processo di incriminazione⁹.

Introduzione al sistema penale, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, I, Torino, 1997, 79 ss.; H.J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschrift für Honig*, 1970, 151 ss., per il quale beni giuridici sono 'unità sociali di funzioni, indispensabili alla vita sociale che si svolge nel quadro della Costituzione'; cfr., in proposito, anche, K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 486; W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *delitti*, 1984, 104 ss.; ID., *Grundlinien einer personalen Rechts Gutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kauffmann zum 65 Geburtstag*, a cura di PHILLIPS-SCHOLLER, Heidelberg, 1989, 85 ss.

³ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore* cit., 121 ss.; ID., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.

⁴ Per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 14 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 173 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 141 ss., 145.

⁵ Per P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, 49 ss., è legittima l'incriminazione della lesione anche di interessi diversi da quelli costituzionalmente tutelati, «purché non siano in contrasto con quelli garantiti dalla Costituzione».

⁶ In tal senso, A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 149; per una diffusa disamina sul tema del ruolo svolto dalla libertà personale all'interno del nostro ordinamento costituzionale, v., A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 5 ss.

⁷ A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 150; in senso conforme, F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezioni dei beni e criteri di criminalizzazione*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, a cura del Centro studi giuridici e sociali Cesare Terranova, Milano, 1993, 104, 111; D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico tra codice e Costituzione*, in *Quest. Crim.*, 1981, 117 ss.; per un accoglimento parziale di tale impostazione, cfr., G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di STILE, Napoli, 1991, 78; all'esito di una pregevole ed analitica indagine sulle questioni in tema di bene giuridico, giungono a conclusioni difformi dalle precedenti, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss., 349.

⁸ Sul tema, per tutti, si rimanda a D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?* cit., 483 ss.

⁹ W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 85 ss., 86; per un chiaro orientamento nel senso di una rilevanza costituzionale dei beni in una ottica, unicamente, di «legittimazione negativa», v., G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2014, 15: gli Autori, nella distinzione tra legittimazione ed obbligo costituzionale di penalizzazione, nell'accoglimento della prima soluzione, affermano sussistere un «nesso di implicazione necessaria tra la scelta della sanzione penale ed il (...) rango del bene tutelato» (*op. cit.*, 30); sulla supposta necessità di una «attualizzazione esegetica del testo costituzionale», quale catalogo aperto di legittimi oggetti di tutela penale, al fine di assicurare tutela a «valori che possano aver assunto significatività in una prospettiva evolutiva e diacronica», cfr., V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 160 ss.; per una limpida ricostruzione del concetto di «bene giuridico-penale nella teoria del reato costituzionalmente orientata», si veda il recente contributo di A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 2006, 32 ss.

Innanzitutto, tra le indicazioni costituzionali di cui s'impone l'osservanza¹⁰, può considerarsi utile il riferimento alla proporzione tra la libertà personale – insieme con gli altri diritti fondamentali della persona tutelati dagli artt. 2 e 3 Cost. – e gli altri beni penalmente tutelabili¹¹; ed inoltre, una lettura integrale della Carta fondamentale risulta imprescindibile al fine della definizione di una figura percepibile e tangibile di ciò che il legislatore può e deve considerare legittimo oggetto di tutela penale¹².

Alla luce della proporzione, costituzionalmente affermata, un intervento penale può giustificarsi soltanto in presenza di una aggressione ad un bene di rilevanza comparabile alla libertà personale. Tale riferimento, seppur determinante, tuttavia, non risulta in grado, da solo, di risolvere le problematiche derivanti da tecniche di incriminazione che, in vista di un efficientismo puramente apparente, divengono foriere, piuttosto, di uno svilimento del ruolo del bene giuridico, con inevitabili conseguenze negative sia sul piano delle garanzie, sia sul piano della effettività¹³.

¹⁰ Per tutti, S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss., 5, nel corso di una raffinata rilettura dell'art. 54 Cost., in un'ottica di duplice lettura dello stesso, afferma che deve «ritenersi che il dovere di fedeltà viene meno quando le stesse leggi di cui si esige l'osservanza, violano i principi fondamentali ai quali devono necessariamente ispirarsi»; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 170; ID., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 14 ss.; P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000 36 ss., 38-39, evidenziano come «la legalità è rispetto della legge unicamente se la legge è conforme a Costituzione. Soggezione soltanto alla legge (101 Cost.) significa soggezione alla Costituzione»; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 199 ss., 351 ss., 353; G. RICCIO, *Responsabilità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss., 2; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 7 ss., 14; ID., *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. Crim.*, 1980, 179 ss.; ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3 ss.

¹¹ Per un diritto penale improntato a ragionevolezza/proporzione, ricavato dall'intero impianto costituzionale, in specie dall'art. 3 Cost., G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penale*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, Torino, 2000, 288 ss.; ID., *Controllo di ragionevolezza e sistema penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, 29-48; ID., *I controlli di ragionevolezza sul sistema penale. Note a margine alla sentenza 361/98 Corte cost.*, in *Crit. Dir.*, 1999, n. 1, 16 ss.: per un rilevante contributo della proporzione in termini di integrazione sociale della pena, v., M. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss., 1014.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 83 ss.; G. FIANDACA, *Commento a Corte Costituzionale, Sentenza 25 luglio 1994, n. 341*, in *Foro it.*, 1994, parte I-50, 2585 ss.; G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1991, 699 ss.; per riflessioni rivolte al diritto pubblico, v., B. CARAVITA, *Art. 3 Cost.*, in V. CRISAFULLI-L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 13 ss., in cui si afferma che, «dal primo comma dell'art. 3 Cost., si ricava un generale canone di ragionevolezza secondo il quale la legge deve trattare in maniera uguale situazioni uguali, ed in maniera razionalmente diversa situazioni diverse»; ed ancora P. PERLINGIERI-MESSINETTI, *Art. 3*, in *Aa.Vv.*, *Commento alla Costituzione italiana*, 2ª ed., Napoli, 2001 a cura di PERLINGIERI, 13 ss.; AGRÒ-ROMAGNOLI, *Art. 3. Principi generali*, in *AA.Vv.*, *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975-1995, 123 ss.

¹² Sulla frammentarietà in diritto penale, K. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, B.T., Bd 1, II ed., Leipzig, 1902, 20.

¹³ Così, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 176; sul binomio, garanzia per il singolo – effettività del sistema, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 1 ss.; sul tema della effettività in materia penale, v., C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss., 480; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 133 ss.; ID., *Effettività e criminalità organizzata*, in *AA.Vv.*, *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1999, 291 ss.; sulla effettività, con preciso riferimento al diritto penale ambientale, LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004, 148 ss.; ID., *Ecomafia: Il controllo penale tra simbolicità ed ineffettività*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. PATALANO, Torino, 2003, 235 ss., 237.

Dal carattere personalistico-solidaristico della nostra Costituzione¹⁴ deriva l'acquisizione secondo cui il bene giuridico deve essere individuato nel rapporto che sussiste tra un interesse concretamente esistente nella realtà ed il pieno sviluppo della personalità del singolo individuo¹⁵.

A tal proposito, la riflessione secondo cui «fondamento naturale del bene giuridico è la vita»¹⁶ riesce a risultare, sia compatibile con i principi penalistici sanciti in Costituzione, sia fonte di una pacifica applicazione di ognuno degli stessi in conformità con tutti gli altri.

Il legislatore, nel rispetto del principio di legalità, con specifico riferimento alla necessaria precisione delle fattispecie¹⁷, risulta vincolato alla elaborazione di norme penali dalle quali sia agevolmente percepibile il bene giuridico di riferimento¹⁸, costituito, peraltro, da un interesse concreto, offendibile ed afferrabile¹⁹, le cui caratteristiche si impongono, in maniera inequivocabile, alla luce del richiamo, da parte dell'art. 25 co.2 Cost., alla necessaria sussistenza di un «fatto»²⁰. Tali riflessioni si impongono in vista di una osservanza integrata dei principi penalistici sanciti in Costituzione, in specie, legalità, personalità della responsabilità penale, funzione della pena.

Infatti, anche l'interpretazione dell'art. 27 co.1 Cost.²¹ in chiave di necessaria appartenenza, oggettiva e soggettiva, degli elementi essenziale del fatto all'autore²², contribuisce a delineare un

¹⁴ S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1012; PERLINGIERI-MESSINETTI, *Artt. 2, 3*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, cit., 6 ss.

¹⁵ Sulla *'personale Rechtsgutslehre'*, W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechts Gutslehre*, cit., 85 ss.; per un orientamento conforme, ma nella specifica materia dell'ambiente, cfr., HOMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-NewYork-Paris, 1991, 53 ss.; nel panorama italiano, F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 453 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 355, secondo cui «il bene va considerato nel suo rapporto, in termini di interesse, con il titolare: esso va visto in funzione dello sviluppo, dell'espressione della personalità nella società civile (...), si tratta di quelle situazioni offendibili e tutelabili, la cui difesa si pone come compito fondamentale del diritto penale dello stato sociale di diritto» (*op. cit.*, 356); sul tema, per una diffusa ed approfondita analisi critica che porta a conclusioni parzialmente difformi, cfr., G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 167 ss.

¹⁶ W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 106.

¹⁷ V., per tutti, F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni '70*, cit., 179 ss., 188; PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 355 ss.; P.J.A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I (Erfurt 1799), Aalen, 1973, 12-13; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, 56 ss.; S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 112 ss.; F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, *passim*; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 237 ss.; sul tema, v., G. VASSALLI, *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Dig. pen.*, VII, Torino, 1994, 278 ss.

¹⁸ Per un deciso richiamo alla inderogabilità del principio di determinatezza, sancito all'art. 25 co.2 Cost., e per una sua inestricabile connessione con il principio della funzione rieducativa della pena, v. F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni '70*, cit., 179 ss., 188; F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 355 ss.

¹⁹ H. JÄGER, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, cit., 12 ss., 13.

²⁰ In questo senso, A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientato*, cit., 144, che rinvia a, F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Scritti in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano, 1984, 101 ss.; ID., *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, cit., 213, invoca una «esigenza di precisione ancora superiore per le fattispecie (...) in cui (...) il bene può essere meno afferrabile»; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, a cura di BURGIO, Milano, 2003, 46, afferma che, «l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione, e però errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi gli commette».

²¹ Sul tema, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 143, secondo cui, la violazione del principio di personalità della responsabilità penale «è certamente violatrice del principio di colpevolezza, ma è sul piano logico, ancor prima violatrice del principio di tipicità».

²² V., *Corte Costituzionale, Sentenza 24 marzo 1988, n. 364*, in *Foro it.*, 1988, c. 1385 ss.; v., D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. di dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss.

contorno di ciò che è penalmente tutelabile²³. Alla luce dell'interpretazione dell'art. 5 c.p., in relazione all'art. 27 co.1 e 3 Cost., proposta dalla sent. Cost. 364/88, ogni consociato deve essere messo in grado di percepire la portata della norma, e l'oscurità della stessa costituisce causa di esclusione della responsabilità penale²⁴; pertanto, emerge l'onere, nei confronti del legislatore, di elaborare fattispecie chiare e determinate²⁵, innanzitutto con riguardo all'oggetto della tutela penale²⁶. Da tali riflessioni, emerge come la necessaria percepibilità²⁷ ed afferrabilità, già imposta dalla legalità/determinatezza, risulta indispensabile sia per il perseguimento delle istanze positive della prevenzione generale e speciale, sia per una efficace tutela dei beni giuridici.

Non risulta possibile riscontrare, tuttavia, tali caratteristiche nell'oggetto di tutela di norme appartenenti a legislazioni dell'emergenza che, in vista di un efficientismo meramente di facciata, perdono di vista i riferimenti fondamentali e, ad esempio, in materia di ambiente, in relazione ad attività di gestione di rifiuti verosimilmente inoffensive – o nella cui fattispecie incriminatrice, ad ogni modo, non è fatto cenno dell'accertamento dell'offesa al bene –, ne sanzionano l'omessa comunicazione alla regione, oppure la mancanza di autorizzazione proveniente dalla pubblica amministrazione²⁸.

Nell'ambito di una valutazione rivolta alla definizione dell'oggetto della tutela penale, in una comparazione tra beni e funzioni²⁹, disposizioni quali queste appena evidenziate, sono poste a tutela delle seconde³⁰.

²³ In tal senso, per tutti, G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali, nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di riconoscibilità dell'illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 21 ss., 51 ss.

²⁴ Sulle derivazioni dottrinarie della Sentenza Costituzionale n. 364/1988, in termini di accoglimento di una concezione normativa della colpevolezza, in cui la conoscibilità del precetto penale costituisce uno degli elementi da valutare in termini di terza categoria del reato, v., C.FIORE-S.FIORE, *Diritto Penale. Parte generale*, Torino, 2016, 416 ss.; per violazione del principio di personalità della responsabilità penale nel senso di violazione del principio di tipicità, nel mancato rispetto di una categoria della tipicità, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 143; per tutti, sul tema, H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW.*, 58, 1939, 491 ss. (ora in *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechts Philosophie*, Berlin-NewYork, 1975, 120 ss.); ID, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 1 ss.; D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, *passim*; C.FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, 283 ss.

²⁵ Per una scissione tra il principio di determinatezza e quello di precisione, in cui il primo corrisponderebbe a provabilità ed il secondo ad una indicazione precisa, da parte del legislatore, degli elementi costitutivi la fattispecie, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale, I, Le norme penali, fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3ª ed., Milano, 2001, 17-18, 119 ss.

²⁶ Per una efficace sintesi delle diverse posizioni sul tema delle connessioni sussistenti tra offensività e terza categoria del reato, cfr., V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 115 ss.

²⁷ Sul tema, G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, cit., 59 ss.

²⁸ Cfr., d.lgs. 152/2006, art. 256 co.1 (ex d. lgs. 22/97, cit., art. 51 co.1, lett. a) e b); sul tema, anche se non riferito specificamente alle fattispecie in esame, G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, cit., 68, pone l'interrogativo relativo alla possibilità che «una singola condotta [soltanto] idealmente lesiva del bene intermedio a carattere immateriale, possa essere idonea ad esprimere un disvalore sufficiente a giustificare l'incriminazione»; con specifico riferimento al tema che ci occupa, G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, cit., 174-175; in senso critico sulle tecniche di incriminazione incentrate sul momento autorizzativo, v., A. MANNA, *Struttura e funzione dell'illecito penale ambientale, Le caratteristiche della normativa sovranazionale*, in *Giur. Merito*, 10, 2004, 2162 ss., 2168 ss.

²⁹ Sulla identificazione della *ratio* della norma, con lo «scopo della disposizione», F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 27; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 343 ss.

³⁰ Per tutti, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 343 ss.; sul tema specifico dell'ambiente, M. CATENACCI, *Beni e funzioni, oggetto di tutela nella legge Merli sull'inquinamento delle acque*, cit., 1226, evidenzia come la necessaria concretezza, offendibilità e preesistenza, del bene giuridico, non siano requisiti appartenenti alle, cosiddette,

D'altra parte, anche perché la pena possa correttamente esplicitare la propria funzione in termini di integrazione sociale³¹, risulta, inevitabilmente, necessario che l'interesse di riferimento, la cui offesa determina la sottoposizione del reo a sanzione criminale, consista in una situazione di valore la cui offesa sia percepibile da ognuno; ciascun consociato, in tal modo, avrà la possibilità di comprendere, non soltanto in relazione alla consistenza del bene di riferimento, quanto anche in relazione alla portata offensiva della propria condotta. Soltanto nel rispetto di tale presupposto, in combinato con l'osservanza di tutte le altre garanzie dello stato sociale di diritto, il singolo potrà risultare in grado di comprendere il significato della sottoposizione alla sanzione penale, con positive conseguenze in termini di effettività del sistema³². Pertanto, si impongono una osservanza sistematica ed un rispetto integrato di tutte le indicazioni presenti in Costituzione. Tali riflessioni, oltre a determinare la sussistenza di un sistema penale rispettoso del principio della *extrema ratio*³³, risultano utili anche per delineare i confini di un oggetto della tutela penale che, inevitabilmente, presenti, tra gli altri, anche i requisiti della preesistenza³⁴ rispetto alla singola norma penale e della provabilità³⁵

funzioni di controllo della pubblica amministrazione; in giurisprudenza, recente, Cass. pen., sez. III del 23 ottobre 2001, n. 44161, in *Resp. civ. e prev.* 2002, 390, con nota di MACRÌ, secondo cui «integr[erebbe] il reato di omessa annotazione nel registro di autocontrollo la mancata trascrizione degli esiti degli autocontrolli effettuati alle date previste dalla legge poiché, in materia ambientale, si ha una sorta di formale plurioffensività disomogenea, la quale comporta necessariamente la predisposizione di una tecnica di tutela anticipata che prescinde dall'offesa ad un concreto bene giuridico : di una tutela, cioè, di funzioni e non solo di beni finali».

³¹ V., per tutti, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 109 ss.

³² Sull'inestricabile rapporto tra politica criminale ed elaborazione legislativa, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit.; F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., 3 ss.; A. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *delitti*, 1998, 5 ss.; per una impostazione dommatica impronata a teleologismo integrato, v., MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit.; ID., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.

³³ Sul tema della sussidiarietà in diritto penale, senza pretese di esaustività, C. ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius*, 1966, III, 37, afferma che, «la giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male»; ID., *Politica criminale e sistema di diritto penale*, cit., 37 ss.; ID., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 3 ss.; per S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 174 ss., 185 ss.; ID., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.; ID., *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2002, 123 ss.; sul concetto di 'diritto penale minimo', A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443 ss.; ID., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982; ID., *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, III, 2, 247-268; HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 85 ss.; ID., *Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschutz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, 553 ss.; ID., *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, München 1981, *passim*; VOLK, *Sistema penale e diritti dell'uomo*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, cit., 93 ss., 103 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 215 ss.; F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., 101 ss.; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di DE ACUTIS-PALUMBARINI, Atti del convegno, Abano Terme, 10-12 dicembre 1982, Padova, 1984, 3 ss., ora in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, 1475 ss.; L.FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Crit. dir.*, 2001, 44 ss.

³⁴ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 88, evidenzia come «la tutela è ragionevolmente concepibile solo se un bene della vita (...) esiste già prima dell'atto legislativo», e che «può essere bene giuridico solamente ciò che già prima era bene»; W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1973, 57 ss.; per ID., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 89, «soltanto beni rilevanti, consistenti, capaci di essere descritti in maniera precisa, tangibile, percepibile, sono beni giuridici penalmente tutelabili. La vaghezza del concetto di bene giuridico e la inefficacia della teoria del bene giuridico vanno di pari passo», ed inoltre, ricorda come, «i beni giuridici non si possano creare a tavolino» (*op. cit.*, 92).

³⁵ Sul punto, P.J.A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Bd. II, cit., 12-13.

della sua offesa, in sede di giudizio³⁶. Tali considerazioni inerenti l'essenza del bene giuridico risultano vincolanti, nonché di orientamento, riguardo alla funzione primaria che lo stesso è chiamato a svolgere.

Di certo, nella essenza del bene giuridico risulta presente una funzione esegetica³⁷, incidente sulla interpretazione delle fattispecie, tuttavia, tale funzione assume un ruolo secondario rispetto a quello, primario, della funzione ideologica o critica³⁸.

1.1. La funzione di delimitazione del bene³⁹ impone la formulazione di fattispecie incriminatrici aventi ad oggetto, esclusivamente, offese a beni giuridici, la cui individuazione sia rispettosa di tutte le garanzie costituzionalmente affermate. Tuttavia, a fronte di moderne discipline⁴⁰, come quella vigente in materia ambientale, poste a tutela di «beni superindividuali che si distaccano dalla pluralità dei titolari per divenire autonomi»⁴¹, si assiste ad uno svuotamento della funzione critica; in questi casi, emerge una concezione meramente metodologica del bene giuridico, secondo cui, quest'ultimo, ad altro non corrisponderebbe se non ad un mero strumento per la interpretazione delle fattispecie.

³⁶ Per W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 105, «i beni giuridici precedono la decisione del legislatore penale e di conseguenza questa decisione può essere riportata ad essi e criticata; non è l'ordinamento giuridico a produrre l'interesse, bensì la vita».

³⁷ Per tutti, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto del bene giuridico*, cit., 3 ss., 20 ss.

³⁸ W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 104 ss., distingue «le concezioni del bene giuridico di carattere sistematico che presuppongono la legge penale (...) vigente ed accettano come tali quei beni giuridici che la legge tutela», dalle «concezioni del bene giuridico di carattere critico che non accettano la legge penale di volta in volta vigente ed i beni giuridici da essa prescelti, ma ne fanno oggetto di ricerca e di critica». Ne consegue che nelle prime troveranno spazio quelle che le diverse parti della dottrina indicano quali concezione metodica (S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 351), dommatica (F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 6) o metodologica del bene giuridico (F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 25); nelle seconde, quelle concezioni che la dottrina indica come critica, ideologica (S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 344), e negativa (S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 344), del bene giuridico; per S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 351, la concezione metodica del bene giuridico consiste in «uno schema mentale riassuntivo per esprimere il significato e lo scopo del singolo precetto», in virtù di tale concezione, il bene giuridico va a coincidere con lo scopo della norma, con la sua *ratio*, con il motivo per cui è stata emanata la norma, e non più con un effettivo e concreto oggetto di tutela; cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 4ª ed., Padova, 2001, 206 ss., in cui la funzione critica, negativa, ideologica del bene giuridico assume la denominazione di politico-garantista, quella esegetica, metodica, la denominazione, piuttosto, di funzione dommatico-interpretativa; sulle diverse concezioni in tema di bene giuridico, v., A. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1989, 770 ss., 789 ss.; per una efficace sintesi delle «concezioni critiche» del bene giuridico, cfr., V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 19 ss., sulle «concezioni sostanzialmente metodologiche», ID., 25 ss.; per una concezione critica, nonché personalistica del bene giuridico, v., per tutti, W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, cit., 57 ss.; ID., *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, cit., 1989, 553 ss.; ID., *Sozialtechnologie und Moral: Symbole und Rechtsgüter*, in *Recht und Moral*, Baden-Baden 1991, 329 ss.; *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, in *ZStW*, 1975, 146 ss.; ID., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 109 ss., in espresso riferimento ai reati contro l'ambiente, evidenzia come le nuove criminalizzazioni introducano beni giuridici «troppo vaghi»; per ID., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 85 ss., «la moderna società amplia la sfera del penalmente rilevante e con nuove istituzioni crea anche nuove offese penalmente rilevanti. (...) anche ai nuovi problemi sociali, tra cui, l'inquinamento ambientale, si deve applicare la teoria del bene giuridico» (*op. cit.*, 89); in senso conforme, G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, cit., 73; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 153; sul tema, fondamentale il contributo di D. SANTAMARIA, *Per una storia del bene giuridico*, in *Studi sen.*, 1964, 301 ss.

³⁹ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 345.

⁴⁰ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 130, che, in relazione al *Nebenstrafrecht*, scrive di un «principio di offensività schiacciato dall'evidenza dei fatti, (...) e che sembra destinato ad una inevitabile condanna».

⁴¹ V., A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 152.

Tale processo determina la creazione di un diritto penale rivolto alla tutela di beni inafferrabili, evanescenti, che coincidono con gli scopi, le *rationes*⁴², della norma stessa, ma che non corrispondono ad un bene di carattere personale, concreto, afferrabile, percepibile, preesistente rispetto alla norma⁴³.

Un diritto penale che sanziona la mancata comunicazione dei dati relativi alle emissioni, agli organi della pubblica amministrazione, oppure un'attività di gestione di rifiuti non autorizzata o, ancora, il superamento dei limiti di emissione presuntivamente considerati offensivi dalla pubblica amministrazione, altro non è che un diritto penale rivolto alla tutela di funzioni amministrative di controllo⁴⁴; e fattispecie di tal guisa seppur definite formalmente di danno, risultano rivolte ad un bene che non costituisce legittimo oggetto di tutela penale⁴⁵. Appare evidente che le problematiche sottese alle esigenze di tutela di interessi di natura superindividuale, quale risulta essere l'ambiente⁴⁶, a fronte di nuove forme di aggressione⁴⁷, non possono prescindere dalla esatta individuazione, delimitazione ed offesa del bene giuridico medesimo. In relazione alla salubrità dell'ambiente, infatti, di fronte a chiari problemi di accertamento del nesso causale tra la singola condotta e l'inquinamento⁴⁸, derivante, quest'ultimo, da una molteplicità indefinita di condotte seriali, il legislatore opera quello svuotamento del concetto costituzionale del bene giuridico, con funzione di delimitazione, aprendo le porte ad un diritto penale meramente sanzionatorio di illeciti di mera trasgressione⁴⁹.

Si tratta, sovente, di norme penali di pericolo astratto/presunto⁵⁰, con rinvii, per la integrazione del precetto, ad indicazioni della pubblica amministrazione, e che perdono di vista il reale oggetto

⁴² S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 343 ss.; W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 104 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 133 ss.

⁴³ A. FIORELLA, *Il reato in generale*, cit., 794, afferma «con fermezza che, quanto più ci si allontana dalla concreta offesa al bene giuridico, tanto più ci si avvicina all'applicazione di una pena per l'autore».

⁴⁴ V., *supra*, nota n. 42.

⁴⁵ Favorevole all'ammissibilità di fattispecie rivolte alla tutela di beni strumentali, ma esclusivamente in presenza di «precise connessioni empiriche e funzionali tra bene-mezzo e bene-scopo», D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di STILE, Napoli, 1985, 133 ss., 165; in senso conforme, A. FIORELLA, *Reato in generale*, cit., 770 ss., 791; *contra*, sullo specifico tema dell'ambiente, E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, cit., 125 ss., afferma trattarsi di «norme sanzionatorie dirette a punire la semplice disobbedienza all'atto amministrativo, che causa un intralcio all'attività amministrativa di controllo, ma che in alcun modo risultano legate con l'offesa al bene» (*op. cit.*, 129).

⁴⁶ Per un inserimento dell'ambiente tra gli interessi diffusi, di rilievo costituzionale, suscettibili di tutela penale, v., G. INSOLERA, *Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente*, in *Dir. pen. proc.*, III, n. 6, 1997, 737 ss.

⁴⁷ Sul tema della non agevole disciplina penale delle aggressioni a beni superindividuali, v., G. FIANDACA-G. TESSITORE, G. FIANDACA-G. TESSITORE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, in *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1987, 25 ss., 26; per G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, cit., 60, si tratta del sorgere di nuove esigenze di tutela derivanti da nuove forme di aggressioni nei confronti di beni giuridici già esistenti; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 342 ss., in relazione alle nuove esigenze di tutela che legittimerebbero un'anticipazione dell'intervento penale, afferma trattarsi di «nuove forme di aggressioni a beni tradizionali», oppure di «aggressioni a beni che in realtà costituiscono *rationes* di tutela».

⁴⁸ Sul tema, cfr., A. MANNA, *Il nuovo diritto penale ambientale*, cit., 7 ss., 9 ss.

⁴⁹ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 348.

⁵⁰ Per tutti, in tal senso, A. MANNA, *Struttura e funzione dell'illecito penale ambientale. Le caratteristiche della normativa sovranazionale*, cit., 10, 2004, 2162 ss., 2163 in cui, con specifico riferimento alla materia che ci occupa, viene affermato che «il tratto caratterizzante dell'illecito penale ambientale (...) è rappresentato dall'utilizzazione del modello del reato di pericolo astratto (...), ove il fulcro dell'illecito si incentra sul momento del disvalore di una condotta presuntivamente idonea ad esporre a pericolo il bene giuridico di riferimento. (...) il carattere disorganico e disomogeneo della normativa extracodicistica in *subiecta* materia rischia di ricondurre l'identificazione del bene giuridico di riferimento nell'alveo della concezione metodologica».

della tutela per perseguire obiettivi di organizzazioni, politiche, sociali, economiche⁵¹; tali norme di natura sanzionatoria, poste alla tutela di *rationes*, non disciplinano l'offesa al bene, quanto piuttosto la mera violazione del precetto⁵².

Ponendo la tutela della funzione di controllo degli organi della pubblica amministrazione ad oggetto delle disposizioni in tema di inquinamento, si ottiene la salvaguardia di un'entità particolarmente vaga⁵³, sfuggente, rivolta alla tutela dello scopo stesso per cui è stata emanata la norma⁵⁴.

In effetti, come per ogni bene giuridico, anche il problema della delimitazione dei beni giuridici, cosiddetti collettivi, che interessano una pluralità indeterminata di individui, non può essere risolto se non nel rispetto delle garanzie sancite in Costituzione; la tutela di tali beni potrà risultare conforme alle regole di uno stato sociale di diritto soltanto quando in questi ultimi potrà riconoscersi una molteplicità di interessi dotati delle caratteristiche costituzionali necessarie per assurgere ad oggetto della tutela penale⁵⁵.

Nel rispetto di tutti i requisiti necessari perché l'interesse possa assurgere a bene giuridico penalmente tutelabile, l'unico oggetto della tutela penale ambientale potrà essere costituito dall'aria, dall'acqua, dal suolo⁵⁶, nella loro composizione naturale ed in quanto incidenti sul pieno sviluppo della personalità dell'individuo⁵⁷.

Tali riflessioni permettono di affrontare le problematiche inerenti l'offesa al bene, connesse soprattutto con i reati di pericolo. E allo scopo di verificarne la correttezza potrà confrontarsi il portato di ognuna delle indicazioni costituzionali, dettate in tema di diritto penale, con quanto affermato in

⁵¹ V., W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 110; in senso conforme, E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, cit., 125 ss., evidenzia come, nell'attuale assetto legislativo penale rivolto alla tutela dell'ambiente, l'effettivo oggetto della tutela risulti essere la «funzione amministrativa di controllo di rischi potenziali», la «funzione della pubblica amministrazione», «l'interesse amministrativo al rispetto delle proprie linee programmatiche».

⁵² Sulle problematiche incriminazione del pericolo astratto/presunto, v., senza pretese di esaustività, C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, 1 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo in Foro pen.*, 1969, 1 ss.; T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 343 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 178 ss.; F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., 133 ss.; ID., *Teoria generale del reato*, cit., 76 ss.; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 313 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 133 ss.; sul tema specifico dell'ambiente, P. GIAMPIETRO, *Rifiuti (smaltimento dei)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 786 ss.

⁵³ W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 109.

⁵⁴ Per tutti, A. ROCCO, *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, *passim*.

⁵⁵ Per A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 152, «l'adesione ad una concezione personale di bene giuridico non comporta certo una rinuncia alla tutela di beni superindividuali, nella misura in cui in essi sia riconoscibile la sintesi di una molteplicità di beni personali».

⁵⁶ Si riporta la partizione tra i termini 'territorio' e 'suolo', proposta da A. ALBAMONTE, *Sistema penale ed ambiente*, Padova, 1989, 203, secondo cui «con il termine suolo si fa riferimento alla superficie terrestre come elemento della biosfera, e territorio invece identifica il servizio ad *habitat*, la cui disciplina viene definita urbanistica».

⁵⁷ Sulla necessità di una esatta definizione della portata dei cosiddetti beni giuridici collettivi, W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 90, afferma che, «la teoria del bene giuridico si impegna a tener conto dello sviluppo delle strutture sociali e dei problemi sociali senza però con ciò rinunciare alla tradizione della teoria personalistica. Tale tradizione riesce a rendere funzionali gli interessi della collettività e dello Stato da parte dei singoli»; all'interno del nostro ordinamento, tale affermazione trova riscontro nel combinato disposto dagli artt. 2, 3, 9 co.2, 13, 21 co.1, 25 co.2, 27 co.1 e 3, 32 co.1, 35 co.2, 41 co.2, 111 co.3, e 112 Cost.; *contra*, M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1996, 265 ss., per il quale sarebbe accoglibile, in quanto dotata di sufficiente determinatezza, l'oggettività giuridica «equilibrio ecologico» (*op. cit.*, 266, 269).

sede di bene giuridico: si otterranno utili conclusioni, soprattutto, in relazione a quella che dovrebbe essere la funzione della pena costituzionalmente ricavata⁵⁸.

