

# PENALE

**Diritto e Procedura**

**n. 4 | 2021**

Rivista trimestrale | Ottobre/Dicembre 2021

## DIREZIONE

Ennio AMODIO - Massimo DONINI - Sergio MOCCIA - Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Bartolomeo ROMANO - Giorgio SPANGHER - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

## IN EVIDENZA

### EDITORIALI

Sergio Moccia - **L'ergastolo e le sue varianti**

Giorgio Spangher - **Improcedibilità: alla ricerca di una possibile nomofilachia**

### ARTICOLI

Paolo Ferrua - **Improcedibilità e ragionevole durata del processo**

Daniele Cenci - **Riflessioni sulla compatibilità a Costituzione della decretazione di urgenza che proroga l'obbligo di vaccinazione per i sanitari ed estende lo stesso ad altre categorie di lavoratori**

### OPINIONI

Leonardo Filippi - **Quale presunzione di innocenza?**

### DALLE CORTI

Bartolomeo Romano - **Legittima la scelta di abrogare parzialmente l'abuso di ufficio mediante decreto-legge**

## **Direzione**

Ennio Amodio - Massimo Donini - Sergio Moccia - Fermin Morales Prats - Tullio Padovani - Bartolomeo Romano - Giorgio Spangher - Luigi Stortoni - Eugenio Raul Zaffaroni

## **Comitato scientifico editoriale**

Enrico Mario Ambrosetti - Giuliano Balbi - Roberto Bartoli - Carlo Bonzano - Stefano Canestrari - Donato Castronuovo - Elena Maria Catalano - Mauro Catenacci - Antonio Cavaliere - Giovanni Cocco - Carlotta Conti - Cristiano Cupelli - Giovannangelo De Francesco - Pierpaolo Dell'Anno - Leonardo Filippi - Giovanni Flora - Gabriele Fornasari - Marco Gambardella - Alberto Gargani - Dario Grosso - Luigi Kalb - Carlo Longobardo - Adelmo Manna - Antonella Marandola - Maria Riccarda Marchetti - Anna Maria Maugeri - Carlo Enrico Paliero - Marco Pelissero - Lucia Risicato - Francesco Schiaffo - Sergio Seminara - Silvia Tordini Cagli - Francesco Vergine - Costantino Visconti

## **Comitato scientifico (revisori)**

Tutti i contributi sono sottoposti in forma anonima a peer review. La peer review, c.d. revisione paritaria, è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista.

I contributi pervenuti per la pubblicazione nella Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore scelto tra i membri del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il Revisore trasmette alla Direzione Scientifica, nel rispetto dei tempi indicati, una succinta valutazione, adeguatamente motivata, del lavoro indicando la meritevolezza di pubblicazione. Qualora il giudizio sia di meritevolezza della pubblicazione, il Revisore può indicare, in prospettiva migliorativa, ulteriori interventi. Sono oggetti di revisione i contributi destinati alle rubriche, agli approfondimenti, agli articoli e alle note a sentenza, nonché sotto le voci "Commenti" e "Dalle Corti" contenute nella Rivista web, inoltre sono soggetti a revisione tutti i contributi inseriti nella Rivista a stampa.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Il comitato dei revisori della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ali Abukar Hayo - Giuseppe Amarelli - Alessandro Bondi - Sergio Bonini - Pasquale Bronzo - Mario Caterini - Andrea Chelo - Luigi Cornacchia - Francesca Curi - Agostino De Caro - Giuseppe Della Monica - Giulio De Simone - Alessandro Diddi - Andrea Di Landro - Alberto Di Martino - Paolo Ferrua - Stefano Fiore - Roberto Flor - Luigi Foffani - Rossella Fonti - Francesco Forzati - Emanuela Fronza - Gianluca Gentile - Filippo Giunchedi - Clelia Iasevoli - Luigi Ludovici - Beatrice Magro - Gabriele Marra - Valentina Masarone - Luca Mario Masera - Antonella Massaro - Alessandro Melchionda - Vincenzo Mongillo - Davide Petrini - Ivan Salvadori - Silvio Sau - Nicola Selvaggi - Antonino Sessa - Fabrizio Slracusano - Carlo Sotis - Kolis Summerer - Vico Valentini - Antonio Vallini - Francesco Viganò

## **Comitato di redazione**

Il *coordinamento redazionale* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ersi Bozheku - Giulio Colaiacovo - Fabrizio Galluzzo - Luana Granozio - Ottavia Murro

Il *comitato di redazione* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Silvia Astarita - Fabio Ballarini - Iacopo Benevieri - Andrea Borgheresi - Gian Marco Caletti - Diamante Ceci - Donatello Cimadomo - Francesco Compagna - Angela Compagnone - Irma Conti - Sylva D'Amato - Francesco Marco De Martino - Laura Dipaola - Nicola Madia - Gaetano Galluccio Mezio - Maria Novella Masullo - Matteo Mattheudakis - Antonio Nappi - Giuseppe Palmieri - Francesco Porcu - Francesca Rocchi - Mattia Romano - Leonardo Suraci - Francesca Tribisonna

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli

ggiacomelli@pacinieditore.it

Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacinieditore.it • abbonamenti\_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

## Editoriali

- SERGIO MOCCIA, *L'ergastolo e le sue varianti* p. 657
- GIORGIO SPANGHER, *Improcedibilità: alla ricerca di una possibile nomofilachia* » 667

## Articoli

- PAOLO FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo* » 671
- DANIELE CENCI, *Riflessioni sulla compatibilità a Costituzione della decretazione di urgenza che proroga l'obbligo di vaccinazione per i sanitari ed estende lo stesso ad altre categorie di lavoratori* » 691
- VALENTINA BADALAMENTI, *L'imperizia quale tallone d'Achille della disciplina penale della medical malpractice* » 719
- VALENTINA M. DONINI, *La tutela del whistleblower tra resistenze culturali e criticità legislative* » 759
- MARCELLO TEBALDI, *Il delitto di epidemia colposa nell'attuale contesto pandemico: tra clausola di equivalenza e tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro* » 779

## Opinioni

- LEONARDO FILIPPI *Quale presunzione di innocenza?* » 791
- GIORGIO SPANGHER, *Legge n. 134/2021: prime fibrillazioni in tema di regime transitorio* » 793
- GIUSEPPE MURONE, *Esame testimoniale: il ruolo e le garanzie della difesa nella pratica dibattimentale* » 795

## Dalle corti

- BARTOLOMEO ROMANO, *Legittima la scelta di abrogare parzialmente l'abuso di ufficio mediante decreto-legge* » 803
- PAOLO BOTTARI, *L'ordine di carcerazione con contestuale decreto di sospensione, ex art. 656, co. 5, c.p.p., non costituisce evento interruttivo della prescrizione della pena* » 809
- MATTIA ROMANO, *Magistratura (poco) democratica. Il travagliato rapporto tra diritto di cronaca e critica giudiziaria e delitto di diffamazione* » 821

FABIO BALLARINI, *L'omicidio del soggetto perseguitato integra un reato complesso* » 831

LUDOVICA BARBIERI, *Illegalità della pena e lex mitior - la Cassazione sulla rilevabilità d'ufficio dell'errata riduzione di pena connessa al rito abbreviato* » 837

**Pagine senza tempo**

ERVIN RUPNIK, *Il giudice robot* » 849

## L'ERGASTOLO E LE SUE VARIANTI

**Sergio Moccia\***

Aldo Moro, da retribuzionista puro, definisce l'ergastolo "fatto agghiacciante, crudele e disumano non meno di quanto lo sia la pena di morte" e sull'esercizio del potere punitivo afferma che "deve essere ben controllato, per non farsi condurre ad immaginare che la pena sia considerata una vendetta e quando si dice pena perpetua si dice una cosa [...] umanamente non accettabile. Ci si può anzi domandare se, in termini di crudeltà, non sia più crudele una pena che conserva in vita, privando questa vita di tanta parte del suo contenuto, che non una pena che tronca, sia pur crudelmente, disumanamente, la vita del soggetto, che libera di quella sofferenza quotidiana, di quella mancanza di rassegnazione o di quella rassegnazione che è uguale ad un abbruttimento, caratteristica della pena perpetua" (*Lezioni di diritto penale* (1976), a cura di F. Tritto, Bari 2005, pp. 115-117).

E, come vedremo, sono in tanti gli ergastolani che tuttora conducono fino alla fine la loro esistenza in queste condizioni.

Ergastolo deriva dal greco ergasterion, casa di lavoro. Generalmente un locale sotterraneo dove venivano rinchiusi gli schiavi e i condannati ai lavori forzati. Da questo punto di vista era la forma più schiavizzante, disumanizzante di lavoro.

Teniamo conto di questo dato, perché per tanti versi questo giudizio degradante resta. In tempi recenti – parliamo di un paio di secoli fa – l'ergastolo è diventato una sanzione largamente sostitutiva della pena di morte per l'omicidio, ma anche, attenzione, per il falso in moneta o per i furti reiterati. Quindi, c'è sempre, rispetto alla gravità dei fatti, un giudizio di tipo politico, occasionato dai rapporti di potere.

D'altronde, facendo riferimento alla fisica quantistica, quella che vede gli elementi e gli stessi atomi solo in senso relazionale, non 'atomisticamente', così avviene anche per le scienze dell'uomo: è possibile vedere le cose ato-

---

\* Professore Emerito di Diritto Penale, Università di Napoli.

misticamente, o ontologicamente, rispetto ad un punto di vista sovraordinato, preferenziale, come può essere in una concezione teologica, oppure, al contrario, in relazione gli uni agli altri, ossia indagando su un concreto oggetto sempre relazionato al contesto degli altri elementi che vengono a dar vita in quella forma e in quel momento ad un certo istituto. L'ergastolo dobbiamo vederlo in un contesto relazionale, il che vuol dire, tradotto in termini a noi più vicini, da un punto di vista sistematico, con l'adozione del metodo proprio delle scienze normative, cioè della praticabilità dell'elaborazione concettuale e della sua riconduzione all'*ordo* dei principi. Non è la pura e semplice natura o nozione del concetto che interessa, ma un giudizio relazionale. Nella scienza giuspenalistica non possono esservi verità rivelate o *ipse dixit*, ma tutti i fenomeni che hanno a che fare con la relazionalità vanno visti nel contesto relazionale, seguendo le regole del metodo relazionale.

Questa importante premessa ci serve a comprendere determinate norme, determinate decisioni, con una *reductio ad unum*, partendo da quei presupposti che abbiamo dato per esistenti e che, in campo giuridico lo sono: i principi, laddove assumono la configurazione di norme, diventano essi stessi norme.

Nel Regno di Napoli l'ergastolo fu introdotto nel 1819, come superamento della pena dei ferri in vita e per il cumulo dei lavori forzati derivanti dall'antica galera. Laddove si sarebbe arrivati all'esito della pena di morte, si iniziò a considerarlo come un sostitutivo. Ma un sostitutivo può essere visto come un miglioramento o un peggioramento. Nel codice penale del 1930 l'ergastolo è disciplinato in generale all'art. 22, ed è previsto per ventisette fattispecie, da quella relativa al cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano alle intelligenze con lo straniero seguite da ostilità, allo spionaggio, al disfattismo politico, all'attentato alla vita e all'incolumità del Presidente, al sequestro di persona a scopo di terrorismo ed eversione seguito dalla morte, fino a vari casi di omicidio e di sequestro aggravato dalla morte. La disciplina del codice Rocco era in un certo senso migliorativa rispetto a quella del codice Zanardelli: quest'ultimo prevedeva pure l'isolamento per sette anni, che nella Relazione al codice del 1930 veniva vista come una pena eccessivamente crudele, tant'è che l'isolamento venne previsto come aggravante. Colpisce la 'mitezza' del codice Rocco in questo caso, perché generalmente orientato in senso intimidativo-deterrente.

Com'è noto, una legge del 1962 (25 novembre, n. 1634) ha poi consentito la liberazione condizionale del condannato dopo aver scontato 28 anni di pena, ridotti a 26 dalla legge Gozzini del 1986, qualora il condannato stesso abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il ravvedimento. Dopo venti anni è possibile, ex art. 50 l. n. 663/1986, l'applicazione della semilibertà in relazione ai progressi compiuti, nonché la liberazione anticipata.

Vi è inoltre una giurisprudenza costituzionale tendente ad attutire la portata drammatica, che Moro definiva inumana, dell'ergastolo. Segnalo anche la sentenza n.168/1994 della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittima l'applicazione dell'ergastolo ai minorenni. Tuttavia, fin dalla sentenza n.

264/1974 la Corte costituzionale, all'interno di una visione polifunzionale della pena, in cui fa riferimento espresso a retribuzione, prevenzione generale, emenda, ha ritenuto l'ergastolo conforme a Costituzione, perché consente di reinserire socialmente il condannato qualora la sua condotta sia valutata positivamente; e tale posizione è stata confermata nelle altre pronunce successive. Qui ritengo vi sia una fallacia del ragionamento, perché in realtà si dice che l'ergastolo sarebbe incostituzionale se non desse spazio alla libertà, se non la rendesse possibile. Ma il riferimento alla sola possibilità sta a significare che il giudizio è comunque negativo rispetto ad una pena che tolga per sempre la libertà ad un soggetto, che sancisca il fine pena mai. Allora, si dovrebbe capovolgere il ragionamento, nel senso di affermare che l'ergastolo, di per sé, è contrario alla Costituzione nella misura in cui può dar luogo ad un fine pena mai, e questo accade, come vedremo, molto frequentemente. Tutte le possibilità di liberazione astrattamente previste, se guardiamo ai dati recenti, nella prassi non è che abbiano una diffusività tale da far ritenere eccezionale l'ergastolo. Allora, già nel ragionamento della Corte nel 1974 a mio parere vi è una contraddizione in termini, perché si usa l'argomento della possibile libertà per rendere conforme a Costituzione l'ergastolo. Ma se l'argomento è la possibile libertà, allora vuol dire che, laddove questa non dovesse esservi, l'ergastolo è incostituzionale.

Cerchiamo di capire, partendo dalla polifunzionalità della pena, l'*iter* argomentativo della Corte costituzionale. Essa fa riferimento anzitutto alla prevenzione generale intimidatrice, poi alla retribuzione; e potrebbe anche far riferimento alla prevenzione speciale negativa. Sono tutte concezioni della pena sicuramente presenti nel dibattito penalistico, si potrebbe dire da sempre. Però, ecco, qui ritorna il concetto relazionale, quantistico. È vero che sono presenti; ma nel contesto ordinamentale vigente, all'interno e in relazione al quale dev'essere agita una funzione della pena legittimamente perseguibile, già il riferimento alla prevenzione generale negativa significa l'inflizione, per fini di intimidazione generale, di una sanzione particolarmente dura, che, per definizione, va al di là della proporzione, perché deve costituire, come diceva Feuerbach, un deterrente rispetto all'utilità che deriva dalla commissione del reato. Ora, questo è un ragionamento che dal punto di vista della psicologia criminale è totalmente sballato, perché chi delinque ritiene, a torto o a ragione, di non essere acciuffato; vi è, inoltre, una categoria di autori che si disinteressa completamente della pena prevista dalla legge, come quella dei delinquenti per convinzione. Dal punto di vista normativo, un *surplus* di sanzione significa violare l'art. 27 co. 1 Cost., perché viene inflitto per stornare il pericolo di un fatto illecito altrui, in violazione della personalità della responsabilità penale. Quindi, all'interno della Costituzione non vi è spazio per la prevenzione generale negativa, tanto più che la Carta costituzionale all'art. 27 co. 3 si esprime chiaramente. Quindi, se la Corte costituzionale argomenta in chiave di prevenzione generale negativa, usa un argomento contrario a Costituzione.

Considerazioni analoghe valgono in rapporto alla teoria retributiva, sostenuta e molto praticata, ma che nel contesto costituzionale non può essere accolta, perché l'espiazione può avvenire in un attimo o non avvenire mai, cosa che non sappiamo, né possiamo sapere. Inoltre, il castigo presuppone la libertà di scelta, che neppure i più arditi teologi, come Anselmo d'Aosta o Guglielmo d'Occam sono riusciti a dimostrare. Ma quand'anche vi fosse la prova della libertà del volere, siamo sicuri che l'ambiente non abbia alcun tipo di influenza? Immaginare questo fa sorridere. La retribuzione, dunque, non è accettabile, perché è contraria agli artt. 19 e 21, in quanto si fonda su un punto di vista etico, laddove la pena può fondarsi solo su punti di vista condivisi da consociati, e poi perché l'art. 27 co. 3 non fa riferimento alla retribuzione.

I conti, allora, vanno fatti con la rieducazione. Potrebbe esservi una sorta di compatibilità della rieducazione con la retribuzione, ed è stata addirittura sostenuta da Bettiol, che afferma: "C'è invero una rieducazione interiore dell'uomo, una conversione dal male al bene che trova nell'isolamento la condizione adatta al suo manifestarsi e al suo consolidarsi in termini di spiritualità" (*Sulle massime pene: morte ed ergastolo (1956)*, in *Scritti giuridici*, Tomo II, Padova 1966, p. 91). Quindi, per chi è credente, è possibile una ricostruzione spirituale della personalità nel raccoglimento; l'emenda eleva spiritualmente il soggetto. Ma questo, anzitutto, vale solo per chi crede in un'entità superiore con cui riconciliarsi mediante l'ergastolo; fondare su un tale assunto l'ergastolo costituisce quindi una violazione della libertà di religione o di opinione, perché la pena statuale è una coazione, e non si può costringere una persona ad elevarsi moralmente, in quanto la morale è autonoma, mentre il diritto è eteronomo. Inoltre, gli artt. 19 e 21 Cost. garantiscono libertà di opinione, di *Weltanschauung*, di religione.

Si dovrà dunque attribuire alla rieducazione un significato diverso dall'emenda. Per intendere la rieducazione, poste quelle norme, dobbiamo chiedere soccorso all'art. 3 co. 2 Cost., che sancisce quale compito della Repubblica l'eliminazione degli ostacoli che si oppongono alla partecipazione dei singoli alla vita sociale, senza escludere i detenuti: perché quando la Costituzione vuol porre delle esclusioni lo fa espressamente. Vi è inoltre un principio di dignità deducibile agevolmente dall'art. 2, 3, 32, 41 co. 2 Cost.; dunque, anche se meno direttamente che nella CEDU, vi è un riferimento alla dignità umana nella Costituzione. Per rieducazione bisogna dunque intendere l'apprestamento di quei mezzi che consentano la partecipazione alla vita sociale, il che vuol dire socializzazione per chi non è mai stato socializzato e risocializzazione o integrazione sociale per gli altri.

Se abbiamo questa griglia di principi, di argomenti e di opzioni metodologiche, cioè del confronto con le norme che consentano la praticabilità degli istituti in coerenza, allora l'ergastolo non ha una legittimità costituzionale, se quelle sono le funzioni perseguibili e non la polifunzionalità. Non si può dire disinvoltamente, come fa la Corte costituzionale, che bisogna tener conto di prevenzione generale e retribuzione, oltre che della rieducazione. Al contra-



rio, non ne dobbiamo e non ne possiamo tener conto. Ciò che emerge è la contrarietà di principio a Costituzione dell'ergastolo.

Si sostiene, però, che, l'ergastolo in realtà non esiste più; ma il Garante nazionale dei detenuti dimostra, dati alla mano (*Amicus curiae* alla Corte Costituzionale, 8 settembre 2020), che negli ultimi tre anni solo il 7 % dei condannati all'ergastolo è stato liberato. Quindi, il restante 93 % rimane in ergastolo. Attenzione, allora, alle sirene della liberazione condizionale e della semilibertà. Un gran numero di ergastolani muore in carcere. Quindi, l'ergastolo di per sé è incostituzionale, perché viola l'art. 27 co. 3 Cost., viola il principio di dignità, viola la stessa idea di convivenza secondo principi costituzionali.

A questo punto, secondo il canone algebrico per cui il più contiene il meno, si potrebbe concludere il discorso, senza parlare dell'ergastolo ostativo. Ma andiamo avanti.

Rispetto a questo stato di cose, vi sono segnali, correnti di pensiero che magari anche in modo contraddittorio portano ad un esito di superamento dell'ergastolo. Stuart Mill saggiamente afferma: "Tutta quanta la storia del progresso sociale è stata una serie di transizioni, per cui una usanza, od una istituzione dopo l'altra, dall'essere prima supposta una necessità primaria dell'esistenza sociale, è passata al grado di ingiustizia e di tirannia stigmatizzata dall'universale" (*Utilitarismo*, Torino 1866, pp. 150-151).

Nel tempo vi erano state le prese di posizione di illuminati penalisti come Pietro Nuvolone (*Norma penale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, p.253 ss.) e Francesco Carnelutti (*La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 1 ss.), che puntavano anche sull'argomento dell'errore giudiziario, argomento ora sparito dal dibattito, ma attuale: non si tratta di tantissimi casi, ma ne basta uno per comprendere che l'idea di pena perpetua non deve avere cittadinanza in uno stato di diritto. E sicuramente come 'apostolo' abolizionista dell'ergastolo va citato Emilio Dolcini per gli innumerevoli, preziosi contributi in materia.

Qualcosa si è cominciato a muovere in rapporto all'ergastolo ostativo, che deriva dal combinato disposto degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit. e dell'art. 2 d.lgs. n. 152/1991, conv. con modif. in l. n. 203/1991. L'art. 4-*bis* riguarda il divieto di concessione di benefici per i condannati di taluni delitti. Nel co. 1-*bis* si prevede che la liberazione condizionale non possa essere concessa finché vi siano elementi tali da far ritenere collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica e così via, e per tutta una serie di altri reati.

In direzione di un orientamento, recente, di maggior aderenza ai valori/principi costituzionale in materia vi è stato un intervento della Corte costituzionale, sent. n. 149/2018, che ha dichiarato illegittimo l'art.58-*quater* ord. penit., secondo cui gli autori dei delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di estorsione che abbiano cagionato la morte della persona sequestrata non potevano essere ammessi ad alcuno dei benefici se non avevano espiato almeno i due terzi della pena. Poi vi è stata una sentenza della CEDU del 13 giugno 2019, Viola contro Italia, su cui è tornata la Corte di Cassazione per la sua ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale. Suc-

cessivamente alla sentenza Viola vi è stata anche una sentenza della Corte cost., n. 253 /2019, in tema di concessione di permessi premio. Grossomodo, gli argomenti della Viola e della 253/2019 sono stati alla base della recente ordinanza Corte cost. n. 97/2021.

Nel caso Viola, il ricorrente lamentava la violazione della dignità in rapporto al reinserimento ed al recupero della libertà di un condannato all'ergastolo ostativo che non collabora con la giustizia, ovvero non accusa né si autoaccusa. All'art. 4-*bis* ord. penit. è prevista una presunzione assoluta di pericolosità del soggetto che non potrebbe essere vinta se non dalla collaborazione. La Corte EDU, invece, ritiene legittima la pretesa della collaborazione, ma spinge per una preferibile iniziativa legislativa per una riforma dell'art. 4-*bis* che cerchi *aliunde*, in modo diverso, di valorizzare altre caratteristiche della personalità, diverse dalla pura e semplice collaborazione, indicative della mancanza di pericolosità del condannato.

Il problema è che vi è un'eccessiva enfattizzazione del valore della collaborazione, sia nella sentenza Corte EDU nel caso Viola, sia nella giurisprudenza costituzionale. Si afferma che essa sia sintomo di mancanza di pericolosità, ma essa può essere, al contrario, una strategia, o, peggio ancora, può essere estorta: illuminante il caso della 'collaborazione Guantanamo' di Scarantino a proposito del processo per l'attentato a Borsellino e alla sua scorta che tanti danni ha arrecato all'accertamento della verità e, soprattutto, ai diritti fondamentali di tante persone. Come saggiamente ammoniva Mario Pagano "niuna fede merita quel reo che dalla impunità allettato altri per suoi compagni addita, perciocché la impunità comprandosi a prezzo della denuncia de' delitti e de' complici, sovente il reo cerca la sua saggezza, fingendo delitti ed immaginando complici, non altrimenti che quegli che dee procacciarsi il vivere, spende la falsa, se non ha la vera moneta (*Teoria delle prove* (1786), in appendice a *Principj del codice penale* Milano, 1803, cap XIII, pp.149-150)

Occorre, inoltre, tener conto che sul piano generale la Corte EDU non è contraria all'ergastolo – come pure la Corte costituzionale – ma ritiene che la pena debba essere riducibile, altrimenti si lascia il reo senza speranza, ovvero senza possibilità di inserimento. Considerazioni giuste, nel caso Kafkaris come in quello Vinter, ove si afferma che l'art. 3 CEDU esige che le pene siano riducibili, ossia tali da permettere all'autorità di verificare i progressi del condannato. Il condannato ha diritto di sapere fin dall'inizio dell'esecuzione della pena della possibilità di una eventuale liberazione e delle relative condizioni. Ha il diritto di conoscere il momento in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto. Inoltre, deve essere assicurato che, in caso di esito positivo, il condannato possa tornare in libertà, ed infine il provvedimento dev'essere corredato da una motivazione e dev'essere prevista la possibilità di ricorso giurisdizionale. Tuttavia, il riferimento all'esito positivo comporta che la Corte EDU non sia in generale contro la perpetuità della pena, in caso di esito negativo.

La Corte costituzionale, nella sentenza n.253/2019, relativa a reati ostativi e permessi premio, anticipa gli argomenti impiegati nell'ordinanza n. 97/2021,

affermando che la decisione valga per tutti i reati compresi nel co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit.; la disposizione viene dichiarata incostituzionale nella parte in cui richiede la collaborazione processuale come condizione per l'accesso ai permessi premio, perché la presunzione di pericolosità viene vista quale relativa, cioè da superare se il magistrato di sorveglianza ha acquisito elementi tali da escludere che il detenuto abbia collegamenti con l'associazione criminale o che vi sia il pericolo del ripristino di questi collegamenti. Quindi, la presunzione dev'essere vincibile attraverso la valorizzazione dei percorsi di risocializzazione.

Peraltro, viene da chiedersi, incidentalmente, che cosa si intenda per tali percorsi, visto che lavoro, studio, altre attività intramurarie si vedono con il lumicino nelle patrie galere. Ricordo, ad esempio, una visita presso il carcere di Rossano, in Calabria, ove erano detenuti un gran numero di ergastolani; ci fu mostrata una splendida manifattura di ceramica, che, però, occupava quattro detenuti sui trecento presenti in occasione del Convegno in carcere. Mi piacerebbe che la Corte costituzionale, che si apre a considerazioni quasi di tecnica risocializzante, spendesse qualche parola in relazione alla realizzazione di condizioni effettive perché un percorso di risocializzazione venga favorito.

La Corte afferma che l'incostituzionalità, per contrasto con i principi di ragionevolezza e risocializzazione, della presunzione invincibile va estesa a tutti i reati compresi nel primo comma dell'art. 4-*bis* ord. penit., ben oltre l'associazione di tipo mafioso, ed anche ai reati per cui è prevista una pena diversa dall'ergastolo salvo poi dimenticarsene nell'ordinanza n. 97/2021. Ed opportunamente asserisce che, al di là del problema dell'ergastolo ostativo, è la presunzione in sé ad essere illegittima, perché è corretto premiare chi collabora, ma non è ammissibile punire ulteriormente chi non collabora. Da questo punto di vista la Corte ribadisce la necessità della verifica da parte del magistrato di sorveglianza del chiaro percorso di reinserimento.

Essa afferma anche che una generalizzazione a base statistica consente di rilevare che la mancata collaborazione sia sintomo di attualità dei collegamenti con il sodalizio criminale; ma, in realtà, da questo punto di vista l'argomento non regge, perché non si può ragionare in termini statistici, ma di valutazione individualizzante; tutto sommato, invece, nella prassi si trattano, in modo del tutto sganciato dalla realtà, più i titoli di reato che i singoli fatti ed autori, come dovrebbe avvenire in una prospettiva di prevenzione speciale. Naturalmente, si tengono fermi l'autonomia valutativa del magistrato di sorveglianza e il ruolo dei rilievi del procuratore nazionale e distrettuale antimafia che attestino l'attualità dei collegamenti.

Nonostante tutti quegli ostacoli, è importante il passo avanti che la Corte costituzionale effettua con l'ampliare il campo a tutti i reati e agli autori contemplati dall'art. 4-*bis*, facendo riferimento a scelte di politica criminale non coordinate e accomunate solo da una volontà repressiva, adottate in risposta a fenomeni criminali di volta in volta emergenti, con cui si è esteso l'art. 4-*bis* ad una serie di reati eterogenei; affermazione, questa, del tutto condivisibile.

Tuttavia, sul punto, la Corte si contraddice, successivamente, nell'ordinanza n. 97/2021.

La Corte di Cassazione ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 27 co. 3 e 117 co. 1 Cost., questione di legittimità degli artt. 4-*bis*, 58-*ter* ord. penit. e dell'art. 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modif. in l. n. 203/1991, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art.416-*bis* ovvero al fine di agevolare le associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia. Questa disciplina restrittiva viene valutata sulla base di argomenti già sviluppati sia nella sentenza Viola contro Italia sia nella precedente decisione della Corte cost. n. 253/2019. Cioè, secondo la Cassazione, se ricorrono elementi sintomatici di un possibile ravvedimento, è evidente che essi possono servire a superare la presunzione assoluta di pericolosità. Quindi, aggiunge la Corte, intanto la disciplina dell'ergastolo si mantiene compatibile con la Costituzione, in quanto ai condannati sia concessa la possibilità di ottenere il beneficio della liberazione condizionale; e fa riferimento ancora alla sentenza Viola, che pretende, sul piano della compatibilità dell'ergastolo con il divieto di trattamenti disumani o degradanti, l'esistenza di strumenti per la cessazione di una pena originariamente inflitta per la vita intera, in presenza di significativi passi avanti nel trattamento penitenziario. Secondo la Cassazione, dunque, effettivamente ci sono tutti i presupposti, sia nella Costituzione, sia nella CEDU, perché venga dichiarata l'incostituzionalità delle norme richiamate nella sua ordinanza.

La Corte costituzionale decide in base ad argomentazioni che ripetono quelle già svolte nella sent. n. 253/2019; fa riferimento all'evoluzione della legislazione, citando la l. 25 novembre 1962, che concede la possibilità della liberazione condizionale e ai successivi allentamenti della disciplina, come l'applicabilità della liberazione anticipata, come viatico per raggiungere qualcosa che sembrerebbe, nella decisione della Corte costituzionale un esito più o meno irreversibile, cioè l'abolizione dell'ergastolo. Ma, come abbiamo visto, così non è!

Certo, la Corte ha fatto giustizia di una precedente decisione, 135/2003, che grida vendetta per la sua inconsistenza argomentativa ed assiologico-normativa. In essa la Corte aveva affermato che l'adesione o meno alla collaborazione era una libera scelta del condannato, senza tener conto che questa 'libera scelta' può essere condizionata dai gravi pericoli che può comportare per sé e per i propri familiari. Inoltre, viene ignorato il caso di chi sia innocente, e pur condannato, e dunque non abbia alcun modo di collaborare, a meno di inventarsi qualcosa; e qui la vicenda Scarantino ancora *docet*.

Ammettendo, ora, la possibilità di superare la presunzione legata alla mancata collaborazione, la Corte apre alla possibilità di tener conto di percorsi diversi di reinserimento, relativi ad un ravvedimento, per quel che è possibile verificare attraverso un'osservazione durata molti anni, perché si fa riferimento a persone che hanno scontato 26 anni. Percorsi ben più verifica-

bili rispetto a quelli della collaborazione, che, come abbiamo visto, può avere un valore addirittura criminogeno e può essere meramente strumentale.

La Corte, a questo punto, richiede criteri particolarmente rigorosi, che pur apprezzando la decisione, lasciano perplessi. Sarebbe stato opportuno che la Corte si fosse diffusa in ordine alla rigidità del processo di integrazione sociale, agli elementi di valutazione, mentre l'argomentazione sembra un po' generica; come pure quella relativa ad una decisione non demolitoria, laddove la Corte rinvia al legislatore la gestione dell'incostituzionalità della normativa. Qui non si può essere d'accordo, in primo luogo perché compito della Corte costituzionale è lo scrutinio di conformità o difformità a Costituzione; la Corte non può avere obblighi o preoccupazioni politiche, tant'è vero che in molte decisioni che avevano a che fare con l'offensività o la sussidiarietà la Corte teneva a precisare di non poter entrare nel merito di quelle scelte, perché questo era compito della politica. Ma anche qui, allora, bisognava astenersi dall'entrare in politica, per così dire, affermando che il legislatore potrebbe attrezzarsi per individuare dei rimedi adatti a coloro che sono stati liberati senza aver collaborato. E dunque, la Corte, riprendendo le impeccabili argomentazioni utilizzate nella sent. n. 253/2019, in virtù dei propri poteri officiosi ex art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87, avrebbe dovuto estendere in una sentenza di accoglimento, e non in una anodina ordinanza, gli effetti della sacrosanta decisione sia alla normativa relativa ai condannati all'ergastolo per reati non riconducibili al contesto mafioso, sia a quella relativa ai condannati a pene temporanee per uno o più dei delitti elencati nell'art. 4-*bis* ord. penit.

In ogni caso, la richiesta di rimedi al legislatore che avrebbe giustificato la portata 'non demolitoria' della decisione in effetti appare assolutamente incongrua. In realtà, i rimedi sono ben noti: da un lato, la valutazione del lungo percorso carcerario secondo parametri usualmente adoperati ai fini della liberazione; dall'altro, dopo la liberazione, la libertà vigilata, che ha uno spettro applicativo vastissimo, dipendente proprio dalla individualità del soggetto, dalle circostanze, dal tempo e così via. Quindi, non si comprende quale altro strumento dovrebbe tirar fuori il legislatore che non sia l'attenta valutazione di un lungo percorso di recupero sociale e un'intelligente applicazione della libertà vigilata, un rimedio, per come è conformabile, che risponde adeguatamente a svariate esigenze concrete.

La Corte, dunque, perviene ad una decisione apprezzabile, ma manifesta una prudenza eccessiva; e, come afferma l'Inquisitore, è nel dettaglio che si nasconde il diavolo. La presunzione, infatti, resta: perché è bene ribadire che, secondo la Corte, per i casi di dimostrati e persistenti legami del detenuto con il sodalizio criminale originario, l'ordinamento penitenziario appresta apposito regime all'art. 41-*bis* ord. penit. Dunque, finché opera tale disposizione sussiste la presunzione di pericolosità. Ciò è paradossale, perché sulla base di un giudizio *ex ante* il soggetto viene presupposto come collegato attualmente alla criminalità organizzata e a ben vedere la valutazione di pericolosità attiene di regola a condotte tenute prima della condanna. L'atteggiamento processuale rappresenta un dato storicizzato, estraneo alla dinamica della

fase esecutiva; esso può essere condizionato dall'esito delle indagini o dalla condotta dei coimputati, ad esempio, ma è altra cosa rispetto al percorso che si avvia e prosegue nella fase esecutiva.

La miscela di carcere duro e art. 4-*bis* ord. penit. dovrebbe, in un contesto di risocializzazione, di conformità a Costituzione, sparire. Certamente, senza cedimenti nel contrasto di una pericolosità davvero attuale del soggetto; ma esistono possibilità e forme di controllo che non giungano fino ai limiti della tortura, come nel caso della riduzione a due delle ore d'aria, o della limitazione del diritto a ricevere libri, o di altre restrizioni che non hanno a che vedere con legittime esigenze di sicurezza, a tacer d'altro!

Volendo tirare le somme, un problema è sicuramente l'art. 41-*bis* ord. penit., un problema è sicuramente l'art. 4-*bis* ord. penit., un problema è sicuramente la coazione a collaborare; ma il vero problema è l'ergastolo, l'ergasterion, questa chiusura in luoghi anche fatiscenti, incompatibile con la Costituzione, specialmente con gli artt. 2 e 27 co. 3 Cost.

Sull'ergastolo, una verità la disse Carrara (*Frammento sulla pena di morte*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Lucca 1874, p. 61 ss.), che si batté ardentemente contro la pena di morte e a favore dell'ergastolo, con un argomento che a me è parso addirittura l'unico spendibile a favore della pena di morte! Carrara, in sintesi, affermava che la pena di morte costituisse un esito molto favorevole per il condannato, che in un attimo si libera della sofferenza; mentre l'ergastolo, per noi cristiani – prosegue Carrara – significa soffrire, pagare giorno per giorno tutte le proprie colpe fino alla fine della vita. Aveva ragione, ma tutto questo, almeno per noi laici, è qualcosa di contrario alla natura umana, è orribile!

Vi sono Paesi come il Portogallo che prevedono un massimo di 20 anni di pena detentiva. Certo, si obietterà che la nostra realtà è diversa, tenendo conto della criminalità organizzata. Ma non è l'ergastolo a trattenere dalla commissione di reati: quest'ultima è una variabile indipendente dalla misura della pena. Quindi, quanto all'ergastolo, non resta che abolirlo.

Purtroppo questa ordinanza della Corte rappresenta, al di là di contenuti anche apprezzabili, una importante occasione mancata, un grave incidente di percorso, almeno per due motivi: da un lato, perché pur riconoscendo l'incostituzionalità della normativa in esame, la Corte si assume la responsabilità di rinviare, nella migliore delle ipotesi, di un anno l'avvio di un percorso di libertà per chi ne avrebbe diritto e, dall'altro, si affida ad un legislatore che, attualmente, non pare avere molto a cuore le ragioni dello stato di diritto, e che potrebbe rendere ancora più ardua la via dell'abolizione delle norme in questione: le prime, sconcertanti avvisaglie sembrano confermare queste sensazioni.

In conclusione, la Corte costituzionale ha scritto, a mio avviso, una pagina della sua storia di cui certo non potrà essere orgogliosa.

## IMPROCEDIBILITÀ: ALLA RICERCA DI UNA POSSIBILE NOMOFILACHIA

Giorgio Spangher\*

Il confronto di opinioni sulla decisione di improcedibilità dell'art. 344-*bis* c.p.p. introdotto dalla l. n. 134 del 2021 sta registrando alcune convergenti opinioni: pur non mancando, naturalmente, i dissensi, anche autorevoli e motivati.

Dovrebbero ritenersi prevalenti i convincimenti sull'autonomia del comma 4 dal comma 5 dell'art. 2 della cit. l. n. 134, in materia di regime transitorio.

Nonostante alcune diverse opinioni non pare suscettibile di operare il cpv. dell'art. 129 c.p.p., in mancanza di adeguata copertura normativa.

Difficilmente superabile l'opinione della irretroattività della nuova decisione anche perché a differenza della giurisprudenza costituzionale spesso citata a supporto della tesi contraria la nuova disciplina ha una specifica previsione transitoria (1.1.2020), peraltro razionalmente giustificata, essendo chiaramente riferibile all'entrata in vigore della l. n. 3 del 2019.

Due punti sembrano anche da considerare significativi: la differenza tra prescrizione sostanziale e improcedibilità (che spesso si camuffa – come detto – da prescrizione processuale o cronologica) stante almeno la previsione differenziata dell'art. 578, comma 1-*bis*, c.p.p., altrimenti non giustificabile; la diversità anche con le altre situazioni di improcedibilità in relazione all'esercizio dell'azione penale, nel caso dell'art. 344-*bis* c.p.p., invece, regolarmente esercitata.

Le tre previsioni sono diverse ed il non luogo, come emerge dagli artt. 529 e 531 c.p.p. va specificato in relazione al loro diverso presupposto.

Oltre alle varie situazioni processuali che la norma può coinvolgere, alla sua stessa legittimità (ai sensi degli artt. 101 e 112 Cost.), al sistema delle proroghe, resta aperta soprattutto la questione del rapporto tra inammissibilità e improcedibilità. Si tratta di un aspetto teorico, dai risvolti significativamen-

\* Professore Emerito di Diritto Processuale Penale, Università La Sapienza di Roma.



te pratici: l'improcedibilità travolge le decisioni impugnate; l'inammissibilità, le fa diventare irrevocabili ed esecutive (con i limiti di cui si dirà della impugnabilità).

La questione si prospetta nel caso in cui il giudice deve dichiarare l'improcedibilità essendo scaduti i tempi del giudizio a fronte di una impugnazione inammissibile, ancorché qualche problema – come si dirà – potrebbe porsi anche nel caso in cui l'inammissibilità sia pronunciata prima della scadenza dei termini e la relativa decisione venga impugnata.

A tempi brevi – nel regime transitorio – la questione potrebbe essere agevolmente superata nei fatti, sicuramente ai sensi del comma 5 dell'art. 2 l. 134 del 2021, stante gli ampi tempi di smaltimento, ma anche nel caso del comma 4, se pur solo in cassazione, in sede di esame preliminare di ammissibilità.

Tuttavia, restando la questione comunque prospettabile, è necessario indicare una possibile soluzione al problema, in ordine al quale tuttavia, un punto fermo, alla luce dell'art. 648 c.p.p. può dirsi raggiunto in relazione all'impugnazione proposta fuori termine: il giudicato non permette una declaratoria di improcedibilità.

Fermo restando, per le riferite diversità strutturali, le differenze con estinzione del reato per prescrizione e della conseguente inapplicabilità della giurisprudenza delle Sezioni Unite che ha progressivamente regolato il relativo rapporto con l'inammissibilità, facendo prevalere quest'ultima, fatta salva l'ipotesi della pena illegale, così definita dalla Corte costituzionale, le tesi contrapposte possano essere così delineate.

La soluzione che fa prevalere l'improcedibilità sull'inammissibilità considera che il decorso del tempo delinea lo spazio decisorio del giudice, esaurito il quale non gli residuerebbe nessun potere deliberativo (anche l'art. 578, comma 1 *bis*, c.p.p. si configurerebbe solo per una mera trasmissione degli atti). Confermerebbe questo dato l'irrelevanza dell'atto di impugnazione al quale non si fa alcun riferimento nell'art. 344-*bis* c.p.p.

Questo dato è vero e si evidenzia nel caso in cui l'atto di gravame pervenga sia prima, sia dopo il tempo astrattamente previsto dal legislatore per il decorso del tempo massimo per la sua "definizione".

Se nel primo caso, il giudice dovrebbe poter decidere anche anticipatamente, fermo il limite massimo, ove non ritenesse di attendere, escludendosi la possibilità di scorporare quel periodo, nel caso dell'arrivo tardivo, potrebbero determinarsi le condizioni per la proroga del tempo massimo, se non già scaduto.

In ogni caso, a prescindere da questi elementi, pur significativi, non può negarsi che il tempo per la "definizione", rileva solo se c'è un atto di gravame da valutare; diversamente, esso opera inutilmente. In altri termini, senza un atto di impugnazione, quel tempo non rileva: scorre inutilmente e non ci sarà nessuna declaratoria di improcedibilità *ex art. 344-bis* c.p.p. e nessuna decisione intermedia.

La sentenza non impugnata o tardivamente impugnata diventerà definitiva ed il trascorrere di quel tempo sarà stato irrilevante.



È per effetto della presenza nel processo dell'atto di impugnazione che rilevano quei tempi che il legislatore ha fissato per la definizione del giudizio di gravame entro l'arco temporale che intercorre fra quello di cui al comma 3 dell'art. 344-*bis* c.p.p. ed il giorno antecedente per la definizione: in questo spaziotemporale il giudice ha pienezza di poteri (merito e inammissibilità), eccettuata la possibilità di dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione.

Diversamente si devono considerare gli effetti di una impugnazione che sia stata proposta e che abbia investito il giudice dell'impugnazione e che abbia visto decorrere i tempi assegnati per la sua definizione. Problema che non si pone con riferimento ai reati che non consentono l'improcedibilità. Invero, l'inammissibilità dell'atto costituisce un prima, rispetto alla declaratoria temporale che precluderebbe il suo stesso decorso. Il tempo della decisione fissato dal legislatore nella prospettiva di un atto di gravame sarebbe condizionato dall'atto proposto in relazione al quale ha fissato il tempo della definizione, con la conseguenza di valutarne anche la validità.

Il discorso, anche alla luce della diversa opinione, forse potrebbe essere considerato nella prospettiva dei poteri che il decorso del tempo conserva al giudice. Sembra doversi riconoscere al giudice, anche a termini scaduti, alcuni poteri non esauriti con il passare del tempo assegnatogli.

Al di là di quanto previsto dall'art. 578, comma 1-*bis*, (ed inoperatività dell'art. 622 c.p.p.), non può escludersi che il giudice debba valutare la qualificazione del fatto in relazione al tempo massimo a sua disposizione.

Va sottolineato che nel caso in cui si acceda alla tesi della prevalenza della declaratoria di inammissibilità su quella di improcedibilità questa ultima decisione se non condivisa sarà suscettibile di impugnazione, come per l'ipotesi opposta sarà gravata la sentenza di improcedibilità che non abbia dichiarato l'inammissibilità.

Il discorso si salda con le situazioni nelle quali la declaratoria di inammissibilità dichiarata entro i termini ordinari, sia impugnata.

Con riferimento all'appello, in caso di ricorso contro la decisione, in caso di rigetto, la decisione diventerebbe definitiva (art. 648 c.p.p.), in caso di accoglimento da parte del Supremo Collegio, bisognerebbe vedere se il giudice d'appello sia in tempo per decidere, altrimenti si riprospetta, salva la possibilità di ritenere i termini sospesi, proprio il tema del rapporto tra inammissibilità e improcedibilità.

Non può escludersi che sia la Cassazione, nel contesto di un ricorso ammissibile a riconoscere (d'ufficio o su istanza di parte) l'inammissibilità dell'appello, non dichiarata in precedenza (in via ordinaria, cioè, entro i termini) con conseguente definizione del processo.

Il tema prospetta risvolti diversi in caso di inammissibilità dichiarata dal Supremo Collegio, anche in questo caso considerando le ipotesi di un ricorso con possibile declaratoria di accoglimento o di rigetto.

Al riguardo, è necessario considerare quanto previsto dall'art. 610, comma 5-*bis*, c.p.p.

Invero, se la Cassazione decide entro il termine massimo, si prospettano due ipotesi: la prima vede la questione definita; la seconda riguarda l'operatività dell'art. 610 c.p.p. e l'esito di un eventuale ricorso, di rigetto o di accoglimento, riproponendosi le soluzioni già indicate.

Il tema riguarda, pertanto, le ipotesi delle possibili declaratorie esauriti i tempi massimi che, tuttavia, sono definite nei contenuti decisi dal Supremo Collegio, non essendo le sue decisioni ordinariamente impugnabili.

# IMPROCEDIBILITÀ E RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO\*

Paolo Ferrua\*\*

**Sommario:** **1.** Origine della 'improcedibilità' nella riforma 'Cartabia': una vicenda di agghiacciante comicità. - **2.** I precedenti progetti sulla prescrizione processuale. - **3.** L'improcedibilità, ovvero l'evaporazione del processo. - **4.** Discriminazioni tra imputati. - **5.** I poteri di proroga e le scelte di politica criminale. - **6.** Improcedibilità e azione civile. - **7.** Improcedibilità e proscioglimento nel merito. - **8.** Il regime temporale dell'improcedibilità. - **9.** Il rapporto tra inammissibilità e improcedibilità. - **10.** Improcedibilità e *ne bis in idem*. - **11.** Conclusione.

«Imporre tempi massimi; due anni nel primo grado, escluse le indagini preliminari; altrettanti in appello; idem davanti alla Cassazione, e il processo svanisce appena superi una delle tre soglie. Alta stregoneria. Che io sappia [...] non era mai avvenuto; infatti, mancano le parole tecniche con cui dirlo: chiamiamola sopravvenuta improcedibilità, non risultando una sentenza tempestiva; ad esempio, il termine scade dopo la condanna confermata in appello; accusa, prove, due condanne, sprofonda tutto nella curva dell'oblio, come i sogni dissipati dall'alba. Fenomeno inaudito (l'estinzione del processo civile non scalfisce diritti delle parti né toglie effetto alle sentenze), e ripugna al sistema: l'obbligo del pubblico ministero (art. 112 Cost.) implica azioni irretrattabili; le ruote del processo girano da sole fino alla decisione sul reato. Finché esista l'art. 112 Cost. i processi non svaniranno d'incanto ai rintocchi della mezzanotte: quel pubblico ministero ha agito perché doveva; l'effetto è irreversibile; tribunale o corte competenti giudicheranno, assolvendo o condannando, salvo che un'amnistia o il tempo criminofago inghiottano l'ipotetico reato».

Franco Cordero, *I mostri del processo breve*, in *la Repubblica*, 24-11-2009.

\* Testo della relazione svolta al convegno annuale dell'associazione tra gli studiosi del processo penale "G.D. Pisapia" (*Alla ricerca di un processo penale efficiente* 21-22 gennaio 2022). Il lavoro sarà pubblicato sul fascicolo 2/2022 di Cassazione penale, che si ringrazia per avere consentito di anticipare la pubblicazione *on line* su questa Rivista.

\*\* Professore emerito di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Torino.

## 1. Origine della ‘improcedibilità’ nella riforma ‘Cartabia’: una vicenda di agghiacciante comicità.

Per quanto possa riuscire spiacevole, penso che qualsiasi discorso sulla improcedibilità obblighi anzitutto a ricordare la sua indecorosa origine nel nostro ordinamento, che ha visto la politica scendere al suo più basso livello. Questo è il solo modo per convertire la domanda dettata dallo stupore – “Com’è possibile che si sia scelta la prescrizione sostanziale in primo grado e quella processuale in sede di impugnazione?” – in spiegazione: “quale vantaggio offriva dopo il primo grado la improcedibilità rispetto alla prescrizione sostanziale?”

La risposta è di agghiacciante comicità: i ministri pentastellati, pur costretti dal timore delle elezioni anticipate ad accettare emendamenti alla riforma Bonafede, che aveva soppresso la prescrizione dopo il primo grado, intendevano proteggere quella riforma almeno sul piano linguistico, opponendosi a qualsiasi istituto che contenesse la parola ‘prescrizione’. La sventura della prescrizione sostanziale è stata di non potersi chiamare con un nome diverso da ‘prescrizione’; di qui la ‘luminosa’ idea di ricorrere alla prescrizione processuale che aveva la fortuna di potersi anche designare come ‘improcedibilità’, attraverso uno slittamento metonimico dalla causa verso l’effetto<sup>1</sup>. Consolati dalla prospettiva di proclamare ai quattro venti la sopravvivenza della legge Bonafede nella parte in cui aveva soppresso la ‘prescrizione’, i pentastellati si sono convinti ad accettare la proposta.

Di questa triste vicenda, ignorata dagli atti ufficiali e, quindi, destinata a sparire nel nulla, se non si provvede a consegnarla alla storia – troviamo un’indiretta, ma eloquente, traccia in un articolo di Liana Milella su la Repubblica del 6 luglio 2021: «*Via quella parola – “prescrizione” – protagonista dell’ormai biennale diatriba sulla giustizia. Dalle stanze della ministra della Giustizia Marta Cartabia è uscito il nuovo vocabolo che dominerà il dibattito tra i partiti sulla riforma penale. La parola è “improcedibilità”. Si chiamerà così il meccanismo giuridico destinato a sostituire il “fine processo mai” dell’ex guardasigilli Alfonso Bonafede con la prescrizione bloccata in primo grado*».

Contemplato l’abisso della politica, veniamo ai profili giuridici dell’improcedibilità.

## 2. I precedenti progetti sulla prescrizione processuale.

L’istituto della prescrizione processuale, prima di essere recepito nella riforma ‘Cartabia’, era stato accolto in alcuni disegni di legge, tutti decaduti,

---

<sup>1</sup> FERRUA, *La singolare vicenda della “improcedibilità”*, in *Il Penalista*, 27.8.2021. Più di recente, sulla riforma Cartabia v. LA ROCCA, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 3; MOSCARINI, *L’istituto della prescrizione ed il “giusto processo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1446 s.

presentati nella XV e XVI legislatura: nel ddl S/878 del 26 luglio 2006, d’iniziativa dei senatori Brutti, Finocchiaro ed altri («Abrogazione della legge 5 dicembre 2005, n. 251, e disposizioni in materia di prescrizione del reato»); ddl S/260 del 20 giugno 2001, d’iniziativa dei senatori Fassone, Ayala ed altri («Nuova disciplina della prescrizione del reato»); nel ddl S/2699 del 22 gennaio 2004, d’iniziativa dei senatori Fassone, Ayala ed altri («Disposizioni in materia di prescrizione del reato alla luce del principio di “ragionevole durata” del processo»); nel ddl S/1880 del 12 novembre 2009, d’iniziativa dei senatori Gasparri, Quagliariello ed altri («Misure per la tutela del cittadino contro la durata indeterminata dei processi, in attuazione dell’articolo 111 della Costituzione e dell’articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali»); e, ancora, nel disegno di legge delega presentato al Ministro della Giustizia il 19 dicembre 2007 dalla Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale presieduta dal prof. Giuseppe Riccio.

Da cosa prende spunto in questi progetti l’idea della prescrizione processuale? Da una constatazione di per sé corretta, ma alimentata, per l’appunto, dall’equivoco che la prescrizione sostanziale serve a garantire la ragionevole durata del processo. Più in particolare, si osserva come la prescrizione sostanziale operi, in un certo numero di casi, ora per eccesso ora per difetto. Per eccesso, quando essendo scoperto il reato con notevole ritardo rispetto alla commissione del reato, il tempo rimasto a disposizione del processo appaia del tutto insufficiente. Per difetto, quando essendo scoperto immediatamente o quasi il reato, il tempo riservato al processo risulti, invece, troppo esteso.

Sarebbe un discorso ineccepibile, se il fine della prescrizione sostanziale fosse quello di garantire la ragionevole durata del processo; ma destinato a rivelarsi fallace se si bada alle due effettive finalità della prescrizione sostanziale: da un lato, la funzione rieducativa della pena che sarebbe frustrata se la pena fosse eseguita a troppa distanza dalla commissione del fatto; dall’altro, l’oblio che il decorrere del tempo determina sulla memoria del reato, riducendo progressivamente l’interesse alla sua persecuzione. Tanto la funzione rieducativa della pena quanto l’oblio sulla memoria del reato, connesso al trascorrere del tempo, esigono che i termini di prescrizione siano misurati non sulla durata del processo ma sulla distanza tra il tempo di commissione del reato e quello di espiazione della pena; dunque, è solo in rapporto a quei due estremi che va valutata l’adeguatezza dei termini di prescrizione.

Nasce da questo fraintendimento l’idea della prescrizione processuale scandita sui tempi del processo, con la pretesa di assicurare la ragionevole durata; ma, naturalmente, destinata ad operare dall’esordio del procedimento che, a seconda della prospettiva seguita, può essere identificato nell’inizio

delle indagini preliminari o nell'esercizio dell'azione penale; non certo, come accade con la riforma Cartabia, solo a partire dalla fase delle impugnazioni<sup>2</sup>.

### 3. L'improcedibilità, ovvero l'evaporazione del processo.

Quando un istituto viene accolto ed un altro messo al bando solo per i nomi che li designano, non c'è da meravigliarsi se si aprono insanabili contraddizioni rispetto al sistema e ai principi costituzionali che lo governano. A differenza della prescrizione sostanziale che persegue le finalità appena enunciate, l'improcedibilità *pretende* di garantire la ragionevole durata del processo. Ma è proprio questa pretesa a porla in conflitto con diversi articoli della Costituzione, per la semplice ragione che il fondamentale valore della ragionevole durata non può essere perseguito fissando termini massimi, decorsi i quali il processo si dissolva con una sentenza di improcedibilità.

La questione, il punto da dibattere, infatti, non è il fondamentale valore della ragionevole durata – che è fuori discussione – ma *come* realizzarlo. L'art. 111 comma 2 Cost. demanda genericamente alla legge il compito di assicurare la ragionevole durata del processo, guardandosi bene dall'indicare i mezzi. Pare evidente, tuttavia, che il precetto costituzionale intenda alludere a interventi positivi di tipo acceleratorio, ossia volti a propiziare, nel rispetto delle garanzie, la tempestiva conclusione del processo – dalla depenalizzazione alla fluidità delle fasi preliminari al dibattimento – interventi dei quali, sia detto di sfuggita, non si vede neanche l'ombra nella riforma 'Cartabia'; non certo ad una mannaia che, per il mero decorso del tempo, si abbatta sul processo, segnandone la fine con la più nichilistica e vuota delle immaginabili conclusioni. Un conto è restituire la libertà all'imputato, quando la custodia superi certi termini, come giustamente esige l'art. 13 ultimo comma Cost.; altro è liquidare il processo per intempestiva conclusione.

Ciò premesso, il precetto più vistosamente contraddetto dalla improcedibilità è l'art. 112 Cost. relativo all'obbligatorietà dell'azione penale, disposizione espressa come regola e, quindi, insuscettibile di bilanciamento con il principio della ragionevole durata del processo<sup>3</sup>. L'azione è una domanda, e in tanto ha senso definirla obbligatoria in quanto al suo valido esercizio segua l'obbligo del giudice di rispondere accertandone la fondatezza. Sul piano delle situazioni soggettive l'atto normativo del pubblico ministero, in cui si esprime il potere di azione, determina il dovere del giudice di pronunciarsi sul suo oggetto, assolvendo o condannando: la persecuzione dei reati non è materia disponibile. All'obbligo di decidere nel merito non deroga in alcun modo la prescrizione sostanziale: ovvio, infatti, che, se sopraggiunge

---

<sup>2</sup> Sulla commistione tra prescrizione sostanziale e processuale v., criticamente, ORLANDI, *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in tema di prescrizione*, in *disCrimen*, 16 luglio 2021; SPANGHER, *Dubbi molto ragionevoli*, in *Giustizia insieme*, 20 agosto 2021.

<sup>3</sup> Per lo meno sino a quando non si aggiungano al testo dell'art. 112 Cost. le parole: «nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge».

una causa estintiva del reato<sup>4</sup>, l'azione penale perda fondamento e l'imputato sia prosciolto dall'accusa con una sentenza di merito, essendo per l'appunto estinto il reato.

Quando il processo subisca ingiustificati ritardi, si possono ipotizzare varie misure riparatorie dal risarcimento dei danni agli sconti di pena. Non è, invece, ammissibile che, restando in vita l'ipotesi di reato e validamente esercitata l'azione penale, il processo evapori e svanisca nel nulla con una sentenza di sopravvenuta improcedibilità temporale; con il risultato che prove, eventuali condanne e risarcimento del danno, tutto si dissolve, e dello svaporante processo resta solo il fumo<sup>5</sup>. Esito ribelle ad ogni inquadramento giuridico, in-classificabile nel senso letterale della parola, perché contiene in sé due opposti, fra loro inconciliabili in regime di obbligatorietà dell'azione penale: l'estinzione del processo e la permanenza dell'ipotetico reato. Il decorso del tempo può solo operare come causa estintiva del reato, in assenza della quale l'estinzione del processo si risolve in un tipico esempio di giustizia denegata; 'tempestiva' è la modalità, la qualità avverbale di una giustizia che garantisca in tempi ragionevoli la decisione sul fondamento dell'accusa.

Per questa ragione Cordero ritiene che, insieme all'art. 112, l'improcedibilità per decorso del tempo offenda anche l'art. 101 comma 2 Cost.<sup>6</sup>. Tesi più che plausibile, anche se, a ben vedere, si tratta sempre di una conseguenza connessa all'obbligatorietà dell'azione penale, dalla quale deriva l'indisponi-

<sup>4</sup> Sull'impropria inclusione della sentenza che dichiara estinto il reato fra le decisioni di non doversi procedere, v. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 976, 985, il quale correttamente la qualifica come sentenza di assoluzione (proscioglimento e assoluzione sono termini sinonimi, entrambi contrapposti alle sentenze meramente processuali o di non doversi procedere). Sulle cause estintive del reato come fenomeni attinenti al merito del processo, v., vigente il codice abrogato, DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, 131 s.

<sup>5</sup> Per un più ampio sviluppo del tema v. FERRUA, *Improcedibilità: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, n. 1 (in corso di pubblicazione), nonché, con riguardo ai precedenti progetti sulla prescrizione processuale, *Id.*, *Il 'giusto processo'*, III ed., Bologna, 2012, p. 117 s.; *Id.*, *Il modello costituzionale del pubblico ministero e la curiosa proposta del processo breve*, in *Questione giustizia*, 2010, 2 s.

<sup>6</sup> CORDERO, *Procedura*, cit., 1295: «Il comma 2 [dell'art. 111 comma 2 Cost.] contiene una seconda frase sul processo: "la legge ne assicura la ragionevole durata". "La legge ne assicura la ragionevole durata" (art. 111 comma 2 Cost.): «Sarebbe interessante sapere come: una mannaia *pro reo*, nel senso che a date scadenze debba essere assolto, manderebbe al diavolo vari articoli della Carta, dal 101 comma 2 al 112, convertendo gli affari penali in partite d'astuzia defatigatoria; sta bene scarcerarlo, ma assolverlo equivale a chiudere bottega; *Dike* vada altrove. La offendono anche i processi torbidi, eccome. Costituisce diritto elementare essere giudicati senza ingiustificato ritardo. L'unico rimedio pensabile qui sarebbe un risarcimento del danno da processo iniquamente lento [...]. Quando la durata del tal processo risulti irragionevole, sebbene nessuno vi abbia colpa, è pensabile che ne risponda lo Stato in quanto lo dica una norma».

Nel senso di un contrasto con l'art. 101 comma 2 Cost., v. anche SPANGHER, *Intervento*, in *Gli incerti approdi della riforma del processo penale: irretroattività e regime transitorio della declaratoria di improcedibilità (Seminario su piattaforma telematica del 21 dicembre 2021)*, il quale, tuttavia, non ritiene leso l'art. 112 Cost.

bilità della regiudicanda e, quindi, il dovere del giudice di decidere sull'accusa validamente promossa<sup>7</sup>. Che i precetti relativi all'obbligatorietà dell'azione e alla stessa soggezione del giudice alla legge siano, nella realtà del processo, alquanto misconosciuti dalle scelte discrezionali del pubblico ministero e dalle interpretazioni creative del giudice, non è ancora una ragione per affievolirli ulteriormente; pena il rischio che sulle disposizioni costituzionali si abbatta un gran discredito.

Qualcuno obietterà che il sistema processuale prevede varie condizioni di procedibilità, riconosciute come legittime dalla Corte costituzionale; genere al quale apparterebbe anche la qui criticata prescrizione processuale. Vero; infatti, l'incostituzionalità non riguarda qualsiasi condizione di procedibilità e tanto meno qualsiasi sentenza meramente processuale o di improcedibilità: riguarda specificamente l'improcedibilità per *mero decorso del tempo*. Le condizioni di procedibilità si giustificano solo in particolari situazioni, per lo più legate alla tipologia o alle modalità del reato, tali da impedire l'esercizio dell'azione penale (o la sua prosecuzione, come nel caso dell'autorizzazione a procedere che in realtà si risolve nella richiesta di un permesso d'agire<sup>8</sup>). Quanto alla improcedibilità legata al segreto di Stato, deriva dal vuoto probatorio che si determina con la conferma del segreto; il ricorso alla 'improcedibilità', anziché al proscioglimento per mancanza di prove sufficienti alla condanna, serve proprio a sottolineare che la lacuna dipende da una scelta consapevole del potere politico, suscettibile di successiva modifica, nel qual caso troverebbe applicazione il secondo comma dell'art. 345 c.p.p. (*infra* par. 10).

Al di là di queste ipotesi del tutto particolari, quando l'azione sia stata validamente esercitata, il decorso del tempo deve esplicitare il suo effetto negativo sull'interesse persecutorio *solo* sotto il profilo dell'estinzione del reato; e non è pensabile di duplicarne la rilevanza, erigendolo *anche* a causa di improcedibilità.

Infine, come si vedrà tra breve, l'improcedibilità temporale apre un dilemma destinato a risolversi in un circolo vizioso tra diversi profili di illegittimità costituzionale. Da un lato, la previsione per legge di termini rigidi riesce palesemente irragionevole nella parte in cui non tiene conto delle peculiarità dei singoli processi, quanto a complessità probatoria e numero di imputati, variabili dalle quali sarebbe insensato prescindere nell'individuare i parametri per una tempestiva conclusione. Dall'altro, rimettere ai giudici, attraverso il sistema delle proroghe, la possibilità di adattare la durata massima alle esigenze dei singoli processi equivale a renderli arbitri della decisione se proseguire il processo sino alla decisione di merito o troncarlo con la dichiarazione di improcedibilità; insomma, a consegnare alla giurisdizione scelte di politi-

---

<sup>7</sup> Ad imporre al giudice la dichiarazione di improcedibilità è la legge, ma quella stessa legge contrasta con il dovere di decidere sul fondamento dell'accusa, derivante dall'art. 112 Cost.

<sup>8</sup> Così CORDERO, *Procedura*, cit., 416 s.



ca criminale esorbitanti dalle sue funzioni. Dunque, è nella stessa previsione dell'improcedibilità temporale o prescrizione processuale che si annida l'illegittimità costituzionale, sia che derivi dall'obbligatorietà dell'azione penale, sia che dipenda dall'esercizio della funzione giurisdizionale o dal controllo sulla ragionevolezza.

#### 4. Discriminazioni tra imputati.

Veniamo ai singoli profili della disciplina. La riforma non si limita a prevedere termini variabili a seconda della tipologia di reato, ma sottrae i reati punibili con l'ergastolo alla declaratoria di improcedibilità e consente proroghe illimitate per altri gravi reati, aprendo in entrambi i casi la porta proprio a quel processo potenzialmente interminabile che si imputava alla riforma Bonafede.

A dare il via alle discriminazioni tra imputati sono stati i ministri pentastellati, destinati ad assumere anche in questo caso il ruolo di Re Mida alla rovescia. Avendo nell'intimo compreso che era stata loro offerta, sotto il nome di improcedibilità, null'altro che una prescrizione processuale, più minacciosa ancora per le sorti del processo di quella sostanziale, sono insorti reclamando, per i reati di criminalità organizzata, proroghe illimitate ai termini di durata massima del processo. Decise a non lasciare a costoro il merito della riforma, le altre forze della maggioranza, colte da una sorta di eccitazione morale, sono a loro volta intervenute proponendo termini differenziati per questa o quella tipologia di reato: con il risultato che si è giunti a dividere i reati in ben quattro categorie, da quelli radicalmente sottratti all'improcedibilità a quelli sottoposti ad un variabile regime di proroghe<sup>9</sup>.

Sono scelte difficilmente compatibili con gli artt. 3, 27 comma 2 e 111 comma 2 Cost. Un istituto, come l'improcedibilità, che *pretende* - con tutte le riserve che suscita la parola - di garantire la ragionevole durata del processo, deve necessariamente garantirla a tutti gli imputati, quale che sia il reato a loro attribuito. Il precetto costituzionale sulla ragionevole durata del processo non consente alcuna discriminazione né per categorie di imputati né per tipologia di reati; senza dimenticare che anche gli imputati dei più gravi delitti potrebbero essere innocenti, ingiustamente accusati.

È vero che anche la prescrizione sostanziale non opera per i reati punibili con l'ergastolo. Tuttavia, l'eccezione - assai più limitata, benché suscettibile di critica - può trovare una qualche giustificazione sul presupposto che vi siano crimini sottratti alla possibilità di oblio e in rapporto ai quali si renda comunque necessaria una rieducazione del colpevole; discorso che in nessun modo può limitare il diritto alla ragionevole durata del processo, incondizionatamente riconosciuto dall'art. 111 comma 2 Cost.

<sup>9</sup> In termini critici sul regime differenziato per categorie di reati, v. SCALFATI, *La durata del processo non può dipendere dalla qualità del delitto*, in *Il Dubbio*, 29 luglio 2021.

## 5. I poteri di proroga e le scelte di politica criminale.

Ai sensi del nuovo comma 4 dell'art. 344-*bis* c.p.p., «quando il giudizio di impugnazione è particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare», i termini sono prorogati, con ordinanza motivata del giudice precedente, ricorribile in cassazione, «per un periodo non superiore a un anno per l'appello e a sei mesi per il giudizio di cassazione»; ulteriori proroghe possono essere disposte per determinate categorie di reati ivi contemplate e distinte a seconda che i periodi di proroga non possano superare complessivamente tre anni nel giudizio di appello e un anno e sei mesi nel giudizio di cassazione o siano invece reiterabili *sine die*.

La diversa dizione della legge – nel primo caso, i termini «sono prorogati», negli altri, le proroghe «possono essere disposte» – è di scarsa rilevanza. Si è, infatti, sempre in presenza di un potere-dovere di carattere discrezionale, che il giudice esercita tramite una complessa valutazione di cui la legge si limita a fissare i parametri. Contro l'ordinanza che dispone la proroga, «l'imputato e il suo difensore possono proporre ricorso per cassazione, a pena di inammissibilità, entro cinque giorni dalla lettura dell'ordinanza, in mancanza, dalla sua notificazione» (art. 344-*bis* comma 5 c.p.p.).

Il sistema delle proroghe è stato criticato per la impropria, pesante responsabilità a cui si trova esposto il giudice nel disporle e definirne la durata<sup>10</sup>; nonché per il prevedibile aggravio di lavoro che deriva alla Cassazione davanti alla quale sono impugnabili le proroghe. Critiche più che fondate. Affidare ai giudici il potere-dovere di disporre le proroghe – data la vaghezza dei criteri a cui è ancorato il suo esercizio – equivale a renderli arbitri della decisione se consentire o impedire la prosecuzione dell'azione penale; si consegnano così alla giurisdizione scelte di politica criminale che non le competono, relative alla perseguibilità dei reati.

Ad opporsi a queste scelte è ancora una volta l'indisponibilità della *regiudicanda*: il giudice, tenuto a dare una risposta all'azione validamente esercitata, viene investito del potere discrezionale di concedere o negare la proroga. Poco importa che il potere di scelta gli derivi dalla legge: nella gerarchia delle fonti è questa stessa legge a rivelarsi incostituzionale proprio nella parte in cui consente al giudice di troncane il processo, senza pronunciarsi sul fondamento dell'accusa.

Si apre qui una grave contraddizione: la fissazione di termini rigidi riesce inadeguata rispetto alle peculiarità del singolo processo; ma, a sua volta, il potere di proroga affidato al giudice esorbita dalle sue tipiche funzioni per le ragioni appena esposte. Il vizio non sta, dunque, nella circostanza che i

---

<sup>10</sup> Rossi, *Lasciar decidere il giudice sulla durata dei processi: cancellate quest'assurdità*, in *Il dubbio*, 3 agosto 2021.

termini siano rigidi o flessibili, ma nel fatto stesso di prevedere termini a pena di improcedibilità.

Nella prassi, tutto lascia prevedere che le proroghe saranno governate da automatismi, ogni qual volta l'alternativa alla loro concessione sarebbe la declaratoria di improcedibilità, con possibili riflessi sulla responsabilità del giudice per la mancata definizione del processo con una sentenza di merito; e analogo fenomeno tenderà a riprodursi in sede di ricorso in cassazione contro l'ordinanza che dispone la proroga. Il diniego o l'annullamento della proroga riguarderà essenzialmente i casi in cui la legge non l'avrebbe consentita, a prescindere dalla complessità del caso<sup>11</sup>.

## 6. Improcedibilità e azione civile.

Il nuovo comma 1-*bis*, aggiunto dalla riforma 'Cartabia' all'art. 578 c.p.p., afferma che «quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare improcedibile l'azione penale per il superamento dei termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 344-*bis*, rinviano per la prosecuzione al giudice civile competente per valore in grado di appello, che decide valutando le prove acquisite nel processo penale» (art. 2 lettera *b*), l. 27 settembre 2021, n. 134)<sup>12</sup>.

È una netta deviazione dalla disciplina contenuta nel comma 1 del medesimo articolo, secondo cui «quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione, decidono sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili».

Si discute se, in base alla nuova disposizione, il giudice civile d'appello decida *ex novo* o come giudice dell'impugnazione rispetto alle statuizioni civili contenute nella sentenza penale. Il quadro normativo appare, a dir poco, contraddittorio. La parola «prosecuzione» potrebbe orientare nel secondo senso; e *idem* la circostanza che si tratti di un giudice di appello. In realtà, il

<sup>11</sup> Il meccanismo della improcedibilità e delle proroghe è, d'altronde, destinato a generare questioni interpretative di incerta soluzione. Non è chiaro se, in caso di ricorso del pubblico ministero contro la sentenza di improcedibilità disposta in appello, la Cassazione sia autorizzata, in base ai parametri fissati dalla legge, a sindacare la decisione del giudice di non disporre la proroga, nonostante ve ne fossero i presupposti; né cosa avvenga, sempre in caso di ricorso del pubblico ministero, quando l'improcedibilità fosse stata, per errore di computo, dichiarata prima della effettiva scadenza dei termini massimi; né, infine, in caso di annullamento della sentenza di improcedibilità con rinvio al giudice di appello, se i termini massimi decorrano *ex novo* o solo per la parte non consumata.

<sup>12</sup> V., di recente, anche sulla genesi della disposizione, TONINI, PECCHIOLO, Roma locuta est: *le Sezioni Unite mettono il punto sul rinvio ai soli effetti civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1439 s.

termine «prosecuzione» non è decisivo perché sta solo ad indicare l'identità dell'azione quanto a parti, *petitum* e *causa petendi*; e neppure il richiamo al giudice d'appello appare determinante, perché, se il giudice civile decidesse come giudice dell'impugnazione, in caso di improcedibilità dichiarata dalla Cassazione, la sede di prosecuzione dell'azione dovrebbe essere la Cassazione civile per evidenti ragioni di simmetria.

Per converso, la circostanza che il giudice civile decida «valutando le prove acquisite nel processo penale» – unita al silenzio del legislatore sulla sopravvivenza della condanna al risarcimento – avvalora la conclusione che a mantenere efficacia non siano le disposizioni civili contenute nella sentenza penale, ma soltanto le prove già raccolte, delle quali il giudice civile terrà conto nell'emettere il suo autonomo giudizio<sup>13</sup>. In effetti, la deviazione dalla regola dell'art. 578 comma 1 c.p.p. e il conseguente rinvio al giudice civile si giustificano solo in base alla fallace convinzione, probabilmente nutrita dagli artefici della riforma, che la dichiarazione di improcedibilità debba necessariamente travolgere anche le disposizioni civili della sentenza penale. Decisamente incerte anche le regole probatorie da seguire davanti al giudice civile, non essendo specificato se valgano quelle del processo penale o del processo civile (dove, ad esempio, non è ammissibile la testimonianza dell'offeso dal reato).

A prescindere dalla irrazionalità di disciplinare in modo così difforme la sorte dell'azione civile a seconda che sopraggiunga l'estinzione del reato o l'improcedibilità, non v'è dubbio che la prosecuzione dell'azione in sede civile si risolva in un pesante pregiudizio per la parte danneggiata, quanto a protrazione dei tempi processuali, dispendio di energie e spese legali. Lo ha, sia pure indirettamente, messo bene in luce la recente sentenza costituzionale sull'art. 578 comma 1 c.p.p. (n. 182 del 2021).

---

<sup>13</sup> In tal senso il parere reso dal CSM lo scorso 29 luglio 2021, prima che il disegno di legge fosse approvato dalla Camera dei deputati: «A parte l'equivoca disposizione in cui è previsto che il giudice civile decida “valutando le prove acquisite nel processo penale” di cui non è chiara la assoluta intangibilità delle prove assunte in altro giudizio, si può paventare un effetto paradossale dalla riforma, ossia che la ragionevole durata del processo sia assicurata solo agli imputati, mentre per le parti civili vi sarebbe una disciplina deteriore rispetto a quanto ad oggi previsto dall'articolo 578 del Codice di procedura penale in caso di dichiarazione di prescrizione del reato pronunciata nel giudizio di gravame. Infatti, in tali ultimi casi la norma fa salva la decisione di primo grado di condanna al risarcimento del danno anche con un'eventuale provvisoria, a volte con la provvisoria esecutività di tali statuizioni (articoli 539-540 del Codice di procedura penale), che diverrebbero invece inefficaci a seguito della declaratoria di improcedibilità».

Più problematica l'esegesi svolta dall'*Ufficio del massimario e del ruolo* presso la Cassazione secondo cui, «venuto meno il giudizio penale, l'unica tutela riconosciuta alla parte civile è rappresentata dalla prosecuzione dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice civile che deciderà valutando “le prove acquisite nel processo penale”. Si tratta di una disposizione chiaramente improntata all'esigenza di non disperdere l'attività processuale svolta, consentendo al giudice civile di avvalersi delle prove formatesi nel giudizio penale, sia di primo grado, sia in grado di appello, nel caso di rinnovazione dell'istruttoria» (p. 39).

Nel riconoscere piena legittimità alla disposizione che affida al giudice penale di appello o di cassazione il potere di decidere sull'azione civile in caso di sopravvenuta estinzione del reato, la Corte costituzionale si è richiamata alla «necessità di salvaguardare evidenti esigenze di economia processuale e di non dispersione dell'attività di giurisdizione»; all'opportunità di un «bilanciamento tra il principio generale di accessorialità dell'azione civile rispetto all'azione penale [...] e le esigenze di tutela dell'interesse del danneggiato costituito parte civile»; all'esigenza che, in caso di dichiarazione di non doversi procedere per la sopravvenienza di una causa estintiva del reato, «preval[ga] l'interesse della parte civile a conservare le utilità ottenute nel corso del processo che continua dinanzi allo stesso giudice penale»<sup>14</sup>. Affermazioni riferibili, con pari fondamento, anche alla sopravvenuta 'improcedibilità'.

Come si potrebbero ritenere realizzati i valori del giusto processo e della sua ragionevole durata – ai quali tutte le parti hanno diritto e che costituiscono garanzie oggettive di buon funzionamento della giurisdizione – se la parte civile fosse costretta a proseguire l'azione di fronte al giudice civile, vedendo vanificata, a causa di un ritardo processuale a lei non imputabile, la pretesa risarcitoria già accolta in primo grado? Come negare che una disciplina del genere sia gratuitamente punitiva per la parte civile, senza che nulla possa giustificare l'arbitraria deviazione da quanto disposto nell'art. 578 comma 1 c.p.p. per la sopravvenuta estinzione del reato?

È auspicabile che si risolva al più presto l'anomalia, uniformando la disciplina prevista per l'improcedibilità a quella contemplata per l'estinzione del reato, nel senso di devolvere, in entrambi i casi, la decisione sull'azione civile al giudice penale. La sede ideale per provvedere sono i decreti-delegati, secondo quanto disposto dall'art. 1 comma 13, lettera d) della legge in esame.

Non sarebbe, invece, possibile, come qualcuno suggerisce, provvedere in senso inverso e modificare, in sede di attuazione della delega, il primo comma dell'art. 578 c.p.p., allineandolo al nuovo comma 1-bis. A prescindere dai problemi di legittimità costituzionale di una simile scelta, la delega concerne solo la disciplina dei «rapporti tra l'improcedibilità [...] e l'azione civile esercitata nel processo penale», nonché «la disciplina delle impugnazioni per i soli interessi civili»: l'art. 578 comma 1 c.p.p. riguarda, invece, anche l'impugnazione a fini penali e, in particolare, la sopravvenuta estinzione del reato. La circostanza che, in regime di improcedibilità, l'art. 578 comma 1 c.p.p. diventi inapplicabile in ordine alla prescrizione sostanziale, soppressa dopo il primo grado, non incide sulla sua perdurante validità rispetto all'amnistia, nonché rispetto a tutti i reati commessi prima del gennaio 2020.

<sup>14</sup> Sulla sentenza costituzionale v. LAVARINI, *Presunzione di innocenza "europea" e azione civile nel processo penale: un difficile compromesso fra tutela del prosciolto e salvaguardia del danneggiato*, in *Giur. cost.*, 2021, 1799 s.; FERRUA, *La Corte costituzionale detta le regole per l'azione civile in caso di sopravvenuta estinzione del reato: la probabile illegittimità costituzionale dell'art. 578 comma 1-bis c.p.p. introdotto dalla riforma 'Cartabia'*, in *Cass. pen.*, 2021, 3443 s.

Beninteso, può anche darsi che il reale intento della riforma 'Cartabia' sia di allontanare progressivamente la parte civile dal processo penale; ma, se così fosse, la strada da percorrere sarebbe quella, radicale, di una netta separazione delle due giurisdizioni, senza compromessi né intrugli, come quello contenuto nel comma 1-*bis* dell'art. 578 c.p.p.

## 7. Improcedibilità e proscioglimento nel merito.

La dichiarazione di estinzione del reato coinvolge il merito e, come tale, si pone in un rapporto di concorrenza con le altre formule di proscioglimento. L'art. 129 comma 2 c.p.p. risolve la concorrenza, affermando che, in presenza di una causa estintiva del reato, «se dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta».

L'improcedibilità, invece, dato il suo carattere processuale, preclude l'esame del merito, al pari della inammissibilità. Come in un gioco di scatole cinesi, il merito sta all'interno del processo: se si chiude la porta del processo - come accade con l'improcedibilità che tronca la prosecuzione della fase protrattasi oltre il termine massimo - non si può aprire quella del merito. Pertanto, a differenza di quanto avviene in caso di sopravvenuta estinzione del reato, risulta inapplicabile l'art. 129 comma 2 c.p.p., essendo l'improcedibilità destinata inesorabilmente a prevalere su ogni altra formula di proscioglimento; con l'ulteriore conseguenza che, se l'improcedibilità sopraggiungesse pendente l'impugnazione del pubblico ministero contro un'assoluzione, l'imputato vedrebbe questa convertita nella meno favorevole sentenza di non doversi procedere. Stupefacente *reformatio in peius* per decorso del tempo.

Qualche autore, pur riconoscendo «che l'art. 129 comma 2 c.p.p. si riferisce solo al concorso tra le cause di proscioglimento nel merito e una causa di estinzione del reato», ritiene «che la *ratio* della norma possa estendersi anche al caso del concorso tra cause di proscioglimento nel merito e sopravvenuta improcedibilità ex art. 344-*bis* c.p.p.»<sup>15</sup>.

Tesi poco convincente per le ragioni appena esposte, che mettono in luce la radicale differenza tra l'improcedibilità e l'estinzione del reato, tale da escludere qualsiasi possibilità di applicazione analogica per identità di *ratio*. La sopravvenuta estinzione del reato, a differenza della improcedibilità, non interrompe né estingue il processo, che si conclude fisiologicamente con una sentenza di merito, secondo la gerarchia delle formule di proscioglimento dettata dal secondo comma dell'art. 129 c.p.p.<sup>16</sup>; l'improcedibilità, invece, in-

<sup>15</sup> NAPPI, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in *Questione giustizia*, 2021, 9 dicembre 2021.

<sup>16</sup> Sull'attinenza al merito della sentenza che dichiara estinto il reato, impropriamente inclusa dal codice fra le sentenze di non doversi procedere v. CORDERO, *Procedura*, cit., 976, 985, il quale correttamente la qualifica come sentenza di assoluzione (proscioglimento e assoluzione sono

terrompe e dissolve il processo, precludendo ogni esame del merito da parte del giudice, il quale può solo dichiarare di non doversi procedere, a meno che l'imputato vi abbia rinunciato (art. 344-*bis* comma 7 c.p.p.)<sup>17</sup>.

## 8. Il regime temporale dell'improcedibilità.

Si discute se alla improcedibilità si applichi il regime 'processuale' del *tempus regit actum*, con la conseguente immediata applicabilità delle eventuali disposizioni sopravvenute, quale che sia il loro contenuto (favorevole o sfavorevole per l'imputato)<sup>18</sup>; o quello 'sostanziale' del *tempus commissi delicti*, salva l'applicazione delle più favorevoli disposizioni nel frattempo sopravvenute, ai sensi dell'art. 25 comma 2 Cost. e dell'art. 2 c.p.

Qualche autore è orientato nel secondo senso, sulla base del rilievo che anche le norme sull'improcedibilità si tradurrebbero nella 'non punibilità' dell'imputato e quindi dovrebbero ritenersi soggette, come le disposizioni penali sostanziali, alla disciplina imposta dall'art. 25 comma 2 Cost.<sup>19</sup>. Se così fosse, vi sarebbe da dubitare sulla legittimità dell'art. 2 comma 3 della riforma in esame, secondo cui le nuove disposizioni sull'improcedibilità «si applicano ai soli procedimenti di impugnazione che hanno a oggetto reati commessi a far data dal 1° gennaio 2020».

Sul piano propriamente giuridico il discorso non convince. A differenza della prescrizione sostanziale, che si risolve in una causa di non punibilità per estinzione del reato, l'improcedibilità si limita a troncare il processo, senza affrontare il tema della punibilità; l'ipotetico reato non si estingue, ma il giudice è destituito del potere di decidere nel merito. Senza dubbio l'effetto è di sottrarre l'imputato alla condanna, anche perché alla ripresa del processo si oppone il *ne bis in idem*. Ma tanto il *ne bis in idem* quanto la 'improcedibilità' restano disposizioni ad ogni effetto 'processuali', perché né il primo né la seconda riguardano la punibilità, ma soltanto la possibilità o l'impossibilità di 'procedere', la 'processabilità', se è consentita la parola: non si confonda il *ne bis in idem* processuale, qui pertinente, con quello sostanziale, relativo al concorso apparente di norme.

---

termini sinonimi, entrambi contrapposti alle sentenze meramente processuali o di non doversi procedere); vigente il codice abrogato, v. nello stesso senso, DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, 131 s.

<sup>17</sup> Nella bozza del progetto di legge delega presentato da Giuseppe Riccio era espressamente prevista la prevalenza del proscioglimento nel merito sulla prescrizione processuale («**26.4.** obbligo di proscioglimento nel merito, quando ne ricorrano gli estremi, anche in presenza di una causa estintiva del reato o della prescrizione del processo»): disposizione, senza dubbio, anomala rispetto alla struttura della prescrizione processuale, ma dettata da comprensibili ragioni di equità.

<sup>18</sup> In tal senso MOSCARINI, *L'istituto della prescrizione*, cit., 1455; FERRUA, *La singolare vicenda della "improcedibilità"*, cit.; ID., *Improcedibilità*, cit.

<sup>19</sup> MAZZA, *A Midsummer Night's Dream*, cit.



La punibilità nel senso propriamente giuridico – che attiene al diritto sostanziale – non è scalfita né dalla improcedibilità né dalle conseguenze di carattere pratico che da quest'ultima derivano; altrimenti, buona parte delle disposizioni processuali finirebbe per coinvolgere la 'punibilità'. 'Ipoteticamente punibile, ma non più processabile' è la sorprendente, inaudita cifra che riassume l'improcedibilità della riforma Cartabia. Dunque, la regola applicabile è quella del *tempus regit actum*, tipica di ogni disposizione processuale; allo stesso modo in cui il *tempus commissi delicti* è la regola per ogni disposizione sostanziale, salva la retroattività della norma più favorevole sopravvenuta.

Si è rifiutata la prescrizione sostanziale e scelta l'improcedibilità non per convinzione, ma per mere ragioni di convenienza politica, legate all'esigenza di assecondare l'avversione dei ministri pentastellati verso la parola 'prescrizione'; e, nella consapevolezza di quell'infelice scelta, ora si tenta di negare gli esiti che logicamente ne derivano, invocando il regime temporale della prescrizione sostanziale. Dopo avere, con un beffardo gioco linguistico, introdotto nell'ordinamento la prescrizione processuale sotto il nome di 'improcedibilità', si vorrebbe surrettiziamente convertirla – con un'operazione degna di Procuste – in prescrizione sostanziale, agli effetti tanto della disciplina temporale quanto dell'applicazione dell'art. 129 comma 2 c.p.p.

Coerenza esige, a questo punto, che si accetti l'improcedibilità per ciò che è realmente, con le conseguenze che ne seguono, rinunciando ai vantaggi che avrebbe garantito la prescrizione sostanziale. Cosa estingue la prescrizione sostanziale? Il reato: ecco l'implicazione sostanziale che rende operativo l'art. 25 comma 2 Cost. e applicabile l'art. 129 comma 2 c.p.p. Cosa estingue l'improcedibilità? Il reato? No: l'ipotesi di reato e, con essa, la punibilità restano in vita; ad estinguersi è direttamente il processo. Dunque, nessuna implicazione sostanziale, ma solo processuale. Non è ammissibile che, dove conviene all'imputato, ossia ai fini del diritto temporale e della gerarchia tra le formule di proscioglimento, si trasfiguri l'improcedibilità in causa estintiva del reato, qual è, invece, la prescrizione sostanziale. Così almeno, secondo i principi fondamentali del diritto.

Che poi, sulla base di un generico *favor rei* o per vaghe considerazioni di equità, qualcuno voglia estendere il più favorevole regime delle disposizioni sostanziali anche a quelle processuali che, indirettamente e sul piano pratico, si risolvono nella sottrazione dell'imputato alla pretesa punitiva, è ampiamente prevedibile; né può escludersi che si trovi qualche appiglio nel *mare magnum* delle interpretazioni, non di rado tra loro contraddittorie, della Corte europea dei diritti dell'uomo; la quale, come noto, muta i suoi principi, anche radicalmente, a seconda del caso sottoposto al suo esame. Se qualche giudice solleva la questione di legittimità, toccherà alla Corte costituzionale chiarire definitivamente il modello temporale applicabile alla improcedibilità, sciogliendo ogni dubbio di legittimità.

Di recente, con l'ordinanza 19 novembre 2021 (dep. 26 novembre 2021) n. 43883, la settima sezione della Cassazione ha ritenuto manifestamente



infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 comma 3 della riforma 'Cartabia', affermando che «la modulazione del regime transitorio previsto dalla legge 134/2021 può ben correlarsi non solo all'esigenza di coordinamento con l'impianto delle precedenti riforme [...], ma anche alla necessità di introdurre gradualmente nel sistema processuale un istituto così radicalmente innovativo, sicché ha una sua ragionevolezza la previsione di un periodo finalizzato a consentire un'adeguata organizzazione degli uffici giudiziari».<sup>20</sup> A sua volta, con la sentenza 5 novembre 2021 (dep. 10 gennaio 2022) n. 334, la quinta sezione ha ribadito la manifesta infondatezza di analoga questione, affermando a chiare lettere che la improcedibilità, per la sua natura meramente processuale, è soggetta alla regola del *tempus regit actum*; e, da ultimo, nella stessa direzione si è orientata la terza sezione con la sentenza 14 dicembre 2021 n 1567.

## 9. Il rapporto tra inammissibilità e improcedibilità.

Con la menzionata ordinanza del 19 novembre 2021 n. 43883, la settima sezione della Cassazione è intervenuta anche sui rapporti tra inammissibilità dell'impugnazione e improcedibilità.

Affermando la prevalenza della inammissibilità sulla improcedibilità, i giudici di legittimità hanno osservato che «la proposizione di un ricorso inammissibile non consente la costituzione di valido avvio della corrispondente fase processuale e determina la formazione del “giudicato sostanziale”, con la conseguenza che il giudice dell'impugnazione, in quanto non investito del potere di cognizione e decisione sul merito del processo, non può rilevare eventuali cause di non punibilità a norma dell'art. 129 c.p.p.»; e ha concluso che «i suddetti principi, sebbene riferiti alla prescrizione, sono estensibili all'istituto della “improcedibilità”, in quanto la *ratio* della nuova normativa, certamente finalizzata a garantire la ragionevole durata del processo, implica che tale correlazione è solo tendenziale, non potendo prestarsi a forma di strumentalizzazione realizzabili attraverso la proposizione di ricorsi inammissibili».

Che la inammissibilità debba prevalere sulla 'improcedibilità', così come prevale sulle cause estintive del reato e, quindi, sulla prescrizione 'sostanziale', è di tutta evidenza. Tanto la improcedibilità quanto la inammissibilità hanno carattere processuale e, come tali, impediscono l'esame del merito, prevalendo sulle cause di non punibilità. Ma c'è una netta differenza, pur essendo ambedue rilevabili anche d'ufficio sino alla sentenza irrevocabile, salvo il limite imposto per nullità e inammissibilità dall'art. 627 comma 4 c.p.p. La improcedibilità *chiude* una fase con una sentenza che, divenuta irrevocabile,

<sup>20</sup> Per il commento all'ordinanza della Cassazione v. di chi scrive *Regime temporale della improcedibilità e rapporti con l'inammissibilità: la Cassazione detta le regole*, in *Cass. pen.*, 2022, gennaio (in corso di pubblicazione); Id., *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *disCrimen*, 9 dicembre 2021.

sostituisce quella già emessa, come accade nella logica delle impugnazioni; la inammissibilità *impedisce* l'apertura della fase, invalidando quanto fosse già stato compiuto a seguito dell'atto inammissibile, inclusa l'eventuale dichiarazione di improcedibilità.

La conseguenza è chiara: l'inammissibilità, quando sia accertata, non solo impedisce di dichiarare l'improcedibilità, ma invalida l'improcedibilità eventualmente già dichiarata nella fase introdotta da un'impugnazione inammissibile. In altre parole, ad assumere rilevanza, non è il momento in cui l'inammissibilità è accertata, ma quello in cui si è realizzata; la circostanza che sia dichiarata *dopo* l'improcedibilità non esclude che *logicamente* la preceda ogni qualvolta la fase, protratta oltre i termini massimi, fosse stata aperta da un atto inammissibile<sup>21</sup>. Detto nel linguaggio delle situazioni soggettive, la mancata integrazione della fattispecie dell'atto normativo, coincidente con i requisiti di ammissibilità dell'impugnazione, invalida inesorabilmente, per via derivata, l'intera fase che ne è seguita.

Può così accadere che ad una condanna inflitta in primo grado segua in secondo grado una sentenza di improcedibilità per decorso dei termini massimi; e che la Cassazione, a seguito del ricorso proposto dal pubblico ministero, dichiari l'inammissibilità dell'appello a suo tempo non rilevata, con la conseguente irrevocabilità della condanna. *Idem* nel caso in cui l'inammissibilità emerga dopo il superamento dei termini fissati a pena di improcedibilità; o quando, nell'ambito di un ricorso inammissibile l'imputato eccepisca la mancata dichiarazione di improcedibilità nel grado precedente o l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che non consentono l'applicazione dell'improcedibilità; a prevalere è sempre l'inammissibilità<sup>22</sup>, almeno sino a quando la legge non riterrà opportuno porre limiti al suo accertamento. In assenza di una norma che dica il contrario - come l'art. 627 comma 4 c.p.p. in rapporto al giudizio di rinvio - l'inammissibilità è rilevabile sino al giudicato, per l'esautiva ragione che non è prevista alcuna sanatoria.

Senza dubbio la tardiva dichiarazione di inammissibilità rischia, in determinati casi, di produrre effetti pregiudizievoli per l'imputato; soprattutto

---

<sup>21</sup> Per la prevalenza dell'inammissibilità sull'improcedibilità, v. FERRUA, *Brevi appunti*, cit. *Contra*, per la prevalenza dell'improcedibilità sull'inammissibilità, MAZZA, *Inammissibilità versus improcedibilità: nuovi scenari di diritto giurisprudenziale*, in *Diritto di Difesa*, 2 gennaio 2022, secondo cui il decorso dei termini di durata massima priverebbe il giudice del potere di dichiarare l'inammissibilità. Conclusione eccepibile, smentita dalla circostanza che, se la inammissibilità si è *realizzata prima* dell'improcedibilità, deve *logicamente* prevalere su quest'ultima. Ciò che rileva non è il momento in cui l'una o l'altra sono dichiarate, ma quando si realizzano.

<sup>22</sup> Ovvio che, come afferma la giurisprudenza, in caso di *abolitio criminis*, il proscioglimento prevalga sull'inammissibilità per evidenti ragioni di economia, volte ad evitare il ricorso al giudice dell'esecuzione (v., ad esempio, Sez. Un., 17 dicembre 2015 n. 12602, Ricci). Qualcuno ne trae spunto per un'analoga prevalenza dell'improcedibilità, in quanto finalizzata alla ragionevole durata del processo. In realtà, nel caso dell'*abolitio criminis*, la prevalenza del proscioglimento sulla inammissibilità ha poco a che spartire con la ragionevole durata del processo, essendo semplicemente motivata dall'esigenza di risparmiare il successivo ricorso all'incidente di esecuzione.

nell'ipotesi della 'manifesta infondatezza', la cui inclusione nella categoria dell'inammissibilità è frutto di un abuso epistemologico, sia che risalga alla legge sia che derivi dalla giurisprudenza. Nondimeno, salvo eccezioni di legittimità costituzionale, il rimedio non può scaturire da acrobatiche interpretazioni 'creative', incompatibili con il dato positivo, con la logica e la coerenza del sistema, quale sarebbe la pretesa che l'improcedibilità, realizzatasi nella fase introdotta da un atto inammissibile, costituisca un'inedita sanatoria di quel vizio, precludendone la rilevazione. All'interno di un sistema che vuole il giudice soggetto alla legge, un esito siffatto può derivare solo da una rimodulazione normativa dell'inammissibilità, quanto a presupposti e tempi della sua dichiarazione.

Beninteso, il medesimo effetto di prevalenza dell'inammissibilità può verificarsi anche nei riguardi della prescrizione 'sostanziale' maturata in fase di impugnazione (s'intende, nei processi in cui quest'ultima sia ancora operante). Tuttavia, vi è una sensibile differenza tra la prescrizione sostanziale e l'improcedibilità, che bisogna mettere in luce. La prima non coinvolge direttamente la responsabilità del singolo giudice, dato che i termini decorrono dal momento della commissione del reato e il realizzarsi della prescrizione dipende da vari fattori e da diversi operatori. L'improcedibilità, invece, essendo articolata per le singole fasi di impugnazione, chiama direttamente in causa la responsabilità del giudice che non ha concluso la fase processuale nei termini previsti.

Dunque, la spinta a prevenire, dove possibile, la dichiarazione di improcedibilità da parte del giudice dell'impugnazione è inevitabilmente maggiore di quanto può esserlo per la prescrizione sostanziale. In presenza di una netta delimitazione dei contorni dell'inammissibilità, ben distinta dall'infondatezza, tutto ciò non assumerebbe grande rilevanza; ma, unendosi all'espansione delle cause di inammissibilità, notevolmente estese in sede di appello dalla riforma 'Cartabia'<sup>23</sup>, e alla loro irrefrenabile tendenza a sconfinare nel merito, può convertirsi in un potente strumento idoneo a sfrontare le impugnazioni.

## 10. Improcedibilità e *ne bis in idem*.

*Quid iuris*, infine, sui rapporti tra l'improcedibilità e la regola del *ne bis in idem*? Una breve premessa è necessaria. La tripartizione più coerente delle

---

<sup>23</sup> Art. 1 comma 13, lett. i) l. 27 settembre 2021 n. 134: «prevedere l'inammissibilità dell'appello per mancanza di specificità dei motivi quando nell'atto manchi la puntuale ed esplicita enunciazione dei rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto e di diritto espresse nel provvedimento impugnato». In termini critici v., con diverse sfumature, DANIELE, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in *disCrimen*, 13 luglio 2021, 6 s.; DE CARO, *Riflessioni critiche sulle proposte della Commissione ministeriale in tema di riforma delle impugnazioni penali*, in *Archivio penale*, 2021, 2, 14 s.; MAGGIO, *Nuove ipotesi d'inammissibilità dell'impugnazione*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, n. 1 (in corso di pubblicazione); FERRUA, *La riforma dell'appello*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 1158.

sentenze è quella tra sentenze meramente processuali, nelle quali va inclusa per l'appunto la dichiarazione di improcedibilità, sentenze di proscioglimento (o di assoluzione: sono termini sinonimi), nelle quali rientra la estinzione del reato, e sentenze di condanna, fra le quali la sentenza di applicazione della pena concordata. Le prime appartenenti al genere delle decisioni sul processo, le altre a quello delle decisioni sul merito<sup>24</sup>.

Non è questa, tuttavia, la sistematica codicistica che, da un lato, include l'estinzione del reato fra le sentenze di non doversi procedere e, dall'altro, riconduce queste ultime nell'ambito delle sentenze di proscioglimento (cfr. la rubrica dell'art. 469 c.p.p., la Sezione I, capo II del Libro VII e l'art. 531 c.p.p.). Bisogna, dunque, ammettere che l'art. 649 c.p.p., nel collegare la regola del *ne bis in idem* alle sentenze di proscioglimento e di condanna, la estende anche alle sentenze di non doversi procedere, lasciando salva l'eccezione di cui all'art. 345 c.p.p.

Resta da stabilire se alla dichiarazione di improcedibilità possa applicarsi l'art. 345 comma 2 c.p.p. che estende alla mancanza di ogni altra condizione di procedibilità la regola contemplata nel primo comma, per effetto della quale l'azione penale può essere nuovamente esercitata «se è in seguito proposta la querela, l'istanza, la richiesta o è concessa l'autorizzazione ovvero se è venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione».

Si può discutere sul punto. Tuttavia, nel caso dell'improcedibilità, a sovrappiungere non può essere materialmente la condizione di procedibilità, come richiede l'art. 345 c.p.p., essendo il tempo ormai trascorso; ma soltanto una diversa qualifica del fatto tale da rendere applicabili termini più ampi (in rapporto al regime delle proroghe). La possibilità di riproporre l'azione parrebbe, quindi, esclusa, anche perché, agli effetti dell'art. 649 c.p.p., ferma restando l'identità del fatto, risulta irrilevante il semplice mutamento del titolo, del grado o delle circostanze. La conseguenza è la piena e incondizionata applicazione della regola del *ne bis in idem* alle sentenze di improcedibilità. Un diverso regime richiederebbe, a nostro avviso, l'intervento del legislatore.

## 11. Conclusione.

La conclusione deriva dalle premesse del discorso sin qui svolto. L'improcedibilità è il frutto di un'infelice contrattazione tra le forze politiche, condotta sotto l'incubo dell'emergenza sanitaria e della pressione economica che ne è derivata; a riconoscerlo, più o meno esplicitamente, sono ormai gli stessi esponenti che l'hanno concepita. Fortunatamente, non è un istituto scolpito su tavole di marmo. Non lo erano le sentenze costituzionali della svolta inquisitoria del 1992, travolte dalla riforma costituzionale del 'giusto processo'; non si vede perché debba esserlo l'improcedibilità.

---

<sup>24</sup> CORDERO, *Procedura*, cit., 964 s., 976 s.; DOMINIONI, *Improcedibilità*, cit., 131 s.

Il tentativo di rimediare ai vizi e alle contraddizioni dell'improcedibilità a colpi di interpretazioni 'creative' o in via di ritocchi e sentenze costituzionali pare destinato ad un sicuro fallimento. Credo che i tempi siano maturi per reclamare con forza il ritorno all'antica, consolidata prescrizione sostanziale (come, d'altronde, suggerito dalla originaria commissione 'Lattanzi').

Irrealistico? Per nulla; è una sfida difficile, ma perfettamente ragionevole. La rassegnazione, l'accettazione come inevitabile dello stato di fatto non è mai un buon metodo intellettuale.



# RIFLESSIONI SULLA COMPATIBILITÀ A COSTITUZIONE DELLA DECRETAZIONE DI URGENZA CHE PROROGA L'OBBLIGO DI VACCINAZIONE PER I SANITARI ED ESTENDE LO STESSO AD ALTRE CATEGORIE DI LAVORATORI

Daniele Cenci\*

## ABSTRACT

*L'autore evidenzia plurimi profili di possibile illegittimità costituzionale di significativa parte delle disposizioni introdotte sia dal decreto-legge n. 44 del 1° aprile 2021 (che ha introdotto l'obbligo vaccinale anti Covid-19 per gli operatori sanitari) sia dal decreto-legge n. 172 del 26 novembre 2021 (che ha esteso l'obbligo vaccinale ad altre categorie, tra cui operatori della sanità svolgenti funzioni non sanitarie, insegnanti e personale scolastico, appartenenti alle forze di Polizia e soccorso pubblico, militari, operatori delle comunità) rispetto a vari parametri: artt. 2 e 3 (principi di eguaglianza, di non discriminazione e di ragionevolezza), art. 4 e 36 (diritto al lavoro e a una retribuzione dignitosa) ed art. 32 (diritto alla salute) della Costituzione.*

*The author highlights multiple profiles of possible constitutional illegitimacy in a significant part of the measures introduced both by the decree-law n. 44, April 1<sup>st</sup> 2021, (which introduced the obligation of immunization against Covid-19 for healthcare workers) and by the decree-law n. 172, November 26<sup>th</sup> 2021, (which extended the vaccine mandate to other categories of workers, among whom are healthcare workers assigned to non-health functions, teachers and school staff, members of police forces, public aid, the military, and community operators) in relation to several parameters: articles 2 and 3 (principles of equality, non-discrimination and reasonability), articles 4 and 36 (right to work and right to have a dignified wage), and article 32 (right to health) of our Constitution.*

---

\* Consigliere della Corte di cassazione.

1. La pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (G.U. n. 282 del 26 novembre 2021) del decreto-legge n. 172 del 26 novembre 2021, recante “*Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali*”, impone una serie di riflessioni.

Elementi qualificanti del testo normativo (nel complesso di non agevole decifrabilità), significativamente contenuti nell’*incipit* del decreto-legge (artt. 1 e 2), sono:

- l’estensione temporale dell’obbligo vaccinale anti Sars-Cov-2 già esistente per gli operatori sanitari;
- l’estensione dell’obbligo vaccinale ad altre categorie di lavoratori, sinora non tenute;
- l’abolizione – per gli operatori sanitari – e la mancata previsione – per le ulteriori categorie – di un meccanismo di adibizione a mansioni diverse quale meccanismo alternativo alla sospensione del rapporto di lavoro.

1.1. Quanto al primo aspetto, il termine finale della obbligatorietà della vaccinazione per tutti gli esercenti le professioni sanitarie e per tutti gli operatori di interesse sanitario in senso lato<sup>1</sup> viene portato dal 31 dicembre 2021 (data originariamente prevista dall’art. 4, comma 9, del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, recante “*Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*”, convertito, con modificazioni, nella legge 28 maggio 2021, n. 76) al 15 giugno 2022, con la ulteriore previsione che l’adempimento dell’obbligo vaccinale si intende comprensivo della dose di richiamo (art. 1 del decreto-legge n. 172 del 2021, che inserisce un art. 3-ter e modifica l’art. 4 del richiamato decreto-legge n. 44 del 2021, conv. in legge n. 76 del 2021).

Confermando (ed aggravando, come si vedrà *postea*) il meccanismo già previsto dalla decretazione di urgenza del 1° aprile 2021, nel caso di mancato adempimento dell’obbligo vaccinale, comprensivo, appunto, anche del richiamo, si prevede una “sospensione” del rapporto di lavoro dell’operatore sanitario in accezione lata, di natura – si specifica – “non disciplinare” e di durata massima sino, appunto, al 15 giugno 2021, ove non intervenga prima la vaccinazione: «*L’atto di accertamento dell’inadempimento determina l’immediata sospensione dal diritto di svolgere l’attività lavorativa, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro. Per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento comunque denominato*».

---

<sup>1</sup> Il riferimento nel testo è agli operatori di interesse sanitario nell’ampia accezione di cui all’art. 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43, recante “*Disposizioni in materia di professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione e delega al Governo per l’istituzione dei relativi ordini professionali*”.



**1.2.** Quanto al secondo aspetto, viene prevista un'estensione dell'obbligo vaccinale ad altre categorie professionali e di lavoratori, segnatamente a tutto il personale scolastico, a quello del comparto difesa, sicurezza, soccorso pubblico, della polizia locale, al personale dei servizi per le informazioni e la sicurezza, interna ed esterna, a quello che svolge, «a qualsiasi titolo», la propria attività alle dipendenze del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità ed all'interno di tutti gli istituti penitenziari ed a tutto il personale che svolge «a qualsiasi titolo» la propria attività lavorativa in strutture sanitarie o socio-sanitarie, con la sola eccezione di chi svolge attività lavorativa con contratti esterni (art. 2 del decreto legge n. 172 del 2021, che inserisce un art. 4-ter nel richiamato decreto legge n. 44 del 2021, convertito in legge n. 76 del 2021).

Si prevede espressamente (come già per il personale sanitario e per gli operatori sanitari ex art. 4, comma 1, secondo periodo, del decreto-legge n. 44 del 2021, convertito, con modificazioni, nella legge n. 76 del 2021) che «La vaccinazione costituisce requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa dei soggetti obbligati» a ciò ed anche, analogamente a quanto era già previsto e che viene ribadito per il personale sanitario, che la mancata vaccinazione, comprensiva del richiamo, determina la «sospensione dal diritto di svolgere l'attività lavorativa, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro. Per il periodo di sospensione, non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati»; l'ambito temporale dell'obbligo vaccinale è parimenti fissato (non più al 15 dicembre 2021, ma) al 15 giugno 2021.

**1.3.** Non viene riproposto per i sanitari (né è introdotto per altri) quanto previsto dal previgente comma 8 dell'art. 4 del decreto-legge n. 44 del 2021, convertito, con modificazioni, nella legge n. 76 del 2021, secondo cui «il datore di lavoro adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni, anche inferiori, diverse da quelle indicate al comma 6, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate, e che, comunque, non implicano rischi di diffusione del contagio [... e solo] Quando l'assegnazione a mansioni diverse non è possibile, per il periodo di sospensione di cui al comma 9 non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato».

Tutti, indistintamente, dunque, i destinatari del (confermato o neo-introdotto) obbligo vaccinale, per l'evenienza di inadempimento dell'obbligo di vaccinarsi o di effettuare il richiamo, nell'arco temporale semestrale attualmente previsto (15 dicembre 2021 - 15 giugno 2022), andranno incontro ad una sospensione, espressamente definita di natura "non disciplinare", la cui conseguenza principale è che per l'intero «periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati (così sia l'art. 1 che l'art. 2 del decreto-legge n. 172 del 2021).

**2.** La disciplina, sia prorogata temporalmente - ed assai inasprita (non essendo stato riproposto il meccanismo di adibizione a mansioni differenti)

– per gli operatori sanitari *lato sensu* sia innovativamente posta per le altre categorie lavorative, desta serie perplessità circa la compatibilità rispetto a plurimi parametri costituzionali.

Si affronteranno i temi in ordine di crescente problematicità.

**3. Una prima aporia** della disciplina in commento discende dalla **mancata riproposizione (per i sanitari, già soggetti all'obbligo per effetto del decreto-legge n. 44 del 1° aprile 2021) e dalla omessa previsione (per le altre categorie professionali e lavorative ai sensi del decreto-legge n. 172 del 26 novembre 2021) del meccanismo di adibizione del lavoratore non vaccinato a diverse mansioni.**

Infatti, se, da un lato, la mancata previsione di una norma transitoria rende incerta la situazione del sanitario eventualmente già adibito, in applicazione della disciplina previgente, a mansioni differenti ovvero che abbia in corso un contenzioso (contenzioso certamente non ancora definito) finalizzato alla concreta attuazione del previgente comma 8 dell'art. 4 del decreto-legge n. 44 del 2021, dall'altro, la drastica soluzione<sup>2</sup> prescelta dal legislatore di urgenza con il decreto n. 172 del 2021 pone un serio problema di compatibilità rispetto alla tutela costituzionale del lavoro, che, come ben noto, trova emersione in plurimi precetti della carta fondamentale (a partire dall'art. 1, che lo definisce valore fondante la Repubblica; cfr. inoltre gli artt. 2, 4 e 35 e ss. e *passim* Cost.), risultando il rapporto di lavoro, secondo un *novum* che sembra non avere precedenti nell'ordinamento, letteralmente “svuotato” del diritto-dovere di prestare la propria attività e, correlativamente, di quello di ricevere la retribuzione, e ciò nonostante la mancanza di un'ipotesi di reato o di un illecito disciplinare o, comunque, di un fatto illecito che risultino addebitabili al lavoratore.

**3.1.** Il discorso va partitamente affrontato: per gli operatori sanitari, per i quali vi è – si è anticipato – conferma ed irrigidimento della disciplina posta sin da 1° aprile 2021; e per le altre categorie lavorative *ex novo* coinvolte.

La speciale asprezza della disciplina che riguarda i primi è stata giustificata dalla giurisprudenza amministrativa con il richiamo alle – ritenute – efficacia e sicurezza dei vaccini e natura non sperimentale degli stessi (Cons. Stato, Sez. 3, sent. n. 7045/2021 del 14-20 ottobre 2021, ric. n. 10096/2021, pronuncia implicitamente richiamata, assai recentemente, da Sez. 3, decr. caut. n. 6401/2021 del 1°-2 dicembre 2021, ric. n. 8340/2021)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> La soluzione prescelta dal Governo nel recente decreto-legge potrebbe essere così sintetizzata: “*o dentro o fuori*”.

<sup>3</sup> Entrambi i provvedimenti giurisdizionali del Consiglio di Stato citati nel testo sono consultabili nel sito istituzionale della giustizia amministrativa (digitando: [https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr?p\\_p\\_id=GaSearch\\_INSTANCE\\_2NDgCF3zWBwk&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_GaSearch\\_INSTANCE\\_2NDgCF3zWBwk\\_javax.portlet.action=searchProvvedimenti&p\\_auth=alaL6O8E&p\\_p\\_lifecycle=0](https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr?p_p_id=GaSearch_INSTANCE_2NDgCF3zWBwk&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_GaSearch_INSTANCE_2NDgCF3zWBwk_javax.portlet.action=searchProvvedimenti&p_auth=alaL6O8E&p_p_lifecycle=0)).

Gli assunti giustificativi, però, nonostante la – apparentemente – assai ampia parte motivazionale dedicata ai temi in questione, non persuadono.

**3.1.1.** Infatti, quanto ai temi della efficacia<sup>4</sup> e della sicurezza<sup>5</sup>, la motivazione della richiamata sentenza n. 7045 del 2021 del Consiglio di Stato, pur richiamando in parte i contenuti del nono “Rapporto A.I.F.A. sulla sorveglianza dei vaccini Covid-19”<sup>6</sup> del 12 ottobre 2021, relativo al periodo 27 dicembre 2020 - 26 settembre 2021<sup>7</sup>, a ben vedere, si concentra solo sul numero degli eventi avversi registrati, sulla percentuale degli stessi rispetto al totale delle somministrazioni e della percentuale di quelle gravi ritenute correlabili alla vaccinazione ma – come la dottrina non ha mancato di osservare<sup>8</sup> – «*il Consiglio di Stato, nel richiamare i dati AIFA, non ha tenuto conto di alcune circostanze. a) La prima è che il rapporto AIFA ha fatto riferimento anche a 608 morti in Italia a seguito di vaccinazione. Di questo la sentenza nulla dice*». In effetti, il supremo organo di Giustizia amministrativa, per così dire, “si confronta” puntualmente con il contenuto delle pp. 11-12 e delle prime 6 righe di p. 13 del rapporto A.I.F.A. ma poi omette – del tutto inspiegabilmente, da-

<sup>4</sup> Sul tema della efficacia dei vaccini cfr. punti nn. 25 e ss. e specc. da n. 27 a 27.9 della richiamata sentenza di Cons. Stato, Sez. 3, sent. n. 7045/2021 del 14-20 ottobre 2021.

<sup>5</sup> Sul tema della sicurezza dei vaccini cfr. punti nn. 25 e ss. e specc. da n. 28 a 29.2 della richiamata sentenza di Cons. Stato, Sez. 3, sent. n. 7045/2021 del 14-20 ottobre 2021.

<sup>6</sup> A.I.F.A. è l'acronimo di Agenzia italiana del farmaco, ente pubblico che agisce sotto la direzione del Ministero della Salute e sotto la vigilanza dei Ministeri della Salute e dell'Economia; i periodici rapporti curati dall'A.I.F.A. sono agevolmente reperibili all'interno del sito istituzionale del Ministero della salute, nell'apposita sezione.

<sup>7</sup> Si tratta di richiamo espresso operato al punto n. 28.3 della sentenza (il nono rapporto è agevolmente consultabile in: [https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto\\_sorveglianza\\_vaccini\\_COVID-19\\_9.pdf](https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto_sorveglianza_vaccini_COVID-19_9.pdf)). Ai punti dal n. 28.3. al n. 28.6. della sentenza impugnata si legge quanto segue:

«28.3. Quanto, in particolare, alla farmacovigilanza sui vaccini contro il Sars-CoV-2, l'ultimo rapporto ad oggi disponibile (il nono, pubblicato il 12 ottobre 2021 sul sito dell'AIFA, la quale ha preannunciato che l'aggiornamento del monitoraggio, di qui in avanti, sarà trimestrale), espone i dati aggiornati al 26 settembre 2021 e ricavati dalla somministrazione di 84.010.605 dosi di vaccino in Italia.

28.4. Gli eventi avversi – e, cioè, gli episodi sfavorevoli verificatisi dopo la somministrazione, a prescindere dalla riconducibilità alla stessa dal punto di vista causale – sono stati 101.110, con un tasso di segnalazione – misura del rapporto fra il numero di segnalazioni inserite nel sistema di farmacovigilanza e numero di dosi somministrate – pari a 120 ogni 100.000 dosi.

28.5. Di queste, solo il 14,4% ha avuto riguardo ad eventi gravi, con la precisazione che ricadono in tale categoria, definita in base a criteri standard, conseguenze talvolta non coincidenti con la reale gravità clinica dell'evento, mentre l'85,4% si riferisce a eventi non gravi, come dolore in sede di iniezione, febbre, astenia/stanchezza, dolori muscolari.

28.6. Di tutte le segnalazioni gravi (17 ogni 100.000 dosi somministrate) solo il 43% di quelle esaminate finora è risultata correlabile alla vaccinazione».

<sup>8</sup> Così SCARSELLI, Nota a Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), ins. il 17 novembre 2021, sub n. 2.2. I dubbi che possono essere sollevati (consultabile in: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/2024-nota-a-consiglio-di-stato-20-ottobre-2021-n-7045-di-giuliano-scarselli>).

ta l'autorevolezza del consenso – di proseguire con l'esame della rimanente parte di p. 13, dalla riga 7 in poi, ove si dà atto della avvenuta segnalazione di 608 decessi<sup>9</sup>, 16 dei quali, proprio secondo l'Agenzia italiana del farmaco, sono risultati correlabili alla vaccinazione.

Si tratta di un aspetto di centrale importanza sul quale si dovrà necessariamente tornare<sup>10</sup>; senza trascurare che dallo stesso inserimento del c.d. "scudo penale" logicamente «*si comprende [...] che evidentemente dei rischi nella vaccinazione SARS-CoV-2 vi sono, se i medici, ovvero gli addetti ai lavori, hanno preteso, e per la prima volta, la totale loro esenzione di responsabilità a fronte di detta vaccinazione*»<sup>11</sup>.

**3.1.2.** Quanto al tema della natura – ritenuta non sperimentale – dei vaccini<sup>12</sup>, la – in effetti – ampia argomentazione spesa al riguardo dal Consiglio di Stato trascura che, come efficacemente posto in luce da autorevole dottrina<sup>13</sup>, benché l'immissione in commercio subordinata a condizioni sia un meccanismo previsto e procedimentalizzato, nondimeno «*gli accertamenti che legittimano l'immissione in commercio sono accertamenti evidentemente ancora in fieri. Tant'è vero che, nel gergo medico, queste vengono comunemente chiamate autorizzazioni di fast-track*» e, soprattutto, che la differenza tra la procedura ordinaria di approvazione dei vaccini e quella di autorizzazione all'immissione in commercio condizionata è analoga a quella che intercorre, nell'ambito del processo civile, tra un accertamento tecnico preventivo ed un accertamento demandato al consulente tecnico di ufficio: infatti, «*in tutti questi casi si ha a che fare con la stessa esigenza. Che è quella di predisporre strumenti di intervento immediato, anticipatori di risultanze future, con quel che è destinato a discenderne in termini di ampiezza, di stabilità nel tempo e di efficacia degli accertamenti così disposti*».

L'autorizzazione subordinata a condizioni, dunque, è un'autorizzazione, per così dire, "allo stato degli atti".

**3.2.** Ma, anche diversamente opinando, cioè volendo ritenere in qualche modo superabili gli argomenti sinora svolti e, dunque, legittima, nei concreti termini in cui è stata stabilita, la sospensione dei sanitari non vaccinati o che non hanno effettuato il richiamo vaccinale, analogo ragionamento non può

---

<sup>9</sup> A.I.F.A. indica 608 «*segnalazioni con esito decesso*», così distribuite: Comirnaty (nome commerciale Pfizer) 391 casi fatali; Spikevax (nome commerciale Moderna) 96 casi fatali; Vaxzevria (nome commerciale Astra-Zeneca) 98 casi fatali; Janssen (nome commerciale Johnson & Johnson) 23 casi fatali; totale 391 + 96 + 98 + 23 = 608 casi fatali (p. 13 del nono rapporto A.I.F.A. cit.).

<sup>10</sup> V. in prosieguito, *sub* n. 8 e n. 8.1.

<sup>11</sup> Così SCARSELLI, *Nota a Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045, cit.*, *sub* n. 2.2.

<sup>12</sup> Sul tema della natura non sperimentale dei vaccini cfr. i punti da n. 25 a n. 27.2. della richiamata sentenza di Cons. Stato, Sez. 3, sent. n. 7045/2021 del 14-20 ottobre 2021.

<sup>13</sup> Cfr. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2021, n. 3, 439; *amplius*, sul tema della natura, sperimentale o meno, dei vaccini anti Sars-Cov-2, 437-442.

valere per le altre categorie oggi destinatarie dell'obbligo vaccinale: di un dovere di esporsi al pericolo (che parrebbe sottinteso al ragionamento che assiste il citato decreto cautelare del Consiglio di Stato, Sez. 3, n. 6401/2021 del 1°-2 dicembre 2021), infatti, non può certo parlarsi con riferimento – quantomeno – ai docenti e a chi svolga, «a qualsiasi titolo», la propria attività alle dipendenze di comunità, del Dipartimento per la giustizia minorile, a tutto il personale non sanitario che svolge, sempre «a qualsiasi titolo», la propria attività lavorativa in strutture sanitarie o socio-sanitarie ed ai dipendenti civili del Ministero dell'interno; mentre, per gli appartenenti agli ordinamenti militari ed a quelli, civili o militari, svolgenti funzioni di polizia, appare evidente che il rischio cui sono tenuti ad esporsi, per “statuto professionale”, non è quello di sottoporsi a vaccinazioni che sono state autorizzate dopo una sperimentazione, per così dire, “a forma contratta” (tanto da leggersi nei foglietti informativi di tutti e quattro i prodotti medicinali impiegati in Italia la testuale indicazione: «è stata rilasciata un'autorizzazione “subordinata a condizioni”. Ciò significa che devono essere forniti ulteriori dati su questo vaccino/medicinale»<sup>14</sup>).

**3.3.** Suona, dunque, intrinsecamente illogica in maniera manifesta e, con ogni probabilità, utilmente denunziabile per palese contrasto con l'art. 3 Cost. la esclusione della retribuzione pur in costanza di rapporto di lavoro, espressamente mantenuto, e di ribadita “neutralità disciplinare” (cfr. artt. 1 e 2 del decreto-legge n. 172 del 2021 e 4, comma 1, secondo periodo, del decreto-legge n. 44 del 2021, convertito, con modificazioni, nella legge n. 76 del 2021) dell'innovativo caso di sospensione senza retribuzione.

**4.** Ulteriore aspetto degno di attenzione è quello della **mancata previsione di un assegno alimentare per i lavoratori sospesi** ai sensi del decreto-legge n. 44 del 2021, prima, e del decreto-legge n. 172 del 2021, ora.

La previsione secondo cui «*Per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento comunque denominato*» (di cui agli artt. 1 e 2 del decreto-legge n. 172 del 2021, già art. 4, comma 8, del decreto-legge n. 44 del 2021) risulterebbe, a prima lettura, tranciante rispetto alla possibilità del riconoscimento, per la durata della sospensione,

<sup>14</sup> V. infatti i foglietti informativi: Johnson & Jonnson – Janssen (aggiornato al 19 ottobre 2021), 34, quartultima e terzultima riga; AstraZeneca – Vaxzevria (agg. al 27 novembre 2021), 37, quartultima e terzultima riga; Moderna – Spikevax (agg. al 27 novembre 2021), 31, righe 10-11; BioNTech Pfizer – Comirnaty (agg. al 27 novembre 2021), 62, righe 7-8 e 72, righe 32-33. I documenti sono consultabili, rispettivamente, in: [https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer\\_001306\\_049395\\_Fl.pdf&retry=0&sys=m0b1l3](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_001306_049395_Fl.pdf&retry=0&sys=m0b1l3); [https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer\\_000690\\_049314\\_Fl.pdf&retry=0&sys=m0b1l3](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_000690_049314_Fl.pdf&retry=0&sys=m0b1l3); [https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer\\_005438\\_049283\\_Fl.pdf&retry=0&sys=m0b1l3](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_005438_049283_Fl.pdf&retry=0&sys=m0b1l3); [https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer\\_005389\\_049269\\_Fl.pdf&retry=0&sys=m0b1l3](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_005389_049269_Fl.pdf&retry=0&sys=m0b1l3).

di un assegno alimentare, pur previsto, come ben noto, per durate diverse ed in varie forme, per l'evenienza di sospensione cautelare, per gli impiegati pubblici, da fonti normative generali<sup>15</sup>, in disposizioni speciali per alcune categorie di lavoratori, come per il personale delle Forze armate e dei corpi di polizia ad ordinamento militare<sup>16</sup> nonché in disposizioni dei C.C.N.L. per il personale contrattualizzato<sup>17</sup>.

Ove così fosse, si porrebbe un vistoso problema di disparità di trattamento (art. 2 Cost.) tra dipendente sottoposto a sospensione cautelare, possibile fruitore di assegno alimentare (la cui misura è stabilita da disposizioni legislative ovvero dai CCNL, in linea generale, in misura non superiore alla metà dello stipendio stesso, oltre gli assegni per carichi di famiglia, fatte salve specifiche disposizioni) e dipendente che, non avendo ricevuto il vaccino, fatto lecito di cui la legge espressamente esclude ogni rilevanza disciplinare, che risulta (apparentemente) non destinatario della misura alimentare<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Il riferimento è, senza pretesa di esaustività, a: d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, recante "Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato", legge 7 febbraio 1990, n. 19, recante "Modifiche in tema di circostanze, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti", d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, recante "Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado", d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche"; legge 27 marzo 2001, n. 97, recante "Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche".

<sup>16</sup> V. d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, recante "Codice dell'ordinamento militare".

<sup>17</sup> Come noto, infatti, dal punto di vista economico, il dipendente sospeso cautelativamente dal servizio è privato dello stipendio ed è prevista in suo favore soltanto la corresponsione di un assegno alimentare, la cui misura è stabilita da disposizioni legislative ovvero dai C.C.N.L. In linea generale tale assegno non è superiore alla metà dello stipendio stesso, oltre gli assegni per carichi di famiglia, fatte salve specifiche indicazioni. Come ha chiarito l'Inps con il messaggio n. 2161/2018 del 29 maggio 2018 (documento consultabile in: <https://www.inps.it/bussola/VisualizzaDoc.aspx?sVirtualURL=/Messaggi/Messaggio%20numero%202161%20del%2029-05-2018.htm&iDDalPortale=&iDLINK=-1>), l'assegno alimentare corrisposto ai dipendenti sospesi in via cautelare costituisce reddito di lavoro dipendente e come tale è assoggettato alla relativa tassazione ed è dunque imponibile ai fini pensionistici.

Nel caso in cui il procedimento che ha legittimato la sospensione cautelare si concluda con un provvedimento definitivo a favore del lavoratore, se il datore di lavoro dispone la "restitutio in integrum", il lavoratore ha diritto al trattamento retributivo che avrebbe percepito se fosse rimasto in servizio. Dal trattamento spettante sarà portato in detrazione quanto corrisposto durante il periodo di sospensione cautelare, a titolo di assegno alimentare.

Al contrario, qualora il datore di lavoro adotti un provvedimento disciplinare di licenziamento o di destituzione, può richiedere la restituzione dei contributi pagati per le somme erogate durante i periodi di sospensione cautelare che si collocano dopo la data di cessazione del rapporto di lavoro per effetto della retroattività del licenziamento.

<sup>18</sup> La circostanza - di rilievo estremo - non è sfuggita ad un sindacato di personale, docente e non, scolastico, universitario e della ricerca, che ha inoltrato una richiesta al Ministero (come si apprende dalla consultazione della rete: cfr. DE NAPOLI, *Obbligo vaccinale docenti: assegno alimentare (metà stipendio) per chi è sospeso*, in <https://www.miuristruzione.com/2021/12/06/obbligo-vaccinale-docenti-assegno-alimentare-meta-stipendio-per-chi-e-sospeso/contributo> inserito il 6 dicembre 2021; informazione confermata da <https://quifinanza.it/lavoro/video/obbli>



Altro parametro costituzionale violato, oltre all'art. 2 Cost., sembra essere quello posto dall'art. 36, comma 1, Cost. (secondo cui “*Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*”), che impedisce che un lavoratore subordinato, indifferentemente pubblico o privato, possa rimanere senza fonte di reddito per qualsiasi motivo, e quindi meno che mai per una sanzione disciplinare, la cui finalità afflittiva potrebbe avere effetti negativi sovradimensionati di lungo periodo o persino irreversibili non solo a danno del lavoratore sanzionato (si pensi alla possibile conseguente necessità di ricorrere a prestiti con tassi usurari), ma anche sui componenti della famiglia, se essa non fosse “mitigata” dalla brevità della durata della sospensione disciplinare, nel settore privato (massimo dieci giorni: art. 7, comma 4, della legge 20 maggio 1970, n. 300, c.d. Statuto dei lavoratori), ovvero dall'irrogazione, appunto, di un assegno alimentare.

**5.** Tratto comune sia alla conferma dell'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari sia alla introduzione dello stesso per altre categorie di lavoratori è una **durata temporale massima della sospensione**, per l'ipotesi della mancanza di vaccino, **all'evidenza non breve**, che, per effetto del decreto-legge n. 172 del 26 novembre 2021, supera ampiamente l'arco di un anno per i primi e di sei mesi per le altre categorie tenute.

La prevista durata, complessivamente ultra-annuale, nell'un caso, semestrale, nell'altro, della sospensione (e, correlativamente, della retribuzione) – si ribadisce, in assenza di un fatto sottostante di rilievo potenzialmente disciplinare o penale o comunque illecito – appare in contrasto con i canoni di temporaneità e di proporzionalità che, pure nel ricorso a misure emergenziale, deve sempre guidare il legislatore: infatti, come non si è mancato di notare, la Corte costituzionale con la recentissima sentenza n. 213 del 19 ottobre – 11 novembre 2021, sia pure intervenendo in materia del tutto differente (il diritto di proprietà; nel caso di specie invece vengono in gioco il diritto al lavoro e, come si è appena visto, “*ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*” e, dunque, alla dignità personale e, in ultima analisi, alla libertà), ha espressamente ammonito il legislatore a non superare i limiti massimi di tollerabilità di misure pur dichiaratamente emergenziali<sup>19</sup>. Sicché – è stato evidenziato in un interessante commento alla richiamata pronuncia della Consulta<sup>20</sup> – «*Con una sentenza formalmente limitata alla so-*

go-vaccinale-scuola-ipotesi-assegno-alimentare/573935/, ins. il 6 dicembre 2021).

<sup>19</sup> Cfr. l'argomentazione svolta al punto n. 15 del “considerato in diritto” della richiamata sentenza della Corte costituzionale.

<sup>20</sup> Così F. TAGLIALAVORO, *Temporaneità, eccezionalità e gradualità delle misure per fronteggiare l'emergenza pandemica: la sospensione 'prorogata' dell'esecuzione degli sfratti al vaglio della Corte costituzionale (nota a Corte cost., n. 213/2021, sub n. 4.4. e n. 5, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), ins. il 5 dicembre 2021, consultabile in: [\*\*PENALE\*\*  
Diritto e Procedura](https://www.giustiziainsieme.it/it/news/92-main/costituzione-e-carte-dei-diritti-fondamentali/2058-temporaneita-eccezzionalita-e-gradualita-delle-</a></i></p>
</div>
<div data-bbox=)*

*sospensione dell'esecuzione degli sfratti per morosità, come da ultimo prorogata sino al 31 dicembre 2021, la Corte costituzionale fornisce parametri utili per valutare la legittimità anche di altri provvedimenti di contrasto alla pandemia da SARS COV 2 [...] Le misure di contrasto alla pandemia [...] devono rispettare i principi della eccezionalità, della temporaneità e della gradualità: diversamente sono incostituzionali. Eccezionalità è, nel periodare della Consulta, predicato della situazione che ha portato alla misura e non della misura medesima: questa è una riflessione importante, perché anche le emergenze si evolvono e, con esse, deve evolversi la disciplina che la fronteggia. Da qui il ragionamento sulla gradualità e sulla temporaneità, caratteri, questi, riferiti alle misure [...] Il sacrificio di una parte della popolazione a vantaggio (anche indiretto) di un'altra, pur giustificato dai più volte richiamati doveri di cui all'art. 2 della Costituzione, non può comunque essere perpetuo: gradale la misura; temporaneo il sacrificio. E sono queste le lenti con le quali la Corte analizza la normativa censurata [...] L'emergenza, in relazione ai doveri di solidarietà sociale di cui all'articolo 2 della Costituzione, giustifica dunque misure temporanee e graduali finalizzate al suo contenimento: è questo l'insegnamento più importante che può essere tratto dalla decisione annotata. Se è la pandemia, dunque, la circostanza eccezionale che giustifica talune misure, le stesse devono però essere graduali e adeguate all'evoluzione della stessa. Il sacrificio dei diritti individuali, inoltre, non può che essere temporaneo. La decisione annotata, pur non riguardando né lo stato di emergenza né la generalità dei provvedimenti approvati per farvi fronte, offre pertanto utili spunti al Legislatore: lo stesso, chiamato a fronteggiare la pandemia, deve quindi sempre approvare e mantenere misure proporzionate e adeguate all'evoluzione della stessa».*

Del resto, la stessa giurisprudenza di merito si è mostrata consapevole della estrema rilevanza della questione della temporaneità della sospensione dal lavoro e, correlativamente, dalla retribuzione<sup>21</sup>, temporaneità della quale ben può dubitarsi allorché il meccanismo si protragga per mesi e mesi, come nel caso di specie.

---

*misure-per-fronteggiare-l-emergenza-pandemica-la-sospensione-prorogata-dell-esecuzione-degli-sfratti-al-vaglio-della-corte-costituzionale-nota-a-corte-cost-n-213-2021-di-francesco-tagliavero ).*

<sup>21</sup> Il riferimento è all'ordinanza del Tribunale di Genova, Sez. lavoro, del 6 ottobre 2021 (edita in [www.ilgiuslavorista.it](http://www.ilgiuslavorista.it)), ove, nel rigettare il ricorso proposto ex art. 700 cod. proc. civ. da tecnico sanitario di laboratorio biomedico sospeso poiché non vaccinato, dopo una parte in fatto dedicata all'accertamento circa la emersa impossibilità in concreto per il datore di lavoro di adibire il dipendente a mansioni diverse ex art. 8, comma 4, del (previgente) decreto-legge n. 44 del 2021, convertito, con modificazioni, nella legge n. 76 del 2021, si confuta, in diritto, la «dedotta violazione dell'art. 3 della Costituzione, derivante, in tesi di parte, dalla totale privazione della retribuzione, a fronte della parziale conservazione in casi di sospensione dovuta all'apertura di procedimenti penali» sottolineando, appunto, la temporaneità della sospensione nel caso di specie (pp. 2 e 6-7).



Inoltre, il termine di durata massima della neo-introdotta sospensione (15 giugno 2022) non si coordina, valicandolo, con quello di durata dello stato di emergenza, attualmente fissato al 31 dicembre 2021 e non prorogabile oltre il 31 gennaio 2022 (ex art. 24 del d.lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018, recante “Codice della protezione civile”).

**6.** Né pare potersi trascurare la disparità di trattamento e la manifesta irragionevolezza della **distinzione tra categorie di lavoratori** operata dal legislatore di urgenza.

**6.1.** Infatti, secondo la disciplina-posta dal decreto legge n. 172 del 26 novembre 2021 la adibizione a mansioni diverse, sia pure con l’adozione di opportune misure di protezione, del personale non vaccinato, poiché esentato ovvero in situazione di “differibilità”<sup>22</sup>, è prerogativa dei soli sanitari, senza che tale possibilità sia invece prevista per il personale docente, scolastico, militare, di polizia ed amministrativo in strutture sanitarie, benché per le medesime ragioni esonerato o “differito” quanto al vaccino o al richiamo, pur essendo intuitivamente più agevole destinare tali ultimi lavoratori a mansioni diverse da quelle ordinariamente svolte (a mero titolo di esempio, ad uffici interni senza contatto con il pubblico, biblioteche, archivi, servizi tecnici, centralino telefonico *aut similia*) che non comportino contatti con soggetti fragili o ne riducano drasticamente le occasioni.

Al limite, ci si sarebbe potuti attendere la soluzione opposta, essendo i sanitari istituzionalmente a costante contatto con malati e con fragili, evenienza invece solo possibile per le altre categorie di lavoratori.

**6.2.** Né si comprende la ulteriore differenziazione tra esonerati dal vaccino o “differiti”, che, come si è visto, possono lavorare, e persone risultate, all’esito di appositi accertamenti, immuni a seguito di contagio, che, invece, non possono lavorare: si tratta di seria questione che di recente è stata devoluta, insieme ad altre, dalla giurisprudenza di merito alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea sotto forma di domanda di pronunzia pregiudiziale<sup>23</sup>.

**6.3.** Discendendo da tali *divisiones* conseguenze drastiche in termini di prestazione lavorativa o meno e, soprattutto, di corresponsione della retribuzione o meno, parametri invocabili in un giudizio di legittimità costituzionale

<sup>22</sup> L’art. 4 della legge 28 maggio 2021, n. 76, come novellato dall’art. 1, comma 7, del decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172, recita: «Per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita, il datore di lavoro adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione [...]»: l’impiego dell’indicativo presente denota che la destinazione non è discrezionalmente stabilita nell’an dal datore di lavoro.

<sup>23</sup> Trib. Padova – Giudice del lavoro, ord. 16 novembre – 7 dicembre 2021, X vs. Azienda Ospedale – Università di Padova, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), ins. il 14 dicembre 2021, con nota di BIANCHINI, *Obbligo vaccinale per i sanitari: 7 quesiti per la Corte di Giustizia dell’Unione Europea*.

parrebbero essere gli artt. 2 (disparità di trattamento), 3 (irragionevolezza) e 36 (negazione del diritto/dovere al lavoro) della Carta fondamentale.