2. Le riflessioni svolte fin'ora, relative ad un legittimo utilizzo dello strumento penale soltanto in presenza di una esatta individuazione di beni giuridici concreti⁵⁹, afferrabili e facilmente percepibili dai destinatari delle norme, sembrano adeguatamente contenute nella definizione secondo cui i beni giuridici corrispondono a «situazioni di valore offendibili e tutelabili», funzionali allo sviluppo della personalità dell'individuo, la cui tutela diventa imprescindibile ai fini della libera convivenza tra i consociati⁶⁰.

Tale paradigma risulta utile orientamento anche ai fini della predisposizione di una effettiva tutela penale dell'ambiente.

In effetti, l'esigenza di vivere in un ambiente salubre, come presupposto della vita medesima, dovrebbe essere rispettata al di là di qualsiasi proclamazione giuridica⁶¹; d'altra parte, il fondamento giuridico di tale affermazione potrebbe rinvenirsi già nella natura stessa dei beni della vita, della salute, dell'ambiente⁶². Ad ogni modo, non esistendo una definizione giuspenalistica di ambiente chiara ed esaustiva sotto il profilo epistemologico, risulterà necessario ricostruirne i confini mediante le diverse interpretazioni ed indicazioni che sono state fornite sul piano legislativo e interpretativo, ed in tal modo, giungere ad una definizione della sfera di applicazione del cosiddetto diritto penale ambientale.

Un possibile punto di partenza, riguardo all'individuazione del concetto giuridico-penale di ambiente, può essere fornito dall'ampia definizione proposta dal Consiglio dell'Unione europea del 1973 nel senso di «insieme degli elementi che, nella complessità delle loro reazioni, costituiscono il quadro, l'*habitat* e le condizioni di vita dell'uomo, quali sono in realtà e quali sono percepiti», dunque l'ambiente corrisponderebbe agli «elementi naturali di cui viviamo ed in cui viviamo»⁶³. Tuttavia, definizioni di tal guisa, rivolte a soddisfare molteplici settori di interesse, risultano utili, ma non sufficienti per la delimitazione dei confini di un concetto di ambiente capace di soddisfare esigenze di carattere prettamente penalistico.

In effetti, le descritte formule definitorie non rispondono alle esigenze di precisione connesse con una trattazione della materia in un'ottica di diritto penale.

Dunque, per ambiente in senso ampio, atecnico, risulta possibile indicare «l'insieme delle condizioni fisico-chimiche e biologiche che permettono e favoriscono la vita degli esseri viventi»⁶⁴.

⁵⁸ Per un sistema penale teleologicamente orientato verso valori di politica criminale costituzionalmente individuati e, su tutti, alla funzione della pena, v., S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore* cit., 121 ss.; ID., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.

⁵⁹ Sul concetto di concretizzazione del bene giuridico nel senso, anche, di personalizzazione, specificamente riferito all'ambiente, v., G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002, 62.

⁶⁰ Per tutti, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 175.

⁶¹ Sul diritto a vivere in un ambiente salubre, gli artt. 3 e 25 della Dichiarazione universale dei diritti umani approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 10/12/48, rispettivamente, recitano: «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona», «Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute ed il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo alla alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari».

⁶² Sulla inestricabile interconnessione tra interessi giuridici e interessi naturali, v., W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 105.

⁶³ In tal senso, voce *Ambiente*, in *Annuario Europeo dell'Ambiente*, Docter, 1984, 19.

⁶⁴ DEVOTO-OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Firenze, 1990.

Viceversa, ai fini della presente indagine, è necessario definire quale debba essere il legittimo oggetto della tutela penale, e quali le modalità, i presupposti minimi, e i limiti insuperabili da rispettare, nel tentativo di regolare questa materia. Particolarmente delicata appare, dunque, la problematica relativa alla definizione del concetto di ambiente come oggetto di tutela penale; essa, infatti, risulta condizionata anche dalle poco lineari e molteplici opzioni legislative succedutesi nel tempo. A partire dagli anni '70, in effetti, si sono alternati molteplici tentativi, da parte della dottrina, di fornire una ricostruzione sistematica di tale materia. Tutto ciò presupponeva una appagante e non controversa fisionomia del bene-interesse, in grado di orientare concrete scelte legislative.

I primi contributi, rivolti ad individuare i differenti settori di interesse ambientale e, da questi, utili conclusioni sugli aspetti dell'ambiente giuridicamente rilevanti⁶⁵, derivano dai risultati pubblicati nel 1967 dalla "Commissione di indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio", (detta anche Commissione Franceschini), costituita con la legge n. 310 del 1964. Da tale documentazione risultò possibile individuare le effettive conseguenze derivanti dall'inquinamento e da ciò una partizione tra i molteplici significati di ambiente a seconda del tipo di aggressione verificatosi; ne deriva un'accezione di ambiente nel senso di paesaggio costituito da una molteplicità di beni ambientali⁶⁶, un'altra nel senso di oggetto della normativa relativa alla tutela delle acque, dell'aria e del suolo, che viene, oramai, tradizionalmente indicata come tutela ecologica⁶⁷, ed un terzo interesse ambientale di carattere meramente urbanistico, inteso quale oggetto della potestà di pianificazione territoriale dei pubblici poteri⁶⁸. Si tratterebbe, dunque di differenti settori, sottoposti alle rispettive, differenti, discipline.

Tali conclusioni presentano il pregio di fondarsi sulla valutazione di dati empirici, a fronte dei quali nasce l'esigenza di operare una partizione in grado di consentire la 'catalogazione' delle molteplici offese in relazione ai molteplici beni specifici di riferimento. Tuttavia, tale partizione, piuttosto che alla individuazione di un circoscrivibile campo di azione, idoneo a configurare l'oggetto della tutela penale – compito, che in ogni caso, non si presentava come il fine di questi lavori -, sembra indirizzata ad una interpretazione di ciò che il legislatore ha ritenuto tutelare⁶⁹, e, dunque, da tale tipo di indagine è possibile ottenere, non uno strumento di orientamento e di limite per l'azione del legislatore, bensì, una effettiva individuazione di ciò che il legislatore, nel corso degli anni, ha ritenuto degno di tutela.

Ad ogni modo, tali acquisizioni possono rappresentare un valido punto di partenza per una ricerca di ciò che è necessario intendere per ambiente nella prospettiva della definizione di un legittimo oggetto di tutela penale. In tempi successivi, infatti, è stata proposta una soluzione orientata all'individuazione del significato di ambiente che, oltre che fondarsi sui descritti dati empirici ampliandone parzialmente i contenuti, presenta il pregio di riportarsi alle norme costituzionali riferite alla tutela del paesaggio, art. 9 co. 2, e della salute art. 32 co.1, al fine di individuare il campo di

⁶⁵ In tal senso, M.S. GIANNINI, "Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss.

⁶⁶ Sul concetto di 'beni ambientali', M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 17 ss., tuttavia, opera una distinzione tra questi e l'ambiente in senso stretto, e solo a quest'ultimo conferisce la dignità di oggetto della tutela penale; per una «segmentazione dell'ambiente in sub-settori, conferendo agli stessi una autonomia in rapporto alle patologie di inquinamento dell'aria, dell'acqua, da rumore, urbanistico, culturale, paesistico», cfr. A. ALBAMONTE, *Sistema penale ed ambiente*, cit., 8.

⁶⁷ V., M.S. GIANNINI, "Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, cit., 23 ss.

⁶⁸ M.S. GIANNINI, "Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, cit., 23 ss.

⁶⁹ M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, cit., 23.

indagine relativo alla tutela dell'ambiente⁷⁰. Ne deriverebbe, data l'assenza di un riferimento esplicito in Costituzione, una impossibilità di individuare una «tutela ambientale avente carattere globale», quanto piuttosto «una pluralità di tutele, connesse, ciascuna, a diversi interessi giuridicamente protetti e disciplinati»⁷¹.

Tuttavia, tale impostazione, alla luce della assenza di espliciti riferimenti costituzionali all'ambiente reca con sé, in egual guisa della precedente, il limite di tentare di individuare l'oggetto della tutela penale mediante le norme emanate dal legislatore ordinario. L'accoglimento di un tale processo interpretativo non porta ad altro risultato, se non a quello di una mera constatazione di ciò che il legislatore penale ha ritenuto disciplinare.

Mediante un ulteriore tentativo ricostruttivo di una definizione del concetto di ambiente⁷², è stata proposta una bipartizione tra una ampia interpretazione, avente ad oggetto «una visione integrale e pluridimensionale del compendio naturalistico»⁷³, ed una, più ristretta, circoscritta e più adeguata per fini di interesse penalistico, riferita, esclusivamente, alla tutela dell'«assetto delle acque, dell'aria, del suolo»⁷⁴.

Tale soluzione, in evoluzione rispetto alle precedenti, risulta essere quella che più sembra in grado di rispondere ad esigenze di carattere penalistico⁷⁵.

Dalle considerazioni svolte, emerge diffuso un orientamento di rinuncia ad una nozione unitaria di ambiente come oggetto di tutela penale, sia per le descritte difficoltà connesse con la delimitazione entro confini dettagliati di tale materia, sia, in quanto è già il legislatore che, per primo, non ha mai provveduto a colmare tale lacuna. Infatti, fatto salvo quanto previsto dal testo dell'art. 1 della legge n. 349/1986⁷⁶, avente ad oggetto «Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale», dal quale si ricava una nozione particolarmente ampia ed inafferrabile, non perviene, a livello legislativo, alcuna ulteriore utile nozione di ambiente.

Talvolta, è stato anche affermato che una nozione unitaria di ambiente, sul piano penalistico, possa essere ricavata, solamente, «di volta in volta, tenendo conto delle diverse prospettive di veduta del legislatore, il quale, nella maggior parte dei casi, individua in un singolo elemento (aria, acqua, suolo, paesaggio, etc.) l'oggetto del suo interesse»⁷⁷, così da proporre, ancora una volta, una funzione esegetica del bene giuridico, influenzata dalle scelte del legislatore ordinario, e non in grado di orientare le scelte dello stesso.

⁷⁰ Al fine di individuare i campi di rilievo nella materia ambientale, fanno riferimento alle normative relative all'agricoltura, alla forestazione, alla caccia, alla pesca, E. CAPACCIOLI-F. DAL PIAZ, *Ambiente (tutela dell')*. Parte generale e diritto amministrativo, in *Nss. D. I.*, Appendice, I, Torino, 1980, 257 ss., 257 ss.

⁷¹ E. CAPACCIOLI-F. DAL PIAZ, *Ambiente (tutela dell')*, cit., 258.

⁷² Per tutti, M. CICALA, *Ambiente (tutela dell')*. (Diritto penale e diritto processuale penale), in *Nss. D. I.*, Torino, 1980, 265.

⁷³ In tal senso, il termine ambiente, in *Codice dell'Ambiente*, ISGEA, Milano, 1977.

⁷⁴ M. CICALA, *Ambiente (tutela dell')*, cit., 265 ss.; sul tema, cfr., V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 166, nota 91.

⁷⁵ Conformi alle soluzioni proposte da Giannini, dunque sensibile alle scelte già operate dal legislatore ordinario, risultano gli studi di R. BAJNO, *Ambiente nel diritto penale (tutela dell')*, cit., 115 ss., tuttavia, l'Autore afferma anche che «l'esclusione dalla rassegna dell'indagine relativa alla tutela urbanistica e paesaggistica (...) non sconfessa la correttezza della tripartizione» (*op. cit.*, 117), e tali acquisizioni risultano utili al fine di una effettiva evoluzione scienza del settore.

⁷⁶ L'art. 1, L. n. 349/86, indica quali compiti del Ministero: «[la] promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall'inquinamento».

⁷⁷ F. RAMACCI, *Manuale del diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2001, 6.

3. Dal momento che «l'ambiente, come tutti gli altri beni della collettività, potrà trovare la propria legittimazione in termini di tutela penale soltanto nell'essere strumentale, funzionale, al soddisfacimento di un interesse personalistico»⁷⁸, al fine di una legittima soluzione, dovrà procedersi in tale direzione, nell'osservanza, tra le altre, delle norme costituzionali di riferimento in materia ambientale.

Innanzitutto, è bene precisare che la portata del termine paesaggio, contenuto al comma 2 dell'art. 9 Cost. può risultare oggetto di molteplici interpretazioni⁷⁹, ciascuna di esse finalizzata ad adeguatamente definire i confini dell'oggetto di tutela giuridica della norma in esame.

Da una ricostruzione semantica del termine, accompagnata da una integrazione con altre affermazioni di natura costituzionale, sarà possibile giungere ad una proposta per l'individuazione dell'ambiente in un'ottica penalistica, che risulti osservante dell'assetto normativo fondamentale.

Innanzitutto, viene in evidenza la scelta, da parte del Costituente, di inserire tale disposizione nell'ambito dei principi fondamentali che orientano la lettura e l'interpretazione dell'intero assetto normativo-costituzionale. In effetti, «in un ordinamento che vuol essere democratico non soltanto in senso formale (...), e che si propone il perfezionamento della personalità di tutti i consociati e il progresso materiale e spirituale della società (...), gli obiettivi dello sviluppo della cultura, del gusto estetico, della ricerca scientifica e tecnica, si collocano come strumentali»⁸⁰.

Tuttavia, acquisito il dato secondo cui, non ogni situazione di valore costituzionalmente rilevante costituisce necessariamente oggetto di tutela penale⁸¹, risulta indispensabile la individuazione, dalle indicazioni della Legge fondamentale, degli aspetti di un dato bene che possano risultare compatibili con le esigenze di natura penalistica.

Ebbene, secondo una impostazione «storico-riduttiva»⁸², la prima parte dell'art. 9 co.2 Cost. sarebbe da interpretare alla luce della legislazione ordinaria vigente al momento della emanazione della Carta costituzionale. In specie, il significato della norma oggetto della analisi dovrebbe essere ricavato dalla lettura delle leggi 1089/39 e 1497/39, norme poste a tutela delle «bellezze naturali» e delle cose di interesse storico e artistico. Al termine paesaggio, pertanto, corrisponderebbero le bellezze naturali, con esclusione, quindi, dalla sfera di tutela costituzionale della fauna e della flora⁸³.

Peraltro, in accoglimento di tale soluzione interpretativa, emergerebbe «un'idea del concetto di paesaggio nel senso di scenario naturale delimitata dall'espressione di valore estetico e dalla specificità della configurazione nella quale esso emerge come oggetto di percezione visibile» e dunque «che l'oggetto di tutela indicato dal Costituente sarebbe dato da ciò che rappresenta oggetto

⁷⁸ W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 91.

⁷⁹ P. PERLINGIERI-MESSINETTI, *Art. 9*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, cit., 44 ss.; A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, Espropriazione*, 3 ss., 18 ss.; ID., *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, 503 ss.; A.M. SANDULLI, *La Tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, 70 ss.; A. SESTINI, *Il paesaggio*, in *Conosci l'Italia*, (Touring Club Italiano), VII, Milano, 1963, 3; F. MERUSI, *Art. 9. Principi generali*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, 435 ss.

⁸⁰ A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, cit., 70.

⁸¹ V., D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., 483 ss.

⁸² In questo senso, A.M. SANDULLI, *La tutela del Paesaggio nella Costituzione*, cit., II, 71; CANTUCCI, *Bellezze Naturali*, in *Nss. D. I.*, II, 1958, 264 ss.; G. PASINI, *La tutela delle bellezze naturali*, Napoli, 1967, *passim*; G. CORREALE, *Paesaggio e turismo nel diritto pubblico vigente*, in *Foro amm.*, 1968, III, 53.

⁸³ In questo senso, A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, cit., 72 ss.

di percezione visibile, configurabile come valore estetico»⁸⁴. A fronte di una tale impostazione, risulterebbero tutelate dai principi fondamentali della Carta costituzionale, soltanto le bellezze naturali, oggetto di percezione visibile – emergerebbe, dunque, una particolare attenzione verso un valore puramente estetico -, e non, piuttosto, la natura, intesa come flora e fauna, funzionale alla salvaguardia di interessi ancor più rilevanti, nonché costituzionalmente affermati⁸⁵.

Dunque, alla luce di una lettura dinamico-funzionale delle norme costituzionali, si impongono differenti modulazioni utili per una legittima ed efficace interpretazione del termine paesaggio⁸⁶.

Innanzitutto, non può condividersi l'inversione metodologica secondo cui si procede alla lettura della Costituzione alla luce della legislazione previgente⁸⁷. La Costituzione fornisce l'indicazione dei valori supremi, il dover essere che orienta il legislatore ordinario.

Pertanto, per tutela del paesaggio, dovrà intendersi non soltanto la conservazione delle bellezze naturali, quanto «la più ampia tutela della forma del territorio, creata dalla comunità umana che vi è insediata, come continua interazione della natura e dell'uomo, come forma dell'ambiente, e quindi volta alla tutela dello stesso ambiente modificato dall'uomo, dato che in Italia (...) non può parlarsi di un ambiente naturale senza presenza umana»⁸⁸.

Così 'paesaggio' verrebbe a coincidere con 'ambiente', o meglio, con l'ambiente inteso nel suo significato più ampio.

Secondo una accezione più complessa, tutela del paesaggio significherebbe, più che tutela di beni visuali fissi, la «tutela dell'ambiente in cui vive ed agisce l'uomo, (...) paesaggio dinamicamente inteso come continua modificazione della natura e delle precedenti opere dell'uomo»⁸⁹.

Dunque, «la tutela costituzionale, (...) finisce con l'interessare l'intero territorio, la flora, la fauna, in quanto concorrono a costituire l'ambiente in cui vive ed agisce l'uomo, ed ogni intervento umano che operi nel divenire del paesaggio»⁹⁰, e tale impostazione è stata anche recepita dai giudici della Corte costituzionale secondo cui «l'estensione della nozione di paesaggio che compare nell'art.

⁸⁴ Limpidamente, sui limiti di una simile impostazione dettata da una lettura 'statica' delle norme costituzionali, P. PERLINGIERI-MESSINETTI, *Art. 9*, cit., 44 ss.

⁸⁵ Sul ruolo-guida ricoperto dai principi fondamentali, per una lettura dell'intero impianto costituzionale in un'ottica di tutela della persona, v., per tutti, P. PERLINGIERI-MESSINETTI, *Artt. 2, 3*, cit., 6 ss.

⁸⁶ A questo proposito, si rimanda a P. PERLINGIERI-MESSINETTI, *Art. 9*, cit., 44 ss.; F. MERUSI, *Art. 9. Principi generali*, cit., 434 ss.; A. PREDIERI, *Paesaggio*, cit., 503 ss.; ID., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, cit., 3, 18 ss.

⁸⁷ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, 189 ss., afferma che in un «ordinamento gerarchicamente strutturato (...), il conflitto di norme (...) provenienti da fonti diverse, è risolto in base al principio *lex superior derogat inferiori*, secondo cui si deve applicare la norma proveniente dalla fonte di grado superiore» (*op. cit.*, 191); sul tema, cfr., G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 7 ss, in cui gli Autori affermano che, i principi «inseriti nell'ambito di Costituzioni rigide, come quella italiana del 1948, diventano [...] vincolanti e inderogabili [...] anche per il legislatore» (*op. cit.*, 8).

⁸⁸ F. MERUSI, *Art. 9. principi generali*, cit., 435 ss., 445; in senso conforme, A. PREDIERI, *La Regolazione giuridica degli insediamenti turistici e residenziali nelle zone alpine*, in *Foro amm.*, 1970, III, 360; ID., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, cit., 3 ss.; apre a contributi apportati anche da scienze non giuridiche, al fine di ben interpretare le espressioni contenute in Costituzione, P. PERLINGIERI-MESSINETTI, *Art. 9*, cit., 44 ss.

⁸⁹ In tal senso, F. MERUSI, *Art. 9. Principi generali*, cit., 435 ss., secondo cui, «la tutela del paesaggio consiste nel controllo e nella direzione degli interventi della comunità sul territorio. Questa tutela avrà lo scopo di assicurare una ordinata mutazione dell'ambiente modellato nei secoli, perché non venga distrutto, anche se non può essere sottratto ai mutamenti che l'opera dell'uomo necessariamente vi apporta» (*op. cit.*, 446).

⁹⁰ P. PERLINGIERI-MESSINETTI, *Art. 9*, cit., 47.

9 ha allargato l'area della tutela costituzionale al complesso dei valori inerenti al territorio»⁹¹, rendendo, in tal modo, l'aspetto visibile dell'ambiente inscindibile da quello non visibile⁹².

Alla luce di tali acquisizioni, viene in evidenza la corrispondenza tra paesaggio ed ambiente visibile; il paesaggio farebbe parte dell'ambiente e, precisamente, ne costituirebbe l'aspetto visibile.

La inscindibilità dell'aspetto visibile dell'ambiente da quello non visibile⁹³, unita ad un'idea di paesaggio quale risultato della dinamica interazione sopra descritta, porta ad una corrispondenza del significato di paesaggio tanto con l'ambiente visibile, quanto con l'ambiente non visibile, che rende inestricabili le interrelazioni tra paesaggio-ambiente visibile ed ambiente invisibile⁹⁴.

Sul piano della utilizzabilità della norma in esame in termini penalistici, seppure tale ricostruzione permette alcune evoluzioni, non risulta del tutto soddisfattiva; infatti, una configurazione del paesaggio nella sua accezione più ampia soprattutto in quella parte in cui si afferma che paesaggio equivale ad ambiente⁹⁵, se risulta illuminante per una giusta interpretazione della nozione di paesaggio, allo stesso tempo non risulta esaustiva sul piano penalistico.

In effetti, usando paesaggio ed ambiente come sinonimi⁹⁶, si copre una sfera di tutela particolarmente ampia diretta alla salvaguardia di una serie indefinita di beni che finiscono con coincidere con l'intero *habitat* umano, degno, per le rispettive, differenti, motivazioni, di tutela giuridica⁹⁷.

4. Una nozione ampia come quella descritta non può risultare soddisfacente in termini di bene giuridico, legittimo oggetto di tutela penale; ad un tempo, tuttavia, da una lettura integrata della Carta costituzionale, in specie, delle norme di cui agli articoli 9 co.2 e 32 della stessa, insieme con tutti gli altri principi penalistici sanciti in Costituzione, possono ricavarsi utili riflessioni⁹⁸.

⁹¹ Corte Costituzionale, Sentenza 7 novembre 1994, n. 379, in *Giur. Cost.*, 1994, III, 3422 ss.

⁹² Per A. PREDIERI, *Paesaggio*, cit., 1981, 507, il paesaggio consisterebbe «in un fatto fisico, oggettivo, ma al tempo stesso, un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile, è il modo di essere del territorio nella sua percezione visibile. Il paesaggio, insomma, viene a coincidere con la forma e l'immagine dell'ambiente, come ambiente visibile ma inscindibile dal non visibile»; in senso conforme, G. SANTINI, *Il paesaggio nella cultura e nell'arte del XX secolo*, in AA.VV., *Il paesaggio. Pittura contemporanea*, a cura di ID., Milano, 1988, 8.

⁹³ Cfr., A. SESTINI, *Il paesaggio*, cit., 1963, 3 ss.

⁹⁴ A. PREDIERI, *Paesaggio*, cit., 510; conforme, Cass. pen., sez. III del 04 febbraio 1993, in Cass. pen. 1994, 1054 ss. e in *Dir. e giur. agr.* 1994, 631 con nota di Abrami; e in *Mass. pen. cass.* 1993, fasc. 7, 91, secondo cui, «il vincolo sui boschi è finalizzato non soltanto alla conservazione statica di un valore estetico-visivo, ma, sulla base di una più profonda evoluzione culturale e giuridica, alla protezione di un bene giuridico inteso come ecosistema, ossia ambiente biologico naturale, comprensivo di tutta la vita vegetale ed animale ed anche degli equilibri tipici di un habitat vivente, spesso vulnerabili anche per attività svolte nel sottosuolo, come trivellazioni, scavi, prelevamenti di materiali o di acqua».

⁹⁵ Per tutti, F. MERUSI, *Art. 9. Principi generali*, cit., 445.

⁹⁶ F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela penale*, cit., 115, nell'affrontare il problema della concezione costituzionale dei beni giuridici, e nel descrivere la Costituzione come un 'edificio chiuso' – la metafora è di Siefert –, fa espresso riferimento all'equiparazione tra il paesaggio indicato all'art. 9 Cost., e «le più ampie concezioni dell'ambiente oggi dominanti», alla luce della considerazione per la quale «anche la Costituzione ha i propri elementi elastici che, quali organi respiratori, le consentono, senza tradire il principio-guida, di adeguarsi all'evolversi della realtà».

⁹⁷ Per alcuni orientamenti della Corte costituzionale, v., Corte costituzionale, Sentenza 3 marzo 1986, n. 39 in *Giur. cost.*, 1986, I, 317 ss.; nonché, Corte costituzionale, Sentenza, 15 maggio 1987, n.167, in *Giur. cost.*, 1987, vol. I, 1212 ss.

⁹⁸ W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 87, evidenzia il vincolo di rilevanza costituzionale nel procedimento di individuazione dei beni giuridici, ed allo stesso tempo la sua insufficienza, da solo, «per risolvere la questione relativa al bisogno di criminalizzazione».

Ad un simile risultato giungono i giudici della Corte costituzionale, i quali nella decisione n. 210/87⁹⁹, con riferimento alle norme in parola, affermano che «l'ambiente va salvaguardato come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività; esso è un bene giuridico».

Tuttavia, la elaborazione di una fattispecie incriminatrice avente ad oggetto una qualunque condotta offensiva del generico bene che è stato indicato, come ad esempio¹⁰⁰ la effettuazione, in assenza di permesso, di uno scavo nel terreno, sanzionata, dall'art. 44 co.1 lett. b), D.P.R. 380/2001, con l'arresto fino a due anni e con l'ammenda da 5.100 a 51.000 euro¹⁰¹, non risulta in linea con i principi che in uno stato di diritto devono orientare il legislatore penale.

Perplessità di analogia portata, relative alla disagiata comprensione riguardo alla esatta individuazione dell'effettivo bene giuridico oggetto di tutela della norma, emergono anche con riferimento alle più recenti fattispecie codicistiche inserite con la l. n. 68 del 2015¹⁰².

Infatti, un esempio per tutti può essere quello dell'art. 452 *bis* c.p. – reato di inquinamento ambientale – in cui si incrimina «chiunque abusivamente cagioni una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili delle acque, dell'aria (...) o di un ecosistema». Al di là della indeterminatezza che caratterizza quasi tutti gli elementi descrittivi della norma¹⁰³, il dato che interessa in questa sede è la presenza dell'avverbio “abusivamente”, laddove, la valorizzazione del momento autorizzativo nell'ambito di condotte inquinanti, sposta inevitabilmente l'attenzione da una concreta offesa al bene ambiente alla violazione dei rapporti di collaborazione tra cittadino e pubblica amministrazione¹⁰⁴.

⁹⁹ Corte costituzionale, Sentenza 28 maggio 1987, n. 210, in *Giur. cost.*, 1987, I, 1577 ss.; a tal riguardo, A. ALBAMONTE, *Sistema penale ed ambiente*, cit., 28 ss., esclude che l'ambiente possa consistere in un «bene giuridico tradizionale», quanto piuttosto, in una «molteplicità di interessi correlati al valore ambientale».

¹⁰⁰ V., Cassazione penale, 2 ottobre 1997, n. 209.35 Cass. mass. dec. pen., in *Codice della legge penale speciale*, a cura di A. ZANOBINI, Milano, 1999, 2371, secondo cui, «l'effettuare uno scavo chiaramente diretto alla costruzione delle fondazioni di un edificio (...) rappresenta inizio effettivo dei progettati lavori edilizi», di cui all'art. 20 lett. b), l. 47/1985.

¹⁰¹ In specie, l'art. 44 co.1 lett. b), D.P.R. 380/2001 (ex art. 20 co.1 lett. b), l. n. 47/1985), *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*, in *Gazz. Uff. n. 245 del 20 ottobre del 2001, suppl. ord. 239*, prevede l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 5.100 a 51.000 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione»; per un diffuso orientamento giurisprudenziale sul tema, in conformità con quanto appena esposto, cfr., Cassazione penale, 3 aprile 1996, n. 204.292 Cass. mass. dec. pen., in *Codice della legge penale speciale*, a cura di A. ZANOBINI, cit., 2373.

¹⁰² Per tutti in questa sede, L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 4

¹⁰³ Per tutti in questa sede, L. MASERA, *Ivi*, 1 ss.

¹⁰⁴ G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, cit., 173, con specifico riferimento al tema della tutela penale dell'ambiente, evidenzia come «alle nuove esigenze di tutela si fa fronte attraverso la predisposizione di un apparato prescrittivo di natura più tecnica, burocratica, procedimentale, che giuridica in senso stretto, finalizzato ad agevolare i necessari controlli da parte delle autorità amministrative, invece che a tutelare direttamente i beni giuridici soprastanti»; per A. MANNA, *Struttura e funzione dell'illecito penale ambientale*, cit., 2168, sia pur con riferimento alla normativa contenuta nel testo unico ambientale del 2006, la polarizzazione del fuoco del *Tatbestand* «sulla assenza della autorizzazione amministrativa o sulla violazione del suo contenuto (...) comporta un evidente ed intuibile depotenziamento dell'efficacia preventiva del precetto penale»; per una posizione, critica riguardo alla recente disciplina codicistica dei reati ambientali, secondo cui la fattispecie di cui all'art. 452 *bis* c.p. risulta «modellata secondo uno schema causale puro tipico del più classico *Kernstrafrecht*, vale a dire, quale ipotesi caratterizzata della causazione (...) di eventi di danno o di pericolo, v., ID., *Il nuovo diritto penale ambientale*, cit., 11.

Analoghe considerazioni non verranno in rilievo, piuttosto, a fronte di una fattispecie, quanto meno di pericolo concreto, aggressiva di quella parte di ambiente-paesaggio che risulti funzionale alla tutela della salute¹⁰⁵.

Si impone, pertanto, una partizione di quanto costituisce l'ambiente nel suo significato più ampio, per poter far confluire nella sfera di rilevanza penale esclusivamente la 'parte di ambiente-paesaggio' che, risultando preesistente rispetto alla creazione della norma¹⁰⁶, sufficientemente concretizzabile, e funzionale in un'ottica personalistica¹⁰⁷, possa risultare compatibile con le esigenze penalistiche in tema di bene giuridico.

Una proposta, dunque, potrebbe articolarsi nel senso che segue; per tutela penale dell'ambiente può intendersi la disciplina relativa alle condotte dotate di una significativa portata offensiva nei confronti di quella 'parte di ambiente-paesaggio' che risulta funzionale all'esplicazione, da parte del singolo, della propria personalità nel contesto sociale. Il bene giuridico anche in questo settore, come in ogni altro, dovrà risultare funzionale al pieno sviluppo della personalità del singolo individuo¹⁰⁸. La sua tutela dovrà essere rivolta verso il raggiungimento della libera convivenza tra i consociati, secondo lo scopo primo del diritto penale di uno stato sociale di diritto.

La prima derivazione di tale riflessione è quella secondo cui risulterebbe possibile superare quella impostazione che attrae all'interno della sfera del diritto penale dell'ambiente, tutte quelle norme che, tramite la sanzione penale, sono dirette alla disciplina dell'urbanistica o del paesaggio. Si tratterà, o meglio, dovrebbe trattarsi, di tutela penale dell'ambiente soltanto in presenza di una concreta offesa alla qualità dell'aria, dell'acqua, del suolo, quali elementi costitutivi l'ambiente, in quanto strumentali alla libera esplicazione della personalità da parte di ognuno.