**7.** Difficoltà ancora più serie si colgono nel tentativo di **coordinare la disciplina di urgenza che ha prorogato la vaccinazione obbligatoria anti Sars-Cov-2 per i sanitari e che la ha introdotta ex novo per altre categorie di lavoratori** (decreto-legge n. 172 del 2021) **con il precetto dell'art. 32 Cost.**

La fondamentale previsione fa riferimento, come ben noto, alla salute da un duplice punto di vista, sia come “diritto dell'individuo” sia come “interesse della collettività”. Infatti, il comma 1 dell'art. 32 Cost. recita: «*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti*», mentre il comma 2 fissa il principio secondo il quale «*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto per la persona umana*».

E' opportuno per il giurista, normalmente non dotato di particolari competenze scientifiche e sanitarie, prendere le mosse dalle informazioni ufficialmente fornite dai produttori dei farmaci e dai dati raccolti, elaborati e pubblicati dalle autorità sanitarie pubbliche e, sulla base di tali emergenze, trarre le necessarie implicazioni tecnico-giuridiche<sup>24</sup>.

**7.1.** Appare, dunque, utile dare preliminarmente atto delle informazioni sui quattro prodotti somministrati in Italia (Johnson & Johnson; Moderna; Pfizer; Astra-Zeneca) che si leggono nei relativi foglietti illustrativi<sup>25</sup>.

**7.1.1.** Foglietto illustrativo **Johnson & Johnson** ovvero Janssen (aggiornato al 19 ottobre 2021)<sup>26</sup>.

**7.1.1.1.** Alla p. 29, righe 6-42, si legge, testualmente ed integralmente, sotto la voce “Avvertenze e precauzioni”:

*«Come con qualsiasi vaccino, la vaccinazione con COVID-19 Vaccine Janssen potrebbe non proteggere completamente tutti coloro che la ricevono. La durata del periodo di protezione non è nota.*

<sup>24</sup> Si tenterà, in altre parole, con il presente contributo un approccio in qualche modo paragonabile a quello del consigliere della Corte di cassazione impegnato nello studio di un fascicolo o dell'Avvocato che si accinga a redigere un ricorso di legittimità: considerati per pacifici i dati di fatto da altri raccolti ed elaborati (nell'un caso, da parte dei giudici di merito; nell'altro, dai produttori dei farmaci e dall'Agenzia italiana del farmaco, acronimo A.I.F.A.), verificare la conformità ai principi di diritto e la logicità delle conclusioni raggiunte (nell'uno caso dal provvedimento impugnato; nell'altro, dalla decretazione di urgenza).

<sup>25</sup> Nel testo si riferiranno alla lettera le indicazioni che di rinvergono nei foglietti illustrativi: si precisa che il grassetto è quello già presente nei documenti.

<sup>26</sup> Dal sito istituzionale dell'A.I.F.A., documento reso disponibile alla data del 19 ottobre 2021 (comunque agevolmente reperibile sulla rete web tramite motori di ricerca digitando: [https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer\\_001306\\_049395\\_Fl.pdf&retry=0&sys=m0b1l3](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_001306_049395_Fl.pdf&retry=0&sys=m0b1l3)).

### **Disturbi del sangue**

· **Tromboembolia venosa:** coaguli di sangue nelle vene (tromboembolia venosa, TEV) sono stati osservati raramente a seguito della vaccinazione con COVID-19 Vaccine Janssen.

· **Trombosi con sindrome trombocitopenica:** in seguito alla vaccinazione con COVID-19 Vaccine Janssen sono stati osservati molto raramente coaguli di sangue in associazione a bassi livelli di piastrine nel sangue. Questa condizione include casi gravi di coaguli di sangue anche in siti insoliti come cervello, fegato, intestino e milza, in alcuni casi con la presenza di sanguinamento. Questi casi si sono verificati principalmente nelle prime tre settimane successive alla vaccinazione e in donne sotto i 60 anni di età. Questa condizione ha provocato anche la morte.

· **Trombocitopenia immune:** casi di livelli molto bassi di piastrine (trombocitopenia immune), che possono essere associati a sanguinamento, sono stati segnalati molto raramente, in generale entro le prime quattro settimane dopo la vaccinazione con COVID-19 Vaccine Janssen.

Si rivolga immediatamente a un medico se, manifesta sintomi che possono essere segni di disturbi del sangue: mal di testa intensi o persistenti, crisi epilettiche (convulsioni), cambiamenti dello stato mentale o visione offuscata, sanguinamento insolito, comparsa, dopo alcuni giorni dalla vaccinazione, di lividi insoliti sulla pelle in un punto diverso dal sito di vaccinazione, macchie rotonde molto piccole localizzate in un punto diverso dal sito di vaccinazione, o se manifesta respiro affannoso, dolore al petto, dolore alle gambe, gonfiore alle gambe o dolore addominale persistente. Informi l'operatore sanitario (medico, farmacista o infermiere) di avere ricevuto di recente COVID-19 Vaccine Janssen.

### **Sindrome da perdita capillare**

In seguito alla vaccinazione con COVID-19 Vaccine Janssen sono stati segnalati casi molto rari di sindrome da perdita capillare (CLS). Almeno uno dei pazienti colpiti aveva una precedente diagnosi di CLS. La CLS è una condizione grave che può portare alla morte e che causa perdita di liquido dai piccoli vasi sanguigni (capillari) con conseguente rapido gonfiore delle braccia e delle gambe, improvviso aumento di peso e sensazione di svenimento (bassa pressione sanguigna). Si rivolga immediatamente al medico se sviluppa questi sintomi nei giorni successivi alla vaccinazione.

### **Sindrome di Guillain-Barré**

Si rivolga immediatamente al medico se si manifestano debolezza e paralisi agli arti che possono progredire al torace e al viso (sindrome di Guillain-Barré). Questa sindrome è stata segnalata molto raramente in seguito alla vaccinazione con COVID-19 Vaccine Janssen.

### **Bambini e adolescenti**

COVID-19 Vaccine Janssen non è raccomandato nei bambini e negli adolescenti di età inferiore a 18 anni. Non sono attualmente disponibili informa-

zioni sufficienti sull'uso di COVID-19 Vaccine Janssen in bambini e adolescenti di età inferiore a 18 anni».

**7.1.1.2.** Quanto ai possibili effetti indesiderati, alla p. 31, righe 28-46, del foglietto illustrativo aggiornato al 19 ottobre 2021 si legge anche:

«**Rari:** possono interessare fino a 1 persona su 1 000

- reazione allergica
- orticaria
- linfonodi gonfi (linfadenopatia)
- sensibilità ridotta, specialmente sulla pelle (ipoestesia)
- ronzio persistente nelle orecchie (tinnito)
- vomito
- coaguli di sangue nelle vene (tromboembolia venosa, TEV)

**Molto rari:** possono interessare fino a 1 persona su 10 000

· coaguli di sangue spesso in siti insoliti (ad es. cervello, intestino, fegato, milza), associati a bassi livelli di piastrine nel sangue

· grave infiammazione dei nervi che può causare paralisi e difficoltà nella respirazione (sindrome di Guillain-Barré (GBS))

**Non nota** (la frequenza non può essere definita sulla base dei dati disponibili)

- reazione allergica grave
- sindrome da perdita capillare (una condizione che causa perdita di liquido dai piccoli vasi sanguigni)
- livelli bassi di piastrine (trombocitopenia immune), che possono essere associati a sanguinamento».

**7.1.2.** Foglietto informativo **Astra-Zeneca o Vaxzevria** (aggiornato al 27 novembre 2021)<sup>27</sup>.

**7.1.2.1.** Alla p. 32, righe 10-44, si legge testualmente ed integralmente:

«Come con qualsiasi vaccino, il ciclo di vaccinazione a 2 dosi di Vaxzevria potrebbe non proteggere completamente tutti coloro che lo ricevono. La durata della protezione non è nota.

*Disturbi del sangue*

Coaguli di sangue molto rari, in associazione a bassi livelli di piastrine nel sangue, in alcuni casi accompagnati da sanguinamento, sono stati osservati dopo la vaccinazione con Vaxzevria. Questa condizione includeva casi gravi con coaguli di sangue in siti diversi o insoliti (per esempio, cervello, intestino, fegato, milza) come pure coagulazione o sanguinamento eccessivi in tutto il corpo. La maggior parte di questi casi si è verificata nelle prime tre settimane

<sup>27</sup> Dal sito istituzionale dell'A.I.F.A., documento reso disponibile alla data del 19 ottobre 2021 (comunque agevolmente reperibile sulla rete web tramite motori di ricerca digitando: [https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer\\_000690\\_049314\\_FI.pdf&retry=0&sys=m0b1l3](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_000690_049314_FI.pdf&retry=0&sys=m0b1l3)).

successive alla vaccinazione. In alcuni casi questa condizione ha provocato morte.

Coaguli di sangue nel cervello, non associati a un basso livello di piastrine nel sangue, sono stati osservati molto raramente dopo la vaccinazione con Vaxzevria. La maggior parte di questi casi si è verificata entro le prime quattro settimane dopo la vaccinazione. Alcuni casi hanno avuto un esito fatale.

Livelli molto bassi di piastrine (trombocitopenia immune), che possono essere associati a sanguinamento, sono stati riportati molto raramente, di solito entro le prime quattro settimane successive alla vaccinazione con Vaxzevria.

Si rivolga immediatamente a un medico in caso di respiro affannoso, dolore al petto, gonfiore alle gambe, dolore alle gambe o dolore addominale persistente dopo la vaccinazione (vedere paragrafo 4).

Inoltre, consulti immediatamente un medico se, dopo alcuni giorni dalla vaccinazione, si verificano mal di testa intensi o persistenti, vista annebbiata, confusione o convulsioni (crisi convulsive) dopo la vaccinazione, o se dopo pochi giorni si verificano sanguinamenti inspiegabili o compaiono lividi sulla pelle o macchie rotonde molto piccole in un punto diverso dal sito di vaccinazione (vedere paragrafo 4).

#### Sindrome da perdita capillare

In seguito alla vaccinazione con Vaxzevria sono stati segnalati casi molto rari di sindrome da perdita capillare (CLS). Alcuni soggetti colpiti avevano una precedente diagnosi di CLS. La CLS è una condizione grave che può portare alla morte e che causa perdita di liquido dai piccoli vasi sanguigni (capillari) con conseguente rapido gonfiore delle braccia e delle gambe, improvviso aumento di peso e sensazione di svenimento (bassa pressione sanguigna). Si rivolga immediatamente al medico se sviluppa questi sintomi nei giorni successivi alla vaccinazione.

#### Eventi neurologici

Si rivolga immediatamente a un medico se si manifestano debolezza e paralisi agli arti che possono progredire al torace e al viso (sindrome di Guillain-Barré). Questa sindrome è stata segnalata molto raramente in seguito alla vaccinazione con Vaxzevria.

#### Bambini e adolescenti

Vaxzevria non è raccomandato nei bambini di età inferiore a 18 anni. Al momento non sono disponibili sufficienti informazioni sull'uso di Vaxzevria nei bambini e negli adolescenti di età inferiore a 18 anni».

**7.1.2.2.** Alla p. 35, righe 5-20, sotto la voce “Effetti indesiderati” si legge:

«**Molto rari** (possono interessare fino a 1 persona su 10.000)

- coaguli di sangue spesso in siti insoliti (ad es. cervello, intestino, fegato, milza), associati a bassi livelli di piastrine nel sangue

- grave infiammazione dei nervi, che può causare paralisi e difficoltà respiratorie (sindrome di Guillain-Barré)

**Non noti** (non possono essere definiti sulla base dei dati disponibili)

- grave reazione allergica (anafilassi)
- ipersensibilità
- rapido gonfiore sotto la pelle in aree come viso, labbra, bocca e gola (che può causare difficoltà di deglutizione o di respirazione)
- sindrome da perdita capillare (una condizione che causa fuoriuscita di liquido dai piccoli vasi sanguigni)
- livelli di piastrine molto bassi (trombocitopenia immune) che possono essere associati a sanguinamento (vedere paragrafo 2, Disturbi del sangue)
- coaguli di sangue nel cervello, non associati a un basso livello di piastrine nel sangue (vedere paragrafo 2, Disturbi del sangue)».

**7.1.3.** Foglietto illustrativo **Moderna** o Spikevax (aggiornato al 27 novembre 2021)<sup>28</sup>.

**7.1.3.1.** Alla p. 27, righe 7-12 e 15-18, sotto la voce “Avvertenze e precauzioni”, si legge, testualmente ed integralmente:

«Dopo la vaccinazione con Spikevax sono stati segnalati casi molto rari di miocardite (infiammazione del cuore) e pericardite (infiammazione del rivestimento esterno del cuore), verificatisi principalmente nelle due settimane successive alla vaccinazione, più spesso dopo la seconda dose e nei giovani di sesso maschile. Dopo la vaccinazione è necessario prestare attenzione ai segni di miocardite e pericardite, quali respiro corto, palpitazioni e dolore toracico, e rivolgersi immediatamente al medico in caso di comparsa di tali sintomi [...]

Come con qualsiasi vaccino, il ciclo primario di vaccinazione di 2 dosi di Spikevax potrebbe non proteggere completamente tutti coloro che lo ricevono, né è nota la durata del periodo di copertura.

#### **Bambini**

Spikevax non è raccomandato nei bambini di età inferiore a 12 anni».

**7.1.3.2.** Alla p. 29, righe 6-13, sotto la voce “possibili effetti indesiderati”, si legge, testualmente ed integralmente:

#### «**Frequenza non nota**

- reazioni allergiche gravi con difficoltà respiratorie (anafilassi)
- reazione del sistema immunitario di aumentata sensibilità o intolleranza (ipersensibilità)
- infiammazione del cuore (miocardite) o infiammazione del rivestimento esterno del cuore (pericardite) che possono causare respiro corto, palpitazioni o dolore toracico

<sup>28</sup> Dal sito istituzionale dell'A.I.F.A., documento reso disponibile alla data del 19 ottobre 2021 (comunque agevolmente reperibile sulla rete web tramite motori di ricerca digitando: [https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer\\_005438\\_049283\\_FI.pdf&retry=0&sys=m0b1l3](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_005438_049283_FI.pdf&retry=0&sys=m0b1l3)).

- reazione cutanea che causa macchie o chiazze rosse sulla pelle, che possono avere l'aspetto di un bersaglio o "occhio di bue" con un nucleo rosso scuro circondato da anelli rosso chiaro (eritema multiforme)».

**7.1.4.** Foglietto informativo BioNTech **Pfizer** o Comirnaty (aggiornato al 27 novembre 2021)<sup>29</sup>.

**7.1.4.1.** Alla p. 57, righe 3-10 e 16-17, sotto la voce "avvertenze", si legge testualmente ed integralmente (oltre che alla p. 68, righe 3-10 e 16-17, in termini identici):

«Dopo la vaccinazione con Comirnaty sono stati segnalati casi molto rari di miocardite (infiammazione del cuore) e pericardite (infiammazione del rivestimento esterno del cuore), verificatisi principalmente nelle due settimane successive alla vaccinazione, più spesso dopo la seconda dose e nei giovani di sesso maschile. Dopo la vaccinazione è necessario prestare attenzione ai segni di miocardite e pericardite, quali respiro corto, palpitazioni e dolore toracico, e rivolgersi immediatamente al medico in caso di comparsa di tali sintomi.

Come per tutti i vaccini, Comirnaty potrebbe non proteggere completamente tutti coloro che lo ricevono, e la durata della protezione non è nota [...]

#### **Bambini**

Comirnaty non è raccomandato nei bambini di età inferiore a 12 anni».

**7.1.4.2.** Alla p. 58, righe 22-28, sotto la voce "possibili effetti indesiderati", si legge (oltre che alla p. 69, righe 33-39, in termini identici):

«**Non nota** (la frequenza non può essere definita sulla base dei dati disponibili)

- reazione allergica grave
- infiammazione del muscolo cardiaco (miocardite) o infiammazione del rivestimento esterno del cuore (pericardite) che possono causare respiro corto, palpitazioni o dolore toracico
  - gonfiore esteso del braccio vaccinato
  - gonfiore del viso (gonfiore del viso può manifestarsi in soggetti sottoposti in passato a iniezioni cosmetiche facciali a base di filler dermici)».

**8.** Le indicazioni che si sono riferite circa i possibili, per quanto infrequenti (indicati come "rari" e "molto rari" ma anche di frequenza non definibile poiché "non nota"), effetti indesiderati non hanno, ovviamente, né potrebbero avere, una precisa connotazione quantitativa.

<sup>29</sup> Dal sito istituzionale dell'A.I.F.A., documento reso disponibile alla data del 19 ottobre 2021 (comunque agevolmente reperibile sulla rete web tramite motori di ricerca digitando: [https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=foot\\_er\\_005389\\_049269\\_FI.pdf&retry=0&sys=m0b113](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=foot_er_005389_049269_FI.pdf&retry=0&sys=m0b113)).



Qualificate indicazioni numeriche, utili per lo sviluppo ulteriore del ragionamento, possono essere reperite nei periodici rapporti dell’Agenzia italiana del farmaco, nell’apposita sezione all’interno del sito istituzionale del Ministero della salute.

**8.1.** Appare dunque utile prendere le mosse dal più recente “Rapporto A.I.F.A. sulla sorveglianza dei vaccini Covid-19”, il nono, relativo al periodo di nove mesi ricompreso tra il 27 dicembre 2020 ed il 26 settembre 2021 (pp. 11 e 13)<sup>30</sup>.

In particolare, dopo la precisazione su quando debba considerarsi grave una segnalazione circa reazioni osservate dopo la somministrazione del vaccino<sup>31</sup>, sotto la voce «*Distribuzione per gravità ed esito*», si legge:

«L’85,4% (n. 86.361) delle segnalazioni inserite al 26/09/2021 è riferita a eventi non gravi, con un tasso di segnalazione pari a 103/100.000 dosi somministrate e il 14,4% (n. 14.605) [delle segnalazioni inserite al 26/09/2021 è riferita] a eventi avversi gravi, con un tasso di 17 eventi gravi ogni 100.000 dosi somministrate, indipendentemente dal tipo di vaccino, dalla dose somministrata e dal possibile ruolo causale della vaccinazione (la gravità non è riportata nello 0,2% delle segnalazioni, n. 144)».

Alla p. 13, righe 1-6 del richiamato rapporto si legge:

«Segnalazioni gravi e nesso di causalità

*Al momento della stesura di questo Rapporto, il nesso di causalità secondo l’algoritmo dell’OMS è stato inserito nel 73% (10.681/14.605) delle segnalazioni di eventi avversi gravi, ed è risultato correlabile alla vaccinazione nel 40,3% di tutte le segnalazioni gravi valutate (4.301/10.681), indeterminato nel 36% (3.848/9.324) e non correlabile nel 20,5% (1.845/9.324). Il 3,2% (339/10.681) delle segnalazioni valutate è inclassificabile, per mancanza di informazioni sufficienti».*

Sino a qui la parte del rapporto dell’A.I.F.A. puntualmente richiamata dal Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 7045 del 2021.

Proseguendo la lettura di p. 13, da riga 7 a riga 34, del rapporto aggiornato si apprende quanto segue:

«Decessi e nesso di causalità

---

<sup>30</sup> Rapporto agevolmente consultabile in: [https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto\\_sorveglianza\\_vaccini\\_COVID-19\\_9.pdf](https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto_sorveglianza_vaccini_COVID-19_9.pdf).

<sup>31</sup> V. p. 11, riquadro in basso a destra: «Quando una segnalazione è considerata grave? La gravità delle segnalazioni viene definita in base di criteri standardizzati che non sempre coincidono con la reale gravità clinica dell’evento. Un evento è sempre grave se causa ospedalizzazione, pronto soccorso, pericolo immediato di vita, invalidità, anomalie congenite, decesso, altra condizione clinicamente rilevante. Alcuni eventi avversi, inoltre, vengono considerati sempre gravi se presenti in una lista pubblicata e periodicamente aggiornata dall’Agenzia Europea dei Medicinali, sotto il nome di IME list (Important Medical Events, per es. febbre alta)». Nel grafico che si rinvia alla pagina seguente (p. 12) in alto si descrivono in percentuale le segnalazioni per criterio di gravità, distribuendole tra le seguenti categorie: anomalie congenite, pericolo di vita, ospedalizzazione, invalidità, decesso, altre condizioni clinicamente rilevanti.



Complessivamente, dopo aver verificato la presenza di duplicati, ovvero di casi per cui è stata inserita più di una segnalazione, 608 segnalazioni gravi riportano l'esito "decesso" al momento della segnalazione o come informazione acquisita successivamente al follow up. Il tasso di segnalazione è di 0,72/100.000 dosi somministrate, indipendentemente dalla tipologia di vaccino, dal numero di dose e dal nesso di causalità, simile a quello riportato nel Rapporto precedente. La distribuzione di questi casi a esito fatale per tipologia di vaccino è riportata in tabella 3.

Il 48,2% (293) dei casi riguarda donne, il 50,8% (309) uomini mentre l'1% (6 schede) non riporta questo dato. L'età media è di 76 anni. Il tempo intercorrente tra la somministrazione e il decesso varia da poche ore fino a un massimo di 189 giorni, ove riportato. In 397 casi il decesso è registrato dopo la prima dose e in 211 dopo la seconda.

Continuano a non essere segnalati decessi a seguito di shock anafilattico o reazioni allergiche importanti, mentre è frequente che il decesso si verifichi a seguito di complicanze di malattie o condizioni già presenti prima della vaccinazione.

Tabella 3 - Distribuzione delle segnalazioni con esito decesso per tipologia di vaccino

VACCINO	Casi fatali	Tassi per 100.000 dosi somministrate
Comirnaty	391 casi fatali	tasso 0,65 per 100.000 dosi somministrate
Spikevax	96 casi fatali	tasso 0,91 per 100.000 dosi somministrate
Vaxzevria	98 casi fatali	tasso 0,81 per 100.000 dosi somministrate
Janssen	23 casi fatali	tasso 1,56 per 100.000 dosi somministrate
Totale	608 casi fatali	tasso 0,72 per 100.000 dosi somministrate

Il 71,5% (435/608) delle segnalazioni con esito decesso presenta una valutazione del nesso di causalità con l'algoritmo dell'OMS, in base al quale il 59,5% dei casi (259/435) è non correlabile, il 30,6% (133/435) indeterminato e il 6,2% (27/435) inclassificabile per mancanza di informazioni sufficienti. Complessivamente, 16 casi (3,7%) sui 435 valutati sono risultati correlabili (circa 0,2 casi ogni milione di dosi somministrate), di cui 14 già descritti nei Rapporti precedenti. Le rimanenti 2 segnalazioni si riferiscono a 2 pazienti

di 76 e 80 anni con condizione di fragilità per pluripatologie, deceduti per COVID-19 dopo aver completato il ciclo vaccinale»<sup>32</sup>.

**8.2.** A parte le avvertenze che si leggono nei foglietti illustrativi, che, come si è visto, comprendono anche espressamente il rischio morte, dai dati ufficiali raccolti, elaborati e resi noti dall'Agenzia del farmaco, dunque, in Italia su 608 decessi segnalati come legati al vaccino, 16 decessi in 9 mesi sono risultati "correlabili" in senso tecnico alla vaccinazione: in conseguenza, la domanda che il giurista, ma, prima ancora, il cittadino comune non può non porsi è se ciò consenta o meno la obbligatorietà, indifferentemente "di diritto" o "di fatto", del trattamento vaccinale, obbligatorietà la cui praticabilità è data per scontata dal decreto-legge n. 172 del 26 novembre 2021.

Si è testé adoperata l'espressione «indifferentemente, "di diritto" o "di fatto"» avendo consapevolmente riguardo alla sostanza delle cose, poiché, pur essendo il meccanismo vaccinale anti Sars-Cov-2 in Italia *apparentemente* basato su di una scelta (che, schematizzando, è, per alcune categorie di lavoratori: vaccinarsi-lavorare-percepire la retribuzione; ovvero non vaccinarsi-non lavorare-non percepire la retribuzione), non esistono tuttavia nell'ordinamento - ha notato acuta dottrina<sup>33</sup> - precedenti così severi nella modulazione di "sanzioni" per i trasgressori di obblighi vaccinali che siano stati espressamente dichiarati tali: infatti, «*all'assenza di un obbligo vaccinale corrisponde un regime sanzionatorio che, al di fuori della cornice delle garanzie apprestate dall'art. 32 Cost., non solo impatta sui diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, ma è ben più drastico di quanto sarebbe consentito fare a una legge che introducesse l'obbligo vaccinale entro i confini dell'art. 32 Cost.*»<sup>34</sup>. Né manca chi, con profusione di argomenti, afferma che l'art. 4 del decreto-legge n. 44 del 2021 ha introdotto un vero e proprio obbligo vaccinale<sup>35</sup>.

Con la conseguenza, dal punto di vista della realtà fenomenica, che agli appartenenti alle categorie lavorative di cui al decreto-legge n. 172 del 2021 che vivano esclusivamente del proprio lavoro, essendo privi di altre fonti di reddito e/o di significativi risparmi, è, *di fatto*, negato o quantomeno gravemente ostacolato l'esercizio del *diritto* di non vaccinarsi, tale essendo indubbiamente, ad oggi, la posizione giuridica di chi, in mancanza di un obbligo vaccinale positivamente posto, opti per tale scelta.

---

<sup>32</sup> La parte immediatamente successiva del rapporto (pp. 14 e ss.) è dedicata all'analisi degli eventi avversi a seguito di vaccinazioni distinguendo tra i vari farmaci.

<sup>33</sup> Cfr. CAPOLUPO, *Green pass e obbligo vaccinale*, in *www.diritto.it*, ins. il 29 ottobre 2021, 15 e nota 45.

<sup>34</sup> Così CAPOLUPO, *Green pass e obbligo vaccinale*, cit., 15.

<sup>35</sup> Cfr. LAZZARI, *Obbligo vaccinale, green pass e rapporto di lavoro*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2021, n. 2, 4 (anche con richiami bibliografici *sub nota* n. 2) e 12-23.

9. Per rispondere al quesito che si è anticipato, se cioè, nel contesto dato, sia legittimo o meno imporre un obbligo vaccinale anti Sars-Cov-2 (indifferentemente di diritto o di fatto) è imprescindibile rifarsi agli insegnamenti della Corte costituzionale in tema di trattamenti sanitari e/o di vaccini.

9.1. La Corte costituzionale nella fondamentale sentenza n. 307 del 31 gennaio - 22 giugno 1990, ha affermato (*sub* n. 2 del “considerato in diritto”), con riferimento alla vaccinazione antipoliomelitica per i bambini entro il primo anno di vita, quanto segue<sup>36</sup>:

«[...] l'art. 32 della Costituzione [...] nel primo comma definisce la salute come “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”; nel secondo comma, sottopone i detti trattamenti a riserva di legge e fa salvi, anche rispetto alla legge, i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Da ciò si desume che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale.

Ma si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili.

Con riferimento, invece, all'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio - ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica - il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri. Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute - e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario - implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e

---

<sup>36</sup> Si riferisce nel testo la parte centrale del ragionamento della Corte costituzionale.

*per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito.*

*E parimenti deve ritenersi per il danno - da malattia trasmessa per contagio dalla persona sottoposta al trattamento sanitario obbligatorio o comunque a questo ricollegabile - riportato dalle persone che abbiano prestato assistenza personale diretta alla prima in ragione della sua non autosufficienza fisica (persone anche esse coinvolte nel trattamento obbligatorio che, sotto il profilo obbiettivo, va considerato unitariamente in tutte le sue fasi e in tutte le sue conseguenze immediate).*

*Se così è, la imposizione legislativa dell'obbligo del trattamento sanitario in discorso va dichiarata costituzionalmente illegittima in quanto non prevede un'indennità come quella suindicata».*

**9.2.** Si tratta di concetto chiaro che è stato peraltro ribadito, più volte, dalla Consulta.

**9.2.1.** Tra le altre<sup>37</sup>, nella sentenza n. 258 del 20 - 23 giugno 1994, con riferimento al tema delle vaccinazioni obbligatorie antiepatite virale B, antipolio, antidifterica ed antitetanica<sup>38</sup> si legge (al punto n. 4 del "considerato in diritto") che «*la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione:*

a) *"se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale"* (cfr. sentenza 1990 n. 307);

b) *se vi sia "la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili"* (ivi);

c) *se nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio - ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica - sia prevista comunque la corresponsione di una "equa indennità" in favore del danneggiato (cfr. sentenza 307 cit. e v. ora legge n. 210/1992). E ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria, la quale "trova applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cautele o condotte secondo le moda-*

<sup>37</sup> Oltre alle sentenze richiamate nel testo occorre fare riferimento anche a Corte cost., n. 218 del 23 maggio - 2 giugno 1994 e n. 27 del 23-26 febbraio 1998.

<sup>38</sup> Il riferimento è alle leggi 27 maggio 1991, n. 165, 4 febbraio 1966, n. 51, 6 giugno 1939, n. 891, 5 marzo 1963, n. 292 e 20 marzo 1968, n. 419.

*lità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura" (sulla base dei titoli soggettivi di imputazione e con gli effetti risarcitori pieni previsti dall'art. 2043 c.c.: sentenza n. 307/1990 cit.)».*

**9.2.2.** Icastico un passaggio che si rinviene nella motivazione della sentenza n. 118 del 18 aprile 1996 della Consulta (punto n. 5 del "considerato in diritto"), ove si legge che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri».

**9.2.3.** Più recentemente la Corte costituzionale con la sentenza n. 5 del 21 novembre 2017 - 18 gennaio 2018, nell'affrontare le plurime questioni di legittimità costituzionale del decreto legge 7 giugno 2017, n. 73, recante "Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale", convertito, con modificazioni, nella legge 31 luglio 2017, n. 119, ricalcando le precedenti pronunzie, ha nuovamente affermato (punto n. 8.2.1. del "considerato in diritto") quanto segue:

«[...] questa Corte ha precisato che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)».

**9.3.** Secondo le reiterate affermazioni del Giudice delle leggi, dunque, è da ritenersi legittima l'imposizione di un trattamento sanitario se lo stesso sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; tale legittimità però viene meno - né potrebbe essere diversamente nell'assetto valoriale stabilito della Costituzione - ove sia prevedibile che il trattamento vada ad incidere negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, a meno che non si tratti di **conseguenze**, che, **per** la loro **temporaneità** e **scarsa entità**, appaiano **normali di ogni intervento sanitario** e, pertanto, siano da ritenersi **tollerabili**.

**10.** Così ricostruito il quadro di riferimento, la domanda che si è già anticipata<sup>39</sup> può essere ulteriormente puntualizzata nei seguenti termini: i 16 decessi in nove mesi in Italia che, secondo l'A.I.F.A., sono correlabili ai vaccini costituiscono o meno eventi temporanei, di scarsa entità e, dunque, secon-

<sup>39</sup> V. i punti n. 8.2 e n. 9 nel testo.

do il riferito insegnamento della Corte costituzionale, “tollerabili” dall’ordinamento?

La risposta non può che essere negativa.

Infatti, anche ove si volesse prescindere totalmente (e non si comprenderebbe perché prescindere) dalla quantità e dalla qualità delle ulteriori reazioni avverse segnalate e raccolte dall’A.I.F.A.<sup>40</sup>, in ogni caso il numero, in sé, degli eventi irreversibili – ben 16 decessi in 272 giorni<sup>41</sup> cioè 1 ogni 17 giorni, quasi 2 al mese in Italia – che sono, per definizione, né di scarsa entità né temporanei (*ergo*: intollerabili), decessi risultati causalmente correlabili alla vaccinazione è tale<sup>42</sup> da doversi offrire netta risposta negativa, oggi, al quesito circa la liceità di un obbligo di trattamento sanitario/vaccinale, sia esso prorogato (per gli operatori sanitari) sia esso neo-introdotta (per le altre categorie di lavoratori), indifferentemente strutturato, come si è accennato, “di fatto” ovvero posto “di diritto”.

Ciò tanto più ove si consideri che il già richiamato rapporto aggiornato dell’A.I.F.A. (la cui elaborazione continua, a cadenze prima mensili e poi trimestrali, costituisce un vero e proprio “*work in progress*”) era da tempo, da ben quarantacinque giorni, cioè dal 12 ottobre 2021, a disposizione della generalità dei consociati e, *in primis*, del Governo, che nella decretazione del 26 novembre 2021 non risulta averne tenuto conto.

Al riguardo, deve osservarsi che se, al momento dell’adozione del primo decreto-legge, cioè il 1° aprile 2021, relativo ai soli sanitari, la situazione re-

---

<sup>40</sup> Nella prima parte (p. 3) del già richiamato nono “Rapporto A.I.F.A. sulla sorveglianza dei vaccini Covid-19” relativo al periodo 27 dicembre 2020 - 26 settembre 2021 (come già nella parte iniziale dei precedenti rapporti) si premette opportunamente, sotto la voce “guida alla lettura dei dati”, le nozioni tecniche di “evento avverso”, di “reazione avversa” e di “effetto indesiderato”: «un evento avverso è un qualsiasi episodio sfavorevole che si verifica dopo la somministrazione di un farmaco o di un vaccino, ma che non è necessariamente causato dall’assunzione del farmaco o dall’aver ricevuto la vaccinazione; una reazione avversa, invece, è una risposta nociva e non intenzionale a un farmaco o a una vaccinazione per la quale è possibile stabilire una relazione causale con il farmaco o la vaccinazione stessa. Per distinguere, quindi, se siamo di fronte a un evento avverso o a una reazione avversa, dobbiamo valutare se è possibile risalire a una causa legata al prodotto medicinale. Non è sufficiente che l’evento si sia verificato a breve distanza dalla vaccinazione o dall’assunzione del farmaco; un effetto indesiderato è un effetto non intenzionale connesso alle proprietà del farmaco o del vaccino, che non è necessariamente nocivo ed è stato osservato in un certo numero di persone. Si tratta quindi di un possibile effetto noto, verificatosi nel corso del tempo e considerato accettabile». L’entità delle reazioni avverse registrate dall’A.I.F.A. si rinviene alle pp. 6-20 del richiamato rapporto, illustrato anche da grafici.

<sup>41</sup> Dal 27 dicembre 2020 al 26 settembre 2021.

<sup>42</sup> Tra gli altri studiosi, pone efficacemente in luce il duplice, grave, problema della questione della tutela giuridica del diritto alla salute dei soggetti che hanno subito reazioni avverse gravi e della rilevanza, giuridica e non soltanto etica, dei decessi causati dalle vaccinazioni anti Sars-Cov-2, VITALE, *Del green pass, delle reazioni avverse ai vaccini e di altre cianfrusaglie pandemiche come problemi biogiuridici: elementi per una riflessione*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), ins. il 15 settembre 2021 (consultabile in: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1939-del-green-pass-delle-reazioni-avverse-ai-vaccini-e-di-altre-cianfrusaglie-pandemiche-come-problemi-biogiuridici-elementi-per-una-riflessione-di-aldo-rocco-vitale-2>).

gistrata dall'A.I.F.A. era di un 7,1 % di segnalazioni di reazioni avverse gravi, «con il nesso di causalità risulta[n]te correlabile in 1 sola segnalazione» tra le 100 di decessi ricevute, peraltro relativa alla morte di un uomo di 79 anni con pregresse plurime patologie<sup>43</sup>, e se ancora alla data di conversione dell'originario decreto in legge, avvenuta il 28 maggio 2021, si registravano un 10,4 % di segnalazioni di sospette reazioni avverse gravi, con 4 decessi riconosciuti dall'A.I.F.A. correlabili causalmente ai vaccino su un totale di 328 morti segnalate<sup>44</sup>, è innegabile che l'ampliamento del periodo di osservazione ha mostrato dati in preoccupante, progressivo aumento sia sotto il profilo della percentuale delle reazioni avverse gravi sospette sia del numero dei decessi segnalati sia – ciò che desta maggiore apprensione – del numero dei morti ritenuti come correlabili alla vaccinazione.

I dati ufficiali dell'A.I.F.A. mostrano infatti il seguente scenario:

nei sette mesi antecedenti al 26 luglio 2021, 12,8 % di segnalazioni di reazioni gravi, 498 decessi segnalati, 7 casi di morte correlabili<sup>45</sup>;

negli otto mesi antecedenti al 26 agosto 2021, 13,88 % di segnalazioni di reazioni gravi, 555 decessi segnalati, 14 casi di morte correlabili<sup>46</sup>;

nei nove mesi, antecedenti al 26 settembre 2021, come si è già visto in precedenza, 14,4 % di segnalazioni di reazioni gravi, 608 decessi segnalati, 16 casi di morte correlabili<sup>47</sup>.

Si tratta di *trend*, con ogni evidenza, in incontestabile aumento (nonostante il progressivo incremento di conoscenze acquisite “sul campo” che logicamente avrebbe dovuto far sperare in una tendenza inversa) che, se, da un lato, va approfondito dalla scienza, dall'altro avrebbe dovuto condurre la Politica a speciale prudenza. Prudenza che, invece, è mancata, essendosi deciso di prorogare temporalmente e di estendere soggettivamente un obbligo vaccinale di fatto che, se alla data della prima decretazione di urgenza, poteva, in ipotesi, apparire giustificato da argomenti plausibili, fondati sui dati provvisori di cui si è detto, invece, alla luce delle emergenze successive, si

<sup>43</sup> Tanto si legge nel terzo rapporto A.I.F.A. relativo al periodo di tre mesi intercorrente tra il 27 dicembre 2020 e il 26 marzo 2021 (pp. 5 e 10-17). Il documento è consultabile in: [https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto\\_sorveglianza\\_vaccini\\_COVID-19\\_3.pdf](https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto_sorveglianza_vaccini_COVID-19_3.pdf).

<sup>44</sup> Tanto si legge nel quinto rapporto A.I.F.A., relativo ai cinque mesi intercorrenti tra il 27 dicembre 2020 ed il 26 maggio 2021 (pp. 6, 12 e 22-23), documento consultabile in: [https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto\\_sorveglianza\\_vaccini\\_COVID-19\\_5.pdf](https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto_sorveglianza_vaccini_COVID-19_5.pdf).

<sup>45</sup> Tanto si legge nel settimo rapporto A.I.F.A., relativo ai sette mesi intercorrenti tra il 27 dicembre 2020 ed il 26 luglio 2021 (pp. 6 e 11-13), documento consultabile in: [https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto\\_sorveglianza\\_vaccini\\_COVID-19\\_7.pdf](https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto_sorveglianza_vaccini_COVID-19_7.pdf).

<sup>46</sup> Tanto si legge nell'ottavo rapporto A.I.F.A., relativo agli otto mesi intercorrenti tra il 27 dicembre 2020 ed il 26 agosto 2021 (pp. 5-6 e 11-13), documento consultabile in: [https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto\\_sorveglianza\\_vaccini\\_COVID-19\\_8.pdf](https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto_sorveglianza_vaccini_COVID-19_8.pdf).

<sup>47</sup> Tanto si legge nel già richiamato nono rapporto A.I.F.A., relativo ai nove mesi intercorrenti tra il 27 dicembre 2020 ed il 26 settembre 2021 (v. spec. pp. 6-13), documento consultabile in: [https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto\\_sorveglianza\\_vaccini\\_COVID-19\\_9.pdf](https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto_sorveglianza_vaccini_COVID-19_9.pdf).



manifesta - e rischia di essere diffusamente percepito - come una dispotica, pericolosa, imposizione.

Un'ultima, attenta, notazione della dottrina che merita di essere condivisa prende le mosse dalla presa d'atto della irreversibilità degli effetti del trattamento vaccinale:

*«Perché - si passi l'espressione - può anche essere possibile pensare di sbattezzarsi, ma sembra molto difficile potersi svaccinare una volta che ci si è assoggettati (o si è stati coattivamente sottoposti, o indotti) ad un trattamento sanitario di questo genere. In questo caso, la disponibilità del corpo - tradizionalmente protetta dalla garanzia dell'habeas corpus, che è il cuore dell'art. 13 cost., e dovrebbe esserlo anche del sistema delle libertà previste in Costituzione - sarebbe già stata violata in modo irreversibile [...] Né una eventuale legge di sanatoria - che sappiamo essere l'istituto attraverso il quale il legislatore può intervenire sugli effetti giuridici già prodotti - potrebbe produrre alcun effetto sul piano della realtà. E cioè sul corpo dei vaccinati (Factum infectum fieri non potest). [...] Il che ci conduce direttamente all'ultimo punto da esaminare. Che è quello relativo all'idoneità del decreto legge ad introdurre obblighi vaccinali dagli effetti potenzialmente irreversibili. Il decreto legge è per definizione una fonte instabile, per quanto provvista della stessa efficacia formale della legge [...] Non ci vuole molto a rilevare che una fonte ad efficacia instabile e provvisoria, suscettibile di produrre effetti irreversibile nella realtà, che sfuggono alla retroazione della decadenza, come è il decreto legge, se impiegata per introdurre un obbligo vaccinale sulla base di accertamenti parziali e provvisori, ma suscettibili di produrre effetti irreversibili sul corpo delle persone, costituirebbe (costituisce?) una anomalia giuridica mai vista prima»<sup>48</sup>.*

In conclusione, la speranza, per quanto flebile, è quella di un rapido, deciso ripensamento del Parlamento (reiteratamente mortificato, pur in presenza di maggioranze prevedibilmente ampie, dal reiterato ricorso al voto di fiducia<sup>49</sup>), che in sede di conversione del decreto-legge n. 172 del 26 novembre 2021 si riappropri pienamente delle proprie prerogative costituzionali, pena, altrimenti, la - prevedibile - mannaia della Corte costituzionale, che, se adeguatamente adita, ben difficilmente potrebbe ritenere, per rimanere in tema, "tollerabili" le descritte approssimative, pericolose scorciatoie e le illogiche, ingiustificate disparità di trattamento che sono state introdotte nell'ordinamento dalla più recente decretazione di urgenza.

Della necessità di *«riequilibrare i rapporti tra Governo e parlamento, dopo anni di emarginazione di quest'ultimo»<sup>50</sup>* parla, tra gli altri, nell'*incipit* di un appassionato *Editoriale* della rivista "Costituzionalismo.it" il Prof. Gaetano

<sup>48</sup> Così MANGIA, *Si caelum digito tetigeris*, cit., 451-452.

<sup>49</sup> Il tema dello snaturamento del voto di fiducia è oggetto di plurimi approfondimenti scientifici di cui i limiti del presente contributo non consentono di dare atto: al riguardo, può essere un'utile base di partenza per approfondimenti il recente, qualificato, studio di CASANOVA, *Il procedimento legislativo in ostaggio della questione di fiducia*, in *Costituzionalismo.it*, Napoli, 2021, n. 2, 31 ss.

<sup>50</sup> AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1, I-V.



Azzariti, che ci invita a «riflettere a lungo sugli avvenimenti di questi giorni. Travolti dalle emozioni e dalla paura dobbiamo cercare di non abbandonarci agli eventi, di non perdere di vista i principi di fondo del nostro operare, di non lasciare che la Costituzione e i suoi principi affondino nel mare in tempesta. Ora è il tempo di difenderci e di difendere, per quanto possibile, la nostra scienza dagli assalti del male, magari accettando persino il “male minore” (le limitazioni alle nostre libertà costituzionali, gli strappi, se non le rotture, alle regole e ai principi della Costituzione). Tenendo però sempre in mente l’ammonimento di Hannah Arendt: “Coloro che scelgono il male minore si dimenticano troppo in fretta che stanno comunque scegliendo il male”».



## L'IMPERIZIA QUALE TALLONE D'ACHILLE DELLA DISCIPLINA PENALE DELLA *MEDICAL MALPRACTICE*

Valentina Badalamenti\*

**Sommario:** **1.** Cenni introduttivi. – **2.** L'imperizia nell'ambito della responsabilità medica: una storia giurisprudenziale travagliata. – **2.1.** La comparsa dell'art. 2236 c.c. in sede penale. – **2.2.** Il primo intervento normativo del legislatore: il decreto "Balduzzi". – **2.3.** Dalla sentenza "Denegri" alla legge "Gelli - Bianco". – **2.4.** Uno sguardo alla giurisprudenza più recente. La sentenza "Agnello". – **3.** La perizia quale forma qualificata di diligenza e prudenza: l'interpretazione ispirata alla *ratio*. – **4.** L'introduzione di un regime di responsabilità provvisorio alla luce dell'emergenza pandemica. Il richiamo all'imperizia scompare. – **5.** Considerazioni conclusive.

### ABSTRACT

*Il contributo ripercorre la storia giurisprudenziale in materia di responsabilità colposa del sanitario, ponendosi lo scopo specifico di mettere in luce il ruolo della colpa per imperizia nonché la sua evoluzione, determinata sia dagli orientamenti espressi in seno alla Corte di legittimità, che dalle riforme normative intervenute. Il fine ultimo è quello di dare atto dei risvolti conseguenti all'introduzione del limite dell'imperizia nell'ambito dell'attuale disciplina della responsabilità penale medica e, partendo da una ricognizione dello stato dell'arte, analizzare quale, tra le diverse interpretazioni possibili, sia la più funzionale ad arginare il proliferarsi di procedimenti giudiziari a carico dei sanitari per l'esercizio della loro professione.*

*The contribution traces the jurisprudential history in the matter of negligent responsibility of the healthcare professional, with the specific purpose of highlighting the role of fault due to inexperience as well as its evolution, determined both by the orientations expressed within the Court of legitimacy, and by the regulatory reforms that have taken place. The ultimate aim is to acknowledge the implications resulting from the introduction of the limit of inexperience within the current discipline of medical criminal liability and, starting from a survey of the state of the art, to analyze which, among the various possible interpretations, is the most functional to stem the proliferation of judicial proceedings against health professionals for the exercise of their profession.*

\* Tirocinante ex art. 73 l. 98/2013 presso il Tribunale di Bologna, sezione Riesame e praticante avvocato.

## 1. Cenni introduttivi.

Nell'analizzare con metodo critico il ruolo dell'imperizia nell'ambito della responsabilità medica è necessario ripercorrere rapidamente le fasi giurisprudenziali susseguites in materia, in modo da mettere a fuoco la sua evoluzione interpretativa e giungere ad una ricognizione consapevole dello stato dell'arte attuale.

Questi sono gli strumenti indispensabili al perseguimento dello scopo che il presente contributo si pone: fornire spunti di riflessione circa l'interpretazione più ragionevole che potrebbe attribuirsi al concetto di imperizia, in un'ottica di deflazione dei procedimenti penali che vedono coinvolti i medici accusati di lesioni o omicidi colposi commessi nell'esercizio della professione.

Porre un freno all'eccessivo rigore riservato ai sanitari nelle sedi giudiziarie è l'obiettivo che ha mosso il legislatore nell'introdurre il decreto "Balduzzi" prima, nel 2012, e la legge "Gelli-Bianco" nel 2017<sup>1</sup>.

Le (allora) novelle citate non hanno raggiunto i risultati auspicati per i rilievi che si esporranno nel prosieguo, per ora basti notare come, all'alba di quello che si spera sia l'epilogo definitivo della pandemia da Covid-19, il numero dei morti e dei contagi che hanno assediato il paese ha, fin dalle prime fasi dell'emergenza sanitaria, procurato il fondato timore di un aumento spropositato dei procedimenti giudiziari promossi nei confronti dei camici bianchi – tanto da indurre il legislatore ad intervenire nuovamente con una disciplina *ad hoc* – evidenziando, così, nella maniera più incisiva e pregnante, le fallacie della normativa in vigore e dell'orientamento interpretativo consolidatosi con essa, di cui l'imperizia è protagonista di spicco.

## 2. L'imperizia nell'ambito della responsabilità medica: una storia giurisprudenziale travagliata.

I principi di diritto e gli orientamenti enucleati dalla giurisprudenza hanno ricoperto un ruolo di primo piano in materia, determinando conseguenze applicative nette e di fondamentale importanza. Non sono mancati cambi di

---

<sup>1</sup> Si tratta, rispettivamente, del d.l. n. 158 del 13 settembre 2012, conv. con la l. n. 189 dell'8 novembre 2012, e della l. n. 24 dell'8 marzo 2017. Quest'ultima è stata introdotta appena cinque anni dopo l'intervento del decreto "Balduzzi", per il quale non aveva nemmeno fatto in tempo a stabilizzarsi un indirizzo interpretativo preciso e condiviso. Non è un caso che il presente decennio sia stato definito da alcuni Autori come la "stagione delle riforme", tra cui CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 213 ss.; MATTHEUDAKIS, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1220 ss.; da ultimo CANESTRARI, *Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario*, in BONDI, FIANDACA, FLET-CHER, MARRA, STILE, ROXIN, VOLK (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, 155 ss. Tale definizione risulta ancora attuale se si considera la recentissima novella di cui si darà conto, introdotta al fine di fornire uno "scudo" penale ai sanitari intervenuti in prima linea per il contrasto all'emergenza pandemica in corso.

rotta repentini e scelte ermeneutiche fortemente criticabili, che si tenteranno di mettere in luce nel corso della trattazione.

## 2.1. La comparsa dell'art. 2236 c.c. in sede penale.

Fino alla metà degli anni '70 l'art. 2236 c.c. ha vantato un'applicazione diretta nell'ambito dei c.d. casi di *malpractice* medica, e ciò sulla base di un assunto logicamente ineccepibile: non può ritenersi penalmente rilevante un danno che nemmeno si configura come risarcibile<sup>2</sup>.

La disposizione civilistica prescrive che, in caso di prestazioni di speciale difficoltà, il debitore risponda dei danni cagionati solo se commessi con dolo o colpa grave.

Come può evincersi dal contenuto di numerose pronunce della Corte di legittimità del tempo, la giurisprudenza riservava un'ampia indulgenza nei confronti della categoria in oggetto<sup>3</sup>. L'orientamento consolidatosi, infatti, sosteneva che la condotta del sanitario fosse penalmente censurabile solo nelle ipotesi in cui l'evento lesivo risultasse connesso alla mancanza di quella basilare conoscenza e competenza che necessariamente ci si attende da coloro che godono dell'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria<sup>4</sup>. A tale indirizzo si affiancava una visione distorta della figura del medico, quasi demiurgica, come se fosse il proprietario esclusivo di una scienza infallibile.

Una tappa significativa si è verificata quando la proiezione nel diritto penale dell'art. 2236 c.c. ha superato il vaglio della Corte costituzionale con la sentenza n. 166 del 1973. Quest'ultima ha valutato costituzionalmente conforme, in particolare rispettosa del canone di ragionevolezza, l'applicazione

---

<sup>2</sup> Sul rapporto tra responsabilità penale del sanitario e art. 2236 c.c. la letteratura è vasta e accurata. Senza pretese di esaustività BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra l'art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 159 ss.; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, 88 ss.; MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, 5 ss.; MERLI, *Brevi note sul ruolo dell'art. 2236 c.c. nel settore della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari e sul rapporto tra il nuovo art. 590-bis c.p. e la disposizione civilistica*, in *Cass. pen.*, 2019, 4132 ss.

<sup>3</sup> Secondo la Corte di legittimità del tempo l'azione del medico «deve essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un catalogo tassativo di cure, sia perché nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile». Cass., Sez. IV, 6.03.1967 n. 447, in *CED*, rv. 104929. Nel medesimo senso, Cass., 27.01.1959, in *Scuola positiva*, 1960, 484 ss., con nota di CRESPI, *Il grado della colpa nella responsabilità professionale del medico-chirurgo*; Cass., 19.03.1963, n. 1209, in *Cassazione penale - Massimario annotato*, 1963, 690 ss.

<sup>4</sup> «In questa ormai remota giurisprudenza l'esclusione della colpa è la regola e l'imputazione colposa è l'eccezione che si configura solo nelle situazioni più plateali ed estreme». Così si esprime BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012, 7. Per un'analisi anche sull'evoluzione della giurisprudenza civile intervenuta in materia CANZIO, PROTO PISANI, *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica*, in *Discrimen*, 15 ottobre 2019.

della disposizione in oggetto alla responsabilità penale del sanitario laddove temperata dal limite dell'imperizia<sup>5</sup>. Nell'affermare ciò, la stessa si è posta in contrasto con il fronte maggioritario della giurisprudenza di legittimità di allora, accogliendo l'opinione già invalsa in dottrina secondo cui il disposto dell'art. 2236 c.c. si riferisce alle sole condotte imperite, poiché relativo alla violazione delle *leges artis* proprie di un'attività tecnico-professionale<sup>6</sup>.

È attraverso l'applicazione dell'art. 2236 c.c. che il concetto di perizia ha fatto breccia nel panorama relativo alla responsabilità penale colposa del sanitario, rinvenendo comunque nell'art. 43 c.p. un suo riconoscimento esplicito.

Proseguendo l'*excursus* storico, si deve evidenziare come, se in un primo momento gli organi giurisdizionali hanno dimostrato una grande comprensione nei confronti degli errori commessi nell'esercizio della professione medica e, in una fase successiva, l'assunto dell'art. 2236 c.c. è stato limitato alle sole ipotesi di imperizia, verso la fine degli anni '70 l'orientamento sviluppatosi in seno alla giurisprudenza è progressivamente mutato, ponendosi ancora in netto contrasto con la pronuncia della Consulta, ma sul versante opposto. Difatti, ad un certo punto si è sviluppata la tesi secondo cui il dettato del codice civile non potesse invadere i confini del diritto penale e che il regime di responsabilità colposa dovesse sottostare alle ordinarie regole del codice del 1930<sup>7</sup>. Essa si è diffusa tra gli organi giudicanti al punto da determinare una graduale disapplicazione in ambito penale del disposto civilistico. L'art. 2236 c.c. da quel momento è stato relegato a parametro utilizzabile esclusivamente ai fini della commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p., sino a quando una parte della giurisprudenza, al fine di salvaguardare la profes-

<sup>5</sup> In particolare, la Consulta ha ritenuto costituzionalmente legittima una diretta applicazione dell'art. 2236 c.c. in ambito di responsabilità colposa del sanitario, non rilevando la disparità di trattamento con le altre professioni asserita dal giudice *a quo*, poiché «la deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti». Corte Cost., 22.11.1973, n. 166 (dep. 28.11.1973), in *Cortecostituzionale.it*, 1973.

<sup>6</sup> La sentenza della Consulta ha sposato, infatti, la lettura restrittiva di quella parte della dottrina che, sulla scorta degli scritti di Alberto Crespi, limitava l'applicazione dell'art. 2236 c.c. alle ipotesi di colpa per imperizia, ritenendola la forma colposa propria del contesto professionale, e sottoponendo invece al regime ordinario di cui all'art. 43 c.p. le condotte qualificate come negligenze e imprudenti. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, 102; MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 399 ss.

<sup>7</sup> Per indicare alcune pronunce in tal senso v. Cass., Sez. IV, 16.06.2005, n. 28617, in *CED.*, rv. 232447, in cui la Corte ha affermato che «la valutazione della colpa professionale in sede penale non è limitata all'ipotesi di colpa grave, posto che, a differenza di ciò che avviene nel processo civile in ragione dell'art. 2236 cod. civ. ai fini del risarcimento del danno, l'accertamento dell'elemento psicologico ai sensi dell'art. 43 cod. pen. non ammette restrizioni», in maniera conforme a quanto già esposto con le sent. Cass., Sez. IV, 29.09.1997, n. 1693, in *CED.*, rv. 21031; Cass., Sez. IV, 18.02.1983, n. 8784, in *CED.*, rv. 160826; Cass., Sez. IV, 5.02.1991, n. 9553, in *CED.*, rv. 188199.

sione sanitaria, ha qualificato il suo precetto come una regola d'esperienza a cui il giudice poteva fare affidamento nell'esercizio del suo libero apprezzamento<sup>8</sup>. Quest'ultimo orientamento, per quanto non possa affermarsi che sia stato sposato *in toto* dalla giurisprudenza di merito, è stato richiamato anche recentemente in diverse occasioni dalla Suprema Corte<sup>9</sup> nonché da parte della dottrina – come si darà conto successivamente – nell'individuazione di una soluzione *de iure condito* alla gestione dei presumibili numerosi contenziosi derivanti dall'emergenza epidemiologica in corso, posti a fondamento della modifica intervenuta con la conversione in legge del d.l. n. 44 del 2021.

In ogni caso, è importante evidenziare come il disappunto manifestato dalla giurisprudenza verso la pronuncia costituzionale affondasse le sue radici in un generalizzato atteggiamento di rigore gradualmente sviluppatosi nei confronti della categoria sanitaria dalla seconda metà degli anni '70 in poi, derivante da numerosi fattori, tra cui la crescita del dibattito relativo al tema del consenso informato<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Per una disamina più approfondita dell'assetto giurisprudenziale e letterario del tempo v. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa*, cit.; MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p.*, cit. Proprio quest'ultima descrive con una metafora alquanto azzeccata lo stragemma ermeneutico con cui parte della giurisprudenza ha tentato di salvare l'applicazione in chiave penalistica dell'art. 2236 c.c., affermando che tale orientamento «consentirebbe alla disposizione civilistica, cacciata dalla porta, di rientrare attraverso la finestra (sempre particolarmente ampia) dell'art. 43 c.p.» (p. 26).

<sup>9</sup> In un passaggio della sentenza Mariotti si legge che l'art. 2236 c.c. «può trovare considerazione nel giudizio penale non per effetto di diretta applicazione, ma in quanto criterio di razionalità di giudizio e regola di esperienza, sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà». Cass., S.U., 21.12.2017 (dep. 22.02.2018), n. 8770, in *CED*, 2018.

<sup>10</sup> I fattori a cui si fa riferimento sono molteplici e oggetto di analisi da parte della letteratura scientifica. Si pensi, appunto, al dibattito relativo al consenso informato, fiorito proprio in quegli anni e consacrato, oggi, nella legge n. 219 del 2017. Il tema ha determinato una svolta nella concezione stessa della figura del medico, che da pozzo imperscrutabile e incontestabile di un sapere sconosciuto ai più, ha dovuto rapportarsi con il diritto dei pazienti a partecipare consapevolmente alle scelte terapeutiche che li riguardavano. Per un approfondimento sull'argomento v. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 67 ss., *lb.*, *Una buona legge buona (ddl recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 975 ss.; *lb.*, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 55 ss. e *lb.*, *Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario*, cit., 157 ss.

O ancora, si pensi alle innumerevoli scoperte scientifiche intervenute in ambito medico nei decenni precedenti, che avevano conquistato il plauso e l'ammirazione della collettività. Il (fisiologico) rallentamento di quest'ultime ha sicuramente ridimensionato l'illusione che la medicina fosse infallibile e destinata ad uno sviluppo irreversibile. In generale, si può fare riferimento alla naturale tendenza dell'uomo, in particolar modo nel "mondo occidentale", a voler sconfiggere il morbo e la morte, e a ricercare un colpevole quando la medicina fallisce. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2 ss., il quale, non a caso, intitola il primo paragrafo del contributo «Il declino della medicina moderna»; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 71 ss. In questi termini, particolarmente eloquenti, si esprime B. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale dell'esercente la professione*

Tale cambio di tendenza si è manifestato anche sotto l'aspetto dell'accertamento causale (soprattutto in ipotesi di *malpractice* medica); non di rado la giurisprudenza si accontentava, al fine di riconoscere la sussistenza del nesso eziologico tra una condotta omissiva e la lesione del bene giuridico, di una minima mancata diminuzione del rischio di verificazione dell'evento imputabile all'agente. Orientamento che è restato tale fino all'intervento della c.d. sentenza "Franzese" delle Sezioni Unite, la quale ha riallineato (perlomeno astrattamente) l'accertamento causale con i principi costituzionali che governano il diritto penale<sup>11</sup>.

## 2.2. Il primo intervento normativo del legislatore: il decreto "Balduzzi".

Col decreto legge n. 158 del 2012, convertito con la legge n. 189 del medesimo anno, il legislatore, allo scopo di tutelare il diritto alla salute fornendo una risposta al dilagare del fenomeno della c.d. medicina difensiva<sup>12</sup>, ha mo-

---

*sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2018: «...negli ultimi anni, il rapporto tra classe medica *latu sensu* intesa e pazienti si è – come è noto – profondamente modificato: forse passando da un eccesso ad un altro, il paziente non è più un oggetto inconsapevole nelle mani di un esperto al quale interamente e fideisticamente affidarsi, ma è un soggetto critico e sospettoso, al quale chiedere il preventivo ed informato consenso per ogni minima terapia. La malattia e la morte (probabilmente, in tutte le società occidentali) sono divenute eventualità da negare e sconfiggere, sempre ed in ogni caso; e l'esercente una professione sanitaria deve risolvere quel "problema": la sua sembra essere divenuta una prestazione di risultato e non più, o non solo, di mezzi». Infine, si è sottolineato il ruolo suppletivo che ha iniziato a svolgere il diritto penale al fine di far fronte alle istanze di risarcimento del danno dei pazienti, le quali venivano soddisfatte dalla giurisprudenza civile con tempistiche di notevole durata. CANESTRARI, *Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario*, cit., 163.

<sup>11</sup> Cass., S.U., 10.07.2002 (dep. 11.09.2002), n.30328, in *Dir. proc. pen.*, 2002, 1133.

<sup>12</sup> Col concetto di medicina difensiva si intendono quelle attività poste in essere al fine di ridurre il rischio di un contenzioso giudiziario. Sul versante, per così dire, attivo, il sanitario prescrive esami diagnostici e controlli specialistici di per sé eccessivi rispetto alla cartella clinica di specie (si parla, in questo caso, di medicina difensiva positiva), mentre, dall'altro lato, evita ed omette di prendere in carico pazienti che presentano patologie complesse, gravi o comunque altamente esposti al rischio di un esito infausto (c.d. medicina difensiva negativa). Il fenomeno è deleterio non solo per le risorse pubbliche che confluiscono in attività sanitarie finalizzate esclusivamente ad evitare un procedimento penale, ma anche per l'organizzazione del sistema sanitario nel suo complesso nonché per le qualità delle cure e il progresso scientifico. In sostanza, il tema della medicina difensiva, lungi dall'essere un problema esclusivo delle categorie sanitarie, grava sulla collettività intera. Senza pretese di esaustività, in argomento, ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 5 ss.; FORTI, CATINO, D'ALESSANDRO, MAZZUCATO, VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010, il quale espone l'interessante proposta legislativa che ha sviluppato il Centro Studi «Federico Stella» al fine di arginare il deleterio fenomeno in commento, raccogliendo dati scientifici ed empirici e incentivando un confronto nella comunità giuridica. A p. 199 ss. è illustrato il "disegno di legge" definitivo, in cui viene presentato il suggerito art. 590-ter c.p., recante «Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario», che ai primi due commi recita: «L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo



dificato il regime di responsabilità civile del sanitario e, in sede di conversione, ha introdotto altresì la seguente disposizione: «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve».

La norma – è parso evidente fin dall'indomani della sua emanazione – non brillava certo per chiarezza interpretativa, tanto che è stata subito oggetto di severe critiche e di uno scetticismo portato all'estremo, divenendo addirittura protagonista di un'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale<sup>13</sup>, e per questo “condannata” a dei risvolti essenzialmente “abrogativi”<sup>14</sup>.

---

eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave.

Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento». Ecco, col rischio di cadere anche in questa sede nell'errore del “senno di poi”, si ritiene che un dettato di questo tenore avrebbe meglio potuto soddisfare la *ratio* sottesa alle riforme entrate in vigore sul tema.

<sup>13</sup> Il giudice a quo del Tribunale di Milano ha rimesso alla Consulta una questione di costituzionalità sull'art. 3 della l. 158/2012 per sospetta violazione di numerosi parametri costituzionali, tra cui il canone di ragionevolezza e il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., nonché i principi di tassatività e precisione della legge penale, in quanto insufficientemente chiara laddove non fornisce una definizione di colpa lieve e una specificazione del ruolo attribuibile alle linee guida, peraltro da ritenersi irragionevole nel rivolgersi anche a sanitari non imputati ad adottare decisioni diagnostiche o terapeutiche. La decisione della Corte, particolarmente attesa da parte dell'intera comunità giuridica, si è limitata a dichiarare manifestamente inammissibile l'ordinanza di remissione, poiché «l'insufficiente descrizione della fattispecie concreta» impedirebbe «la necessaria verifica della rilevanza della questione, affermata dal rimettente in termini meramente astratti e apodittici», non entrando, dunque, nel merito della questione, ma richiamando fuggacemente l'orientamento da lei stessa espresso nel lontano 1973. Corte cost., ord., 6.12.2013, n. 295, in *Dir. pen. cont.*, con nota di GATTA, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*, 9 dicembre 2013.

<sup>14</sup> Forse, l'elemento che ha scatenato più degli altri la diffidenza della dottrina e della giurisprudenza è il riferimento alle linee guida e alle buone pratiche. Non è questa la sede in cui approfondire le perplessità scaturite sulla natura e il ruolo attribuito dal potere legislativo alle *guidelines* (come detto, si tratta di uno dei temi più dibattuti). Ad ogni modo, è doveroso evidenziare che la loro “normativizzazione”, inaugurata col decreto “Balduzzi”, probabilmente era finalizzata ad arginare l'inevitabile cifra d'indeterminatezza propria della colpa generica, salvo poi aver provocato dubbi proprio sulla tipologia di colpa, specifica ovvero generica, a cui intendeva riferirsi il citato art. 3.

L'abbandono dell'art. 2236 c.c. aveva immancabilmente determinato una lacuna significativa, tanto che ogni valutazione relativa ai casi di *malpractice* medica era lasciata alla discrezionalità del giudicante. È stata già più volte evidenziata l'intransigenza dimostrata dagli organi giurisdizionali (rilevabile in numerose frazioni dell'accertamento, si pensi al fatto che non di rado venisse adottato come parametro di valutazione della sfera soggettiva della colpa un agente modello dotato di straordinarie capacità o, ancora, ai giudizi di prevedibilità ed evitabilità che sistematicamente risultavano viziati dalla fallacia del “senno di poi”). Le conseguenze di tale atteggiamento di rigore sono state in parte messe in luce e, proprio in ragione di ciò il legislatore ha probabilmente pensato di fornire, mediante il richiamo delle linee guida, uno strumento obiettivo

È risaputo come a cercare di chiarire i dilemmi interpretativi scaturiti dall'art. 3 del decreto "Balduzzi" sia intervenuta la Suprema Corte con la celebre sentenza "Cantore"<sup>15</sup>. In sede di legittimità, la Corte ha specificato che l'esonero della responsabilità operava nei confronti del medico che versasse in colpa lieve e che:

- nell'individuare correttamente le linee guida di riferimento nel caso di specie, cadesse in errore in sede di concreto adeguamento o di esecuzione delle stesse (c.d. adempimento imperfetto<sup>16</sup>);
- omettesse di discostarsi dalle linee guida nonostante lo richiedessero le circostanze concrete del caso clinico in esame (c.d. adempimento inopportuno<sup>17</sup>).

attraverso cui valutare il caso di specie, peraltro non sconosciuto al panorama giurisprudenziale, che già in alcune occasioni aveva fatto riferimento alle linee guida in sede di accertamento. In argomento BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. Decreto Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 23 settembre 2013; sottolinea le insidie di un percorso di positivizzazione delle regole cautelari in ambito sanitario CANESTRARI, *La colpa*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, Milano, 2013, vol. II, 148 ss.; CAPUTO, "Agente modello" e responsabilità per colpa in ambito sanitario. *Problemi e prospettive*, Milano, 2012; *Id.*, "Filo d'Arianna" o "flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, in cui l'Autore, in risposta alla considerazione secondo cui le linee guida colmerebbero l'indeterminatezza della colpa generica ponendo un freno alla discrezionalità del giudice, osserva che «se è senz'altro lodevole qualunque congegno scientifico che vincoli il potere discrezionale dell'organo giudicante, sarebbe un fuor d'opera in campo penale, attesi i limiti "clinici" delle *guidelines*, far promettere a questi preziosi suggerimenti più di quanto essi sono in grado di mantenere»; DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, il quale affronta, appunto, il controverso dibattito relativo al rapporto delle *guidelines* con la colpa specifica e mette in guardia dalla tipica indeterminatezza che connota l'illecito colposo, evidenziando il possibile contributo che potrebbe apportare la "codificazione" di regole cautelari. Il tema è approfonditamente trattato anche da MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, in *Discrimen*, 8 maggio 2019; PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. cont.*, 2009, 1063 ss.; infine, puntuale sull'argomento anche il contributo di POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 19 settembre 2013. Per un commento, più in generale, sull'intera normativa CALETTI, *Tra "Gelli-Bianco" e "Balduzzi": un itinerario tra le riforme in tema di responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Resp. med.*, 2017, 97 ss.; GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Resp. med.*, 2013, 822 ss.

<sup>15</sup> Cass., Sez. IV, 29.01.2013 (dep. 9.04.2013), n. 16237, in *Cass. pen.*, 2013, 2984 ss., con commento di C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, 2013, 2999 ss.

<sup>16</sup> L'origine di tale definizione si deve a PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013, 73 ss. Mentre, l'espressione "adempimenti inopportuni" che segue si deve a CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 84 ss.

<sup>17</sup> Al riguardo, la riforma "Balduzzi" - e di conseguenza la sentenza "Cantore" - ha fatto leva, nell'assumere come parametro di valutazione circa il rispetto o meno delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, sui principi di diritto espressi con la pronuncia Cass., Sez. IV, 19.09.2012, n. 35922, in *Discrimen*, 2012 (c.d. sentenza "Ingrassia") con nota di PIRAS, *Prescrizioni off label e regole cautelari*

La Suprema Corte, in coincidenza della c.d. pronuncia “Pagano”<sup>18</sup>, ha altresì ribadito che l’esonero della responsabilità era precluso alle ipotesi di negligenza e imprudenza, e ciò in ragione del fatto che le prescrizioni contenute nelle linee guida si sostanziassero esclusivamente in regole di perizia.