¹⁰⁵ Sulla concezione antropocentrica dell'ambiente e, dunque, sulla inscindibile interrelazione tra «ambiente, salute e bisogno di vita delle persone», e per una tutela del primo, esclusivamente, in un'ottica di salvaguardia degli altri due, v., W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 91; per una individuazione del bene salute come «primo requisito essenziale per la libertà dell'individuo», v., L. MONTUSCHI, Art. 32, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, cit., 146 ss.; sul 'rapporto problematico tra sviluppo economico e interessi ambientali, in un'analisi improntata al rispetto delle gerarchie sancite in Costituzione, v., E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, cit., 287 ss.; sul tema, v., J. LUTHER, *Antropocentrismo ed egocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. dir.*, 1989, 673 ss.; A. BARATTA, *Ecologia, economia, democrazia e il patto sociale della modernità*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, 9 ss.; nell'ambito di una analisi delle differenti concezioni, antropocentrica ed ecocentrica, del concetto di ambiente penalmente rilevante, A. MANNA, *Struttura e funzione dell'illecito penale ambientale*, cit., 2165, afferma risultare «decisamente preferibile l'impostazione antropocentrica, nella misura in cui consente di instaurare (...) il necessario rapporto tra l'interesse in oggetto inteso quale bene strumentale e gli interessi finali quali la vita e la salute dei cittadini»; in tal senso, con specifico riferimento all'intervento legislativo del 2015, v. ID., *Il nuovo diritto penale ambientale*, cit., 7 ss.;

Con specifico riferimento al tema che ci occupa, in senso parzialmente contrario, v., G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, cit. 194, secondo cui «la affermazione di principio della necessità del ritorno del diritto penale alle figure tradizionali dei delitti di danno di un bene personale finisce per apparire una sterile opposizione alla modernizzazione del diritto penale, in quanto impedisce il necessario contributo della scienza penalistica allo studio delle fattispecie del diritto penale moderno (...) utile ad una ragionevole legislazione penale in materia».

¹⁰⁶ Per tutti, W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 92.

¹⁰⁷ V., S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., 66.; per W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 91, «la concezione personalistica del bene giuridico non è incompatibile con la tutela dei beni giuridici della collettività, anzi, rende tali beni funzionali per la persona. Questi beni possono rilevare in termini penalistici esclusivamente come strumento funzionale alla tutela di interessi personalistici»; sul tema, cfr., *Sent. Cost. n. 210/1987*, in *Giur. Cost.*, cit., 1577 ss.

¹⁰⁸ In tal senso, A. MANNA, *Struttura e funzione dell'illecito penale ambientale*, cit., 2164, evidenzia come appaia «opportuno evidenziare, all'interno dell'ampiezza nozionale e della polivalenza semantica del concetto di ambiente, le componenti idonee a delineare la funzione dei beni ambientali, in termini di condizioni sociali, culturali e naturali nelle quali il singolo si forma e sviluppa la propria personalità».

Anche condotte violatrici della legislazione in materia urbanistica potrebbero rientrare nella sfera individuata, in tutti quei casi in cui la portata offensiva della condotta finisca con l'aggredire gli elementi ambientali appena individuati.

La distinzione tra ambiente inteso nel suo significato più ampio - «sinonimo di spazio fisico coincidente con l'intero *habitat*» -, ed ambiente inteso nella sua accezione più ristretta - come insieme degli «elementi fondamentali della biosfera (acqua, aria, suolo), tutelati in quanto ecosistemi, (...) in quanto realtà biotiche complesse, animate da un ciclo biologico che rappresenta a sua volta il vero e proprio oggetto di protezione» -, consente di affermare la legittima rilevanza in termini penalistici soltanto delle norme incriminatrici, quanto meno di pericolo concreto¹⁰⁹, destinate a disciplinare la tutela dei cicli biologici appena indicati; in tale ottica «il danno all'ambiente» consisterebbe, «nella rottura del ciclo biologico che caratterizza ognuno dei tre elementi fondamentali»¹¹⁰. Tale impostazione può risultare produttiva in termini penalistici soltanto se, nel rispetto di una concezione antropocentrica, venga arricchita dalla necessaria attenzione verso il carattere personalistico degli oggetti della tutela¹¹¹.

A tal riguardo, è stato individuato, nell'assenza di autorizzazione riguardo alle attività disciplinate dal D.P.R. n. 203/1988¹¹², in tema di inquinamento atmosferico, un effettivo danno ad un legittimo bene giuridico¹¹³. Una simile soluzione risulterebbe appagante esclusivamente nell'ipotesi in cui, già dal tenore testuale della norma, potesse desumersi con certezza un chiaro legame causale tra la condotta in esame ed un'aggressione al bene in grado di determinare una compromissione dello sviluppo della personalità del singolo, o dei singoli¹¹⁴.

Tali problematiche continuano ad essere attuali anche a seguito della recente introduzione delle fattispecie codicistiche in materia ambientale, nell'ambito del Titolo VI *bis* c.p.

Viene in rilievo, sul piano penalistico, la capacità del singolo elemento ambientale di soddisfare specifiche esigenze dell'uomo¹¹⁵.

In assenza di una esplicita previsione costituzionale, si impone una lettura sistematica delle norme gerarchicamente sovraordinate da cui emerge il riconoscimento di un valore che assume legittima dignità di oggetto di tutela penale¹¹⁶.

¹⁰⁹ In tal senso, v., A. MANNA, *Struttura e funzione dell'illecito penale ambientale*, cit., 2169 ss.

¹¹⁰ V., M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 17 ss., 265 ss.

¹¹¹ Per una attenta e diffusa analisi critica relativa all'accoglimento della concezione personalistica del bene giuridico, con specifico riferimento al settore ambientale, e non soltanto, v., G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, cit., 179 ss., 183, secondo cui «una concezione personalistica del bene giuridico non può estromettere dalla tutela penale i beni superindividuali, economici e ambientali»;

¹¹² Le medesime tecniche di incriminazione adottate dal D.P.R. 203/1988, sono state recepite nel d.lgs. 152/2006 (es. co.1 art. 279, d. lgs. 152/2006).

¹¹³ Cfr., *Cassazione penale, Sezione III, 18 ottobre 2002, n. 35074*, Pres. Zumbo, Est. Postiglione, in *Riv. giur. amb.*, n. 1, 2004, 86, secondo la quale, «l'assenza di autorizzazione dell'impianto (...) costituisce prova implicita del danno alla salute e all'ambiente».

¹¹⁴ W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 87, individua quale «elemento per il fondamento della rilevanza penale, l'offesa al bene giuridico».

¹¹⁵ V., BRUN, LEMONNIER e RONCAYOLO, *Ambiente*, in *Enc. Einaudi*, Torino, 1977, 393, secondo cui l'ambiente 'effettivo' è costituito dall'«insieme dei fattori ecologici che hanno un'influenza diretta e significativa sulla vita degli organismi».

¹¹⁶ Sulla elaborazione di affidabili criteri per la definizione di legittimi oggetti di tutela penale, nella osservanza del combinato disposto dagli artt. 2, 3, 13, 19, 21, 25 co.2, 27 co.1 e 3, 112 Cost., v., per tutti, A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 141 ss.

Riguardo al tema che ci occupa, «corretta è l'idea secondo cui l'ambiente (così come l'ordine pubblico e la morale) è troppo vago per poter assurgere ad autonomo, indipendente, bene giuridico. Ma la pulizia del suolo, dell'aria, dell'acqua (...) può essere pacificamente concretizzabile. Bisogna ricavare, dunque, una molteplicità di beni giuridici, in relazione all'ambiente e descriverli, con esattezza, ciascuno per conto suo. Successivamente è da considerare che non bisogna tutelare solo la vita e la salute delle persone dai pericoli derivanti dall'ambiente. Anche le molteplicità di flora e fauna e l'integrità della natura appartengono ad una vita degna della persona e possono essere integrate in una concezione di bene giuridico riferita ad esigenze umane»¹¹⁷.

Dunque, l'oggetto di tutela del diritto penale dell'ambiente si situa in uno spazio intermedio i cui confini sono segnati, da un lato dalla tutela della salute, e dall'altro, dai cosiddetti elementi ambientali considerati da un punto di vista meramente ecocentrico. Tali riflessioni, se accompagnate da una politica criminale improntata, in specie, a ragionevolezza, potrebbero contribuire alla elaborazione di un sistema di tutela penale ambientale orientato alla integrazione sociale, al rispetto dei principi normativi sanciti in Costituzione, ad una, legittimamente auspicabile, simbiosi tra garanzia ed effettività¹¹⁸.

Pertanto, sebbene la vigente disciplina penale dell'ambiente presenti una molteplicità di carenze - «riserva di legge, tassatività, offensività, proporzione, sussidiarietà [sono] principi del tutto ignoti al diritto penale dell'ambiente; criteri di selezione del bene giuridico, bilanciamento di interessi, tecniche di tutela, causalità, responsabilità penale delle persone giuridiche, criteri di imputazione personale, modelli sanzionatori: problemi tutti da risolvere»¹¹⁹ -, la individuazione del bene, seppur non in grado, da sola, di risolvere tutti i problemi relativi ad una corretta applicazione dello strumento penale, può rappresentare un utile, primario, momento di riflessione.

¹¹⁷ V., C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3 Auflage, München, 1997, 18 ss.; per un concetto di ambiente inteso nel senso di «bene giuridico di categoria», che «rappresenta una sintesi categoriale, le cui singole componenti (acqua, aria, suolo) possono legittimamente porsi come oggetto della tutela penale e, pertanto, quali idonei beni di singole fattispecie incriminatici», v., E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, cit., 238; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 238 ss., piuttosto, in un processo di legittimazione delle fattispecie di pericolo astratto fondata sulle difficoltà di prova del nesso causale e dell'evento, individua il bene giuridico nell'«equilibrio ecologico di acqua, aria e suolo» (*op. cit.*, 265 ss., 269), e l'offesa penalmente rilevante, nella «grave alterazione [di tale bene, intesa nel senso di] potenziale pregiudizio per la sicurezza, la salute o il benessere delle persone, per le risorse economiche ambientali, o per una delle utilità sociali cui, nella zona inquinata, quell'equilibrio è manifestamente strumentale; ovvero per la conservazione di formazioni fisiche, geologiche, geomorfologiche e biologiche sottoposte ad uno speciale regime di tutela secondo le leggi vigenti al momento della commissione del fatto» (*op. cit.*, 269-270).

¹¹⁸ W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., 92, evidenzia la necessità di una tutela penale dei beni collettivi, in specie dell'ambiente, «ispirata a regole di moderatezza (...) e ragionevolezza»; sull'«antitesi apparente», nei rapporti tra garanzia ed effettività, v., S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 1 ss.; sul tema, v. *supra*, nota n. 12, par. 1.

¹¹⁹ P. PATRONO, *Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1147; già in precedenza, in questi termini, W. HASSEMER, *Umweltschutz durch Strafrecht*, in *N. K.*, Heft I, 1989, 46 ss., 49.

Il ridimensionamento del *ne bis in idem* determinato dalle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

ANNALISA MALAFRONTI

ABSTRACT

The principle of ne bis in idem protects people from being tried twice for the same offence. Its importance shows itself not only in the internal judicial system, but also in the little Europe and the great Europe: it is demonstrated by the regulatory foundations established about this matter and by the recurring interventions of the European Court of Human Rights (ECHR) and of the Court of Justice of the European Union (CJEU).

The jurisprudence pronounced about this matter has contributed to outline its field of application. Recently, the n. 43/2018 sentence of Constitutional Court and others sentences pronounced by CJEU have reduced the boundaries of enforcement of the principle of ne bis in idem, attaching importance to some criteria, whose evaluation is inevitably committed to the trial judge.

SOMMARIO: 1. La nozione e i fondamenti normativi del *ne bis in idem*. – 2. Il sistema del doppio binario. – 3. La soluzione proposta dalla Corte EDU nel caso *Grande Stevens c. Italia*. – 4. Il diverso approccio adottato nel caso *A e B c. Norvegia*. – 5. Il ridimensionamento del *ne bis in idem* confermato dalla Corte Costituzionale e dalla CGUE.

1. Negli ultimi anni il principio del *ne bis in idem* è stato oggetto di un intricato dibattito giurisprudenziale, che si è rinnovato ulteriormente grazie ai recenti arresti della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Prima di analizzarne le acquisizioni, oltre che le conseguenze applicative, è però opportuno chiarire il significato del principio per poi passare in rassegna il percorso evolutivo che ha condotto alla sua affermazione.

Il *ne bis in idem*, in particolare, può essere inteso in una duplice accezione, processuale e sostanziale. Nella prima prospettiva vieta di sottoporre a processo un soggetto per fatti per cui è già stato condannato con sentenza passata in giudicato; nella seconda, invece, impedisce che un soggetto sia punito più volte per la stessa condotta penalmente rilevante, esprimendo così un'esigenza connessa al concorso apparente di norme.

Tale principio, inoltre, si fonda su molteplici referenti normativi, di rilievo interno e sovranazionale. Per ciò che concerne l'ordinamento giuridico interno, esso è espressamente riconosciuto dall'art. 649 c.p.p., che sancisce il divieto nell'accezione processuale e ne circoscrive la portata applicativa alla materia penale. Dagli artt. 15, 84 c.p., peraltro, emerge indirettamente la rilevanza sostanziale del principio. Le disposizioni menzionate, infatti, disciplinano il criterio di

specialità e il reato complesso, offrendo all'interprete canoni normativi da utilizzare per risolvere i casi di concorso apparente di norme e per individuare la norma da applicare al caso di specie.

Parimenti indiretto è il rilievo costituzionale del *ne bis in idem*. A differenza di quanto accade in altri ordinamenti giuridici, infatti, nessuna disposizione costituzionale vi fa espresso riferimento.

A ben vedere, però, la sua copertura costituzionale può essere ricavata dagli artt. 24, 111 Cost. Il *ne bis in idem*, infatti, garantisce il diritto di difesa, che sarebbe violato dalla celebrazione di processi multipli aventi ad oggetto la medesima *res iudicanda*. Esso, inoltre, è preordinato alla certezza del diritto, puntando ad evitare la sussistenza di conflitti tra giudicati, e soddisfa esigenze di economia processuale, frustrate dall'impiego della risorsa-giustizia per accertare vicende già cristallizzate in una sentenza passata in giudicato.

In ambito sovranazionale, il principio del *ne bis in idem* è espresso dagli artt. 4 prot. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹ (da ora CEDU) e 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea² (da ora CDFUE)³. Tali articoli non sono perfettamente coincidenti, poiché la norma pattizia conferisce rilievo alla dimensione "interna" del principio, mentre quella di diritto eurounitario ne estende le maglie anche alla prospettiva "transnazionale" e, quindi, anche ai rapporti tra gli Stati.

Le norme sopra citate, inoltre, hanno anche un rango differente nell'ordinamento giuridico interno. La CEDU, infatti, secondo l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale nelle sentenze gemelle n. 347 – 348/2007, vale come parametro interposto, sovraordinato ad una legge ordinaria, ma subordinata alla Costituzione. Da ciò consegue che il giudice interno, posto dinanzi ad un contrasto tra norma interna e pattizia, deve in primo luogo esperire il cd. tentativo di interpretazione conforme; ove ciò non sia possibile, è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale tramite il parametro dell'art. 117 Cost.

La CDFUE, invece, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è entrata a far parte dell'*acquis communautaire* ed è annoverata tra le fonti di diritto primario. Per tale ragione anche per essa vale il principio di primazia (art. 11 Cost.), da cui discende la possibilità per il giudice interno di effettuare un controllo diffuso sulle norme, disapplicando quella che nell'ordinamento giuridico è in contrasto con il diritto eurounitario.

Tale precisazione è utile a comprendere gli orientamenti ermeneutici espressi in merito al *ne bis in idem*. Se, infatti, in una prima fase è stato valorizzato l'art. 4 Prot. 7 CEDU, in un secondo momento l'analisi si è spostata sull'art. 50 CDFUE, provocando ricadute applicative significative.

2. Posti questi chiarimenti preliminari, a questo punto è necessario rilevare che i problemi connessi al *ne bis in idem* derivano dalla tendenza dei legislatori nazionali a fornire a determinati illeciti una duplice risposta sanzionatoria, amministrativa e penale, predisponendo così il cd. sistema del doppio binario.

¹ L'art. 4 del Protocollo 7 CEDU testualmente dispone: "Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente nella giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale stato".

² L'art. 50 della Carta di Nizza prescrive che: "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge".

³ Cfr. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7. Auflage, Nomos, 206 ss.

Nell'ordinamento giuridico italiano, in particolare, questa pratica è invalsa nella materia dei mercati finanziari e in quella degli illeciti tributari.

Con riguardo alla prima, infatti, il doppio binario è stato previsto *expressis verbis* dal legislatore che, intervenuto nel 2005 con la l. n. 62, ha introdotto le varianti amministrative dei reati di manipolazione di mercato e di abuso di informazioni privilegiate (o *insider trading*), coordinandole con le corrispondenti fattispecie penali attraverso la clausola di cumulatività (“salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”).

Tale elemento, d'altra parte, non è previsto espressamente nel diritto penale tributario, dove però il problema si pone ugualmente, perché l'orientamento dominante in giurisprudenza non ritiene applicabile il principio di specialità tra i reati di omesso versamento di ritenute dovute o certificate, omesso versamento di IVA e i corrispondenti illeciti amministrativi.

Tradizionalmente, però, in questi casi non si invocava il principio del *ne bis in idem*, confinato alla materia penale *stricto sensu* intesa, per cui trovavano applicazione entrambe le risposte sanzionatorie.

3. A differenza di quanto accade in molti ordinamenti giuridici nazionali, però, la CEDU accoglie un concetto unitario di pena, che è ritenuta sussistente in base ad un'analisi sostanzialistica fondata sui criteri Engel. Questi, in particolare, elaborati dalla Corte EDU per la prima volta nel 1976, prendono in considerazione il *nomen iuris* dell'illecito, la sua natura giuridica e il grado di afflittività della sanzione irrogata.

Da queste considerazioni consegue che anche una sanzione formalmente amministrativa possa avere una natura sostanzialmente penale, se almeno uno degli indici sintomatici suggerisce questa soluzione.

Il riconoscimento della natura sostanzialmente penale ad una sanzione amministrativa comporta l'applicazione di tutte le garanzie previste per la materia penale *stricto sensu* intesa. Tra queste, il principio di legalità (art. 7 CEDU), il diritto ad un equo processo (art. 6 CEDU) e l'applicazione del *ne bis in idem* (art. 4 Prot. 7 CEDU).

La Corte EDU, sulla scorta di questo approccio sostanzialistico, nel 2014 interviene nel caso *Grande Stevens c. Italia* e, con una pronuncia dirompente, riconosce la possibilità di applicare il *ne bis in idem* in un caso in cui alcuni dirigenti Fiat, dopo essere stati sottoposti ad un procedimento formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale dinanzi alla Consob in materia di manipolazioni di mercato, stavano per affrontare un nuovo processo penale avente ad oggetto gli stessi fatti.

Per la seconda sezione, inoltre, l'*idem factum* deve essere valutato in relazione al fatto concreto nelle sue coordinate spazio – temporali e non in base alla sua qualificazione giuridica, secondo quanto affermato per la prima volta nel 2009 nel caso *Zolothukin c. Russia*. In questa occasione viene ribadita la natura processuale del *ne bis in idem*, ritenuto sussistente in base alla mera presenza di procedimenti multipli avverso la medesima *res iudicanda*.

Nello stesso anno la Corte di Strasburgo si pronuncia anche in materia tributaria nel caso *Nykänen c. Finlandia* e, adoperando gli stessi parametri, riconosce la natura sostanzialmente penale di una sanzione amministrativa pecuniaria (cd. sovrattassa), irrogata nonostante la condanna per frode

fiscale. La carica innovativa delle due pronunce viene recepita con difficoltà nell'ordinamento giuridico italiano. La giurisprudenza, infatti, è divisa tra soluzioni differenti.

La prima tesi predilige un'interpretazione conforme dell'art. 649 c.p.p.⁴, scontrandosi, però, con il dato letterale della norma, ancorato alla materia penale.

La seconda, invece, propone di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., utilizzando come parametri interposti gli artt. 117 Cost. e 4 Prot. 7 CEDU, nella parte in cui non consente al giudice penale di dichiarare il non luogo a procedere quando vi sia un primo procedimento formalmente amministrativo, ma sostanzialmente penale⁵.

Anche questa soluzione, però, *ex post* non è risultata efficace, poiché la Corte Costituzionale risponderà alle questioni sollevate sul punto con una pronuncia di inammissibilità, ribadendo la natura processuale del principio⁶.

Il terzo orientamento, infine, propone di applicare direttamente l'art. 50 CDFUE, interpretandolo con il contenuto che la Corte EDU ha assegnato all'art. 4 Prot. 7 CEDU nel caso *Grande Stevens c. Italia* grazie al cd. "convertitore permanente" di cui all'art. 52.3 CDFUE⁷.

In questo complesso dibattito s'inserisce la pronuncia della Corte Costituzionale n. 200/2016, che specifica le componenti materiali del fatto concreto. Questo, in particolare, è composto dalla condotta, dall'evento, dal nesso di causalità e dal contesto spazio – temporale in cui il fatto si verifica⁸.

4. Quando ancora l'ordinamento giuridico italiano non aveva trovato una soluzione unanime per recepire la sentenza *Grande Stevens c. Italia*, la Corte EDU interviene nuovamente nel caso *A e B⁹ c. Norvegia*, ridimensionando la portata applicativa del *ne bis in idem*.

Pur confermando, infatti, l'approccio sostanzialistico con cui analizzare la materia penale e la nozione di fatto concreto precedentemente esposta, introduce un ulteriore parametro di tipo valutativo denominato "*sufficiently close connection in substance and time*".

È possibile, in altre parole, che uno stesso soggetto sia sottoposto per i medesimi fatti a due procedimenti, uno *stricto sensu* penale, l'altro formalmente amministrativo e sostanzialmente penale, quando questi siano strettamente connessi sotto il profilo sostanziale e temporale.

Ciò, in particolare, si desume da una serie di indici, quali: il perseguimento di scopi diversi da parte dei singoli procedimenti, la possibilità per l'imputato di prevedere la celebrazione di procedimenti multipli come conseguenza della propria condotta, il coordinamento dei due procedimenti nella ricerca e nella raccolta del materiale probatorio, la considerazione nel secondo procedimento della sanzione irrogata nel primo, in modo da garantire la proporzionalità complessiva della pena.

⁴ Tribunale di Asti, sez. penale, 7 maggio 2015, n. 717.

⁵ Cass. pen., ord. n. 1782/2014.

⁶ Corte Cost., s. n. 102/2016, ord. n. 116/2016.

⁷ L'art. 52.3 CDFUE sancisce che: "*Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*".

⁸ Cfr. S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit prosegue)*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it.

Per ciò che concerne il requisito temporale, la Corte di Strasburgo riconosce la possibilità che vi siano procedimenti celebrati in tempi diversi, a patto, però, che il soggetto non sia sottoposto ad un continuo stato di incertezza. In questa occasione, infine, si attribuisce al principio natura sostanziale. Come è evidente, infatti, secondo questa ricostruzione il doppio binario sanzionatorio è ammesso, purché l'entità della sanzione irrogata sia proporzionata al disvalore del fatto commesso.

L'orientamento evolutivo espresso dalla Grande Camera viene confermato alcuni mesi dopo da una pronuncia della prima sezione della Corte EDU, che, intervenuta nel caso *Jóhannesson e A. c. Islanda* afferente alla materia tributaria, applicando il neo introdotto parametro valutativo, ha affermato la violazione della garanzia convenzionale, perché in quella circostanza i due procedimenti non erano avvinti da una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, per cui non potevano essere considerati “parti di un unico procedimento sanzionatorio integrato”¹⁰.

In questo percorso teso al ridimensionamento del *ne bis in idem* s'iscrive anche un'altra sentenza, questa volta della CGUE, che nel caso *Orsi e Baldetti* ritiene legittimo il doppio binario quando le sanzioni previste per lo stesso fatto siano irrogate nei confronti della persona giuridica e del suo legale rappresentante. In questo caso, infatti, la persona non è la stessa.

5. Si arriva così alla sentenza della Corte Cost. n. 43/2018 che si pronuncia in relazione ad una questione di legittimità costituzionale determinata dal doppio binario sanzionatorio sussistente in materia tributaria tra l'omessa dichiarazione relativa all'IRPEF e all'IVA (art. 5.1 d.lgs. n. 74/2000) e il corrispondente illecito amministrativo (art. 1.1 d.lgs. n. 471/1997).

Si chiede nuovamente alla Consulta di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione ai parametri rappresentati dagli artt. 117 Cost. e 4 Prot. 7 CEDU, nella parte in cui “non prevede l'applicabilità della disciplina di un divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia stata già irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli”.

La Corte Costituzionale, in particolare, distingue il *ne bis in idem* in base a due momenti temporali: quello in cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale e in cui non era ancora intervenuta la sentenza della Corte EDU *A e B c. Norvegia* e quello successivo all'emanazione della suddetta pronuncia.

Nella prima fase il principio aveva carattere inderogabile e rilievo processuale. La mera presenza, infatti, di procedimenti multipli aventi ad oggetto la medesima *res iudicanda* era considerata sufficiente per l'interruzione del secondo procedimento.

Questa ricostruzione, però, a parere della Corte, era connotata da una rigidità eccessiva e rischiava di entrare in rotta di collisione con la discrezionalità di cui gli Stati godono nel predisporre l'apparato sanzionatorio.

L'emanazione della sentenza della Corte EDU nel caso *A e B c. Norvegia*, invece, introduce – come visto – il parametro valutativo della stretta connessione sostanziale e temporale, ancorandolo ad una serie di indici, tra cui quello della proporzionalità complessiva della pena.

¹⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in www.penalecontemporaneo.it.

Ciò determina il venir meno delle due caratteristiche del principio prima enunciate (l'inderogabilità e il carattere processuale). L'indagine relativa alla sussistenza del *ne bis in idem*, infatti, è rimessa all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria e ad un conseguente giudizio casistico, non essendovi più criteri unicamente oggettivi.

La Corte Costituzionale, quindi, sulla base di queste considerazioni, restituisce gli atti al giudice *a quo* affinché questi possa analizzare nuovamente il caso di specie alla luce dell'innovativo orientamento proposto dalla Grande Camera nel caso *A e B c. Norvegia*. Questo, in particolare, obbliga il giudice interno a conformarsi in via interpretativa, salva la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale ove ciò non sia possibile, secondo quanto statuito dalla stessa Consulta con la sentenza n. 49/2015.

Chiudono – per il momento – questo *trend* giurisprudenziale le sentenze della CGUE, rese il 20 marzo 2018 per i casi “Garlsson”, “Menci” e “Di Puma”¹¹.

Nonostante la CGUE analizzi fattispecie differenti (due riguardanti i mercati finanziari, la terza la materia tributaria), utilizza lo stesso approccio metodologico.

Ribadisce, infatti, la nozione sostanzialistica di materia penale e quella di *idem factum* concreto, ma non anche il criterio della stretta connessione sostanziale e temporale introdotto dalla Corte EDU in *A e B c. Norvegia*, sostituendovi, invece, i canoni contenuti nell'art. 52 par. 1 CDFUE.

Tale articolo, in particolare dispone che: “Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

Da questa disposizione normativa, infatti, si evince che il *ne bis in idem*, espressamente annoverato tra i diritti riconosciuti dalla CDFUE, può cedere il passo al doppio binario sanzionatorio, quando una simile limitazione, conforme al principio di proporzionalità sia indispensabile e risponda ad una finalità di interesse generale riconosciuta dall'Unione. Tra queste rientrano la lotta ai reati in materia di IVA¹² e i mercati finanziari.

Anche il triplice intervento della CGUE, quindi, ridimensiona la portata applicativa del *ne bis in idem*, attribuendo un ruolo primario all'apprezzamento del giudice nazionale, chiamato, ancora una volta, a verificare la proporzionalità della pena complessivamente irrogata all'esito dei due procedimenti. La CGUE, infine, afferma la diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE nell'ordinamento interno, chiarendo così ogni dubbio al riguardo.

Applicando queste premesse comuni ai casi sottoposti al suo esame, la CGUE giunge poi a soluzioni differenti.

Nel caso “Garlsson”, infatti, si pronuncia a favore dell'incompatibilità del doppio binario, perché la condanna penale irrogata al soggetto agente è reputata idonea a reprimere il reato in modo proporzionato e dissuasivo. Nel caso “Menci”, invece, ritiene compatibile il doppio binario con l'art.

¹¹ Cfr. L. ROCCATAGLIATA, *La Corte di Giustizia UE deposita tre sentenze in tema di doppio binario sanzionatorio. L'approdo definitivo del Giudice europeo?*, in www.giurisprudenzapenale.com; A. GALLUCCIO, *La Grande sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.com.

¹² CGUE, 26 febbraio 2013, caso causa C-617/10 Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson.

50 CDFUE, perché la normativa è finalizzata a tutelare un interesse generale qual è la lotta ai reati in materia di IVA, la coordinazione tra i due procedimenti è limitata ad un criterio di stretta necessità e la sanzione complessivamente irrogata è proporzionata. Nel caso “Di Puma”, infine, la CGUE ha statuito che la prosecuzione di un procedimento amministrativo teso ad irrogare una sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale per fatti in relazione ai quali sussiste una sentenza definitiva di assoluzione per mancanza di prove è incompatibile con il principio di proporzionalità.

L’orientamento giurisprudenziale così delineato ha determinato un forte ridimensionamento del *ne bis in idem*, i cui presupposti valutativi sono demandati all’apprrezzamento giudiziale e ad un inevitabile giudizio casistico, come già emerge dalle soluzioni differenti prospettate dalla CGUE.

Essi, inoltre, non sono delineati in modo puntuale. Non si precisa, infatti, in base a quali requisiti si deve ritenere sussistente la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria predisposta dal legislatore, con conseguenze negative in punto di prevedibilità della risposta punitiva.

Questo intricato dibattito giurisprudenziale, quindi, appare tutt’altro che concluso.

Fenomenologia delle piazze di spaccio: sottomesse o partecipi al clan?

LIANA ESPOSITO

ABSTRACT

The present article examines the different and various ways of drugs trafficking (from the single drug dealer to the open-air drug markets) and their reflections on the type of criminal offence. The research stresses on the difference between an organized crime dealing drugs, a conspiracy dealing drugs or a gang dealing drugs and their relationship with organized crime (whether they should be considered as affiliates or victims of extortion or contractors).

In the end, the article emphasizes on psychological element to be present on the person depending on her role in the criminal organization.

SOMMARIO: 1. La crisi del “piccolo spacciatore” e l’affermazione delle associazioni organizzate. – 2. I criteri distintivi dell’associazione *ex art. 74 DPR 309/1990* rispetto al concorso di persone nel reato continuato di spaccio. – 3. L’associazione *ex art. 74 DPR 309/90* ed i ruoli degli affiliati. – 3.1. Il ruolo dell’organizzatore. – 3.2. Il ruolo dei *pusher*. – 3.3. Il ruolo dell’acquirente. – 3.4. Il fornitore. – 3.5. Il finanziatore. – 4. Le diverse piazze di spaccio: un’unica associazione o più associazioni? – 5. L’associazione *ex art. 74* ed il cd. metodo mafioso di cui all’art. 416 *bis.1 c.p.* – 6. Il caso di un’unica associazione criminale, dedita sia allo spaccio sia ad altri reati cd. fine. – 7. L’attribuzione soggettiva dei due delitti associativi. – 7.a. Il ruolo dell’associato *ex art. 416 bis c.p.* che si occupa anche dello spaccio per conto del clan di riferimento. – 7.b. Le piazze di spaccio che operano in autonomia ma dividendo gli utili con il clan mafioso. – 7.c. Le piazze di spaccio che operano in autonomia, ma sotto l’egida del clan mafioso. – 7.d. Il ruolo del *pusher* al dettaglio. – 7.e. Le piazze di spaccio che operano in stato di assoggettamento al clan per la fornitura di stupefacenti; il problema del concorso esterno. – 8. La configurabilità della circostanza aggravante *ex art. 416 bis.1 c.p.* sotto il profilo della cd. finalità agevolativa. – 9. Conclusioni

L’Italia è il terzo paese dell’Unione Europea per uso di *cannabis* e il quarto per uso di cocaina: è uno dei dati contenuti nella Relazione europea sulla droga 2018 dell’Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze (EMCDDA), pubblicata il 7 giugno 2018.