Ora, gli elementi di perplessità della disciplina erano più d’uno, ma la critica di maggior pertinenza in relazione al presente contributo si riserva al ritorno dell’imperizia in un contesto normativo in cui il legislatore aveva opportunamente ommesso di richiamarla.

Con parole ancora più chiare, è noto come l’esubero dei contenziosi gravanti sui sanitari, nonché l’eccessiva intransigenza a loro riservata, abbia determinato il dilagare del fenomeno della medicina difensiva, fenomeno che arreca danno, in primo luogo, alla collettività. L’atteggiamento adottato dalla categoria medica presenta una diffusione tale da aver portato il legislatore ad intervenire con una normativa *ad hoc*. La menzionata disciplina è apparsa fin dall’immediato a dir poco ermetica ponendo in serio pericolo il soddisfacimento dell’obiettivo per cui è stata introdotta, e la giurisprudenza, a fronte di tali presupposti, pur chiarendo i limiti applicativi prescritti dalla novella, ha preferito orientarsi su un’interpretazione ancor più restrittiva dell’inedito regime, ancorando lo stesso a un ulteriore presupposto, peraltro labile, indeterminato e svincolato da parametri valutativi oggettivi e solidi, quale è l’imperizia<sup>19</sup>. Alla luce di quanto appena affermato, sono,

*nella responsabilità medica*, 15 aprile 2013, 429 ss., la quale aveva affermato che «l’adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida non esclude né determina automaticamente la colpa». Principio di diritto, di per sé, condivisibile, in quanto evita che tra la condotta del medico e le EBM (*evidence-based medicine*) si instauri una sorta di automatismo tale per cui l’acritico rispetto di quest’ultime esclude a priori la responsabilità penale del sanitario in caso di eventi infausti.

<sup>18</sup> Si tratta della prima occasione in cui la Corte di legittimità si è espressa sul neonato art. 3 del d.l. “Balduzzi”. Si cita testualmente: «Non può, pertanto, essere utilmente evocata l’applicazione delle linee guida che riguardano e contengono solo regole di perizia e non afferiscono ai profili di negligenza e di imprudenza. Né, trattandosi di colpa per negligenza ed imprudenza, può trovare applicazione il *novum* normativo di cui alla L. n. 189 del 2012, art. 3, che limita la responsabilità in caso di colpa lieve. La citata disposizione obbliga, infatti, a distinguere fra colpa lieve e colpa grave, solo limitatamente ai casi nei quali si faccia questione di essersi attenuti a linee guida e solo limitatamente a questi casi viene forzata la nota chiusura della giurisprudenza che non distingue fra colpa lieve e grave nell’accertamento della colpa penale. Tale norma non può, invece, involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza, perché, come sopra sottolineato, le linee guida contengono solo regole di perizia». Cass., Sez. IV, 24.01.2013, n. 11493, in *Dir. pen. proc.*, 2013, con nota di RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, 2013, 696 ss.

<sup>19</sup> In PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 24 aprile 2015, 3, l’Autore sottolinea che «in un primo momento si restringe la colpa rilevante ex art. 3 della Balduzzi alla sola imperizia. Poi viene ritagliata dall’area dell’imperizia una sua parte, che viene incollata nelle aree della negligenza e dell’imprudenza. Quindi un’interpretazione doppiamente restrittiva: prima della legge, sul termine *colpa* e poi del principio, sul termine *imperitia*. Il principio suona quindi: *culpa levis sine (stricta) imperitia non excusat*. Solo l’imperizia e non tutta l’imperizia. E l’esito altro non può essere che un’ulteriore limitazione applicativa della Balduzzi».

dunque, comprensibili le perplessità e le critiche sollevate da buona parte della dottrina<sup>20</sup>.

Non a caso, le conseguenze della sentenza "Pagano" si sono dimostrate deleterie. Si è giunti a una fattuale disapplicazione dell'art. 3 del decreto "Balduzzi", poiché le Corti di merito tendevano a declinare la valutazione circa l'aderenza o meno della condotta alle linee guida ora riconoscendo come negligente una determinata condotta sanitaria, ora valutandola come imprudente, riducendo pressoché a un nulla di fatto la suddetta novella<sup>21</sup>.

A questo punto, appare doveroso un (relativo) *off topic*: alcuni studiosi della materia, sulla base delle ricerche empiriche e statistiche disponibili, hanno evidenziato come il numero dei procedimenti penali avviati sia in realtà coerente con la media degli altri paesi, e che solo una parte esigua di quest'ultimi si traduca in una condanna, o diviene oggetto di ricorso dinanzi alla Suprema Corte<sup>22</sup>. Senonché, sul punto, risultano inevitabili diverse

---

<sup>20</sup> Peraltro, l'inesorabile ritorno dell'imperizia in campo medico non poteva più giustificarsi alla luce dell'esigenza di ragionevolezza che aveva animato la giurisprudenza negli anni '70. D'altronde, a differenza di quanto accaduto nel passato, nelle sedi giudiziarie si esercitava un tale rigore nei confronti della classe sanitaria da aver spinto il legislatore ad introdurre una normativa *ad hoc* in contrasto al fenomeno della medicina difensiva. Esprime efficacemente quanto appena evidenziato MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazione intorno a una tesi*, Roma, 2021, 53, che, nel trattare la sentenza in oggetto e dopo aver osservato che l'imperizia è «un requisito assente nel testo dell'art. 3 d.l. "Balduzzi", ma talmente radicato nella tradizione della responsabilità penale del sanitario da riuscire a imporsi comunque come fattore implicito, più propriamente implicato, cioè (ritenuto) pertinente qualsiasi norma il legislatore concepisca e che esplicitamente non lo avversi» (p. 48), afferma quanto segue: «Questa volta ciò non è avvenuto soltanto sulle consuete basi di ragionevolezza, cioè per arginare la preoccupazione di accreditare un regime di privilegio per una specifica classe professionale, quanto per effetto di un argomento di pretesa natura ontologica, per cui le linee guida disporrebbero soltanto in materia di perizia».

<sup>21</sup> Volendo segnalare alcuni dei tanti esempi che potrebbero rinvenirsi, si veda Cass., Sez. IV, 23.05.2014, n. 36347, in cui l'omessa diagnosi di uno pneumotorace a seguito di un incidente stradale che ha causato la morte del paziente è stata valutata come condotta imprudente dai giudici. Altro esempio: Cass., Sez. IV, 8.07.2014, n. 7346, in *Cass. pen.*, 2014, la mancata rimozione di materiale operatorio dal corpo del paziente ha portato ad una condanna di lesioni colpose perché «la responsabilità degli imputati è stata individuata nella violazione del dovere di diligenza e nel rispetto delle regole di prudenza che imponevano loro l'accurata verifica della presenza di materiali residui nel corpo del paziente, la cui violazione ha determinato le premesse dell'evento». Ancora, in altre fattispecie concrete in cui la condotta si sostanziava in anticipate dimissioni del paziente, in ritardate o errate diagnosi, o nella somministrazione di una terapia inidonea, gli organi giudicanti, anche quando l'azione o l'omissione dell'agente non si discostava dalle prescrizioni delle linee guida - che, sulla base della sentenza "Pagano", contenevano solo regole di perizia - non esitavano ad accertare nel caso di specie una colpa per imprudenza o negligenza, escludendo l'esonero della responsabilità. V. Cass., Sez. IV, 5.11.2013, n. 18430; Cass., Sez. IV, 9.01.2014, n. 10929; Cass., Sez. IV, 20.05.2014, n. 32109; Cass., Sez. IV, 8.07.2014, n. 2168. Ancora una volta, PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, cit., 1 ss.

<sup>22</sup> BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2016; LOSAPPIO (a cura di), *Diritto e medicina: due scienze convergenti?*, cit., 15 ss.

osservazioni. In primo luogo, in buona parte delle cause sottoposte al vaglio della Corte di legittimità il reato viene dichiarato estinto per avvenuta prescrizione, pronuncia avente una portata e un significato ben diverso da un'assoluzione con formula piena. Peraltro, nella stragrande maggioranza di questi casi il Supremo Collegio si esprime sul piano sostanziale per far fronte alle esigenze risarcitorie della parte civile, raramente applicando il regime previsto dal decreto "Balduzzi" prima e dalla successiva legge "Gelli-Bianco". Proprio la scarsa operatività d'esclusione della responsabilità dimostra l'approccio interpretativo restrittivo sposato dalla giurisprudenza. Tale rigore, d'altronde, ha portato i sanitari ad adottare in maniera diffusa comportamenti di medicina difensiva, e l'esigenza di porre un argine a tale fenomeno non è ravvisabile solo dai dati empirici raccolti al riguardo<sup>23</sup>, ma altresì dal fatto che il legislatore si sia sentito in dovere di formulare due interventi *ad hoc* ponendosi proprio tale scopo<sup>24</sup>.

In secondo luogo, sarebbe superficiale e irrealistico negare che la stessa iscrizione al registro degli indagati, o il vedersi recapitato un avviso di garanzia, il costante timore di essere esposti al pericolo di una denuncia da parte dei pazienti o dei suoi familiari, la consapevolezza di dover forse trascorrere anni in sedi giudiziarie nelle vesti di imputato, già di per sé comporti delle conseguenze negative per un individuo, a prescindere dalla condanna. Il procedimento penale, ancorché non divenuto processo, per quanto necessario e imprescindibile, costringe già il soggetto destinatario a subire una "pena"; non a caso il diritto penale, in virtù della sua massima afflittività, è (o dovrebbe essere) uno strumento di *extrema ratio*.

Tornando al narrato giurisprudenziale, un cambio di rotta - proprio quello auspicato dai più - è parso profilarsi all'orizzonte con la sentenza "Stefanetti" e la sentenza "Manzo"<sup>25</sup>. In entrambe non è stato escluso che le linee guida potessero prescrivere anche regole di diligenza. Senonché, la seconda pronuncia citata - che ha assolto ex art. 3 l. "Balduzzi" il medico che ave-

---

<sup>23</sup> V. la ricerca empirica effettuata da FORTI, CATINO, D'ALESSANDRO, MAZZUCATO, VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 17 ss.

<sup>24</sup> La medesima riflessione è stata oggetto di una circolare del Procuratore capo di Roma, davvero apprezzabile, diffusa il 2 ottobre 2017 ed esplicita nella *relazione di sintesi* di Mazzacava - contenuta in LOSAPPIO (a cura di), *Diritto e medicina: due scienze convergenti?*, cit., 145 ss. - il quale ha richiamato l'attenzione sulle modalità di iscrizione nel registro degli indagati, spesso effettuate solo allo scopo di agevolare le attività investigative e in mancanza della premura necessaria nei confronti dell'indagato, che deve risultare tale solo a fronte di «specifici elementi indiziati» (Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, *Osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato*, Roma, 2 ottobre 2017).

<sup>25</sup> Rispettivamente Cass., Sez. IV, 09.10.2014 (dep. 17.11.2014), n. 47289, in *Dir. pen. proc.*, 2015, con commento di CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia l'orizzonte applicativo della legge Balduzzi*, 2015, 1147 ss., nonché ROIATI, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, I, 231 ss., e Cass., Sez. IV, 19.01.2015 (dep. 06.03.2015), n. 9923, in *Dir. pen. cont.*, 2015, con commento di PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, cit.

va omesso di sottoporre a ecocardiogramma un paziente che presentava i sintomi di una miocardite, poi deceduto proprio a causa di quest'ultima – si è limitata a ritenere applicabile la disciplina di favore in un caso di omesso approfondimento diagnostico, fino a quel momento condotta qualificata come negligente, assolvendo poi il sanitario per l'accertata aderenza alle linee guida e specificando che in ogni caso la sua omissione non poteva ritenersi integrante una colpa di grado grave. In breve, non ha ravvisato alcuna forma di colpa evitando, così, di doversi districare tra le varie tipologie della stessa. La sentenza “Stefanetti”, invece, si è spinta oltre, sostenendo esplicitamente che l'art. 3 del decreto “Balduzzi” fosse riferibile anche a ipotesi di negligenza<sup>26</sup>.

Ad ogni modo, con le pronunce appena citate la Corte Suprema ha manifestato un'apertura nei confronti di una potenziale applicazione della disciplina in ipotesi fino ad allora qualificate come negligenti o imprudenti, alimentando gli auspici di coloro che per primi avevano evidenziato le difficoltà e le incongruenze sorte con la decisione “Pagano”.

Se con le suddette sentenze il limite dell'imperizia ha (appena) vacillato, con la c.d. sentenza “Denegri” esso sembrava ormai prossimo a un suo progressivo superamento<sup>27</sup>. Difatti, con tale provvedimento la quarta Sezione ha evidenziato come le linee guida contenessero anche regole di diligenza, e che pertanto fosse rilevante in sede giurisdizionale non tanto ricondurre la condotta a una determinata tipologia di colpa generica, quanto verificarne la conformità o meno alle raccomandazioni previste, prestando attenzione prestando altresì attenzione alle circostanze in cui tale condotta è stata esercitata. Inoltre – e il punto è di fondamentale importanza ai fini della presente trattazione – sull'imperizia, il Collegio si è espresso in questi termini: «allo stato della elaborazione scientifica e giurisprudenziale, neppure la distinzione tra colpa per imprudenza (tradizionalmente qualificata da una condotta attiva, inosservante di cautele ritenute doverose) e colpa per imperizia (riguardante il comportamento, attivo od omissivo, che si ponga in contrasto con le *leges artis*) offre uno strumento euristico conferente, al fine di delimitare l'ambito di operatività della novella sulla responsabilità sanitaria; ciò in quanto si registra una intrinseca opinabilità, nella distinzione tra i diversi profili della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentano di delineare, in ter-

---

<sup>26</sup> Più nel dettaglio, la IV Sezione, nel richiamare l'attenzione sul contenuto della sentenza “Cantore”, si è espressa in questo senso: «Si è ritenuto in tale pronuncia che tale disciplina, trovi il suo terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia. Occorre qui aggiungere che non può tuttavia escludersi che le linee guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza; come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera della accuratezza di compiti magari non particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale». Cass., Sez. IV, 09.10.2014, n. 47289, cit.

<sup>27</sup> Cass., Sez. IV, 11.05.2016 (dep. 6.06.2016), n. 23283, in *Dir. pen. cont.*, 2015, con commento di CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2016.

mini tassativi, ontologiche diversità, nelle regole di cautela». L'orientamento espresso in tale sede avrebbe significato un importante passo avanti verso il compimento di quanto promesso dal legislatore col decreto "Balduzzi", ancorando la responsabilità penale del sanitario a un parametro oggettivo (le linee guida) ma non di certo "meccanico" (essendo comunque richiesto che il medico valuti secondo le specificità del caso l'opportunità o meno del rispetto di una data raccomandazione), e punendo con la pena prevista dagli artt. 589 e 590 c.p. solo quegli errori inescusabili, inconciliabili con le minime e basilari cognizioni e competenze tecniche che si richiedono ad un sanitario nell'esercizio della professione.

D'altronde, l'imperizia è da sempre – come si avrà modo di argomentare – un concetto a cui, in virtù del suo richiamo da parte dell'art. 43 c.p., è stato attribuito una finalità più descrittiva che prescrittiva, e in cui pertanto manca una letteratura e un confronto scientifico finalizzato a definirla in un'ottica applicativa e con sufficiente determinatezza. È, dunque, evidente come fosse disagevole presupporre all'applicazione di un regime di favore come quello prescritto all'art. 3 del decreto "Balduzzi" la verifica di una condotta necessariamente imperita.

### 2.3. Dalla sentenza "Denegri" alla Legge Gelli Bianco.

I risultati raggiunti con la pronuncia "Denegri" hanno avuto breve durata. Infatti, solo cinque anni dopo l'emanazione del decreto "Balduzzi" il legislatore ha deciso di intervenire con un'ulteriore modifica del regime di responsabilità medica: la c.d. legge "Gelli-Bianco"<sup>28</sup>. La novella ha introdotto l'art. 590-*sexies* nel codice penale, che recita «Se i fatti di cui agli articoli 589 e

---

<sup>28</sup> L'art. 1 della riforma sancisce che «la sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività.

La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative.

Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale». Sul tema relativo alla sicurezza delle cure, nonché sui lavori preparatori che hanno anticipato la modifica in esame CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 344 ss.

Una prima differenza importante rispetto alla riforma "Balduzzi" si sostanzia nella scelta sistematica di intervenire con una riforma diretta a modificare il dettato del codice, introducendo l'art. 590-*sexies* c.p. Peraltro, la disposizione limita il suo ambito applicativo ai reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p. AMATO, *Approvazione della legge Gelli-Bianco*, in *Responsabilità sanitaria e risk management*, a cura di MAUTONE, Milano, 2020, p. 397 ss.



590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria<sup>29</sup>, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma<sup>30</sup>.

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

Un dato differenziale su tutti, rispetto alla riforma "Balduzzi", risulta di immediata intuizione: il riferimento alla colpa lieve è scomparso per lasciare il posto al richiamo dell'imperizia.

Ora, è importante premettere che il limite dell'imperizia non è mai tramontato, nonostante una norma di legge che non facesse alcun riferimento ad esso, per un motivo ben preciso. Fin dai tempi in cui l'art. 2236 c.c. aveva goduto di una diretta applicazione nell'ambito penale, si era posto il problema di non sfociare nell'estremo opposto rispetto alla giusta tutela della professione del sanitario, creando un regime di responsabilità eccessivamente e irragionevolmente favorevole per una determinata categoria di soggetti. Proprio il concetto di imperizia, come è stato sottolineato in precedenza, era stato rispolverato dalla dottrina al fine di porre un freno a quella sorta di immunità di fatto che sembrava garantita dalla giurisprudenza fino alla seconda metà degli anni '70. Visto lo stato dell'arte di allora, le perplessità che erano state avanzate dalla dottrina potevano reputarsi ragionevoli<sup>31</sup>.

Tornando ad oggi, le negative conseguenze scaturite dalla sentenza "Paganò" si erano già ampiamente dispiegate, frustrando la *ratio* in origine perseguita, tanto che la Corte Suprema era giunta a modificare l'orientamento espresso fino a quel momento. Nonostante quanto appena osservato, il legislatore, nell'ignorare i moniti della pronuncia "Denegri", ha introdotto una nuova disciplina che, a differenza della novella del 2012, contiene un esplicito riferimento all'imperizia. Questo dato letterale ha, inevitabilmente, costretto l'interprete a fare i conti con tale presupposto.

---

<sup>29</sup> Per un approfondimento circa la scelta (opportuna) di riferirsi all'ampia categoria degli esercenti la professione sanitaria fin dal decreto "Balduzzi" MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 41; CAPUTO, *La qualifica di esercente una professione sanitaria dopo le recenti riforme: profili penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 1363, il quale affronta anche le relative perplessità inerenti all'esercizio abusivo della professione.

<sup>30</sup> Premesso che l'animo della riforma risiede nel comma due dell'art. 590-sexies c.p., per quanto riguarda il primo comma è stato osservato che «rimane avvolto nel mistero, dato che ribadisce un'incriminazione per omicidio colposo senza inserire alcun carattere di specialità né in termini di precetto né in termini di sanzione». ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. civile e prov.*, 2017, 4168, nota 11.

<sup>31</sup> DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli - Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, 397, la quale già in sede di lettura del d.d.l. auspicava «un ravvedimento legislativo, che elimini il richiamo all'imperizia».

I punti d'ombra relativi all'art. 590-sexies c.p. non sono pochi e l'imperizia è solo uno di questi<sup>32</sup>. Essi sono stati evidenziati sia in dottrina che in giurisprudenza fin dalla sua emanazione, tanto che in tempi rapidissimi la questione è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite.

La nota sentenza "Mariotti"<sup>33</sup> ha tentato di fornire dei principi di diritto "intermedi" tra le precedenti e contrapposte pronunce "Tarabori" e "Cavazza"<sup>34</sup>,

---

<sup>32</sup> Anche in tale occasione il richiamo alle linee guida ha originato dubbi interpretativi di non semplice definizione. La legge "Gelli-Bianco", difatti, ha ancor più enfatizzato la loro funzione e ha, altresì, procedimentalizzato ai sensi dell'art. 5 della novella la loro introduzione nel Sistema Nazionale delle Linee Guida, prevedendo che possono rilevare ai sensi dell'art. 590 sexies c.p. solo le linee guida accreditate in virtù della presente riforma e che, nel caso in cui non siano disponibili, il sanitario dovrà fare riferimento alle buone pratiche clinico - assistenziali. In argomento, diffusamente CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 363 ss. Importante sottolineare che, fin dall'introduzione del decreto "Balduzzi", la giurisprudenza è stata granitica nell'avvertire che le linee guida hanno «contenuto orientativo, esprimono raccomandazioni» e «non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti; e, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico». (Cass., Sez. IV, 20.04.2017, n. 28187, cit.). Non è questo lo spazio in cui approfondire tale delicata tematica, basti notare come la dottrina abbia più volte manifestato perplessità circa la loro qualificazione giuridica e il pericolo che quest'ultime possano violare la libertà terapeutica. Inoltre, non si può far a meno di notare che i tempi di accreditamento e di aggiornamento delle EMB non riescono a sostenere i ritmi delle evoluzioni scientifiche proprie dell'ambito sanitario, tanto che, non solo ne risultano disponibili un numero veramente esiguo, ma vi è il rischio di cagionare l'effetto opposto a quello voluto, favorendo situazioni in cui il medico, pur di non incorrere in sanzioni penali, si attenga alle linee guida nonostante sia consapevole di nuove evoluzioni scientifiche non ancora "standardizzate". Per un approfondimento sul tema v. CALETTI, *La Cassazione alle prese con il "post-Mariotti": precisazioni "metodologiche" in tema di prova scientifica, linee guida e apprezzamento della responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2019, 289; ss.; CALETTI, CAVICCHI, SCORRETTI, VENTRE, ZIVIZ, *Responsabilità e linee guida. riflessioni sull'uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative*, Udine, 2017; CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2017; ID., *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 203 ss., che, all'indomani della travagliata introduzione della legge "Gelli-Bianco", ha sottolineato le perplessità e le opportunità dell'inedito regime relative alle *guidelines*, le quali in ogni caso lascerebbero al giudicante un ampio ventaglio di discrezionalità. Sul tema, diffusamente, anche DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli-Bianco"*, in *Leg. pen.*, 17 gennaio 2018, 11, il quale, tra l'altro, ritiene che «le distorsioni della medicina difensiva derivano *in primis* dall'incertezza dell'operatore sanitario circa l'opportunità/doverosità delle prestazioni da eseguire, un contributo di chiarezza per l'operatore, non solo della sanità, ma anche del diritto, in quest'ottica, sembra poter essere fornito non tanto dallo spostamento del contenzioso dal piano penalistico a quello civilistico, quanto dal diffondersi delle linee guida».

Più in generale, sul tema della libertà terapeutica GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 1998, 667 ss.

<sup>33</sup> Cass., S.U., 21.12.2017, n. 8770, cit.

<sup>34</sup> Rispettivamente Cass., Sez. IV, 20.04.2017 (dep. 17.06.2017), n. 28187, in *Dir. pen. cont.*, 2017 con commento di CAPUTO, *Promossa con riserva. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cas-*

le quali proponevano rispettivamente un'interpretazione costituzionalmente conforme e un'interpretazione fortemente ancorata al dato letterale. Difatti, con la prima decisione citata la IV Sezione del Supremo Collegio ha sposato una soluzione ermeneutica dichiaratamente svincolata dalla lettera della norma, al fine di salvaguardare la legittimità costituzionale della riforma, rilevando come nella valutazione di casi di *malpractice* medica non potesse farsi a meno di riportare l'esonero della responsabilità al grado della colpa, essendo giuridicamente inaccettabile, anche per la tutela di quanto sancito all'art. 32 Cost., escludere la punibilità di errori grossolani e dettati dal mancato rispetto delle regole basilari proprie della professione sanitaria. In tal modo è però giunta a riconoscere nell'inedita disposizione non una vera e propria causa di esclusione della punibilità, bensì la semplice pretesa dell'imputato «a vedere giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione», sminuendo ovviamente la portata applicativa della novella<sup>35</sup>.

La sentenza "Cavazza", invece, si è espressa in termini più strettamente aderenti al dato letterale, sottolineando che il secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. «prevede una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso) nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il

---

sazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi, 2017, 724 ss. Al riguardo ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, cit., riserva alla novella una riflessione fortemente critica, esprimendosi, tra l'altro, in questi termini in merito al ragionamento interpretativo della IV Sezione penale: «La lettura che la Cassazione ha offerto della riforma, difatti, si spinge sì a sciogliere rebus, e a ricomporre quadri di senso, ma soltanto per il tramite di un procedere spiccatamente abduittivo, se non anche (e persino) circolare. E pure se circolare, il ragionamento non pare nemmeno esente da contraddizioni interne» (p. 4178); e Cass., Sez. IV, 19.10.2017 (dep. 31.10.2017), n. 50078, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con commento di CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*; in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2017, e di PIRAS, *La non punibilità dell'imperizia medica in executivis*, sempre in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2017.

<sup>35</sup> La sentenza Tarabori non si è certo risparmiata nel criticare la novella, addirittura rinvenendo in essa «un'incompatibilità logica» e definendola alla stregua di un vero e proprio dilemma interpretativo. Non a caso, la pronuncia della IV Sezione ha analizzato il secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. procedendo per esclusione, ossia evidenziando le ipotesi in cui la disposizione non avrebbe potuto trovare applicazione. Nel qualificare quest'ultima non come una causa di non punibilità, bensì come una «regola di parametrizzazione» della colpa per imperizia, ha di fatto svilito l'obiettivo deflattivo della disposizione, e in qualche modo sembra riconoscerlo nel passaggio in cui ha richiamato l'importanza di un recupero dell'applicabilità penale dell'art. 2236 c.c. in materia di *malpractice* medica. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018. In argomento, sulle sentenze "Tarabori" e "Cavazza", anche BRUSCO, *Cassazione e responsabilità penale del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2017.

rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'applicazione delle stesse»<sup>36</sup>.

Come anticipato, in tempi rapidissimi è intervenuta la Suprema Corte nella sua composizione più autorevole. Le Sezioni Unite, chiarendo altresì i dubbi di tenore intertemporale che erano stati posti da più parti<sup>37</sup>, hanno circoscritto l'ambito applicativo del secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. – qualificato in questa sede come causa di non punibilità – alle ipotesi in cui un sanitario nel commettere un errore nell'esecuzione delle linee guida o delle buone pratiche clinico-assistenziali<sup>38</sup>, versa in colpa lieve. I principi di diritto enunciati si

<sup>36</sup> Cass., Sez. IV, 19.10.2017, n. 50078, cit.

<sup>37</sup> Al riguardo, la sentenza Tarabori ha ritenuto il regime previsto dal decreto “Balduzzi” più favorevole rispetto a quello di recente introduzione, mentre, la sentenza Cavazza, valorizzando un'interpretazione letterale, ha osservato come l'art. 590-sexies c.p. fosse applicabile anche agli eventi verificatisi prima della sua introduzione. Le S.U. hanno, al contrario, evidenziato come, essendo la normativa non più in vigore efficace anche per ipotesi di negligenza e imprudenza, nonché per i casi di errore diagnostico, si dovesse continuare ad applicare per le fattispecie concrete antecedenti alla legge “Gelli-Bianco”. Da tale principio di diritto si desume, peraltro, che gli intenti deflativi perseguiti con la riforma risultassero già di dubbia riuscita, così come evidenziato anche da CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra “nuovi” spazi di graduazione dell'imperizia e “antiche incertezze”*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018, p. 25 ss.

<sup>38</sup> Il presupposto del grado della colpa, concordemente con quanto già espresso nella sentenza “Tarabori”, è fatto salvo dalle Sezioni Unite in quanto considerato intrinseco alla condotta di colui che si attiene alle linee guida, e necessario al fine di fornire un orientamento costituzionalmente conforme. In argomento Di LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida*, cit., 5 ss., il quale analizza il *dictum* della Corte prendendo in esame i lavori preparatori che hanno anticipato la legge “Gelli-Bianco”; MEZZETTI, *La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'ultra legem a quella dell'ante litteram*, in *Pen. dir. e proc.*, 10 dicembre 2020. La pronuncia specifica che il medico incorrerà in una sanzione penale nei seguenti casi:

«a) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da negligenza o imprudenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia quando il caso concreto non risulta regolato dalle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;

c) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;

d) se l'evento si è verificato per colpa “grave” da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico». (Cass., S.U., 21.12.2017, n. 8770, cit., con commento di BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018; CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p.*, cit.; CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2018, 345 ss.; CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione “costituzionalmente conforme” dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2017; RISICATO, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia “lieve” del medico*, in *Giur. it.*, 2018, 948 ss.; ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, 2018, 2 ss.).

Altro principio di diritto particolarmente significativo espresso da questa importante pronuncia è relativo alla scelta di limitare l'applicazione della causa di non punibilità all'errore verificatosi nell'esecuzione delle linee guida. Il tema meriterebbe ampio spazio, in quanto complesso e denotato da diversi aspetti critici, ma il primo elemento che desta perplessità è l'esclusione

sono collocati in una posizione di equilibrio rispetto alle pronunce che hanno preceduto la sentenza “Mariotti”, ma il risultato raggiunto dalla Corte è stato oggetto di critiche da parte della dottrina, complici anche le preoccupanti premesse che si erano poste fin dall’emanazione della novella. Peraltro, essa non ha mancato di rievocare quell’orientamento che vede nell’art. 2236 c.c. una regola di esperienza a cui il giudicante può fare affidamento, svelando così la scarsa considerazione applicativa serbata nei confronti della riforma<sup>39</sup>.

Inevitabilmente, stante l’ineludibilità del requisito dell’imperizia – in quanto direttamente menzionato dalla disposizione – il Supremo Collegio si è trovato costretto a sottolineare come la sua applicazione sia vincolata ad una valutazione circa la tipologia di regola cautelare violata nel caso di specie. Il tema sarà approfondito a breve, ma è importante evidenziare che i giudicanti non di rado evitano di entrare nel merito del rispetto delle linee guida o del grado della colpa, limitandosi ad escludere la sussistenza di un’ipotesi di imperizia nella fattispecie concreta. Inoltre, anche quando il giudicante supera il limite citato, spesso cade nell’errore di assumere a parametro della condotta colposa contestata non *l’homo eiusdem condicionis et professionis*, ma un

applicativa dalla novella del c.d. errore diagnostico, e ciò in ragione di un’interpretazione letterale del concetto “rispetto delle linee guida”. Senonché, visto che la *ratio* sottesa alla riforma è di tipo deflattivo, non si comprende il motivo di tale lacuna. D’altronde, è innegabile come la diagnosi e la scelta della terapia siano attività imprescindibili della professione medica, e tra le più complesse da fronteggiare, senza contare che le linee guida presentano perlopiù prescrizioni di natura diagnostica, così come sottolineano anche OLIVA, CAPUTO, *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in campo medico*, Torino, 2021, 388 ss. A tal proposito si segnala che parte della dottrina sostiene come tale grave esclusione potrebbe essere colmata da un’operatività in chiave penale dell’ormai noto art. 2236 c.c.: MERLI, *Brevi note sul ruolo dell’art. 2236 c.c. nel settore della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari e sul rapporto tra il nuovo art. 590-bis c.p. e la disposizione civilistica*, in *Cass. pen.*, 11, 2019, 4132 ss.; VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”. Un’interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell’art. 590-sexies c.p.*, in *Leg. pen.*, 7 dicembre 2017, 24 ss. Altri autorevoli Autori suggeriscono di interpretare in maniera più flessibile il termine “rispettare”, ricomprendendo in tale novero applicativo anche i sanitari che, pur essendosi discostati lievemente dalle raccomandazioni, si siano comunque ispirate a quest’ultime. CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1369 ss. Sposa, al contrario, un’interpretazione maggiormente fedele al dato letterale, in senso conforme alla sentenza “Mariotti”, DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa*, cit., 5 ss.

<sup>39</sup> In CAPUTO, *Il parere del penalista le ‘sabbie mobili’ dell’imperizia e la ‘viscosità’ dell’art. 590-sexies c.p. Considerazioni de lege lata e de lege ferenda*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2019, 395 ss., l’Autore riflette su come la disposizione civilistica possa, anche in questo caso, soccorrere il giudice nel colmare le lacune normative determinate dal legislatore, offrendo una copertura alle ipotesi di negligenza e imprudenza connotate da colpa lieve. Aggiunge altresì che tali condotte potrebbero essere integrate da quelle attività che richiedono competenze non tecniche, richiamando «gli artt. 3 e 19 del Codice di deontologia medica, che espressamente sottolinea il valore delle “abilità non tecniche connesse alla pratica professionale” e delle “conoscenze e competenze professionali non tecniche”»

modello di professionista superiore, dotato delle migliori competenze e conoscenze<sup>40</sup>.

D'altronde, non è un caso che le Sezioni Unite, peraltro senza spingersi a fornire una definizione di imperizia, abbiano valutato la condotta dell'agente nel caso di specie come un'ipotesi di negligenza, pur essendo stato osservato in dottrina che si trattava di «un caso d'imperizia, a prescindere dalla condotta difensiva. Si assume che l'imputato, neurochirurgo, avesse diagnosticato con ritardo di diversi giorni una sindrome della *cauda equina*, cioè la perdita acuta della funzione del plesso lombare. Si chiama *cauda equina* perché l'innervazione del plesso lombare ricorda la coda del cavallo. La sindrome si manifesta con disturbi sensitivi e motori dal plesso lombare a valle di esso fino agli arti inferiori. Ebbene la valutazione di questi sintomi richiede perizia e anche specialistica, neurologica o neurochirurgica. L'errata valutazione è quindi imperizia»<sup>41</sup>.

Come si avrà modo di argomentare, la soluzione più agevole – nonché quella più aderente alla tradizione giuridica – sembra identificarsi nella considerazione secondo cui il presupposto dell'imperizia altro non sarebbe che l'altra faccia della medaglia della negligenza e dell'imprudenza, individuando il discrimine tra le forme di colpa generica esclusivamente sulla base del contesto di riferimento.

#### 2.4. Uno sguardo alla giurisprudenza più recente.

La sentenza “Mariotti” ha, inevitabilmente, lasciato insoluti diversi dubbi interpretativi postisi a seguito dell'introduzione della legge “Gelli-Bianco”, tanto che la dottrina si è domandata, fin dall'indomani del deposito delle motivazioni, quali risvolti avrebbero determinato i principi di diritto statuiti dalle Sezioni Unite. Quest'ultime hanno, quindi, lasciato alla giurisprudenza

---

<sup>40</sup> Senza considerare che questi sono solo alcuni degli ostacoli che si presentano in un caso di *malpractice* medica. Si pensi alle innumerevoli difficoltà che scaturiscono dal sistema delle linee guida accreditate o, ancora, al deleterio meccanismo del c.d. “senno di poi”, che troppo spesso è occultamente alla base dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità, alle perplessità connesse all'applicazione del principio di affidamento per il lavoro d'*équipe* in ambito sanitario o, in ultimo, alle difficoltà di accertamento che si aggiungono in ipotesi di causalità omissiva: CANESTRARI, GIUNTA, GUERRINI PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009; CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit.; MATTHEUDAKIS, *Causalità omissiva e presunzione di correttezza del comportamento altrui in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2016, 773 ss.; *Id.*, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella “stagione delle riforme”*, cit., 1220 ss.; *Id.*, *La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 65 ss.; MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico*, cit.

<sup>41</sup> L'Autore – Sostituto procuratore di Sassari nonché esperto studioso della materia – fa riferimento al comportamento della difesa dell'imputato perché la Corte di legittimità, inspiegabilmente, ha giustificato la qualificazione della condotta come negligente «anche per mancanza di specifiche contestazioni sul punto da parte dell'interessato». PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità per il medico*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2018, 8 ss.



successiva l'arduo compito di confrontarsi con la normativa introdotta dal legislatore<sup>42</sup>.

In primo luogo, si segnala la sentenza n. 37794 del 2018, con cui il Supremo Collegio, annullando con rinvio la pronuncia di condanna per lesioni colpose comminata a un medico del Pronto Soccorso, ha specificato che l'onere motivazionale del giudice deve necessariamente accertare se nel caso di specie sussista una colpa generica o specifica e se si tratti di un'ipotesi di negligenza, imprudenza ovvero imperizia<sup>43</sup>.

Una delle primissime (e rare) applicazioni del secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. è stata disposta dal Tribunale di Parma con la sentenza depositata in data 4 marzo 2019, n. 1584, in cui un medico del Pronto Soccorso ha assunto le vesti di imputato a causa di una mancata tempestiva diagnosi di *ictus* ischemico, che lo ha portato ad essere accusato di lesioni colpose gravissime. Nel caso specifico, la persona offesa, a seguito di uno svenimento, veniva trasportata in P.S. Dopo numerosi accertamenti (una TAC all'encefalo che non rilevava sintomi di patologie ischemiche, il parere di un neurologo e quello di un endocrinologo) finalizzati ad escludere l'ipotesi di una sclerosi multipla o patologie di tipo cardiologico, e a un ricovero finalizzato all'osservazione del paziente, finalmente una seconda TAC svelava la patologia ischemica in corso. Senonché, il giorno seguente la donna entrava in coma e, solo dopo venti giorni trascorsi nel reparto di rianimazione e una settimana allettata nel reparto di neurochirurgia, poteva iniziare le lunghe cure riabilitative per le gravi difficoltà deambulatorie e alla favella subite.

Volendo segnalare solo gli aspetti della pronuncia salienti ai fini della presente trattazione<sup>44</sup>, deve rilevarsi come il giudicante, nel trattare il tema inerente alla tipologia di colpa generica sussistente nel caso di specie, abbia opportunamente evidenziato che «l'erronea valutazione del sintomo e la conseguente omessa o ritardata diagnosi è da ascrivere all'imperizia per inosservanza delle *leges artis*». Nonostante tali parole non dovrebbero destare stupore, è da osservare come all'organo decidente vada riconosciuto il merito di aver correttamente collocato il fatto in esame nell'alveo della colpa per imperizia, quando prima di allora fattispecie concrete simili erano, al contrario, ricondotte alla sfera della negligenza o dell'imprudenza. Ad esempio,

---

<sup>42</sup> Per una disamina critica della giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite GIRANI, *Uno sguardo alla giurisprudenza di legittimità sulla responsabilità penale del sanitario a quasi un anno dalla pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Resp. med.*, 2018, 438 ss.

<sup>43</sup> Cass., Sez. IV, 22.06.2018, n. 47794, in *CED*, 2018. In tale occasione, la Corte di legittimità ha, inoltre, sottolineato l'importanza di una motivazione scrupolosa anche in merito al rispetto o meno delle linee guida nel caso concreto. Il *dictum* del Collegio è stato confermato successivamente con la sentenza n. 49884/2018, (c.d. sentenza "Pinto") e dalla c.d. pronuncia "Bonaiuto", la n. 412 del 2019. V. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2019.

<sup>44</sup> Per un commento più approfondito della sentenza in oggetto v. MATTHEUDAKIS, *Colpa medica e Legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-sexies, co. 2, c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019.

si pensi al caso di prematura dimissione del paziente. Esso era qualificato come un'ipotesi di condotta imprudente, in quanto veniva identificata in un'azione avventata; invero, ipotesi di tal tipo presuppongono, a monte, un'errata valutazione del quadro diagnostico, sintomatica di una violazione di regole cautelari di natura tecnica<sup>45</sup>.

Andando oltre, si premette che i numerosi e puntuali contributi che la letteratura giuridica offre sulle sentenze di spicco "post Mariotti" esime la presente trattazione dal fornire un'approfondita ricognizione al riguardo; ma per ciò che concerne il tema in oggetto, incentrato sul presupposto dell'imperizia, si ritiene utile ed opportuna una lettura critica di alcuni fondamentali passaggi della sentenza n. 15258 del 2020 della Corte di legittimità, in quanto assai recente e ricca di spunti di riflessione<sup>46</sup>.

Il caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte ha visto nelle vesti di imputati un radiologo e un medico del Pronto Soccorso condannati in primo e secondo grado a un anno di reclusione per il reato di cui all'art. 589 c.p., poiché ritenuti colpevoli della morte di una paziente deceduta a causa di un'emorragia subaracnoidea. I due sanitari sono stati accusati di aver sottovalutato i sintomi e gli esami diagnostici a cui era stata sottoposta la vittima in seguito ai due accessi effettuati al P.S. a distanza di pochi giorni, non essendosi accorti dell'emorragia *sub* aracnoidea in corso e avendo omesso l'esecuzione di un'angio-TAC così come prescritto dalle linee guida. La Corte d'Appello aveva ritenuto la condotta del sanitario per un verso negligente e per un verso imperita, in ogni caso apprezzando nella fattispecie concreta un'ipotesi di colpa grave. Alla luce dei motivi di doglianza posti a fondamento del ricorso, la Corte ha modo di ripercorrere la giurisprudenza consolidatosi in materia a seguito della sentenza "Mariotti", non mancando di sottolineare il ruolo insidioso svolto dall'imperizia. Difatti il Supremo Collegio, nell'annullare senza rinvio la sentenza impugnata, ha ribadito i principi di diritto sanciti dalle Sezioni Unite, soffermandosi sulle difficoltà ermeneutiche proprie della colpa generica e delle sue sottocategorie.

---

<sup>45</sup> V. Cass., Sez. III, 04.12.2013, n. 5460, in *CED*. Ancora, si faccia riferimento alla categoria casistica dell'omesso approfondimento diagnostico. Secondo l'orientamento manifestato dai giudicanti, si tratterebbe di un'ipotesi di negligenza, in ragione della condotta omissiva e noncurante perpetrata dal sanitario (v. Cass., Sez. IV, 26.05.2014, n. 36347, in *CED*; Cass., Sez. IV, 5 novembre 2013, n. 18430, in *CED*). In realtà, si ritiene che anche casi di questo tipo dovrebbero essere ricondotti alla sfera dell'imperizia. D'altronde, la valutazione del quadro clinico di un paziente non risponde di certo a regole di comune esperienza, bensì di natura professionale. A tal riguardo, in *PIRAS*, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, cit. L'Autore, nel corroborare la portata limitante del principio forgiato dall'orientamento della giurisprudenza e qui intuitivamente definito con la formula «*culpa levis sine (stricta) imperitia non excusat*», ripercorre diversi casi giudiziari sottoposti all'attenzione della Suprema Corte in cui la condotta del sanitario è stata qualificata ora come negligente, ora come imprudente, pur presentando i connotati propri dell'imperizia.

<sup>46</sup> Cass., Sez. IV, 11.02.2020, n. 15258, in *CED*, 2020, oggetto di trattazione in *PALAZZO*, *La colpa medica: un work in progress*, in *Giustizia insieme*, 2020, il quale condivide il risultato ermeneutico complessivamente ottenuto.



La Corte, preliminarmente segnalando che la formula normativa impone di attribuire un rilievo autonomo al concetto di perizia, nel tentare di fornire una sua definizione, ha ritenuto che essa si rispecchia in un «connotato di attività che richiedono competenze tecnico-scientifiche o che presentano un grado di complessità più elevato della norma per le particolari situazioni del contesto; l'agire dei professionisti, e quindi anche dei sanitari, propone in via elettiva errori determinati da imperizia, sicché l'eventuale negligenza o imprudenza deve essere accertata specificamente, in base a pertinenti dati fattuali che ne attestano la ricorrenza»<sup>47</sup>. Da tale premessa il Collegio ha evidenziato che:

- l'imperizia è tipica degli ambiti professionali e rispecchia un grado di difficoltà maggiore rispetto alle regole cautelari proprie di ogni soggetto comune;
- l'attività sanitaria, in quanto attività professionale, si presta ad essere valutata in primo luogo in termini di imperizia, ma questo non esclude che l'errore possa essere stato dettato da negligenza o imprudenza. Il giudice ha l'onere di isolare la condotta oggetto di giudizio e di effettuare una valutazione in tal senso sulla base delle precise circostanze del fatto, in particolare prestando attenzione alla causa che ha dato origine all'errore.

Su questa falsariga, ad esempio, un medico che abbia somministrato una posologia farmacologica errata per disattenzione verserebbe in un'ipotesi di negligenza. Si tratterà, al contrario, di una condotta imprudente qualora l'errore sia cagionato dalla mancata competenza specialistica del sanitario, che comunque si è assunto il rischio di cimentarsi in un settore in cui era impreparato<sup>48</sup>.

Il Supremo Collegio nell'espone il suo ragionamento interpretativo si è avvalso della seguente esemplificazione: «un medico praticando l'epidurale penetra la cute in un punto diverso da quello prescritto dalle *leges artis*; egli risponderà per imperizia se aveva le cognizioni richieste dall'atto medico in merito al punto esatto nel quale introdurre l'ago; risponderà per imperizia se non ha le competenze esecutive richieste dalle *leges artis* (non sa tenere fermo l'ago nell'atto di infiggerlo); risponderà per negligenza se erra nella

---

<sup>47</sup> Cass., Sez. IV, 11.02.2020, n. 15258, cit.

<sup>48</sup> L'esempio è stato estrapolato da MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p.*, cit., p. 19. L'Autrice, nell'espone l'orientamento citato che individua il *discrimen* tra le tre forme di colpa generica nella causa che ha dato origine all'errore, ha opportunamente osservato che «più gli esempi si moltiplicano, più l'impressione è quella di avventurarsi in ingestibili bizantinismi classificatori: non potrebbe, per esempio, ritenersi che anche il medico che non sterilizzi adeguatamente gli strumenti operatori o lo psichiatra che usi per l'elettroshock un lettino sprovvisto di protezioni laterali stia violando delle regole tecniche e che, dunque, la sua condotta debba qualificarsi come imperita?» Tale passaggio viene richiamato anche da MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 126 ss., per sottolineare il fallimento di coloro che hanno tentato di distinguere nettamente le tre forme di colpa generica. L'Autore, peraltro, insieme a CALETTI, aveva già ampiamente sottolineato l'opportunità di identificare l'imperizia come una forma qualificata di negligenza e d'imprudenza in *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p.*, cit., 32 ss. (v. nota 32).

esecuzione dell'atto perché distolto dalla conversazione con il suo assistente (ma sempre che non vi sia norma tecnica che impone di tenere costantemente sotto osservazione il campo operatorio mentre si introduce l'ago)». Tale "apertura" all'imprudenza e alla negligenza rischia di vanificare quanto affermato in precedenza dalla Corte in ordine all'imperizia. Il risultato di questo orientamento è, infatti, quello di generare un'inutile complicazione in sede di accertamento, chiedendo al giudicante di addentrarsi nell'apprezzamento della causa psichica che ha cagionato l'errore: il sanitario ha adottato una condotta colposa per incompetenza tecnica, perché distratto da pensieri personali, o perché impaziente di terminare il proprio turno? A tal riguardo, si ritiene che una valutazione di tal tipo prescinda e si allontani dal vero elemento caratterizzante l'imperizia: la violazione di regole di natura professionale. Senza contare che un apprezzamento della causa psichica dell'errore è più facile a chiedersi che a farsi. Certo, la Corte ha osservato altresì che in caso di dubbio debba prevalere una valutazione in favore di una condotta imperita e quindi del regime più favorevole all'imputato ma, anche alla luce della giurisprudenza passata, appare evidente come lasciare nell'alveo del libero apprezzamento del giudicante una valutazione di questo tipo non possa che alimentare la tendenza ad escludere l'applicazione dell'art. 590-*sexies* c.p.

La pronuncia in esame offre un terreno fertile entro cui piantare le basi introduttive delle riflessioni che seguiranno. In primo luogo, deve osservarsi come, nonostante le (non tanto) tacite rimostranze riservate al presupposto dell'imperizia per via della sua indeterminatezza, anche in questa occasione la Corte di legittimità abbia sottolineato la necessità di identificare dei tratti distintivi al fine di individuare una condotta imperita. Il Collegio, però, ha altresì espresso un'avvertenza per nulla scontata: l'attività sanitaria si presta in prima battuta ad essere valutata in termini di imperizia.

Percorrendo una strada diversa, la Suprema Corte giunge, in un certo senso, a conclusioni simili, seppur non identiche, a quelle che si esporranno a breve: l'*habitat* naturale dell'attività professionale del medico, in quanto tale, risiede nel campo della perizia.

In ultimo, per quanto non strettamente correlata al tema in oggetto, merita menzione anche la sentenza della Corte di legittimità n. 18347 del 29 aprile 2021, con cui il Collegio, dopo aver dichiarato maturato il termine di prescrizione, ha annullato senza rinvio la condanna confermata dalla Corte d'Appello di Roma avverso due medici chirurghi accusati del reato di cui all'art. 590 co. 1 e 2 c.p. La sentenza in esame ha condivisibilmente evidenziato «che si può parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, rispetto al parametro dato dal complesso delle raccomandazioni contenute nelle linee guida di riferimento, quando cioè il gesto tecnico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia ed alle condizioni del paziente; e quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare

lieve». Peraltro, la Corte ha esplicito alcuni parametri – da apprezzarsi nel loro complesso – sulla base dei quali valutare il grado colposo della condotta, facendo altresì riferimento alle condizioni proprie dell'agente, interpretazione opportuna in quanto non lascia dietro le quinte la dimensione soggettiva della colpa, come purtroppo spesso accade<sup>49</sup>. Infine, ha aggiunto che il giudice ha un onere motivazionale che gli impone di identificare specificatamente la linea guida o la buona pratica clinica – assistenziale relativa al caso di specie<sup>50</sup>.

La pronuncia, apprezzabile sotto più punti di vista, è di particolare interesse per quanto si affermerà in seguito, poiché fornisce degli spunti di riflessione a quella autorevole dottrina che, in un'ottica *de iure condendo*, propone una revisione della normativa vigente incentrata proprio sul grado colposo, e mirata ad abbandonare definitivamente il presupposto dell'imperizia.

### 3. La perizia quale forma qualificata di diligenza e prudenza: l'interpretazione ispirata alla *ratio*.

Il riepilogo della storia giurisprudenziale ha permesso di mettere a fuoco le criticità oggetto del presente contributo.

Per quale motivo definire come il tallone d'Achille il presupposto dell'imperizia?

Un unico dato fondamentale sarebbe già di per sé sufficiente a rispondere alla domanda: dalla sentenza "Pagano" la giurisprudenza ha puntualmente rinvenuto nella fattispecie concreta i tratti di una condotta negligente o imprudente, determinando una scarsa, scarsissima, applicazione del regime di favore. Quanto appena affermato non si motiva solo con l'eccessiva intransigenza riservata ai sanitari posti di fronte al banco degli imputati, ma deriva soprattutto dal fatto che storicamente, sia in dottrina che in giurisprudenza, non si siano mai posti dei veri requisiti distintivi per le tre forme di colpa generica, rilevando nella formula dell'art. 43 c.p. un mero significato descrittivo, e non prescrittivo.

Spesso nei capi d'imputazione formulati dalla pubblica accusa, si legge la formula tralatizia "... per negligenza, imprudenza e imperizia..." non distinguendo l'una dall'altra, ma concentrando il *focus* accertativo relativo al versante oggettivo della colpa sulla violazione di una regola cautelare, di

---

<sup>49</sup> Il tema è accuratamente trattato da DI LANDRO, *La colpa penale nel settore sanitario: criteri generali di valutazione e situazioni emergenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 22 marzo 2021. L'Autore evidenzia l'importanza di un apprezzamento anche soggettivo della colpa, facendo altresì riferimento agli aspetti problematici messi in luce dall'emergenza pandemica. Nello specifico, il contributo argomenta come condizioni quali quelle derivanti dalla stanchezza, dall'inesperta preparazione ovvero dalla poca comprensibilità di alcune regole cautelari possano rivelarsi decisive nella commissione di un errore sanitario.

<sup>50</sup> Cass., 29.04.2021 (dep. 12.05.2021), n. 18347, in *Cass. pen.*, 2021.

qualunque tipo essa sia (lacuna sottolineata anche in un passaggio della sopracitata sentenza “Agnello”)<sup>51</sup>.

La crisi d'identità dell'imperizia<sup>52</sup> non è di certo stata risolta con la giurisprudenza post “Balduzzi” e con quella avente ad oggetto l'art. 590-sexies c.p. Difatti, gli organi giudicanti, pur sottolineando la necessità di distinguere nettamente la perizia dalla diligenza/prudenza, spesso finiscono col definirla come la forma di colpa generica connotata dalle violazioni di *leges artis* proprie del professionista (essendo, comunque l'unica sua descrizione rinvenibile nella tradizione giuridica), salvo poi qualificare come negligente e imprudente una condotta ancorata proprio al contesto della professione sanitaria<sup>53</sup>. È evidente, dunque, che vincolare una normativa di tal tipo a un requisito così labile, impreciso, indeterminato sia una delle principali cause del fallimento della disciplina attuale (e di quella passata, facendo riferimento al decreto “Balduzzi” così come interpretato dalla sentenza “Pagano”), in quanto lascia alla completa discrezionalità del giudice la valutazione su cosa sia o cosa non sia imperito, quel giudice che ormai da più di quarant'anni ha dimostrato di riservare un rigore eccessivo nell'apprezzamento dell'attività professionale del sanitario. In altre parole, il presupposto in oggetto così interpretato pare destinato a sterilizzare senza soluzione di sorta il novello regime<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> In maniera coerente con quanto affermato dalla manualistica penale (v. nota 55) e da autorevole dottrina, che rilevano come sia fondamentale, in materia di illecito colposo, individuare sul piano oggettivo della colpa la violazione di una regola di tipo cautelare causalmente connessa all'evento, indipendentemente dai suoi connotati descrittivi. CAIANIELLO, *Imputazione e garanzie: la contestazione e la qualificazione del fatto colposo*, in DONINI, ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 341 ss.; GALLO, *Colpa penale* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, 641 ss.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 166 ss. Per un riferimento più recente DI GIOVINE, *In difesa del decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014, 3 ss., la quale si esprime in questi termini «il confine tra conoscenza, uso appropriato della cautela, avventatezza o trascuratezza nella scelta di quella adatta appare troppo sottile, e troppo pericolosa una distinzione che voglia essere dirimente ai fini penali».

<sup>52</sup> L'espressione utilizzata si deve a CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p.*, cit., i quali concludono il loro contributo con le seguenti parole: «Se non si vuole che l'imperizia rimanga a lungo vittima della crisi d'identità che sta attraversando, per responsabilità del legislatore e della giurisprudenza, sembra opportuno che da crisi di identità resti immune almeno la dottrina, alla quale, come detto, basterebbe soltanto “ricordarsi” le proprie parole già spese in argomento».

<sup>53</sup> PIRAS, *Un distillato di nomofilachia*, cit., 7, in cui l'Autore sottolinea come le Sezioni Unite non abbiano fornito una definizione di imperizia, ma si siano limitate a richiamare «il ricorso agli ordinari criteri sulla prova, sul dubbio e sulla ripartizione dell'onere relativo», il che equivale a dire tutto e niente.

<sup>54</sup> In DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità. Modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, 2163, nota 28, l'Autrice, per una motivazione non diversa da quella che ci ha portato a parlare di tallone di Achille, definisce il presupposto dell'imperizia come il «cavallo di Troia» della normativa, in quanto lo stesso vanificherebbe ogni intento deflattivo sotteso alla disciplina.

In ogni caso, con l'esplicita menzione dell'imperizia da parte del secondo comma dell'art. 590-sexies c.p., anche gli auspicabili principi espressi con la sentenza "Denegri" non possono considerarsi più praticabili in un'ottica *de iure condito*, e l'interprete si è trovato costretto a confrontarsi con tale presupposto. Come più volte anticipato, la giurisprudenza avverte la necessità di distinguere in maniera chiara e netta le tre tipologie di colpa generica per non cadere nell'errore di un'interpretazione *contra legem*, nonostante le evidenti difficoltà e i subdoli rischi di indeterminatezza a cui si andrebbe incontro, sulla base del seguente (ingannevole) assunto: se il legislatore ha scritto "imperizia" allora significa che quest'ultima è qualcosa di nettamente diverso dalla negligenza e dall'imprudenza. Ma cosa?

A tal proposito, autorevole dottrina ha evidenziato come l'unico tentativo definitorio relativo alla disposizione dell'art. 43 c.p. rinvenibile nella tradizione giuridica veda nell'imperizia non un *tertium genus* autonomo di colpa generica, ma bensì una sorta di forma qualificata di negligenza o imprudenza, secondo cui la condotta imperita (attiva o omissiva che sia) altro non sarebbe che una violazione delle *leges artis* proprie del contesto professionale a cui appartiene l'agente. Ed effettivamente, leggendo la manualistica penale, risulta che il tratto distintivo dell'imperizia non sia stato identificato nella natura attiva o meno della condotta (come nel caso della negligenza e dell'imprudenza), ma unicamente nel contesto professionale in cui tale condotta è posta in essere, nonché nel contenuto tecnico della regola cautelare violata<sup>55</sup>. Pertanto, nelle ipotesi relative all'imperizia, il soggetto attivo

<sup>55</sup> Non solo: nel leggere le situazioni esemplificative proposte dalla manualistica giuridica e finalizzate a chiarire la distinzione semantica tra le tre tipologie di colpa generica, risulta che l'esempio per antonomasia dell'ambito perito sia proprio l'attività medico-chirurgica. In CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, II ed., 2017, 479 ss., il contenuto delle regole cautelari è distinto in questi termini: «In generale, sul piano semantico:

- a) le regole di diligenza in senso stretto prescrivono una certa attività positiva [...];
- b) le regole di prudenza prescrivono di astenersi dal compiere una certa condotta o di compierla adottando certe modalità [...];
- c) le regole di perizia consistono, invece, in regole cautelari a contenuto tecnico (tanto che si parla in proposito di "diligenza qualificata" o "prudenza qualificata"), quali quelle proprie di una determinata professione o arte o comunque di quelle attività che implicano determinate conoscenze tecniche».

Ancora, in FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, VIII ed., 2019, 574 ss., si specifica che: «si ha negligenza se la condotta violata prescrive un'attività positiva [...]. L'imprudenza consiste, invece, nella trasgressione di una regola di condotta da cui discende l'obbligo di non realizzare una determinata azione oppure di compierla con modalità diverse da quelle tenute [...]. L'imperizia consiste in una forma di imprudenza o negligenza "qualificata" e si riferiscono ad attività che esigono particolari conoscenze tecniche: ad es. l'attività medico-chirurgica, ecc.». Anche PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, cit., 3, nell'osservare come l'imperizia, a differenza delle altre due forme di colpa generica, non si connota per la natura attiva o omissiva della condotta, si sottolinea che la stessa «è un omettere o un agire, qualificato dal contrasto con regole tecniche, proprie di una certa professione. Un omettere o un agire professionalmente "dipinto"».

dovrebbe essere posto in relazione non con un agente modello costruito su un individuo qualsiasi, ma guardando all'ambito di operatività e di appartenenza di quest'ultimo. Tale forma di colpa generica sarebbe così strutturata su un elemento obiettivo, ossia sul contesto in cui opera il professionista e, di conseguenza, sulle regole tecniche proprie di quel contesto<sup>56</sup>. Non è un caso che dove si parla di imperizia si parla anche di "colpa professionale".

Per ciò che concerne l'ambito sanitario, un'applicazione di questo tipo permetterebbe di salvaguardare la *ratio* sottesa all'intervento normativo del legislatore attribuendo all'attività medica un connotato imprescindibilmente tecnico-professionale. D'altronde, il ragionamento appena proposto risulta facilmente percorribile alla luce della casistica. Si pensi ad un esempio: è negligente, ovvero imperito, il medico che diagnostica erroneamente una faringite al paziente, deceduto poco dopo per un edema della glottide<sup>57</sup>? O ancora, si faccia riferimento al caso di un'équipe medica che, nel ritardare la richiesta di un parere da parte del neonatologo, omette di intubare nuovamente - a seguito di un'estubazione *post operatoria* - un infante di due mesi. L'omissione cagiona un aggravamento della sofferenza respiratoria acuta in corso cagionando il decesso del paziente. Nonostante le linee guida non prescrivano un obbligo di reintubazione, nel caso concreto essa sarebbe stata praticata tempestivamente ove fosse stato coinvolto in tempi celeri uno specialista.

Invero, si ritiene che valutazioni di questo tenore siano esclusive prerogative di colui che è dotato delle conoscenze e delle capacità proprie di chi esercita la professione medica e che, alla luce di queste considerazioni, il parametro di riferimento dovrebbe necessariamente orientarsi al contesto proprio del soggetto e dell'attività da quest'ultimo svolta, trasladando l'accertamento su un campo estraneo alla normale diligenza richiesta ad ogni altro individuo.

---

<sup>56</sup> In questo senso, senza pretese di esaustività, anche CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della Legge Gelli-Bianco*, cit.; di cui si veda anche *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p.*, cit.; 443 ss.; CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica*, cit., 327 ss.; PALAZZO, *La colpa medica: un work in progress*, cit.; MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p.*, cit.

<sup>57</sup> Cass., Sez. IV, 20.05.2014, n. 36891, in *Dir. pen. cont.*, 2014. Nel caso di specie, un medico del Pronto Soccorso, a fronte del quadro sintomatologico prospettato dagli operatori del 118 intervenuti, ha omesso di effettuare i dovuti esami diagnostici e di porre sotto osservazione il paziente, limitandosi a prescrivere allo stesso una terapia antibiotica. Il paziente è deceduto poco dopo per l'aggravamento dell'edema. Queste le considerazioni della Corte in relazione alla tipologia di colpa generica individuata nella fattispecie concreta: «le omissioni addebitabili all'imputata non sono derivate da vera e propria imperizia diagnostica o terapeutica, ma da ordinaria negligenza ed imprudenza comportamentale alla stregua del consolidato criterio dell'agente modello ed in funzione della doverosa prospettiva di addivenire ad una diagnosi corretta: più precisamente, negligenza ed imprudenza per aver tralasciato di considerare i dati più significativi del quadro sintomatologia) presentato dal paziente, nonché per aver accollato a quest'ultimo il rischio della scelta di non sottoporlo ad ulteriori accertamenti e, ancor prima, di non trattenerlo in osservazione quanto meno per il tempo ragionevolmente idoneo a consentire una più tranquillizzante verifica dell'evolversi della patologia e degli effetti della terapia praticata».

Può infatti dubitarsi che il riconoscimento di sintomi tali da suggerire un intervento del neonatologo sia precluso a coloro che non possiedono le conoscenze proprie della scienza medica?

Eppure, nei casi qui proposti la Corte ha qualificato rispettivamente come negligente e come imprudente le condotte degli agenti.

Nel secondo esempio trattato, la sentenza afferma che «la ritardata richiesta dell'intervento del neonatologo si connota come ascrivibile non a imperizia, intesa come scarsa conoscenza della materia, o a negligenza, ma, piuttosto, ad imprudenza, intesa come avventatezza, scarsa ponderazione»<sup>58</sup>. Ma non è forse esclusivamente un professionista sanitario, in virtù della sua competenza, a poter valutare la gravità dei sintomi di una determinata complicazione e la necessità o meno dell'intervento di uno specialista nella fattispecie concreta? Dunque, dando per scontato – ma non lo è – che sussistano i presupposti di una condotta colposa, non sarebbe più coerente affermare che la scarsa ponderazione si è verificata a fronte di un quadro sintomatologico grave che avrebbe dovuto indurre il medico a contattare un neonatologo e che, alla luce delle *leges artis* proprie della professione sanitaria, egli avrebbe dovuto averne coscienza? D'altronde, ogni fatto colposo potrebbe essere descritto in termini di “avventatezza”, “disattenzione”, “scarsa ponderazione”, “distrazione”, “incoscienza”, “sconsideratezza”... si tratta di termini che esprimono la non intenzionalità di un soggetto nel commettere un reato.

In un ulteriore passaggio della sentenza, antecedente a quello citato, il Supremo Collegio, nel sottolineare che la gravità della colpa non è esclusa in caso di aderenza alle raccomandazioni prescritte, qualora le specifiche circostanze del caso suggeriscano di discostarsene, evidenzia come «la verifica circa il rispetto delle linee guida va sempre affiancata ad un'analisi – svolta eventualmente attraverso perizia – della correttezza delle scelte terapeutiche alla luce della concreta situazione in cui il medico si è trovato ad intervenire». Non volendo entrare nel merito del tema inerente al grado della colpa, appare in ogni caso inspiegabile il fatto che la Corte, nell'accusare il medico di aver adottato una scelta terapeutica inadeguata al caso di specie, decida di qualificare tale condotta come imprudente, e non come imperita.

In definitiva, per le ragioni sinora esposte, si ritiene che la giurisprudenza dovrebbe interpretare l'imperizia considerandola alla stregua di una negligenza/imprudenza qualificata, posta a fondamento degli errori tecnico-professionali propri dell'attività sanitaria, ed esercitare il suo potere decisionale

---

<sup>58</sup> Cass., Sez. IV, 8.07.2014, n. 2168, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

Entrambi i casi citati si collocano in un momento antecedente all'introduzione della legge “Gelli-Bianco”, riferendosi al decreto “Balduzzi”, ma il *quid disputandum* è sostanzialmente rimasto invariato, volendosi sottolineare in questa sede l'effetto ostativo determinato dal presupposto dell'imperizia rispetto al riconoscimento dell'esonero della responsabilità.

Ripercorre questa giurisprudenza, dimostrando la discrasia che sussiste tra il piano astratto e quello concreto all'interno della Corte di legittimità in ordine al concetto di imperizia, BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa*, cit., 176 ss.



coerentemente con questo assunto. Solo così legge “Gelli-Bianco” riconquisterebbe un ambito applicativo apprezzabile, consentendo un margine di serenità professionale ai “camici bianchi”.

#### 4. L'introduzione di un regime di responsabilità provvisorio alla luce dell'emergenza pandemica. Il richiamo all'imperizia scompare.

L'urgenza di porre un freno al contenzioso sanitario è avvertita in maniera ancor più pregnante nel periodo storico attuale.

Sono trascorsi quasi tre anni dalla scoperta del “paziente 1” affetto da Sars-Covid 2, evento che ha segnato anche per i paesi occidentali l'inizio di un'emergenza pandemica che solo ora, dopo il sopraggiungere dei vaccini, sembra avvicinarsi ad un progressivo e lento epilogo. È risaputo in che drammatiche condizioni e con quali scarse risorse, soprattutto nella prima fase della pandemia, gli operatori sanitari siano stati costretti a lavorare incessantemente, giorno e notte. Sono altresì noti i numeri delle morti e dei contagi che hanno afflitto il nostro paese. Uno degli effetti collaterali prospettati concerne i numerosi contenziosi giudiziari che potrebbero essere promossi contro la categoria sanitaria collocata in prima linea (ma senza gli strumenti necessari) nel fronteggiare il virus<sup>59</sup>.

La legge “Gelli-Bianco” è apparsa fin da subito incapace di fornire una risposta soddisfacente ai procedimenti giudiziari che si prospettano, tenuto anche conto della sua scarsa applicazione giurisprudenziale. Volendo fare riferimento proprio al tema oggetto di questa trattazione, alla luce delle condizioni in cui gli operatori sanitari sono stati costretti a lavorare, numerosi errori commessi nell'esercizio della professione potrebbero essere stati dettati dalla stanchezza per gli infiniti turni lavorativi o dalla necessità di far fronte ad un numero spropositato di pazienti senza la possibilità di garantire

---

<sup>59</sup> Eventualità espressa su più fronti. Il Comitato Nazionale della Bioetica, nel parere intitolato *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”* pubblicato l'8 aprile 2020 – la cui redazione è stata coordinata dai Professori Stefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d'Avack, Assunta Morresi, Laura Palazzani e Luca Savarino – «segnala con preoccupazione la proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti dei professionisti della salute nel contesto dell'attuale emergenza pandemica».

Anche membri appartenenti alla magistratura requirente, fin dai primi tempi della pandemia in cui tra i *mass media* e i *social network* non si faceva altro che tessere le lodi della prontezza dimostrata dai singoli sanitari – tendenza scemata in breve tempo – si sono espressi nei medesimi termini. Ne danno atto CANESTRARI, CALETTI, *Da eroi a imputati? Riflessioni su come limitare il “rischio penale” dei sanitari al tempo del Covid-19*, in *Bollettino notiziario*, 5 maggio 2020, 6 ss., contributo dal titolo particolarmente eloquente; MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazione intorno a una tesi*, cit., 149 ss.

Con riguardo alla necessità di uno “scudo penale” per l'attività svolta dai “camici bianchi” in contrasto alla diffusione dell'epidemia, CUPELLI ha sapientemente parlato di «un'emergenza nell'emergenza» in *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sistema pen.*, 1° giugno 2021.



il massimo dell'attenzione ad ogni singola attività (ipotesi generalmente non ascritte alla colpa per imperizia)<sup>60</sup>.