Se si considera la sola fascia d’età dai 15 ai 34 anni, l’Italia è il secondo paese per uso di *cannabis*: si stima che nel 2017 il 20,7 per cento degli adulti più giovani ne abbia fatto uso nei 12 mesi precedenti all’ultima indagine condotta in merito, contro il 21,5 della Francia. Dal 2011 a oggi il consumo di *cannabis* tra i giovani è aumentato: allora si stimava che il 15,4 per cento ne facesse uso¹.

¹ Cfr. “I nuovi dati sul consumo di droga in Europa”, in *Il post.it*, 8 giugno 2018.

1. Le modalità operative dell'attività di spaccio al dettaglio seguono una fenomenologia estremamente variabile, a seconda del territorio interessato e della eventuale presenza di strutturate organizzazioni criminali, anche di stampo mafioso, capaci di egemonizzare il traffico e la distribuzione delle varie tipologie di stupefacenti².

Nei territori ad alta incidenza mafiosa, dove il controllo del territorio passa anche attraverso la capillare distribuzione dello stupefacente in "piazze di spaccio" militarmente organizzate e presidiate, residuano piccoli spazi tollerati per lo spaccio al minuto, soprattutto delle "droghe leggere", purché lo spacciatore si rifornisca unicamente dal "sistema" di distribuzione mafioso.

Anche nei territori dove è meno pressante la presenza della criminalità organizzata, comunque, è ormai infrequente il caso di singoli spacciatori che, da battitori liberi, si muovano sul mercato illecito degli stupefacenti in totale autonomia, sia per quanto riguarda l'approvvigionamento della sostanza (che essi acquistano di volta in volta presso il migliore offerente), sia per la successiva vendita al dettaglio a selezionati clienti abituali: tale evenienza si verifica solo in piccole realtà locali ed è basata su un rapporto fiduciario che lega il consumatore e l'"artigiano" della droga.

Forse, la crisi dello spaccio al dettaglio fa il paio con quella, in atto ormai da circa un ventennio, relativa alle piccole botteghe zionali rispetto alla cd. grande distribuzione: solo un osservatore superficiale potrebbe dire che tale crisi sia legata ad un calo dei consumi³.

In realtà, non è questione di crisi di consumi: infatti, gli acquisti presso i cd. centri commerciali sono preferiti dagli utenti rispetto ai negozi di quartiere per tre motivi principali: maggiore scelta, perché si può usufruire di una scelta molto più ampia rispetto al negozio sotto casa; risparmio; liberalizzazione degli orari di apertura.

A tali motivi occorre aggiungere che, consorziandosi in gruppi d'acquisto, i piccoli e medi dettaglianti possono ottenere agevolazioni economiche in termini di approvvigionamento, derivanti dal maggior potere contrattuale nei confronti dei fornitori e, molto spesso, saltando l'anello del grossista riescono a proporre le merci a prezzi maggiormente concorrenziali. A questo si aggiungono i vantaggi conseguibili dallo sfruttamento del marchio e dall'ottenimento di supporto in termini di *know-how* e coordinamento strategico. A volte, ai singoli esercenti facenti parte del gruppo, viene erogata anche una adeguata assistenza fiscale⁴.

A ben riflettere, dunque, il parallelismo proposto tra l'attività organizzata d'impresa lecita e l'attività di spaccio non è troppo arduo: l'attività di spaccio, che ha un'evidente, connaturata connotazione imprenditoriale, laddove condotta secondo lo schema della Distribuzione Organizzata⁵, presenta le seguenti caratteristiche:

² Sulle modalità operative di tale fenomeno e sulle relative implicazioni giuridiche vedasi nel prosieguo della trattazione.

³ La droga più diffusa nei paesi dell'Unione Europea è la cannabis: si stima che nel 2016 sia stata consumata da 24 milioni di persone con età compresa tra i 15 e i 64 anni, di cui 17,2 milioni con età compresa tra i 15 e i 34 anni. Quasi 88 milioni di cittadini europei hanno fatto uso di questa sostanza almeno una volta nella vita: più di un quinto dell'intera popolazione dell'UE. L'Italia è il terzo paese dove si consuma di più: si stima che il 33,1 per cento della popolazione l'abbia usata almeno una volta nel corso della vita, una percentuale inferiore solo a Francia (41,4 per cento) e Danimarca (38,4). Il dato è evidenziato da *"I nuovi dati sul consumo di droga in Europa"*, in *Il post.it*, 8 giugno 2018.

⁴ Wikipedia, alla voce *Grande Distribuzione*.

⁵ Su Glossario.marketing.it vi è un'agevole definizione della GDO (acronimo di Grande Distribuzione Organizzata) distinta tra la c.d. distribuzione organizzata e la c.d. grande distribuzione. Il termine GDO viene comunemente utilizzato per indicare un insieme di punti vendita gestiti a libero servizio e organizzati su grandi superfici che aderiscono ad un'organizzazione o a un gruppo che gestisce una serie di punti vendita contrassegnati da una o più insegne commerciali comuni.

- può contare su una pluralità di canali di acquisto consolidati;
- si giova di una *solida*⁶ presenza sul mercato;
- è dotata di un'ampia capacità finanziaria (quanto maggiori sono i quantitativi di merce acquistati all'ingrosso, tanto inferiore è il prezzo di acquisto che si riesce ad ottenere, e da ciò consegue la possibilità di praticare prezzi al dettaglio più bassi rispetto alla concorrenza lasciando inalterati i guadagni);
- ha capacità di assecondare i mutamenti di gusto e desiderio degli utenti;
- usufruisce di ampia disponibilità di mezzi e personale (pronto a lavorare senza particolari garanzie) idoneo a coprire ogni esigenza degli acquirenti;
- ha una liquidità praticamente illimitata, che le consente di poter vendere a credito senza subire particolari scompensi nel caso di ritardato pagamento;
- può ricorrere a personale specificamente addetto alla riscossione dei crediti con pesante capacità di intimidazione;
- ha la possibilità di coprire agevolmente eventuali perdite finanziarie derivanti da improvvise perdite del carico o del personale addetto (a seguito dell'azione di contrasto di FFOO e magistratura).

Non a caso, le recenti indagini parlano di vere e proprie centrali di spaccio⁷, che presentano le stesse caratteristiche dei cd. non luoghi, luoghi della surmodernità che hanno la prerogativa di non essere identitari, relazionali e storici, spazi in cui moltitudini di individui si incrociano senza entrare in relazione, spinti solo dal desiderio di consumare o di accelerare le operazioni quotidiane.

2. Alla diversa fenomenologia operativa dello spaccio gestito da una pluralità di soggetti segue un diverso inquadramento giuridico: è, dunque, cruciale distinguere il delitto associativo di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 dalla fattispecie del concorso di persone nel reato continuato di detenzione e spaccio di stupefacenti.

Secondo la giurisprudenza della Cassazione, l'elemento aggiuntivo e distintivo del delitto di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 rispetto alla fattispecie *ex art.* 110-81 cpv c.p. e art. 73 DPR 309/90 va individuato nel carattere dell'accordo criminoso, che solo nel reato associativo contempla la commissione di una serie non preventivamente determinata di delitti, e nella permanenza del vincolo associativo tra i partecipanti, i quali, anche al di fuori dei singoli reati programmati, assicurano la propria disponibilità duratura ed indefinita nel tempo al perseguimento del programma criminoso del sodalizio⁸.

Nella GDO, anche nota come moderna distribuzione, rientrano sia le catene di distribuzione che si costituiscono grazie ad accordi di associazione tra commercianti (la c.d. distribuzione organizzata) sia le catene di supermercato e/o ipermercati caratterizzati dalla gestione unitaria e dalla appartenenza a una medesima proprietà (la c.d. grande distribuzione).

Nel primo caso prevalgono le spinte solidaristiche: le tipiche forme di distribuzione organizzata sono i Gruppi d'Acquisto, una forma di associazionismo tra dettaglianti e le Unioni Volontarie che implicano la cooperazione tra grossisti e dettaglianti. Nel secondo, invece, prevalgono le spinte economicistiche e dunque la ricerca esasperata di economie di scala gestionali attraverso la standardizzazione di molti aspetti operativi e strutturali dei punti vendita e l'apertura di punti vendita di sempre maggiori dimensioni.

⁶ Facendo leva sul metodo mafioso di cui all'art. 416 bis.1 c.p., come nel prosieguo analizzato.

⁷ Cfr. "Scacco all'impero di Rosetta la terrorista, boss della droga", *Il mattino.it*, 14 novembre 2018, in cui si indica il Parco Verde di Caivano quale più grande piazza di spaccio d'Europa.

⁸ cfr. Cass. pen., sez. IV, 16 ottobre 2013, n. 51716.

Altre pronunce hanno valorizzato l'elemento organizzativo quale elemento differenziale tra l'ipotesi associativa *ex art. 74 d.P.R. n.309 del 1990* e quella del concorso ai sensi degli artt. 110 c. p. e 73 del citato d.P.R.: è stato osservato che la condotta punibile a titolo di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti non può ridursi e coincidere con un semplice accordo delle volontà, ma deve consistere in un *quid pluris*, che si sostanzia nella effettiva predisposizione di una struttura organizzata stabile, che consenta la realizzazione concreta del programma criminoso⁹.

Dal punto di vista soggettivo, la configurabilità della condotta di partecipazione richiede la prova della stabile adesione dell'agente ad un sodalizio riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990, ovvero della consapevolezza e volontà di partecipare, assieme ad altre persone aventi la stessa consapevolezza e volontà, ad una società criminosa strutturata e finalizzata secondo lo schema legale¹⁰.

Pertanto, ai fini della configurabilità di un'associazione per delinquere finalizzata al narcotraffico è necessaria la presenza di tre elementi fondamentali:

a) l'esistenza di un gruppo, i cui componenti siano aggregati consapevolmente per il compimento di una serie indeterminata di reati in materia di stupefacenti;

b) l'apporto individuale apprezzabile e non episodico di almeno tre associati, che integri un contributo alla stabilità dell'unione illecita.

c) l'organizzazione di attività personali e di beni economici per il perseguimento del fine illecito comune, con l'assunzione dell'impegno di apportarli anche in futuro per attuare il piano permanente criminoso;

Dunque, il reato associativo richiede sia la predisposizione di mezzi concretamente finalizzati alla commissione dei delitti sia il contributo effettivo da parte dei singoli per il raggiungimento del comune scopo illecito, poiché solo nel momento in cui diviene operativa e permanente la struttura organizzativa si realizza la situazione anti-giuridica che giustifica le gravi sanzioni previste per tale fattispecie¹¹.

Non può, dunque, ritenersi integrato il reato associativo per il solo fatto della frequente commissione di reati, da parte degli stessi soggetti, nel diverso ruolo di acquirente e venditore, essendo invece necessario che tale reiterazione si collochi nell'ambito dell'esecuzione del programma associativo di commissione di una serie indeterminata di reati¹².

Di recente, si è poi stabilito che non è ostativa alla configurazione dell'associazione *ex art. 74 DPR 309/90* la circostanza che i reati *cd. fine* (lo spaccio al dettaglio) riguardino fatti di lieve entità: occorre infatti verificare se la condotta, pur connotata dalla predisposizione dei mezzi e dalla programmazione delle modalità esecutive, cioè da un'organizzazione, presenti contorni (ad esempio, per il ristretto ambito temporale di operatività, per lo scarso numero di clienti, per la scarsa professionalità) che consentano di ritenere minima l'offesa al bene giuridico protetto dal V comma dell'art. 73, che si connette al rischio di diffusività delle sostanze stupefacenti¹³.

⁹ Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2017, n. 27433.

¹⁰ Cass. pen., sez. VI, 21 novembre 2013, n. 50133.

¹¹ Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2018, n. 18055.

¹² Cass. pen., sez. VI, 6 aprile 2017, n. 28252.

¹³ Cass. pen. sez. VI, 3 luglio 2017, n. 39374.

3. Affinchè il singolo possa essere ritenuto partecipe dell'associazione occorre, al di là della commissione di singoli episodi criminosi, che si individui un ruolo specifico della persona il quale sia funzionale all'associazione e alle sue dinamiche operative e di crescita criminale, con l'immanente coscienza e volontà dell'autore di fare parte dell'organizzazione¹⁴.

Nello schema tipico, l'associazione è composta da uno o più soggetti che hanno un ruolo apicale, coadiuvati a vario titolo e con diverso ruolo da una serie più o meno nutrita di collaboratori, che svolgono alternativamente funzioni di coordinamento delle operazioni, di procacciatori ovvero di custodi dello stupefacente, di pusher ovvero di cd. pali.

In tal caso, la prova del vincolo associativo può essere tratta dalle modalità esecutive dei reati-fine e dalla loro quotidiana e monotona ripetitività, dalla natura dei rapporti (spesso di parentela) tra i compartecipi, dalla ripartizione di compiti e ruoli fra i vari soggetti in vista del raggiungimento del comune obiettivo: il commercio di stupefacenti per una durata indeterminata nel tempo¹⁵.

Di solito, dalle intercettazioni emerge un costante, ripetuto riferimento degli indagati allo smercio di sostanze che non sono meglio precisate (o lo sono con termini fantasiosi e mutevoli), ma sono quantificate in grammi ovvero in dosi; l'indicazione del prezzo di vendita al grammo; il riferimento all'utilizzo ed occultamento di bilancini; emerge anche l'uso di un linguaggio criptico, per la consapevolezza di stare svolgendo un'attività illecita che presenta rischi di prolungata detenzione carceraria.

L'esistenza di una stabile organizzazione con coordinamento di persone e di utilizzo di mezzi emerge:

- dal rapporto rigidamente gerarchico tra gli associati e dalla divisione dei compiti tra loro;
- dalla predisposizione di "turni di servizio" per l'attività di spaccio;
- dai contatti continui tra gli spacciatori ed i loro vertici;
- dalla condivisione di autovetture ed utenze, dedicate esclusivamente all'attività di spaccio, che sono acquistate dai vertici dell'associazione;
- dall'utilizzo di un codice cifrato preconcordato che viene impiegato per fissare con gli acquirenti appuntamenti, numero di dosi e qualità delle sostanze;

¹⁴Cass. pen., sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 50965.

¹⁵Cass. pen., sez. III, 8 luglio 2016, n. 6871, la quale ha osservato che, in considerazione dell'autonomia tra reato associativo e reato-fine, derivante dal fatto che il primo prescinde dalla commissione degli illeciti oggetto del programma criminoso, la commissione di reati di cui all'art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990, non può, da sola ed automaticamente, costituire prova della commissione del reato associativo, costituendo al più indice sintomatico dell'esistenza dell'associazione (così Sez. IV, 29 aprile 2008, n. 23518); e tuttavia è altrettanto vero che, da un lato, la ripetuta commissione, in concorso con i partecipi al sodalizio criminoso, di reati-fine integra, per ciò stesso, gravi, precisi e concordanti indizi in ordine alla partecipazione al reato associativo, superabili solo con la prova contraria che il contributo fornito non è dovuto ad alcun vincolo preesistente con i correi e fermo restando che detta prova, stante la natura permanente del reato "de quo", non può consistere nell'allegazione della limitata durata dei rapporti intercorsi (Sez. III, 3 febbraio 2015, n. 42228); dall'altro che anche il coinvolgimento in un solo reato-fine può integrare l'elemento oggettivo della partecipazione, laddove le connotazioni della condotta dell'agente, consapevolmente servitosi dell'organizzazione per commettere il fatto, ne riveli, secondo massime di comune esperienza, un ruolo specifico in funzione delle dinamiche operative e della crescita criminale dell'associazione (Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 2015, n. 1343; Cass. pen., sez. I, 3 luglio 2013, n. 43850; Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2008, n. 45128, che ha precisato che l'elemento oggettivo del reato d'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti prescinde dal numero di volte in cui il singolo partecipante ha personalmente provveduto allo spaccio).

- dalla predisposizione di tutela legale e finanziaria agli associati in caso di loro arresto¹⁶;
- dall'esistenza di un deposito comune adibito a luogo di custodia e nascondiglio di armi e stupefacenti;
- dall'esistenza di una cassa comune;
- dall'esistenza di stabili canali di rifornimento degli stupefacenti.

3.1. La qualifica di organizzatore in un'associazione a delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti spetta a chi assume poteri di gestione, quand'anche non pienamente autonomi, in uno specifico e rilevante settore operativo del gruppo¹⁷.

Dunque, è organizzatore anche chi non ha poteri direttivi apicali, ma mantiene, ad esempio, i contatti con il fornitore estero del sodalizio e con gli spacciatori reclutati nel territorio nazionale.

Pacifico, in altri termini, è che la condotta di organizzazione, come titolo autonomo di reato, differisca dalla condotta di partecipazione perché, mentre quest'ultima si concreta in una generica adesione ad un organismo già costituito e strutturato da altri e del quale, entrandone a far parte, l'associato si limita ad accettare scopi e programmi, la prima richiede un'attività di coordinamento strutturale, con l'attribuzione di compiti di programmazione e di pianificazione che non sono limitati alla sola fase genetica di costituzione del vincolo associativo e, quindi, non si esauriscono con l'avvio dell'impresa criminosa, ma che assistono l'associazione nel suo operare¹⁸.

Tale ruolo non deve necessariamente essere svolto con riferimento all'associazione nella sua interezza, potendo risultare sufficiente, allorquando il sodalizio criminoso risulti ramificato, il coordinamento anche delle sole articolazioni territoriali attraverso le quali l'associazione criminale è strutturata e si diparte.

E' inoltre un ruolo interscambiabile, nel senso che non risale esclusivamente a un momento cronologico anteriore alla formazione dell'associazione tanto da dover coincidere necessariamente con tale momento, e plurale, nel senso che anche eventualmente più soggetti, in relazione alla struttura dell'associazione, possono svolgere attività di programmazione e pianificazione delle attività criminali.

A ben guardare, il principio è comune a quello che è stato affermato anche per l'associazione per delinquere "semplice" di cui all'art. 416 c.p., ove si è consolidato il *dictum* secondo cui la qualifica di organizzatore spetta all'affiliato che, sia pure nell'ambito delle direttive impartite dai capi e non necessariamente dalla costituzione del sodalizio criminoso, esplica con autonomia la funzione di

¹⁶ Cass. pen., sez. III, 26 novembre 2015, n. 18137: in tema di associazione a delinquere finalizzata al commercio di sostanze stupefacenti, la prova dell'appartenenza al sodalizio criminoso può essere data anche per mezzo dell'accertamento dell'assistenza legale approntata a favore dell'intraneo e dall'aiuto economico assicurato ai suoi familiari da parte dei componenti, una volta che costui sia tratto in arresto. (Nella fattispecie, la Corte ha valutato corretta la qualifica di partecipe all'associazione, desunta dall'aiuto legale ed economico ricevuto dal capo della stessa, una volta tratto in arresto mentre si trovava in trasferta - inviato dall'organizzazione - per l'approvvigionamento di un quantitativo rilevante di droga).

¹⁷ Cass. pen., sez. IV, 17 ottobre 2017, n. 52137 (fattispecie nella quale la S.C. ha ritenuto corretta la qualifica di organizzatore, ravvisata dal giudice di merito, in capo al soggetto in posizione di preminenza che organizzava il lavoro degli altri componenti l'associazione, sia in relazione ai rifornimenti di sostanza stupefacente sia all'attività di cessione); vedasi anche Cass. pen., sez. IV, 5 ottobre 2017, n. 53568 che ha attribuito la qualifica di organizzatore in capo al soggetto che stabilmente gestiva in prima persona transazioni di grosso valore economico pagando i fornitori e coordinando lo spaccio.

¹⁸ Sul punto sez. I, 25 febbraio 2011, n. 12812, Rv. 249853.

curare il coordinamento dell'attività degli altri aderenti ovvero l'impiego razionale delle strutture e delle risorse associative o di reperire i mezzi necessari alla realizzazione del programma criminoso¹⁹.

3.2. Sono gli addetti alla consegna materiale delle singole dosi di stupefacenti agli acquirenti.

Non hanno ruolo decisionale ovvero organizzativo, ed operano alle dipendenze del rispettivo capo-piazza, sostituendosi in precisi turni di servizio, utilizzando le utenze telefoniche dedicate; di solito non trattengono addosso grossi quantitativi di stupefacenti o di denaro: in questo modo, in caso di arresto, è più semplice sostenere che si tratti di sostanza per il consumo personale o, al più, di una detenzione di lieve entità.

La ripetuta commissione di singoli episodi di spaccio, lo stipendio fisso oppure in percentuale sullo stupefacente venduto, sono indizi utili a provare come i pusher condividano logiche e 'sistema' dell'associazione con l'immanente coscienza e volontà di farne parte. Il ruolo di *pusher* è infatti funzionale per l'esistenza stessa dell'associazione e per le sue dinamiche operative e di crescita criminale.

3.3. La figura dell'acquirente-associato non riguarda, ovviamente, l'acquirente al dettaglio, che acquista per uso personale; neppure riguarda l'acquirente che acquista per la successiva rivendita a terzi della sostanza: costui risponderà a titolo di concorso nel singolo episodio di spaccio accertato.

A diverse conclusioni deve giungersi con riguardo al soggetto acquirente di droga che, in presenza di un vincolo durevole che lo accomuni con il fornitore, riceva in via continuativa la droga da immettere nel mercato del consumo secondo regole predeterminate relative alle modalità di fornitura e di pagamento della sostanza stupefacente²⁰.

A tal fine, peraltro, è necessario che emerga la reciproca consapevolezza di venditore ed acquirente che la stabilità del rapporto instaurato assicura l'operatività dell'associazione in quanto tale, rivelando *l'affectio societatis* dello stesso acquirente.

In tale prospettiva, la presenza di regole e modalità di acquisto definite in partenza dimostra la consapevolezza degli acquirenti di operare all'interno di un'organizzazione stabile e strutturata.

A tal fine, vanno valorizzate, ad esempio, l'acquisto di stupefacenti in conto vendita²¹ con periodicità prestabilita e costante, cui si correla una contabilità dei debiti aggiornata di volta in volta. Vanno valorizzati anche i profili eventuali di ritardato pagamento delle forniture, nonché i debiti contratti dall'acquirente non di modesta consistenza, né, perdurando l'inadempimento, il rapporto associativo è contraddetto da eventuali reazioni minacciose o violente del fornitore.

3.4. Il tema dell'inserimento organico dei fornitori in un'associazione per delinquere dedita al narcotraffico è stato affrontato più volte dalla Corte di cassazione.

Si è così affermato che «il mutamento del rapporto tra fornitore ed acquirente, da relazione di mero reciproco affidamento a vincolo stabile - riconducibile alla "affectio societatis" -, può ritenersi

¹⁹ In tal senso, Cass. pen., sez. V, 7 giugno 2011, n. 37370.

²⁰ Cfr. Cass., sez. 6, sentenza n. 564 del 29/10/2015 Cc. (dep. 08/01/2016)

²¹ Il profilo del conto vendita è evidentemente rappresentativo anche della destinazione della droga all'ulteriore spaccio.

avvenuto solo se il giudicante verifica, attraverso l'esame delle circostanze di fatto, e, in particolare, della durata dell'accordo criminoso tra i soggetti, delle modalità di azione e collaborazione tra loro, del contenuto economico delle transazioni, della rilevanza obiettiva che il contraente riveste per il sodalizio criminale, che la volontà dei contraenti abbia superato la soglia del rapporto sinallagmatico contrattuale e sia stato realizzato un legame che riconduce la partecipazione del singolo al progetto associativo»²².

Analogamente, si è sostenuto che «l'associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti sussiste non solo nel caso di condotte parallele poste in essere da persone accomunate dall'identico interesse alla realizzazione del profitto mediante il commercio di droga, ma anche nell'ipotesi di un vincolo durevole che accomuna il fornitore di droga agli acquirenti, che in via continuativa la ricevono per immetterla nel mercato del consumo, non essendo di ostacolo alla costituzione del vincolo associativo e alla realizzazione del fine comune né la diversità di scopo personale, né la diversità dell'utile, ovvero il contrasto tra gli interessi economici che i singoli partecipi si propongono di ottenere dallo svolgimento dell'intera attività criminale»²³.

Dunque, sono da ritenersi parte del sodalizio anche i rifornitori stabili e coordinati del gruppo di spaccio, i quali riforniscano a credito, in conto vendita, anche a mezzo staffette, sostanza stupefacente di diverso tipo, alimentando in maniera interessata il canale di smercio di droga: infatti, un'operatività in conto vendita su larga scala, incentrata sull'affidamento di forniture in vista del recupero del capitale riveniente dall'attività di spaccio organizzata dagli acquirenti, postula non solo una generica convergenza di interessi ma anche una specifica disponibilità a contribuire allo sviluppo della rete operativa, che dà sostanza ad un sodalizio dedito al narcotraffico.

Pertanto, integra la condotta di partecipazione ad un'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti la costante disponibilità a fornire le sostanze di cui il sodalizio fa traffico, tale da determinare un durevole, ancorché non esclusivo, rapporto tra fornitore e spacciatori.

A tal fine vanno valorizzati la quantità e la periodicità dei rapporti, ancorché non esclusivi, e la regolare cadenza degli acquisti, in conseguenza dei quali gli acquirenti possono contare su una fonte stabile di approvvigionamento e i fornitori su una linea continuativa di smercio, fondamentali ad entrambi per conseguire cospicui guadagni.

In tale prospettiva deve ritenersi che il rapporto di esclusiva costituisca un elemento certamente idoneo a corroborare l'inserimento organico del fornitore nell'associazione, ma la stessa può esservi anche quando il rapporto di esclusiva non sussista.

Ciò che rileva, infatti, è che il rapporto tra fornitore e acquirente finisca per assumere la connotazione di canale di rifornimento di valenza biunivoca, ossia operi nello stabile interesse sia di chi rifornisce sia di chi acquista.

3.5. Assume la qualifica di associato anche il soggetto che, mediante la fornitura di mezzi economici e finanziari, tiene in vita ed alimenta il traffico di stupefacenti posto in essere dagli altri partecipi, contribuendo così alla realizzazione dei singoli reati-fine²⁴.

²² Cass. pen., sez. V, 24 giugno 2014, n. 32081, Rv. 261747; Cass. pen., sez. III, 12 marzo 2014, n. 21755, Rv. 259881.

²³ Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2012, n. 3509, Rv. 251574.

²⁴ Cass. pen., sez. III, 27 febbraio 2015, n. 32704.

Si tratta di soggetti in grado di pagare in anticipo le forniture e di far fronte anche ad improvvisi ammanchi, che con il loro contributo consentono al gruppo l'acquisto di ingenti quantitativi di stupefacente²⁵.

Diverso è tale il caso delle cd. *Puntate*, ossia degli acquisti di ingenti quantitativi di stupefacenti finanziati pro quota da una pluralità di soggetti appartenenti a diverse organizzazioni, ciascuno dei quali eroga una parte di una più ingente somma che consente di concludere al gruppo consorziato l'acquisto all'ingrosso dello stupefacente ad un più basso prezzo. L'assenza di un rapporto stabile e di un'*affectio societatis* che leghi tra loro i diversi finanziatori impedisce di configurare in tal caso un ruolo associativo.

4. Qualora emerga che l'attività di spaccio è dislocata in una pluralità di diversi luoghi (cd. piazze di spaccio), è necessario verificare se si sia in presenza di un'unica o più associazioni:

nel primo caso, pur stando la diversa dislocazione delle singole piazze di spaccio, vi è un unico gruppo criminale, che opera al più attuando fisiologici adattamenti della propria composizione ed azione al trascorrere del tempo ed al variare delle condizioni esterne.

Ad esempio, la sussistenza di un unico gruppo associativo è dimostrata:

- dalla presenza di legami di stretta parentela che lega i diversi capi-piazza;
- dalla condivisione di utenze, autovetture, cautele;
- dall'azione di ausilio e mutuo soccorso prestati trasversalmente ai singoli affiliati da parte degli addetti alle diverse piazze di spaccio;
- dai comuni canali di approvvigionamento di stupefacenti;
- dall'interscambio di ruoli e competenze tra gli affiliati;
- dalla mescolanza di pusher, tempi, territori e oggetto dell'attività criminale organizzata.

Diversamente, si è in presenza di distinte ed autonome organizzazioni quando sono diversi il territorio ed il tempo in cui esse operano ed i soggetti che ne fanno parte²⁶.

5. Capita di frequente che le organizzazioni dedite allo spaccio di stupefacenti operino avvalendosi del tipico cd. metodo mafioso.

Invero, la circostanza aggravante di cui all'art. 416 bis.1 c.p. (ex 7 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203), nelle due differenti forme dell'impiego del metodo mafioso nella commissione del reato e della finalità di agevolare, con il delitto posto in essere, l'attività dell'associazione per delinquere di stampo mafioso, è configurabile anche con riferimento al reato associativo di cui all'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990.

L'art. 416 bis.1 c.p. delinea due figure di aggravante, fra loro in alternativa non esclusiva ma equivalenti e fungibili per l'integrazione della fattispecie (con la conseguenza che è esclusa l'applicazione cumulativa delle due varianti dell'aggravante, anche quando ne sussistano tutti gli elementi costitutivi, e unico è l'aumento di pena)²⁷.

²⁵ Cass. pen., sez. III, 8 luglio 2016, n. 6871.

²⁶ Cass. pen., sez. VI, 8 maggio 2012, n. 19220.

²⁷ Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 2017, n. 53646.

Quanto al cd. metodo mafioso, esso consiste nell'impiego della forza di intimidazione del vincolo associativo e nella condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva: tipicamente, l'esercizio del metodo mafioso, da parte dei membri dell'associazione dedita alla cessione di stupefacenti, va ravvisato nell'acquisizione delle "piazze di spaccio", nella conservazione della *proprietà* delle stesse e nelle modalità del controllo della gestione degli stupefacenti; in tal caso, peraltro, l'associazione ex art. 74 impiega il cd. metodo mafioso con una portata limitata al traffico di sostanze stupefacenti, senza proiettarsi verso la commissione degli specifici delitti cd. fine previsti dall'art. 416 *bis* c.p.

Tipico esempio dell'aggravante del cd. metodo mafioso si ha laddove la forza intimidatrice si concretizza nell'imporre (anche con minacce, in caso di proteste) a tutti gli abitanti del luogo di non denunciare alle forze dell'ordine il continuo traffico di stupefacenti in corso.

Ci sono casi, evidenziano ormai normalmente le sentenze di merito, in cui interi complessi immobiliari sono oggetto di una "sostanziale espropriazione alla cittadinanza ed agli stessi abitanti del luogo per lo svolgimento di una articolatissima attività di spaccio con la connessa quotidiana frequentazione da parte di numerosissimi tossicodipendenti, e ciò senza che alcuno degli abitanti avesse mai provato a denunciare quanto stava accadendo: manifestazione quanto mai chiara dell'assoggettamento alla forza di intimidazione propria del gruppo associativo e del collegamento, evidente già in considerazione del livello del controllo sul territorio, con i clan mafiosi"²⁸.

Come recentemente riconosciuto dalla Cassazione, del resto, la c.d. aggravante mafiosa è di natura oggettiva in quanto attiene ad una modalità dell'azione, sicché essa si comunica a tutti i concorrenti nel reato²⁹.

6. Il traffico di stupefacenti rappresenta una delle attività illecite più redditizie per la criminalità organizzata, giacché è un settore che garantisce profitti rapidi ed ingenti.

Da ciò la moderna trasformazione delle organizzazioni mafiose in strutture organizzate, dedite non solo ai reati cd. fine di cui all'art. 416 *bis* c.p, ma anche - talora in prevalenza - alla importazione ed alla distribuzione all'ingrosso ed al dettaglio di sostanze stupefacenti.