La necessità di una risposta efficace al rischio penale appena descritto è stata sottolineata in dottrina<sup>61</sup>, nonché da parte di importanti istituzioni<sup>62</sup>. Si faccia, ad esempio, riferimento al già citato parere del Comitato Nazionale della Bioetica o all'informativa pubblicata in data 30 aprile 2020 dalla Procura generale presso la Corte di cassazione, avente lo scopo di instaurare un dibattito sulle diverse proposte modificative giunte dai vari gruppi parlamentari e relative all'introduzione di un regime di responsabilità civile e penale *ad hoc* per il sanitario impegnato in prima linea nel contrasto alla diffusione del Covid-19<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> O ancora, si rifletta sul fatto che dalla pressoché nulla conoscenza scientifica del virus Covid-19 sia derivata la mancanza di linee guida a cui fare affidamento e che, nonostante a un certo punto l'SNLG abbia pubblicato sulla piattaforma online dedicata alle buone pratiche clinico-assistenziali i *Corona Virus Disease*, quest'ultime siano comunque destinate ad un continuo aggiornamento e a rimanere in un'area di relativa incertezza circa la loro attendibilità. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, 25 maggio 2020. Inoltre, autorevole dottrina ha evidenziato gli enormi ostacoli che si interporranno nell'accertamento del nesso causale, nonché dell'elemento soggettivo relativi ai procedimenti per lesioni colpose derivate dal contagio. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *Leg. pen.*, 27 gennaio 2020; GARGANI, *La gestione dell'emergenza covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. e processo*, 7, 2020, 887 ss.

<sup>61</sup> Come già accennato, le implicazioni inerenti al rischio penale che si prospettano a seguito dell'epidemia da Covid-19 non concernono esclusivamente la contestazione dei classici titoli di reato astrattamente configurabili, ma si allargano, ad esempio, ai dilemmi giuridici (oltre che umani) derivanti dalle cc.dd. "scelte drastiche" tra quali malati curare a fronte delle possibilità di sopravvivenza ipotizzabili in relazione ad ognuno, dramma che si è posto in quelle zone maggiormente colpite dalla pandemia, in cui le strumentazioni per la cura dei pazienti non erano sufficienti a rispondere all'inverosimile fabbisogno degli infettati. Tale fenomeno ha dato origine a un nuovo dibattito, in particolare circa l'applicabilità dell'istituto relativo allo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. BELLANTONE, CAPUTO, R. CAUDA, GRASSI, MARAZZA, OLIVA, PASCALI, PONZANELLI, SCAMBIA, VETRUGNO, *La pandemia di Covid-19: un limite o una frontiera per la Legge 24/2017?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2020, 1005 ss.; CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*, in *Pen. dir. e proc.*, 2020; ID., *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sistema pen.*, 2020, 5 ss.; CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in *Resp. med.*, 2020; GARGANI, *La gestione dell'emergenza covid-19*, cit.; RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit.

<sup>62</sup> Una delle prime istituzioni a sottolineare il rischio giudiziario che grava sulla categoria sanitaria è stata la Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri, la quale aveva inviato una lettera di segnalazione al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati per manifestare la preoccupazione scaturita da alcuni "legali" che pubblicizzavano la loro disponibilità ad assistere i parenti dei malati di Covid-19 all'esterno degli istituti ospedalieri.

<sup>63</sup> Il documento è particolarmente approfondito ed esamina le singole proposte emendative e legislative pervenute al fine di fronteggiare il rischio penale in cui probabilmente incorreranno gli operatori sanitari a seguito dell'attuale situazione epidemiologica. Procura generale Cassazione, *Note preliminari su ipotesi di modifica della disciplina della responsabilità civile (e penale) per esercizio dell'attività sanitaria in relazione all'epidemia Covid-19*, 22 aprile 2020.

Alcuni studiosi hanno sostenuto un'interessante proposta *de iure condito*<sup>64</sup>, evidenziando i positivi risvolti che potrebbero derivare da un recupero dell'art. 2236 c.c. ai fini dell'accertamento della responsabilità connessa direttamente o indirettamente alla diffusione del virus<sup>65</sup>. Effettivamente, quel riferimento alle "prestazioni di speciale difficoltà" – che può sostanziarsi sia nella complessità intrinseca di una determinata attività, sia nelle circostanze concrete esterne in cui è stata prestata – ben potrebbe descrivere le condizioni di lavoro in cui, da un giorno all'altro, si sono trovati ad operare i sanitari. In tal senso, sarebbe stato necessario un superamento dell'interpretazione sposata dalla Corte costituzionale nel lontano 1973, in quanto, come già in parte detto, la situazione pandemica in atto ha generato un terreno fertile per eventi rispetto ai quali non sarebbe inverosimile prognosticare una qualificazione da parte della giurisprudenza in termini di negligenza e imprudenza<sup>66</sup>.

A prescindere da tali osservazioni, buona parte di coloro che si sono espressi sull'argomento hanno, in primo luogo e in un'ottica *de iure condendo*, invocato un intervento diretto da parte del legislatore finalizzato ad introdurre uno "scudo penale" (espressione ormai invalsa nel dibattito pubblico) per gli operatori sanitari<sup>67</sup>, proponendo in prima battuta una limitazione

<sup>64</sup> CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari*, cit.; CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Leg pen.*, 22 giugno 2020, il quale prende in esame la potenziale applicabilità della disposizione civilistica anche per i vertici sanitari e le figure diverse dal singolo sanitario; FACCIOLI, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da covid-19*, in *Resp. med.*, 22 aprile 2020, 159 ss., che esclude, invece, tale operatività nei confronti della responsabilità della struttura sanitaria.

<sup>65</sup> La necessità di concentrare tutte le risorse per contrastare l'emergenza epidemiologica ha costretto la sanità a porre in secondo piano ogni altro caso clinico, più o meno grave che fosse. Dunque, non si escludono azioni penali promosse nell'ambito di presunti casi di *malpractice* medica non direttamente connessi all'emergenza pandemica.

<sup>66</sup> Dall'altro lato, è stato altresì opportunamente evidenziato come un'impunità generalizzata applicabile indiscriminatamente a tutti gli eventi infausti verificatisi a causa del virus legittimerebbe condotte non giustificabili nemmeno alla luce della condizione pandemica, senza contare che ipotesi di tal tipo sarebbero certamente esposte a questioni di legittimità costituzionale. Una proposta di questo tenore era contenuta nell'emendamento 1.1, firmata in prima battuta dal Senatore Matteo Salvini. CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari*, cit., 5 ss.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giur. pen.*, 4, 2020, 1 ss. L'inopportunità di un'esenzione penale *tout court* è stata sottolineata anche dagli stessi professionisti sanitari, soprattutto con riguardo ai ruoli apicali e dirigenziali delle strutture sanitarie.

<sup>67</sup> In questo senso CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit., 17, il quale, non a caso, evidenzia il «valore simbolico che avrebbe l'introduzione dello "scudo" ad hoc invocato espressamente dai professionisti sanitari»; CUPELLI, *Emergenza covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema pen.*, 2020, nonché il parere del Comitato nazionale della Bioetica pubblicato l'8 aprile 2020 citato. Sembra non condividere tale auspicio l'Avv. ALAGNA, *Diritto sanitario dell'emergenza: l'eterno "ritorno" dell'elemento della colpa lieve?*, in *Amm. in cammino*, 9 giugno 2020, che, a p. 15, parla di «schizofrenia normativa» con riferimento alle diverse riforme già intervenute in materia di responsabilità sanitaria. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., esclude che una nuova riforma, al pari di quelle

della responsabilità alle ipotesi di colpa grave, e questo nonostante la presenza dell'art. 2236 c.c. e in ragione del fatto che «non si possa nemmeno, in queste ipotesi, fare affidamento sulla sola capacità 'salvifica' della c.d. misura soggettiva della colpa»<sup>68</sup>.

Ad ogni buon conto, tale dibattito è confluito in un primo momento nella disposizione di cui all'art. 3 del decreto legge n. 44 del 1° aprile 2021, conv. con la l. n. 76 del 28 maggio, in cui si prescrive che: «Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARSCoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della Legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle

passate, possa portare qualche beneficio, se non addirittura rilevarsi dannosa in un ambito, come quello in oggetto, già frustrato da numerosi interventi legislativi. Così si esprime l'Autrice: «inutile persistere nell'illusione che la legge possa conformare una giurisprudenza riottosa e contrastare le deviazioni dallo *standard* di garanzie penalistiche nell'ambito della responsabilità medica. Meglio allora concentrarsi su un piano pre-legislativo, culturale» (p. 15) ritenendo che «stante la peculiarità dell'attuale situazione emergenziale, e sempre a condizione che siano correttamente usati, i concetti penalistici di prevedibilità e (qui soprattutto) di evitabilità, potrebbero e dovrebbero indirizzare sin dall'esordio la scelta se iniziare o meno il procedimento penale» (p. 13). Sulla stessa falsariga sembra porsi anche GARGANI, *La gestione dell'emergenza covid-19*, cit., che, in conclusione del contributo, sostiene quanto segue: «L'invocazione di "scudi legali" tradisce la scarsa fiducia nella capacità della magistratura inquirente di tenere conto dello specifico contesto emergenziale e di cogliere appieno le profonde differenze rispetto alle *normali* situazioni di urgenza e di difficoltà. Considerata la sovra-esposizione mediatico-sociale degli operatori della sanità, ad essere temuto è, soprattutto, l'impatto che la prolungata sottoposizione a procedimenti penali potrebbe provocare sul piano personale e professionale. Un simile rischio, implicato dall'obbligatorietà dell'azione penale, può e deve essere governato prescindendo dall'inadeguato e controproducente ricorso a formule di esenzione dalla responsabilità», o, in ultimo, RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, 25 maggio 2020, la quale, per quanto auspichi ad una limitazione della responsabilità penale del sanitario alle sole ipotesi di colpa grave mediante l'art. 2236 c.c., si dichiara perplessa all'idea di intervenire con una riforma legislativa.

<sup>68</sup> CUPELLI, *Emergenza covid-19*, cit., 11.

Non è mancato chi ha suggerito come una limitazione della responsabilità penale del sanitario possa intervenire non già a livello di diritto sostanziale, bensì agendo sul piano procedurale, in quanto a scatenare il timore dei "camici bianchi" nei confronti del diritto penale sarebbe già di per sé «l'inevitabilità, o quanto meno la difficile evitabilità, della loro iscrizione nel registro degli indagati e del successivo iter procedimentale, con tutto ciò che questo comporta in termini di spese, coinvolgimento personale e patemi d'animo». Rossi, *Sanitari: è possibile uno "scudo penale" più efficace dell'attuale?*, in *questionegiustizia.it*, 10 aprile 2021, in cui l'autore formula una proposta di riforma incentrata sulle modalità d'iscrizione al registro degli indagati. Nello stesso senso LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico*, cit., 14, che sostiene come si debba avere timore non tanto dell'avvio di processi penali e di condanne, ma della «"sofferenza" di indagini prolisse e non mirate». Le conseguenze derivanti dal comportamento investigativo della magistratura requirente certamente non è estraneo al dibattito sulla responsabilità penale del sanitario, come si è sottolineato anche nel presente contributo citando la circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma del 2 ottobre 2017.

competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione».

Si tratta di una norma che, come è stato opportunamente fatto notare da parte della dottrina, svolge per lo più una funzione “rassereneante” nei confronti della classe sanitaria, soprattutto a seguito degli episodi avversi verificatisi per la somministrazione dell'ex vaccino AstraZeneca (rari per la verità, ma protagonisti assoluti dei mezzi d'informazione pubblica)<sup>69</sup>.

Ad ogni modo, l'intervento legislativo tanto atteso è sopraggiunto con l'art. 3-bis, introdotto in sede di conversione del decreto poc'anzi citato. La disposizione sancisce un regime derogatorio rispetto a quello descritto dall'art. 590-sexies c.p. per i sanitari che sono stati impegnati nel contrasto all'emergenza pandemica<sup>70</sup>. Al primo comma si prescrive che «Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave»<sup>71</sup>. La norma effettua un passo ulteriore,

---

<sup>69</sup> In questo senso e per una disamina approfondita del primo “scudo penale” introdotto FURIA, *Lo “scudo penale” alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Arch. pen.*, 1, 2021, il quale evidenzia come il novello art. 3 pare «solamente limitarsi a ribadire l'ovvio: se si rispettano le *leges artis* del settore, il reato non è completo di tutti i suoi elementi e non si andrà incontro a responsabilità penale» (p. 9) e proprio per questo «l'efficacia della nuova norma, dunque, è principalmente racchiusa nella sua funzione di indirizzo e pedagogica. Sia nei confronti del personale sanitario, rispetto al quale viene offerta come “medicina” contro le difficoltà di comprensione dei meccanismi operativi del sistema penale, così da farlo sentire genericamente rassicurato da una disposizione tanto espressamente schierata a suo favore. Sia nei confronti della giurisprudenza, che, tra le diverse possibili interpretazioni del sistema, dovrebbe a rigore seguire quelle che offrano maggiore garanzia a chi si trovi ad esercitare un'attività fondamentale all'interno di un contesto emergenziale» (p. 15). Della stessa opinione anche PENCO, “Norma-scudo” o “norma-placebo”? *Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-cov-2*, in *Sistema pen.*, 13 aprile 2021. FIMIANI, *Nuovo “scudo penale” (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44): è una norma tautologica?*, in *Cass. pen.*, 4, 13 aprile 2021, ritiene che la novella disposizione goda di un ambito applicativo effettivo ed autonomo rispetto all'art. 590 sexies c.p. In argomento, anche CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Leg. Dir. pen.*, 2021, p. 1178 ss., il quale nel suo contributo (che analizza anche l'art. 3 bis introdotto in sede di conversione del decreto) attentamente avverte che «per scelta - il lettore lo avrà compreso - non si è impiegata né si impiegherà in questo scritto l'abusata metafora dello “scudo penale”, insidiosa perché equivoca circa la reale finalità della previsione, capace di suggerire all'opinione pubblica che il vaccino, lungi dal costituire una legittima manifestazione di esercizio della professione sanitaria, sia un atto la cui liceità è in discussione e dal quale il professionista debba guardarsi, siccome foriero di ripercussioni giudiziarie».

<sup>70</sup> Diffusamente sull'argomento la relazione sugli artt. 3 e 3 bis della l. 77/2021 redatta e pubblicata dal Massimario della Suprema Corte. Cass., Ufficio del massimario e del ruolo, *Relazione su novità normativa*, cit., la quale affronta ampiamente anche le ragioni politico - criminali poste a fondamento della riforma.

<sup>71</sup> Con commento alla normativa di CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sistema pen.*, 1° giugno 2021;

indicando al secondo comma i parametri in base ai quali il giudice dovrà apprezzare il grado della colpa: «Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza».

La disciplina introdotta, benché non esente da rilievi critici<sup>72</sup>, si ritiene apprezzabile sotto diversi profili. Innanzitutto, il mancato richiamo all'imperizia impedirà, in sede giurisprudenziale, l'ostruzionismo all'applicazione del regi-

PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *Sistema pen.*, 1° giugno 2021, il quale, non senza motivo, alla luce di alcuni precedenti giurisprudenziali, puntualizza che l'art. 3 citato, «prevedendo la punibilità della sola colpa grave, dovrebbe applicarsi solo se c'è colpa lieve e non in assenza di colpa, che trova invece la sua non punibilità nell'art. 43 c.p.», ma che considera comunque lo «scudo penale» inutile, se non dannoso, in virtù dell'operatività nel medesimo ambito applicativo dell'art. 2236 c.c. e del rischio di trarre in inganno l'interprete che ben potrebbe dedurre che la limitazione della responsabilità alla colpa grave possa attivarsi solo per ipotesi inerenti all'emergenza pandemica. Nonostante quanto detto, l'Autore ammette comunque che il nuovo regime possa «svolgere una funzione di richiamo alla valutazione delle situazioni emergenziali con gli occhi della colpa grave, già spalancati dalla giurisprudenza. Indipendentemente dalla natura dell'emergenza, epidemica o no». Diffusamente sulla riforma anche MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 161, il quale condivide il superamento del presupposto dell'imperizia in favore di un regime limitato esclusivamente dal grado della colpa. In argomento anche CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1171 ss., il quale sottolinea come il regime provvisorio in esame sia il più chiaro e determinato tra quelli introdotti in materia.

<sup>72</sup> Forse, si sarebbero potuti tenere in debita considerazione i moniti di quella parte della dottrina sopra richiamata che invocava un esplicito intervento anche sul piano procedimentale, finalizzato a limitare il coinvolgimento dei sanitari in procedimenti penali fin dalle indagini, a fronte della nota prassi adottata dalla magistratura requirente e consistente nell'iscrizione indiscriminata nell'apposito registro di coloro che sono entrati in contatto con la cartella clinica; d'altronde, «l'iscrizione non è un atto dovuto, come talvolta si sente dire, ma è un atto a ragion veduta. Non è un atto di acritico automatismo» (PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti covid-19*, cit., 4). Anche la limitazione alle sole fattispecie di reato di cui agli artt. 589 e 590 c.p. lascia perplessi, atteso l'avvertimento di molti studiosi circa il rischio di imputazioni estranee ai canonici delitti di lesione e omicidio colposo. Si pensi, ad esempio al reato di cui all'art. 452 c.p. In ogni caso, si ritiene più che condivisibile il monito di CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1187, che, al pari di quello manifestato dal Magistrato P. Piras e sopra citato, evidenzia che «in concreto, potrebbe ben succedere che non esista alcuna colpa. La limitatezza delle conoscenze scientifiche, la scarsità delle risorse disponibili e il grado di esperienze e conoscenze tecniche potrebbero in taluni casi essere stati tali da rendere impraticabile il comportamento alternativo doveroso, irrecuperabile la regola cautelare, imprevedibile o inevitabile l'evento lesivo, sicché anche il professionista modello si sarebbe comportato come si è comportato il professionista in carne e ossa. L'accento sulla non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie rischia di dare forma a ipotesi di *net widening effect*: la considerazione di fatti non colposi come fatti colposi non gravi, con la conseguenza di pervenire a formule di proscioglimento meno favorevoli dell'insussistenza del fatto».

me speciale da esso derivato fin dai tempi antecedenti al decreto “Balduzzi”. La disposizione in oggetto vincola il suo raggio applicativo ad un requisito, per così dire, funzionale, ancorato a quelle attività sanitarie che sono state influenzate, direttamente o indirettamente, dall'emergenza pandemica in corso; inoltre, il legislatore ha deciso di fondare l'inedito regime di responsabilità sul grado della colpa, esplicando un numero aperto di parametri valutativi<sup>73</sup>.

Il dato che, in questa sede, rileva maggiormente è l'incontestabile incapacità dimostrata dalla legge “Gelli-Bianco” nel rispondere alla *ratio* per cui era stata introdotta, a prescindere dalla pandemia che ha coinvolto l'intero paese, ma in maniera ancor più evidente con il suo sopraggiungere. Non a caso le preoccupazioni circa il proliferarsi di procedimenti giudiziari nei confronti della classe sanitaria sono state manifestate su più fronti fin dai primi momenti emergenziali, e con esse si è simultaneamente avvertita l'esigenza di un intervento mirato proprio ad arginare tale rischio penale.

L'art. 3-*bis* citato sembra accogliere parte delle osservazioni e delle severe critiche derivate dall'introduzione dell'art. 590-*sexies* c.p. Si pensi, ad esempio, a quella parte della dottrina che da tempo sottolinea la condivisibile opportunità di ancorare la responsabilità del sanitario esclusivamente o principalmente al grado della colpa, abbandonando finalmente il presupposto dell'imperizia<sup>74</sup>. Alla luce di quanto osservato, non si ritiene azzardato sostenere che sia stato compiuto un passo importante verso una definitiva riformulazione dell'assetto del regime di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

## 5. Considerazioni conclusive.

In ragione di quanto esposto sinora è possibile svolgere alcune riflessioni di chiusura sul tema in oggetto.

L'analisi delle fasi storico giurisprudenziali che si sono susseguite in materia di responsabilità medica hanno, salvo brevi e illusorie parentesi, ancorato al criterio dell'imperizia la disciplina. L'origine di tale presupposto è stata sancita dalla pronuncia della Corte costituzionale del 1973 e ha trovato il suo salvagente giuridico nel riferimento ai “problemi *tecnic* di speciale diffi-

---

<sup>73</sup> Più nello specifico, la novella presenta quattro limiti applicativi: uno di tipo qualificativo, con riferimento ai titoli di reato a cui si rivolge; un altro di tipo professionale («...nell'esercizio di una professione sanitaria»); un terzo causale in relazione alla situazione pandemica; l'ultimo di natura temporale, che confina l'applicabilità della disposizione al periodo coincidente con lo stato d'emergenza. In ordine ai profili intertemporali, la norma è legge speciale rispetto al regime ordinario previsto con la legge “Gelli-Bianco” ai sensi dell'art. 15 c.p. e, peraltro, essendo una riforma in *bonam partem*, ha efficacia retroattiva, in ogni caso razionalmente coerente con il riferimento alle ipotesi connesse all'emergenza epidemiologica.

<sup>74</sup> Come, ad esempio, FORTI, CATINO, D'ALESSANDRO, MAZZUCATO, VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., già in “tempi non sospetti”, ancor prima dell'introduzione del decreto “Balduzzi”; Per una proposta recente e approfondita MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit.



coltà” di cui all’art. 2236 c.c.<sup>75</sup>; tale orientamento risiede(va) nell’esigenza di arginare i dubbi manifestatisi in seno a quella parte della comunità scientifica che temeva la nascita di un regime di favore eccessivamente indulgente, non rinvenendo nella lievità della colpa un criterio sufficientemente efficace ad evitare ipotesi d’impunità ingiustificate. Se prima dell’introduzione del decreto “Balduzzi” tali timori potevano considerarsi fondati – d’altronde, la disciplina di favore non trovava origine in un intervento legislativo, bensì in una trasposizione interpretativa dell’art. 2236 c.c. che, peraltro, affondava le sue radici in una sorta di “immunità di fatto” riconosciuta dai giudici nei confronti della categoria medica – con il sopraggiungere della novella del 2012, la conferma da parte della Suprema Corte di tale limite applicativo ha determinato conseguenze a dir poco ostative all’applicazione del nuovo regime di responsabilità penale.

Si ricordi che il legislatore è intervenuto proprio al fine di contrastare il fenomeno della c.d. medicina difensiva, innegabilmente connesso ai procedimenti penali instaurati nei confronti di coloro che svolgono l’attività sanitaria. Orbene, nonostante la *ratio* sottesa all’intervento normativo, la Suprema Corte, con la sentenza “Pagano”, ha proposto un’interpretazione restrittiva del più volte citato articolo 3, condannando l’allora novello regime di responsabilità ad un’applicazione marginale e di fatto inefficace.

Se ad un certo momento un condivisibile mutamento sembrava profilarsi all’orizzonte con la sentenza “Denegri”, col secondo comma dell’art. 590-*sexies* c.p. introdotto dalla legge “Gelli-Bianco” il presupposto dell’imperizia ha riconquistato il ruolo che gli era stato attribuito in precedenza, vanificando le speranze alimentate dalla giurisprudenza inaugurata con la pronuncia “Manzo”. Pertanto, allo stato dell’arte, l’interprete è costretto a confrontarsi con tale concetto, non potendo più auspicare ad un consolidamento dei principi di diritto enunciati in precedenza.

Nonostante sia stata più volte riconosciuta anche in giurisprudenza la labilità del concetto di imperizia e le enormi difficoltà ad esso connesse nell’individuare un’interpretazione determinata e condivisa, l’auspicata deflazione del contenzioso rimane un obiettivo lontano e incompiuto, se non si prende in considerazione la normativa *ad hoc* introdotta per tutelare i sanitari dalle conseguenze dell’emergenza pandemica descritte, la quale sembra aver ac-

---

<sup>75</sup> Così come affermava CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, cit., 84, e come afferma BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra l’art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi*, cit., 174-175: «È, pertanto, proprio in relazione all’art. 2236 c.c. e alla sua applicabilità alla responsabilità penale per colpa del medico che, per quanto riguarda la dottrina, troviamo il più raffinato tentativo di definire l’imperizia distinguendola dalla imprudenza e dalla negligenza: “l’imperizia è concetto proprio dell’esercizio di una professione e si configura nella violazione delle «regole tecniche» della scienza e della pratica (o *leges artis*) con ciò differenziandosi dalla imprudenza e negligenza alla cui base vi è la violazione di cautele attuabili secondo la comune esperienza».

colto le critiche e le perplessità legate al presupposto dell'imperizia ma che, allo stato, resta un regime eccezionale.

Ad ogni buon conto, anche a fronte dei falliti tentativi definitivi, l'unica descrizione dell'imperizia sedimentata nel tempo a cui poter far riferimento è proprio quella che scorge in quest'ultima una declinazione qualificata della negligenza o dell'imprudenza, strettamente connessa alla violazione delle c.d. *leges artis* proprie del contesto professionale dell'agente<sup>76</sup>.

A tal proposito, giova osservare come la Suprema Corte, seppur persista nel rimarcare la sussistenza di una netta distinzione tra le tre forme di colpa generica, non si sia mai addentrata nel riconoscere questi fattori distintivi che caratterizzerebbero le singole tipologie colpose. In breve, l'unica vera classificazione esistente è quella che, pressoché da sempre, governa l'ampia maggioranza della manualistica penale. È la stessa richiamata dalla Corte di cassazione in alcune occasioni, salvo poi essersi più volte contraddetta con tale assunto, che dovrebbe logicamente portare a qualificare come imperiti la complessità degli errori colposi commessi dai sanitari nell'esercizio della professione. D'altronde, le diverse prospettive dell'attività professionale medica, che siano regolate o meno dalle linee guida, di certo trovano il loro presupposto nelle conoscenze e nelle abilità tecnico-professionali richieste solo ed esclusivamente a coloro che integrano la categoria sanitaria.

In definitiva, la sicurezza delle cure non può essere garantita in un contesto in cui a un sanitario di fatto non è concesso esercitare liberamente la propria professione senza sentirsi continuamente sottoposto alla minaccia di un'azione penale. La crescita e l'evoluzione di un ambito così delicato e imprescindibile per una società come quello di cui si discute non può trovare terreno fertile se coloro che operano al fine di tutelare la salute degli individui si ritrovano a lavorare in un ambiente a loro ostile, dove decidere se avvalersi di un bisturi - o scegliere, al contrario, di non farlo - non dipende più solo dall'opportunità o meno di un intervento per un determinato paziente, ma induca inevitabilmente un chirurgo a valutare in che caso vi siano più probabilità di vedersi recapitare un avviso di garanzia.

Se l'esigenza di contrastare questo fenomeno è percepita da tutte le parti in causa - sanitari, studiosi, giurisprudenza e istituzioni<sup>77</sup> - allora per quale motivo delimitare in spazi così angusti l'ambito applicativo dell'art. 590-se-

---

<sup>76</sup> In questo senso anche CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p.*, cit., 34, in cui si evidenzia che «si tratterebbe semplicemente di riaffermare quanto già sostenuto da autorevoli voci e da significativa parte della manualistica e cioè che l'imperizia potrebbe ben concepirsi come la versione "tecnica", "professionale" di negligenza ed imprudenza (a loro volta distinte per lo più in via meramente convenzionale) e non un vero e proprio *tertium genus*».

<sup>77</sup> E, in un certo senso, anche i pazienti; si sono messe in luce le ricadute negative sulla qualità e la sicurezza delle cure derivanti dalla diffusione di episodi di medicina difensiva. A tal proposito, CANESTRARI, *Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario*, cit., 174, sottolinea quanto segue: «se si riporta entro limiti accettabili il rischio penale (ma, più in generale, di ripercussioni giudiziarie) a carico del sanitario è probabile che l'interesse terapeutico torni finalmente al centro del rapporto con il paziente e che si possa parlare, a tutti gli effetti, di alleanza terapeutica».



xies c.p., non solo ancorando la disposizione al presupposto dell'imperizia, ma proponendo altresì un'interpretazione restrittiva di quest'ultima?

Si ritiene, invero, che la soluzione proposta in tale contributo non sia contraria alla formula normativa<sup>78</sup>, anzi si è più volte sottolineato come l'unico tentativo definitorio del concetto di imperizia rinvenibile nella tradizione giuridica qualifichi quest'ultima come una sorta di negligenza/imprudenza, concernente la violazione di *leges artis*<sup>79</sup>. D'altronde, si potrebbe dubitare circa il fatto che il legislatore, nel fare riferimento all'imperizia, intendesse sottolineare l'autonomia del significato di tale concetto. Non è più intuitivo supporre che semplicemente volesse prescrivere che l'ambito applicativo della normativa concerna proprio gli errori commessi dai sanitari nell'esercizio della professione<sup>80</sup>?

Quanto appena sostenuto non elimina il fatto che, in un'ottica *de iure condendo*, si auspica una riforma finalizzata a limitare l'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'attività professionale del sanitario alle ipotesi in cui

<sup>78</sup> Ci si domanda peraltro, per quale motivo la Corte Suprema si sia sentita libera di affermare che la lievità della colpa (che nella formulazione normativa della legge "Gelli-Bianco" è scomparsa) sia un presupposto intrinseco alla condotta oggetto dell'art. 590-sexies c.p. non rinvenendo in tale assunto il rischio di un'interpretazione *contra legem*, mente si ostina a voler necessariamente connotare con tratti autonomi (ed evidentemente creativi) la colpa per imperizia, asserendo che si tratta di un onere derivante dal dettato letterale costituzionalmente interpretato.

<sup>79</sup> In senso contrario BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colpata tra l'art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi*, cit., 175 ss.; CAPUTO, *Il parere*, cit., 393, il quale, pur criticando il ristretto spazio applicativo consentito dall'art. 590-sexies c.p., in un'ottica *de iure condito* non ritiene praticabile l'interpretazione dell'imperizia che in questa sede si propone, obiettando che «lo sforzo di tirare la manica dell'imperizia è meritevole di apprezzamento, ma non può tacersi come, per un verso, la *littera legis* metta in salita la strada per allargare il perimetro di una causa di non punibilità anche a casi non espressamente contemplati (*quod non dixit noluit*), mediante una interpretazione analogica in *bonam partem* che deve considerarsi vietata per norme che fanno eccezione a regole generali ex art. 14 Preleggi c.c. il fuoco della critica venga dirottato sul non meno impervio terreno della definizione delle regole tecniche/*leges artis*».

<sup>80</sup> A tal proposito si ritiene particolarmente calzante l'osservazione proposta in LOSAPPIO (a cura di), *Diritto e medicina: due scienze convergenti?*, cit., 125 ss., in cui si sottolinea come l'ambito della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria si sia dimostrato un terreno fertile per la manifestazione della c.d. "giurisprudenza legislativa", la quale sovente interviene poiché «è noto che l'incuria per le forme tecnico-giuridiche, quasi una "cifra stilistica" del legislatore contemporaneo, impone spesso interpretazioni "ortopediche"». Con preciso riguardo all'art. 590-sexies c.p. DI LANDO, *Profili comparatistici*, cit., 126, afferma che «la nuova disposizione intende(va) probabilmente far riferimento a situazioni in cui "sia contestata un'imperizia"» e che, pertanto, la sua formulazione più coerente sarebbe dovuta essere la seguente: «"Qualora sia in discussione il rispetto delle *leges artis*, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni..."; o meglio ancora, più semplicemente, eliminando la ridondanza: "L'imperizia è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni"...» (pag. 126); osservazione da ultimo ribadita in *Id.*, *La colpa penale nel settore sanitario*, cit. Il c.d. fenomeno della "giurisprudenza legislativa", pur essendo da alcuni ragionevolmente criticato «per questo eccessivo impiego di attività interpretativa rispetto a quanto poteva o doveva dare la fonte normativa: se la legge non è buona, se crea una lacuna, se può essere perfezionata, deve intervenire il legislatore e non se ne deve a tutti i costi occupare l'interprete» (p. 146), sempre più frequentemente si rivela essenziale per garantire un minimo standard di certezza del diritto.

si verifichino errori davvero inescusabili e inconciliabili con le conoscenze e competenze proprie della professione, fornendo altresì una definizione di colpa grave, in modo da evitare di lasciare eccessivo margine di operatività alla discrezionalità del giudicante<sup>81</sup>. In altre parole, sarebbe necessario, anche sulla scorta di quanto è già accaduto in altri paesi dell'Unione europea, limitare quanto più possibile la rilevanza penale di eventi infausti, rinviando, per il resto, alle più consone sedi civili l'accertamento di possibili danni risarcibili<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> A tal proposito, si ritiene condivisibile la proposta di riforma argomentata in MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., il quale concentra la sua trattazione sull'«opportunità di una rivisitazione del dettato normativo vigente nella direzione di accentrare la valutazione di colpevolezza sul grado della colpa, peraltro in un rapporto definibile biunivoco, nel quale, cioè, anche profili di colpevolezza in senso stretto, contribuiscono a qualificare la colpa come più o meno grave» (p. 15). Nella medesima prospettiva ALEO, *La responsabilità penale per l'errore medico*, in *Responsabilità sanitaria*, a cura di ALEO, D'AGOSTINO, DE MATTEIS, VECCHIO, Milano, 2018, 228. In generale, sul tema del grado della colpa in casi di *malpractice* medica POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, in corso di pubblicazione, cap. IV, Sez. II.

In senso nettamente contrario MERLI, *Brevi note sul ruolo dell'art. 2236 c.c. nel settore della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari*, cit., 4145, la quale sostiene che «la soluzione migliore, almeno sul piano ideale, è quella di rompere con il discorso e ingestibile criterio dei gradi della colpa, un concetto che, privo di una solida base scientifica, presenta ampi margini di opinabilità (anche se gode di vasto appoggio presso la dottrina) e, in assoluta discontinuità rispetto all'attuale e alla precedente disciplina, orientarsi su un panorama e una quasi opposta visione: affrontare il tema della colpa medica con i normali strumenti del giudizio penale di colpa; riportarlo nella sua dimensione classica all'interno della cornice nella quale operano le categorie dogmatiche della colpevolezza normativa, della rimproverabilità soggettiva, della causalità della colpa»; la medesima tesi è argomentata diffusamente in un contributo più recente dell'Autrice in cui, comunque, si unisce alle critiche riservate alla scelta del legislatore di introdurre il presupposto dell'imperizia: EAD., *Una proposta a fronte del fallimento dell'assetto normativo della colpa medica nella legge Gelli-Bianco*, in *Arch. pen.*, 2020.

<sup>82</sup> Su questa falsariga CALETTI, *Tra "Gelli-Bianco" e "Balduzzi"*, cit., e CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale*, cit., 10, il quale, in un'ottica *de iure condendo*, sembra auspicare un allineamento del «nostro sistema ad altri ordinamenti nei quali il penale sanitario viene innescato solo dalla colpa grave in su, mentre il resto costituisce materia demandata al civile e all'assicurativo». Dubbioso, invece, DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, in *Itinerari dir. pen.*, a cura di FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO, Torino, 2009, 299 ss., il quale afferma che la risposta penale, rispetto a quella civile, risulta inevitabile e a tratti vantaggiosa se si considerano una serie di fattori, tra cui il rischio di monetizzazione della colpevolezza per beni giuridici come la vita e l'incolumità individuale, evidenziando, tra l'altro, come in alcuni Stati americani - in cui i rimedi di tutela esperibili sono per lo più di natura civile - l'attività sanitaria c.d. "ad alto rischio" soffre una carenza d'organico proprio per il costo economico che deriva dai premi assicurativi e dai risarcimenti.

Il richiamo più diffuso in tema di responsabilità colposa del medico è riservato all'esempio anglosassone, in cui il giudizio penale è riservato alle condotte colpose di grado elevato, tanto che il campo elettivo della *malpractice* medica è la *civil negligence*. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2004, 759 ss. Nel 2015, in Austria, è stata introdotta una definizione legislativa della colpa grave proprio al fine di garantire una determinatezza maggiore nella normativa relativa alle ipotesi di *malpractice* medica. Inoltre, numerosi paesi europei sono intervenuti sul versante relativo al grado della colpa al fine di limitare la rilevanza penale dell'errore medico. CHINI, ROSANI, *La responsabilità penale del medico:*

In conclusione, volendo utilizzare un'espressione ormai diffusa in dottrina e che colpisce nel segno, non si deve cadere nell'errore di «ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica»<sup>83</sup>.

L'auspicio appena prospettato sembra ancora un'eventualità lontana (seppur meno distante a seguito dell'introduzione dell'art. 3-*bis* della legge 76/2021), proprio per questo la dottrina, nell'instaurare un dialogo con la giurisprudenza, non può fare a meno di offrire soluzioni ermeneutiche praticabili all'interno dei confini tracciati dal legislatore, allo scopo di garantire ai sanitari un contesto professionale sereno e privo di ostilità nonché, alla collettività, un'effettiva tutela della sicurezza delle cure.

*un confronto fra ordinamento giuridico italiano, austriaco, tedesco, in Il foro trentino, giugno 2017. Nello stesso anno, in Spagna, è stato modificato il regime della responsabilità per colpa, prevedendo che in caso di condotte colpose lievi la persona offesa possa ricorrere esclusivamente al giudice civile. PERIN, La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada, in Política Criminal, 2018, 858 ss. Per un approfondimento di natura comparata sulla presunzione relativa di perizia in caso di rispetto delle guidelines Di LANDRO, Profili comparatistici, cit., 121 ss.*

<sup>83</sup> Di GIOVINE, *In difesa del decreto Balduzzi*, cit. Tale avvertenza trova la sua ragion d'essere anche nel fatto che «in medicina sfuma, perdendo la sua restante importanza (ammesso che ne avesse ancora), la distinzione tra imperizia, da una parte, e negligenza ed imprudenza, dall'altra» (p. 7). Peraltro, il diritto dovrebbe tener conto della singolarità dell'attività sanitaria, nonché del rischio a cui va incontro, nondimeno considerando i principi che governano l'ambito penalistico (in argomento diffusamente VALLINI, *Codifier l'incodifiable: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida*, in *Riv. di BioDiritto*, 2019, 187 ss.). D'altronde, volendo richiamare i sospetti relativi alla violazione dell'art. 3 Cost. connessi alla previsione di un regime di favore per la categoria sanitaria, non si deve dimenticare come il principio di uguaglianza si declini anche in senso sostanziale, in virtù delle differenze concrete che inevitabilmente incidono sull'operatività di questo fondamentale parametro costituzionale.

Anzi, volendo volgere uno sguardo più ampio alla responsabilità colposa penale nel suo complesso, non si può fare a meno di sottolineare che lo strumento penale dovrebbe risultare ancor più marginale, sia per la sua funzione special preventiva, sia per il senso stesso del principio di rieducazione, che si rivolge in primo luogo a quelle condotte connotate da un grave disvalore sociale. «Per intenderci, semplicemente, la pena è strutturalmente più efficace ad evitare la delibrazione delittuosa piuttosto che la dimenticanza, a maggior ragione, forse, l'invalidità» ALEO, *La responsabilità penale per l'errore medico*, cit., 225. Da ultimo, anche CANESTRARI, *Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario*, cit., 173, sembra introdurre una riflessione di questo tenore nella parte in cui, in relazione alla presumibile inefficacia dell'art. 590-*sexies* c.p. di fronte alle conseguenze giudiziarie connesse all'emergenza pandemica, ha affermato che: «quanto precede dovrebbe offrire una conferma della possibilità di superare le resistenze nei confronti di un regime più apertamente di favore - *rectius*: di compensazione - per i sanitari, la cui responsabilità penale dovrebbe, assai più semplicemente di oggi, dipendere soltanto dal grado della colpa. Si potrebbe anche valutare una più generalizzata limitazione della punibilità alle sole ipotesi di colpa grave, estesa cioè anche oltre l'esercizio delle professioni sanitarie, come suggerisce una corrente dottrinale sempre più consistente, ma non dovrebbero esserci in ogni caso dubbi sull'opportunità di partire dal settore in esame».

# LA TUTELA DEL *WHISTLEBLOWER* TRA RESISTENZE CULTURALI E CRITICITÀ LEGISLATIVE

Valentina M. Donini\*

**Sommario:** **1.** Introduzione. - **2.** Il *whistleblower*: strumento contro la corruzione, o manifestazione della libertà di espressione? - **3.** Le novità introdotte dalla legge 179/2017. - **3.1.** Ambito di applicazione. - **3.2.** Tutele per il *whistleblower*: riservatezza e protezione contro ritorsioni e discriminazioni. **4.** La tutela del segnalato. **5.** Conclusioni.

## ABSTRACT

*L'istituto della tutela del whistleblower, strumento indispensabile nell'ottica di prevenzione della corruzione nella Pubblica Amministrazione, non è ancora radicato nell'esperienza giuridica italiana, per via di una serie di resistenze di ordine principalmente culturale, e per il timore di un suo uso distorto. L'articolo presenta le principali differenze tra l'attuale normativa italiana (legge 179/2017) e la Direttiva Comunitaria 2019/1937, mettendo in evidenza criticità e problemi che la futura legge di recepimento dovrà affrontare e risolvere.*

*Whistleblower protection is an essential tool in the fight against corruption in Public Administration, however, it is not ingrained in the Italian legal experience, due to cultural and social resistances, and to the fear of misuses and abuses. This paper highlights the main differences between the current Italian legislation (law 179/2017) and EC Directive 2019/1937, focusing on those critical issues that implementation law will have to face and solve.*

---

\* Ricercatore presso la Scuola Nazionale dell'Amministrazione.

## 1. Introduzione.

Quando nel 2017 fu finalmente promulgata la legge 179 sulla tutela del *whistleblower*<sup>1</sup>, una parte del mondo politico accolse la notizia negativamente, come un provvedimento che avrebbe favorito la delazione. Ancora oggi, nel dibattito pubblico la differenza semantica e concettuale tra i due termini appare purtroppo talvolta poco chiara e ciò dipende essenzialmente da un problema di natura culturale.

Nel nostro ordinamento, infatti, la tutela del *whistleblower* è una materia decisamente giovane e recente, mutuata dall'esperienza anglosassone<sup>2</sup>, e resa di necessaria normazione (per la prima volta con la legge 190/2012) dagli impegni internazionali che l'Italia aveva assunto nel corso degli anni<sup>3</sup>.

Ma il fatto stesso che nel dibattito pubblico si faccia ricorso comunemente a un termine straniero (*whistleblower*, letteralmente colui che soffia nel fischietto), ci fa comprendere quanto questo istituto sia lontano dall'esperienza culturale e giuridica italiana.

Non è un caso che anche la stessa Accademia della Crusca abbia dovuto riconoscere che “nel lessico italiano non esiste una parola semanticamente equivalente al termine angloamericano”, e che “l'assenza di un traduttore

---

<sup>1</sup> “Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato”. Normativa che andava a integrare e ampliare la prima embrionale tutela del *whistleblower* contenuta nella legge 190/2012, all'art. 1(51).

<sup>2</sup> La prima normativa in materia è un testo statunitense del 1863, il *False Claims Act* (per quanto la tutela di un *whistleblower* ante litteram risale al 1777, sempre negli Stati Uniti), poi riformato diverse volte, l'ultima nel 2010. La differenza sostanziale però con il sistema italiano è che nel diritto anglosassone è prevista una ricompensa per chi segnala, perché con la sua denuncia fa risparmiare soldi allo Stato. Questa componente premiale (decisamente controversa, visto che sposta l'accento dall'elemento virtuoso e civico a una contropartita economica) viene quantificata negli Stati Uniti in una percentuale, che oscilla tra il 10 e il 30%, sul denaro che lo Stato ha risparmiato o recuperato. Per un'analisi comparatistica che prende le mosse dal *writ of qui tam* del diritto medievale inglese, fino all'attuale disciplina statunitense, cfr. BECK, *The False Claims Act and the English Eradication of Qui Tam Legislation*, in *North Carolina Law Review*, vol. 78, n. 3, 2000, 539-641; TSCHERPIK, Comment, *The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits Under the FCA*, in *University of Chicago Law Review*, 87, 1051, 2020. Vedi anche DONINI, *Dall'azione qui tam al False Claims Act: la tutela del whistleblower negli ordinamenti anglosassoni, tra etica e pragmatismo. Un modello da seguire?*, in corso di pubblicazione. Sul primo caso di *whistleblowing* nel 1777 cfr. COYLE, *The suspension of Esek Hopkins, Commander of the Revolutionary Navy*, in *The Journal: the American-Irish Historical Society*, vol. XXI, 1922, 224-225.

<sup>3</sup> Ad esempio: la Convenzione OCSE contro la corruzione internazionale del 1997, la Convenzione dell'ONU contro la corruzione del 2003, e anche la Convenzione civile sulla corruzione emanata dal Consiglio d'Europa nel 1999. Tutti questi testi, che l'Italia ha firmato e poi ratificato, richiedono agli Stati aderenti di prevedere meccanismi di tutela per i dipendenti che segnalano fatti di corruzione. La Convenzione dell'ONU va addirittura oltre, non limitando la tutela al dipendente” ma estendendola in generale a “tutte le persone”. Si veda sul punto: CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, 2020, 3 ss.; PARISI, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Dir. com. sc. int.*, 2016, 191 ss.

adeguato è, in effetti, il riflesso linguistico della mancanza, all'interno del contesto socio-culturale italiano, di un riconoscimento stabile della "cosa" a cui la parola fa riferimento<sup>4</sup>. Senza mezzi termini, si può quindi tranquillamente affermare che nella cultura italiana è proprio il concetto a mancare, perché come scriveva Heidegger: "Nessuna cosa esiste dove la parola manca"<sup>5</sup>.

E se manca il concetto di *whistleblower* (termine che immediatamente nella percezione anglosassone è considerato come un qualcosa di virtuoso, etico, socialmente utile<sup>6</sup>), si comprende come ancora oggi il *whistleblower* possa essere considerato un delatore. Ma la differenza sostanziale tra le due figure è evidente: il delatore è "chi per lucro, per vendetta personale, per servilismo verso chi comanda o per altri motivi, denuncia segretamente qualcuno presso un'autorità giudiziaria o politica, soprattutto qualora eserciti abitualmente tale attività"<sup>7</sup>. Il *whistleblower*, invece, segnala un fatto illecito o un'irregolarità di cui è venuto a conoscenza nella sua attività lavorativa, esclusivamente nell'interesse dell'integrità dell'amministrazione: quindi non per fini personali, ma solo per il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, come d'altronde previsto dagli articoli 97 e 98 della Costituzione, pur sapendo che in questo modo sacrificherà il suo benessere individuale e la sua tranquillità.

Va considerato, inoltre, che se il delatore può denunciare fatti che sa non essere veri, incolpando in questo caso una persona innocente, e configurando in tal modo l'ipotesi di reato prevista dal Codice penale all'art. 367<sup>8</sup>, il *whistleblower* segnala fatti che, in base alle proprie conoscenze, ritiene altamente probabile che si siano verificati<sup>9</sup>. Ben si comprende quindi come le due figure si trovino su un piano etico e morale completamente antitetico,

---

<sup>4</sup> <https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/che-cosa-indica-e-come-si-traduce-la-parola-inglese-whistleblower/918>.

<sup>5</sup> HEIDEGGER, *In cammino verso il linguaggio*, Milano, 1959, citando a sua volta una poesia di Stefan George, *Das Wort*, 1919.

<sup>6</sup> Cfr. ad esempio MICELI, NEAR, *The Organizational and Legal Implications for Companies and Employees*, New York, 1992; H. Ramsay, *Beyond Virtue: Integrity and Morality*, London, 1997; CEVA, BOCCHIOLA, *Is Whistleblowing a Duty?*, Cambridge 2019; DE MARIA, *Whistleblowers and Organizational Protesters*, in *Current Sociology*, vol. 56, n. 6, 865-883; DUNGAN, WAYTZ, YOUNG, *The psychology of whistleblowing*, in *Current opinion in Psychology*, vol. 6, 2016, 129-133.

<sup>7</sup> Questa è la definizione contenuta nel vocabolario Treccani ([www.treccani.it/vocabolario/delatore/](http://www.treccani.it/vocabolario/delatore/)).

<sup>8</sup> "Chiunque, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all'Autorità Giudiziaria o ad altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, afferma falsamente essere avvenuto un reato, ovvero simula le tracce di un reato, in modo che si possa iniziare un procedimento penale per accertarlo, è punito con la reclusione da uno a tre anni".

<sup>9</sup> Come specificano le Linee guida ANAC: "non è necessario che il dipendente sia certo dell'effettivo accadimento dei fatti denunciati e/o dell'identità dell'autore degli stessi ma solo che ne sia ragionevolmente convinto". (Schema di Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*), Delibera n. 469 del 9 giugno 2021).

sebbene talvolta vengano ancora sovrapposte<sup>10</sup>. Ma dovrebbe essere chiaro che se il delatore con la sua denuncia persegue un interesse personale secondario, il *whistleblower* invece sacrifica la sua tranquillità individuale nel nome di un interesse superiore primario, cioè quello pubblico.

Si comprende però come questa sovrapposizione (o forse confusione) possa rappresentare un freno alla diffusione dell'istituto, e non è un caso che l'OCSE, ben prima dell'approvazione dell'attuale normativa, considerava che il *whistleblowing* non poteva attecchire nella cultura giuridica italiana perché troppo collegato al concetto di delazione<sup>11</sup>.

## 2. Il *whistleblower*: strumento contro la corruzione, o manifestazione della libertà di espressione?

Partendo dalla considerazione che il *whistleblower* è un utile strumento "anticorruzione", occorre fare alcune doverose precisazioni.

Va sottolineato che il *whistleblowing* ricopre già una duplice funzione, dato che la segnalazione può produrre un risultato sia di carattere repressivo, consentendo il ripristino dell'integrità pubblica<sup>12</sup>, sia preventivo, permettendo di innalzare la capacità di scoprire eventuali fenomeni di natura corruttiva o irregolarità e illegalità (anche non penalmente rilevanti<sup>13</sup>).

---

<sup>10</sup> Cfr. ad esempio Magri che, negando il carattere preventivo dell'istituto, ritiene che "l'incoraggiamento della delazione implica la consapevolezza, da parte del legislatore, della ineluttabilità di un ambiente lavorativo disfunzionale, del quale si dà già per presupposta la compromissione sistemica e che viene riorganizzato affinché gli illeciti siano scoperti "a tradimento", prima di uniformare stabilmente gli uffici a una cultura dell'integrità". MAGRI, *Il whistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata: la legge 179/2017 sarà a breve da riscrivere?*, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2019, 4. Altri parlano di "delazione di Stato" o "delazione istituzionalizzata". Cfr. su questo tema ad esempio FREDIANI, *La delazione protetta quale diritto dovere alla segnalazione di allarme*, in *Lav. Giur.*, 3, 2018, 221, e GALGANO, *La cultura del whistleblower quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*, in *Federalismi*, 2016.

<sup>11</sup> Oecd-Directorate for Financial and Enterprises Affairs/Wgb, Italy: Phase 2. *Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions*, 29 November 2004, punto 49. Per un discorso più ampio, cfr. FRASCHINI, PARISI, RINOLDI, *Protezione delle vedette civiche: il ruolo del whistleblowing in Italia*, Transparency International Italia, 2009.

<sup>12</sup> Sul punto cfr. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in DELLA BELLA e ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Atti del I convegno annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" Milano, 18-19 novembre 2019, 2020, 3.

<sup>13</sup> Come d'altronde è ormai superata la nozione puramente penalistica del concetto di corruzione, che oggi è stato esteso fino a coincidere con "un cattivo funzionamento dell'amministrazione", la cosiddetta *maladministration*. Cfr. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, in *Il Foro Italiano*, vol. 115, parte quinta, 1992, 243-250, per cui la *maladministration* indica "quel complesso fenomeno di disfunzioni che va dalle resistenze al cambiamento al formalismo, all'indifferenza all'efficienza, all'ostilità verso la tecnologia, all'*overstaffing*, al nepotismo, alla corruzione".



In questo modo la misura della segnalazione incide su due vertici del cosiddetto triangolo della frode<sup>14</sup>: in primo luogo sull'organizzazione (evidenziando eventuali falle permette di ridurre per il futuro il rischio che lo stesso evento si presenti nuovamente), ma anche sulla consapevolezza etica del dipendente, dal momento che la legge 190/2012 impone la partecipazione al processo di gestione del rischio di un evento corruttivo a tutti i dipendenti che diventano parte attiva soprattutto segnalando eventuali disfunzioni o irregolarità. Va chiarito, infatti, che la segnalazione non deve essere intesa come un atto "contro" qualcuno, ma come strumento che (facendo emergere episodi di *mala gestio* o semplicemente falle nel sistema), consente di migliorare l'efficacia, il buon andamento e l'imparzialità di un'amministrazione. Di conseguenza, ciò che va stimolato nel dipendente non è assolutamente il desiderio di rivalsa nei confronti di colleghi o superiori, ma il senso di appartenenza a una comunità lavorativa e organizzativa, per cui il bene comune e l'interesse pubblico sono preminenti su ogni altro interesse secondario.

Dando quindi per scontato il legame tra tutela del *whistleblower* e lotta alla corruzione, come ampiamente affermato a livello internazionale e nazionale, nonché in giurisprudenza<sup>15</sup>, e sottolineando la funzione preventiva dell'istituto, occorre ricordare però anche un'altra dimensione legata invece al rafforzamento della *rule of law*<sup>16</sup>.

Secondo certa dottrina<sup>17</sup>, infatti, la tutela del *whistleblower* rileva anche come manifestazione del diritto alla libertà di espressione e di informazione, ai sensi della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani<sup>18</sup>, della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>19</sup>.

Molto esplicito in questa direzione è il Memorandum Esplicativo della Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 30 aprile 2014 che sottolinea il legame tra *whistleblowing* e libertà di espressione:

---

<sup>14</sup> CRESSEY, *Other People's Money: A Study in the Social Psychology of Embezzlement*, Glencoe, 1953.

<sup>15</sup> Vedi ad esempio Cassazione penale febbraio 2018 n. 9047, che espressamente riconosce "il ruolo ausiliario dei *whistleblowers* nella lotta alla corruzione".

<sup>16</sup> Cfr. PARISI, *cit.*, 17: "In questa prospettiva l'istituto del *whistleblowing* è considerato un tassello importante, in quanto strumento di rafforzamento dei sistemi democratici, che consente di valorizzare la loro *accountability* verso i governati, riconoscendo loro il godimento e l'esercizio di alcuni fondamentali diritti della persona, in particolare del diritto alla libertà di coscienza, di pensiero, nonché di espressione e del diritto all'informazione, che di quest'ultima libertà è considerata una declinazione".

<sup>17</sup> Cfr. VANDEKERCKHOVE, *Freedom of expression as the "broken promise" of whistleblower protection*, in *La Revue des droits de l'homme*, 10, 2016; cfr. VALLI, *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione*, in *Rivista semestrale di diritto*, 1, 2019, 49-61. Vedi anche PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *Federalismi.it*, 8 maggio 2019, 20.

<sup>18</sup> Art. 19.

<sup>19</sup> Art. 10.



“Il Consiglio d’Europa riconosce il valore del *whistleblowing* nello scoraggiare e prevenire la commissione di illeciti e nel rafforzare la responsabilità delle istituzioni democratiche (“*democratic responsibility*”) e la trasparenza. Il *whistleblowing* è un aspetto fondamentale della libertà di espressione e della libertà di coscienza ed è importante nella lotta contro la corruzione e la mala amministrazione nel settore pubblico e privato”<sup>20</sup>.

Il *whistleblower* con la sua denuncia si trova inevitabilmente in una posizione di debolezza, visto il timore di ritorsioni. Di conseguenza, tutelare la sua posizione anche come manifestazione della libertà di espressione<sup>21</sup> diventa uno strumento di preservazione (se non addirittura estensione) dei valori democratici, perché se dalla segnalazione seguiranno azioni correttive di vario genere, la collettività ne trarrà beneficio, e di conseguenza “il *whistleblowing* come discorso senza paura manterrà vitali le democrazie liberali”<sup>22</sup>.

In questo modo il *whistleblower* va tutelato sotto un duplice profilo: non solo perché esercita un diritto umano inalienabile (quello della libertà di espressione), ma anche perché con la sua denuncia, permette alla collettività di conoscere eventuali truffe o danni alla cosa pubblica, al bene comune. Il *whistleblowing* diventa quindi un atto di “responsabilità democratica”<sup>23</sup>.

Ben si comprende come a questo spostamento di prospettiva corrisponda un mutamento nell’oggetto della tutela: non più una semplice facoltà, bensì la protezione di un diritto fondamentale della persona.

D’altronde su questo punto la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo si era già espressa in modo inequivocabile nella sentenza del 2008 *Guja c. Moldavia*<sup>24</sup>, affermando che l’articolo 10 della CEDU copre anche la diffusione di notizie da parte degli impiegati pubblici, qualora vi sia un forte interesse pubblico a conoscere la vicenda – come nel caso di specie la lotta alla corruzione – e non esistano congrui canali alternativi per denunciare il fatto<sup>25</sup>.

La doppia dimensione della tutela del *whistleblower*, sia come strumento per contrastare (e prevenire) la corruzione, sia come manifestazione della libertà di espressione, trova collocazione normativa all’interno della Diretti-

---

<sup>20</sup> CM/Rec (2014)7, art. 1.

<sup>21</sup> Sul diritto del *whistleblower* di “parlare senza paura”, cfr. Di Rienzo, *La parrhesia del whistleblower. Il coraggio della verità e le convergenze pericolose*, in *Azienditalia*, 10, 2021, 1739-1749.

<sup>22</sup> MANSBAC, *Whistleblowing as Fearless Speech: The Radical Democratic Effects of Late Modern Parrhesia*, in *Whistleblowing and Democratic Values*, 2011, 22.

<sup>23</sup> Cfr. Memorandum Esplicativo della Raccomandazione del Consiglio d’Europa CM/Rec (2014)7, art. 41, 30 aprile 2014.

<sup>24</sup> Sentenza 12 febbraio 2008 ric. n. 14277/04: un funzionario aveva consegnato alla stampa due lettere di politici che esercitavano indebite pressioni sui giudici e di conseguenza era stato licenziato.

<sup>25</sup> Similmente cfr. anche *Voskuil c. Paesi Bassi* del 22 novembre 2007, ric. n. 64752/01, sulla tutela della confidenzialità delle fonti in ambito giornalistico, orientamento confermato con la più recente *Jecker c. Svizzera* (ricorso n. 35449/14), del 6 ottobre 2020, dove l’articolo 10 CEDU che assicura la libertà di espressione, compresa, quindi, la libertà di stampa, viene applicato a tutela della segretezza delle fonti, che svelano notizie al giornalista con garanzia dell’anonimato.

va 1937/2019, sulla “Protezione degli individui che segnalano violazioni delle norme comunitarie”.

Nel Preambolo, infatti, è specificato il ruolo cruciale del *whistleblower* nella lotta alla corruzione nel momento in cui viene riconosciuto che: “Nel segnalare violazioni del diritto unionale che ledono il pubblico interesse, tali persone (gli informatori - *whistleblowers*) svolgono un ruolo decisivo nella denuncia e nella prevenzione di tali violazioni e nella salvaguardia del benessere della società<sup>26</sup>”. Il *whistleblower* fornisce con la sua segnalazione “informazioni che portano all’indagine, all’accertamento e al perseguimento dei casi di violazione delle norme dell’Unione, rafforzando in tal modo i principi di trasparenza e responsabilità<sup>27</sup>”.

Ma è al Considerando 31 che viene invece esplicitata la dimensione attinente al piano dei diritti umani dal momento che la tutela investe la persona nel diritto di manifestare il suo pensiero, e al tempo stesso di essere informato:

“Coloro che segnalano minacce o pregiudizi al pubblico interesse di cui sono venuti a conoscenza nell’ambito delle loro attività professionali esercitano il diritto alla libertà di espressione. Il diritto alla libertà di espressione e d’informazione, sancito dall’articolo 11 della Carta e dall’articolo 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, comprende il diritto di ricevere o di comunicare informazioni nonché la libertà e il pluralismo dei media. Di conseguenza, la presente direttiva si basa sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (CEDU) relativa al diritto alla libertà di espressione e ai principi elaborati su tale base dal Consiglio d’Europa nella raccomandazione sulla protezione degli informatori adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa il 30 aprile 2014”.

Sebbene il termine per la trasposizione della Direttiva sia il 17 dicembre 2021, allo stato attuale l’Italia (come in realtà molti altri paesi europei) non ha ancora rispettato la scadenza e non si sa quando riuscirà ad ottemperare all’obbligo comunitario. Nei contenuti però non si possono ignorare le differenze nel livello di tutele e garanzie accordate dal testo comunitario rispetto a quanto disposto dalla normativa domestica, come si vedrà nei paragrafi seguenti.

Va detto però che l’ANAC con il recente “Schema<sup>28</sup> di Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell’art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*<sup>29</sup>)” ha interpretato la legge italiana

---

<sup>26</sup> Considerando 1.

<sup>27</sup> Considerando 2.

<sup>28</sup> Il fatto che sia solo uno “schema” dimostra come l’ANAC abbia rinunciato ad adottare Linee Guida proprio perché in attesa della legge di adeguamento alla Direttiva 2019/1937, ma chiaramente ciò crea dei problemi interpretativi anche rilevanti.

<sup>29</sup> Delibera n. 469 del 9 giugno 2021.

in senso più estensivo e più conforme ai contenuti della Direttiva 2019/1937, ponendosi come una sorta di “ponte” fra la legge italiana attuale e quella da adottare in rispetto degli obblighi comunitari<sup>30</sup>. Tuttavia, il Consiglio di Stato nel suo parere sullo Schema di Linee guida<sup>31</sup>, ha scelto sotto diversi profili un’interpretazione più restrittiva e più lontana dal modello comunitario (si pensi ad esempio all’ambito di applicazione soggettivo, o all’esclusione delle attività prodromiche previste invece dalla Direttiva), forse in contrasto con l’art. 4.3. TUE che impone agli Stati un principio di leale collaborazione<sup>32</sup>.

### 3. Le novità introdotte dalla legge 179/2017.

In Italia, prima della legge 190/2012, mancava ogni riferimento normativo che potesse tutelare eventuali “segnalanti”<sup>33</sup>.

La legge 190/2012 prevedendo quindi l’inserimento di un nuovo art. 54-*bis* al d.lgs. 2001/165, ha introdotto di fatto nel nostro ordinamento per la prima volta la tutela del dipendente che segnala illeciti. Una tutela che si esauriva sotto tre profili: tutela della riservatezza del denunciante; divieto di discriminazione nei confronti del *whistleblower*; sottrazione della segnalazione al diritto di accesso.

Tuttavia, nonostante l’indubbio impatto soprattutto di ordine culturale<sup>34</sup> di tale intervento legislativo, l’efficacia dell’istituto appariva limitata sotto diversi punti di vista<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> PARISI, *op. cit.*, 35.

<sup>31</sup> Parere 00111/2020, 4 marzo 2020.

<sup>32</sup> Art. 4.3.TUE: Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell’Unione. Gli Stati membri facilitano all’Unione l’adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell’Unione.

<sup>33</sup> È evidente che gli articoli 361 e 362 del Codice penale riguardanti l’omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale e dell’incaricato di pubblico servizio hanno un ambito soggettivo e oggettivo decisamente più limitato. Anche la disciplina in tema di protezione dei testimoni di giustizia non è sovrapponibile: se il *whistleblower* rischia ritorsioni nella sua vita professionale, il testimone di giustizia rischia la sua incolumità personale. Dal settore privato si poteva forse estrapolare l’obbligo di segnalazione che la legge 231/2001 impone a tutti i destinatari del modello organizzativo, ma anche in questo caso si tratta di un ambito soggettivo decisamente limitato. Non va trascurato tuttavia il ruolo dell’art. 46 della Costituzione, che riconoscendo il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende, implicitamente riconosce anche il diritto (dovere?) dei dipendenti a segnalare eventuali irregolarità. Sul punto cfr. CORSO, *Segnalazioni di illeciti e organizzazioni di lavoro*, Torino, 2020, 81.

<sup>34</sup> “Un indiscutibile passo in avanti” secondo CANTONE, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in *Sistema Penale*, 2020, 5; vedi anche GARGANO, *La cultura del whistleblower quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 1, 2016, per cui la legge 190/2012 “ha aperto uno spiraglio”, p. 39.

<sup>35</sup> Si veda in primo luogo la Relazione dell’Unione sulla Lotta alla Corruzione, COM(2014)38. In dottrina: cfr. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020, 282, R. CANTONE, *Il dipendente pubblico*, cit., 6, che parla di “debolezze”. Vedi anche DOLCINI, *La legge 190/2012*:

In primo luogo, si criticava l'ambito di applicazione troppo ristretto (tutelando solo dipendenti pubblici, erano quindi esclusi, ad esempio, i dipendenti di società pubbliche). La legge 190/2012 inoltre era ritenuta inadeguata nella tutela contro atti discriminatori (il Dipartimento della funzione pubblica non aveva reali poteri di intervento, e quindi occorreva rivolgersi al giudice del lavoro, con esito incerto e alte spese processuali), e parzialmente anche nella tutela della riservatezza.

Per questi motivi, e per rispondere alle critiche mosse dal già citato Rapporto UE del 2014<sup>36</sup>, si è sentita l'esigenza di una razionalizzazione e sistematizzazione della materia. Così, dopo un lungo e acceso dibattito parlamentare, è stata emanata la nuova legge 179/2017, "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato", che di fatto fornisce maggiori tutele al segnalante rispetto all'embrionale protezione offerta dalla legge 190/2012 (anche se continua a non fornire elementi utili sulle procedure da adottare<sup>37</sup>).

Le novità introdotte dalla legge 179/2017 riguardano principalmente i profili dell'ambito di applicazione e l'efficacia delle tutele, sia in merito alla riservatezza dell'identità del segnalante, sia per quanto riguarda la protezione da misure ritorsive.

### 3.1. Ambito di applicazione.

In primo luogo si segnala l'estensione della nozione stessa di dipendente pubblico, che ricomprende anche il dipendente di un ente pubblico economico<sup>38</sup> e il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 del c.c. Ma soprattutto viene estesa la tutela anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica, allo scopo di aumentare sempre più la capacità di far emergere (e quindi prevenire e sanzionare) episodi di cattiva amministrazione.

*contesto, linee di intervento, spunti critici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2013, 1-21; MASSARI, *Il whistleblowing all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Studium Iuris*, 9, 2018, 981-992. Si veda anche FLICK, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cass. pen.*, 9, 2014, 2754 ss., che definisce la legge 190/12 come "una svolta rispetto all'immobilismo e all'indifferenza precedenti", ma allo stesso tempo definisce le innovazioni come "lacunose e insufficienti".

<sup>36</sup> Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, COM(2014) 38.

<sup>37</sup> Cosa più esplicita invece nella Direttiva 1937/2019, che descrive nel dettaglio le procedure per la segnalazione interna, esterna o la divulgazione pubblica, vedi *infra*.

<sup>38</sup> Ricomprendendo in questa fattispecie anche chi, prima, non poteva essere tutelato, si pensi ad esempio al caso di Andrea Franzoso, uno dei più noti *whistleblower* italiani, che ha raccontato la sua vicenda nel libro *Il disobbediente. Trovare il coraggio di denunciare quando tutti vogliono il silenzio*, Milano, 2021.

Non vengono, tuttavia, considerate, le segnalazioni provenienti da altri soggetti, inclusi i rappresentanti di organizzazioni sindacali. E non vengono nemmeno tutelati stagisti e tirocinanti<sup>39</sup>, che invece rientrano nella previsione normativa della Direttiva 2019/1937<sup>40</sup>.

La Direttiva in realtà ha un ambito decisamente più ampio, applicandosi direttamente, come afferma l'art. 4, a tutte le "persone segnalanti che lavorano nel settore privato o pubblico che hanno acquisito informazioni sulle violazioni in un contesto lavorativo", specificando ai commi successivi, che rientrano nella tutela anche i lavoratori autonomi, gli azionisti e i membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza di un'impresa, compresi i membri senza incarichi esecutivi, i volontari e i tirocinanti retribuiti e non retribuiti, qualsiasi persona che lavora sotto la supervisione e la direzione di appaltatori, subappaltatori e fornitori. E vengono anche tutelate le persone il cui rapporto di lavoro intanto è terminato o non è ancora iniziato.

Ma la differenza maggiore con la legge italiana, per cui si attende con ansia la legge di attuazione della Direttiva, riguarda la tutela dei cosiddetti "facilitatori"<sup>41</sup> nonché dei terzi connessi con le persone segnalanti e che potrebbero rischiare ritorsioni in un contesto lavorativo, quali colleghi o parenti delle persone segnalanti; e i soggetti giuridici di cui le persone segnalanti sono proprietarie, per cui lavorano o a cui sono altrimenti connesse in un contesto lavorativo, ambito soggettivo per il momento non contemplato dalla normativa italiana.

Inoltre, l'art. 2 della normativa introduce anche una tutela specifica del lavoratore dipendente da un privato datore di lavoro che segnali illeciti, andando a incidere sul d.lgs. n. 231/2001, che disciplina la responsabilità amministrativa e penale per le persone giuridiche.

Si è modificato l'impianto della legge 190/2012 anche in merito ai destinatari della segnalazione: il dipendente non segnala più l'illecito al superiore gerarchico, bensì al Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (RPCT), vista anche l'importanza del suo ruolo in un'effettiva strategia di contrasto alla corruzione, o in alternativa all'ANAC<sup>42</sup>. Occorre però rilevare in tal punto un'incongruenza con il Codice di comportamento, che agli artt. 8 e 13(8) ancora prevede che le segnalazioni debbano essere effettuate al superiore gerarchico. Se da una parte si auspica un coordinamento

---

<sup>39</sup> Sui quali il Consiglio di Stato nel già citato parere si era espresso in senso negativo: "è poi da dubitare che l'estensione a stagisti e tirocinanti dell'ambito di applicazione delle linee guida sia compatibile con la figura del dipendente pubblico delineata dall'art. 54-bis, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001".

<sup>40</sup> Si immagina quindi che in questo ambito occorrerà a breve una revisione della normativa attuale.

<sup>41</sup> Come spiega l'art. 5(8): "il facilitatore è una persona fisica che assiste una persona segnalante nel processo di segnalazione in un contesto lavorativo e la cui assistenza deve essere riservata".

<sup>42</sup> Occorre quindi sottolineare come ai sensi dell'art. 1(1) legge 179/2017, la segnalazione è diretta esclusivamente a RPCT o ANAC, mentre la "denuncia", all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile.

tra i due testi, è anche vero che la legge 79/2017 prevale sul regolamento recante il Codice di Comportamento<sup>43</sup>.

Per quanto riguarda invece l'ambito oggettivo di applicazione, la protezione si applica a due categorie di segnalazioni: la segnalazione di condotte illecite (di cui il dipendente sia venuto a conoscenza in ragione del suo rapporto di lavoro), e la comunicazione all'ANAC di misure ritorsive o discriminatorie adottate dall'amministrazione a seguito e a causa della segnalazione.

Sul primo punto, va però specificato che la tutela non si applica a tutte le possibili segnalazioni di condotte illecite di cui il lavoratore è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, ma soltanto a quelle effettuate nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione<sup>44</sup>. Lo scopo di tale norma è valorizzare il più possibile l'etica e la legalità nelle amministrazioni, e la valutazione della sussistenza di tale interesse spetta al RPCT o all'ANAC, caso per caso, a seconda di chi sia il destinatario della segnalazione. Nel caso in cui l'interesse personale del dipendente che segnala l'illecito dovesse coincidere con quello dell'integrità dell'amministrazione, come specifica lo Schema di linee guida dell'ANAC, non si può escludere la tutela del segnalante, purché questi palesi *ab initio* il suo interesse personale.

In sostanza<sup>45</sup>, il dipendente pubblico con le proprie segnalazioni può richiamare l'attenzione delle autorità (interne all'ente di propria appartenenza, ma anche esterne) su condotte di illegalità, non necessariamente riconducibili nell'ambito della corruzione esclusivamente penalistica, ma intesa invece come comprensiva dei comportamenti di *maladministration*, allo scopo di riportare le procedure amministrative e i comportamenti dei dipendenti pubblici sui binari della legalità.

L'assenza di una lista tassativa di reati o irregolarità oggetto del *whistleblowing*, e l'utilizzo da parte del legislatore di termini diversi (condotte illecite, reati o irregolarità, illeciti) fa sì che vengano considerate rilevanti tutte le

---

<sup>43</sup> Come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere reso sulle Linee guida, 615/2020. Il RPCT resta quindi il principale destinatario della segnalazione, che però può essere trasmessa anche all'ANAC oltre che all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile, mentre la comunicazione di eventuali misure ritorsive deve essere trasmessa esclusivamente all'ANAC.

<sup>44</sup> Come specificato dalla Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)", non sono meritevoli di tutela le segnalazioni fondate su meri sospetti o voci: ciò in quanto è necessario sia tenere conto dell'interesse dei terzi oggetto delle informazioni riportate nella segnalazione, sia evitare che l'amministrazione o l'ente svolga attività ispettive interne che rischiano di essere poco utili e comunque dispendiose. In ogni caso, considerato lo spirito della norma - che è quello di incentivare la collaborazione di chi lavora all'interno delle pubbliche amministrazioni per l'emersione dei fenomeni corruttivi - ad avviso dell'Autorità non è necessario che il dipendente sia certo dell'effettivo avvenimento dei fatti denunciati e dell'autore degli stessi, essendo invece sufficiente che il dipendente, in base alle proprie conoscenze, ritenga altamente probabile che si sia verificato un fatto illecito nel senso sopra indicato.

<sup>45</sup> Come specificato dal rapporto ANAC 2017, "Prevenzione della corruzione - segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico: presentazione del secondo monitoraggio nazionale sull'applicazione del *whistleblowing*".

segnalazioni che riguardano non solo l'intera gamma dei delitti contro la PA di cui al Titolo II, Capo I del Codice penale, ma anche tutti i comportamenti, rischi, reati o irregolarità, consumati o tentati, a danno dell'interesse pubblico<sup>46</sup>.

Su questo punto si nota una convergenza con il testo della Direttiva 2019/1937, nella parte in cui espressamente sancisce che è il pregiudizio al pubblico interesse a rilevare<sup>47</sup>. La Direttiva tuttavia va addirittura oltre, nel tutelare non solo le segnalazioni di violazioni già commesse, ma anche di violazioni che non sono ancora state commesse ma che molto verosimilmente potrebbero esserlo in futuro<sup>48</sup>.

L'istituto mira quindi a sancire una stretta collaborazione e cooperazione tra amministrazione e dipendenti, i quali sono in grado di rilevare se ci siano comportamenti, nell'ente di appartenenza, ascrivibili *latu sensu* al fenomeno corruttivo.

Si tratta quindi di un comportamento etico e virtuoso, di una manifestazione di senso civico attraverso cui il *whistleblower* contribuisce all'emersione e alla prevenzione di rischi e situazioni pregiudizievoli per l'amministrazione di appartenenza e, di riflesso, per l'interesse pubblico collettivo.

Infine, considerando lo spirito della normativa, cioè "incentivare la collaborazione di chi lavora all'interno delle pubbliche amministrazioni al fine di far emergere possibili fenomeni corruttivi", non è necessario che il dipendente sia certo dell'effettivo accadimento dei fatti denunciati ma solo che ne sia ragionevolmente convinto<sup>49</sup>. È evidente, però, che se i motivi reconditi che

---

<sup>46</sup> A titolo meramente esemplificativo, il rapporto ANAC 2017 cita casi di sprechi, nepotismo, demansionamenti, ripetuto mancato rispetto dei tempi procedurali, assunzioni non trasparenti, irregolarità contabili, false dichiarazioni, violazione delle norme ambientali e di sicurezza sul lavoro. Ovviamente non possono essere oggetto di segnalazione eventuali accertamenti di un diritto negato al segnalante (per questo esiste il giudice o l'Ispettorato per la Funzione Pubblica presso il Dipartimento della Funzione Pubblica) e nemmeno doglianze di carattere personale del segnalante o rivendicazioni/istanze che rientrano nella disciplina del rapporto di lavoro o rapporti col superiore gerarchico o colleghi: come specificato dal rapporto ANAC 2017, infatti, un *whistleblower* è tale quando si fa carico di un interesse pubblico, collettivo, e non del proprio, individuale.

<sup>47</sup> Considerando 3, 5, 42, 84, 108.

<sup>48</sup> Considerando 43. Anche su questo punto il Consiglio di Stato si era espresso negativamente (in contrasto con la posizione dell'ANAC che avrebbe voluto seguire un'interpretazione più ampia e conforme alla Direttiva 2019/1937), sostenendo che: "Ad avviso della Sezione, il riferimento alle mere "attività prodromiche" e a quelle che costituiscono un "ambiente favorevole" risulta pertanto non facilmente riconducibile al più netto dettato legislativo."

<sup>49</sup> Linee guida 2021, p. 13. Vedi anche la Direttiva al Considerando 32: "Per beneficiare della protezione della presente direttiva, le persone segnalanti dovrebbero avere ragionevoli motivi, alla luce delle circostanze e delle informazioni di cui dispongono al momento della segnalazione, che i fatti che segnalano sono veri. Tale requisito è una garanzia essenziale contro le segnalazioni dolose e futili o infondate, in modo da garantire che le persone che, al momento della segnalazione, hanno fornito deliberatamente e scientemente informazioni errate o fuorvianti, siano escluse dalla protezione. Al tempo stesso, tale requisito assicura che la persona segnalante continui a beneficiare della protezione laddove abbia effettuato una segnalazione imprecisa in buona fede".



hanno spinto il dipendente a segnalare sono irrilevanti, come previsto sia dal Considerando 32 della Direttiva, sia dalle Linee guida ANAC<sup>50</sup>, la segnalazione consapevolmente mendace (il cosiddetto *malicious report*) non solo esclude il segnalante da ogni possibilità di tutela o protezione, ma lo espone anche alla responsabilità per calunnia e diffamazione<sup>51</sup>.

### 3.2. Tutele per il *whistleblower*: riservatezza e protezione contro ritorsioni e discriminazioni.

Per quanto riguarda la tutela dell'identità del segnalante, la legge 179/2017 offre una protezione aumentata rispetto all'impianto originario previsto dalla legge 190/2012.

Infatti, la legge 190/2012 prevedeva che, nell'ambito dell'eventuale procedimento disciplinare avviato nei confronti del soggetto segnalato, l'identità del segnalante non potesse essere rivelata senza il suo consenso, a meno che la contestazione fosse fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione: in questa eventualità, l'identità poteva essere rivelata solo, qualora la sua conoscenza fosse assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato.

La legge 179/2017, pertanto, da una parte aggiunge un obbligo specifico di non divulgazione dell'identità del segnalante qualora la contestazione disciplinare a carico del segnalato sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa.

Ma dall'altra dispone che, qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione è utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità. Quindi se il segnalante non acconsente a rilevare la propria identità, l'ente non potrà procedere con il procedimento disciplinare.

Diverso è il caso dell'ambito del procedimento penale: il legislatore ha stabilito all'art. 1(3) della legge 179/2017 che "nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del Codice di procedura penale", cioè fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza, e comunque fino alla chiusura della fase delle indagini preliminari<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> "Posta la sussistenza dell'interesse generale all'integrità della pubblica amministrazione alla base della segnalazione, gli ulteriori motivi, anche personali, che hanno indotto il *whistleblower* a effettuare la segnalazione, sono da considerarsi irrilevanti al fine di decidere sul riconoscimento delle tutele previste dall'art. 54-bis. Tale riconoscimento, infatti, è connesso alla valutazione oggettiva dei fatti segnalati che sveli l'interesse pubblico sotteso alla segnalazione, a prescindere dai concorrenti ed eventuali interessi personali del *whistleblower*". Schema di Linee Guida, p. 14.

<sup>51</sup> Vedi *infra*, par. 4, sulla tutela del segnalato.

<sup>52</sup> Invece, "nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria". Dopo, potrà essere svelata dall'autorità contabile, per essere utilizzata nel procedimento.

La Direttiva 2019/1937 pone all'art. 16 il principio generale per cui l'identità della persona segnalante (o qualsiasi altra informazione da cui si può dedurre direttamente o indirettamente la sua identità) non possa essere divulgata senza il suo consenso esplicito a nessuno con l'eccezione del personale autorizzato competente a ricevere o a dare seguito alle segnalazioni.

Tuttavia, in deroga alla regola della tutela della riservatezza del segnalante, e proprio allo scopo di tutelare anche il segnalato, il secondo comma dell'articolo 16 della Direttiva prevede che la divulgazione dell'identità della persona segnalante è ammessa "al fine di salvaguardare i diritti della difesa della persona coinvolta". Ciò è tuttavia possibile solo qualora la divulgazione rappresenti un obbligo necessario e proporzionato imposto dal diritto dell'Unione o dai diritti degli Stati membri nel contesto di indagini da parte delle autorità nazionali o di procedimenti giudiziari.

Va poi ricordato che la segnalazione è sottratta alla misura dell'accesso agli atti previsto dalla legge 241/1990.

È infine opportuno ricordare che la legge vuole certamente proteggere l'identità del segnalante, ma deve comunque garantire la sua identificabilità. Di conseguenza, anche sottolineando la totale assenza nell'istituto del *whistleblowing* di alcuna connotazione negativa di segretezza e anonimato legati a slealtà o al tradimento di un patto di fiducia, la segnalazione non può e non deve essere anonima. Le segnalazioni anonime non sono quindi ricomprese nell'ambito applicativo dell'art. 54-*bis*, e la loro considerazione è rimessa alla scelta della singola amministrazione<sup>53</sup>. D'altronde, anche la Direttiva 2019/1937 rinvia agli Stati membri la valutazione sul valore della segnalazione anonima.

Il fatto che però ci si debba ancora interrogare sull'accettabilità o meno di una segnalazione anonima, se da una parte è sintomo dell'opacità delle amministrazioni, e di un fallimento sotto il profilo etico della diffusione dell'istituto del *whistleblowing*, dall'altra, in un'ottica di una sorta di *realpolitik* giuridica, va anche considerato che le segnalazioni anonime, purtroppo, "sono tuttavia la risposta all'esistenza di canali di segnalazioni non sicuri e a trattamenti discriminatori conseguenti alla segnalazione<sup>54</sup>".

Un'altra modifica fondamentale della legge 179/17 rispetto alla legge 190/2012 riguarda la tutela contro le misure ritorsive: l'eventuale adozione di misure discriminatorie o ritorsive oggi, infatti, non va più denunciata al Di-

---

<sup>53</sup> È evidente che se la segnalazione è anonima non solo non si è in grado di accertare lo status di dipendente pubblico, ma soprattutto non c'è alcun *whistleblower* da tutelare. È opportuno ricordare che nel sistema informatico di inoltro e gestione delle segnalazioni predisposto dall'ANAC è possibile trasformare una segnalazione inizialmente anonima in una vera segnalazione ai sensi della tutela del *whistleblower* dato che le segnalazioni, inviate in forma anonima in prima istanza, potranno essere successivamente integrate con le generalità del segnalante ai fini di acquisire l'eventuale tutela legale. (<https://servizi.anticorruzione.it/segnalazioni/>).

<sup>54</sup> PARISI, *op. cit.*, 11. VALLI, *Segnalazioni di illeciti e anonimato: una decisione del Tribunal Supremo di Spagna*, in *Jusinitinere*, 16 marzo 2020.

partimento della funzione pubblica, bensì all'ANAC che dispone di maggiori poteri sia di intervento, sia sanzionatori. Inoltre, non spetta al dipendente dimostrare il nesso causale tra segnalazione e misura ritorsiva o discriminatoria, ma l'onere della prova grava sull'amministrazione che deve dimostrare che la misura non ha niente a che vedere con la segnalazione<sup>55</sup>.

In concreto, la tutela offerta dalla legge 179/2017 si manifesta nel fatto che sono nulli tutti “gli atti discriminatori o ritorsivi” eventualmente adottati, e il segnalante è “reintegrato nel posto di lavoro” in caso di licenziamento “a motivo della segnalazione” (con previsione di risarcimento pieno del danno che non prevede il tetto massimo delle 24 mensilità in quanto si applica in questo caso l'art. 2, d.lgs. n. 23 del 2015).

È opportuno ricordare che tra gli atti ritorsivi vanno ricompresi oltre al licenziamento e alle sanzioni disciplinari, anche il demansionamento e il trasferimento, e ogni altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti sulle condizioni di lavoro, purché determinata dalla segnalazione<sup>56</sup>.

La tutela è poi rafforzata dalla presenza di sanzioni amministrative (di diversa entità a seconda della irregolarità riscontrata) che l'ANAC<sup>57</sup> può imporre all'Amministrazione, qualora venga accertata l'adozione di misure discriminatorie nei confronti del lavoratore che ha segnalato un illecito<sup>58</sup> o qualora dovesse essere accertata l'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni, o il mancato svolgimento da parte del responsabile di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute.

Anche su questo punto la Direttiva 2019/1937 va oltre rispetto a quanto disposto dalla normativa italiana, aggiungendo tutta una serie di comportamenti che possono essere qualificati come “misura ritorsiva”, quali ad esempio la mancata promozione, sospensione della formazione, referenze negative, note di biasimo, mancata conversione di un contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro permanente, laddove il lavoratore avesse legittime aspettative di vedersi offrire un impiego permanente; annullamento

---

<sup>55</sup> Sul punto cfr. PERUZZI, *La prova del licenziamento ritorsivo nella legge 179/17 sul whistleblowing*, in *Lavoro e diritto*, 4, 1, 2020, 33-50.

<sup>56</sup> Come specificano le Linee guida, 2021, la misura ritorsiva non si configura solo in un atto o provvedimento, ma anche in comportamenti od omissioni “posti in essere dall'amministrazione nei confronti del dipendente/segnalante, volti a limitare e/o comprimere l'esercizio delle funzioni proprie del lavoratore in guisa tale da disvelare un intento vessatorio o comunque da peggiorare la situazione lavorativa” (p. 20).

<sup>57</sup> Cfr. “Regolamento ANAC per la gestione delle segnalazioni e tutela degli autori di segnalazioni di illeciti o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro”, in vigore dal 3 settembre 2020 e l'art. 1(6) legge 179/2017.

<sup>58</sup> Con delibera 782/2019 l'ANAC ha irrogato la prima sanzione pecuniaria contro il firmatario di provvedimenti ritorsivi adottati nei confronti di un dipendente che aveva segnalato illeciti nella sua amministrazione. Si tratta di un dirigente che aveva segnalato i componenti dell'UPD per abuso d'ufficio e omissione d'atti d'ufficio, ma a seguito della segnalazione era stato sospeso dal servizio con privazione della retribuzione. L'ANAC ha ritenuto il provvedimento, irrogando quindi una sanzione pecuniaria di 5000 euro.

di una licenza o di un permesso; sottoposizione ad accertamenti psichiatrici o medici.

Per quanto riguarda l'iter procedurale, una volta effettuata la segnalazione, questa sarà esaminata per decidere se avviare o meno un'istruttoria. In caso affermativo, potrebbero essere chieste integrazioni documentali, eventuali colloqui con il *whistleblower*, o con altri uffici dell'amministrazione, nonché acquisizione di informazioni da soggetti esterni. Tutto questo, entro dei precisi termini di avvio e conclusione della trattazione della segnalazione, porterà a una definizione della problematica, con eventuale trasmissione all'interno dell'Amministrazione (ad esempio Ufficio provvedimenti disciplinari), o all'esterno (ANAC, Corte dei conti, Procura della Repubblica).

Su questo punto la Direttiva 2019/1937 è sicuramente più specifica, prevedendo anche dei tempi ragionevoli per il riscontro e seguito della segnalazione<sup>59</sup>, e inoltre introduce un terzo canale di segnalazione (oltre quello interno ed esterno) non ancora contemplato dal diritto italiano, cioè la divulgazione pubblica<sup>60</sup>, per cui qualora sussistano certe condizioni<sup>61</sup>, il *whistleblower* può segnalare direttamente alla stampa o ai media.

#### 4. Tutela del segnalato.

Come si è potuto rilevare, la disciplina (sia quella nazionale, sia quella comunitaria) fin qui presentata, pone al centro la figura del segnalante, considerato come il soggetto "debole" da tutelare, in quanto persona che agisce per difendere il valore condiviso dell'onestà e della legalità e quindi antepone l'interesse collettivo a quello suo personale.

Tuttavia, non si può fare a meno di considerare la possibilità che chi denunci si trovi in errore, o addirittura in mala fede: ciò non fa che aumentare il timore che un uso distorto dell'istituto possa portare ad abusi e ingiustizie. Questi timori aumentano nel momento in cui tanto la normativa italiana, quanto quella comunitaria, ammettono implicitamente la possibilità di accogliere anche segnalazioni anonime<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Artt. 9 e 11 Direttiva 2019/1937.

<sup>60</sup> Art. 15 Direttiva 2019/1937.

<sup>61</sup> Il segnalante deve aver già segnalato internamente ed esternamente, o direttamente esternamente conformemente alle disposizioni della Direttiva, ma non è stata intrapresa un'azione appropriata in risposta alla segnalazione entro il termine previsto, oppure ha fondati motivi di ritenere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse. Oppure, in caso di segnalazione esterna, sussiste il rischio di ritorsioni o le prospettive che la violazione sia affrontata efficacemente sono scarse.

<sup>62</sup> Cfr. *supra*, p. 12, anche se è opportuno ribadire ancora una volta che un segnalante anonimo non può in alcun modo essere tutelato come *whistleblower*, dal momento che non conoscendone l'identità non c'è alcun *whistleblower* da proteggere (e come spiega inequivocabilmente lo Schema di Linee guida, l'art. 54-*bis* non include nel proprio campo di applicazione le segnalazioni anonime dal momento che la protezione opera solo nei confronti di soggetti individuabili, riconoscibili e riconducibili alla categoria di dipendenti pubblici).

Di conseguenza, si avverte come primaria l'esigenza di tutelare non solo la riservatezza del segnalante, ma anche la riservatezza dell'identità del segnalato, dato che entrambi sono esposti a conseguenze potenzialmente dannose, soprattutto nel momento in cui la segnalazione viene inoltrata a terzi. Va considerato, infatti, che se il segnalante corre il rischio di atti ritorsivi, il segnalato può subire un danno reputazionale.

Se sul punto la legge 179/2017 non si pronuncia espressamente, lo Schema di Linee guida dell'ANAC, in linea con quanto previsto dalla Direttiva 2019/1937, prevede espressamente che al soggetto segnalato, in quanto "interessato", venga garantito il rispetto dei suoi dati personali in conformità alle disposizioni del Regolamento UE 2016/679.

Di conseguenza, tenuto anche conto della specificità del contesto lavorativo, il titolare del trattamento dovrà adottare cautele particolari al fine di evitare che le informazioni acquisite con la segnalazione, e che contengono dati personali del segnalato, possano circolare verso l'esterno ma anche e soprattutto all'interno degli uffici dell'amministrazione in capo a soggetti non autorizzati al trattamento dei dati. Per questo diventa indispensabile anche una corretta configurazione dei sistemi di protocollo informatico<sup>63</sup>.

In mancanza di un'apposita previsione legislativa è quindi l'ANAC a sottolineare il diritto del segnalato alla riservatezza della propria identità per tutte le fasi del processo di segnalazione<sup>64</sup>, per evitare che, per una mancata tutela dei suoi dati personali, il segnalato subisca un danno anche solo reputazionale all'interno del suo contesto lavorativo.

Ciò è previsto esplicitamente anche dalla Direttiva Comunitaria 2019/1937 che dispone all'art. 22 che le autorità competenti provvedano, in conformità al diritto nazionale, affinché l'identità delle persone coinvolte sia tutelata fintanto che sono in corso indagini avviate dalla segnalazione o dalla divulgazione pubblica<sup>65</sup>.

Ma se una segnalazione infondata ma in buona fede non espone il segnalante ad alcuna conseguenza, la situazione cambia nel caso in cui la segnalazione sia mendace per dolo o colpa grave, anche perché subentra la necessità di tutelare il segnalato.

Su questo punto interviene il comma 9 dell'art. 1 della legge 179/2017, che dispone che "le tutele per il segnalante previste dalla legge vengono meno" qualora una sentenza (anche non definitiva di primo grado) accerti la responsabilità penale del *whistleblower* per i reati di calunnia, diffamazione o comunque per reati commessi con la denuncia, ovvero la sua responsabilità

---

<sup>63</sup> Cfr. Schema di Linee guida, p. 25.

<sup>64</sup> Salvo l'obbligo di comunicare il nominativo all'Autorità giudiziaria o contabile, ovviamente.

<sup>65</sup> Cfr. anche il Considerando 100, che afferma: "I diritti della persona coinvolta dovrebbero essere tutelati in modo da evitare danni alla sua reputazione o altre conseguenze negative. Inoltre, i diritti della difesa e l'accesso ai mezzi di ricorso della persona coinvolta dovrebbero essere pienamente rispettati in ogni fase del procedimento che segue la segnalazione".

civile, nei casi di dolo o colpa grave<sup>66</sup>. In questo caso, ovviamente, si arresta anche l'eventuale processo sanzionatorio avviato dall'ANAC nei confronti del segnalato, inoltre, la segnalazione non è più considerata sottratta all'accesso e, soprattutto, il dipendente può essere sanzionato disciplinarmente.

Se però la sentenza non viene poi confermata nei successivi gradi di giudizio, a quel punto saranno di nuovo applicabili le tutele del segnalante, qualora questi abbia subito atti ritorsivi, ma solo a seguito del passaggio in giudicato della pronuncia che accerta l'assenza della sua responsabilità penale per i reati di calunnia, diffamazione, o comunque commessi con la segnalazione.

A livello comunitario, la tutela del segnalato è forse più esplicita rispetto alla normativa italiana (e anche su questo punto si deve quindi attendere la legge di recepimento della Direttiva 2019/1937). La Direttiva, infatti, prevede una tutela del segnalato sotto tre distinti profili.

In primo luogo, va citato l'articolo 22 della Direttiva che prevede misure per la protezione delle persone coinvolte, disponendo che debbano godere pienamente del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, della presunzione di innocenza e dei diritti di difesa, compreso il diritto di essere sentiti e il diritto di accedere al proprio fascicolo.

In secondo luogo, la Direttiva afferma il diritto al risarcimento del segnalato vittima di una segnalazione imprecisa o fuorviante fatta volontariamente e scientemente<sup>67</sup>.

E, infine, la Direttiva dispone il dovere degli Stati membri di prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive applicabili alle persone segnalanti per le quali sia accertato che hanno scientemente effettuato segnalazioni o divulgazioni pubbliche false<sup>68</sup>.

La *ratio* è evidente: scoraggiare il più possibile segnalazioni in cattiva fede, che da una parte danneggiano chi viene accusato ingiustamente, ma dall'altra, mettono in crisi tutto il sistema, compromettendone la credibilità.

## 5. Conclusioni.

Alla luce di quanto descritto finora, risulta evidente che, tra le misure obbligatorie introdotte dalla legge 190/2012 in tema di prevenzione della corruzione, sicuramente il *whistleblowing* presenta numerose criticità circa la sua concreta applicazione, per problemi sia organizzativi, sia culturali, vista la resistenza a considerare l'istituto come una manifestazione di etica e senso civico e non un mero incentivo alla delazione.

Ma al di là del problema culturale, si ravvisano ancora delle difficoltà operative a inquadrare correttamente l'istituto, sia per quanto riguarda le pro-

---

<sup>66</sup> Cfr. Schema di Linee guida, p. 24.

<sup>67</sup> Considerando 101 e art. 23(2) della Direttiva.

<sup>68</sup> Considerando 101 e art. articolo 23(1) della Direttiva.

cedure, sia l'effettività della tutela. A peggiorare la situazione si aggiunge la distanza tra la normativa italiana e comunitaria su alcuni punti, e nell'attesa della legge di trasposizione della Direttiva 2019/1937 rimangono aperte ancora diverse questioni.

In particolare, si segnala in generale un maggiore livello di tutela del segnalante previsto dalla Direttiva (si pensi ad esempio all'ambito di applicazione soggettivo più ampio, o all'inclusione della protezione anche a chi segnala violazioni non ancora commesse ma che molto verosimilmente potrebbero esserlo<sup>69</sup>) rispetto alla normativa italiana.

Ma forse la differenza più sostanziale nell'efficacia della tutela è rappresentata dalla previsione, nella Direttiva 2019/1937, di una serie di misure di sostegno che comportano un impegno economico non previsto dalla normativa italiana che dispone come di consueto la clausola di invarianza finanziaria. L'art. 20 della Direttiva 2019/1937, infatti, dispone che il *whistleblower*, oltre ad avere accesso gratuito a informazioni e consulenze esaustive e indipendenti sulle procedure e i mezzi di ricorso disponibili, all'assistenza legale e patrocinio a spese dello Stato, abbia diritto anche a un sostegno, finanziario e psicologico nell'ambito dei procedimenti giudiziari.

Tutto ciò non fa che ribadire la necessità di un recepimento corretto e in tempi rapidi della Direttiva anche alla luce del particolare momento: non è troppo pessimista, infatti, temere che nella gestione degli ingenti fondi previsti dal PNRR potrebbero esserci infiltrazioni criminali e di natura corruttiva. A maggiore ragione, l'utilizzo corretto dell'istituto della protezione del *whistleblower* come strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione può contribuire alla riduzione di questo rischio.

---

<sup>69</sup> Considerando 43.





# IL DELITTO DI EPIDEMIA COLPOSA NELL'ATTUALE CONTESTO PANDEMICO: TRA CLAUSOLA DI EQUIVALENZA E TUTELA DELLA SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO

Nota a Cass. Pen., Sez. IV, 24 maggio 2021, n. 20416

Marcello Tebaldi\*

**Sommario:** **1.** La vicenda processuale. - **2.** Il delitto di epidemia: problemi definitori e compatibilità con la clausola di equivalenza. - **3.** L'accertamento del decorso causale. - **4.** Il mancato aggiornamento del DVR: tra normativa emergenziale e d.lgs. 81/2008. - **5.** Le criticità dell'elemento soggettivo: sui rapporti tra colpa e norme precauzionali. - **6.** Considerazioni conclusive.

## ABSTRACT

*Il contributo, muovendo dall'analisi di Cass. Pen., Sez. IV, 24 maggio 2021, n. 20416, affronta la questione relativa alla configurabilità della fattispecie di epidemia colposa di cui agli artt. 438 e 452 c.p. nella pandemia da Covid-19. L'autore, in particolare, seguendo le linee argomentative tracciate dalla pronuncia in commento, dopo aver escluso che tale ipotesi di reato possa manifestarsi in forma omissiva, passa in rassegna, le ragioni che renderebbero comunque arduo l'accertamento del nesso eziologico. Una riflessione conclusiva è, poi, riservata al ruolo che il documento di valutazione dei rischi di cui al d.lgs. n. 81 del 2008 può rivestire nella prevenzione della trasmissione del coronavirus sui luoghi di lavoro.*

*The note, starting from the analysis of Cass. Pen., Sez. IV, 24<sup>th</sup> May 2021, n. 20416, focuses on the configurability of the crime of based-on-fault epidemic (Articles 438 and 452 of the Italian Criminal Code) in the context of Covid-19 pandemic. The author, in particular, following the argumentative lines traced by the ruling above mentioned, after having excluded that this hypothesis of crime may manifest itself in an omissive form, illustrates the reasons that would in any case make it difficult to ascertain the etiological link. A final reflection is then reserved to the role that the Risk Assessment Document (Legislative Decree no. 81 of 2008) can play in preventing the transmission of coronavirus in the workplace.*

---

\* Dottorando di Ricerca in Diritto penale, Università di Ferrara.

## 1. La vicenda processuale.

Con la vicenda in esame la quarta sezione della Corte di Cassazione si è trovata nuovamente a pronunciarsi sulla possibilità di configurare il delitto di epidemia colposa (artt. 438 co.1, 452 co.1 c.p.) in forma omissiva ai sensi dell'art. 40 co. 2 c.p.

Oggetto della sentenza del Giudice di legittimità è il provvedimento del Tribunale del Riesame di Catania con cui, ai sensi dell'art. 324 c.p.p., si annullava il decreto di sequestro preventivo adottato dall'ufficio del G.I.P. di Caltagirone. Quest'ultimo atto, datato 14-15 maggio 2020, disponeva il sequestro di una residenza sanitaria assistenziale a seguito dell'indagine in cui risultava indagato il legale rappresentante della cooperativa che gestiva la struttura, per i reati di epidemia colposa (artt. 438-452 c.p.) e per illeciti derivanti dalla violazione del d.lgs. 81/2008 (artt. 55, 68 e 271).

Il sequestro veniva disposto in via d'urgenza con provvedimento del P.M. datato 12 maggio 2020 e riguardava unicamente la fattispecie di reato di cui agli artt. 438-452 c.p. A seguito di questo primo provvedimento il G.I.P. di Caltagirone convalidò la misura cautelare, condividendo le ragioni della pubblica accusa. In particolare, il legale rappresentante veniva ritenuto responsabile di epidemia colposa in forma omissiva per non avere aggiornato il documento di valutazione dei rischi (DVR) della casa di cura.

Il Tribunale del Riesame di Catania annullava il provvedimento del Giudice per le indagini preliminari di Caltagirone evidenziando l'impossibilità di configurare il delitto di epidemia colposa nella forma omissiva, come da consolidato orientamento giurisprudenziale. Il reato in oggetto viene, infatti, considerato come reato a condotta vincolata, caratterizzato da un agire unicamente commissivo avente ad oggetto la diffusione di germi patogeni. Infine, il Riesame poneva l'accento sulla natura multifattoriale del nuovo coronavirus e sulla conseguente difficoltà di dimostrazione del nesso causale tra mancato aggiornamento del DVR ed evento epidemico. L'imputato avrebbe dovuto, ai sensi dell'art. 27 d.lgs. 81/2008, valutare il nuovo rischio biologico e aggiornare il DVR, tuttavia questa condotta non sarebbe stata di per sé idonea ad escludere la propagazione del nuovo coronavirus all'interno della casa di riposo.

Avverso l'ordinanza del Tribunale del Riesame ricorre, ai sensi dell'art. 324 c.p.p., il P.M. di Caltagirone ribadendo la possibilità di configurare il reato di epidemia in forma omissiva, così come recentemente sancito - a dire dell'accusa - dalla pronuncia n. 48014 del 2019 (Sez. I, n. 48014 del 30/10/2019, P., Rv. 277791-01). Inoltre, il pubblico ministero lamenta un eccesso nella valutazione del quadro accusatorio da parte del Tribunale del Riesame, il quale si sarebbe spinto ben al di fuori del *fumus commissi delicti*.

Il giudice di legittimità si pone in senso adesivo alla soluzione del Tribunale del Riesame, respingendo così le censure della pubblica accusa. In particolare viene confermato l'orientamento contrario alla possibilità di configurare il delitto di epidemia in forma omissiva. Viene, infine, ritenuta legittima la

valutazione effettuata dal Tribunale del Riesame sul complessivo contesto accusatorio.

Per tutte queste ragioni, la Suprema Corte respinge il ricorso, confermando l'ordinanza con cui il Tribunale del Riesame ha annullato l'ordinanza di sequestro nei confronti del legale rappresentante della RSA.

## 2. Il delitto di epidemia: problemi definitivi e compatibilità con la clausola di equivalenza.

Punto focale nella ricostruzione operata dal Riesame, prima, e dalla Suprema Corte, poi, è l'impossibilità di configurare il delitto di epidemia in forma omissiva: alla base delle argomentazioni dell'accusa vi è per l'appunto la possibilità di applicare la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 co. 2 c.p. al delitto di epidemia colposa.

La configurabilità del reato di epidemia nella forma omissiva è stata oggetto di numerose pronunce del Giudice di legittimità, che hanno in via prevalente negato la possibilità di applicare l'art. 40 co. 2 al delitto in parola.

In tale senso si è ad esempio orientata la sentenza n. 9133 del 12 settembre 2017 *Giacomelli*<sup>1</sup>, incentrata nel dettaglio sui rapporti tra il delitto di epidemia colposa e quello di adulterazione colposa di sostanze alimentari (art. 440 co. 1 c.p.).

Più in particolare, la vicenda in questione riguardava il rinvenimento, all'interno di un acquedotto comunale situato nella provincia di Brescia, di alcuni batteri (*Norovirus*, *Clostridium Perfringens* e *Escherichia Coli*) responsabili di un'infezione gastroenterica tra quanti avevano usufruito dei servizi dell'impianto idrico. Il giudice di prime cure e la Corte d'Appello di Brescia condannarono per il delitto di epidemia colposa in forma omissiva il dirigente del settore del ciclo idrico, il quale - a parere dei magistrati lombardi - non avrebbe mantenuto l'impianto e non avrebbe adottato un adeguato sistema di prevenzione delle infezioni batteriche. Il nesso causale tra la condotta omissiva del dirigente e la diffusione dei batteri nelle condotte idriche venne desunto dalla relazione peritale che aveva evidenziato come un'adeguata manutenzione e la predisposizione di un sistema di filtraggio avrebbero evitato la diffusione dei germi patogeni nei condotti idrici.

La Corte di Cassazione - con un ragionamento del tutto simile a quello seguito dalla stessa, come si vedrà, nella sentenza in commento - rigetta l'impostazione fatta propria dai giudici di merito, negando la possibilità di applicare la clausola di equivalenza al delitto di epidemia, il quale viene annoverato tra i reati a forma vincolata. Tale diniego muove in particolare

<sup>1</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 12 settembre 2017, n. 9133 con nota di FELICIONI, *Un'interessante pronuncia della Cassazione su epidemia, avvelenamento e adulterazione di acque destinate all'alimentazione*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2018, 292 ss. Si veda inoltre RAFFAELE, *Il delitto di epidemia tramite contagio: un'analisi critica della giurisprudenza*, in *Discrimen*, 18 dicembre 2020, 10 ss.; PIRAS, *Sulla configurabilità del delitto di epidemia colposa omissiva*, in *Sist. pen.*, 8 luglio 2020.

da una definizione giuridica di epidemia molto più ristretta rispetto a quella tratteggiata dalla scienza medica, secondo cui è da considerarsi epidemia “il verificarsi in una comunità o regione di casi di malattia [...] nettamente superiori alla normale aspettativa”<sup>2</sup>. Per contro la Suprema Corte, in particolare la sentenza 9133 del 2017, restringe l'applicazione del delitto di epidemia alle sole condotte caratterizzate da un determinato decorso causale, ossia dalla diffusione di germi patogeni<sup>3</sup>. Di conseguenza, il giudice di legittimità provvede a riqualificare il capo di imputazione, eliminando qualsiasi riferimento al delitto di epidemia per ripiegare sull'adulterazione colposa di sostanze alimentare (art. 440 c.p.).

Tornando alla vicenda della casa di riposo, la pubblica accusa si oppone a tale impostazione e, nel ricorso avverso il provvedimento del Tribunale del Riesame di Catania, richiama la pronuncia n. 48014 del 2019, dove si sosterebbe la natura a forma libera del reato di epidemia. Quest'ultima pronuncia, pur non essendo incentrata in via principale sulla configurabilità del delitto in oggetto in forma omissiva dato che si occupa di contagio da HIV per contatto fisico, afferma che sotto l'ombrello della locuzione “diffusione di germi patogeni” rientrano condotte differenti, tra le quali la trasmissione attraverso il corpo dell'agente, che diviene esso stesso vettore di trasmissione. Non è, dunque, necessario che i germi patogeni siano separati dal soggetto agente/diffusore, come peraltro già affermato dalla dottrina penalistica<sup>4</sup>. Tale aspetto, se da un lato risulta fondamentale per l'applicabilità della fattispecie in ambito Covid-19, dato che anche la trasmissione del nuovo coronavirus avviene attraverso un corpo-vettore, dall'altro non comporta necessariamente la configurabilità della fattispecie in oggetto nella forma omissiva. L'apertura alla diffusione attraverso il corpo-vettore – orientamento ormai consolidato per quanto riguarda il contagio da HIV<sup>5</sup> – non implica, infatti, necessariamente la forma omissiva. Paradigmatico è il caso del soggetto *covid-positivo* che circola tra la folla, ben sapendo che da questa azione potrà derivare la diffusione del contagio epidemico. Risulta, dunque, debole il riferimento alle argomentazioni elaborate dalla Suprema Corte nella pronuncia 48014 del 2019 al fine di sostenere la configurabilità del delitto di epidemia in forma

---

<sup>2</sup> Definizione rinvenibile nel sito dell'OMS (<http://who.int/about/definition/en>). Sulla definizione di epidemia tra scienza medica e dottrina giuridica si veda inoltre TORDINI CAGLI, voce *Epidemia colposa*, in *Enciclopedia del Diritto. Reato colposo*, Milano, 2021, 464 ss.

<sup>3</sup> Così si legge nelle motivazioni della 9133 del 2017: “La nozione giuridica di epidemia è più ristretta e circoscritta rispetto all'omologo concetto elaborato in campo scientifico in quanto il legislatore, con la locuzione mediante la diffusione di germi patogeni prevista nell'art. 438 cod. pen., ha inteso circoscrivere la punibilità alle condotte caratterizzate da determinati percorsi causali”.

<sup>4</sup> Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Vol. VI, Torino, 1983, 393 ss.; GARGANI, *Reati contro la pubblica incolumità. Tomo II Reati di comune pericolo mediante frode*, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO (diretto da), *Trattato di Diritto penale*, Milano 2013, 214 ss.

<sup>5</sup> Cfr. MANFREDI, *La prospettiva Manzoniana (e Manziniana) di una recente decisione (nota a G.U.P. Roma, decreto 14 novembre 2016, Giud. Battistini)*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, 47 ss.

omissiva. Non a caso questa impostazione è stata rigettata dal giudice di legittimità, il quale, ancora una volta ha affermato l'impossibilità di applicare la clausola di equivalenza al delitto di epidemia, sostenendo quello che ormai può essere considerato orientamento prevalente.

In ogni modo, l'orientamento preclusivo in oggetto – sebbene prevalente nella giurisprudenza di legittimità – non va esente da critiche.

Anzitutto, una siffatta impostazione limita (o addirittura preclude) l'applicazione della fattispecie di epidemia nel contesto epidemico da Covid-19. Si pensi per esempio alla mancata adozione delle cautele volte alla prevenzione della diffusione del nuovo coronavirus all'interno delle strutture sanitarie, dove il comportamento omissivo può originare un *cluster* pandemico con conseguenze anche assai dannose, in ragione della fragilità dei soggetti coinvolti (anziani e pazienti affetti dalle più disparate patologie).

Nella risposta normativa e giurisprudenziale alla pandemia da Covid-19, dunque, il delitto di epidemia colposa rimarrebbe applicabile unicamente come ipotesi residuale rispetto alla fattispecie di cui all'art. 260 del R.D. 27 luglio 1934, n. 1265 (art. 4 d.l. 19 del 2020) nell'eventualità di una violazione della c.d. quarantena Covid<sup>6</sup>. Tuttavia, anche in quest'ultimo caso la fattispecie in oggetto non ha praticamente trovato applicazione, come ben evidenziato dalle tabelle sulle notizie di reato messe a disposizioni dal Ministero dell'Interno<sup>7</sup> nel periodo del c.d. primo *lockdown*.

### 3. L'accertamento del decorso causale.

In ogni modo, a parere del Tribunale del Riesame di Catania e della Corte di Cassazione, l'impossibilità di configurare il delitto di epidemia in forma omissiva non rappresenta l'unico ostacolo all'utilizzabilità della fattispecie contro la pubblica incolumità in oggetto nel contesto pandemico attuale. Più in particolare, sul piano dell'accertamento del nesso eziologico si colloca un ulteriore impedimento all'impiego del delitto *de quo* al Covid-19. Prima di

<sup>6</sup> Cfr. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sist. Pen.*, 2 aprile 2020; CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *Leg. pen.*, 10 maggio 2020; BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2020, 443-444; FIORE, «Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano». La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria, in *Sist. Pen.*, 11/2020, 5 ss.; DELLA BELLA, *L'allontanamento dal domicilio del soggetto positivo al covid tra problemi di diritto transitorio e inesistenza dei provvedimenti di quarantena*, in *Sist. Pen.*, 16 marzo 2021; AGOSTINI, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in *Sist. pen.*, 4/2020, 229 ss.; CUPELLI, *Voce Covid-19 e responsabilità colposa in Enciclopedia del diritto. Reato colposo*, cit., 340 ss. Sulla diversa, ma correlata questione della compatibilità dei delitti di falso si veda MASIERO, *Reati di falso e autocertificazione durante l'emergenza Covid-19: tra ricerca dell'effettività e simbolismo*, in *Sist. Pen.*, 10/2021, 137 ss.

<sup>7</sup> Cfr. Ministero dell'Interno – Servizi di controllo 2020. Monitoraggio sulle attività di polizia per il contenimento dell'emergenza epidemiologica per l'anno 2020 (<https://www.interno.gov.it/it/servizi-controllo-anno-2020>).

addentrarci nel caso concreto, tuttavia, è necessario fare alcune precisazioni di sistema su causalità ed epidemia. L'utilizzo della fattispecie di cui agli artt. 438-452 c.p. consente al giudice di merito di aggirare l'accertamento del decorso causale per ogni singola vittima, come, invece, accadrebbe utilizzando la fattispecie di lesioni o omicidio colposo, tuttavia ciò dipende dalla natura del delitto di epidemia. Tale aspetto è stato (ed ancora è) oggetto di discussione da parte della dottrina penalistica. Il delitto di cui all'art. 438 c.p. apre il capo II dei delitti di comune pericolo mediante frode. Nonostante ciò, è emerso nella dottrina penalistica un orientamento che considerava l'epidemia una fattispecie di danno<sup>8</sup>, con il conseguente venir meno dell'accertamento del pericolo di ulteriore diffusione dell'epidemia: bastava verificare che la malattia avesse colpito un rilevante numero di persone. Ciò, però, creava non poche criticità sotto il profilo della ricostruzione dell'accertamento causale. Ora, con riferimento all'attuale contesto epidemico risulta assai difficile escludere decorsi causali alternativi: il virus si trasmette con estrema facilità in numerosi contesti della vita di relazione. Guardando alla situazione delle RSA, dove per lungo tempo si è consentito l'accesso al pubblico, sarà quasi impossibile dimostrare, una volta ammesso che si tratti di una fattispecie di danno, che dalla condotta omissiva di mancato aggiornamento del DVR sia derivato un contagio di dimensioni tali da esser classificato come epidemico.

Un secondo orientamento classifica, invece, la fattispecie di epidemia come delitto di danno misto al pericolo<sup>9</sup>. In particolare il danno è costituito dai contagi effettivi. Il pericolo è invece rappresentato dalla possibilità di ulteriore diffusione dell'epidemia nei soggetti "sani". Dunque, in questo caso non bisognerà accertare la rilevante consistenza numerica di questi primi contagi, ma sarà sufficiente dimostrare il pericolo di diffusione ulteriore della malattia. Questo orientamento è facilmente applicabile alla pandemia da nuovo coronavirus, data la facilità di propagazione; al contrario, tende ad escludere altre malattie dallo spettro applicativo della fattispecie, come HIV, HPV e HCV, in ragione del pericolo relativamente limitato di ulteriore diffusione di questi virus.

Vi è, infine, un orientamento che evidenzia la dimensione del pericolo di ulteriore diffusione della malattia, classificando il delitto di cui all'art. 438 c.p. come reato di pericolo concreto. In base a questo orientamento, il giudice si troverà a verificare il carattere epidemico dell'evento, in base allo spettro di diffusione nella popolazione, e soprattutto il concreto pericolo di ulteriore diffusione. Anche seguendo questa teoria, ad esempio, venne escluso il carattere epidemico nei casi di HIV, HPV e HCV<sup>10</sup>, in quanto il pericolo di

---

<sup>8</sup> Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, op.cit., 396; ARDIZZONE, *Epidemia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1990, 251; ERRA, *Epidemia (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, Milano, 1966, 46 ss.

<sup>9</sup> Cfr. CORBETTA, *I delitti contro la pubblica incolumità - II I delitti di comune pericolo mediante frode*, in MARINCCI, DOLCINI, *Trattato di Diritto penale - Parte speciale*, Padova, 2014, 2 ss.

<sup>10</sup> Cfr. GARGANI, *Reati contro la pubblica incolumità*, op. cit., 212-213; CARRIERO, *L'(in)adeguatezza*



ulteriore diffusione risulta assai limitato per le modalità di trasmissione della malattia.

Al contrario, le modalità di diffusione del nuovo coronavirus lasciano presupporre il suo inquadramento all'interno del fenomeno epidemico. Esso, infatti, come già detto, risulta facilmente trasmissibile attraverso le vie aeree: cosicché, una volta ammesso che il soggetto agente possa essere vettore della malattia, risulterà facile inquadrare – a livello sia medico sia giuridico – la condotta di diffusione di germi patogeni del ceppo del Sars-cov-2 all'interno della fattispecie di epidemia.

Questo secondo orientamento, tuttavia, non rimuove i dubbi evidenziati dalla quarta sezione in merito al decorso causale nel caso in esame. Come evidenziato dalla Suprema Corte, infatti, alla luce dei numerosi fattori atti a facilitare la diffusione del nuovo coronavirus risulta pressoché impossibile collegare l'omesso aggiornamento del DVR con l'evento epidemico: con riferimento al caso di specie si pensi, ad esempio, all'accesso alla struttura da parte di soggetti esterni, alla possibile infezione dei medici e degli operatori, nonché alla particolare fragilità degli ospiti che facilita il diffondersi del virus nella sua forma maggiormente sintomatica. Ora, sebbene nel caso di specie i fatti risalgano ad un periodo compreso tra la fine di aprile e l'inizio di maggio del 2020, successivo dunque all'entrata in vigore del d.l. 19 del 25 marzo 2020, con cui si era vietato l'accesso ai visitatori nelle RSA (essenzialmente i parenti dei ricoverati), le conclusioni del giudice di legittimità sono da condividersi perché molti altri fattori causali avrebbero potuto concorrere alla determinazione di un evento epidemico: dalla notevole circolazione del virus al già menzionato rischio derivante dall'impiego di numerosi lavoratori sanitari e non.

Di conseguenza, appare condivisibile l'impostazione seguita nella vicenda in parola dal Tribunale del Riesame e dalla Corte di Cassazione, che hanno escluso la possibilità di accertare il decorso causale tra il mancato aggiornamento del DVR e la propagazione dell'epidemia da nuovo coronavirus all'interno della struttura alla luce per l'appunto dell'impossibilità di escludere percorsi causali alternativi.

#### **4. Il mancato aggiornamento del DVR: tra normativa emergenziale e d.lgs. 81/2008.**

Nel caso di specie il mancato aggiornamento del DVR è alla base della contestata fattispecie di epidemia colposa in forma omissiva. Prima di adentrarci nell'analisi del caso in esame è bene però fare alcune precisazioni sui rapporti tra la normativa per la prevenzione del Sars-cov-2 e la normativa del c.d. TUSL, unica a venire in evidenza nella sentenza in commento.

*funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19, in Arch. pen., 3/2020, 22; RAFFAELE, Il delitto di epidemia, cit., 13-14.*

Quando si parla di obblighi del datore di lavoro e di pandemia da Covid-19 non si può che partire dal nuovo art. 29-*bis* della legge 40/2020. La disposizione impone ai datori di lavoro pubblici e privati di adeguarsi alle prescrizioni previste nell'accordo firmato dal Governo e dalle parti sociali in data 24 aprile 2020<sup>11</sup>, al fine di garantire il rispetto dell'art. 2087 cc. Da ciò non sembra comunque discendere alcun obbligo di aggiornare il documento di valutazione di rischi<sup>12</sup>: le disposizioni del codice civile sarebbero, infatti, residuali rispetto agli obblighi previsti dal TUSL e, quindi, dalla attuale normativa pandemica non sorgerebbe alcun onere di aggiornamento del DVR. O almeno questa è l'opinione di chi ha sostenuto la totale autonomia delle due normative<sup>13</sup>: quella emergenziale tutelerebbe la salute pubblica, al contrario quella contenuta all'interno del TUSL, avrebbe quale primario obiettivo la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Peraltro, a riprova di quanto appena affermato, va detto che le attuali conoscenze sul Covid-19 non consentono di elaborare norme di fonte privata, come quelle previste dal DVR, aventi maggior efficacia nella prevenzione della diffusione del nuovo coronavirus nei luoghi di lavoro rispetto alle fonti di matrice statale, come il nuovo art. 29-*bis* e le disposizioni contenute nel citato protocollo di intesa con le parti sociali<sup>14</sup>.

Se accogliessimo la appena citata teoria "autonomista" non vi sarebbe, dunque, alcun obbligo di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi derivante dalla normativa pandemica e in generale dalla situazione emergenziale: verrebbero meno, dunque, le tesi sostenute dalla pubblica accusa nella vicenda processuale in commento.

Al contrario, un secondo orientamento sostiene che la normativa prevista dal decreto 81/2008 abbia notevoli aspetti che incidono sulla tutela della salute pubblica e, dunque, il contesto pandemico imporrebbe una nuova valutazione del rischio che inevitabilmente sfocerebbe in un onere di aggiornamento del DVR<sup>15</sup>. Tale tesi risulta più coerente con quanto sostenuto dalla pubblica accusa nel caso in commento. In particolare sarebbe l'art. 29 comma 3 del TUSL a imporre l'aggiornamento del DVR data l'emersione di un nuovo rischio, in particolare nelle realtà sanitarie come quella del caso in

---

<sup>11</sup> Cfr. GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, in *Sist. pen.*, fasc. 6/2020, 275-277.

<sup>12</sup> Cfr. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sist. pen.*, 22 giugno 2020; PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 2/2019, 99 ss.

<sup>13</sup> Cfr. GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico*, cit., 240-242; DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 5 maggio 2020.

<sup>14</sup> Cfr. TORRE, *La gestione del rischio Covid-19*, in AA.VV., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2021, 383 ss.

<sup>15</sup> Cfr. DE FALCO, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da Covid-19* in *Giustizia Insieme*, 22 aprile 2020;

commento dove ci si trova direttamente a contatto con il fattore di rischio rappresentato dal Sars-cov-2. Per di più, la Corte Costituzionale, con la sentenza 312 del 1996, accoglie il principio della c.d. *massima sicurezza possibile*<sup>16</sup>, secondo cui il datore di lavoro deve utilizzare tutte le misure tecnologicamente disponibili per garantire la sicurezza e l'incolumità del lavoratore; con la conseguenza che nell'adozione delle cautele previste dall'art. 2087 cc., ma anche nella creazione e nell'aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, dovranno certamente essere tenuti in conto nuovi rischi, come quello derivante dalla pandemia di Sars-cov-2. Il mancato aggiornamento del DVR, infatti, andrebbe a contrastare con il citato principio di *massima sicurezza possibile*, in quanto non si utilizzerebbero le conoscenze e le tecnologie sviluppate in ambito pandemico per garantire il livello di sicurezza richiesto dall'ordinamento.

A conferma di questo secondo orientamento depone poi l'art. 17 del c.d. Decreto Ristori *bis* (D.L. n. 149/2020) che, in attuazione della direttiva 2002/739 (UE), inserisce il Covid-19 tra i rischi biologi, aggiornando gli allegati XLVI, XLVII e XLVIII del d.lgs. n. 81/2008 e prevedendo nuove misure per il contenimento specifiche per il nuovo Coronavirus.

Il datore di lavoro sembrerebbe così tenuto ad effettuare una nuova valutazione del rischio che tenga conto del contesto pandemico di conseguenza dovrà aggiornare il DVR<sup>17</sup>, a maggior ragione nelle realtà sanitarie come quella della sentenza in esame.

Nel caso di specie, tuttavia, il datore di lavoro non avrebbe agito seguendo la massima sicurezza possibile, dando in tal guisa origine ad una omissione che la pubblica accusa ha inquadrato all'interno del delitto di epidemia in forma omissiva.

Va in ogni caso precisato che il Tribunale del Riesame e la Cassazione non contestano la censura al mancato aggiornamento del DVR, ma si limitano a respingere l'utilizzo del delitto di epidemia in forma omissiva. Tuttavia, anche ammettendo la possibilità di configurare la fattispecie in forma omissiva, sarebbe assai difficoltoso provare il collegamento causale fra il mancato aggiornamento del documento di valutazione e l'evento epidemico.

Come già detto, il Sars-cov-2 ha, infatti, innumerevoli vie di propagazione, data la facilità di trasmissione del virus attraverso le vie aeree. Ciò comporta che anche nel caso in cui si fosse accolta la tesi della configurabilità omissiva del delitto di epidemia, sarebbe stato pressoché impossibile effettuare un giudizio controfattuale avente ad oggetto l'aggiornamento del DVR.

Tutto ciò evidenzia ancora una volta le difficoltà nell'applicazione del delitto di epidemia che, come già anticipato, indipendentemente dalla sua clas-

<sup>16</sup> Corte Cost., 25 giugno 1996, n.312 in Giur. cost., 1996, 2575. A riguardo si veda TORRE, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in AA.VV., *Sicurezza sul lavoro*, cit., 59 ss.

<sup>17</sup> Cfr. GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro*, cit., 283 ss.

sificazione e dall'utilizzo della clausola di equivalenza prevista dall'art. 40 c.p., è stato applicato pochissime volte, quasi unicamente nei casi aventi ad oggetto la salmonella negli anni settanta, sebbene molte di queste pronunce abbiano avuto come esito la completa assoluzione degli imputati<sup>18</sup>.

## 5. Le criticità dell'elemento soggettivo: sui rapporti tra colpa e norme precauzionali.

Da ultimo, guardando all'impianto accusatorio del caso in esame, è bene affrontare alcune problematiche relative all'elemento soggettivo. Ci troviamo innanzi ad un'ipotesi di colpa specifica. Segnatamente è la violazione delle norme contenute nell'art. 29 del d.lgs. 81/2008 (obblighi di aggiornamento del DVR) a originare una responsabilità di tipo colposo.

Questa impostazione presenta, però, vari profili di criticità. La normativa contenuta nel d.lgs. 81/2008 ha come obiettivo principale la prevenzione degli infortuni. Ma la compilazione e l'aggiornamento del DVR non sono di per sé direttamente rivolti alla prevenzione degli infortuni: il documento, infatti, è a sua volta composto da norme che rappresentano un mezzo per garantire la sicurezza del lavoratore<sup>19</sup>. Peraltro il nostro legislatore ha approntato tutta una serie di disposizioni di contorno volte alla verifica dell'efficace attuazione del DVR. Dunque, la pubblica accusa non dovrebbe, come avvenuto nella sentenza in commento, limitarsi a contestare il mancato aggiornamento del DVR quale base della condotta omissiva, ma dovrebbe specificare la norma preventiva o precauzionale a contenuto "modale" rimasta inosservata in quanto "mancante" nel documento di valutazione dei rischi: in particolare, guardando al caso in esame, si sarebbero dovute cercare la norma (o le norme) dal cui mancato rispetto è derivata effettivamente la diffusione di germi patogeni.

Questo aspetto rileva anche sotto il profilo dell'esigibilità della condotta. L'aggiornamento dei rischi biologici, ai sensi del citato art. 17 D.L. n. 149/2020, di per sé non è sufficiente per combattere la diffusione della pandemia da Sars-cov-2: numerosi sono i fattori in gioco che possono portare alla diffusione del nuovo coronavirus e il rispetto dell'art. 29 d.lgs. 81/2008 in tema di aggiornamento del DVR potrebbe rivelarsi inutile.

Vi è dunque da chiedersi quale sia il comportamento esigibile dall'agente modello e quale sia, invece, il comportamento censurabile, almeno a titolo colposo, per non creare situazioni di responsabilità (quasi) oggettiva e, dunque, contrarie all'art. 27 della nostra Costituzione.

I concetti di prevedibilità ed esigibilità sono, infatti, fondamentali perché vi sia responsabilità colposa e rappresentano il faro che dovrebbe guidare

<sup>18</sup> Cfr. MANFREDI, *La prospettiva manzoniana*, cit., 42-44.

<sup>19</sup> Cfr. GIUNTA, MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza del lavoro*, Milano, 2010, 218 ss.

il legislatore nella creazione delle norme cautelari<sup>20</sup>. Tuttavia non sempre è così, come dimostrano alcune norme del d.lgs. 81/2008.

Nel caso di specie, infatti, risulta assai complesso valutare le conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo di aggiornamento del DVR e, anzi, la situazione pandemica e le condizioni delle residenze sanitarie durante i primi mesi di diffusione del Sars-cov-2 fanno presumere che il *virus* si sarebbe diffuso indipendentemente dal rispetto delle norme cautelari del TUSL e anzi queste norme sembrano proprie di una dimensione totalmente precauzionale. Dimensione che mal si concilia con una responsabilità di tipo colposo, così come con una fattispecie di pericolo concreto, come quella di cui agli artt. 438-452<sup>21</sup>, sebbene nella prassi applicativa questa incompatibilità non abbia rappresentato un dogma invincibile<sup>22</sup>.

Il principio di precauzione tende, infatti, ad anticipare eccessivamente la tutela, dato che le norme ad esso ispirate cercano di prevenire un pericolo almeno in parte non conosciuto né nell'*an*, né nel *quantum*. Si previene un rischio parzialmente sconosciuto che, in via ipotetica, potrebbe nuocere all'essere umano, così come potrebbe essere totalmente innocuo. Tutto ciò dimostra come nel caso in esame vi sarebbe la necessità di ricalibrare il capo di imputazione, indipendentemente dalla questione relativa alla configurabilità del delitto citato in forma omissiva.

In particolare, si sarebbe potuto costruire diversamente il capo di imputazione, guardando proprio agli obblighi del datore di lavoro previsti dall'art. 2087 cc. e dal già citato art. 29-*bis* della legge 40/2020. Così facendo, la pubblica accusa avrebbe dato maggior risalto alle linee guida elaborate dal Governo in accordo con le parti sociali<sup>23</sup> con cui si disponevano specifiche misure per il contrasto della pandemia nei luoghi di lavoro (utilizzo di ade-

<sup>20</sup> Cfr. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 193 ss.; PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2011, 187-188.

<sup>21</sup> Cfr. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legali alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2011, 7 ss.; *Id.*, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, 45 ss.; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2007, 434 ss. Qualche apertura alla convivenza tra colpa e principio di precauzione la troviamo in RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, in *Studi Marinucci*, II, Milano, 2006, 1754 ss.

<sup>22</sup> Si veda ad esempio quanto affermato in Tribunale di Venezia, Sez. II, 22 ottobre 2001 e in Corte di Appello di Venezia, Sez. II, 15 dicembre 2004 (caso "Marghera"), sebbene la relativa pronuncia di Cassazione (Cass. Pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, *Bartalini e altri*) escluda che quello sia un caso in cui rilevi il principio di precauzione. A riguardo cfr. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1684-1685; VALLINI, *Il caso del Petrolchimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e nesso di causalità*, in FOFFANI, CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia: Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, II, Bologna, 2015, 25 ss.

<sup>23</sup> Trattasi del *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro* adottato il 24 aprile 2020 e recepito dal DPCM del 26 aprile 2020.

guati dispositivi di protezione individuale, procedure di sanificazione, ecc.), se non fosse che questo intervento normativo (in particolare il rimando della legge 40/2020 alle linee guida governative) risale al 5 giugno 2020, e dunque risulta inutilizzabile quale base giuridica per rimproverare il comportamento omissivo tenuto dal datore di lavoro tra fine aprile e inizio maggio del 2020.

## 6. Considerazioni conclusive.

All'esito di quanto sin qui esposto non si può che concordare con le conclusioni cui perviene la quarta sezione della Cassazione: l'orientamento che nega la possibilità di configurare il delitto di epidemia colposa in forma omissiva è ormai consolidato e risulta maggiormente in linea con il dato letterale degli artt. 438-452 c.p. che esalta il concetto di diffusione dei germi patogeni tipizzato dalla fattispecie. Inoltre, la severità della sanzione comminata per il delitto in oggetto risulta incoerente con un'applicazione "estensiva" dello stesso.

Ulteriori ostacoli all'utilizzo di questa fattispecie nel contesto pandemico da Covid-19 derivano dalle difficoltà di ricostruzione del nesso causale. Come già visto, infatti, l'applicazione della fattispecie di epidemia come *extrema ratio* in caso di violazione della quarantena Covid-19 risulta assai complessa proprio a causa delle difficoltà di accertamento causale del contagio. Inoltre, anche in contesti più ristretti, come il luogo di lavoro, dove in certi casi più semplice potrebbe apparire l'individuazione dei soggetti responsabili<sup>24</sup>, le difficoltà di accertamento del nesso causale permangono. Per tutti questi motivi possiamo prevedere che dall'emergenza pandemica in corso non deriverà un nuovo protagonismo del delitto di epidemia, ma, proprio per le difficoltà di applicazione e per gli orientamenti giurisprudenziali che vanno sempre più consolidandosi, la fattispecie in questione continuerà a ricoprire un ruolo marginale.

---

<sup>24</sup> Cfr. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit., 11-13.

## QUALE PRESUNZIONE DI INNOCENZA?

Leonardo Filippi\*

Finalmente dopo 74 anni la presunzione di innocenza dell'imputato, scritta nella Costituzione del 1947 e sollecitata dall'Europa già da cinque anni, diventa legge. È infatti stato approvato il decreto legislativo che recepisce e dà attuazione alla Direttiva 2016/343 dell'Unione europea. All'apparenza si tratta di una rivoluzione nei rapporti tra giustizia e informazione. Si prevede, infatti, che la diffusione di informazioni sui procedimenti penali "è consentita solo quando è strettamente necessaria per la prosecuzione delle indagini o ricorrono altre rilevanti ragioni di interesse pubblico" e comunque le informazioni devono essere fornite "in modo da chiarire la fase in cui il procedimento pende e da assicurare, in ogni caso, il diritto della persona sottoposta a indagini e dell'imputato a non essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata". È posto il "divieto di assegnare ai procedimenti pendenti denominazioni lesive della presunzione di innocenza", come ad esempio "Mafia capitale"; così come è vietato alle autorità pubbliche di "**indicare pubblicamente come colpevole** la persona sottoposta a indagini o l'imputato fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili". La violazione di queste prescrizioni comporta sanzioni penali e disciplinari, l'obbligo di **risarcimento del danno** e, su richiesta dell'interessato, il diritto di **rettifica** della dichiarazione, con le medesime modalità, entro 48 ore, salvo il diritto dell'indagato o imputato di rivolgersi al **giudice civile** per ottenere la pubblicazione con **provvedimento d'urgenza**. Riguardo all'**informazione giudiziaria**, si stabilisce che il procuratore della Repubblica "mantiene personalmente" i rapporti con gli organi di informazione "esclusivamente tramite **comunicati ufficiali**" oppure, "nei casi di particolare rilevanza pubblica dei fatti, tramite **conferenze stampa**". Anche la forma dei provvedimenti giudiziari diversi dalle sentenze deve rispettare la presunzione di innocenza, perché si stabilisce che la persona sottoposta a indagini o l'imputato "non possono essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata" in via definitiva. E anche nei provvedimenti che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza (come ad esempio le ordinanze che applicano misure cautelari) il magistrato deve limitare i riferimenti alla colpevolezza dell'indagato o imputato alle "sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento". Sembrerebbe una rivoluzione copernicana, ma l'ordinamento giu-

---

\* Professore Emerito di Diritto Processuale Penale, Università di Cagliari.



diziario prevede già dal 2006 un regime molto più severo ma ignorato. È prescritto infatti che «il procuratore della Repubblica mantiene personalmente, ovvero tramite un magistrato dell'ufficio appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione. Ogni informazione inerente alle attività della Procura della Repubblica deve essere fornita attribuendola in modo impersonale all'ufficio ed escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento. È fatto divieto ai magistrati della Procura della Repubblica di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio. Il procuratore della Repubblica ha l'obbligo di segnalare al consiglio giudiziario per l'esercizio del potere di vigilanza e di sollecitazione dell'azione disciplinare, le condotte dei magistrati del suo ufficio che siano in contrasto col divieto fissato al comma 3» (art. 5 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, cit.). Ma allora, se la legge prevedeva già prima questi limiti, perché ripeterli? Semplicemente perché sono quotidianamente violati. E pensate voi davvero che d'ora in avanti cambierà qualcosa nei rapporti tra pubblici ministeri e organi di informazione? Pensate sul serio che non assisteremo più ai processi mediatici? Credete che le sentenze dei giudici conteranno finalmente più delle indagini dei pubblici ministeri?

## LEGGE N. 134/2021: PRIME FIBRILLAZIONI IN TEMA DI REGIME TRANSITORIO

Giorgio Spangher\*

Era prevedibile, era previsto ed è puntualmente successo che la riforma di cui alla l. n. 134 del 2021 avrebbe evidenziato problemi applicativi e non poche questioni di forte impatto, tenuto conto di quanti avevano avuto modo di analizzarne i profili di stretto diritto.

Prescindendo, infatti, da ogni valutazione politica, non erano mancate riserve sia sotto il profilo costituzionale, sia sotto quello processuale.

A prescindere dalla necessaria correzione dell'art. 380 c.p.p., in tema di arresto obbligatorio in flagranza nei confronti dei sottoposti alle misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, di maltrattamenti contro familiari e conviventi e di atti persecutori previsti dagli artt. 387-*bis*, 572 e 612-*bis* c.p. Una certa fibrillazione riguarda l'operatività dell'art. 2, commi 3, 4 e 5, dove è previsto il c.d. regime transitorio.

Si prevede, infatti, che la nuova previsione di cui all'art. 344-*bis* c.p.p. si applichi ai soli procedimenti di impugnazione che hanno ad oggetto i reati commessi a far data dal 1° gennaio 2020.

Si tratta del necessario coordinamento con la sospensione - cessazione della prescrizione di cui alla l. n. 3 del 2019.

Il comma 4 prevede che qualora per uno di questi reati sia stata già proposta impugnazione, prima dell'entrata in vigore della legge n. 134 del 2021, e gli atti ex art. 590 c.p.p. siano già pervenuti, al momento di entrata in vigore della legge al giudice d'appello o in cassazione, i termini di due anni per l'appello e di un anno per la cassazione, decorrano dall'entrata in vigore della legge, cioè, stanno già decorrendo dal 19 ottobre 2021.

Inevitabili, quindi, le fibrillazioni in materia, anche perché appare difficile poter far leva sul comma 5 che fa riferimento ai diversi termini di cui alle impugnazioni proposte entro il 31 dicembre 2024, che determinerebbe l'inutilità (per assorbimento) del comma 4.

Un *escamotage* potrebbe essere quello di ritenere possibile la concessione delle proroghe, nonché il differenziato regime delle ipotesi criminose di cui all'art. 344-*bis* c.p.p. che sarebbero tuttavia contrastanti con la chiara formulazione della legge.

Il grido di allarme è stato evidenziato nella relazione al Comitato centrale dell'A.N.M., è presente in cassazione all'Ufficio spoglio e risulta dalla relazione dell'Ufficio del massimario.

Appare difficile introdurre una modifica, trattandosi di intervento *in malam partem*.

---

\* Professore Emerito di Procedura Penale - Sapienza Università di Roma.