In tal caso, il *core business* dell'organizzazione è il traffico di sostanze stupefacenti – ma non solo –: un'efficiente rete gerarchicamente strutturata consente di distribuire sul territorio d'influenza, in regime monopolistico, una quantità straordinaria di sostanze stupefacenti di vario tipo, che procurano introiti nelle casse sociali di ingente ammontare. Accanto a tale attività, l'associazione svolge anche attività estorsiva, attività impositiva di prodotti alimentari, calcestruzzo etc., procacciamento di voti ed altri reati fine.

In tal caso, il sodalizio criminale è unico, è operante sulla base di uomini, mezzi, logiche, organizzazione e strutture che coincidono perfettamente con gli elementi costitutivi previsti sia dell'art. 416 *bis* c.p. sia dell'art. 74 DPR 309/90, ed è finalizzato alla commissione di reati concernenti il traffico degli stupefacenti nonché di reati diversi.

Tale fenomenologia operativa ha posto diversi problemi interpretativi in termini di individuazione della norma incriminatrice applicabile.

²⁸ Ancora Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 2017, n. 53646.

²⁹ In tal senso si veda Cass. pen., sez. II, 24 novembre 2016, n. 52025.

Il primo problema riguarda la verifica della possibilità di contestare, almeno agli elementi verticistici dell'organizzazione³⁰, una o entrambe le norme incriminatrici dell'art. 416 bis c.p. e art. 74 DPR 309/90.

In punto di diritto, secondo la giurisprudenza unanime³¹, il reato *ex art. 74 DPR 309/1990* e quello *ex art. 416 bis c.p.* possono concorrere formalmente tra loro, e ciò per due ragioni:

- per la diversità dei beni giuridici tutelati, rispettivamente l'ordine pubblico messo in pericolo dalle situazioni di assoggettamento e di omertà, e la salute individuale e collettiva, minacciata dalla diffusione dello spaccio di sostanze stupefacenti³².

- Inoltre, si è osservato che le due disposizioni, da un punto di vista strutturale, si trovano in un rapporto di specialità reciproca, circostanza che, secondo il costante orientamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte, esclude l'applicabilità dell'art. 15 del codice penale e, quindi, la prevalenza di una delle due disposizioni sull'altra³³.

In effetti, il reato di cui all'art. 416-bis c.p. contiene l'elemento specializzante del metodo mafioso rispetto all'associazione prevista dall'art. 74 del d.p.r. 309 del '90, mentre quest'ultima disposizione prevede, rispetto alla prima, quello relativo alla particolare natura dei reati-fine del sodalizio criminale, che devono essere necessariamente quelli previsti dallo stesso Testo Unico sugli stupefacenti.

I due reati non si pongono dunque in rapporto di specialità tra loro, per cui deve escludersi in proposito l'applicazione dell'art. 15 c.p., potendo configurarsi il concorso formale dei due reati.

A tali considerazioni va aggiunta quella di una condivisibile pronuncia, secondo cui l'elemento che caratterizza l'associazione di tipo mafioso rispetto all'associazione dedita al narcotraffico, in presenza del quale può configurarsi il concorso tra i due delitti, è costituito non tanto dal fine di commettere altri reati, quanto dal profilo programmatico dell'utilizzo del metodo, che, nell'associazione di cui all'art. 416 bis c.p., ha una portata non limitata al traffico di sostanze stupefacenti, ma si proietta sull'imposizione di una sfera di dominio in cui si inseriscono la commissione di delitti, l'acquisizione della gestione di attività economiche, di concessioni, appalti e servizi pubblici, l'impedimento o l'ostacolo al libero esercizio di voto, il procacciamento del voto in consultazioni elettorali³⁴.

³⁰ Sui limiti ad un coinvolgimento nel reato associativo dei pusher si veda nel prosieguo della trattazione.

³¹ Le stesse Sezioni Unite, con la sentenza n. 1149 del 25 settembre 2008 hanno chiarito che *I reati di associazione per delinquere, generica o di stampo mafioso, concorrono con il delitto di associazione per delinquere dedita al traffico di sostanze stupefacenti, anche quando la medesima associazione sia finalizzata alla commissione di reati concernenti il traffico degli stupefacenti e di reati diversi.*

³² Tale orientamento è sottoposto a critica da parte di taluna parte della dottrina: cfr. E. BIRRITTERI, *Il concorso tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: alla ricerca di una razionale repressione del fenomeno*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 25 maggio 2018: l'autore analizza il tema dei rapporti tra le fattispecie associative di cui agli artt. 416-bis c.p. e 74 d.p.r. n. 309/90, sottoponendo a critica l'orientamento giurisprudenziale che riconosce pacificamente il concorso formale tra i due reati, così determinando un automatismo sanzionatorio in violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. Si evidenzia, in particolare, come l'applicazione di criteri di risoluzione del conflitto apparente di norme basati su giudizi di valore, anziché logico-strutturali, consentirebbe nella specie di addivenire a soluzioni più equilibrate sotto il profilo del quantum di pena da irrogare, che si ritiene essere oggi del tutto sproporzionato rispetto al disvalore concreto del fatto associativo in conseguenza dell'atteggiamento della giurisprudenza e delle scelte del legislatore.

³³ Per tutte, Cass. pen., sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, maggio 2017, 344 ss., con nota di Finocchiaro, *Il buio oltre la specialità: le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione.*

³⁴ Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 563.

È dunque la prospettiva egemonica che delinea l'ulteriore connotazione di un'associazione non semplicemente dedita al narcotraffico, prospettiva nella quale i reati programmaticamente considerati assumono il valore di segmenti rivolti al conseguimento e alla conservazione di una posizione dominante, riconoscibile in un determinato contesto.

Una struttura associativa può dunque integrare l'ipotesi di reato di cui all'art. 74 d.P.R. 309 del 1990 allorché il programma operativo contempli reati inerenti al narcotraffico, ma può integrare anche il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p.. allorché la struttura si prefigga di assumere, in un determinato contesto, una posizione dominante e riconoscibile, propiziata dal metodo mafioso, in modo da potersi assicurare tramite azioni illecite vantaggi rientranti tra quelli inclusi nella fattispecie legale.

In punto di fatto, gli elementi indiziari che consentono di delineare gli elementi costitutivi di entrambe le fattispecie associative in concorso tra loro sono, alcuni comuni e sovrapponibili per entrambe le fattispecie di reato associativo: il vincolo gerarchico, la stabile suddivisione dei ruoli, l'esistenza di una cassa comune nella quale confluiscono gli ingenti profitti realizzati dall'azienda criminale, lo stipendio assicurato agli associati, l'accollo delle spese giudiziarie da parte dell'organizzazione, l'utilizzo di strumenti di comunicazione riservati e le conversazioni criptiche, finalizzate non solo a preservare le attività illecite ma anche a tutelare le posizioni di vertice del gruppo, la presenza di autovetture nella disponibilità promiscua degli associati, l'*affectio societatis*, la predisposizione di vedette per monitorare la presenza sul territorio delle FFOO.

A ciò si aggiunge l'elemento qualificante l'associazione *ex art. 416 bis* c.p., ossia il profilo programmatico dell'utilizzo dell'imposizione del metodo mafioso con portata non limitata al traffico di sostanze stupefacenti bensì estesa al capillare e generalizzato controllo (anche militare) del territorio d'influenza.

In effetti, il controllo del territorio è un indice fortemente sintomatico del carattere mafioso di un'organizzazione criminale.

Esso va inteso sia come potere di autorizzare o di vietare singole azioni delittuose; sia come capacità di interdire ad altri clan camorristici di operare sul territorio di influenza; sia come generica capacità di intimidazione sulla popolazione locale.

La mafiosità dell'organizzazione criminale è desumibile soprattutto dal clima di omertà e di assoggettamento derivante dalla sua forza d'intimidazione: l'operatività del clan è resa possibile soprattutto grazie alla condizione di assoggettamento e di omertà derivanti dalla capacità intimidatrice che è posseduta dal sodalizio e che è ereditata dal singolo associato.

Nei casi concreti, vi è concorso tra le due disposizioni incriminatrici quando l'imposizione dei traffici illeciti sul territorio d'influenza avviene senza che ormai vi sia neppure necessità da parte dei singoli associati di ricorrere a metodi violenti; è sufficiente evocare, qualora ve ne fosse l'esigenza, il nome dei vertici del clan, circostanza questa tipica delle organizzazioni mafiose dotate di un certo spessore intimidatorio.

Ad accrescere la carica intimidatoria del gruppo criminale sono, altresì, il rigido modello organizzativo, il violento *modus operandi* e la disponibilità di armi, la stessa capacità del gruppo di

imporre la propria presenza monopolistica ed i propri traffici illeciti su aree geo-criminali già governate da analoghe organizzazioni mafiose.

Numerosi sono i sintomi rivelatori del completo controllo criminale del territorio ad opera di un gruppo: i singoli affiliati, attraverso una fine attività di *intelligence*, sono in grado di individuare ogni rischio o insidia per i loro traffici illeciti, risolvendoli anche mediante metodi violenti, attraverso veri e propri *raid punitivi* nei confronti di soggetti che entrano in contrasto con l'organizzazione.

E' il caso delle cd. stese, le scorribande armate cui si assiste con frequenza negli ultimi anni nei territori a forte incidenza mafiosa³⁵.

In questa ottica la strada diviene il teatro principale degli scontri armati tra le opposte compagini, configurandosi come luogo-simbolo dove un gruppo, mediante ripetute "stese" all'indirizzo delle abitazioni degli esponenti del clan avversario, tentano di riaffermare il proprio predominio e, per converso, il gruppo avversario si attrezza per rispondere con eguale e maggiore efficacia alle provocazioni degli antagonisti.

Emblematica è la sentenza emessa dal Tribunale per i minorenni di Napoli³⁶ nei confronti di due minori accusati del delitto di cui agli artt. 110, 612 co. 2 c.p. ed art. 7 L 203/91, nonché dei delitti di cui agli artt. 110-81 cpv. c.p., 10,12, 14, 23 L. 497/74 ed art 648 c.p. e 61 n. 2) c.p per diversi episodi commessi nel giugno del 2015, perché, "quali affiliati al cartello camorristico facente capo al clan Sibillo, al fine abietto di minacciare gli affiliati al contrapposto clan camorristico dei Buonerba, esplosevano più colpi di arma da fuoco all'indirizzo dell'abitazione di Gennaro Buonerba": i giudici evidenziano che le condotte accertate altro fine non avessero se non quello di affermare il controllo egemonico sul territorio e il conseguente controllo dei proventi illeciti derivanti dalla diffusa attività estorsiva e di spaccio delle sostanze stupefacenti.

Anche il giudice per le indagini preliminari di Napoli, nella sentenza emessa nei confronti di esponenti del gruppo camorristico noto come "*la paranza dei bambini*", riconosciuti responsabili di aver concorso nel delitto *ex art. 416 bis* c.p. ed altresì per essersi associati tra loro allo scopo di commettere delitti in materia di stupefacenti, osservava:

"(...) La *mission* della nascente organizzazione era l'estromissione dei Mazzarella dal quartiere e la "restituzione" del controllo delle attività illecite alle famiglie locali. Gli interpreti di tale esigenza sono un gruppo di giovani e giovanissimi, animati da una forte aspirazione di ricambio generazionale negli assetti delinquenziali e, per usare un'espressione oggi in voga, da un progetto di "rottamazione" dei vecchi esponenti di vertice. Essi si mostrano indifferenti al tradizionale concetto di "prestigio", scaturente soprattutto da una lunga permanenza in carcere (magari al 41 bis), dall'appartenenza a famiglie tradizionalmente camorriste e dall'esperienza di vita. I valori in cui credono i nuovi rampolli

³⁵ G. CAPALDO, *Cos'è la "stesa", il metodo dei giovani camorristi per terrorizzare i rioni*, in *Diario Partenopeo/Cronaca*, 24 febbraio 2019, secondo cui "la camorra si regge sulla paura. Sulla reverenza dettata dal timore che porta le persone, anche quelle perbene, a sottostare ai suoi voleri. Per ottenere terrore, i camorristi usano diversi metodi. Uno, che era finito in disuso negli ultimi anni per poi tornare alla ribalta con la nuova generazione di criminali, è la "stesa". È una pratica vecchia di decenni (si vede addirittura in una scena di "Napoli Violenta", vecchio film del 1975, con la differenza che prima si usavano le mazze) e si riassume in una scorribanda di "guaglioni" nei rioni dove si vuole imporre l'egemonia camorristica. In sella a moto e motorini, i giovani camorristi iniziano a sparare all'impazzata, le raffiche di proiettili schizzano ovunque: contro le saracinesche, nei portoni, nelle finestre, nei lampioni e nei segnali stradali. Serve a diffondere la paura. Si chiama "stesa" proprio per questo, perché chi si trova nei paraggi si stende a terra per evitare di diventare un bersaglio".

³⁶ Sentenza Tribunale per i minorenni di Napoli n. 31712017 R.G. GUP e N. 229 9/2016 R.G. PMM

sono quelli della capacità e dell'efficienza, non necessariamente collegate ad un'età matura, all'esperienza carceraria o alla tradizione familiare.

Perfino il *look* si distingue da quello del classico camorrista, e assomiglia piuttosto ai modelli che i media sociali hanno reso "virali" in tutte le periferie del globo, quelli - per intenderci - delle gang giovanili o dei cartelli sudamericani della droga. Modelli e stili di comportamento che hanno preso qualcosa anche dall'emergere impetuoso dell'estremismo islamico, sebbene si tratti di una influenza che si è manifestata solo nell'aspetto esteriore (diversi imputati per un certo periodo hanno esibito una folta barba "alla talebana"), non certo sul terreno dell'ideologia e della religione. Frutto anche questo, probabilmente, del lavoro dei media sociali, seppure non possa forse escludersi un qualche filo più sottile ed esistenziale, che lega i giovani che scorrono in armi nelle vie del centro storico di Napoli (le "stese"), per uccidere e farsi uccidere, e i militanti del jihad. Entrambi sono ossessionati dalla morte, forse la amano, probabilmente la cercano, quasi fosse l'unica chance per dare un senso alla propria vita e per vivere in eterno.

È stato il destino di Sibillo Emanuele, la vera mente del gruppo, dotato di intelligenza e di vero carisma, morto ammazzato in un agguato all'età di 19 anni dopo una vita breve e intensissima. Egli è oggi l'eroe eterno dei vicoli e delle stradine del centro cittadino, venerato quasi come San Gennaro, sull'altare che la famiglia ha eretto a sua memoria, nell'androne del palazzo dove *abitava*. L'inesperienza, l'approssimazione, e anche l'inadeguatezza di molti di questi giovani, ha portato presto al declino del progetto, forse anche in seguito alla scomparsa di Emanuele Sibillo, il suo più lucido ideatore. La ragione principale, tuttavia, del fallimento del progetto risiede però nell'efferatezza del loro modo di fare, nel loro ricorrere a gesti sanguinari e violenti, ciò che li ha resi invisibili, in primo luogo, agli abitanti dei loro stessi quartieri, allarmati e spaventati da questa nuova generazione di "guappi", violenti e talvolta drogati, battezzata con espressione fortunata la "paranza dei bambini"³⁷.

7. Ferma restando la conferma dell'astratta configurabilità del concorso di reati tra l'art. 416 *bis* c.p. e art. 74 DPR 309/90, occorre individuare nel concreto, per ciascuno dei soggetti coinvolti e sulla base dell'effettivo ruolo svolto, gli elementi costitutivi dell'una o dell'altra fattispecie associativa ovvero di entrambe: infatti, nei casi concreti uno stesso soggetto ben può fare parte del sodalizio mafioso restando estraneo all'attività criminosa nel campo degli stupefacenti, o viceversa può fare parte della struttura associativa impegnata nel traffico di stupefacenti e non prender parte agli altri settori di attività e soprattutto non avvalersi del cosiddetto metodo mafioso³⁸.

7.a. Nelle organizzazioni piramidali come quelle di criminalità organizzata di tipo mafioso, si assiste solitamente ad una distribuzione dei ruoli ben definita.

In molti casi sono gli stessi affiliati che gestiscono le piazze di spaccio, su mandato del capo clan, e fanno a tal fine impiego del tipico metodo mafioso; in tal caso, la loro appartenenza

³⁷ Sentenza GUP Napoli n. 17358/14 RG. - 3297/15 Gip - 2030/16 RG, emessa in data 15 giugno 2016 e depositata in data 12 settembre 2016.

³⁸ Cass. pen., sez. II, 16 marzo 2005, n. 21956.

all'organizzazione mafiosa risulta implicita così come il concorso nell'attività di traffico, internazionale o infranazionale a seconda della fonte dell'acquisto.

7.b. È il caso di diversi sodalizi che operano con autonome c.d. piazze di spaccio, in cui una sorta di *holding* mafiosa coordina e controlla un vasto territorio, all'interno del quale operano dei sottogruppi che gestiscono lo spaccio in località ristrette e con un'organizzazione largamente autonoma, nonché con strutture e mezzi (anche finanziari) diversi, pur rispondendo sempre agli indirizzi della capo-gruppo³⁹.

In tali casi, il capo piazza gestisce in autonomia l'attività di spaccio ed è in società con il capoclan; dunque, egli non paga sovrapprezzi per la fornitura degli stupefacenti ma divide i proventi dello spaccio con l'associazione mafiosa quale controprestazione rispetto all'autorizzazione a gestire la piazza. La compartecipazione alla "*societas sceleris*" risulta determinante per la contestazione dell'art. 416 *bis* c.p., in quanto il soggetto si avvale di tutta la forza dell'organizzazione, o di un suo affiliato, per garantirsi la possibilità di operare in tale zona. In sostanza, vi sono casi concreti in cui l'associazione mafiosa e quelle dedite al narcotraffico "vivono in simbiosi, mutuando la prima i proventi generati dalla seconda e dando come corrispettivo protezione ai sodali e possibilità di dialogo commerciale con altri clan per l'acquisto a prezzi più competitivi della sostanza stupefacente"⁴⁰.

7. c. Diverso è il caso nel quale la piazza di spaccio (ovvero le diverse piazze di spaccio o anche lo spaccio operato in autonomia da un singolo) non sia direttamente gestita dall'organizzazione mafiosa, i cui vertici si limitano ad autorizzare lo spaccio dietro versamento di una percentuale degli utili ovvero, in alternativa, a vendere al capo-piazza lo stupefacente all'ingrosso.

Diverse indagini, confermate sul piano processuale, hanno infatti accertato che, nel medesimo arco temporale, in un determinato territorio hanno sovente operato sia un'organizzazione mafiosa (dedita, tra l'altro, al traffico di stupefacenti) che talune sub-strutture criminali, a base prevalentemente familiare (talvolta preesistenti agli stessi gruppi malavitosi dominanti e perpetuatesi di generazione in generazione in quel territorio), collegate al gruppo criminale dominante, dal quale sistematicamente acquistano la droga che poi vendono al minuto, talvolta presso le loro stesse abitazioni.

Tali gruppi criminali autonomi risultano essere dediti, in modo professionale e costante, all'acquisto, alla detenzione e alla successiva vendita al minuto di sostanze stupefacenti.

I titolari delle "*piazze di spaccio*", in particolare, sono dotati di una struttura autonoma, provvista di risorse umane e di mezzi, anche semplici ed elementari, per il perseguimento del fine comune illecito.

³⁹ Cfr. E. MEZZETTI, *Il concorso (formale?) tra fattispecie associative*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 227 ss. L'autore evidenzia come in questi casi "...l'apparato strutturale delle organizzazioni criminali si attegga in modo simile a quello di un gruppo societario".

⁴⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 2017, n. 53646, la quale ha evidenziato che "il plesso di viale Moncada 16 è stato sostanzialmente espropriato alla cittadinanza ed agli stessi abitanti de/luogo per lo svolgimento di una articolatissima attività di spaccio con la connessa quotidiana frequentazione da parte di numerosissimi tossicodipendenti, e ciò senza che alcuno degli abitanti avesse mai provato a denunciare quanto stava accadendo: manifestazione quanto mai chiara (e che certo non poteva a sfuggire proprio agli stessi appartenenti al gruppo) dell'assoggettamento alla forza di intimidazione propria del gruppo associativo e del collegamento, evidente già in considerazione del livello del controllo sul territorio ma comunque confermato dalle dichiarazioni dei collaboratori, con i clan mafiosi" (pagg.231-232).

L'attività di spaccio delle "piazze", tuttavia, viene "autorizzata" e protetta dalla consorte camorristica dominante, a patto che i gestori delle "piazze" stesse si riforniscano di stupefacente dal clan medesimo o da soggetti da loro scelti.

In tali casi

- l'acquisto, il trasporto, lo stoccaggio, il "taglio" e la distribuzione dello stupefacente alle diverse piazze è esclusiva del sodalizio mafioso egemone; tali attività sono in parte demandate, previo versamento mensile di un'ingente tassa, a soggetti che fungono da intermediari;

- invece, la distribuzione al minuto degli stupefacenti è rimessa alle singole piazze, in piena e completa autonomia organizzativa e gestionale rispetto al gruppo fornitore.

Il gruppo egemone, dunque, impone l'acquisto dello stupefacente ai titolari delle piazze di spaccio), fissando il prezzo della droga.

Le piazze, da parte loro, godono di autonomia operativa quanto alla distribuzione al minuto: il titolare della piazza è libero nell'organizzare la sua sub-struttura: la droga, una volta distribuitagli, appartiene al titolare della piazza che l'ha acquistata, con tutti i vantaggi ed i rischi connessi.

Questo meccanismo di azione, talvolta, si è affiancato ad un altro, consistente nella mera autorizzazione ad effettuare lo spaccio di droga a patto che venga pagato una sorta di "canone", cioè una percentuale sui guadagni o una "tangente" fissa per la "protezione".

In tal caso, vi è una stabile collaborazione tra i due gruppi associativi, regolata su base gerarchica, ove il gruppo minore aderisce al programma di quello egemone e ne finanzia la realizzazione mediante un tributo di vassallaggio, ed il gruppo maggiore garantisce all'organizzazione subordinata sicurezza territoriale e possibilità di gestione indisturbata dei propri traffici⁴¹.

Dal punto di vista del clan, risulta indubbio che l'attività di spaccio svolta su "concessione" del mafioso, che fornisce in esclusiva lo stupefacente determinandone il prezzo e della qualità dello stupefacente, costituisce un momento di forte rafforzamento dell'organizzazione mafiosa, sia dal punto di vista economico che del "prestigio mafioso" su quel territorio.

Dal punto di vista del capo-piazza, tale attività di controllo del clan lo induce ad essere anche arbitro, giudice e giustiziere nei casi di conflitti per gli sconfinamenti tra territori diversi; quindi, il capo piazza locale, se da un lato deve sottostare al prezzo e qualità dello stupefacente, dall'altro gode di una "protezione", sì che la sua zona di spaccio gli viene concessa, fino a determinazione contraria, in maniera esclusiva.

Ci si chiede allora se i titolari e i componenti delle "piazze" di spaccio possano essere considerati associati al sodalizio criminale che le rifornisce sistematicamente ovvero che autorizza la loro attività, offrendo protezione e controllo.

L'applicazione dei principi giurisprudenziali finora illustrati conduce ad una conclusione positiva ogni qual volta sia dimostrata l'esistenza di un *vincolo che accomuna in modo durevole* il clan che rifornisce di droga e i capi-piazza, che la ricevono per immetterla nel consumo al minuto, sempre che sussista prova adeguata che ciascun contributo individuale, nei suoi riflessi soggettivi ed oggettivi, sia riferibile anche al fenomeno associativo di più ampia dimensione⁴².

⁴¹ Cass. pen., sez. VI, 4 marzo 2002, n. 11389.

⁴² Cass. pen., sez. VI, 4 marzo 2002, n. 11389.

In questi casi, infatti, i titolari delle piazze di spaccio rifornite dal clan si avvalgono continuativamente e consapevolmente delle risorse e del metodo mafioso dell'organizzazione egemone⁴³.

In effetti, il titolare della singola piazza normalmente sceglie di aderire all'imposizione del gruppo fornitore -che è anche gruppo dominante- per non essere estromesso dal lucroso traffico di droga esercitato nel territorio e per poter continuare nell'esercizio sistematico dell'attività illecita presso la piazza da lui gestita (spesso coincidente con la stessa abitazione) senza essere disturbato.

Egli effettua una scelta volontaria e consapevole: ha, in realtà, l'alternativa di non aderire, e di recedere del tutto dalla sua precipua attività, cioè dal commercio della droga, almeno in quel posto, oppure di accettare liberamente ed in pieno le regole imposte dal clan fornitore al fine di continuare a svolgere l'illecita attività.

L'accettazione dell'"imposizione" ad opera del clan egemone (sia essa la fornitura esclusiva di stupefacenti o il pagamento della tangente sui quantitativi ceduti) è l'implicito riconoscimento della gerarchia mafiosa insistente sul territorio.

Inoltre, essa implica necessariamente – almeno per il capo-piazza ed i vertici dell'associazione *ex art. 74* - adesione al programma della organizzazione complessiva e quindi partecipazione al sodalizio mafioso egemone.

Ciò non significa che i capi-piazza non siano titolari anche di ulteriori interessi, propri del singolo gruppo di spaccio, al limite anche divergenti da quelli degli altri capi-piazza.

E ciò vale anche laddove il rivolgersi, da parte dei titolari delle singole "piazze", al sodalizio mafioso dominante per l'acquisto dello stupefacente, rappresenta anche la concreta manifestazione del timore che i primi hanno di rimanere comunque soccombenti rispetto alla forza intimidatrice del sodalizio fornitore che controlla il territorio e, magari, di essere costretti a interrompere o addirittura a recedere del tutto dalla propria attività illecita in caso di dissidio.

Ne discende la configurabilità, per gli appartenenti verticistici all'associazione *ex art. 74 DPR 309/90*, di una responsabilità concorrente in ordine al delitto associativo concernente il gruppo egemone, *sempre che sussista prova adeguata che ciascun contributo individuale, nei suoi riflessi soggettivi ed oggettivi, sia riferibile anche al fenomeno associativo di più ampia dimensione*⁴⁴. Tale massima ben si addice all'accertato rapporto esistente tra i titolari di piazza che continuativamente e sistematicamente acquistano la sostanza stupefacente dal clan egemone e il clan stesso: l'aderire da parte dei titolari della piazze alla logica imposta dal clan fornitore costituisce – al di là di quello che è sicuramente il motivo immediato di tale scelta, e cioè il desiderio di conservare e consolidare l'attività economica del proprio gruppo – l'espressione certa di una volontà di partecipazione alla più ampia associazione criminale *ex art. 74 DPR 309/90* (ossia facente capo al clan imperante), cioè a un

⁴³ Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 2017, n. 53646: la Corte dà atto del dato processuale emerso, per il quale che a Catania le piazze di spaccio erano controllate dalle locali associazioni di stampo mafioso che sceglievano zone idonee, per la natura dei luoghi o per le caratteristiche sociologiche, a resistere alle infiltrazioni della concorrenza e agli interventi delle forze dell'ordine. La Corte evidenziava anche i condizionamenti che lo spaccio diurno e notturno comportava per la vita degli abitanti del luogo e l'omertà connessa al sistema di controllo del territorio organizzato con le vedette, oltre all'intervento di esponenti del clan mafioso egemone, rivelativo dell'interesse nutrito da questo per l'attività della associazione; si realizzava così una convergenza di interessi fra le due associazioni: l'associazione mafiosa proteggeva quella per lo spaccio nei rapporti con i concorrenti e la seconda accettava la stabile fornitura di droga dalla prima.

⁴⁴ Cass. pen., sez. VI, 4 marzo 2002, n. 11389, riportata per esteso in *Cass. pen.* 2004, 658 e ss.

organismo più vasto, che vede fornitori all'ingrosso e acquirenti/rivenditori accomunati dall'unico fine di potenziare il commercio della droga e aumentare le rispettive possibilità di guadagno.

7.d. Il livello immediatamente sottostante al cd. capo piazza risulta, invece, di più difficile attribuzione.

Infatti, secondo un orientamento giurisprudenziale, anche i soggetti impegnati esclusivamente nel traffico di sostanze stupefacenti, nella consapevolezza che questo è gestito dall'associazione mafiosa, concorrono anche in quest'ultimo reato, perché contribuiscono causalmente alla realizzazione di una delle finalità tipiche del predetto sodalizio criminale⁴⁵.

Tale orientamento è stato sottoposto a critica da alcuni autori⁴⁶, che hanno contestato tale impostazione alla luce del principio di colpevolezza, laddove si giunge ad imputare l'effettiva partecipazione ad un ulteriore sodalizio sulla base della mera conoscenza dell'esistenza di legami e collegamenti esterni tra la struttura criminale in cui si presta la propria opera illecita e un sodalizio mafioso⁴⁷.

In effetti, a parere di chi scrive, non può prescindersi dal compiere ogni accertamento circa la sussistenza dei requisiti oggettivi di partecipazione al delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., quanto meno volto a verificare che il singolo associato abbia aderito al clan attraverso riti di affiliazione, giuramenti o promesse, ovvero che sia di fatto strutturalmente inserito in una catena di comando almeno riferibile ad un riconosciuto membro dell'organizzazione mafiosa.

Solo in tal caso, ad avviso di chi scrive, l'addetto allo smercio di stupefacenti potrà essere considerato concorrente anche nel reato associativo *ex art. 416 bis c.p.*

7.e. Infine, vi sono casi in cui il capo-piazza si limita a rifornirsi dello stupefacente in esclusiva dal clan mafioso, ma ha una sua organizzazione per lo spaccio o lo effettua di persona in una zona non confliggente con gli interessi del clan; egli non ricorre al clan per dirimere controversie né sfrutta a qualsiasi titolo la struttura ovvero le risorse e le prerogative del clan, ed il suo rapporto è limitato solo all'obbligo di acquisto in esclusiva.

Anzi, in taluni casi il capo piazza locale è in una situazione di assoggettamento al sistema mafioso addirittura riferibile ad una situazione di tipo estorsivo: il boss mafioso riceve una quota estorsiva periodica (talora consistente in un sovrapprezzo sulla fornitura) per consentire al soggetto di espletare la propria attività illecita di spaccio. E non sembra possibile, in mancanza di prove specifiche di un rapporto diverso, configurare un concorso del capo-piazza nell'organizzazione mafiosa, neanche di tipo cd. esterno.

Infatti, in tal caso difettano quantomeno i requisiti di tipo soggettivo richiesti dalla giurisprudenza: ossia che l'agente, pur in assenza dell'"*affectio societatis*" e, cioè, della volontà di far

⁴⁵Cass. pen., sez. II, 22 maggio 2012, n. 36692.

⁴⁶ cfr. E. BIRRITTERI, *Il concorso tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: alla ricerca di una razionale repressione del fenomeno*, in www.dirittopenale contemporaneo.it, 25 maggio 2018.

⁴⁷ cfr. S. MILONE, *L'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309): un'indagine sugli aspetti più controversi della fattispecie nel diritto vivente, tra paradigmi teorici e prassi giurisprudenziale*, in AA.VV., *Stupefacenti e diritto penale: un rapporto di non lieve entità*, Atti del seminario tenutosi a Pisa, il 20-21 giugno 2014, MORGANTE (a cura di), Torino, 2015, 227 ss.

parte dell'associazione, sia consapevole dell'esistenza della stessa e del contributo causale recato dalla propria condotta alla sua conservazione o al suo rafforzamento, agendo con la volontà di fornire un apporto per la realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio.

Al riguardo, la giurisprudenza ha infatti escluso al riguardo la sufficienza del dolo eventuale, inteso come mera accettazione da parte del concorrente del rischio del verificarsi, insieme ad altri risultati intenzionalmente perseguiti, dell'evento – contributo, ritenuto invece solamente probabile o possibile⁴⁸.

8. Diverse pronunce della Suprema Corte hanno ritenuto configurabile l'art. 74 DPR 309/90 aggravato dall'art. 416-*bis*.1 c.p. laddove si sia accertato che l'imputato aveva operato avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p. anche nella concreta gestione del traffico di droga⁴⁹.