## ESAME TESTIMONIALE: IL RUOLO E LE GARANZIE DELLA DIFESA NELLA PRATICA DIBATTIMENTALE

Giuseppe Murone\*

I. Ogni<sup>1</sup> considerazione sulla figura del difensore nell'esame testimoniale deve necessariamente muovere dall'analisi del sistema procedimentale in cui si inserisce tale mezzo di prova; ciò in quanto, nella disciplina dell'esame del testimone in dibattimento si condensano molti degli obiettivi e dei principi originariamente perseguiti dal Codice Vassalli del 1988, fondato sul modello accusatorio. È imposto cioè di avere riferimento al metodo del contraddittorio nella formazione della prova, cardine del modello accusatorio, fondato sul rilievo che la dialettica, intesa come scontro di tesi contrapposte, sia lo strumento migliore per arrivare alla ricostruzione del fatto. Nel contraddittorio in senso oggettivo, per la prova, sancito dalla prima parte del comma 4 dell'art. 111 Cost., introdotto dalla legge costituzionale n. 2 del 1999, la dialettica si manifesta nell'escussione della fonte di prova attraverso l'esame incrociato.

II. Tale passaggio è essenziale, pure se il Codice di Procedura Penale attuale non è quello originario, di impostazione accusatoria e garantista, ma – sia consentito il riferimento al pensiero del Prof. Giorgio Spangher, pure espresso in una recentissima intervista doppia con il Prof. Paolo Ferrua<sup>2</sup> – sia stato in un certo senso stravolto da una svolta inquisitoria, a partire dalle sentenze della Corte Costituzionale nn. 254 e 255 del 1992 e dalle modiche legislative di matrice emergenziale dello stesso anno, correlate alla stagione del più aspro contrasto al fenomeno della criminalità organizzata, in particolare mafiosa. Si sia assistito, in altri termini, ad una progressiva erosione delle connotazioni accusatorie del nuovo modello processuale: si pensi, ad esempio, al c.d. doppio binario previsto per i reati in materia di criminalità organizzata, ai casi di limitazione del diritto ad ottenere l'ammissione della prova di tipo dichiarativo, correlati a particolari imputazioni e ipotesi, di cui all'art. 190-*bis* c.p.p.

Al di là delle definizioni di sistema (oggi per lo più indicato come tendenzialmente accusatorio o accusatorio temperato), se anche, dunque, ci troviamo davanti ad uno

---

\* Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

<sup>1</sup> Il contributo è tratto dalla relazione dell'autore all'incontro di studio "*L'istruttoria: esame, riesame, controesame, tecniche di conduzione nel procedimento penale*", organizzato dagli Ordini degli Avvocati di Udine, Gorizia, Trieste e Pordenone e svoltosi il 10 novembre 2021.

<sup>2</sup> FERRUA, SPANGHER, *La Vassalli fu stravolta dalla cultura inquisitoria*, pubblicata su *Il Dubbio* in data 1 novembre 2021.

iato tra un modello che si poteva sperare e che ci troviamo ora a gestire, anche nella esperienza concreta dei Tribunali, non vi è dubbio che in via generale la struttura dell'esame dibattimentale del testimone, imperniata sull'esame incrociato, sia stata fondata su una scelta di principio, che connota profondamente il modello accusatorio: l'adesione al principio dialettico.

Il principio rappresenta il superamento di quello opposto di autorità e, secondo definizione tradizionale, prende atto dei limiti della natura umana ritenendo che nessuna persona sia depositaria del vero e del giusto; la verità si può accertare tanto meglio quanto più le funzioni processuali siano ripartite tra soggetti con interessi antagonisti, al giudice, indipendente e imparziale, spetta di decidere sulla base delle prove prodotte dalle parti, lo scontro tra le tesi sostenute da ciascun interlocutore è una tecnica che consente di valutare la fondatezza degli argomenti che le sorreggono e costituisce il metodo per avvicinarsi alla verità. Il contraddittorio nella formazione della prova, quale tecnica di accertamento dei fatti, tende a far sì che ciascuna delle parti possa contribuire alla formazione della prova ponendo le domande al testimone.

L'esame incrociato, quale miglior strumento per conoscere la verità di derivazione anglosassone, costituisce massima espressione della dialettica tra le parti in conflitto: il suo scopo è quello di consentire alle stesse, sotto il penetrante controllo del giudice, di trarre dalla fonte di prova tutto quanto essa può dare, svelandone al tempo stesso il grado di attendibilità, mediante la immediata verifica delle parti contrapposte. La *ratio* del mezzo di prova segna la ragion d'essere delle regole che presiedono all'esame incrociato, che riguardano sia il modo di rivolgere le domande che il modo di rispondere alle stesse e presiedono ai tre momenti dell'esame diretto, del controesame e del riesame, avendo sempre di mira la genuinità della prova.

**III.** Viene, in sintesi e nella sostanza, delineato un sistema che prevede un esame dibattimentale che non può essere sottoposto a interruzioni e che muove dall'esame diretto, condotto dalla parte che ha chiesto di interrogare il testimone.

L'esame diretto tende ad ottenere la manifestazione dei fatti conosciuti dal testimone, che dovrebbero essere utili a dimostrare la tesi di colui che lo ha chiamato a deporre; sono vietate le domande suggestive, che tendono a suggerire le risposte, in modo da evitare che chi induce un teste a prova possa anche suggerirgli le risposte, in modo da manipolare a suo piacimento la genuinità della prova.

Il controesame, condotto dalla parte che ha un interesse contrario a quello della parte che ha chiesto l'esame, è eventuale e può avvenire sia sui fatti che sulla credibilità del testimone, tendendo nel primo caso a far dichiarare al testimone un fatto diverso e contrario o comunque alternativo rispetto a quello esposto nell'esame diretto e nel secondo caso a fargli dichiarare fatti che dimostrano la sua non credibilità. Nel controesame sono ammesse le domande-suggerimento (per la precisione, sono consentite tali domande alla parte che ha un interesse differente da quello che ha chiesto la citazione del testimone): il loro scopo è sia quello di contrastare la ricostruzione precedentemente resa dal testimone che di saggiare la sua attendibilità. Con ciò si dà attuazione al principio secondo cui la prova capace di resistere alle suggestioni è quella che più si accredita.

Il riesame, doppiamente eventuale, è condotto dalla persona che ha chiesto l'assunzione della testimonianza, avviene soltanto nell'ipotesi in cui si sia svolto il controesame e in cui la parte che ha svolto l'esame diretto intenda procedervi. Come

intuibile, il riesame tende a corroborare la validità della dichiarazione inizialmente resa, sia sotto il profilo della ricostruzione del fatto che sotto quello attinente alla credibilità del testimone.

Al termine della sequenza esame diretto/controesame/riesame, il giudice può porre domande al testimone: è evidente che una differente collocazione temporale di tale intervento ne altererebbe la logica e la finalità e potrebbe nella prassi condizionare la linea seguita dalle parti. Dopo le domande rivolte dal giudice, le parti hanno diritto a concludere l'esame secondo l'ordine innanzi descritto.

Durante lo svolgimento dell'esame, le altre parti hanno la possibilità di formulare opposizioni inerenti alla correttezza dello svolgimento del mezzo di prova, sulle quali il giudice decide immediatamente e senza formalità. Rientrano nell'ambito applicativo della previsione di cui all'art. 504 c.p.p., tutte le questioni attinenti alla inosservanza di una delle prescrizioni normative che governano l'elaborazione della prova orale e che ne garantiscono la corretta formazione.

Vi è poi una dettagliata disciplina di carattere generale che garantisce la corretta formazione della prova, improntata al canone della pubblicità (con alcune eccezioni), definendo oggetto e limiti della testimonianza (ad esempio prevedendo che le domande debbano avere riferimento a fatti specifici, escludendo le domande nocive, disciplinando il regime delle contestazioni).

Al giudice viene demandato il controllo di legalità, che può essere sollecitato dalle parti proprio mediante le opposizioni: l'organo giudicante è in altri termini chiamato a garantire unità, continuità e immediatezza dell'esame incrociato, dovendo intervenire allo scopo di assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni.

In via ulteriore, la funzione di garanzia dei principi di uguaglianza, legalità e obbligatorietà dell'azione penale e dello stesso diritto di difesa - secondo quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 111 del 1993 - fa sì che, ai sensi dell'art. 506 c.p.p., il giudice possa indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame, e rivolgere domande ai testimoni e, ai sensi dell'art. 507 c.p.p., disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova.

Il limite all'attività del giudice è che egli, sempre e in ogni caso, a mezzo dei suoi interventi non si sostituisca alle parti nella conduzione dell'esame e non superi il principio dispositivo ex art. 190 c.p.p.

**IV.** I tratti dell'esame incrociato appena descritti - e prima ancora il modello processuale cui il legislatore ha avuto riferimento nel definirne la disciplina e il principio costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova - consentono di affrontare il tema del ruolo del difensore e quello, correlato, del rispetto delle garanzie difensive: al di là delle prerogative defensionali in senso stretto (espletate nello svolgimento dell'esame diretto, del controesame o del riesame), non vi è dubbio che il difensore possa primariamente garantire i diritti del proprio assistito mediante il ferreo controllo delle regole che presiedono all'esame del testimone, che, se superate, alterano la genuinità del risultato probatorio. Al difensore, può dirsi, spetta il potere (*rectius*, il dovere) di monitorare la legalità dell'esame e di richiedere l'attivazione del controllo di legalità demandato al giudice o pretendere che quest'ultimo impronti a legalità il procedimento probatorio.

Il Codice, come accennato, riserva al difensore lo strumento di intervento dell'opposizione; l'inutilizzabilità è la conseguenza prevista in via generale dall'art. 526, comma 1, c.p.p. per le prove diverse da quelle acquisite legittimamente nel dibattimento.

V. Si pone, tuttavia, un problema pratico, che comporta la valutazione della tensione cui sono esposti i principi e le norme di matrice costituzionale e codicistica nel concreto e la conseguente presa di coscienza del loro svilimento nella prassi mediante modi di agire invalsi nelle aule di giustizia che da essi si discostano.

Il tema è strettamente legato a quello relativo all'esistenza di tendenze giurisprudenziali devianti, di interpretazioni creative che praticano una lettura fortemente riduttiva delle garanzie, che assecondano dette prassi, ponendosi il fine di imporre come diritto vivente distorsioni pratiche comunemente diffuse.

In questa dimensione, possono individuarsi, a titolo non esaustivo, quali prassi devianti, in alcuni casi assecondate dalle tendenze giurisprudenziali degenerative anzidette, che si pongono in tensione con i principi e le regole cui si è fatto prima riferimento:

a. una certa attitudine, diffusa nei tribunali, a sollecitare le parti ad acconsentire, essenzialmente in base ad esigenze pratiche, alla inversione dell'ordine probatorio, ossia alla modifica dell'ordine legale dei turni;

b. la proposizione, da parte del giudice, di domande suggestive al testimone (avalata da una parte della giurisprudenza di legittimità);

c. la prassi seguita da alcuni giudici di condurre in senso proprio l'esame diretto del testimone;

d. l'ammissione, a norma dell'art. 507 c.p.p., di nuovi mezzi prova, tra i quali appunto la testimonianza, prima che sia terminata l'acquisizione delle prove;

e. la corrente propensione a snaturare le contestazioni, chiedendo al testimone la semplice conferma della dichiarazione precedentemente resa a seguito di sua lettura.

a. Le pressioni rivolte ai difensori, da parte dell'organo giudicante, al fine di acconsentire alla modifica dell'ordine di assunzione delle prove, su cui possono liberamente concordare ai sensi del secondo comma dell'art. 496 c.p.p., contrastano, ad iniziare, con il principio di non colpevolezza ex art. 27 Cost.: gravando l'onere della prova sul pubblico ministero, costui è chiamato a dare dimostrazione dell'ipotesi descritta dal capo di imputazione, chiamando i testimoni a sostegno; specularmente, il diritto riconosciuto all'imputato di difendersi provando gli consente di assumere le prove per ultimo, in relazione a quanto acquisito a suo carico.

Tale passaggio è intimamente connesso all'essenza del metodo dialettico e, dunque, del sistema processuale di riferimento: l'iniziale disinformazione del giudice sui fatti oggetto del processo, l'inesistenza di una sua conoscenza preconstituita e di convincimento circa la responsabilità dell'imputato prima del dibattimento, impone che questi accerti la verità mediante la sintesi di tesi e antitesi illustrate dalle parti sulla base dei risultati di prova elaborati in via corrispondente, mediante il "movimento dialettico" basato sulla sequenza esame diretto/controesame/riesame. Al fine di conferire effettività al principio di non colpevolezza e al diritto di difesa, in altri termini, è necessario che, a fronte del vuoto conoscitivo iniziale del giudice, terzo ed estraneo alla contesa, la pubblica accusa dimostri l'ipotesi accusatoria, assolvendo l'onere su di essa incombente, mediante un metodo che garantisca la correttezza, in termini di



genuinità, del risultato di prova. Ciò rappresenta il netto superamento del sistema delineato dal Codice di Procedura Penale del 1930, in cui, non a caso, il giudice, che poteva scegliere liberamente l'ordine in cui ascoltare i testimoni, si trovava in una situazione di oggettiva prevenzione, conoscendo gli atti prima del dibattimento, e l'istruttoria dibattimentale iniziava con l'interrogatorio dell'imputato, chiamato a discolarsi, a "purgare gli indizi", secondo un'espressione ricorrente nel lessico inquisitorio.

L'ordine legale di assunzione delle prove corrisponde, d'altro canto, alla gnoseologia del processo di parti, che presuppone ipotesi da dimostrare secondo le scansioni affermazione/falsificazione, quindi in generale prova/controprova e prova a carico/prova a scarico.

b. La proposizione, da parte dell'organo giudicante, di domande suggestive al testimone, sviluppatasi nella prassi e avallata da una parte della giurisprudenza di legittimità, che ritiene che il divieto non operi con riguardo al giudice, il quale, agendo in una posizione di terzietà, potrebbe rivolgere al testimone tutte le domande ritenute utili a fornire un contributo per l'accertamento della verità, ad esclusione di quelle atte ad incidere sulla sincerità della risposta<sup>3</sup>, snatura certamente il ruolo del giudice, istituzionalmente chiamato a garantire ex art. 499, comma 6, c.p.p. la genuinità delle risposte.

In un sistema imperniato sul principio dispositivo, temperato nei termini di cui al secondo comma dell'art. 190 c.p.p., che permette al giudice in alcune ipotesi l'iniziativa probatoria di ufficio, e agli artt. 506 e 507 c.p.p., nei limiti già evidenziati, in generale orientati a configurare l'iniziativa del giudice come supplenza dell'inerzia della parte, non è chi non veda come la possibilità riconosciuta all'organo giudicante di porre domande-suggerimento, sia intese come domande che tendono a suggerire le risposte che come domande che forniscono le informazioni necessarie per rispondere secondo quanto desiderato dall'esaminatore, anche attraverso una semplice conferma, rappresenti una svolta inquisitoria, allontanandolo dalla posizione di terzietà ed equidistanza dalle parti.

La domanda suggestiva, decontestualizzata dal controesame riservato alla parte processuale e dalle finalità di contrastare la ricostruzione precedentemente resa dal testimone e saggiarne la attendibilità ivi prevista, viene in tal caso piegata al diverso

---

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. VI, 13 gennaio 2021, n. 8307. In senso contrario, Cass. pen., Sez. IV, 6 febbraio 2020, n. 15331, con nota di BENEVIERI, *Il giudice suggestivo. L'esame testimoniale condotto dal giudice in una prospettiva tra diritto e linguaggio*, in *Penale Diritto e Procedura*, 2020, che in maniera condivisibile ritiene che «il divieto di formulare domande che possano nuocere alla sincerità delle risposte, nel duplice senso delle domande "suggestive" - nel significato che il termine assume nel linguaggio giudiziario di domande che tendono a suggerire la risposta al teste ovvero forniscono le informazioni necessarie per rispondere secondo quanto desiderato dall'esaminatore, anche attraverso una semplice conferma - e delle domande "nocive" - finalizzate a manipolare il teste, fuorviandone la memoria, poiché gli forniscono informazioni errate e falsi presupposti tali da minare la stessa genuinità della risposta - è espressamente previsto con riferimento alla parte che ha chiesto la citazione del teste, in quanto tale parte è ritenuta dal legislatore interessata a suggerire al teste risposte utili per la sua difesa. A maggior ragione, detto divieto deve applicarsi al giudice al quale spetta il compito di assicurare, in ogni caso, la genuinità delle risposte ai sensi del comma 6 dell'art. 499 c.p.p.».

scopo di supportare probatoriamente una diversa ricostruzione del fatto che il giudice possa ipotizzare.

c. Considerazioni affini valgono con riferimento alla conduzione, da parte del giudice, dell'esame diretto del testimone, in un'ottica suppletiva rispetto al pubblico ministero.

Tale prassi altera il metodo dialettico nella formazione della prova testimoniale e priva il giudice di ogni terzietà: solo la salvaguardia di tale ultimo requisito, che il metodo in parola assicura, garantisce che questi, estraneo alla contesa, possa meglio concentrarsi per valutare chi abbia prevalso, ossia quale ricostruzione dei fatti sia razionalmente preferibile. Il giudice in tal modo giudica soprattutto i risultati di prova acquisiti e raggiunti a mezzo dell'opera delle parti, non quelli raggiunti per opera sua.

Il metodo dialettico cui il Codice ha aderito impone sempre che il vuoto conoscitivo iniziale, che priva il giudice di connotati inquisitori, sia colmato operativamente con lo strumento dell'esame incrociato condotto dalle parti su un piano di parità.

d. Ancora, merita considerazione la prassi giudiziale (sostanzialmente tollerata dall'elaborazione di legittimità<sup>4</sup>) volta ad ammettere, ai sensi dell'art. 507 c.p.p., nuovi testimoni prima che sia terminata l'acquisizione delle prove, discostandosi dal disposto della norma, che prevede che il giudice possa procedervi solo "*terminata l'acquisizione delle prove*".

L'assunzione di nuovi mezzi di prova in un momento diverso, a ben vedere, rischia di compromettere l'equilibrio fra iniziativa delle parti e poteri del giudice, determinando l'elusione del principio dispositivo, e lo stesso principio di terzietà del giudice dibattimentale, perché può rilevare come lo stesso muova da una propria ipotesi ricostruttiva, mancando la necessaria piattaforma cognitiva che orienti la sua attività officiosa.

La collocazione dell'intervento giudiziale al termine dell'istruzione dibattimentale, in altri termini, si giustifica col fatto che il giudice è in grado di valutare la assoluta necessità di introdurre d'ufficio nuove prove solo dopo aver acquisito una compiuta conoscenza dei fatti oggetto di accertamento; potere esercitabile al solo e individualizzato fine di definire il processo rispetto ad un quadro probatorio che rende impossibile pervenire ad una decisione, con esclusione appunto della possibilità di valersi dell'art. 507 c.p.p. solo per verificare una propria tesi sulla base di mezzi di prova non dotati di sicura conclusione oppure per integrare ulteriormente un quadro probatorio già idoneo a sostenere la decisione.

e. È il caso, da ultimo, di avere riferimento all'ipotesi, non infrequente nella esperienza delle aule di giustizia, afferente all'utilizzo improprio e innaturale dello strumento della contestazione delle dichiarazioni rese dal testimone prima del dibattimento: non è, invero, infrequente, che il pubblico ministero proceda alla semplice

---

<sup>4</sup> La giurisprudenza ritiene che l'assunzione di mezzi di prova ai sensi dell'art. 507 in un momento diverso da quello indicato dalla norma costituisca una mera irregolarità, non essendo la stessa affetta da inutilizzabilità o da nullità di ordine generale ricollegabile all'art. 178, lett. c), c.p.p., in quanto l'assunzione di un mezzo di prova, «anticipata» rispetto al termine di acquisizione delle prove, non può incidere sull'assistenza, sulla rappresentanza o sull'intervento dell'imputato (Cass. pen., Sez. III, n. 45931 del 2014).

lettura delle precedenti dichiarazioni rese dal testimone, senza che lo stesso abbia ancora riferito sulle circostanze oggetto di accertamento, chiedendogliene la conferma, secondo uno schema tollerato dall'organo giudicante.

Giova ricordare come, sul piano degli effetti, l'istituto delle contestazioni – quale veicolo tecnico di utilizzazione processuale di dichiarazioni raccolte prima e al di fuori del contraddittorio – si atteggi alla stregua di meccanismo di valutazione della credibilità del dichiarante e, d'altro lato, voglia pure permettere allo stesso di ricalibrare quanto affermato in dibattimento o, comunque, di dare una differente versione; lo strumento si attiva (ai sensi dell'art. 500, comma 1, c.p.p.) tutte le volte in cui le precedenti dichiarazioni presentino difformità con le dichiarazioni dibattimentali, sia che in dibattimento il soggetto esaminato manifesti una conoscenza diversa, sia che riveli di non ricordare le vicende o i fatti sui quali aveva riferito in precedenza<sup>5</sup>.

L'istituto diviene invece meccanismo di acquisizione probatoria delle dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero in caso di violenza, minaccia o subornazione del testimone o di accordo fra le parti.

La giurisprudenza di legittimità, in maniera non condivisibile, ha nel tempo ampliato l'utilizzabilità delle dichiarazioni utilizzate per la contestazione, arrivando a ritenere che, in ogni caso, le stesse possono essere valutate – anche al di fuori dei casi di consenso, violenza, minaccia o subornazione – ai fini di prova dei fatti in esse narrati quando confermate, sia pure in termini laconici, potendo, in tal caso, essere recepite e valutate come dichiarazioni rese direttamente dal medesimo in sede dibattimentale<sup>6</sup>.

Si assiste oggi, nella esperienza concreta dei tribunali, alla deriva di tale impostazione: la lettura “pura” della precedente dichiarazione, seguita dalla richiesta di conferma e in assenza di precedente domanda, cui si è fatto poc'anzi riferimento.

Non occorrono particolari riflessioni per comprendere come tali prassi, propria di un sistema che tende a confermare i propri risultati iniziali, raccolti dalla pubblica accusa in segreto, riporti ad un sistema puramente inquisitorio e travolga il metodo dialettico di formazione della prova: l'esame testimoniale in dibattimento si riduce in tal modo a conferma della precedente dichiarazione, mediante un metodo larvato dalla forza della prevenzione.

È la morte del confronto, della prova di verità, dell'efficacia euristica dello schema *adversary*, della genuinità che questo garantisce: è la morte della pubblicità, dell'oralità e dell'immediatezza che tale ultimo valore sono preordinate ad assicurare.

---

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez. II, n. 13927 del 2015.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. II, 17 marzo 2016, n. 13910. Nella stessa direzione, Cass. pen., Sez. II, 8 maggio 2018, n. 35428, secondo cui «*le dichiarazioni predibattimentali utilizzate per le contestazioni al testimone che siano state confermate, anche se in termini laconici, vanno recepite e valutate come dichiarazioni rese dal testimone direttamente in sede dibattimentale, poiché l'art. 500, comma 2, cod. proc. pen. concerne il solo caso di dichiarazioni dibattimentali difformi da quelle contenute nell'atto utilizzato per le contestazioni*». In precedenza, altra impostazione aveva rilevato, in senso opposto, condivisibilmente, che «*le dichiarazioni fornite dal testimone nel corso delle indagini preliminari e lette per le contestazioni ex art. 500 – al di fuori dei casi di consenso delle parti o di violenza, minaccia o subornazione – possono essere valutate solo ai fini della credibilità dello stesso (art. 500, comma 2), ma mai come elemento di riscontro o come prova dei fatti in esse narrati, neppure quando il dichiarante, nel ritrattarle in dibattimento asserendone la falsità, riconosca di averle rese*» (Cass. pen., Sez. III, n. 20388 del 2015).

**VI.** Tutto quanto evidenziato richiede necessariamente l'intervento del difensore, in chiave "ripristinatoria" dello schema processuale previsto dalla legge e conforme a Costituzione: le prassi degenerative cui si è fatto riferimento impongono di reagire, all'interno del processo e immediatamente, anche tramite lo strumento "generale" dell'opposizione, prima ancora che mediante le impugnazioni, e, al di fuori del processo, attraverso la presa di coscienza di tali situazioni, che non pare non possa che tramutarsi in un intervento legislativo che ponga rimedio, ove necessario, allo "squilibrio creativo" creatosi in parte della giurisprudenza di merito, avallato da parte della giurisprudenza di legittimità.

In tal senso, il controllo di legalità "mediato" o "indiretto" (inteso come potere di monitorare la legalità dell'esame, spettando invece al solo giudice il controllo di legalità in senso stretto) attribuito dal Codice al difensore può dirsi effettivo soltanto ove la pretesa di legalità del procedimento probatorio sia estesa pure all'organo giudicante, oltre che alle parti del processo.

In tali considerazioni pare possa condensarsi, nei limiti della riflessione che precede, il ruolo di garanzia incombente sul difensore nell'esame testimoniale.

## LEGITTIMA LA SCELTA DI ABROGARE PARZIALMENTE L'ABUSO DI UFFICIO MEDIANTE DECRETO-LEGGE

Corte cost. ud. del 24 novembre 2021 (dep. 18 gennaio 2022), n. 8,  
Coraggio Presidente – Modugno Redattore

**Bartolomeo Romano\***

**Sommario:** **1.** Le questioni sul tappeto. – **2.** La legittimità del ricorso al decreto-legge in materia penale. – **3.** La coerenza dell'intervento normativo e la presenza dei requisiti di necessità ed urgenza. – **4.** La conferma dell'*abolitio criminis* parziale. – **5.** La legittimità sostanziale dell'intervento riformatore.

### Abstract

*La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'articolo 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120) sollevata dal Gup del Tribunale di Catanzaro in riferimento all'articolo 77 della Costituzione, ritenendo legittima l'introduzione dell'art. 323 c.p. mediante decretazione d'urgenza. La Corte ha invece dichiarato inammissibile la questione relativa ai contenuti sostanziali della modifica, che secondo il Gup di Catanzaro avrebbe depotenziato eccessivamente la tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione e violato il principio di uguaglianza (articoli 97 e 3 della Costituzione)*

*The Constitutional Court has declared unfounded the question of legitimacy of article 23, paragraph 1, of the decree-law of 16 July 2020, n. 76 (converted into law 11 September 2020, no. 120) raised by the Gup of the Court of Catanzaro in reference to Article 77 of the Constitution, deeming lawful the introduction of art. 323 c.p. by means of an emergency decree. The Court, on the other hand, declared inadmissible the question relating to the substantial contents of the amendment, which according to the Gup of Catanzaro would have unduly weakened the protection of the good performance and impartiality of the public administration and violated the principle of equality (Articles 97 and 3 of the Constitution).*

---

\* Ordinario di Diritto Penale nell'Università di Palermo - Avvocato Cassazionista - Già componente CSM.

## 1. Le questioni sul tappeto.

Capita, a volte, di leggere un testo e provare la sensazione di averlo scritto, o di poterlo avere scritto, voi stessi. È questa la sensazione che ho provato nel leggere la sentenza della Corte costituzionale, soprattutto nella parte nella quale affronta la tematica dell'abuso di ufficio.

A ben vedere, però, le questioni sul tappeto sono tante: alcune implicitamente risolte, altre date per pacifiche, altre ancora sciolte dalla Corte.

Sotto il primo profilo, né la Corte né il Giudice remittente in precedenza hanno – a mio modo di vedere a ragione – dubitato sulla legittimità del ricorso al decreto-legge in materia penale. E tuttavia, qualche sintetica osservazione in proposito non mi sembra superflua.

Analogamente, la Corte concorda con il Gup di Catanzaro nel ritenere – anche qui, del tutto a ragione – che la riforma dell'abuso d'ufficio intervenuta nell'estate del 2020 con il c.d. decreto semplificazioni abbia ridotto in maniera significativa l'area del penalmente rilevante.

Invece, il contrasto tra Giudice remittente e Corte costituzionale si è posto in relazione al possibile ricorso, nel caso di specie, allo strumento del decreto-legge e alla correttezza, dal punto di vista sostanziale, della modifica di segno restrittivo dell'area di rilevanza penale.

Vediamo allora di percorrere, sia pur in sintesi, i vari aspetti rilevanti.

## 2. La legittimità del ricorso al decreto-legge in materia penale.

Come è noto, parte della dottrina dubita della stessa legittimità del ricorso al decreto-legge in materia penale<sup>1</sup>.

Certo, come vedremo, si possono esprimere forti riserve sulla esistenza di «casi straordinari di necessità e d'urgenza» (art. 77, comma 2, Cost.) che impongano la presentazione di un decreto-legge. Ciò non toglie che, nella eventualità in cui tali casi si presentino realmente, anche il decreto-legge possa costituire fonte del diritto penale poiché, se è il Governo che presenta un testo alle Camere per la conversione, saranno queste ultime poi a convertire quel testo (entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione), che altrimenti decade: quindi, l'ultima parola è del Parlamento.

Piuttosto, in passato avveniva con una certa frequenza che il Governo, abusando di questa opportunità, ripresentasse, allo scadere dei sessanta giorni, un decreto per il quale non era intervenuta la conversione (c.d. reiterazione del decreto-legge), cosicché le norme continuavano a vivere non per volontà del Parlamento ma per una loro riproposizione da parte del Governo. Opportunamente, la Corte costituzionale, con sentenza n. 360 del 1996, ha dichiarato che devono considerarsi costituzionalmente illegittimi i decreti-legge che si limitino a riprodurre, «in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a séguito della mancata conversione». Sicché, anche in materia penale, vi è stato un abbandono della prassi, largamente

---

<sup>1</sup> MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, pt. g., 9<sup>a</sup> ed., Milano, 2020, 45 ss.

diffusa, dei decreti-legge reiterati dal Governo per mancata conversione da parte del Parlamento.

Ma, superate tali perplessità, qui il problema si sposta semmai sul versante della successione di norme penali nel tempo; e dunque deve essere affrontato in quella sede<sup>2</sup>.

### 3. La coerenza dell'intervento normativo e la presenza dei requisiti di necessità ed urgenza.

Nella vicenda oggetto di scrutinio costituzionale, i dubbi del rimettente non attingono, però, in assoluto, al ricorso al decreto-legge in materia penale ma, più sottilmente, alla eterogeneità della norma di cui all'articolo 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, rispetto al complesso di misure introdotte, e comunque alla presenza del presupposto della straordinaria necessità ed urgenza.

Tale aspetto, nella lettura della Corte, avrebbe carattere pregiudiziale, proprio perché concernente il corretto esercizio della funzione normativa primaria: ove si reputassero carenti quei requisiti, infatti, si supererebbe persino la preclusione delle pronunce *in malam partem*, quale quella sostanzialmente chiesta dal Giudice remittente nell'invocare l'illegittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. nel nuovo testo, il quale restringe la sfera di punibilità (con reviviscenza della norma precedente, più severa).

Ebbene, la Corte costituzionale innanzitutto chiarisce come la riforma dell'abuso di ufficio si inserisca in un «complesso di norme eterogenee accomunate dall'obiettivo di promuovere la ripresa economica del Paese» dopo la gravissima crisi economica causata dall'emergenza pandemica. In quest'ottica, «il provvedimento interviene in molteplici ambiti: semplificazioni di vario ordine per le imprese e per la pubblica amministrazione, diffusione dell'amministrazione digitale, ma anche responsabilità degli amministratori pubblici».

Qui la Corte ripercorre l'opinione di quella dottrina – e io mi reputo un convinto esponente della stessa – che ha più volte segnalato la presenza della “burocrazia difensiva”, legata alla paura della firma causata anche dalla indeterminatezza della norma sull'abuso di ufficio e dal gran numero di procedimenti penali conclusi con proscioglimenti o assoluzioni<sup>3</sup>.

Non è questa certamente la sede, né l'occasione, per ripercorrere il lungo e tormentato cammino dell'abuso di ufficio: dall'abuso “innominato” dell'originario impianto del codice del 1930 alla riforma dovuta alla l. 26 aprile 1990, n. 86; dalla l. 16

<sup>2</sup> ROMANO, *Diritto penale*, pt. g., 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2020, rispettivamente, 101 e 150 ss.

<sup>3</sup> ROMANO, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica Amministrazione*, ne *Il Penalista*, Focus del 28 luglio 2020; *Id.*, *La prima pronuncia della Cassazione sul “nuovo” abuso di ufficio e l'abolitio criminis parziale*, ne *Il Penalista*, 11 dicembre 2020; *Id.*, *Il “nuovo” abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 1/2021, 109-114; *Id.*, *La configurabilità dell'abuso di ufficio per l'esercizio di un potere astrattamente discrezionale, ma in concreto vincolato*, ne *Il Penalista*, *Giurisprudenza commentata*, 1 aprile 2021; *Id.*, *Brevi considerazioni sulle ulteriori proposte di riforma dell'abuso di ufficio, a partire dalle responsabilità dei sindaci*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 11; *Id.* (a cura di), *Il “nuovo” abuso di ufficio*, Pisa, 2021. *Amplius*, ROMANO, MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2020.



luglio 1997, n. 234, alla l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge Severino), sino al d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito (sul punto) senza modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. Per chi volesse, rinvio ai miei scritti in materia.

Ma quella storia, tratteggiata anche dalla Corte costituzionale, unita alla pandemia, consente di comprendere quale sia stata la valutazione del Governo (e del Parlamento in sede di conversione) nel ravvisare la presenza dei connotati della straordinarietà e dell'urgenza. Così, la Corte può condivisibilmente concludere che la valutazione del potere esecutivo e di quello legislativo «non può considerarsi, comunque sia, manifestamente irragionevole o arbitraria».

#### 4. La conferma dell'*abolitio criminis* parziale.

Su un punto, come anticipato, Corte costituzionale e Giudice remittente concordano pienamente. Come ho sempre sostenuto nei miei richiamati scritti, e come confermato da un cospicuo indirizzo interpretativo<sup>4</sup>, e dalle stesse letture della Cassazione<sup>5</sup>, per utilizzare le stesse parole della Corte: «si è, dunque, al cospetto di una modifica di segno restrittivo dell'area di rilevanza penale – specie nel raffronto con la “norma vivente” disegnata dalle ricordate interpretazioni giurisprudenziali – con conseguenti effetti di *abolitio criminis* parziale, operanti, come tali, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, cod. pen., anche in rapporto ai fatti anteriormente commessi»<sup>6</sup>.

#### 5. La legittimità sostanziale dell'intervento riformatore.

Accentuando tale dato, il Giudice remittente aveva denunciato l'illegittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, recante modifiche all'art.

<sup>4</sup> Cfr., tra gli altri, BALLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *disCrimen.it*, 10 agosto 2020; GATTA, *La riforma del 2020*, GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, e PADOVANI, *Una riforma imperfetta*, tutti in ROMANO (a cura di), *Il “nuovo” abuso d'ufficio*, Pisa, 2021; GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile*, in *Sistema Penale*, fasc. 7/2020, 133 ss.; GATTA, *La riforma del 2020*, in ROMANO (a cura di), *Il “nuovo” abuso d'ufficio*, Pisa, 2021, p. 73 ss.; Id., *Da “spazza-corrotti” a “basta paura”: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo “salvo intese” (e la riserva di legge?)*, in *Sistema penale*, 17 luglio 2020; Id., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sistema penale*, 2 dicembre 2020; INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *disCrimen.it*, 31 luglio 2020; NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema penale*, 20 novembre 2020; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, fasc. 7-8; PAGELLA, *La Cassazione sull'abolitio criminis parziale dell'abuso d'ufficio ad opera del “decreto semplificazioni”*, in *Sistema penale*, 19 maggio 2021.

<sup>5</sup> Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020 (dep. 8 gennaio 2021), n. 442, Pres. Fidelbo, Rel. Giorgi, sulla quale ROMANO, *Il “nuovo” abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *questa Rivista*, 19 gennaio 2021, e ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *Sistema penale*, fasc. 4/2021, 5 ss.

<sup>6</sup> Solo per ragioni di sintesi sia consentito il rinvio a: ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Inter-temporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, e, da ultimo, Id., *Diritto penale*, cit., 131 ss.

323 del codice penale, in tema di abuso d'ufficio poiché - a suo giudizio - l'eccessivo restringimento della portata incriminatrice si sarebbe posto in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost.

In particolare, così facendo, l'intervento normativo censurato avrebbe violato l'interesse, costituzionalmente garantito, al buon andamento, all'imparzialità e alla trasparenza della pubblica amministrazione e la scelta di privare di rilevanza penale ogni forma di esercizio della discrezionalità amministrativa avrebbe comportato la violazione del principio di eguaglianza, risolvendosi nell'attribuzione all'agente pubblico di un potere dispositivo assoluto e sottratto al vaglio giudiziale.

Pertanto, il giudice *a quo* chiedeva una pronuncia di incostituzionalità che avrebbe avuto come effetto la reviviscenza della precedente norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, dal perimetro più vasto. Si trattava, dunque, della richiesta di una sentenza *in malam partem* in materia penale.

Ora, è noto - e la Corte opera gli opportuni richiami, ai quali si rinvia - che «l'adozione di pronunce con effetti *in malam partem* in materia penale risulta, in via generale, preclusa dal principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale, rimettendo al "soggetto-Parlamento" (sentenza n. 5 del 2014), che incarna la rappresentanza politica della Nazione (sentenza n. 394 del 2006), le scelte di politica criminale (con i relativi delicati bilanciamenti di diritti e interessi contrapposti), impedisce alla Corte, sia di creare nuove fattispecie o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, sia di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti, comunque sia, alla punibilità (*ex plurimis*, sentenze n. 17 del 2021, n. 37 del 2019, n. 46 del 2014, n. 324 del 2008, n. 394 del 2006 e n. 161 del 2004; ordinanze n. 219 del 2020, n. 65 del 2008 e n. 164 del 2007)».

Naturalmente, ricorda sempre la Corte, ciò si può sostenere solo in presenza di un valido atto normativo. E ciò «vale anche e specificamente per le norme penali introdotte mediante decreto-legge». Qui, però, basti richiamare quanto affermato *supra*, parag. 3; e procedere oltre.

Né si potrebbe sostenere - come invece fatto dal Giudice remittente - che nel caso di specie si sarebbe in presenza di una delle cosiddette norme penali di favore per le quali la Corte (con le sentenze n. 394 del 2006 e n. 148 del 1983) ha ammesso la sindacabilità *in malam partem*.

Infatti, precisa la Corte nella condivisibile motivazione adottata, «per norme penali di favore debbono intendersi quelle che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni compresenti nell'ordinamento». Mentre «la qualificazione come norma penale di favore non può essere fatta, di contro, discendere, come nel caso di specie, dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale. In tal caso, la richiesta di sindacato *in malam partem* non mira a far riespandere una norma tuttora presente nell'ordinamento, ma a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale: operazione preclusa alla Corte».

Di qui le conclusioni della Corte: la questione sollevata in riferimento all'art. 77 Cost., logicamente pregiudiziale, deve essere dichiarata non fondata, mentre quelle sollevate in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost. debbono essere dichiarate inammissibili.

*Et de hoc satis.* Con buona pace dei *laudatores temporis acti*, che vorrebbero riportare indietro l'orologio della storia, ai tempi (molto recenti...) nei quali, anche per l'abuso di ufficio, si potevano immaginare pesche a strascico.

Costoro, peraltro, si possono consolare facilmente, perché vi sono ancora molte norme indeterminate e fumose, pronte ad essere utilizzate nei casi più svariati. Ma ogni giorno ha la sua pena (che, nel caso di specie, è un - pur isolato - raggio di sole).

# L'ORDINE DI CARCERAZIONE CON CONTESTUALE DECRETO DI SOSPENSIONE, EX ART. 656, CO. 5, C.P.P., NON COSTITUISCE EVENTO INTERRUPTIVO DELLA PRESCRIZIONE DELLA PENA

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 15 luglio 2021, n. 46387,  
Cassano Presidente – Rocchi Relatore – Lignola P.M.

Paolo Bottari\*

## MASSIMA

Ai sensi dell'art. 172 c.p. il termine prescrizionale della pena di dieci anni decorre dalla data di irrevocabilità della sentenza di condanna o dal giorno in cui il condannato si sia sottratto volontariamente all'esecuzione per evasione. Difatti, l'ordine di carcerazione con contestuale decreto di sospensione di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p. non costituisce evento interruttivo della prescrizione della pena, da individuarsi, invece, nell'esecuzione effettiva della medesima. Altresì, la mancata proposizione dell'istanza sospensiva per la concessione di misure alternative non integra una condizione valida, ex art. 172 comma 5 c.p. a costituire il termine di nuovo decorso del termine prescrizionale.

**Sommario:** **1.** Il caso di specie. – **2.** Il ricorso del Pubblico Ministero. – **3.** Il contrasto giurisprudenziale e la rimessione alle Sezioni Unite. – **3.1.** I quesiti posti al vaglio delle Sezioni Unite. – **4.** La soluzione delle Sezioni Unite. – **4.1.** La prima questione di diritto. – **4.2.** La seconda questione di diritto. – **5.** Considerazioni conclusive.

## Abstract

*Le Sezioni Unite penali hanno affermato che il decorso del tempo necessario ai fini dell'estinzione della pena detentiva, ai sensi dell'art. 172, quarto comma, cod. pen., ha inizio il giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile, si interrompe con la carcerazione del condannato e comincia nuovamente a decorrere se il condannato, una volta iniziata l'esecuzione della pena mediante la carcerazione, vi si sottragga volontariamente con condotta di evasione. Hanno affermato, altresì, che la sospensione dell'esecuzione disposta dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., non integra alcuna delle ipotesi di cui all'art. 172, quinto comma, cod. pen.*

*The United Sections of the Supreme Court established that the time necessary for the termination of the prison sentence, pursuant to art. 172, fourth paragraph, c.p., begins the same day in which the sentence becomes irrevocable, and it ends with the imprisonment of the condemned person. The sentence can then be reinstated if the condemned person, once the execution of the sentence has started with imprisonment, voluntarily violates it through evasion. The United Sections of the Supreme Court also established that the interruption of the execution, which is ordered by the public prosecutor pursuant to art. 656, paragraph 5, c.p.p., does not integrate any of the hypotheses referred to in art. 172, fifth paragraph, c.p.*

\* Avvocato del Foro di Roma.

## 1. Il caso di specie.

L'ordinanza della Prima Sezione Penale della Suprema Corte, che ha rimesso la questione alle Sezioni Unite per un potenziale contrasto interno, trae origine dal provvedimento del 14.05.2020 del G.I.P. di Santa Maria Capua Vetere che dichiarava l'estinzione per prescrizione ex art. 172 c.p. della pena pari ad anni due di reclusione ed euro 3.000,00 € di multa inflitta ad un soggetto straniero.

In particolare, la sentenza di condanna era divenuta irrevocabile il 21.12.2007 e solo in data 16.05.2013 il Pubblico Ministero aveva emesso l'ordine di esecuzione ed il contestuale decreto di sospensione ex art. 656 c.5 c.p.p., trattandosi di pena inferiore a quattro anni di reclusione. In tale occasione, però, lo straniero risultava già espulso dal territorio italiano con decreto prefettizio e non era stato possibile, pertanto, effettuare la notifica degli atti al condannato.

Solo in data 06.03.2017, una volta rientrato in Italia lo straniero e ritracciato dalla Polizia, gli veniva notificato in mani proprie l'ordine di esecuzione ed il decreto di sospensione. Trascorsi i trenta giorni previsti dall'art. 656 c. 5 c.p.p., il 09.05.2017, in assenza di una domanda di accesso alle misure alternative alla detenzione, il Pubblico Ministero revocava il decreto di sospensione, senza però poter dare attuazione concreta all'ordine di esecuzione, essendosi il condannato reso nuovamente irreperibile. Soltanto in data 12.02.2020 il condannato veniva casualmente rintracciato dalle autorità e tradotto in carcere.

Il G.I.P. del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, investito della questione quale giudice dell'esecuzione, aveva ritenuto che la pena si fosse estinta in data 21.12.2017, esattamente dieci anni dopo la data dell'irrevocabilità della sentenza di condanna.

Vagliata l'opposizione avanzata dal Pubblico Ministero, il G.I.P. confermava il proprio provvedimento, escludendo che la notificazione dell'ordine di esecuzione con sospensione potesse segnare l'inizio dell'esecuzione, che si realizza soltanto con la carcerazione del condannato. Il Giudice dell'esecuzione aveva inoltre escluso che l'emissione dell'ordine di esecuzione della pena e relativa sospensione potesse rientrare tra le ipotesi previste dall'art. 172 c.5 c.p., secondo cui *“Se l'esecuzione della pena è subordinata alla scadenza di un termine o al verificarsi di una condizione, il tempo necessario per l'estinzione della pena decorre dal giorno in cui il termine è scaduto o la condizione si è verificata”*.

## 2. Il ricorso del Pubblico Ministero.

Avverso l'ordinanza del G.I.P. che confermava la propria decisione, il Procuratore della Repubblica di Santa Maria Capua Vetere proponeva ricorso per Cassazione, articolato in tre motivi.

In primo luogo, il Pubblico Ufficio lamentava la violazione di legge in relazione agli artt. 172 c.p. e 656 c.5 c.p.p. *“per aver il giudice dell'esecuzione escluso che la notifica compiuta in data 6 marzo 2017, prima dello spirare del decennio in cui si realizza la prescrizione [...] possa incidere sulla prescrizione della pena ed interrompere il corso del termine, sebbene il soggetto si fosse reso in seguito irreperibile, dimostrando l'intenzione di sottrarsi alla carcerazione”*. Secondo il ricorrente, nel caso di specie

avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 172 c.4 c.p., per il quale il *dies a quo* della prescrizione della pena coinciderebbe con il "*giorno in cui il condannato si è sottratto volontariamente alla esecuzione già iniziata della pena*". Invero, stante il meccanismo previsto dall'art. 656 c.p.p., è la notifica al condannato dell'ordine di carcerazione e sospensione che segna l'inizio dell'esecuzione, rafforzando altrimenti un incentivo alle condotte elusive del condannato dirette a conseguire la caducazione del titolo esecutivo. In tale ottica, la successiva irreperibilità del soggetto sarebbe indicativa della sua volontà di sottrarsi all'esecuzione.

Con il secondo motivo di ricorso, il Procuratore deduceva le medesime violazioni di legge censurate nel primo motivo, per non aver il G.I.P. considerato che il decorso del termine di trenta giorni per la proposizione della richiesta di accesso alle misure alternative realizzi una delle ipotesi in cui l'esecuzione è subordinata alla scadenza di un termine, con la conseguente applicabilità dell'art. 172 c. 5 c.p. e fissazione della decorrenza del termine di prescrizione da tale data. Tale assunto però, come già chiarito dall'ordinanza della Prima Sezione, derivante da un isolato precedente<sup>2</sup> e successivamente smentito dalla giurisprudenza<sup>3</sup>, deve essere rivalutato sulla scorta dei principi affermati recentemente dalla Corte Costituzionale<sup>4</sup> in relazione alle modifiche introdotte dalla spazzacorrotti<sup>5</sup>.

Quale ultimo motivo, in via subordinata, il ricorrente censura l'erronea esclusione della possibilità di applicare il principio espresso dalla sentenza n. 26300/2011<sup>6</sup>, secondo cui il termine di prescrizione resta sospeso tra la data dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero e quella del ripristino della detenzione in caso di rientro in Italia.

Il Sostituto Procuratore Generale presente in udienza concludeva per l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata, ritenendo che l'esecuzione delle pene detentive brevi avesse inizio con l'ordine di esecuzione e la sua contestuale sospensione.

Quest'ultimo, in visione difforme rispetto al ricorrente di Santa Maria Capua Vetere, precisava però che la sospensione temporanea di cui all'art. 656 c. 5 c.p.p., finalizzata a consentire al condannato di presentare la richiesta di misura alternativa alla detenzione, non rappresenta una ipotesi di cui all'art. 172 co. 5 c.p. e, parimenti, riteneva manifestamente infondato il terzo motivo del ricorso poiché basato su una norma dettata per una diversa ipotesi e, in ogni caso, successivamente abrogata.

---

<sup>1</sup> Art. 172 comma 4 c.p.: "*Il termine decorre dal giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile, ovvero dal giorno in cui il condannato si è sottratto volontariamente all'esecuzione già iniziata della pena*".

<sup>2</sup> Cass. pen., Sez. I, n. 9854/2007.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. I, n. 21627 del 29.04.2014 (dep. 27.05.2014); in senso conforme Cass. pen., Sez. I, n. 49747 del 26.06.2018 (dep. 30.10.2018): "*ai fini dell'estinzione della pena per decorso del tempo, nel caso di sospensione dell'esecuzione disposta dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 656 c. 5 c.p.p. il termine di prescrizione decorre dalla data di irrevocabilità della condanna, ai sensi dell'art. 172 c. 4 c.p., e non da quella del provvedimento di revoca della sospensione*".

<sup>4</sup> Corte Costituzionale n. 32/2020.

<sup>5</sup> Legge n. 3 del 09.01.2019.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. I, n. 26300 del 19.04.2011.

### 3. Il contrasto giurisprudenziale e la rimessione alle Sezioni Unite.

Nell'ordinanza di rimessione il collegio palesava l'esistenza di un potenziale contrasto interno alla Prima Sezione Penale in merito alla esatta individuazione del momento in cui ha inizio l'esecuzione della pena.

Secondo un primo orientamento, prevalente nella giurisprudenza della Suprema Corte, nei casi in cui dopo l'emissione e notificazione dell'ordine di carcerazione questo non venga attuato per irreperibilità del destinatario, non sussiste l'ipotesi della "volontaria sottrazione all'esecuzione già iniziata", prevista dall'art. 172 co. 4 c.p. Tale caso si verifica soltanto con la precedente materiale carcerazione del condannato, in mancanza del quale il *dies a quo* della decorrenza del termine di prescrizione coincide col momento di irrevocabilità della sentenza di condanna<sup>7</sup>.

Questo principio, formatosi in un'epoca antecedente all'entrata in vigore dell'attuale normativa "speciale" per le pene detentive brevi<sup>8</sup>, veniva poi suffragato da un serie di pronunce giurisprudenziali di uniforme veduta, tra cui anche una pronuncia a Sezioni Unite<sup>9</sup>, affermando il principio per cui "*la norma di cui all'art. 172 c.p., a differenza delle disposizioni di cui agli artt. 157 e ss. [in tema di prescrizione del reato], che disciplinano la prescrizione del reato prima della condanna, non prevede cause di sospensione del termine di prescrizione e, trattandosi di norma penale sostanziale, non è consentito introdurre in via analogica una causa di sospensione del termine*". Questo sia in base alla interpretazione letterale e sistematica del comma 5 dell'art. 172 c.p., che in ragione del divieto di analogia in *malam partem*.

Il secondo orientamento, sostenuto anche dal ricorrente nel caso di specie, afferma al contrario che con l'emissione dell'ordine di esecuzione, ancorché temporaneamente sospeso, si realizzi la potestà punitiva dello stato ed abbia inizio l'esecuzione<sup>10</sup>. A ben vedere, secondo tale linea interpretativa, priva di recenti conferme nella giurisprudenza della Prima Sezione, l'irreperibilità del condannato dopo la ricezione personale dell'ordine di carcerazione sospeso dimostra l'intenzione di sottrarsi alla espiazione, con la conseguente applicabilità dell'art. 172 co. 4 c.p. ed il decorso del termine di prescrizione da quel momento.

Orbene, il collegio rimettente, pur consapevole della difficoltà di adattamento di quest'ultimo orientamento alla situazione oggetto di esame, sulla scorta della prospettiva suggestiva del Procuratore ricorrente, non nasconde una incertezza di fondo, affermando che "*ad avviso di questo Collegio, l'interpretazione letterale dell'art. 172 co. 4 c.p., [...] pretende un'esecuzione iniziata, intesa come realizzata mediante la privazione della libertà personale del condannato, che solo sulla base di questo presupposto può sottrarvisi per determinazione volontaria*".

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. I, n. 4060 del 10/06/1997 Gallo, Rv. 207956).

<sup>8</sup> La Legge 165 del 27.05.1998 ha introdotto la speciale procedura dell'esecuzione delle pene detentive brevi, rientranti nei limiti previsti dall'art. 656 co. 5 c.p.p., per le quali è previsto un che il pubblico ministero proceda con l'ordine di carcerazione e contestuale decreto di sospensione per dar modo al destinatario, quando ancora in libertà, di presentare al tribunale di sorveglianza la richiesta di misura alternativa alla detenzione ed evitare così il suo ingresso in istituto penitenziario nell'attesa della decisione della autorità competente.

<sup>9</sup> Cass. pen., SS.UU., n. 2 del 30.10.2014 (dep. 02.01.2015).

<sup>10</sup> Cass. pen., Sez. I, n. 9854/2007.



Ulteriore spunto di riflessione, segnalato anche dal ricorrente a sostegno della propria tesi, è offerto dalla sentenza n. 32 del 2020 della Consulta che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 co. 6 della legge c.d. "spazzacorrotti"<sup>11</sup>, avrebbe avuto un effetto riflesso sul divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena di cui all'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p., laddove ha associato l'inizio dell'esecuzione all'emissione dell'ordine di carcerazione<sup>12</sup>, implicitamente ammettendo che lo stesso potrebbe realizzarsi anche in ambito non detentivo, come nel caso della sospensione dell'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656 co. 5 c.p.p.

L'ordinanza rimettente ha, infine, evidenziato come il contrasto sussistente assuma rilievo anche in relazione all'applicazione della disciplina estradizionale. Premesso che l'extradizione non può essere accordata se la pena è prescritta ed il termine finale per il calcolo della prescrizione della pena è rappresentato dalla data di presentazione della richiesta di estradizione, il collegio rimettente ha rappresentato come la sentenza n. 54337 del 20/11/2018 della Prima Sezione<sup>13</sup> abbia esposto la questione ad ancor maggiore incertezza poiché *"dopo aver affermato che la disciplina della prescrizione della pena non prevede fenomeni sospensivi e interruttivi dei termini analoghi a quelli previsti dagli artt. 159 e 160 c.p., non applicabili per analogia, attesa la natura eccezionale della normativa in esame, che deroga al principio generale dell'interesse dello Stato all'esecuzione della sanzione penale nei confronti di tutti i condannati, ha assegnato all'arresto all'estero dell'estradando valore di atto interruttivo della prescrizione, in grado di determinare il nuovo decorso del termine"*.

### 3.1. I quesiti posti al vaglio delle Sezioni Unite.

Sulla scorta delle evidenti ripercussioni pratiche causate dalle incertezze interpretative della questione affrontata, la Prima Sezione ha ritenuto necessario rimettere la risoluzione del *thema decidendum* alle Sezioni Unite, formulando un duplice quesito:

1) *"Se la notifica dell'ordine di esecuzione con contestuale decreto di sospensione ai sensi dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., al condannato resosi successivamente irreperibile, integri l'inizio della esecuzione ai sensi dell'art. 172, quarto comma, seconda parte, cod. pen."*;

2) *"Se e entro quali limiti, ai fini del decorso del tempo necessario ad estinguere la pena ai sensi dell'art. 172 cod. pen., la sospensione temporanea dell'esecuzione disposta dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., integri una delle ipotesi previste dall'art. 172, quinto comma, cod. pen. secondo cui l'esecuzione"*

<sup>11</sup> Legge n. 3 del 09.01.2019.

<sup>12</sup> Corte costituzionale n. 3/2020: «Sebbene dalla collocazione [dell'art. 656 c.p.p.] il diritto vivente abbia dedotto la sottoposizione al generale principio *tempus regis actum*, non v'è dubbio che essa – nel vietare la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena in una serie di ipotesi, tra cui quella relativa alla condanna per un reato di cui all'art. 4-bis, ordin. penit. – produce l'effetto di determinare l'inizio dell'esecuzione della pena stessa in regime detentivo».

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. I, n. 54337 del 20.11.2018 (dep. 05.12.2018): «In tema di prescrizione della pena, l'arresto del condannato effettuato all'estero in esecuzione di una richiesta di estradizione dello Stato italiano determina l'inizio dell'esecuzione della pena e la decorrenza "ex novo" del termine di prescrizione della stessa, a nulla rilevando la successiva scarcerazione del condannato per mancata concessione dell'extradizione da parte dell'autorità giudiziaria estera».

*della pena è subordinata alla scadenza di un termine o al verificarsi di una condizione, il tempo necessario per l'estinzione della pena decorre dal giorno in cui il termine sia scaduto o la condizione si sia verificata”.*

## 4. La soluzione delle Sezioni Unite.

### 4.1 La prima questione di diritto.

Con riguardo alla prima questione sollevata dalla Sezione rimettente, all'esito della camera di consiglio del 15 luglio scorso, le Sezioni unite hanno ritenuto di dover aderire al primo orientamento maggioritario, affrontando una serie di temi presupposti che meritano l'opportuno approfondimento.

Ebbene, partendo da un'analisi normativa dell'istituto dell'estinzione della pena per decorso del tempo, e quindi dell'art. 172 c.p., il Collegio ha individuato tre diversi momenti di decorrenza del termine dell'estinzione.

Il primo, coerentemente con il disposto dell'art. 650 comma 1 c.p.p.<sup>14</sup>, coincide con il giorno in cui la sentenza di condanna è divenuta irrevocabile, presupponendo, quindi, che il giudicato si realizza quando contro le sentenze non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione o quando l'impugnazione consentita non è stata proposta o, se presentata, è dichiarata inammissibile o rigettata.

Si da atto, inoltre, dell'elaborazione giurisprudenziale<sup>15</sup> che distingue tra autorità di cosa giudicata ed esecutività della decisione giudiziale, ove se la prima è il risultato conseguente alla conclusione del processo nel suo sviluppo per gradi ed all'esaurimento del potere decisionale sulla *res giudicanda*, la seconda presuppone la formazione del titolo esecutivo e la definitività del provvedimento.

Dalla lettura coordinata degli artt. 624, 648 e 650 c.p.p., invero, si desume che l'esecutività del provvedimento discende dalla sua irrevocabilità, salvo che non sia diversamente disposto. Tale correlazione può difettare quando il provvedimento, sebbene definitivo sul piano formale a seguito della conclusione del procedimento penale per mancata proposizione dell'impugnazione nel termine prescritto o per l'avvenuto esperimento con esito negativo dei mezzi di impugnazione, contiene un comando giurisdizionale non realizzabile.

A ben vedere, l'art. 172 co. 4 c.p. individua quale termine di decorrenza per l'estinzione della pena per decorso del tempo il giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile, facendo riferimento al momento in cui la sentenza sia concretamente utilizzabile come titolo esecutivo<sup>16</sup>.

Gli altri due momenti di decorrenza del termine, invece, ritardano l'estinzione della pena rispetto alla previsione generale.

Trattasi dell'ipotesi prevista dalla seconda parte dell'art. 172 co. 4 c.p. in cui l'esecuzione della pena è già iniziata e non è possibile darvi corso per volontaria sottrazione del condannato.

<sup>14</sup> “Salvo che sia diversamente disposto, le sentenze e i decreti penali hanno forza esecutiva quando sono divenuti irrevocabili”.

<sup>15</sup> Cass. pen., Sez. U., n. 3423 del 29/10/2020, dep. 2021. Giallusi, Rv. 280261.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. U., n. 4460 del 19/01/1994, Cellerini, Rv. 196889.

Presupposto necessario a tale distinzione è il solido principio per cui l'inizio dell'esecuzione non costituisce un atto interruttivo, tale da far decorrere nuovamente il termine per l'estinzione della pena.

Non si applicano, invero, all'estinzione della pena per decorso del tempo le categorie e gli istituti propri della prescrizione del reato.

La seconda parte del menzionato comma 4 prevede, però, un'eccezione a questo principio, facendo decorrere un nuovo termine di estinzione della pena quando il condannato si sottragga volontariamente all'esecuzione già iniziata. La pena si estinguerà per decorso del tempo se il condannato, sottrattosi volontariamente all'esecuzione, non sarà nuovamente sottoposto ad essa entro il termine fissato dalla norma.

Altra ipotesi derogatoria è quella prevista dall'art. 172 co. 5 c.p., che fa slittare il *dies a quo* del termine di estinzione ad una data successiva a quella di irrevocabilità della sentenza di condanna senza che l'esecuzione abbia avuto inizio. In questi casi, alla irrevocabilità della sentenza non corrisponde la sua esecutorietà poiché quest'ultima è subordinata alla scadenza di un termine od al verificarsi di una condizione.

Tali ipotesi eccezionali sono unicamente quelle previste dal legislatore, a mente del principio di indefettibilità della esecutorietà della sentenza penale al momento della formazione dell'irrevocabilità, che non consente di ipotizzare casi di sospensione non tipicamente previsti, lasciando altrimenti nelle mani del Pubblico Ministero, o del Giudice, un potere di discrezionalità sull'esecuzione.

Preme evidenziare che con l'introduzione dell'art. 656 c.p.p., comma 5, il legislatore abbia disposto che, in presenza di determinate condizioni, il pubblico ministero, in deroga alla regola generale sull'esecuzione delle pene detentive stabilita dal comma 1, non debba ordinare la carcerazione del condannato, ma sia tenuto a notificargli l'ordine di esecuzione e il contestuale decreto di sospensione. Nel caso di accoglimento dell'istanza di concessione di una misura alternativa alla detenzione, la sospensione della carcerazione diviene definitiva, salva l'ipotesi di revoca della misura da parte del tribunale di sorveglianza.

Secondo le Sezioni Unite in commento, in tali ipotesi il lasso temporale che intercorre tra la data di irrevocabilità della sentenza di condanna a pena detentiva breve e l'eventuale carcerazione del condannato può essere ripartito in vari segmenti.

Una prima fase, infatti, intercorre tra la data di irrevocabilità della sentenza di condanna e quella della notifica al condannato dell'ordine di esecuzione e del contestuale decreto di sospensione. Periodo che può avere una durata non breve a causa dei vari adempimenti previsti dall'iter dell'art. 656 c.p.p., che iniziano con la trasmissione al pubblico ministero dell'estratto esecutivo della sentenza di condanna da parte della cancelleria del giudice, sino alla trasmissione degli atti al magistrato di sorveglianza affinché provveda all'eventuale applicazione della liberazione anticipata ove vi siano periodi di custodia cautelare presofferta o di fungibilità con il titolo da eseguire.

Un secondo segmento temporale è costituito dal termine di trenta giorni per la presentazione dell'istanza di concessione di misure alternative alla detenzione, termine che decorre dalla notificazione del decreto del pubblico ministero.

Il terzo segmento intercorre tra la scadenza del termine per la presentazione dell'istanza e la data della decisione del tribunale di sorveglianza.

A mente dell'art. 656 c.p.p. comma 6, una volta trasmessa da parte del pubblico ministero l'istanza presentata, il tribunale deve decidere entro quarantacinque giorni

dal ricevimento dell'istanza. Termine che però è di tipo ordinatorio, la cui violazione non comporta conseguenze.

Il quarto segmento temporale è quello successivo all'ordinanza del tribunale di sorveglianza che rigetta o dichiara inammissibile l'istanza di concessione della misura alternativa ovvero al decreto del presidente che la dichiara inammissibile oppure alla scadenza del termine di trenta giorni dalla notificazione del provvedimento del pubblico ministero, nel caso in cui l'istanza non sia stata presentata. A tal punto il pubblico ministero deve revocare il decreto di sospensione dell'esecuzione e, quindi, dare nuova efficacia all'ordine di carcerazione del condannato, il quale deve essere arrestato e tradotto in carcere.

In caso di mancata presentazione dell'istanza, il pubblico ministero deve disporre la rinnovazione della notifica, se è provato o appare probabile che il condannato non abbia avuto effettiva conoscenza del provvedimento (art. 656 c.p.p., comma 8 bis). A ben vedere, il rintraccio del condannato libero ai fini della carcerazione può non risultare agevole, senza che l'eventuale condizione oggettiva di irreperibilità possa in alcun modo equipararsi alla nozione di *"volontaria sottrazione all'esecuzione già iniziata"* di cui all'art. 172 c.p., comma 4, seconda parte.

Ciò premesso, il collegio tornando sul merito della specifica questione in ordine al contrasto sull'individuazione del momento in cui inizia l'esecuzione, ha ribadito che, nonostante le perplessità esposte dal Procuratore ricorrente, nessuna pronuncia di legittimità ha espressamente affermato che l'esecuzione delle pene detentive brevi inizia con la notifica al condannato del decreto del pubblico ministero emesso ai sensi dell'art. 656 co. 5 c.p.p.

Inoltre, mediante una comparazione tra la normativa prevista dall'originario codice del 1930 e quello del 1988, le Sezioni Unite hanno tratto una prima conclusione fondamentale per dirimere il problema: *"se l'esecuzione delle pene detentive avviene con la carcerazione, l'emissione del provvedimento previsto dall'art. 656 c.p.p., comma 5, non può costituire l'inizio dell'esecuzione della pena, considerato che il pubblico ministero, contestualmente all'ordine di esecuzione, deve adottare il provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva"*.

L'opposta ricostruzione, secondo cui l'emissione dell'ordine di esecuzione della pena con contestuale sospensione segnerebbe l'inizio dell'esecuzione delle pene detentive brevi, non è condivisibile, in quanto non è sufficiente la mera emissione del provvedimento da parte del pubblico ministero, ma occorre che lo stesso sia notificato al condannato.

Parimenti infondata è anche la tesi secondo cui l'inizio dell'esecuzione della pena coincide con il sorgere del procedimento esecutivo, con la inevitabile conseguenza dell'anticipazione dell'inizio dell'esecuzione al momento in cui il pubblico ministero emette il provvedimento dopo che la sentenza di condanna è divenuta irrevocabile. In realtà, il procedimento di esecuzione sorge prima della carcerazione del condannato ed il "rapporto esecutivo" conseguente alla notificazione del provvedimento del pubblico ministero prescinde dall'intervenuto inizio dell'esecuzione.

Lo stesso valga per la prospettazione, sostenuta dal ricorrente, secondo cui l'inizio dell'esecuzione delle pene detentive brevi, in caso di ricorrenza delle ipotesi previste dall'art. 656 c.p.p. comma 5, dovrebbe essere individuata nel momento della notificazione al condannato del decreto di esecuzione e contestuale sospensione da parte del pubblico ministero.

Invero, dopo la notifica dell'ordine di esecuzione e del contestuale decreto di sospensione, il condannato non si sottrae volontariamente alla esecuzione già iniziata della pena (art. 172 c.p., comma 4, seconda parte), in quanto dopo la notifica dei due provvedimenti del pubblico ministero (ordine di carcerazione e contestuale decreto di sospensione) egli non è sottoposto ad alcuna restrizione.

Sulla scorta delle considerazioni esposte, le Sezioni Unite hanno affermando il seguente principio di diritto: *“Il decorso del tempo ai fini dell'estinzione della pena detentiva, ai sensi dell'art. 172, quarto comma, cod. pen., ha inizio il giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile e si interrompe con la carcerazione del condannato.*

*Esso comincia nuovamente a decorrere se il condannato, una volta iniziata la esecuzione della pena mediante la carcerazione, vi si sottragga volontariamente con condotta di evasione”.*

#### 4.2. La seconda questione di diritto.

Per quanto attiene alla seconda questione sull'applicabilità dell'art. 172 c.p. comma 5, in caso di sospensione della pena detentiva breve disposta ai sensi dell'art. 656 c.p.p., comma 5, il collegio ripercorre l'evoluzione giurisprudenziale sul punto, partendo dalla pronuncia n. 9854 del 2007<sup>17</sup> in cui la sospensione dell'esecuzione disposta dal pubblico ministero è stata ricompresa tra le ipotesi di subordinazione dell'esecuzione della pena alla scadenza di un termine. In tal caso, però, ai fini di certezza sulle modalità di espiazione della pena, il termine di prescrizione decorre dalla data in cui il tribunale di sorveglianza accerti la causa di inammissibilità o rigetto dell'applicazione della misura alternativa.

In precedenza, anche la pronuncia della Sezione V, n. 32021 del 14/04/2003, Costanzo, aveva negato che le ipotesi di applicazione dell'art. 172 c.p. comma 5 fossero esclusivamente quelle previste dagli artt. 146 e 147 c.p., oltre a quelle di revoca della sospensione condizionale della pena o dell'indulto, rientrando nella previsione normativa tutti i casi in cui la sentenza di condanna non è eseguibile.

In senso difforme, altre pronunce affermano che nel caso di sospensione dell'esecuzione disposta dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 656 c.p.p. comma 5 il termine di estinzione della pena decorre dalla data di irrevocabilità della condanna, ai sensi dell'art. 172 c.p. comma 4, e non da quella del provvedimento di revoca della sospensione<sup>18</sup>.

Si sostiene, infatti, che le cause di sospensione previste dall'art. 172 c.p., comma 5, sono esclusivamente quelle riferite alla sentenza di condanna e non invece quelle riferibili all'attività posta in essere dagli organi deputati alla esecuzione e che, pertanto, ai fini dell'estinzione della pena, il *dies a quo* è da individuare nel momento in cui la sentenza di condanna è passata in giudicato ed è suscettibile di essere utilizzata come titolo esecutivo<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 9854 del 16/01/2007, Corio, Rv. 236289. Pronuncia successivamente richiamata da Sez. 1, n. 8166 del 16/1/2018, Esposito, non mass. e da Sez. 1, n. 35537 del 2/7/2012, Perna, non mass.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 49747 del 26/06/2018, Kaja Saymir, Rv. 274536.

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 31196 del 17/06/2004, Giorgetta, Rv. 229286.

Tale soluzione si poggia sull'impossibilità di introdurre altre cause di sospensione in via analogica, atteso che l'art. 172 c.p. è una norma sostanziale e l'analogia sarebbe operata in *malam partem*.