Ad essere valorizzato è non solo l'impiego del cd metodo mafioso⁵⁰, ma soprattutto la finalità del soggetto di avvantaggiare l'associazione camorristica egemone.

Emblematica è la sentenza della Cassazione⁵¹ con la quale diversi affiliati al clan camorristico Vanella Grassi sono stati giudicati responsabili di entrambe le fattispecie associative in parola, con l'aggravante di cui all'ex art. 7 del d.l. n. 152/1991 (oggi art. 416-*bis*.1, comma 1, c.p.) rispetto al delitto di cui all'art. 74 d.p.r. 309/1990, per aver esercitato il metodo mafioso “nell'acquisizione delle “piazze di spaccio”, nelle modalità del controllo della gestione del traffico della droga, nella finalità di avvantaggiare l'associazione camorristica egemone nella costituzione di un monopolio dello spaccio nonché nella partecipazione ai relativi utili di detto gruppo criminale, che assicurava protezione dalle pretese di organizzazioni contrapposte”.

In particolare, in tale sentenza è stato ribadito che, onde evitare il rischio della diluizione della circostanza aggravante in questione nella semplice *contestualità ambientale*, la finalità agevolatrice perseguita dall'autore del delitto deve essere oggetto di una rigorosa verifica in sede di formazione della prova, sotto il duplice profilo della dimostrazione che il reato è stato commesso al fine specifico di favorire l'attività dell'associazione mafiosa e della consapevolezza dell'ausilio prestato al sodalizio⁵². Inoltre, si è avvertito che tale finalità non è per nulla esclusa né dalla circostanza che gli autori del reato perseguano un ulteriore scopo di trarre un vantaggio proprio dal fatto criminoso, né allorquando siano ravvisabili contrasti nella gestione della piazza di spaccio, contrasti che, tuttavia, non intaccano la finalità agevolativa: questa emerge dal sistema di *monopolio* – e connesso sistema di controllo – e dalla misura di partecipazione agli utili, che denotano l'esistenza di un sistema accettato e condiviso, anche per le utilità che ne derivano in chiave di protezione dalle pretese di gruppi contrapposti.

⁴⁸ Cfr Cass. pen., sez. V, 23 febbraio 2018, n. 26589.

⁴⁹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 2016, n. 9956, di seguito ulteriormente commentata, in cui diversi affiliati ad un unico clan camorristico (Vanella Grassi) sono stati giudicati responsabili di entrambe le fattispecie associative (art. 74 TU stupefacenti ed art. 416 *bis* c.p.) con altresì l'aggravante di cui all'ex art. 7 del d.l. n. 152/1991, per aver esercitato il metodo mafioso “...nell'acquisizione delle “piazze di spaccio”, nelle modalità del controllo della gestione del traffico della droga, nella finalità di avvantaggiare l'associazione camorristica egemone nella costituzione di un monopolio dello spaccio nonché nella partecipazione ai relativi utili di detto gruppo criminale, che assicurava protezione dalle pretese di organizzazioni contrapposte”.

⁵⁰ Per l'approfondimento del profilo relativo al cd. metodo mafioso leggesi *retro*.

⁵¹ Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 2016, n. 9956.

⁵² Cass. pen., sez. III, 13 gennaio 2016, n. 9142, Rv. 266464.

Tale orientamento giurisprudenziale è peraltro sottoposto a critica da alcuni autori, i quali ne denunciano *distorsioni applicative*, ritenendo che la contestazione (ai partecipi del sodalizio finalizzato al traffico degli stupefacenti) dell'essersi avvalsi della forza di intimidazione del vincolo mafioso – e delle condizioni di assoggettamento e di omertà che ne derivano – sia assorbita dall'integrazione del delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., trattandosi di due reati associativi che, già a livello astratto, presentano le medesime caratteristiche oggettive⁵³.

Quanto alla natura oggettiva o soggettiva di tale aggravante⁵⁴: in motivazione la Corte ha chiarito che la natura, soggettiva o oggettiva, della circostanza aggravante nella dimensione agevolativa dipende dalle sue connotazioni nel caso concreto e dalla natura del reato in relazione al quale viene contestata.

In effetti, la natura soggettiva di questa versione dell'aggravante è stata affermata nella giurisprudenza della Cassazione⁵⁵ perché concernerebbe i motivi a delinquere e, dunque, sarebbe incomunicabile *ex art.* 118 c.p., agli altri concorrenti che non condividano la medesima finalità (il dolo specifico).

La posizione contraria sostiene che la circostanza aggravante avrebbe natura oggettiva, consistendo in una modalità dell'azione (art. 70 n.1 c.p.), e si trasmetterebbe, pertanto, a tutti i concorrenti nel reato, purché da essi conoscibile⁵⁶.

In realtà, al contrasto fra le due interpretazioni non può darsi una soluzione univoca, perché l'estensibilità dell'aggravante agli altri concorrenti dipende da come essa si attegga in concreto e dal reato in relazione al quale viene contestata.

In ogni caso, pur con la sua impronta soggettivistica, la circostanza aggravante non comporta che l'obiettivo dell'agevolazione sia raggiunto, ma occorre che l'attività dell'agente esprima una oggettiva capacità di agevolare, almeno potenzialmente, l'associazione criminale.

Per quanto specificamente concerne il reato associativo, in particolare, la finalità di agevolare un'associazione mafiosa, più che denotare una specifica attitudine delittuosa del singolo concorrente, è direttamente connessa alla concreta struttura organizzativa dell'associazione di riferimento.

Se tale struttura si pone in una situazione di prossimità alla associazione mafiosa, che le garantisce avallo e protezione in cambio dello svolgimento a suo vantaggio di parte della propria attività, allora il collegamento della associazione per la vendita degli stupefacenti con la associazione mafiosa si traduce anche in finalità agevolativa e rappresenta un dato oggettivo che travalica la condotta del singolo associato, perché riguarda il modo di essere della associazione e dunque le modalità di commissione del fatto di reato.

9. Né il codice penale (artt. 416 e 416 bis), né il t.u. delle leggi sugli stupefacenti (art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) offrono la definizione giuridica dell'associazione che intendono reprimere, bensì rimandano all'interprete per l'individuazione del concetto.

⁵³Cfr. E. BIRITTERI, *Il concorso tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: alla ricerca di una razionale repressione del fenomeno*, in *www.dirittopenale contemporaneo.it*, 25 maggio 2018, il quale evidenzia che in tal modo, “a trovare applicazione sarà una sorta di duplice sanzione di “mafiosità” (art. 416-bis e art. 416-bis.1, comma 1, c.p.) per il mero – e, in alcuni casi, medesimo – fatto tipico associativo”.

⁵⁴ Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 2017, n. 53646.

⁵⁵ Per tutte Cass. pen., 9 maggio 2017, n. 31874.

⁵⁶ Per tutte, Cass. pen., sez. II, 17 gennaio 2017, n. 24046.

E' stato osservato⁵⁷ che le associazioni per delinquere, poiché sono illecite nella causa e nell'oggetto, sfuggono a tipizzazioni e regolamentazioni legislative, espressamente previste quando l'interesse perseguito sia ritenuto meritevole di tutela, e sfuggono per antonomasia a requisiti descrittivi tipici del loro modo di essere e di manifestarsi.

Un'associazione per delinquere è tale se, a prescindere dalle forme organizzative scelte (eventualmente lecite e ad essa preesistenti o sovrapponibili), persegue il fine di commettere più delitti. E' dunque lo scopo che qualifica il delitto. E' peraltro stupefacente osservare come gli schemi organizzativi con cui in epoca attuale si svolge l'attività di spaccio nel Paese, quali sopra descritti, sono in larga parte sovrapponibili a quelle delle attività commerciali lecite⁵⁸, il che dimostra empiricamente la consolidata dimensione imprenditoriale del fenomeno illecito.

Lo sforzo richiesto all'interprete è dunque quello di saper adattare il dato normativo alle mutevoli e diversificate dimensioni fenomeniche dell'attività di spaccio, rifuggendo da facili semplificazioni che rischiano di accomunare fenomeni, modalità, ruoli - e consapevolezze del ruolo - tra loro del tutto diversi.

⁵⁷ Cass. pen., sez. III, 8 luglio 2016, n. 6871.

⁵⁸ Wikipedia - voce Grande Distribuzione: "(...) La GD prevede grosse strutture centrali controllate da un unico soggetto proprietario, che gestiscono punti di vendita quasi sempre diretti.

La DO (altrimenti detta DA - Distribuzione Associata), invece, prevede la aggregazione di piccoli soggetti secondo la logica de l'unione fa la forza: consorziandosi in gruppi d'acquisto i piccoli e medi dettaglianti possono ottenere agevolazioni economiche in termini di approvvigionamento, derivanti dal maggior potere contrattuale nei confronti dei fornitori e, molto spesso, saltando l'anello del grossista riescono a proporre le merci a prezzi maggiormente concorrenziali. A questo si aggiungono i vantaggi conseguibili dallo sfruttamento del marchio e dall'ottenimento di supporto in termini di know-how e coordinamento strategico. A volte, ai singoli esercenti facenti parte del gruppo, viene erogata anche una adeguata assistenza fiscale.

(...)(vi sono poi...) anche le cosiddette unioni volontarie di dettaglianti e grossisti ove, anziché saltare l'anello del grossista, i singoli esercenti, in maniera ben organizzata, riescono ad avere un maggior potere contrattuale nei raffronti di un preciso grossista di fiducia.

(...) Sovente infatti nella DO si verificano casi di "sovrapposizione negoziale" a causa della crescita dimensionale (e di conseguenza contrattuale ed economica) di singoli membri appartenenti allo stesso gruppo che non tardano a reclamare maggiore indipendenza dalla centrale, anche per le problematiche di carattere strategico e di governance. I rapporti di fornitura e le condizioni economiche che si riescono a ottenere infatti rappresentano una voce di assoluta centralità nel risultato economico di un'impresa commerciale. (...) La Grande distribuzione organizzata si avvale spesso di ampi luoghi di vendita che costituiscono, nel loro complesso, il cosiddetto Grande Dettaglio. Per Grande Dettaglio si intende l'insieme dei punti vendita con ampi spazi di smercio (di solito con ampiezze maggiori ai 400 m²).

Al Grande Dettaglio si affianca, poi, il cosiddetto Piccolo Dettaglio composto da piccoli esercizi commerciali come, ad esempio, le superette (con metratura dai 200 ai 399 m²) e i punti di vendita tradizionali ancor minori negli spazi. Esso è composto, per convenzione, da tutti i punti vendita con metratura al di sotto dei 400 m²" (...).

Il doppio binario nei reati a sfondo sessuale con vittima minorenni

FABRIZIA PAGLIONICO

ABSTRACT

The work analyzes the special procedure laws concerning the testimony of the minors, potentially victims of sexual abuse crimes, from the investigations to the trial. A brief description of the national and supra-national laws shows the main values involved: on one hand, the need to protect the vulnerable victim, on the other hand, the fulfilment of the right of defense. The lack of legal certainty and the creative case law in this field generate doubts in the judicial reasoning and make us wonder how to question the grounds of the judgment in front of the Supreme Court.

SOMMARIO. 1. Il bilanciamento tra le esigenze di accertamento e la protezione dei testimoni deboli. – 2. Norme speciali in materia di ascolto del minore – 3. Indeterminatezza legislativa, supplenza della giurisprudenza, rapporti tra fonti europee e diritto interno. – 4. L'accertamento sulla capacità a testimoniare e la valutazione di attendibilità delle dichiarazioni del minore. – 5. La motivazione viziata dal travisamento della prova. – 6. L'intervento della riforma Orlando sulla motivazione delle sentenze e sulla forma dell'atto di impugnazione – 7. Rilievi conclusivi.

1. La tematica del doppio binario in campo processuale viene tradizionalmente riconnessa a particolari istanze repressive, che hanno spinto negli ultimi decenni all'adozione di moduli speciali incidenti in vario modo sull'andamento del processo.

Tuttavia, emerge dalla seconda metà degli anni Novanta una tendenza del legislatore ad introdurre norme processuali *ad hoc* per la protezione di alcune categorie di soggetti deboli. In relazione ai reati a sfondo sessuale, la presenza di una vittima minore d'età impone la deviazione dal modello ordinario, poiché le esigenze di accertamento del fatto si attenuano in ragione della delicatezza delle vicende da trattare.

Non va dimenticato che tanto per i reati di particolare allarme sociale, quanto per le situazioni di vulnerabilità ritenute meritevoli di un trattamento speciale, nel bilanciamento fanno da contrappeso le istanze garantiste proprie di uno Stato di diritto.

Ebbene, è di tutta evidenza che nel caso dei reati a sfondo sessuale la necessità di giungere ad una ricostruzione del fatto il più possibile aderente alla realtà materiale – per la quale il legislatore processuale ha introdotto il metodo dell'escussione diretta ad opera delle parti – ceda il passo alla volontà di tutelare fonti di prova vulnerabili, i cd. testimoni deboli.

L'esclusione della tecnica dell'esame incrociato, quando sottoposto all'esame è il minore, indica una chiara scelta del legislatore nel ritenere prevalente la tutela dei valori di libertà dell'individuo a discapito del valore di ricerca della verità¹.

¹ C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, Padova, 2001, 89.

È pacifico che la *cross-examination* sia la tecnica processuale più efficace, in cui l'attiva partecipazione delle parti dà un contributo assolutamente determinante, e con il più basso rischio di false dichiarazioni². Ciò nonostante, è proprio il codice ad aver ritenuto di affidare la conduzione dell'esame al Presidente (art. 498 comma 4 c.p.p.), su domande e contestazioni proposte dalle parti, il quale può avvalersi dell'ausilio di un familiare o di un esperto in psicologia infantile³, quando il dichiarante è un soggetto tendenzialmente privo di capacità critica, facilmente etero-suggestionabile e tendente a fornire una risposta adesiva alla domanda che gli viene posta.

2. All'originaria previsione del codice sono andate ad affiancarsi ulteriori disposizioni di carattere speciale aventi come oggetto di tutela il minore quale fonte di prova testimoniale. L'introduzione del comma 1-*bis* all'art. 392 c.p.p., ad opera della l. 15 febbraio 1996 n. 66, ha consentito che, qualora si proceda per uno dei reati introdotti dalla stessa legge⁴, si possa autorizzare – su richiesta del pubblico ministero o dell'indagato – l'assunzione della testimonianza del minore di anni sedici in sede di incidente probatorio, anche al di fuori dei casi tassativamente indicati dal comma 1 dello stesso articolo. La tassatività del primo comma riflette evidenti ragioni di non rinviabilità della prova al dibattimento, mentre la deroga di cui al comma 1-*bis* mira a realizzare diverse finalità di tutela della vittima.

La circoscrizione della deroga ai procedimenti per reati a sfondo sessuale dovrebbe oggi senz'altro escludersi alla luce del *caso Pupino*⁵, poiché si porrebbe in contrasto con gli artt. 2, 3 e 8 n. 4 della decisione-quadro 2001/220/GAI, il cui combinato disposto potrebbe essere letto nel senso di voler limitare all'incidente probatorio (svolto secondo le modalità protette) l'assunzione delle dichiarazioni da parte del giudice in tutti i casi in cui la fonte delle dichiarazioni è un minore, evitando il più possibile la reiterazione dell'atto. Ciò consentirebbe di escutere la vittima in un momento iniziale del procedimento e di non esporlo ulteriormente alla 'violenza' del processo penale quando si giungerà in sede dibattimentale, così che possa avviare il processo di rimozione dell'evento traumatico.

In sede di incidente probatorio, l'obbligo di registrazione integrale con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva delle dichiarazioni rese dal minore, sancito nel comma 5-*bis* dell'art. 398 c.p.p, rende possibile il controllo sulla correttezza delle operazioni, onde garantire che la formazione della prova dichiarativa avvenga nel rispetto delle regole processuali e che non vi sia inquinamento della fonte.

² C. PIZZI, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in G. UBERTIS (a cura di) *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, 208.

³ L'esame può, inoltre, essere eseguito mediante l'adozione di modalità di audizione protetta definite dall'art. 398 comma 5-*bis* per l'incidente probatorio (art. 498 comma 4-*bis*), nonché all'utilizzo di un vetro-specchio e di un impianto citofonico (art. 498 comma 4-*ter*).

⁴ Artt. 609-*quater* (atti sessuali con minorenne), 609-*quinquies* (corruzione di minorenne), 609-*octies* (violenza sessuale di gruppo), 609-*undecies* (adescamento di minorenni) c.p., cui sono andati ad affiancarsi, in sede di successive riforme (l. 11/2009, l. 172/2012 e 212/2015), gli artt. 572 (maltrattamenti contro familiari o conviventi), 600 (riduzione o mantenimento in schiavitù), 600-*bis* (prostituzione minorile), 600-*ter* (pornografia minorile), 600-*quater* (detenzione di materiale pornografico) e 602 (acquisto o alienazione di schiavi) c.p.

⁵ CGUE, 16 giugno 2005, C-105/03.

Le ragioni di una simile previsione sono, peraltro, strettamente connesse alle disposizioni di cui all'art. 393 comma 2-*bis*⁶ c.p.p., che prevede una forma di *discovery* totale degli atti⁷, e di cui all'art. 190-*bis* comma 1-*bis*⁸ c.p.p., che non consente l'escussione in dibattimento del minore infrasedicenne, vittima di reati a sfondo sessuale, le cui dichiarazioni siano già state assunte in sede di incidente probatorio. Tutto ciò a meno che l'esame non verta su *fatti diversi* rispetto a quelli che sono stati oggetto delle precedenti dichiarazioni o quando il giudice o una delle parti lo ritengano *assolutamente necessario sulla base di specifiche esigenze*.

È possibile, dunque, che il giudice del dibattimento si trovi a dover formare il proprio convincimento sulla base di quelle dichiarazioni. Per questa ragione il legislatore ha tentato di recuperare la dimensione di immediatezza, sacrificata dalla prevalenza di esigenze di tutela della personalità del minore, attraverso la previsione dell'obbligo di videoregistrazione.

Successivamente si è avuta un'ulteriore interpolazione sistematica delle norme processuali con la l. 172/2012 – di ratifica della Convenzione di Lanzarote⁹ – garantendo che in sede di ascolto del minore nella fase delle indagini, quale che sia l'organo dinanzi a cui si formi l'atto, sia sempre garantito l'ausilio di un esperto in psicologia o psichiatria infantile quando, presumibilmente, si tratti di una vittima di reati a sfondo sessuale¹⁰.

Nel dare attuazione alla Convenzione, tuttavia, il legislatore nazionale non ha rispettato pienamente la direttiva contenuta nel capitolo VII (indagini, azione penale e diritto processuale) art. 30 punto 4, ove è prescritto agli Stati che le misure adottate non pregiudichino i diritti di difesa delle parti e le esigenze di un processo equo ed imparziale, conformemente alla CEDU. Infatti, non prescrivendo anche in quella sede l'obbligo di videoregistrazione dei colloqui con il minore, limita il controllo della difesa sulla formazione di quegli atti. In questo modo, si verifica un'inaccettabile compressione del diritto di difesa ogni qualvolta gli atti formati unilateralmente nel corso delle indagini transitino all'interno della piattaforma probatoria su cui andrà a formarsi il convincimento del giudice¹¹. Basti pensare alle ipotesi di irripetibilità sopravvenuta dell'atto per impossibilità di natura oggettiva, non prevedibile al momento del suo compimento, o alla scelta di un rito speciale che comporti una decisione “allo stato degli atti”.

⁶ Introdotto contestualmente alle norme speciali in materia di incidente probatorio.

⁷ Il pubblico ministero è tenuto a depositare tutti gli atti di quel procedimento presso la cancelleria del GIP, dei quali le parti e difensori possono prendere visione ed estrarre copia ex art. 393 comma 3-*bis* e non solo gli atti inerenti alla prova da formare in via anticipata.

⁸ Introdotto dalla l. 3 agosto del 1998 n. 269, recante norme contro la pedofilia.

⁹ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dall'abuso sessuale.

¹⁰ È stato inserito un comma 1-*ter* all'art. 351 che richiede la presenza di un esperto di psichiatria o psicologia infantile in relazione all'assunzione di sommarie informazioni da parte del minore vittima dei reati di cui all'art. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqies*, 600-*octies* e 609-*undecies* c.p. svolta dalla PG. La stessa disposizione è riprodotta anche nell'art. 362 comma 1-*bis*, per le sommarie informazioni assunte dal PM nei confronti del minore vittima dei medesimi reati, nonché nell'art. 391-*bis* comma 5-*bis* per l'assunzione di informazioni da parte del difensore.

¹¹ C. IASEVOLI, *Il minore “fonte di prova”, Tra assiologia ed effettività*, Napoli, 2012, 57, sottolinea che si è persa l'occasione in sede di ratifica di prevedere espressamente l'obbligo di videoregistrazione del colloquio con il minore ai fini predetti, contravvenendo alle indicazioni contenute nella Convenzione e nella Carta di Noto, che, tuttavia, come affermato dalla stessa Cassazione (Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 6464) non assume portata vincolante all'interno del nostro ordinamento configurandosi piuttosto come semplici suggerimenti volti a preservare l'autenticità delle dichiarazioni e la protezione psicologica del minore.

Va ribadito, dunque, che l'“*attitudine vittimologica*” delle Convenzioni internazionali e del diritto derivato dell'Unione Europea deve porsi in rapporto dialettico con le finalità del processo¹², nel rispetto delle caratteristiche dominanti dei sistemi processuali nazionali. Ciò era già stato evidenziato, ad esempio, nell'art. 8 comma 6 del Protocollo opzionale alla *Convenzione dei diritti del fanciullo sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia inscenante bambini*¹³, che contempera gli obblighi di adottare procedure rispettose dei bisogni della vittima vulnerabile con il diritto dell'accusato ad un processo equo¹⁴.

3. Emerge dalla breve analisi delle richiamate disposizioni la problematicità dei rapporti tra fonti europee e fonti interne, nonché delle relazioni causali tra carenza di tassatività e determinatezza delle norme processuali ed integrazione/supplenza della giurisprudenza di legittimità.

La carenza di determinatezza produce inevitabilmente delle ripercussioni negative nel campo delle garanzie connesse all'acquisizione probatoria, nell'ambito del quale le forme guidano l'*iter* di formazione del convincimento giudiziale, ancorando la valutazione del giudice a degli *indici normativi*, che riflettono le ideologie ed i valori sottesi al modello accusatorio.

È quel che accade, ad esempio, quando nel definire certe modalità di acquisizione probatoria, il legislatore omette di prevedere una sanzione derivante dall'inosservanza del precetto, lasciando così alla valutazione giudiziale il compito di *sanare le irritalità*, probabilmente nella prospettiva di non dispersione della prova¹⁵.

Proprio all'interno del binario speciale, dettato per i procedimenti di cui si discorre, sono facilmente riscontrabili esempi evidenti di indeterminatezza normativa. Ad esempio, né la presenza dell'esperto in funzione di ausilio, né il rispetto da parte del Presidente dei divieti di porre domande suggestive o che possano nuocere alla genuinità delle risposte nella conduzione dell'esame (commi 2 e 3 dell'art. 499 c.p.p.) è sanzionato a pena di nullità o di inutilizzabilità.

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che, data l'assenza di una sanzione espressa, la mancata osservanza di tali prescrizioni non determini né una nullità dell'atto – posto che la disciplina

¹² L. DE CATALDO NEUBURGER, *Testimoni e testimonianze deboli*, Padova, 2006, 127.

¹³ Protocollo stipulato il 6 settembre 2000 a New York e ratificato con la legge 11 marzo 2002, n. 46.

¹⁴ L'art. 8 del Protocollo opzionale alla Convenzione prevede il riconoscimento di diritti e facoltà del bambino, vittima dei reati contemplati dalla stessa, in ogni grado del processo penale, mediante la predisposizione di procedure che tengano conto dei loro particolari bisogni in quanto testimoni (lett. a), di obblighi di informazione nei loro confronti (lett. b), della possibilità di manifestare i loro interessi, bisogni e preoccupazioni (lett. c) e di servizi di assistenza appropriati (lett. d); fa da contrappeso il comma 6 dell'art. 8 ove è previsto che “*Nessuna disposizione del presente articolo pregiudica i diritti dell'accusato ad un processo equo o imparziale o è incompatibile con tale diritto*”.

¹⁵ Cfr. C. IASEVOLI, *La nomofilachia come difesa dei diritti fondamentali*, in *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'*, Napoli, 2018, 60-61, affronta diverse situazioni in cui «si assiste al cedimento dello Stato costituzionale di diritto, ancora più evidente a fronte di quei vuoti normativi, sui quali pare che il legislatore non voglia prendere posizione, continuando a 'scaricare' la responsabilità sull'organo della giurisdizione. [...] Ne costituisce una chiara esemplificazione la funzione 'regolatrice' svolta dalla Corte in tema di valutazione delle dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso (art. 192 comma 3 c.p.p.) o ancora da persona imputata di un reato collegato (art. 192 comma 4 c.p.p.). Su questo versante l'attività concretizzatrice ha prodotto un 'coartante modello tipico di decisione' (A. GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni de liberate*, in (a cura di) ID. *Materiali di esercitazioni di procedura penale*, Milano, 1995,167), ovvero un *trend* tipizzante l'itinerario valutativo, mediante la definizione di criteri giurisprudenziali di carattere epistemologico, con l'effetto di 'regolare' i margini del ragionamento probatorio. [...] In tal modo, il controllo non è circoscritto all'affidabilità e all'attendibilità delle massime d'esperienza utilizzate nel giudizio di merito, [...] si propongono come parametri di orientamento del libero convincimento del giudice».

delle nullità si fonda sul principio di tassatività, quindi delinea un sistema a fattispecie chiuse non suscettibile di estensione analogica – né di inutilizzabilità *ex art.* 191 c.p.p., poiché il divieto di utilizzazione della prova ivi sancito si riferirebbe alla prova vietata nel suo complesso e non alla regolarità nella formazione di quelle consentite¹⁶. Dal mancato rispetto delle prescrizioni in materia di acquisizione probatoria deriverebbero, pertanto, delle mere irregolarità, la cui rilevanza sarà tenuta in debita considerazione dal giudice in sede di valutazione della prova¹⁷.

Come è stato osservato, però, la sanzione dell'inutilizzabilità ha una portata generale – e ciò spiegherebbe l'assenza di una specifica previsione all'interno della norma – poiché la violazione delle regole di acquisizione probatoria produce un risultato illegittimamente acquisito, sul quale il giudice non potrebbe fondare il proprio convincimento (art. 526 c.p.p.). Tuttavia, è evidente che affidare al ragionamento probatorio del giudice il compito di giustificare la deviazione dalle norme processuali determini una proliferazione delle censure prospettabili nei confronti della motivazione, attraverso ricorsi per cassazione per travisamento della prova¹⁸.

Per quanto attiene ai rapporti tra fonti europee e diritto interno, v'è da rilevare che la Direttiva 2011/93/UE all'art. 20 dispone, a chiare lettere, l'obbligo di videoregistrazione delle audizioni della vittima minorenne nei procedimenti per reati a sfondo sessuale e che queste possano essere utilizzate come prova nel procedimento penale, conformemente alle disposizioni di diritto nazionale degli Stati membri.

Dunque – alla luce dei rapporti tra norme interne e norme europee – è auspicabile che i giudici interni interpretino la normativa processuale relativa all'ascolto del minore nella fase delle indagini in maniera conforme agli scopi e agli obiettivi della disciplina europea. Trattandosi, nella specie, di un atto normativo privo di effetti diretti, ove non sia praticabile l'interpretazione conforme, non resterebbe che sollevare in via incidentale la questione di legittimità per violazione dell'art. 11, 24 e 117 Cost. degli artt. 351 comma 1-*ter* c.p.p., 362 comma 1-*bis* c.p.p. e 391-*bis* comma 5-*bis* c.p.p.

Il contenuto della direttiva palesa che uno degli obiettivi da realizzare è quello di garantire l'effettività del diritto di difesa materiale in quei procedimenti cd. “a doppio binario”. Se ciò non avviene, la questione andrebbe sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

Peraltro, garantendo la normativa europea degli *standard* di tutela complessivamente più elevati rispetto a quelli derivanti dalle norme interne non dovrebbero frapporsi ostacoli alla supremazia del diritto sovranazionale su quello interno¹⁹.

4. Un profilo estremamente delicato nell'acquisizione delle dichiarazioni della vittima minorenne concerne il previo accertamento della capacità di testimoniare del minore, da non confondersi con il successivo vaglio di attendibilità delle dichiarazioni da parte del giudice in sede di

¹⁶ Cass. pen., sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712, in *www.giustizia.it*; Cass. pen. sez. III, 13 luglio 2012, n. 28143, in *www.giustizia.it*; Cass. pen., sez. III, 25 giugno 2008, in *www.giustizia.it*; Cass. pen., sez. III, 13 gennaio 2009, n. 15225, in *www.giustizia.it*.

¹⁷ C. IASEVOLI, *Il minore “fonte di prova”*, cit., 138-139, affronta tutte le problematiche esaminate all'interno dell'opera.

¹⁸ *Ivi*, 140.

¹⁹ In linea con quanto disposto dalla Convenzione EDU (art. 53), come la Carta di Nizza (art. 53), che riconoscono la propria affermazione negli ordinamenti nazionali solo quando consentano di raggiungere *standard* di tutela dei diritti fondamentali più elevati rispetto a quelli offerti dagli ordinamenti nazionali.

valutazione della prova. L'atto pare essere, piuttosto, una precondizione per una regolare acquisizione della testimonianza.

Infatti, posta la generale presunzione di capacità a testimoniare in capo ad ogni soggetto (art. 196 comma 1 c.p.p.), rientra nella piena discrezionalità del giudice disporre gli accertamenti con i mezzi consentiti dalla legge (art. 196 comma 2 c.p.p.). Egli potrebbe ritenere opportuno affidare all'esperto la verifica sull'attitudine del minore a testimoniare, incentrata essenzialmente sulla sua capacità di recepire le informazioni, di raccordarle con altre, di ricordarle e di esprimerle in una visione complessa, da considerare in relazione all'età, alle condizioni emozionali che regolano le sue relazioni con il mondo esterno, alla qualità e natura dei rapporti familiari²⁰. La mediazione dell'esperto è volta essenzialmente ad accertare la capacità del minore di 'dire il vero' ed assume una funzione prodromica rispetto alla successiva valutazione giudiziale di attendibilità delle dichiarazioni²¹. Da quest'ultima potrebbe, poi, risultare che in quella specifica sede il minore, pur essendone capace, ha reso dichiarazioni il cui contenuto non rispecchia la realtà.

Riteniamo significativa la diversa formulazione dell'art. 196 comma 2 c.p.p. rispetto all'art. 348 del codice di procedura penale previgente. La norma disponeva che "*ogni persona ha capacità di testimoniare, salvo al giudice di valutarne la credibilità*", affidando all'organo giudicante il compito di sondare la credibilità del teste e, consequenzialmente, l'attendibilità delle sue dichiarazioni. Al contrario, l'art. 196 comma 2 c.p.p. prevede che, in caso di dubbio, il giudice affidi all'esperto gli accertamenti sulla capacità di testimoniare dei soggetti, fermo restando il suo potere valutativo in ordine al contenuto delle dichiarazioni.

Ebbene, la Corte di Cassazione pare ignorare la diversità ontologica dei due accertamenti ove afferma che la valutazione delle dichiarazioni della vittima minorenni deve contenere un'analisi sia dell'attitudine psicofisica del teste ad esporre le vicende in modo esatto, sia della sua condizione psicologica rispetto a fattori di interferenza esterni ed interni; non facendo, però, alcuna menzione alla perizia psicologica²².

Ebbene, si ritiene che la mancanza dell'accertamento peritale insinui un dubbio all'interno del ragionamento probatorio, che non consente il soddisfacimento del canone dell'alta probabilità razionale e, conseguentemente, dà luogo ad una decisione che non superi la regola di giudizio di cui all'art. 533 c.p.p.²³. È proprio nell'ambito dei suddetti procedimenti a binario speciale che può facilmente aversi una decisione *ingiusta*, perchè affetta dal vizio di 'travisamento della prova'. Ciò si può considerare una diretta conseguenza dell'inosservanza delle regole di acquisizione probatoria, che si ripercuote in maniera immediata sul ragionamento del giudice, minandone la coerenza interna.

La giurisprudenza di legittimità, in primo luogo, nega la ricorribilità in Cassazione per mancata assunzione di una prova decisiva (art. 606 lett. d c.p.p.) qualora non venga disposta la perizia per l'accertamento sull'idoneità a testimoniare del minore, concependo quest'ultima come una prova

²⁰ Cass. pen., sez. III, 3 luglio 1997, Rv. 208447; Cass. pen. sez. III, 26 novembre 2007, *Maggioni*; Cass. pen., sez. III, 27 luglio 2010, n. 29612, in *www.giustizia.it*.

²¹ Cass. pen., sez. III, 3 luglio 1997, Rv. 208447, ove è chiaramente enunciata la netta distinzione tra le due valutazioni.

²² Cass. pen., sez. III, 7 novembre 2006 - 7 febbraio 2007, n. 5003, in *www.giustizia.it*.

²³ C. IASEVOLI, *Il minore 'fonte di prova'*, cit., 136, afferma che «gli accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge ex art. 196 c.p.p., verificando l'attitudine a testimoniare, sotto il profilo intellettuale e affettivo, nonché sulla capacità di rielaborazione della vicenda, pongono le precondizioni per orientare il giudice nell'uso della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio».

«neutra». In quest'ottica l'accertamento peritale dipenderebbe dalla valutazione discrezionale del giudice di merito, fondata sulla necessità di una'integrazione tecnica delle sue conoscenze²⁴. Pertanto, non potrebbe parlarsi in questa ipotesi di un diritto alla prova per le parti²⁵.

In secondo luogo, difficilmente la Suprema Corte ammette la sindacabilità dinanzi ad essa del merito della valutazione probatoria svolta dai giudici di prime cure.

5. Proprio in riferimento al travisamento della prova, giova ripercorrere l'*excursus* normativo in materia di vizio della motivazione.

A partire dalla sentenza delle Sezioni Unite *Dessimone* nel 1997²⁶, la ricorribilità in Cassazione per tale vizio era stata condizionata alla previa devoluzione del travisamento al giudice d'appello, mediante un'indicazione degli elementi dai quali sarebbe dovuto emergere lo stesso. Così, la Corte avrebbe potuto desumere dal testo del provvedimento impugnato come erano stati valutati tali elementi. Secondo questo inquadramento, l'errore di valutazione poteva essere censurato in Cassazione solo *sub specie nullitatis*, quale questione di nullità della sentenza d'appello per mancata motivazione da parte del giudice dell'impugnazione sulle specifiche doglianze degli imputati.

Questi erano gli angusti spazi all'interno del quale poteva muoversi il giudice di legittimità prima della riforma del 2006, in cui i vizi di motivazione non avrebbero mai potuto identificarsi in un contrasto tra la motivazione del provvedimento impugnato e la realtà processuale, costituita da quei risultati probatori risultanti dagli atti del processo fino ad allora inaccessibili²⁷.

Solo con la legge 46 del 2006 si consentirà l'estensione del giudizio in Cassazione ai vizi della motivazione risultanti dagli atti del processo. V'è chi ha sostenuto che la modifica della lett. *e* dell'art. 606 legittimerebbe le 'incursioni' della Suprema Corte nel fatto²⁸, con consequenziale alterazione dei connotati del giudizio di legittimità.

Tuttavia, riteniamo che il sindacato sul rispetto delle regole acquisitive e valutative della prova non sia incompatibile con i caratteri del giudizio di legittimità, in quanto coesistente al rispetto e alla sopravvivenza del principio di legalità.

Se non ritenessimo valutabili in sede di legittimità le censure relative alle modalità di acquisizione probatoria, assisteremmo ad uno svuotamento dei contenuti dell'art. 111 comma 7° Cost. La norma costituzionale sancisce, infatti, la garanzia del ricorso per cassazione in presenza di una

²⁴ Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2007 n. 44971.

²⁵ Sul tema C. IASEVOLI, *Il minore 'fonte di prova'*, cit., 126-129, ove l'A. osserva che l'affermazione della 'neutralità' della perizia si scontra con le implicazioni sistematiche che ne evidenziano la natura di mezzo di prova idoneo a veicolare all'interno del processo temi probatori che potrebbero risultare decisivi ai sensi dell'art. 495 comma 2° c.p.p.; pertanto, la sua omessa assunzione può essere rilevante ai sensi della lett. *d* dell'art. 606 c.p.p. ogniqualvolta assuma un peso rilevante nella dialettica probatoria.

²⁶ Cass., Sez. Un., 2 luglio 1997, n. 207944, *Dessimone*.

²⁷ C. VALENTINI, *La riforma del ricorso per cassazione*, in A. SCALFATI, *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 "Legge Pecorella"*, Milano, 2006, 209 ss.

²⁸ Basti ricordare il messaggio del 20 gennaio 2006 del Capo dello Stato di rinvio alle Camere della legge, in cui osserva che le modificazioni apportate all'art. 606 c.p.p. – facendo venire meno la condizione che la mancanza o la manifesta illogicità debba emergere esclusivamente dal testo – altererebbero radicalmente le funzioni della Corte di Cassazione, da giudice di legittimità a giudice di merito, in palese contrasto con il dettato Costituzionale, avendo l'art. 111 comma 7° Cost. previsto la garanzia del ricorso per cassazione avverso le sentenze in caso di violazione di legge, il che ne impone un controllo incentrato alla legalità della sentenza. La modifica legislativa indurrebbe, invece, un controllo della legalità dell'intero processo, in ogni suo singolo atto, al punto tale – secondo gli stessi tecnici che si occupavano della materia in sede di dibattito parlamentare – da istituire un ulteriore grado di giudizio nel merito.

qualsivoglia violazione di legge, cui può pacificamente ricondursi l'inosservanza di norme processuali dettate in tema di ammissione, acquisizione e valutazione della prova.

Eppure, ciò che si è verificato nella prassi è stata la creazione da parte della giurisprudenza di legittimità di un sistema para-normativo di regole di valutazione della prova dichiarativa nei procedimenti per reati a sfondo sessuale con vittima minorenne. La conformità a tali orientamenti giurisprudenziali renderebbe le motivazioni dei giudici di merito inattaccabili sul piano della contraddittorietà e della manifesta illogicità.

Proprio in relazione a tali procedimenti, la Cassazione sottolinea che il giudizio di legittimità rimane stretto essenzialmente in quegli spazi del vizio di motivazione deducibile, *ex art. 606 comma 1 lett. e c.p.p.*, definiti dalla sentenza Dessimone e dalla giurisprudenza successiva. Alla Corte non sarebbe, quindi, rimesso alcun giudizio sul dissenso, pur motivato, del ricorrente in ordine al risultato dell'*iter* valutativo seguito dal giudice di merito²⁹. Per cui, il ricorrente che argomenti in ordine all'inattendibilità del minore si collocherebbe fuori dallo schema del giudizio di legittimità ed invocherebbe, inammissibilmente, un ulteriore grado di merito.

La Suprema Corte chiarisce che il controllo di legittimità sulla motivazione non attiene né alla ricostruzione dei fatti, né all'apprezzamento del giudice di merito. Il suo sindacato sarebbe limitato alla verifica della rispondenza dell'atto impugnato a due requisiti, che lo rendono insindacabile: a) l'esposizione delle ragioni di diritto che lo hanno determinato; b) l'assenza di difetto o contraddittorietà della motivazione o di illogicità evidenti, ossia la congruenza delle argomentazioni rispetto al fine giustificativo del provvedimento³⁰.

Eppure, la stessa Cassazione ha riconosciuto l'ampliamento del suo sindacato sulla motivazione ad un'indagine *extra-testuale* a seguito della riforma del 2006. Di qui, si è giunti alla deducibilità del travisamento della prova nelle sue diverse accezioni, fermo restando un limite intrinseco al suo giudizio: in nessun caso la Corte può *rivalutare* il modo in cui un determinato mezzo di prova è stato apprezzato dal giudice di merito³¹. Parebbe, così, configurarsi in questo ambito uno spazio di *insindacabilità* della motivazione.

Non può ignorarsi, però, che è alla Suprema Corte ad essere rimesso in ultima istanza il controllo sulla motivazione, una garanzia irrinunciabile in tutti quei procedimenti in cui la prova maestra è costituita dalle dichiarazioni della persona offesa in condizioni di particolare vulnerabilità.

6. Oggi, a seguito della l. 103 del 2017, l'art. 581 c.p.p. riconosce espressamente, alla lett. b), la 'giustiziabilità' del travisamento, per omessa o erronea valutazione della prova.

Rispetto alla modifica dell'art. 606 lett. e) c.p.p., ad opera della l. 46/2006, dunque, la riforma Orlando traspone nel dato normativo le tre fattispecie di travisamento della prova di matrice giurisprudenziale, alla quali affianca anche l'omessa assunzione di una prova (rievocando, quindi,

²⁹ La Cassazione esclude espressamente la possibilità di una rilettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione o dell'autonoma adozione di nuovi e diversi parametri di ricostruzione e valutazione dei fatti (Cass. pen., sez. VI, 4 luglio 2006, n. 27429, Rv. 234559; Cass. pen., sez. VI, 14 febbraio 2012, n. 25255, Rv. 253099).

³⁰ Cass. pen., sez. II, 13 febbraio 2013 n. 21644, in *www.giustizia.it*; Cass. pen., sez. II, 4 gennaio 2012 n. 56, in *www.giustizia.it*.

³¹ Cass. pen., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5478, in *www.giustizia.it*; Cass. pen., sez. V, 12 dicembre 2012, in *www.giustizia.it*.

l'ipotesi di mancata assunzione di una prova decisiva contenuta nella lett. d dell'art. 606 c.p.p.). In sostanza, il legislatore del 2017 riproduce all'interno di una norma recante disposizioni di carattere generale, relative alle impugnazioni, la tassatività della disciplina sui motivi del ricorso per cassazione.

All'interno del quadro normativo ridefinito dalla Riforma ci si interroga sulle possibili ricadute dell'espresso riconoscimento delle fattispecie di travisamento della prova all'interno dell'art. 581 c.p.p. e della modifica dell'art. 546 c.p.p., che ha comportato un irrigidimento degli oneri motivazionali per i giudici di merito.

Peraltro, a seguito della modifica è controverso se i motivi si configurino diversamente nel giudizio d'appello rispetto al ricorso per cassazione. Ebbene, si insegna che il giudizio sui motivi ed il giudizio sui punti ai quali si riferiscono i motivi configurano due situazioni diverse, atte ad incidere sui poteri e sulla tipologia della decisione³².

Cionondimeno, il tentativo di riprodurre la tassatività propria dell'art. 606 c.p.p. anche ad una disposizione dettata per le impugnazioni in generale comporta, senza dubbio, una restrizione del giudizio di appello ad uno specifico atto probatorio, rispetto al quale viene articolata la censura relativa all'ammissibilità o valutazione della prova. Questa stessa censura a sua volta deve soddisfare il requisito di *specificità* imposto dall'art. 581 lett. b³³c.p.p.

Così, l'innovazione legislativa porta alla trasformazione dell'appello in un mezzo a critica vincolata, cui consegue una configurazione del giudizio d'impugnazione non più come un secondo grado nel merito, sostanzialmente ripetitivo del primo, bensì come un giudizio di controllo, circoscritto alle prospettazioni contenute nell'atto d'impugnazione³⁴.

Proprio l'accentuazione del carattere di giudizio di controllo consente di affermare che il giudizio di secondo grado ha ad oggetto *in primis* il provvedimento impugnato e, in via solo mediata, la *res iudicanda* oggetto della cognizione del giudice *a quo*³⁵. In questo modo, il passaggio dal *novum iudicium* al giudizio di controllo fuga ogni dubbio sulla deducibilità del travisamento della prova in Cassazione. Infatti, esclusa la rivalutabilità delle prove già effettuata dal giudice di merito, la Corte sarà chiamata a sindacare *se* quelle prove sono state valutate e *se* la valutazione rispetta i parametri logici e giuridici adatti al caso di specie³⁶.

Si è giunti in questo modo a delineare un sistema delle impugnazioni recettivo dei consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia di censurabilità dei vizi della motivazione. In riferimento al

³² A. MARANDOLA, *A proposito della specificità dei motivi d'appello*, in *La parola alla difesa*, fasc. 1, 19.

³³ C. VALENTINI, *Nuove forme dell'impugnazione (comma 55 l. 103/2017)*, in (a cura di) A. MARANDOLA- T.BENE, *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (l.103/2017)*, Giuffrè, 2017, 223. Nell'atto di impugnazione, ciascuna doglianza dovrà corrispondere all'identificazione dell'atto probatorio di cui si discute e ciascuna doglianza dovrà indicare se si tratta di prove non ammesse oppure ammesse ma non assunte o se ci si duole di una motivazione radicata su prove inesistenti agli atti o, ancora, di motivazione che non si esprima su quella singola prova o che sia fondata su prove di cui si dimostri l'esistenza nel fascicolo; dovrà essere altresì configurata in termini esatti la censura relativa ad un "errore di valutazione".

³⁴ Relazione al disegno di legge n. 2798 presentato il 23 dicembre 2014, ove si afferma che «fermi restando i tradizionali motivi legati a violazioni di legge, il giudice d'appello dovrà conoscere degli asseriti vizi legati a difetti probatori, anche soltanto per omessa valutazione di prove regolarmente acquisite, che siano tali da poter determinare la riforma della sentenza. In tal modo, il giudizio d'appello sarà maggiormente conformato ad un giudizio di controllo, capace di cogliere il vizio che abbia voluto invalidare la sentenza di primo grado e di rimediare immediatamente, mediante una calibrata rinnovazione istruttoria nei termini oggetto del motivo specificamente articolato».

³⁵ F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, *passim*.

³⁶ C. VALENTINI, *Nuove forme dell'impugnazione (comma 55 l. 103/2017)*, cit., 224.

travisamento della prova, pare superato lo scoglio costituito dalla natura ontologica del giudizio di legittimità, pur senza un travalicamento dei limiti della funzione.

Il comma 52 della legge 103 del 2017 ha, inoltre, sostituito la lett. *e* dell'art. 546, comma 1, c.p.p., prescrivendo un nuovo *modello legale della motivazione in fatto* della sentenza³⁷ – in parallelo all'introduzione di un nuovo profilo formale della dichiarazione di impugnazione – attraverso la trasposizione della prescrizione sulla valutazione della prova contenuta nell'art. 192, comma 1 c.p.p. («*Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*»)³⁸. La disposizione si affianca all'originaria regola, mantenuta, che impone la «enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie»³⁹.

Si è osservato in dottrina⁴⁰ che il combinato disposto degli artt. 192 e 546 c.p.p. *ante* riforma consentisse già di definire un modello di sentenza dal quale emergesse in modo chiaro l'*iter* logico argomentativo seguito dal giudice nella valutazione probatoria.

Ciò nonostante, l'espressione risultati acquisiti potrebbe essere intesa non tanto nel senso di *risultato finale*, quanto piuttosto in quello di *risultati intermedi*, quali l'esistenza di dati qualificabili come indizi a carico, la natura giuridica delle prove consistenti in dichiarazioni, la presenza o meno di fatti non controversi o il giudizio di inattendibilità di un teste. Sono proprio tali *passaggi intermedi* a consentire di eliminare dal quadro valutativo dati contrastanti con la logica, onde pervenire ad un accertamento che superi il canone dell'alta probabilità razionale⁴¹.

A voler dare, dunque, significatività alla modifica legislativa, potrebbe ritenersi che la trasposizione del contenuto dell'art. 192 c.p.p. imponga di *motivare in ordine ai criteri adottati* (oltre che riportare in forma meramente descrittiva i criteri di valutazione applicati), con particolare intensità in riferimento ad alcune categorie di prove. Ad esempio, in caso di dichiarazioni provenienti da un 'testimone debole', quale il minore vittima di reati a sfondo sessuale, si è evidenziata la necessità di sondare l'attendibilità delle stesse attraverso la regola dei riscontri. In questo modo si impone al giudice di motivare specificamente in ordine all'applicazione della regola sancita nel

³⁷ Relazione conclusiva e allegati della Commissione istituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia "per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale", allegato relativo alle *Modifiche in materia di 'Impugnazioni'*, Canzio, Spangher, Conti, Andreatza, Rossi / Caprioli, Mura, Beltrani, Bricchetti, 5, dove si sottolinea che «solo la motivazione in fatto, rigorosamente costruita con riguardo alla tenuta sia "informativa" che "logica" della decisione, può costituire l'effettivo paradigma devolutivo sul quale posizionare la facoltà di impugnazione delle parti e i poteri di cognizione del giudice dell'impugnazione».

³⁸ C. IASEVOLI, *Motivazione e filtri di ammissibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 446.

³⁹ M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3/2017, 168.

⁴⁰ G. CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della verità e decisione giudiziaria nel processo penale*, in AA. VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005, 68, «esigendo che il giudice dia conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati, l'art. 192 comma 1 c.p.p. propone un 'modello normativo di motivazione in fatto'». Tale modello richiede che il passaggio dal fatto probatorio (fonte e contenuto della prova) al fatto da provare (imputazione) venga giustificato rendendo esplicito il criterio di valutazione che si esprime nella massima di esperienza (regola di inferenza) adottata, cfr. NAPPI, *Il controllo della Corte di Cassazione sul ragionamento probatorio del giudice di merito*, in *Cass. Pen.*, 1998, 1262.

Alla luce di ciò la struttura logica della motivazione, già solo sulla base dell'art. 192 c.p.p., non porrebbe problemi di completezza, ma di correttezza del discorso giustificativo della decisione.

⁴¹ R. MAGI, *Il nuovo modello legale della sentenza di primo grado*, in MARANDOLA A.-BENE T. (a cura di) *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (l.103/2017)*, Giuffrè, 2017, 206.

comma 3° dell'art. 192⁴² c.p.p., non essendo sufficiente che dichiari di essersi adeguato ai consolidati orientamenti della Corte di Cassazione sulla valutazione di attendibilità delle dichiarazioni del minore parte offesa nei procedimenti suddetti.

7. Si è cercato di mettere brevemente in luce alcune delle vicende processuali che possono determinare una lesione del diritto di difesa, nonché introdurre elementi di dubbio nel ragionamento giudiziale⁴³.

A tal riguardo, v'è da rilevare che l'introduzione di un «modello legale della motivazione in fatto», tendenzialmente omnicomprensivo, auspicabilmente dovrebbe portare alla redazione di sentenze che soddisfino la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, *quando e se* i giudici ritengano di adeguarvisi. Non essendo, infatti, prevista un'ipotesi di nullità per violazione delle disposizioni di cui alla lett. e⁴⁴ dell'art. 546 c.p.p., non resta che rimettersi ad una fedele applicazione del dato normativo da parte dei giudici⁴⁵.

Ed è proprio rispetto a questi ultimi che è stato osservato come emerga dalla riforma dell'art. 546 c.p.p. la distanza dalle origini, essendo la motivazione non più determinata dalla sfiducia ideologica nei confronti del magistrato, quanto piuttosto posta a presidio dell'intima coerenza della decisione nel quadro di un «giusto processo» che sia sempre anche e soprattutto un «processo giusto»⁴⁶.

L'analicità della motivazione delle sentenze si combina, quindi, con la previsione espressa del vizio di travisamento della prova tra le censure prospettabili nell'atto di impugnazione. Occorre, altresì, coordinare la norma a carattere generale (art. 581 lett. b) c.p.p.) con quella speciale relativa ai motivi del ricorso per cassazione (art. 606 c.p.p.)⁴⁷. La giurisprudenza successiva alla riforma ha fornito una lettura del combinato disposto tendente a riconoscere la deducibilità del vizio, quando l'esame abbia ad oggetto direttamente la prova, allegata integralmente con il ricorso, e purché sia idoneo a scardinare la logica del provvedimento impugnato. L'illogicità deve determinare una frattura

⁴² Come già richiesto dalla giurisprudenza v. Cass. pen. sez. III, 23 maggio 2013, n. 39405, ove si afferma chiaramente che non è sufficiente ai fini della valutazione positiva di attendibilità delle dichiarazioni del minore che si tenga conto solo della coerenza interna del narrato, senza considerare tutte le circostanze che possano influire su tale valutazione, poiché ciò concretizza senz'altro un vizio di manifesta illogicità della motivazione; ed in dottrina C. IASEVOLI, *Il minore "fonte di prova"*, cit., 129, sottolinea che, sebbene la norma ne circoscriva l'ambito di operatività alle dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 c.p.p., la regola debba trovare applicazione anche quando le dichiarazioni provengono dal minore vittima di un reato a sfondo sessuale ravvisandosi anche in questo caso un legame particolarmente intenso della vittima con l'oggetto della prova.

⁴³ La mancata applicazione della regola dei riscontri, l'inosservanza delle modalità di ascolto del minore prescritte dalla legge, l'assenza di una videoregistrazione dei colloqui con il minore in tutti quei casi in cui le dichiarazioni confluiscono nella piattaforma probatoria del giudice, la violazione delle regole per la conduzione dell'esame e, infine, la mancata disposizione di una perizia che accerti l'idoneità a testimoniare del minore.

⁴⁴ Rimanendo circoscritta ai casi in cui la sentenza manca o è incompleto nei suoi elementi essenziali il dispositivo, se manca la sottoscrizione o, genericamente, la sentenza non sia motivata (l'art. 125 comma 3 c.p.p.).

⁴⁵ G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 94, «Ancorché formalmente non sanzionata, sotto il profilo processuale, l'indicazione di cui al riformato art. 546 c.p.p. appare suscettibile di costituire un messaggio culturalmente significativo per i giudici, sollecitando l'abbandono di vocazioni tese più alla quantità che alla qualità, non sempre utili alla chiarezza e decisività alle argomentazioni sviluppate».

⁴⁶ A. CERNIGLIARO, *Ambiguità ed ineludibili aporie nell'ampio riscontro "riformistico" ad avvertite istanze in tema di giustizia*, in (a cura di) C. IASEVOLI, *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 16.

⁴⁷ v. G. SPANGHER, *Piani di lettura della Riforma Orlando*, in *Arch. pen., spec. riforme*, 2018, 36, ritiene che i vizi elencati nell'art. 581 lett. b c.p.p. siano necessariamente riconducibili «alla motivazione della decisione appellata».

insanabile tra la realtà fattuale e giudizio ed è sindacabile solo ed in quanto manifesta⁴⁸. Ciò in ragione del risalente assunto per cui il giudice di legittimità non può sostituire la propria logica a quella del giudice di merito, avallando ricostruzioni alternative ancorché ragionevoli, ma solo limitarsi a rilevare che quella singola prova è di per sé in grado di far crollare l'intero apparato giustificativo su cui si è fondata la decisione⁴⁹.

Rispetto al passato, la *specificità* dei motivi richiesta dall'art. 581 c.p.p. impone, a pena di inammissibilità del ricorso, che venga integralmente allegata la prova dichiarativa per consentire di valutare compiutamente il significato probatorio e l'effettiva portata del vizio dedotto⁵⁰. Non sarebbe, infatti, sufficiente a tal fine l'allegazione o trascrizione di meri stralci di singoli brani di prove dichiarative, estrapolati del complessivo contenuto dell'atto processuale⁵¹.

In continuità con la modifica apportata dalla l. 46 del 2006, tale previsione consente, nei limiti dell'autosufficienza del ricorso, che il controllo si traduca in una valutazione di carattere globale ed unitario sul rispetto delle regole di giudizio e sulla resistenza logica del ragionamento del giudice.

Così articolata, la distinzione tra ricostruzione alternativa del fatto e valutazione circa l'illogicità della motivazione, dipendente da una erronea od omessa valutazione di una prova, segna l'area di sindacabilità da parte del giudice di legittimità.

⁴⁸ Cass. pen., sez. III, 9 giugno 2017 n. 28704, *Andrisani*.

⁴⁹ Cass. pen., sez. I 10 ottobre 2018 n. 58456, secondo cui «Occorre che gli “atti del processo” che danno supporto alla doglianza del ricorrente incentrata sul vizio della motivazione siano in sé dotati di una forza dimostrativa ed esplicativa tale che la loro rappresentazione disarticoli l'intero ragionamento svolto dal giudicante e determini al suo interno radicali incompatibilità così da vanificare o rendere manifestamente incongrua o contraddittoria la motivazione [...]».

⁵⁰ Cass. pen., sez. I, 5 novembre 2018 n. 58466, *www.giustizia.it*.

⁵¹ Cass. pen., sez. I, 15 gennaio 2019 (dep. 28 gennaio 2019) n. 4082, in *www.giustizia.it*.

NOTE A SENTENZA

Quando la decisione precede le argomentazioni. A proposito di omesso avviso dell'udienza camerale

RAFFAELE COPPOLA

ABSTRACT

The omitted notice of the private hearing set for the discussion of the request for the review of a precautionary measure to the new and only trusted lawyer, promptly designated, determines a mistrial, detectable by the judge and exceptionable by the parties in every grade and state of the trial and insoluble (as stated in articles 178 comma 1 lett. C and 179 of the criminal procedure code). However, if – notwithstanding the absence of the notice – the trusted lawyer attends the hearing, even with the only aim to except the omitted notice, the mistrial will be “of general order” (detectable for the judge and exceptionable by the parties but within certain terms), according to the discipline defined in article 180 of the criminal procedure code).

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La nullità di ordine generale a regime assoluto derivante dall'omesso avviso al difensore di fiducia e dalla sua assenza in udienza. – 3. La nullità di ordine generale a regime intermedio. – 4. L'inosservanza dei termini a comparire in sede di udienza camerale dinanzi al tribunale del riesame. – 5. La non deducibilità della nullità e l'efficacia della nomina del difensore di fiducia.

1. Ancora una volta una pronuncia della Cassazione costituisce l'esemplificazione del maldestro tentativo di attribuire all'imputato il più alto livello di garanzia, nonostante l'inadeguatezza della macchina processuale, il cui frequente “incepparsi”, impone degli ‘aggiustamenti’ esegetici, che però alterano i principi più elementari del processo penale.

La problematica giuridica che la Corte di cassazione, sezione III, con la sentenza n. 16266 dep. 08.6.18, ha dovuto affrontare ineriva, in prima battuta, la natura della nullità generale dell'omesso avviso al difensore di fiducia dell'udienza camerale dinanzi al tribunale del riesame e, in seconda battuta, la portata dell'art. 123 comma 1 c.p.p., che riconosce immediata efficacia alle dichiarazioni rese dall'imputato (e, dunque, anche alla persona sottoposta alle indagini per l'effetto estensivo stabilito dall'art. 61 c.p.p.) come se fossero rese direttamente all'autorità giudiziaria.

Il caso si originava da una misura cautelare in carcere, applicata nei confronti di un soggetto, avverso la quale il difensore di fiducia aveva proposto richiesta di riesame; il giorno successivo, tuttavia, con dichiarazione resa *ex art.* 123 comma 1 c.p.p., al direttore della Casa circondariale, ove l'indagato era detenuto, veniva revocata la nomina del difensore di fiducia e nominato altro difensore, presso il quale veniva eletto domicilio ai fini delle notificazioni.

Tuttavia, l'avviso di fissazione dell'udienza camerale era stato notificato al precedente difensore già revocato, ciò perché, nel frattempo, la nomina del nuovo difensore non era mai

pervenuta al Tribunale; costui, pertanto, deducendo di aver avuto casualmente conoscenza dell'udienza, si era presentato in aula al solo fine di eccepire la nullità.

Il Tribunale concedeva un termine di ventiquattro ore in considerazione del ridottissimo compendio investigativo posto a base della misura cautelare impugnata, dell'ammissione degli addebiti da parte dell'indagato, ed in virtù del dato che la concessione del termine libero di tre giorni di cui all'art. 309 co. 8 c.p.p. avrebbe determinato l'inefficacia della misura, non avendo chiesto l'indagato il differimento dell'udienza, ai sensi dell'art. 309 comma 9 *bis* c.p.p.

2. Per dirimere la *vexata quaestio*, la Suprema Corte non poteva prescindere dal principio di diritto elaborato dalle Sezioni unite¹ secondo cui l'omesso avviso dell'udienza camerale fissata per la discussione della richiesta di riesame al nuovo difensore di fiducia, tempestivamente nominato, integra una nullità assoluta ed insanabile, *ex art. 178 comma 1 lett. c) e 179 comma 1 c.p.p.* L'orientamento disattende e supera il principio affermato, sia pure *incideter tantum*, da altre Sezioni unite², secondo cui, invece, il mancato avviso al difensore di fiducia nominato tempestivamente – nel caso di specie prima che l'interrogatorio di garanzia sia stato disposto dal giudice competente – produce una nullità generale a regime intermedio di cui all'art. 178 lett. c) c.p.p., la quale, se ritualmente dedotta, comporta la declaratoria di invalidità dell'atto e, di conseguenza, l'immediata perdita di efficacia della misura custodiale.

La III sezione penale della Suprema Corte, pur ribadendo la natura di nullità di ordine generale a regime assoluto dell'omesso avviso al difensore dell'udienza camerale, aggiunge un ulteriore tassello allorché attribuisce un valore incidente sul regime della nullità alla presenza del difensore in udienza, ancorché volta al sol fine di eccepire l'invalidità, comportamento sufficiente – secondo il giudice di legittimità – a mutare la originaria nullità assoluta e, pertanto, insanabile, in nullità intermedia.

La sentenza dedica poche righe al passaggio – a nostro avviso fondamentale – dal regime assoluto a quello intermedio, che può discendere dalla presenza in udienza del difensore.

Il primo regime è – a ben vedere – conseguenza del tenore dell'art. 179 c.p.p. che qualifica come assolute le sole nullità derivanti dall'assenza del difensore qualora ne sia obbligatoria la presenza, e non anche quelle in cui all'omissione dell'avviso consegua comunque una conoscenza del procedimento con presenza dell'interessato in udienza, posto che le prime sono sottratte alla disponibilità delle parti per gravi vizi, non avendo senso definire insanabile una nullità per lasciarla, poi, ricadere nell'ambito della sanatoria generale (art. 183 c.p.p.) o speciale (art. 184 co. 1 c.p.p.)³.

Ciò che lascia perplessi, tuttavia, è la naturalezza con la quale la Suprema Corte giunga, poi, ad elaborare una nuova ipotesi di nullità, ibrida, non più dipendente dalla portata del vizio dell'atto, ma legata da un comportamento del soggetto interessato idoneo a mutare l'originario regime assoluto in regime intermedio, senza tuttavia evocare alcuna norma di riferimento da cui desumere tale conclusione.

¹ Cass. pen., sez. un., 26 marzo 2015, n. 24636, già oggetto di commento *in questa Rivista* n. 3/4 2015 anno.

² Cass. pen., sez. un., 26 marzo 1997, n. 2, in *www.giustizia.it*.

³ C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 512.

La sentenza, giustamente, evita ogni richiamo all'art. 184 c.p.p., ancorché fondi la natura della nullità intermedia sulla medesima *condicio sine qua non* prevista dalla norma, *id est* la comparizione della parte in udienza, ma sembri timidamente evocarlo quando specifica che essa possa avvenire anche al solo fine di “eccepire la nullità dell'avviso stesso”.

Nondimeno, tale ultima specificazione appare non solo impropria, ma anche fuorviante, perché confonde l'omissione dell'avviso, espressamente contemplato dall'art. 179 c.p.p. in termini di condizione, necessaria ma non sufficiente, di una nullità assoluta, con il vizio dell'atto prodromico; eppure, allorché il legislatore utilizzi il participio presente del verbo derivare, tratteggia un rapporto di successione logica e cronologica del vizio con l'assenza del difensore, che individua nell'omissione dell'avviso una concausa, nella predetta assenza la causa principale della nullità e, solo a valle, l'invalidità dell'atto eventualmente adottato all'esito dell'udienza celebrata.

Di contro, la presenza del difensore in udienza fa venir meno la causa della nullità dell'atto conclusivo, ma non anche la concausa, la quale può sì continuare ad esplicare effetti, ma nell'alveo di un regime giuridico di invalidità meno garantista per l'interessato.

In tale ottica, l'omesso richiamo all'art. 184 c.p.p. non è tuttavia casuale, posto che esso contempla la sanatoria di specifiche nullità intermedie derivanti, anziché dalla omissione dell'atto, dalla violazione delle regole sulle modalità di esecuzione⁴.

Tale conclusione, risente, in realtà, dell'anomalo fenomeno della sanatoria delle nullità assolute, ai sensi dell'art. 184 c.p.p., sviluppato in passato rispetto alla citazione dell'imputato, che nasceva da un errore di metodo rintracciabile nello sforzo di ricondurre all'art. 179 comma 1 c.p.p., anche i casi di un atto difforme dal modello legale, perché eseguito in forme diverse da quelle prescritte e con modalità inidonee a determinare la conoscenza effettiva da parte dell'imputato.

Più specificamente, il primo orientamento non distingueva tra nullità derivanti dall'omessa citazione e le altre nullità, e, perciò, riconduceva nell'alveo dell'art. 179 comma 1 c.p.p. anche i vizi delle notificazioni, pervenendo implicitamente alla sanabilità *ex art.* 184 co. 1 c.p.p.⁵

Il secondo orientamento, pur partendo dalla premessa di una distinzione ontologica tra le due ipotesi, approda alla conclusione che nei casi più gravi la nullità della notificazione si risolve in un'omissione della stessa, giungendo, sul piano applicativo alle medesime conseguenze della prima tesi.

Infine, un ultimo orientamento si fondava sulla verifica del nesso eziologico tra gli effetti della notificazione e la mancanza della citazione⁶.

Le Sezioni unite del 2015, ponendosi nel solco del secondo orientamento, ha esteso l'ambito di operatività del rimedio sanzionatorio della nullità assoluta, *ex art.* 179 co. 1 c.p.p., investendo tutti gli atti che compongono la complessità recettizia, ricomprendendo tutte le nullità che per la loro gravità si traducano in fatto in una omissione della citazione, impedendo al destinatario dell'atto di venirne a conoscenza.

Da quanto esposto deriva che rientrano nel fenomeno della sanatoria, *ex art.* 184 c.p.p., le sole nullità che non riguardano l'instaurazione della citazione.

⁴ Cass. pen., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 119, in www.giustizia.it.

⁵ Cass. pen., sez. V, 8 luglio 1977, in www.giustizia.it.

⁶ Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2000, n. 6675, in www.giustizia.it.

Pertanto, allorché la sentenza in commento evochi anche le ipotesi di nullità dell'avviso, contempla quelle che per la loro gravità siano equiparabili ad una omissione in termini di conoscibilità da parte del destinatario.

Insomma, una stortura esegetica derivante dalla collocazione di queste ultime situazioni nell'art. 179 co. 1 c.p.p., laddove, secondo la dottrina, essendoci invece un atto difforme dal modello legale, l'imperfezione andava ricondotta alla nullità relativa, se espressamente comminata, o alla nullità di ordine generale di cui all'art. 178 lett. c) c.p.p., per inosservanza delle disposizioni concernenti l'intervento dell'imputato⁷.

Anche nel caso in esame, la Suprema Corte sembra sovrapporre piani differenti quando equipara le due situazioni: l'omessa notifica dell'avviso della camera di consiglio al difensore e la nullità dell'avviso.

Ciò perché se si adotta un paradigma di notificazione diverso da quello prescritto l'atto è certamente viziato, ma non per questo inesistente, ben potendo essere idoneo a produrre l'effetto di conoscenza, con possibile sanatoria, ex art. 184 c.p.p.

3. Ma il vero passaggio logico che in realtà merita di essere approfondito è quello di natura assoluta della nullità che muta il suo portato normativo in intermedia quando, fermo restando l'omissione dell'avviso dell'udienza camerale, il difensore intervenga o meno in udienza.

Le norme di sistema sono gli artt. 178 lett. c), 180 c.p.p., che contemplano una nullità intermedia nel caso di inosservanza delle disposizioni concernenti l'assistenza dell'imputato, e l'art. 179 c.p.p., che riconduce alla nullità assoluta quella derivante dall'assenza del suo difensore, nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza.

In passato si è avuto modo di chiarire cosa il legislatore intendesse per assistenza dell'imputato in occasione dell'omesso avviso ad uno dei due difensore di fiducia. In ragione dell'art. 96 c.p.p., che prevede, in una prospettiva preclusiva, che l'imputato non possa nominare più di due difensori, ciò, sul piano funzionale ed effettuale, significa che costui ha diritto di avvalersi dell'assistenza tecnica di entrambi⁸.

Su questo terreno si radica il bisogno di tutela delle scelte di strategia difensiva dell'imputato, posto che la nomina di due difensori rappresenta l'aspirazione ad assicurarsi una difesa articolata e diversificata⁹.

In tale ottica si muove la giurisprudenza di legittimità che dispone il necessario avviso dell'udienza camerale ad entrambi i difensori, in caso contrario si incorrerà in una nullità di ordine generale a regime intermedio¹⁰, in quanto, se l'imputato si avvale della facoltà di effettuare una duplice nomina, entrambi i soggetti sono il suo difensore, ragion per cui non è propriamente possibile parlare di assenza di costui.

In buona sostanza, l'art. 179 c.p.p. allude all'imputato senza difesa obbligatoria, ciò perché la notifica ad almeno uno dei due difensori, impedendo un'assenza rilevante in termini assoluti, non

⁷ C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 266.

⁸ C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 533.

⁹ Sul punto, si veda C. MASSA, *Sull'avviso ai difensori a norma dell'art. 410 c.p.p.* in Studi in onore di Alfredo De Marsico, II, Milano, 1960, 135.

¹⁰ Cass. pen., sez. un., 27 giugno 2001, n. 33540, in www.giustizia.it.

priva l'interessato della difesa obbligatoria, consentendo al difensore regolarmente costituito di eccepire l'omesso avviso al co-difensore.

In buona sostanza, dovendo la nozione di parte interessata essere interpretata riferendola ad entrambi e non separatamente al singolo difensore, col rischio di moltiplicazione e frammentazione di un singolo centro di interessi, il difensore presente dovrà tutelare gli interessi che rappresenta.

Di contro, il legislatore stigmatizza come nullità assoluta, *ex art. 179 c.p.p.*, insanabile e rilevabile d'ufficio, la diversa ipotesi dell'assenza di entrambi o dell'unico difensore di fiducia, evocando ipotesi in cui viene negata l'attuazione del diritto di difesa in maniera incontrovertibile, che è diversa da una violazione incidente su di un *modus operandi* della strategia processuale¹¹, a nulla rilevando l'assistenza assicurata mediante un difensore d'ufficio nominato ai sensi dell'art. 97 comma 4 c.p.p., qualora l'avviso al suo difensore di fiducia sia stato omesso¹².

Si perviene, quindi, alla conclusione di una nullità a regime intermedio dell'omesso avviso, seguito dalla presenza in udienza, solo ritenendo che l'ipotesi integri l'inosservanza delle disposizioni in materia di assistenza o rappresentanza, ai sensi dell'art. 178 lett. c) c.p.p.

La dottrina, nello sforzo esegetico di pervenire ad una distinzione delle situazioni soggettive coinvolte in tali espressioni¹³, ha tratto dal sistema il corretto significato da attribuire a ciascuno di tali lessemi, precisando che, ad un difensore che ha la funzione ontologica di assistere la parte, secondo l'etimologia carneluttiana dell'*advocatus*,¹⁴ vale a dire soggetto chiamato in aiuto, non solo per le sue conoscenze tecnico-giuridiche, ma quale espressione della logica contrapposizione tra accusa e difesa davanti ad un giudice imparziale, soltanto eccezionalmente il difensore può assumere la veste di rappresentante, volontario, necessario o legale, svolgendo compiti volti ad assicurare la concretizzazione del contraddittorio esercitando i diritti dell'imputato.

Ne consegue che si ha assistenza qualora al soggetto si accompagni il difensore in funzione di copertura tecnica; si ha invece rappresentanza, volontaria o legale, nel caso in cui per un atto di parte o *ex lege*, il difensore partecipi al giudizio facendo le veci del titolare del diritto, esercitando facoltà, poteri, diritti, oneri ed obblighi in vece del suo effettivo titolare, sul quale ricadono gli effetti.

“In sintesi: nella funzione di assistenza del difensore è sempre individuabile l'aspetto dello stare con; in quella della rappresentanza, stare per”¹⁵.

Ebbene, non si pongono particolari problemi di individuazione dei vizi riconducibili alla violazione delle norme sulla rappresentanza, posto che il legislatore circoscrive ed indica tassativamente le ipotesi in cui opera l'istituto; si pensi: alla irreperibilità dell'imputato (art. 159 comma 2 c.p.p.); alle ipotesi in cui si proceda in assenza dell'imputato (art. 420 *bis* comma 3 c.p.p.); alla regola secondo cui davanti alla corte di cassazione le parti sono rappresentate dai difensori (art. 613 comma 1 c.p.p.); all'esame a domicilio dei testimoni, periti e consulenti (art. 502 comma 2 c.p.p.).

¹¹ C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 536.

¹² Cass. pen., sez. un. n. 24630 del 26.3.15, in www.giustizia.it.

¹³ C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 538.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Roma, 1946, 163; G. Conso, *Assistenza del difensore nel processo penale italiano*, in *Anm, dir. Comp.*, 1970, 160.

¹⁵ La ricostruzione è di G. RICCIO, voce *Rappresentanza processuale*, (dir. proc. pen.), in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, 6.

Si tratta di disposizioni che affidano la funzione di rappresentanza al difensore, e, se violate determinano la nullità ai sensi dell' art. 178 lett. c) c.p.p.

Quanto, invece, alla nozione di assistenza, la dottrina la riconduce alle strutture codificate che contengono l'espressa previsione dell'avviso al difensore (artt. 360 co. 1 e 3 c.p.p.; 294, co. 4 c.p.p.; 309 co. 8 c.p.p.), la cui omissione o invalidità senza dubbio è causa di nullità ex art. 178 lett c) c.p.p.¹⁶.

Peraltro laddove la comparazione del difensore avvenga a fronte di una omissione dell'avviso dell'udienza camerale, anche laddove non vi sia una espressa previsione; la norma di riferimento, operante quale canovaccio generale per tutti i procedimenti in camera di consiglio, è l'art. 127 c.p.p., il quale al comma 5 prevede una nullità nel caso di omesso avviso ai sensi del comma 1 alle parti interessate.

In conclusione, la presenza del difensore in udienza camerale, a fronte di un omesso avviso dell'udienza, integra una nullità intermedia perché riconducibile ad una violazione delle norme sull'assistenza dell'imputato/indagato, secondo l'accezione di partecipazione tecnica al contraddittorio.

4. La sentenza in esame evoca, poi, un'altra ipotesi di nullità intermedia, attinente questa volta al non rispetto del termine di tre giorni liberi che devono intercorrere tra la data di comunicazione o notificazione dell'avviso di udienza e quella dell'udienza stessa¹⁷.

Tale la premessa di diritto stratificata dalle pronunce della giurisprudenza di legittimità; pertanto, nel caso esaminato dalla Suprema Corte ci si sarebbe aspettati un annullamento dell'ordinanza del Tribunale del riesame a fronte della omessa rinnovazione della notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza e del non rispetto del termine a comparire di tre giorni, essendo stata l'udienza rinviata per consentire alla difesa di prendere contezza del procedimento solo per ventiquattro ore.

Eppure, richiamando l'art. 182 comma 1 c.p.p., secondo cui "le nullità diverse da quelle assolute ed insanabili non possono essere eccepite da chi via ha dato o concorso a darvi causa", si sostiene un difetto di deducibilità della parte, segnatamente al soggetto detenuto, avendo contribuito, col proprio comportamento omissivo, consistente nel non aver comunicato al difensore l'udienza fissata, a determinare la nullità.

Il ragionamento si fonda sul fatto che il ricorrente aveva proposto richiesta di riesame mediante il precedente difensore e aveva solo il giorno dopo provveduto alla nomina di un nuovo difensore, in sostituzione del primo, eleggendo domicilio presso costui, mediante dichiarazione resa, ex art. 123 comma 1 c.p.p., al direttore dell'istituto penitenziario; nondimeno, la nuova nomina non era mai stata

¹⁶ C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 543.

¹⁷ Cass. pen., sez. un., 30 gennaio 2002, n. 8881, secondo cui non è sufficiente la concessione di un termine ad integrazione di quello originario al fine di sanare la predetta nullità, posto che l'inefficacia della misura non può essere impedita interpretando a scapito del detenuto la normativa che assicura la sua comparizione in udienza del riesame, ma anche e soprattutto il suo esercizio di difesa; a ciò si aggiunge che le esigenze di celerità del procedimento sono state valutate a monte dal legislatore nel momento in cui ha stabilito un termine a disposizione delle parti assai ridotto rispetto a quello previsto, in generale, per i procedimenti camerale dall'art. 128 c.p.p., poiché detto termine per la parte privata è funzionale non solo all'intervento in udienza, ma altresì a consentire la preparazione di argomentazioni difensive e l'elaborazione di eventuali motivi nuovi.

trasmessa dalla casa circondariale, ragion per cui il Tribunale notificava l'avviso di fissazione dell'udienza camerale al difensore di fiducia revocato e al ricorrente.

Nella pronuncia, pur riconoscendo efficacia immediata alla nomina resa al direttore dell'istituto penitenziario, come se fosse stata presentata direttamente all'autorità giudiziaria¹⁸, si mette in conto la possibilità di "inceppamenti" procedurali che impongono all'indagato di attivarsi presso il difensore di fiducia una volta resosi conto che la relativa nomina non fosse stata trasmessa all'autorità giudiziaria. Di conseguenza, il non rispetto del termine a comparire di tre giorni sarebbe imputabile anche all'indagato, non avendo costui tempestivamente informato il suo difensore di quanto stesse accadendo e della data dell'udienza.

La conclusione adottata dalla Corte di cassazione lascia perplessi sia per le ragioni poste alla base del presunto concorso di causa del ricorrente, che postulano un dato indimostrato, cioè, la conoscenza da parte dell'imputato della omessa trasmissione al Tribunale del riesame della nuova nomina; sia per la nozione di concorso di causa in termini omissivi, elaborata quale limite di deducibilità della nullità.

La Cassazione inferisce il primo dato dal fatto che la notifica dell'avviso sia stata fatta all'indagato personalmente e non al suo nuovo difensore (come da elezione di domicilio presente nella nomina intervenuta); tuttavia, non si comprende per quale motivo il ricorrente avrebbe da ciò dovuto supporre che la casa circondariale non avesse trasmesso la nomina al Tribunale da un errore della notifica eseguita nel suo interesse, posto che, ancorché l'elezione di domicilio presso il difensore fosse contenuta nella nomina, l'autonomia degli atti e l'assenza di legami logici ben avrebbero potuto far ritenere che la nomina fosse stata comunque trasmessa e che, tuttavia, l'errore avesse ad oggetto il luogo, ove recapitare l'avviso nel proprio interesse.

Quanto al secondo profilo, ciò che si rimprovera al ricorrente è un comportamento omissivo nel non aver impedito il verificarsi di una nullità, derivante da un "inceppamento" procedurale; eppure, se la causa della nullità va esclusivamente individuata in quel tipico vizio che si risolve nella divergenza, positivamente sanzionata, tra la fattispecie astratta configurata dal legislatore e la fattispecie concreta realizzata nel processo, "dare causa" alla nullità non può che indicare il comportamento di chi pone le condizioni perché si attui questa divergenza, di chi, in altri termini, si attivi perché nel compimento di un atto non si osservi una prescrizione prevista a pena di nullità¹⁹.

Dunque, è attribuibile alla parte solo laddove, col suo contegno, essa via abbia dato causa o concorso a darvi causa, o abbia creato l'occasione o il contesto processuale il cui la nullità si è prodotta²⁰, creando il presupposto della sua concretizzazione.

I soggetti che non sono investiti, attraverso la legittimazione processuale, della regolarità dell'atto, possono soltanto concorrere ad attuare la divergenza tra schema legale e fattispecie, ma pur sempre tramite un comportamento attivo che abbia inciso sul verificarsi della nullità²¹.

¹⁸ Tant'è vero che l'art. 44 *disp. att.* c.p.p. impone tempi di trasmissione della dichiarazione assai stretta e, in casi di speciale urgenza, l'uso di mezzi tecnici che assicurino l'immediatezza dell'inoltro.

¹⁹ Così A. GALATI, *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali penali*, Milano, 1970, 89.

²⁰ G. MAGLIOCCA, Nullità, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. SPANGHER, Padova, 2008, 396.

²¹ A titolo esemplificativo, si pensi all'ipotesi di modifica del domicilio eletto dall'imputato non comunicato ritualmente che, secondo i giudici di legittimità, costituisce una causa, almeno concorrente, di nullità. Cfr.: Cass. pen., sez. VI, 11 marzo 1990, in *Cass. pen.*, 1991, II, 965.

In tale ordine di idee, la Corte di cassazione ha sostenuto che in tema di notificazione al difensore dell'avviso di celebrazione del dibattimento, nell'ipotesi di omonimia fra più difensori dello stesso Foro, aventi nome e cognome identici, è compito della cancelleria e dell'ufficiale giudiziario provvedere alla corretta notificazione, così da consentire al difensore di partecipare al giudizio, non potendosi fare carico all'imputato di irregolarità cui non ha dato colpevolmente corso²².

Attribuire, quindi, al ricorrente una co-responsabilità nella predetta nullità alla luce di un comportamento omissivo, significa attribuire un'ampia accezione all'art. 182 c.p.p., riconoscendo un obbligo della parte – non prescritto da alcuna norma – di attivarsi al fine di impedire il verificarsi di una nullità, ancorché la stessa sia da attribuire esclusivamente a fattori esterni, inerenti al funzionamento della macchina processuale, imponendo, peraltro, una irragionevole prevedibilità di “inceppamenti” della stessa da un dato, il non rispetto dell'elezione di domicilio presso il difensore, che è del tutto avulso dalla omessa trasmissione al tribunale della intervenuta nomina.

Eppur vero che il binomio “prevenzione-rimedio tempestivo” impone un onere (*rectius*: dovere) di prevenire la discrasia tra atto e modello o di rilevarlo ex art. 182 co. 2 c.p.p. immediatamente una volta che lo stesso si sia verificato, in questo modo preservando il procedimento dall'operatività di misure di reazione al vizio che possano pregiudicare il fisiologico sviluppo²³. Tuttavia, interpretare tale principio nel senso di un onere generale di comunicazione all'autorità dell'incipiente consumarsi di una nullità, a prescindere dal fatto che l'interessato vi assista, sarebbe poi contrario al più ragionevole onere, previsto dall'art. 182 comma 2 c.p.p., di eccepirlo immediatamente dopo il suo verificarsi.

Nel caso in esame, infatti, non può ritenersi che il soggetto detenuto abbia “assistito” al verificarsi della nullità del non rispetto dei termini a comparire, considerato che l'accezione, in senso letterale, postula una presa di visione diretta dell'atto, che si realizza viziato, nell'ambito di un contesto spaziale al quale il soggetto abbia partecipato con la sua presenza fisica.

5. La confusione, che regna nella sentenza si accentua quando la Suprema Corte, una volta considerata la condotta dell'indagato quale concausa della nullità, sufficiente, quindi, a porre un limite alla sua deducibilità, fa discendere da essa una conseguenza che non pare affatto ovvia: l'efficacia della revoca del difensore precedentemente nominato, fin a quando la nomina del nuovo difensore non era ancora pervenuta al Tribunale del riesame.

Invero, non era affatto necessario quest'ultimo passaggio, posto che la premessa – da cui esso non discende, peraltro, quale conseguenza naturale – aveva già posto un punto fermo sulla non deducibilità della nullità derivante dall'inosservanza dei termini a comparire, dando per assodato che la nomina del secondo difensore fosse da considerarsi avvenuta con la presentazione alla Casa circondariale, a prescindere, quindi dalla non tempestiva trasmissione del tribunale, e che solo per una responsabilità dell'indagato non fosse stata tempestivamente trasmessa.

In buona sostanza, non si comprende per quale ragione la Suprema Corte si sia a lungo spesa nel giustificare una responsabilità dell'indagato, rilevante ai fini della non deducibilità della nullità,

²² Cass. pen., 12 dicembre 2001, in www.giustizia.it.

²³ A. GALATI, E. ZAPPALÀ, Gli atti, in D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2006, 318.

se poi abbia concluso per l'inefficacia della nuova nomina per omessa trasmissione tempestiva, posto che con la premessa aveva già escluso la rilevanza della nullità per omesso rispetto dei termini a comparire, ed indirettamente ammesso che la nomina doveva ritenersi efficace con la consegna alla Casa circondariale, come, peraltro, previsto dall'art. 123 c.p.p.

Ciò perché, pur distinguendosi dalle ipotesi di sanatoria (ove l'atto viziato viene integrato da un fatto giuridico che, surrogandone l'imperfezione, è sufficiente a consentirne la stabilità degli effetti), le ipotesi di indeducibilità pervengono al medesimo risultato senza tuttavia che l'atto venga integrato da nuovi fatti giuridici, ponendosi quale mera preclusione alla caducazione dello stesso che resta invalido.

In realtà, i giudici di legittimità introducono a gamba tesa un nuovo tema al sol fine di giustificare il rinvio dell'udienza per un termine di ventiquattro ore, ai sensi dell' art. 108 c.p.p., anziché del termine a comparire di tre giorni, che avrebbe inevitabilmente portato all'inefficacia della misura, tentando di chiamare in causa una non evidente responsabilità dell'indagato per l'omessa trasmissione della nomina al tribunale, in quanto costui avrebbe “concorso a creare la situazione di apparente di continuità del precedente mandato difensivo”, sebbene alcuna condotta attiva – è bene ribadirlo – gli sia imputabile.

Insomma, si fa non poca fatica a seguire il ragionamento della Corte e, al contempo, a raffrontarlo alle norme processuali, per la confusione tra istituti, salti logici, e tentativi di giustificare posizioni, perdendo l'orientamento fornito dalle norme.

ESPERIENZE

Brevi considerazioni sull'estinzione del reato a seguito di risarcimento del danno

ANDREA ESPOSITO

ABSTRACT

From the study of a practical case there are brief considerations on the extinction of the crime following compensation for damages.

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. L'oltraggio a pubblico ufficiale. – 3. La questione di costituzionalità.

1. I minori venivano tratti a giudizio dinanzi al giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli per il reato p.e p. dall'art. 341 *bis* c.p.

Entrambi chiedevano di essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato, come da istanze in atti, trovandosi in disagiate condizioni economiche.

Tale circostanza aveva impedito ad entrambi di riparare interamente il danno, al fine di conseguire l'estinzione del reato, ai sensi del comma 3 dell'art.341 *bis* c.p.

2. Il delitto disciplinato dall'art. 341 *bis* c.p. “*Oltraggio a Pubblico Ufficiale*” è stato di recente reintrodotta nel codice penale dalla L. n. 94 del 15.07.2009, entrata in vigore l'08.08.2009¹. Si tratta di una fattispecie molto controversa e discussa per la particolare protezione concessa all'onore ed al prestigio del pubblico ufficiale, rispetto al cittadino comune.

Per gli stessi motivi anche la norma originaria costituita dall'art. 341 c.p. era stata oggetto di numerose critiche, che investivano vari profili di rilievo costituzionale.

In particolare, le censure riguardavano soprattutto l'ingiustificata sproporzione di trattamento sanzionatorio tra il delitto in esame e quello di ingiuria disciplinato dall'art. 594 c.p. (ora depenalizzato con d.lgs. n. 7 del 2016).

Tale disomogeneità evidentemente si poneva in contrasto con l'art. 3 Cost., che afferma il principio di uguaglianza.

Proprio l'eccessiva severità con cui veniva sanzionato il delitto di oltraggio rispetto all'ingiuria indusse la Corte Costituzionale a pronunciare la sentenza n. 341 del 1994, con la quale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 341 primo comma del codice penale nella parte in cui prevedeva come minimo edittale la reclusione per mesi sei.

Va ricordato che subito dopo la caduta del fascismo con decreto luogotenenziale n. 288 del 1994 veniva scriminato l'autore dell'oltraggio a pubblico ufficiale, se quest'ultimo avesse ecceduto

¹ G. FLORA, *Il redivivo oltraggio a pubblico ufficiale: tra nostalgie autoritarie e "diritto penale simbolico"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1455.

con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni. Tale scriminante è ora prevista dall'art. 393 *bis* c.p., introdotto dalla medesima l. n. 94 del 2009.

La norma introdotta dalla legge n. 94 del 2009 presenta, tuttavia, notevoli limiti rispetto a quella originaria.

In primo luogo il delitto in esame si integra qualora venga commesso in luogo pubblico o aperto al pubblico, alla presenza di più persone, nel momento in cui il pubblico ufficiale è nell'esercizio delle sue funzioni e a causa dell'esercizio delle stesse.

Non integrano, ad esempio, il delitto di oltraggio frasi offensive rivolte in circostanze diverse da quelle sopraelencate o dirette all'incaricato di pubblico servizio.

Non integrano ancora tale delitto le comunicazioni scritte o telefoniche per l'assenza di altre persone.

In ogni caso la norma va comunque applicata con equità, ove si consideri che nei confronti del cittadino comune il delitto di ingiuria è stato abrogato.

La parte innovativa ha ad oggetto l'estinzione del reato ove l'imputato, prima del giudizio, abbia riparato interamente il danno sia nei confronti della persona offesa che nei confronti dell'Ente di appartenenza della medesima.

Presso molti Tribunali circondariali si è addivenuti ad un protocollo d'intesa tra Presidenza del Tribunale, Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Questura che prevede per la validità del risarcimento un versamento minimo di € 300,00 alla persona offesa e di € 500,00 all'Ente di appartenenza.

3. La difesa sollevava questione di costituzionalità, ritenendo che il comma 3 dell'art. 341 *bis* c.p., che dispone l'estinzione del reato nei confronti di chi abbia risarcito il danno, discrimini gli imputati non abbienti che, impossibilitati a dazioni monetarie, non possono usufruire di tale beneficio.

Ad avviso della difesa la questione di costituzionalità era fondata in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione. Il pubblico ministero chiedeva il rigetto dell'eccezione, richiamando la circostanza attenuante del risarcimento del danno disciplinata dall'art. 62 n. 6 c.p., in quanto il risarcimento viene operato solo da coloro che ne hanno la possibilità, non essendosi mai profilato in merito un dubbio di costituzionalità.

Il parallelo con la circostanza attenuante disciplinata dall'art. 62 n. 6 c.p., richiamato dal pubblico ministero, non è appropriato: il risarcimento del danno è circostanza comune che va valutata dal giudice e può essere applicata, come tutte le attenuanti, nella misura di un giorno fino ad un terzo della pena concreta da irrogare, laddove l'ultimo comma dell'art. 341 *bis* c.p. non comporta una riduzione della pena, bensì la totale estinzione del reato.

La situazione concreta che si determina è, pertanto, diversa, in quanto l'autore del reato, dotato di reddito, che opera il risarcimento del danno, usufruirà di una riduzione di pena, ma non andrà esente dalla stessa, laddove il responsabile del reato di oltraggio, che, essendo abbiente, può accedere al risarcimento, è totalmente esente dalle conseguenze del reato.

La circostanza, ad avviso della difesa, può essere dedotta anche per l'estinzione del reato per condotte riparatorie, ex art. 162 *ter* c.p., introdotta dalla Legge n. 103/2017².

Anche in tal caso il legislatore prevede l'estinzione del reato per chi compie condotte riparatorie, che devono, tuttavia, essere di contenuto risarcitorio e, quindi, di dazione monetaria. L'introduzione della predetta norma appare, ad avviso del difensore, l'errata trasposizione nel codice penale dell'art. 35 del d.lgs. n. 274 del 2000 che, nel prevedere l'estinzione del reato nei processi di competenza del giudice di pace per condotte riparatorie, non fa riferimento solo al risarcimento monetario, ma anche ad attività di contenuto diverso (ad es. lettera di scuse, prestazioni di lavoro o di volontariato a favore della vittima del reato, che possono essere poste in essere da chiunque, anche se versi in condizioni di disagio economico o di povertà)³.

Il diverso trattamento sanzionatorio destinato all'imputato abbiente rispetto a quello che non possiede reddito rappresenta una concreta lesione del principio di uguaglianza sancito nell'art. 3 della Costituzione, la cui applicazione deve necessariamente trovare attuazione anche in area penale.

Si richiama, a tal proposito, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale venne chiamata dal pretore di Napoli-Barra a giudicare sulla legittimità dell'art. 136 c.p., il quale prevedeva, in caso di insolvibilità del condannato a pena pecuniaria, la trasformazione della stessa in pena detentiva e, precisamente, nella reclusione fino a tre anni in caso di multa o fino a due anni in caso di ammenda.

La Corte Costituzionale dichiarò l'illegittimità della norma *de qua* con la sentenza n. 131 del 1979, della quale si riporta la massima fondamentale: «vero é che la doverosa salvaguardia del fondamentale interesse dello Stato ad una uguale possibilità di funzionamento del sistema penale nei confronti di tutti i destinatari presuppone una (tendenzialmente) uguale possibilità di applicazione della sanzione prevista dalla legge a carico di tutti gli autori del medesimo illecito, e, quindi, che la sanzione stessa sia di tal contenuto da potersi attuare su di un bene sicuramente posseduto da tutti i destinatari. Tale é la libertà personale, bene primario posseduto da ogni essere vivente, a prescindere dalle diverse possibilità di godimento, mentre il patrimonio (al pari del reddito) non inerisce naturalmente alla persona umana, quanto meno in misura uguale. Perciò la adozione di pene pecuniarie, accanto ad indubbi vantaggi - minore incidenza sulla posizione ed inserimento sociale del condannato - comporta l'inconveniente di una disuguale afflittività e al limite, dell'impossibilità di applicarla, in funzione delle diverse condizioni economiche dei soggetti condannati».

È evidente che occorre che tutti coloro che trovansi in area penale (indagati, imputati o condannati) debbano avere il medesimo trattamento, che non può dipendere dal possesso di reddito o di patrimonio.

La disciplina dell'art. 341 *bis* c.p. appare, quindi, costituzionalmente illegittima e lesiva degli art. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede che le attività riparatorie possano anche essere di contenuto non monetario.

La violazione dell'art. 3 Cost. è palese; la violazione dell'art. 24 Cost. si concreta nella limitazione del diritto di difesa in capo a soggetto incapiente, in quanto prevede l'estinzione del reato

² Anche da un punto di vista più ampio, C. IASEVOLI, *La procedibilità a querela: verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2017, 1-25.

³ M. COVELLI, *Il procedimento penale davanti al Giudice di Pace. Profilo critico*, Napoli, 2008, 53-58.

solo in presenza di una duplice attività risarcitoria a contenuto monetario (a favore del pubblico ufficiale offeso dal reato e dell'Ente cui lo stesso appartiene), laddove, a nostro avviso, dovrebbe prevedere, per dare a tutti la possibilità di porre in essere condotte riparatorie estintive del reato, attività a favore della vittima e dell'Ente di contenuto non patrimoniale.

Ciò nonostante, il giudice dell'udienza preliminare rigettava l'eccezione di incostituzionalità sollevata dalla difesa, ritenendola palesemente infondata, anche se nel merito i due imputati venivano assolti per insussistenza del fatto in quanto il fatto contestato era stato commesso nei confronti di una Guardia Giurata che è soggetto incaricato di pubblico servizio e non è Pubblico Ufficiale.