Più recentemente, la sentenza n. 21963/2020 della Prima Sezione<sup>20</sup> ha ricordato l'esistenza di *“un principio di civiltà giuridica che discende dalla necessità di porre un termine certo alla possibilità di eseguire la pena detentiva, diversa da quella perpetua, perché, altrimenti, il condannato sarebbe indefinitamente soggetto alla pretesa punitiva dello Stato anche quando questo, per mezzo degli organi preposti all'esecuzione, abbia di fatto manifestato il proprio disinteresse ovvero l'incapacità di eseguire la pena. Compete, infatti, agli organi che devono curare l'esecuzione della pena - in primis il pubblico ministero ex art. 655 c.p.p. - di assumere le iniziative che si palesino opportune per individuare il condannato e, quindi, sottoporlo all'autorità dello Stato, sicché non può tornare a danno del condannato il tempo impiegato dalle autorità pubbliche per portare a compimento il compito loro affidato dalla legge. Analogamente non può essere addebitato al condannato il tempo impiegato dal tribunale di sorveglianza per valutare l'istanza di misura alternativa che è stata avanzata a seguito dell'ordine di carcerazione - con contestuale sospensione - emesso dal pubblico ministero a norma dell'art. 656 c.p.p., comma 5”*.

Le Sezioni Unite, sottolineando l'importanza del dato testuale, hanno ritenuto condivisibile il secondo orientamento.

Pare opportuno ricordare che già la sentenza delle Sezioni Unite, Maiorella, n. 2 del 30/10/2014, dep. 2015, aveva chiarito come *“Il dato testuale (...) assume, in materia, un'importanza decisiva. Poiché il tema centrale è l'estinzione della pena per decorso inattivo del tempo, e cioè la prescrizione della stessa, l'individuazione del dies a quo è argomento nel quale la formulazione normativa, in un tema che riveste carattere sostanziale, non può che assurgere al paradigma della tipicità. Non è consentito, dunque, all'interprete percorrere vie esegetiche (per quanto anch'esse non prive di argomenti logico-sistematici) che esulino dal dato testuale assolutamente preciso e chiaro”*.

A ben vedere, il legislatore del 1998, disegnando un istituto in forza del quale, pur in presenza di sentenza di condanna irrevocabile, la esecuzione viene obbligatoriamente sospesa, non è intervenuto sull'art. 172 c.p., e non ha, quindi, stabilito espressamente che la sospensione dell'esecuzione disposta in forza all'art. 656 c.p.p., comma 5, introduce un termine o una condizione inquadabili in quelli previsti dal comma 5 della norma sostanziale.

La complessa e articolata procedura derivante dall'art. 656 co. 5 c.p.p., pur contenendo un elenco di adempimenti dei diversi organi coinvolti, non può incidere sulla decorrenza del termine di estinzione della pena.

Diversamente, l'esito dell'accoglimento dell'opposto orientamento sarebbe paradossale e inaccettabile, ben potendo il condannato restare sottoposto alla minaccia dell'esecuzione della pena detentiva per un periodo indeterminato, essendo incerti i tempi di notificazione al condannato dei provvedimenti del pubblico ministero, così come quelli del suo rintraccio in caso di mancata presentazione dell'istanza di

---

<sup>20</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 21963 del 6/7/2020, El Misri, non mass.

concessione delle misure alternative nel termine previsto ovvero della decisione del tribunale di sorveglianza nel caso che l'istanza sia stata presentata.

Si ravviserebbe, inoltre, una violazione del principio di uguaglianza, sia per i condannati nella medesima posizione la cui esecuzione della sentenza di condanna o della misura alternativa alla detenzione potrebbe intervenire in momenti differenti in conseguenza di circostanze del tutto indipendenti dalla loro volontà, che per la disparità tra i condannati per i quali l'esecuzione della pena non può essere sospesa ai sensi dell'art. 656 c.p.p. comma 5 e quelli che, invece, accedono a tale procedura.

Invero, se i primi sono responsabili di reati più gravi, paradossalmente questi possono lucrare – ai fini dell'estinzione della pena per decorso del tempo – sui ritardi nell'emissione dell'ordine di carcerazione e sulla incapacità della polizia giudiziaria di darvi esecuzione, poiché il termine per l'estinzione della pena decorre indefettibilmente dalla data di irrevocabilità della sentenza di condanna.

Al contrario, i condannati per i reati per i quali si applica la sospensione ex art. 656 c.p.p. comma 5, quindi responsabili di reati meno gravi o di minore allarme sociale, non hanno alcuna aspettativa di estinzione della pena per decorso del tempo in conseguenza dei ritardi e delle inefficienze dei vari organi coinvolti nella stessa.

Pertanto, in riferimento alla seconda questione posta dall'ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto:

*“Il procedimento di esecuzione della pena detentiva, ai sensi dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., non rientra in una delle ipotesi previste dall'art. 172, comma quinto, cod. pen.”.*

## 5. Considerazioni conclusive.

Alla luce del chiarimento delle Sezioni Unite, il decorso del termine della prescrizione delle pene deve individuarsi nel giorno dell'irrevocabilità della sentenza e non può ritenersi rilevante, a tal fine, la disciplina prevista dall'art. 656 comma 5 c.p.p.

La decisione appare coerente con la duplice finalità cui risponde l'estinzione della pena per decorso del tempo.

Da un lato, porre un limite temporale alla realizzazione della potestà punitiva dello Stato nei confronti di soggetti condannati per la commissione di reati, sul presupposto per cui il decorso del tempo dal passaggio in giudicato della sentenza fa venir meno l'interesse alla esecuzione della sanzione di reati risalenti nel tempo per il diminuito ricordo sociale del fatto.

Dall'altro lato, un'esecuzione tardiva rende irrealizzabile la finalità rieducativa della pena nei confronti di chi, a distanza di un lungo periodo di tempo della condotta illecita, può presentare una positiva evoluzione della personalità.

Una diversa soluzione, oltre a produrre i suesposti risultati pratici di carattere paradossale, appare priva di fondamento normativo o di precedenti giurisprudenziali idonei a sostenere lo slittamento incolpevole del *dies a quo* del termine di prescrizione della pena.

Vale la pena ricordare che il nostro ordinamento prevede cause di sospensione dell'esecuzione già avviata, ma non sospensioni della prescrizione della pena. Ed invero, l'art. 172 c.p. prevede diversi *dies a quibus* (a seconda dei casi: condannato che si sottrae volontariamente all'esecuzione già iniziata; verificarsi di una condizione),

ma non ipotesi di sospensione del corso della prescrizione rispetto ad un inizio fissato per legge.

A ben vedere, già la relazione al progetto definitivo del codice penale giustificava la norma dell'art. 172 c.p., comma 5, distinguendo tra i fatti ostativi all'esecuzione posti volontariamente dal condannato e gli eventi ostativi indipendenti dalla volontà dello stesso, escludendo per i secondi il differimento del termine di estinzione della pena: *“Sarebbe eccessivo il rigore della legge, se in simili casi rimanesse anche sospeso il decorso del tempo per l'estinzione della pena; se, cioè, esso non iniziasse il suo svolgimento o, dopo essersi iniziato, subisse un arresto a danno del condannato incolpevole dell'impedimento sopravvenuto. E questa considerazione mi ha indotto a temperare il rigore del principio, dichiarando l'irrilevanza giuridica di siffatto impedimento, nel calcolo del periodo estintivo, dovendo valere la regola generale, che fissa la decorrenza di esso alla data della sentenza di condanna divenuta irrevocabile”*.

La tesi del ricorrente, che proponeva lo slittamento del tempo necessario a prescrivere la pena, appare, infine, eccessivamente giustizialista se riconosciuta come regola generale, poiché, di fatto, produrrebbe lo stesso stato di imprescrittibilità della condanna cui soggiacciono le particolari categorie previste dal comma 7 dell'art. 172 c.p.<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Art. 172 comma 7 c.p.: *«L'estinzione delle pene non ha luogo, se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, o di delinquenti abituali, professionali o per tendenza; ovvero se il condannato, durante il tempo necessario per l'estinzione della pena, riporta una condanna alla reclusione per un delitto della stessa indole»*.



# MAGISTRATURA (POCO) DEMOCRATICA. IL TRAVAGLIATO RAPPORTO TRA DIRITTO DI CRONACA E CRITICA GIUDIZIARIA E DELITTO DI DIFFAMAZIONE

Riflessioni a margine della sentenza del Tribunale di Roma, Sez. VII,  
29 novembre 2021, n. 9689

**Mattia Romano\***

**Sommario:** I. *Quis custodiet custodes ipsos?* – II. Il travagliato rapporto tra l'esercizio dei diritti di cronaca e critica giudiziaria e il delitto di diffamazione – III. La sentenza in commento. – IV. Chiose finali.

## Abstract

*Il presente contributo intende ragionare, traendo spunto da una recentissima pronuncia del Tribunale capitolino, sul travagliato rapporto tra la diffamazione e l'esimente dell'esercizio del diritto di cronaca e critica giudiziaria nell'era dei nuovi media. A tal fine si ritiene utile analizzare il diritto positivo e vivente sul punto, evidenziando il primario rilievo del succitato diritto nel difficile equilibrio di pesi e contrappesi imprescindibili per un corretto esercizio dei Poteri dello Stato, debitamente separati in ossequio alla tradizione illuminista.*

*The aim of this article is to reason on the troubled relationship between crime of contempt and the reason for justification of the exercise of the right to report and judicial criticism in the era of new media, picking it up from a very recent ruling by the Court of Rome. To this end it is considered useful to analyze the statute law and case law, in order to underline the primary importance of the aforementioned right in the difficult equilibrium of checks and balances essential for a correct exercise of the State Powers, duly separated in accordance with the Enlightenment tradition.*

---

\* Primo segretario della XLII Conferenza dei Giovani Avvocati di Roma. Ph.D. Cand. in diritto penale – corso di dottorato in medium e medialità presso l'Università degli Studi eCampus.

## I. *Quis custodiet custodes ipsos?*

Platone nella sua “*Repubblica*” invitava i custodi dello Stato a guardarsi dall'ubriachezza, per non avere essi stessi bisogno di esser sorvegliati.

Oggi nella nostra Repubblica, non dobbiamo guardarci tanto dall' “*ebbrezza*” *stricto sensu* dei custodi del diritto, quanto dal fatto che taluni di essi sembrano talvolta peccare impunemente di *ybris* e che, sovente, lascino trasparire un certo desiderio di “apparire”, anche a discapito della funzione ricoperta e – cosa assai più grave – anche a costo di privare non solo della libertà ma soprattutto della serenità i malcapitati iscritti – *sine grano salis* – nel registro degli indagati.

La presente riflessione è figlia della lettura di una recente – e affatto condivisa – pronuncia di merito del Tribunale capitolino che pare, a ben vedere, esser frutto di quella che, a modesto avviso dello scrivente, è una inappropriata idea del giudicante di una “intangibilità e indiscutibilità” dell'operato della magistratura requirente.

Tale pronuncia pare recidere di netto quel «filo quasi trasparente ma robustissimo che collega l'art. 21 Cost. all'art. 101»<sup>1</sup>.

Correndo il rischio – concreto, atteso il tenore del provvedimento in commento – di incappare in “contestazioni”, con il presente contributo si intende esercitare il diritto – negato al giornalista imputato e condannato in primo grado nel procedimento *de quo* – di critica giudiziaria<sup>2</sup>.

Preme, infatti, evidenziare la manifesta compressione ad opera del provvedimento in commento del predetto diritto, garantito dall'Art. 21 della Carta costituzionale, in ragione di quella che, ad avviso dello scrivente, non è null'altro che una insindacabilità delle azioni di coloro i quali sono investiti del più delicato potere costituzionale: l'esercizio della giurisdizione.

Prima di analizzare i profili giuridici della vicenda e prima di esternare le riflessioni che ne conseguono, mette conto rappresentare il fatto oggetto di contestazione nel procedimento in parola: la manifestazione a mezzo *social network* da parte di un noto giornalista del proprio dissenso rispetto all'operato – rivelatosi *a posteriori* del tutto fallimentare – di un Pubblico Ministero assai mediatico.

Le osservazioni “diffamatorie” oggetto di contestazione sono sostanzialmente due: l'accusa di aver sperperato invano i soldi dei contribuenti e l'auspicio di una futura espulsione dello stesso dai ranghi della magistratura in ragione delle sue attività investigative piuttosto ardite e fantasiose.

Per tali esternazioni l'imputato è stato ritenuto colpevole in primo grado del delitto di diffamazione aggravata, con condanna alla pena di € 600,00 di multa.

---

<sup>1</sup> GIOSTRA, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 3, 2018.

<sup>2</sup> Per un approfondimento sul tema si vedano anche ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 57; GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia “reale” e sulla giustizia “percepita”*, in *Leg. pen.*, 2018; PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 690.

## II. Il travagliato rapporto tra l'esercizio dei diritti di cronaca e critica giudiziaria e il delitto di diffamazione.

Il delitto di diffamazione, com'è noto, è posto a tutela del bene giuridico dell'onore e punisce chiunque, comunicando con più persone, offenda l'altrui reputazione, da intendersi come la considerazione che i consociati hanno di una certa persona.

L'antigiuridicità della condotta, tuttavia, può essere elisa dalla esimente di cui all'art. 51 c.p., ovverosia dall'esercizio di un diritto da parte del soggetto agente.

La predetta scriminante, secondo la giurisprudenza di legittimità, è stata sovente ritenuta operante laddove l'agente abbia esercitato il proprio diritto, costituzionalmente garantito, alla libera manifestazione del pensiero<sup>3</sup> o, ancora, il diritto alla libertà di informazione<sup>4</sup>.

Nella condivisibile ottica della Suprema Corte prevale il diritto alla libertà di informazione (c.d. diritto di cronaca) e si comprimono gli altri diritti (fra i quali l'onore) al ricorrere di tre presupposti: verità, continenza, interesse pubblico<sup>5</sup>.

Il fatto asseritamente diffamatorio, come narrato, deve rispondere a verità. Si onera, dunque, l'agente di verificare l'attendibilità della fonte da cui ha tratto la notizia, prima della diffusione della stessa.

Chiaramente esente da rimprovero penalistico dovrebbe, a rigore, essere la condotta del giornalista che erroneamente abbia supposto veridica la notizia propalata.

La c.d. verità putativa si ha, infatti, laddove il giornalista pubblichi una notizia ritenendola in buona fede rispondente a verità ma che poi sia risultata falsa.

In tali ipotesi sarebbe possibile ritenere sussistente la scusante (non più scriminante) dell'esercizio putativo del diritto di critica. Laddove, infatti, non sussistano gli estremi oggettivi dell'esimente ma vi sia un'erronea supposizione degli stessi – anche se gravemente colpevole – da parte dell'agente, ciò va ad incidere non più sull'antigiuridicità del fatto ma sulla rimproverabilità soggettiva dell'agente, con conseguente esclusione del dolo.

Dovrebbero, peraltro, a rigore, tenersi in considerazione le peculiarità del mezzo, che – come quello utilizzato nel caso oggetto della sentenza in commento, ovverosia *twitter* – può rendere difficoltosa la verifica in ordine alle origini della notizia<sup>6</sup>. In tali ipotesi si dovrebbe accertare se «quell'agente concreto, nelle circostanze concrete nelle quali si è trovato ad agire, si fosse davvero persuaso della sussistenza della situazione scriminante»<sup>7</sup>.

In maniera del tutto inappropriata, ad avviso dello scrivente, il diritto vivente e parte della dottrina richiedono – a tal fine – il previo accertamento perito e diligente da parte del giornalista circa la attendibilità delle fonti da cui la notizia è stata tratta.

<sup>3</sup> Sul punto cfr. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014.

<sup>4</sup> FERRARELLA, *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e note*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9.

<sup>5</sup> Sul ruolo "istituzionale" dell'informazione giudiziaria si veda PALAZZO, *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 140.

<sup>6</sup> SCAROINA, *Giustizia penale e comunicazione nell'era di Twitter tra controllo democratico e tutela dell'onore*, in *Archivio Penale*, 2010, 3.

<sup>7</sup> VIGANO', *Art. 59 c.p.*, in DOLCINI, GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 1191.

Più nello specifico, per come recentemente ribadito persino dalla Consulta<sup>8</sup>, il giornalista dovrebbe fornire la prova rigorosa del minuzioso accertamento dei fatti prodromico alla pubblicazione, per vincere ogni dubbio e incertezza in ordine alla verità sostanziale dei fatti narrati, così facendo avvicinare l'ipotesi dell'esimente putativa alla prova del caso fortuito.

Per converso, nell'ottica dell'autore, la natura dolosa del delitto di diffamazione e l'onere in capo alla pubblica accusa dell'accertamento del dolo del delitto stesso sono ontologicamente incompatibili con una eventuale condanna dell'agente che – seppur per sua grave colpa – abbia erroneamente ritenuto veridica la notizia riportata.

A ben vedere, l'eventuale dubbio circa il verificarsi di un errore rappresentativo in capo all'agente afferente alla presunta sussistenza della verità e dunque la configurabilità dell'esimente dovrebbe portare ad un'assoluzione, in quanto vi sarebbe un ragionevole dubbio relativo all'integrazione di uno degli elementi costitutivi essenziali della fattispecie: il dolo.

D'altra parte, la lettura resa dal diritto vivente pare del tutto inconciliabile con il diritto positivo.

Infatti, l'art. 59 co. 4 c.p. giammai prevede l'esclusione della esimente putativa in caso di colpa, anche grave, ipotizzando, per converso, la possibilità di una responsabilità colposa, solo laddove prevista dalla legge per il reato in contestazione.

Oltre all'appena dibattuto requisito della verità del fatto, ai fini dell'integrazione dell'esimente dell'esercizio del diritto di cronaca giudiziaria dovrebbe sussistere anche l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto (c.d. limite della rilevanza).

Infine, si richiede la correttezza formale dell'esposizione e l'adeguatezza linguistica della propalazione (c.d. limite della continenza espositiva).

Il fatto deve, dunque, essere narrato misuratamente, senza trasmodare in gratuite aggressioni all'altrui reputazione e dignità personale. Tale requisito deve essere verificato in concreto dal giudice in stretta aderenza al contesto nel quale l'affermazione è stata resa. Si ammette, in ogni caso, la possibilità di una certa coloritura dell'informazione, tenendo conto della notorietà e del rilievo delle vicende narrate.

Laddove ricorrano tutti e tre i requisiti finora illustrati, per la Suprema Corte, la rilevanza penale di eventuali condotte diffamatorie sarà esclusa.

Ben differente è, invece, l'ipotesi di esercizio del diritto di critica giudiziaria.

In relazione a tale differente diritto del consociato la Suprema Corte ha precisato che un corretto esercizio dello stesso presuppone il rispetto dei limiti<sup>9</sup> della pertinenza o rilevanza e della continenza, che impone di non trasmodare, quindi, in gratuiti *argumenta ad hominem*<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> C. Cost., 12 luglio 2021, n. 150.

<sup>9</sup> In materia di diffamazione a mezzo stampa, ricorre l'esimente del diritto di critica giudiziaria allorché sussista il requisito della verità del fatto riferito e criticato, l'interesse pubblico alla notizia e la continenza espressiva. Cfr. Cass., Sez. V, 12 settembre 2007, n.34432 - Rv.237711.

<sup>10</sup> *"In tema di diffamazione, il limite della continenza nel diritto di critica è superato in presenza di espressioni che, in quanto gravemente infamanti e inutilmente umilianti, trasmodano in una mera aggressione verbale del soggetto criticato. Pertanto, il contesto nel quale la condotta si colloca può essere valutato ai limitati fini del giudizio di stretta riferibilità delle espressioni potenzialmente diffamatorie al comportamento del soggetto passivo oggetto di critica"* (Cass., Sez. V, 13 aprile 2011, n. 15060 - Rv. 250174).

Non può poi prescindere dal requisito della verità del fatto storico posto a fondamento della elaborazione critica. Di talché l'esimente non è applicabile qualora l'agente manipoli dolosamente le notizie o le rappresenti in maniera tale che, per quanto il risultato complessivo contenga un nucleo di verità, ne risulti stravolto il fatto, inteso come accadimento di vita puntualmente determinato, riferito a soggetti specificamente individuati<sup>11</sup>.

Tale esimente e il travagliato rapporto della stessa con la fattispecie di diffamazione a mezzo stampa/tv/social ha interessato in svariate occasioni i giudici di legittimità, anche in ragione della elevata ricorrenza di articoli o di interventi aspramente critici rispetto alle decisioni giurisdizionali.

D'altra parte, chi scrive non condivide affatto il punto di vista di coloro i quali ritengono che i provvedimenti giurisdizionali, specie se definitivi, non si discutano.

Al contrario, si ritiene che il giurista e – più in generale ogni essere senziente – non debba passivamente recepire ciò che viene statuito da altri esseri umani, dunque fallibili, ma che debba interrogarsi da un lato sulla correttezza formale dei provvedimenti (da intendersi come rispondenza degli stessi alle fonti dell'ordinamento) e dall'altra sulla correttezza sostanziale delle decisioni (in una eventuale ottica *de iure condendo*, al fine di rilevare le possibili frizioni fra diritto positivo e principi immanenti nell'ordinamento, suscettibili di differenti declinazioni con il mutare della società).

In altri termini, pur se esauriti i rimedi giurisdizionali, resta un postremo mezzo straordinario d'impugnazione, che trova il proprio fondamento persino nella Costituzione stessa: il diritto di critica giudiziaria.

Proprio tale – naturale – bisogno di analisi critica dei provvedimenti giurisdizionali, spesso anche ad opera di soggetti estranei all'ambito giudiziario, ha determinato il proliferare di procedimenti deferiti ai Supremi giudici che hanno dovuto definire le direttrici di ciò che è qualificabile come lecita e libera manifestazione del pensiero e ciò che, invece, non lo è.

Passando in rassegna alcuni dei più esemplificativi principi di diritto espressi in tale materia, può essere utile rammentare come la Suprema Corte abbia statuito che è chiaro che la critica «presuppone, per sua stessa natura, la manifestazione di espressioni oggettivamente offensive della reputazione altrui [...] e in quanto espressione di valutazioni puramente soggettive dell'agente, [n.d.r. la critica] può anche essere pretestuosa ed ingiustificata, oltre che caratterizzata da forte asprezza»<sup>12</sup>.

Detto principio di diritto dà la misura dell'ampiezza del diritto di critica: essa può essere anche pretestuosa ed aspra, in quanto figlia della libera manifestazione del pensiero, purché non si addivenga ad una mistificazione della realtà e purché non venga gratuitamente offesa la persona oggetto delle affermazioni.

Ne consegue che le espressioni possono anche non perfettamente collimare rispetto al nucleo di veridicità richiesto per l'operatività dell'esimente, in quanto necessariamente “rilette” in un'ottica soggettiva.

Permane, tuttavia, come anticipato, il limite della continenza che, nel diritto di critica, è superato solo allorquando vi siano espressioni gravemente infamanti e inu-

<sup>11</sup> cfr. Cass., Sez. II, 20 febbraio 2019, n. 7798.

<sup>12</sup> Cass., Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 3047 – Rv. 249708.

tilmente umilianti che trasmodano in una mera aggressione verbale del soggetto criticato, ovverosia quando diventino *argumenta ad hominem*<sup>13</sup>.

È, dunque, pacifico che il provvedimento giudiziario possa essere certamente oggetto di critica, anche aspra, non essendo tuttavia lecito trasmodare in critiche virulente che comportino il dileggio dell'autore del provvedimento stesso<sup>14</sup>.

Ma la più importante statuizione della Suprema Corte sul punto, ad avviso di chi scrive è un'altra.

Ed invero, una recente pronuncia della Suprema Corte ha dato atto *apertis verbis* della imprescindibile funzione ordinamentale del diritto di critica giudiziaria: il riequilibrio dei poteri dello Stato, *sub specie* di controllo da parte del Popolo – nel cui nome è esercitata la giustizia – dei soggetti investiti della funzione giurisdizionale.

Riprendendo un filone di precedenti conformi<sup>15</sup>, la Cassazione ha, infatti, ribadito che «il diritto di critica dei provvedimenti giudiziari e dei comportamenti dei magistrati deve essere riconosciuto nel modo più ampio possibile, non solo perché la cronaca e la critica possono essere tanto più larghe e penetranti, quanto più alta è la posizione dell'*homo publicus* oggetto di censura e più incisivi sono i provvedimenti che può adottare, ma anche perché la critica è l'unico reale ed efficace strumento di controllo democratico dell'esercizio di una rilevante attività istituzionale che viene esercitata in nome del popolo italiano da persone che, a garanzia della fondamentale libertà della decisione, godono giustamente di ampia autonomia ed indipendenza»<sup>16</sup>.

Unico efficace strumento di controllo democratico<sup>17</sup>.

Dunque, anche nell'ottica dei giudici di legittimità, la privazione dell'esercizio di tale diritto e la conseguente condanna per il delitto di diffamazione, da un lato lede l'autore della critica, ma da altro lato incide inevitabilmente sull'intera tenuta dell'ordinamento, sottraendo al controllo democratico il potere dell'esercizio della Giurisdizione.

Va, infine, segnalato l'orientamento sul punto della Corte EDU che nel caso Narodni D.D. c. Croazia, 8 novembre 2018, ha riconosciuto la violazione dell'art. 10 della Convenzione rispetto al caso di una società condannata per diffamazione in sede civile per aver pubblicamente espresso opinioni critiche nei confronti di un magistrato.

In particolare, conformemente alla giurisprudenza di legittimità interna in materia penale, la Corte ha ritenuto che la manifestazione di giudizi di valore sui temi relativi all'amministrazione della giustizia, formulata in tono caustico, ma non offensivo, sia certamente legittima in un ordinamento democratico.

Dovrebbe, dunque, essere chiara e indiscussa l'ampiezza di tale diritto ma, come è dato intendersi *infra* nel paragrafo che segue, così non è.

---

<sup>13</sup> Cass., Sez. V, 4 maggio 2010, n. 29730 – Rv. 247966; conf. Cass., Sez. V, 18 giugno 2009, n. 43403 – Rv. 245098. La Cassazione ha altresì precisato che “*il contesto nel quale la condotta si colloca non può in alcun modo scriminare l'uso di espressioni che si risolvono nella denigrazione della persona in quanto tale*”, cfr. Cass., Sez. V, 23 febbraio 2011, n. 15060 – Rv. 250174.

<sup>14</sup> Cass., Sez. VI, 26 agosto 2010, n. 32325 – Rv.248080; Cass., Sez. V, 5 febbraio 2015, n. 5638 – Rv. 263467.

<sup>15</sup> Fra i quali cfr. Cass., sez. V, 26 febbraio 2016, n.26745.

<sup>16</sup> Cass., Sez. V, 11 dicembre 2019, n. 50189 – Rv. 277958.

<sup>17</sup> BARTOLI, *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 73.

### III. La sentenza in commento.

Nella pronuncia in commento, come anticipato, il fatto diffamatorio si sostanzierebbe in due affermazioni, neppure particolarmente colorite, “postate” dal giornalista imputato, il quale aveva affermato in un *tweet* che le indagini fallimentari del PM, pretesa persona offesa determinassero uno sperpero di pubblici danari e che, conseguentemente, il magistrato andasse “cacciato” dall’ordine giudiziario.

Il Giudice di prime cure, nella propria motivazione ha ritenuto che l’imputato avrebbe «utilizz[ato] la stampa giornalistica come fonte delle sue affermazioni, senza alcuna verifica circa la veridicità di quanto affermato, accusa[ndo] il dott. – *omissis* – identificandolo anche nella sua funzione di Sostituto Procuratore della Repubblica presso la Procura di – *omissis* –, di aver avviato una serie di indagini a suo dire del tutto inutili sprecando il denaro pubblico».

Il G.O.P. ritiene altresì che l’imputato, da un lato «abbia esercitato il diritto di cronaca» e dall’altro abbia travalicato il diritto di critica, dando luogo ad una indebita aggressione alla sfera morale del destinatario «*insinuando con il linguaggio utilizzato*»<sup>18</sup>, una indegnità o inadeguatezza sia personale che professionale».

In primo luogo, si rileva come sia assai curioso l’epilogo non assolutorio del procedimento, ontologicamente inconciliabile con il riconoscimento dell’esercizio del diritto di cronaca.

In secondo luogo appare manifestamente erroneo il ritenuto superamento dei limiti del diritto di critica giudiziaria che, come si è *supra* evidenziato riportando i principi di diritto della Suprema Corte, è assai ampio in ragione della funzione ordinamentale assolta dalla magistratura requirente, oggetto di critica nel caso di specie.

In primo luogo il giudice ritiene che i fatti narrati non sarebbero rispondenti a verità in quanto vi sarebbero delle – invero minime – discrasie fra quanto prospettato e quanto sostenuto dal Pubblico Ministero, persona offesa.

Il giudicante sembra del tutto obliterare che nell’esercizio del diritto di critica giudiziaria il requisito della veridicità dei fatti oggetto di critica sia piuttosto elastico, presupponendo la critica una valutazione meramente soggettiva che non può, per definizione, pretendersi rigorosamente obiettiva ed asettica.

Il giudizio critico è necessariamente influenzato dal filtro personale con il quale viene percepito il fatto oggetto di doglianza.

Ed è proprio in relazione al dato fattuale dal quale promana la critica, che deve essere valutato il predetto limite, atteso che la “veridicità” è una qualificazione che può essere riferita esclusivamente a un fatto, non potendo, invero, essere attribuita al giudizio critico stesso, dal momento che esso si traduce nell’espressione di un pensiero necessariamente soggettivo. Diversamente opinando, si rischierebbe di sindacare la legittimità stessa del contenuto del pensiero, in palese contrasto con le garanzie costituzionali.

Ma d’altra parte il Giudice dimostra di non aver affatto inteso il portato delle statuizioni della Cassazione laddove ritiene che l’aver indentificato l’“offeso” facendo riferimento alla sua funzione di Sostituto Procuratore sarebbe un elemento che dovrebbe

---

<sup>18</sup> “*Butta i nostri soldi*” ... “*perché nessuno lo caccia?*”.

far propendere per l'esclusione del diritto di critica giudiziaria, con conseguente possibilità di condanna per il delitto di diffamazione.

Si rende – incredibilmente – necessario ripeterlo nuovamente: la Suprema Corte ritiene che il consociato ben abbia la facoltà di contestare il *quomodo* dell'esercizio dell'attività giurisdizionale.

Conseguentemente, al più, il riferimento fatto dall'imputato nel post oggetto di contestazione alla funzione esercitata dal Magistrato esclude che possa trattarsi di un "*argumentum ad hominem*" e fuga ogni dubbio circa la sussistenza della scriminante.

Evidente è, infatti, la direzione teleologica della propalazione all'esercizio di quel controllo democratico diffuso che – come condivisibilmente afferma la Cassazione – è prerogativa di ogni consociato.

Né appropriato pare il riferimento del giudicante al travalicamento del limite della continenza espositiva.

Lungi dal trasmodare in un'invettiva gratuitamente offensiva della persona, l'aspro linguaggio utilizzato dal commentatore era evidentemente volto ad evidenziare un dato, frutto di una valutazione chiaramente personale e soggettiva: il giudizio negativo sulle indagini, ritenute prognosticamente inutili.

Tale giudizio prognostico, peraltro, si rivelava *ex post* corretto, atteso che nessuna sentenza di condanna veniva invero emessa all'esito delle stesse.

E l'invettiva aveva una finalità ben precisa: sollecitare gli organi di auto-governo della magistratura affinché prendessero – legittimi – provvedimenti ("*Perché nessuno lo caccia?*").

Infine, il Giudice afferma che il fatto che le invettive fossero mosse nei confronti di un solo Sostituto Procuratore e non dell'Ufficio tutto, fosse la riprova della natura diffamatoria delle esternazioni.

Il tutto come se l'impersonalità dell'Ufficio del Pubblico Ministero determinasse l'impossibilità di muovere rimostranze con riferimento all'operato del singolo magistrato.

Il che, all'evidenza, è una macroscopica forzatura.

#### IV. Chiose finali.

L'analisi della pronuncia in esame evidenzia l'esistenza di un rilevante *gap* tra parte della magistratura e il paese reale e, spiace dirlo, tra certa giurisprudenza di merito e i più basilari principi dello Stato di diritto.

Il giudicante del procedimento *de quo* pare, infatti, ignorare le peculiarità dell'informazione veicolata tramite *Twitter*, vanamente esplicate dall'imputato in dibattimento.

La sentenza non tiene, infatti, conto delle caratteristiche proprie del *social* in parola.

D'altra parte, sono proprio queste particolarità ad aver decretato il successo di *twitter* come strumento incisivo e immediato di comunicazione *online*.

È chiaro che la necessaria estrema sintesi (massimo 280 caratteri) dei *post* non scongiura affatto il rischio di ledere l'altrui sensibilità, per converso, accentuandolo.

L'informazione diffusa via *twitter* è, certamente, un'informazione da considerarsi meno affidabile e meno autorevole di quella che si forma sui quotidiani, il che dovrebb-



be comportare – all'evidenza – un maggior margine di tolleranza rispetto a eventuali imprecisioni del – brevissimo – narrato.

Peraltro, la stessa Corte EDU è, per la verità, sempre più incline a ritenere che i diritti all'informazione, alla satira e alla critica sanciti dall'art. 10 della Convenzione siano prevalenti rispetto al diritto all'onore, specie laddove l'offeso sia un personaggio di rilievo pubblico<sup>19</sup>.

Ne consegue che comportamenti che in passato avremmo, con ogni probabilità, qualificato come lesivi dell'altrui onore e dunque diffamatori, hanno oggi perduto la loro carica di illiceità, rientrando, per converso, nello spettro della legittima manifestazione del pensiero.

Ancora maggior valore e ampiezza vengono poi attribuiti a tale diritto laddove lo stesso sia esercitato da un giornalista, il quale riveste l'ardua funzione di «cane da guardia della democrazia»<sup>20</sup>.

Quest'ultimo può offrire il proprio contributo al dibattito democratico avvalendosi anche del mezzo di *twitter*, le cui peculiarità non vanno comunque dimenticate, onde evitare eccessivi fiscalismi circa la rispondenza del sintetico narrato rispetto alla realtà fenomenica.

In conclusione, non pare potersi dubitare del fatto che anche l'esternazione delle proprie opinioni su temi politici, sociali e di giustizia, finalizzata alla creazione di un dibattito nel contesto di un *social network* sia meritevole di assurgere al rango di strumento di controllo democratico dell'esercizio del potere, rappresentando anch'essa una vera e propria pietra angolare di ogni ordinamento che voglia definirsi – a buon diritto – democratico<sup>21</sup>.

Appare, dunque, chiara la siderale distanza di una pronuncia come quella in esame dalla realtà dei *social* e dai più recenti principi di diritto afferenti alla libertà di informazione e di critica.

Pare esser stata, infatti, obliterata *tout court* la giurisprudenza nazionale e sovranazionale proprio in tema di utilizzo dei *social*.

In un ordinamento democratico la libertà di espressione e il diritto di critica anche – e soprattutto – sul tema della giustizia «contribuiscono alla crescita della sensibilità collettiva su questioni rilevanti ed aiutano chi esercita un pubblico potere a correggersi»<sup>22</sup>. La responsabilità della magistratura, d'altra parte, sta certamente anche nella capacità di informare correttamente il pubblico facendosi carico di esplicitare in che modo il potere attribuito dallo Stato ai suoi servitori viene quotidianamente esercitato.

Concludendo, non può che auspicarsi che, specie in un periodo così travagliato per il prestigio dei giudici, sia garantito, proprio dalla Magistratura stessa, il più ampio diritto di critica e di manifestazione delle proprie doglianze da parte dei consociati i

<sup>19</sup> In specie, la Corte Europea tende a considerare illegittimi ai sensi dell'art. 10 della Convenzione gli interventi che in concreto comportino il rischio di dissuadere la stampa dallo svolgere il suo ruolo di «cane da guardia» della democrazia. Sul punto si veda anche CHENAL, *Il rapporto tra processo penale e media nella Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

<sup>20</sup> Cfr. C.E.D.U., Goodwin c. Regno Unito, 27 marzo 1996.

<sup>21</sup> In senso conforme, cfr. SCARONA, *Giustizia penale*, cit.

<sup>22</sup> Cass., Sez. V, 17 gennaio 2004, n. 29232.

quali rappresentano proprio quel Popolo in nome del quale la Giustizia viene amministrata.

## L'OMICIDIO DEL SOGGETTO PERSEGUITATO INTEGRA UN REATO COMPLESSO

Commento a Cass. pen., Sez. Unite, Sent., (data ud. 15/07/2021)  
26/10/2021, n. 38402

**Fabio Ballarini\***

### **Abstract**

*Il contributo, muovendo da un'analisi della sentenza della Cass. pen., Sez. Unite, Sent., (data ud. 15/07/2021) 26/10/2021, n. 38402, ricostruisce la genesi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 come introdotto dalla L. 23/04/2009 n. 38 e quella del reato complesso ex art. 84 c.p., che per la Suprema Corte assorbe il delitto di cui all'art. 612-bis c.p., escludendo il concorso fra i reati di omicidio e atti persecutori.*

*The contribution, starting from an analysis of the sentence of the Cass. pen., Section Unite, Sent., (Hearing date 07/15/2021) 10/26/2021, n. 38402, reconstructs the genesis of art. 576 of the Criminal Code, paragraph 1, n. 5.1 as introduced by Law 23/04/2009 n. 38 and that of the complex crime pursuant to art. 84 of the Criminal Code, which for the Supreme Court absorbs the crime referred to in art. 612-bis of the Criminal Code, excluding the concurrence between the crimes of murder and persecutory acts.*

---

\* Avvocato del Foro di Roma.

A seguito delle modifiche introdotte con la L. 23/04/2009 n. 38, l'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 prevede la sanzione edittale dell'ergastolo se l'omicidio è commesso dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612-bis nei confronti della persona offesa.

Nel caso di specie, la Corte di assise di appello di Roma pronunciandosi in sede rescissoria<sup>1</sup>, riteneva l'imputata responsabile del reato continuato di atti persecutori ed omicidio volontario aggravato dalla commissione del fatto ad opera di persona responsabile del reato di atti persecutori in danno della stessa vittima dell'omicidio.

Avverso tale sentenza proponeva ricorso per Cassazione l'imputata la cui difesa, per quanto qui di interesse, lamentava tra i vari motivi prospettati una violazione di legge con riferimento al ritenuto concorso del reato di atti persecutori con il reato di omicidio volontario, ritenendo che la fattispecie aggravata di quest'ultimo delitto, prevista dall'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, realizza un'ipotesi di reato complesso ai sensi dell'art. 84 c.p.

Secondo l'assunto difensivo, la decisione del giudice del gravame e della giurisprudenza richiamata partiva da presupposti erronei trattandosi, nel caso di specie, non del rapporto intercorrente fra più reati, ma fra il reato di atti persecutori e la contestata aggravante del reato di omicidio rispetto alla quale non vi sarebbe una diversità strutturale delle fattispecie incriminatrici tale da escludere l'assorbimento del reato di atti persecutori in quello di omicidio aggravato. In quest'ottica, del tutto inconferente sarebbe pure il richiamo alla disciplina di cui all'art. 15 c.p., applicabile, invece, ai casi nei quali un unico reato è riferibile a più disposizioni in rapporto di specialità.

La Quinta Sezione penale della Corte di Cassazione rilevava, con riguardo alla questione sul concorso fra i reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, l'esistenza di due contrastanti orientamenti giurisprudenziali:

l'uno, riferibile a Sez. 1, n. 20786 del 12/04/2019, richiamato nella sentenza impugnata, secondo cui sussiste un concorso tra le norme incriminatrici e non un rapporto di specialità ex art. 15 c.p. Inoltre, ponendo in rilievo l'identità dell'autore dei due reati, considera la natura soggettiva dell'aggravante di cui all'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 che escluderebbe l'art. 84 c.p. 1 comma che presuppone l'interferenza fra le norme incriminatrici su un fatto oggettivo, comune agli ambiti applicativi delle stesse;

l'altro, riconducibile a Sez. 3, n. 30931 del 13/10/2020, secondo cui nell'omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 ricorrerebbe invece una figura di reato complesso ex art. 84 c.p., che assorbe il delitto di cui all'art. 612-bis c.p., escludendo il concorso fra i reati di omicidio e atti persecutori sulla indubitabile circostan-

---

<sup>1</sup> L'imputata veniva giudicata con giudizio abbreviato dinanzi al Tribunale di Latina che, riconosciute le attenuanti generiche equivalenti alle contestate aggravanti, la condannava alla pena di sedici anni di reclusione per la continuazione fra il reato di cui all'art. 612-bis c.p. e quello di cui all'art. 575 c.p., quest'ultimo aggravato dai futili motivi e dalla commissione del fatto ad opera di persona responsabile del reato di atti persecutori in danno della stessa vittima dell'omicidio. La Corte di assise di appello di Roma assolveva peraltro l'imputata dall'imputazione di atti persecutori per insussistenza del fatto e riqualificava il reato di omicidio volontario come preterintenzionale escludendo altresì le aggravanti e rideterminando la pena in 6 anni di reclusione. A seguito di ricorso per Cassazione la I<sup>a</sup> Sezione della Corte di Cassazione annullava con rinvio la sentenza impugnata.

za che trattasi di una condotta persecutoria da parte dello stesso autore nei confronti della medesima vittima.

La questione rimessa alle Sezioni Unite veniva quindi proposta sulla base del seguente quesito:

*“Se, in caso di omicidio commesso dopo l'esecuzione di condotte persecutorie poste in essere dall'agente nei confronti della medesima persona offesa, i reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 concorrano tra loro o sia invece ravvisabile un reato complesso, ai sensi dell'art. 84 c.p., comma 1”.*

Le Sezioni Unite aderiscono al secondo indirizzo interpretativo escludendo *in primo limine* l'applicabilità del concorso apparente di norme tra gli artt. 575 e 612 bis c.p., a mente dei precedenti giurisprudenziali richiamati<sup>2</sup> non presentando le norme elementi tra loro comuni né con riguardo alle condotte né agli eventi. In buona sostanza si fondono due fatti illeciti penalmente, sia pure nell'ambito di un reato dominante che assorbe l'altro.

Ciò posto, il Supremo Collegio procede con la disamina della fattispecie del reato complesso concludendo, a seguito di un articolato e condivisibile ragionamento, che i reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 non concorrano tra loro ma siano riconducibili nell'alveo dell'ipotesi dell'art. 84 c.p., comma 1.

Ed invero, l'art. 84 c.p. costituisce norma di chiusura del capo III dedicato al concorso di reati<sup>3</sup> laddove il reato complesso può manifestarsi sotto una duplice accezione:

- i) quella i cui elementi costitutivi sono rappresentati da singoli reati che danno vita ad un'autonoma figura criminosa<sup>4</sup>;
- ii) quella in cui i singoli illeciti, che vengono a comporre il reato complesso, assumono rispettivamente natura di elemento costitutivo e di circostanza aggravante dove il titolo del c.d. reato-base resta perciò inalterato<sup>5</sup>.

Il caso sottoposto viene peraltro ricondotto dalle Sezioni Unite all'ipotesi del cd. “reato complesso circostanziato”.

<sup>2</sup> Cfr. Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla; Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo; Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano.

<sup>3</sup> Nel codice penale la figura del reato complesso è espressamente richiamata nell'art. 131 dove è previsto che *“nei casi preveduti dall'art. 84, per il reato complesso si procede sempre d'ufficio, se per taluno dei reati, che ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti, si deve procedere di ufficio”*; nell'art. 170, 2° co., ove si precisa che *“la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso”*; nell'art. 301, ult. co. ove, nell'ambito dei delitti contro la personalità dello Stato, si prevede che *“quando l'offesa alla vita, all'incolumità, alla libertà o all'onore è considerata dalla legge come elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato, questo cessa dal costituire un reato complesso, e il colpevole soggiace a pene distinte, secondo le norme sul concorso dei reati, applicandosi, per le dette offese, le disposizioni contenute nei capi precedenti”*.

<sup>4</sup> Ad esempio la rapina, la quale è composta dal furto e dalla violenza privata, il sequestro di persona a scopo di estorsione nel quale confluiscono le fattispecie di cui agli artt. 605 e 629 c.p.

<sup>5</sup> È il caso del furto aggravato dalla violazione di domicilio ex art. 625, n. 1 c.p.

In tale categoria rientrano le ipotesi in cui un reato compare come eventuale elemento costitutivo o eventuale circostanza aggravante di un altro reato per cui ad una fattispecie-base, distintamente prevista come reato, si aggiunge quale circostanza aggravante un fatto autonomamente incriminato da altra disposizione di legge.

Nella verifica se l'art. 84 1° comma c.p. sia applicabile nei reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, vengono fissati alcuni punti fermi ritenendo le S.U. necessario che per l'applicabilità del reato complesso:

l'elemento costitutivo o la circostanza aggravante del reato complesso abbiano ad oggetto un fatto oggettivamente identificabile come tale, non ricorrendo la fattispecie in esame qualora la norma incriminatrice consideri solo una mera qualificazione soggettiva del soggetto agente;

il fatto sia inserito nella struttura del reato complesso nella completa configurazione tipica con la quale è previsto quale reato da altra norma incriminatrice;

il fatto deve essere previsto dalla norma incriminatrice, che si assume configurare un reato complesso, quale componente necessaria della relativa fattispecie astratta, non essendone rilevante l'eventuale ricorrenza nel caso concreto quale occasionale modalità esecutiva della condotta.

I tratti strutturali della fattispecie normativa del reato complesso, delineati all'art. 84 c.p., richiedono del resto la previsione testuale di più fatti di per sé costituenti autonomi e diversi reati, puntualmente riconducibili a distinte fattispecie incriminatrici.

Nel caso dell'omicidio aggravato da atti persecutori, il legislatore ha chiaramente voluto punire con maggiore severità la condotta persecutoria il cui esito finale è il delitto di cui all'art. 575 c.p., per cui le pene stabilite per i singoli reati sono assorbite in quella prevista dal reato complesso laddove i fatti sono ricondotti ad un contesto criminoso unitario, hanno una comune matrice ideologica e sono protesi verso un unico risultato finale.

In particolare, l'unitarietà del fatto ad avviso delle Sezioni Unite, costituisce un ulteriore e determinate elemento sostanziale che connota il reato complesso che la giurisprudenza ha arricchito attraverso l'invocata contestualità spaziale e temporale fra i singoli fatti criminosi e la loro comune prospettiva finalistica non meramente occasionale.

Le S.U., aderendo come detto al secondo degli orientamenti giurisprudenziali richiamati, ritengono quindi che l'omicidio volontario aggravato ai sensi dell'art. 576, comma 1, n. 5.1, c.p. debba ricondursi all'ipotesi di cui all'art. 84 c.p., presentando le caratteristiche strutturali del reato complesso circostanziato che include il reato di atti persecutori in una specifica forma aggravata del reato di omicidio, anche alla luce del fatto che:

- il reato di atti persecutori è richiamato nella stessa previsione circostanziale mediante la citazione della relativa norma incriminatrice ("*dell'autore del delitto previsto dall'art. 612-bis nei confronti della stessa persona offesa*");
- l'espressione della norma attribuisce valore ulteriore al solo titolo di reato richiamato ponendo in analogo risalto l'essere i due reati diretti contro la medesima persona, e quindi all'identità della vittima dei reati;
- dal contenuto dei lavori preparatori al D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni dalla L. 23 aprile 2009, n. 38, introduttivo della circostanza aggravante in esame dai quali appare evidente l'intenzione di punire con il massimo della

pena fatti omicidiari in danno di vittime di atti persecutori da parte degli stessi autori di tali atti.

Attesa la chiara scelta legislativa, si può sgombrare il campo dalle obiezioni giurisprudenziali di segno contrario<sup>6</sup>, in quanto affinché si possa operare l'assorbimento del reato di atti persecutori in quello di omicidio, oltre alla contestualità dei fatti criminosi è necessaria la prospettiva finalistica nella quale i fatti sono realizzati, dove fra le caratteristiche del reato complesso vi è proprio la presenza dell'unitarietà del fatto in termini finalistici oltre che contestuali.

Tale prospettiva finalistica, se da un lato esclude l'assorbimento degli atti persecutori nell'omicidio laddove quest'ultimo venga commesso a distanza di tempo dal primo, dall'altro esclude la riconducibilità nell'alveo dell'art. 84 c.p. nelle lesioni aggravate ex art. 585 c.p. cagionate dallo stalker, nonostante il richiamo all'art. 576 c.p., che nell'esperienza giudiziaria si presentano come collaterali all'azione criminosa dell'agente.

Sullo stesso crinale non osta alla applicazione del reato complesso la natura di reato istantaneo dell'omicidio con quella abituale degli atti persecutori né la supposta eliminazione o riduzione degli effetti sanzionatori di cui all'art. 612-bis c.p. attesa la pena massima stabilità dall'autore dell'omicidio aggravato, appunto, dalla condotta persecutoria.

Alla luce di quanto sopra esposto le Sezioni Unite in risposta al quesito sopra riportato, affermano il seguente principio di diritto: *“La fattispecie del delitto di omicidio, realizzata a seguito di quella di atti persecutori da parte dell'agente nei confronti della medesima vittima, contestata e ritenuta nella forma del delitto aggravato ai sensi dell'art. 575 c.p. e art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 – punito con la pena edittale dell'ergastolo – integra un reato complesso, ai sensi dell'art. 84 c.p., comma 1, in ragione della unitarietà del fatto”*.

---

<sup>6</sup> Si veda in questa rivista, commento a Cass., sez. V, 1 marzo 2021, n. 14916, Di FLORIO, *Lo stalker uccide la sua vittima: concorso di reati o reato complesso?*





# ILLEGALITÀ DELLA PENA E LEX MITIOR - LA CASSAZIONE SULLA RILEVABILITÀ D'UFFICIO DELL'ERRATA RIDUZIONE DI PENA CONNESSA AL RITO ABBREVIATO

Cass., Sez. IV, 18 maggio 2021 (dep. 30 giugno 2021), n. 24897

Ludovica Barbieri\*

**Sommario:** **1.** Il caso. – **2.** La decisione della Corte: la rilevabilità *ex officio* della *lex mitior* sopravvenuta, ex art. 2 cod. pen. – **3.** Una soluzione alternativa della Corte: la rilevabilità d'ufficio della pena illegale. – **4.** Un'interpretazione estensiva della nozione di 'pena illegale'. – **5.** La rilevabilità della *lex mitior* da parte del giudice dell'esecuzione e i due volti del giudicato.

## Abstract

*La Corte di Cassazione, applicando quanto già statuito dalle precedenti Sezioni Unite 'Della Fazia' in tema di rilevabilità ex officio del sopravvenuto trattamento sanzionatorio favorevole nei confronti dell'imputato, nonché attraverso un'interpretazione del concetto di pena illegale estesa fino ricomprendere la sopravvenuta lex mitior, dichiara rilevabile d'ufficio la riduzione di pena connessa all'applicazione del rito abbreviato e disposta al di fuori dei parametri di cui all'art. 442 cod. proc. pen.*

*The Supreme Court has declared the sentence reduction imposed outside the parameters set out by Art. 442 of the Code of Criminal Procedure to be detectable ex officio. This judgment was issued either by applying the principles established by a Joint Sections decision known as "Della Fazia" on the possibility to detect ex officio a supervened favourable sanctioning treatment as well through an extended interpretation of the notion of "illegal penalty" including the supervening lex mitior.*

---

\* Tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso la Suprema Corte di Cassazione.

## 1. Il caso.

Nella sentenza in commento la Corte di Cassazione si interroga sulla rilevabilità *ex officio* dell'errata riduzione della pena da parte del giudice di merito disposta, per una contravvenzione, in seguito alla scelta del rito abbreviato.

La legge n. 103 del 2017, nota 'riforma Orlando', entrata in vigore in data 3 agosto 2018, interviene sul secondo comma dell'art. 442 cod. proc. pen., modificandolo in senso favorevole per l'imputato. Infatti, mentre prima era prevista, genericamente, la riduzione della pena finale di un terzo a seguito della scelta del rito abbreviato, oggi la norma distingue tra la condanna per delitti – per i quali la riduzione rimane di un terzo – e contravvenzioni, per le quali invece la pena deve essere ridotta, dopo l'accesso al rito, della metà.

Nel caso di specie, l'imputata veniva condannata in primo grado alla pena di mesi 4 di arresto ed euro 1200 di ammenda per il reato contravvenzionale di cui all'art. 187 cod. strada perché, nel giugno 2018 – prima dell'entrata in vigore della riforma – avendo conseguito la patente entro tre anni dalla data del fatto, guidava in stato di alterazione da sostanze stupefacenti. Il primo giudice determinava il trattamento sanzionatorio riducendo la pena finale di un terzo in base alla scelta del rito; in sede di appello il giudice, pur sostituendo la pena con lo svolgimento di lavori di pubblica utilità, ne confermava il *quantum* come determinato dal giudice di prime cure<sup>1</sup>.

Avverso la pronuncia della corte d'appello era proposto ricorso per cassazione deducendo, tra gli altri vizi, l'illegalità della pena, stante l'erronea riduzione della sanzione nella misura di un terzo e non della metà, così come prevista per i reati contravvenzionali, al momento della celebrazione del processo, dal riformato art. 442 cod. proc. pen.

Ad ogni modo, nulla avendo opposto in sede d'appello la ricorrente sul trattamento sanzionatorio, il motivo doveva considerarsi nuovo e, come tale, ineducibile dalla stessa in sede di legittimità, ex art. 606, comma 3, cod. proc. pen.<sup>2</sup>. Non potendo essere legittimamente dedotto dalla parte, il vizio poteva essere riscontrato dalla Corte se rilevabile *ex officio*. In base a quanto disposto dall'art. 609 cod. proc. pen., infatti, la cognizione del giudice di cassazione è limitata ai motivi di ricorso (legittimamen-

---

<sup>1</sup> In particolare, il giudice di primo grado stabiliva la pena base di mesi 6 di arresto ed euro 1500 di multa, aumentata ex art. 187, comma 1, quarto periodo, cod. strada alla pena di mesi 9 di arresto ed euro 2000 di ammenda; ulteriormente aumentata l'ammenda ad euro 2700, ex art. 187, comma 1-*quater* cod. strada; ridotta per le generiche a mesi 6 di arresto ed euro 1800 di ammenda; ulteriormente ridotta per la scelta del rito, ex art. 442, comma 1, cod. proc. pen., alla pena finale di mesi 4 di arresto ed euro 1200 di multa. La Corte di Appello, in parziale riforma della sentenza di primo grado, sostituiva la pena con lo svolgimento di lavori di pubblica utilità per 244 ore complessive, sospendendo le sanzioni amministrative accessorie (sospensione della patente e confisca del veicolo).

<sup>2</sup> Ai sensi del combinato disposto degli artt. 606, comma 3, e 609, comma 2, cod. proc. pen., viene ricavata la regola per cui non possono essere dedotte in sede di legittimità questioni non prospettate nei motivi d'appello. Sulla giurisprudenza sul divieto di nuovi motivi, cfr., tra le varie, cfr. Sez. 4, n. 27100 del 15 settembre 2020, Rv. 255577; Sez. 2, n. 22362 del 19 marzo 2013, Rv. 255940; Sez. 1, n. 2176 del 20 dicembre 1993, Rv. 196414. Cfr. CONSO, GREVI, BARGIS, *Compendio di procedura penale*, ed. IX, 2018, 954, TONINI, *Manuale di procedura penale*, Ventunesima Edizione, 2020, 947.

te) proposti, salvo “*questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del processo e quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello*”. Nel caso di specie, quindi, il problema che si presentava alla Corte era verificare se l'errata riduzione della pena nella misura di un terzo e non della metà, secondo la formulazione meno favorevole vigente all'epoca del fatto, costituisse un vizio del provvedimento rilevabile d'ufficio.

Non è immediato individuare quali siano, in concreto, quelle questioni che, in deroga al principio devolutivo, possono essere rilevate su iniziativa del giudice di cognizione. È compito dell'interprete individuare una o più norme dell'ordinamento che ammettano la rilevanza del vizio – in questo caso del trattamento sanzionatorio – anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento ed utilizzarle come parametro di riferimento in relazione all'art. 609 cod. proc. pen. Come si vedrà meglio di seguito, in tema di rilevanza *ex officio* della pena corrisposta sulla base di una cornice editale precedente e sfavorevole all'imputato, sembrano emergere in giurisprudenza due impostazioni di metodo che, per quanto interconnesse, non solo mantengono una loro autonomia. Una prima corrente, fondandosi su quanto disposto dall'art. 2, quarto comma, cod. pen., rileva il trattamento sanzionatorio corrisposto in violazione della *lex mitior* sopravvenuta sulla scorta del principio di retroattività della legge penale favorevole, mentre un secondo filone giurisprudenziale, a partire dai principi fondamentali di cui agli artt. 13, 25 e Cost., nonché da quanto disposto dall'art. 129 cod. proc. pen., rileva il vizio del trattamento sanzionatorio laddove questo determini l'illegalità della pena.

## 2. La decisione della Corte: la rilevanza *ex officio* della *lex mitior* sopravvenuta, ex art. 2, comma 4, cod. pen.

I giudici di legittimità premettono come, in tema di giudizio abbreviato, la giurisprudenza sia ormai consolidata nel ritenere il novellato secondo comma dell'art. 442 cod. proc. pen. applicabile anche alle fattispecie anteriori – salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile – attesa la natura intrinsecamente sostanziale della disposizione<sup>3</sup>. Anche se norma di carattere processuale, infatti, incidendo sul trattamento sanzionatorio dell'imputato deve essere sottoposta al regime di retroattività della *lex mitior*<sup>4</sup>, di cui all'art. 2, comma 4, cod. pen., il quale stabilisce che «*se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna*». A livello sovranazionale, il principio di retroattività della

<sup>3</sup> Sull'applicabilità del riformato trattamento sanzionatorio anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 103 del 2017, cfr. Sez. 4, n. 832 del 11 gennaio 2018.

Più in generale, sulla natura sostanziale delle norme che regolano la riduzione della pena connessa al rito abbreviato, cfr. Grande Chambre, *Scoppola (n. 2) c. Italia*, sentenza del 17 settembre 2009 (ricorso n.10249/03), § 111-113, in cui la Corte Edu evidenzia come il secondo comma dell'articolo 442 cod. proc. pen. sia interamente consacrato alla gravità della pena da infliggere quando il processo si è svolto secondo il procedimento semplificato nel giudizio abbreviato, e che, come tale, esso costituisce una disposizione di diritto penale materiale. Pertanto, esso rientra dunque nella sfera di applicazione dell'ultima frase dell'articolo 7 § 1 della Convenzione.

<sup>4</sup> Sez. 4, n. 832 del 15 dicembre 2017 ud. - dep. 11 gennaio 2018, Rv. 271752.

legge penale più favorevole è riconosciuto dall'art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, dall'art. 49, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché nell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Data la centralità di tale principio, funzionale alla tutela di diritti fondamentali della persona, la Corte evidenzia come «*la sua applicazione non può essere rimessa all'iniziativa dell'imputato e non è impedita dalle preclusioni processuali che si formano nel corso del giudizio, incontrando, come si ricava dalla stessa disposizione in esame, il solo limite del giudicato*».

Sulla rilevanza *ex officio* della *lex mitior*, le Sezioni Unite '*Della Fazio*'<sup>5</sup> avevano già affermato il diritto dell'imputato di essere giudicato in base al trattamento più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo, alla luce dei principi di uguaglianza, proporzionalità della pena nonché finalità rieducativa del trattamento sanzionatorio. Questo in quanto l'art. 2, comma 4 cod. pen. individua un vero e proprio obbligo per il giudice di cognizione di rimuovere la situazione di violazione del principio di retroattività della *lex mitior*<sup>6</sup>. Tale obbligo implica la rilevanza d'ufficio del trattamento sanzionatorio errato poiché esso «*viola il criterio di proporzionalità che deve sempre assistere l'esercizio del potere punitivo attribuito all'autorità giudiziaria*»<sup>7</sup>, con il solo limite del giudicato formale<sup>8</sup>. Pertanto, il giudice di cassazione può, anche d'ufficio, ritenere applicabile il nuovo e più favorevole trattamento sanzionatorio per l'imputato – pure in presenza di un ricorso inammissibile – disponendo, ai sensi dell'art. 609 cod. proc. pen., l'annullamento sul punto della sentenza impugnata.

In tema di trattamento sanzionatorio ridotto in relazione alla scelta del rito abbreviato, la Corte evidenzia come le Sezioni Unite '*Acquistapace*' abbiano recentemente affermato il dovere inderogabile per il giudice di appello di applicare detta diminuzione nella misura di legge, alla luce del carattere perentorio del secondo comma dell'art. 442, comma 2, cod. proc. pen., in cui il legislatore «*scolpisce (...) nitidamente il contenuto dell'obbligo decisorio sul punto, al quale il giudice non può sottrarsi, spettando correlativamente all'imputato il diritto a vedersi decurtata la pena nella esatta dimen-*

---

<sup>5</sup> Anche nel caso in cui la pena inflitta con la legge previgente rientri nella nuova cornice editale sopravvenuta, cfr. Sez. U, n. 46653 del 26 giugno 2015, Rv. 265110, *Della Fazio*.

<sup>6</sup> Il principio di massima espansione della *lex mitior* viene ricavato dalla giurisprudenza ragionando a contrario rispetto quanto statuito da Corte Cost., n. 393 del 23 novembre 2006, in cui la Consulta rileva come «eventuali deroghe al principio di retroattività della *lex mitior*, ai sensi dell'art. 3 Cost., possono essere disposte dalla legge ordinaria quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa», cfr. Sez. Un., n. 46653 del 26 giugno 2015, *Della Fazio*.

<sup>7</sup> Sez. Un., n. 46653 del 26 giugno 2015, *Della Fazio*.

<sup>8</sup> Le Sezioni Unite *Della Fazio* avevano già affrontato il problema dell'ipotetica formazione del giudicato interno sul trattamento sanzionatorio, nel caso in cui il ricorso fosse inammissibile ovvero privo di censure sulla pena. Sul punto, si erano limitate a rilevare come il problema sia esclusivamente quello di verificare la lesione di una garanzia fondamentale della persona, così implicitamente escludendo la possibilità che esso possa costituire un limite all'applicabilità dell'art. 2 cod. pen. Per approfondire le Sezioni Unite *Della Fazio* si veda COSTANZI, *In sede di legittimità è applicabile d'ufficio il trattamento sanzionatorio previsto da una legge successiva più favorevole, anche in presenza di un ricorso inammissibile ed anche in caso di pena che rientri nei nuovi parametri edittali*, Cass. pen., n. 1, 2017, 165.

sione prevista dalla legge»<sup>9</sup>. Sulla scorta di questi precedenti, peraltro, parte della giurisprudenza di legittimità si era già orientata nell'applicare d'ufficio la nuova disciplina più favorevole di cui all'art. 442, comma 2, cod. proc. pen.<sup>10</sup>. Invero, la Corte precisa come l'affermata applicabilità d'ufficio del sopravvenuto trattamento sanzionatorio più favorevole non si ponga necessariamente in contrasto con quella parte della giurisprudenza che aveva ritenuto che contro l'errata riduzione non fossero esperibili i rimedi dell'incidente di esecuzione e della correzione di errore materiale, in quanto nell'ipotesi in esame, non essendosi formato il giudicato formale, è pienamente rispettato il limite dell'irrevocabilità della sentenza posto dall'art. 2, comma 4, cod. pen.<sup>11</sup>.

La Corte, pertanto, conclude ammettendo la rilevabilità *ex officio* dell'errato trattamento sanzionatorio disposto al di fuori dei parametri dell'art. 442 cod. proc. pen. in quanto la violazione del dovere di determinare la pena in ottemperanza del principio sovranazionale della retroattività della *lex mitior*, di cui al quarto comma dell'art. 2 cod. pen., rientra tra i vizi rilevabili d'ufficio nel giudizio di legittimità ai sensi dell'art. 609, secondo comma, cod.proc.pen.

### 3. Una soluzione alternativa della Corte: la rilevabilità d'ufficio della pena illegale.

Questa soluzione, peraltro, si contrappone ad un'altra, coeva, pronuncia della medesima Quarta Sezione Penale, n. 6510/2021, in cui i giudici avevano ritenuto che l'applicazione della più favorevole riduzione, non dedotta né con i motivi di appello né in sede di conclusioni dinanzi a quel giudice, non possa essere rilevata d'ufficio dal giudice di cassazione, in quanto non si tratta di una pena illegale, ma di errata applicazione di una legge processuale<sup>12</sup>. Il ragionamento di quel collegio si fondava sul diverso presupposto di utilizzare come parametro di riferimento – al fine di individuare la rilevabilità d'ufficio del trattamento sanzionatorio *ex art. 609 cod. proc. pen.* – il principio di legalità della pena.

Già sotto il previgente codice di rito, attraverso l'applicazione analogica dell'art. 152 cod. proc. pen. 1930 veniva attribuito al giudice dell'impugnazione, anche in mancanza di uno specifico motivo di impugnazione, il potere di annullare o modificare la sentenza che avesse inflitto una pena illegale in ordine alla sua quantità o specie. Nel nuovo codice di rito, la medesima prospettiva, fondata sull'applicazione analogica *in bonam partem* dell'art. 129 cod. proc. pen., è stata confermata, al fine di riconoscere al giudice dell'impugnazione un potere decisorio oltre il *devolutum*. Sulla base di queste premesse, la giurisprudenza individua, tra i vizi del provvedimento rilevabili d'ufficio, la 'pena illegale'. Tale deroga al principio devolutivo nasce in ragione della necessità di evitare la lesione del principio costituzionale di legalità della pena, di cui

<sup>9</sup> Sez. U, n. 7578 del 17 dicembre 2020 ud. - dep. 26 febbraio 2021, Rv. 280539, *Acquistapace*.

<sup>10</sup> Cfr. Sez. 1, n. 39087 del 24 maggio 2019 9, Rv. 276869, in cui La Corte riteneva inammissibili le censure dedotte dal ricorrente ma rilevava d'ufficio la sopravvenuta illegalità della pena, poiché il trattamento sanzionatorio, anche ove collegato alla scelta del rito, determina sempre effetti di natura sostanziale ed è, dunque, soggetto alla complessiva disciplina di cui all'art. 2 cod. pen.

<sup>11</sup> Sez. 1, n. 22313 del 08 luglio 2020, Rv. 279455.

<sup>12</sup> Sez. 4, n. 6510 del 27 gennaio 2021, Rv. 280946.

all'art. 25 Cost., strettamente connesso alla garanzia fondamentale della libertà personale, ex art. 13 Cost., ad essa sottesa<sup>13</sup>.

Nella sua interpretazione tradizionale, più restrittiva, la pena illegale coincideva con una sanzione irrogata in misura inferiore ovvero superiore rispetto i limiti edittali stabiliti dalla norma, ovvero una pena diversa per specie da quella prevista dal legislatore ovvero una pena che fosse del tutto omessa da parte del giudice<sup>14</sup>. In questo caso, la Corte di cassazione ha – anche d'ufficio – l'obbligo di annullare la pronuncia, qualora non possa direttamente provvedere a rideterminare la medesima<sup>15</sup>. Tale rideterminazione, al contrario, non potrebbe giustificarsi alla luce di una pena legittimamente quantificata nel dispositivo letto in udienza, ma erroneamente calcolata in motivazione, poiché «diversamente, qualunque errore di diritto nel computo della pena dovrebbe essere corretto d'ufficio, il che finirebbe con lo snaturare il meccanismo stesso dell'impugnazione, retto dal principio devolutivo»<sup>16</sup>. Il potere correttivo del giudice di legittimità, pertanto, costituisce una deroga al principio devolutivo, giustificabile solo alla luce dell'illegalità della pena, intesa come *illegalità ab origine*, che investe il provvedimento fin dal momento della sua emanazione.

In seguito, la nozione di pena illegale è stata al centro di diverse pronunce che ne hanno esteso il contenuto fino ricomprendere la cd. *illegalità sopravvenuta* del provvedimento a seguito di una declaratoria di illegittimità costituzionale ovvero convenzionale<sup>17</sup> delle norme sostanziali sulla base delle quali era stato disposto. La dichiarazione di invalidità retroagisce *ex tunc* al momento dell'entrata in vigore della norma abrogata, affetta da una patologia che non avrebbe dovuto consentire al legislatore di approvarla. In questo caso, quindi, al momento dell'emanazione del provvedimento la pena comminata non era illegale, ma lo diviene *ex post* a seguito della declaratoria della Corte costituzionale o della Corte Edu. La situazione del condannato in questo caso è così grave che non solo il giudice di cognizione ma anche quello dell'esecuzione è tenuto a correggere la pena, applicando il sopravvenuto trattamento sanzionatorio migliorativo nei confronti del condannato, nel caso in cui la pena sia ancora in fase di esecuzione, a prescindere dall'irrevocabilità del provvedimento<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Sez. Un., n. 40986 del 19 luglio 2018, *Pittalà*.

<sup>14</sup> Sez. 3, n. 3877 del 14 novembre 1995, Rv. 203205.

<sup>15</sup> Sez. 3, n. 3877 del 14 novembre 1995, Rv. 203205; Sez. 4, n. 39631 del 24 settembre 2002, Rv. 225693, con riferimento alla mancata applicazione della disciplina sanzionatoria prevista per i reati di competenza del giudice di pace.

<sup>16</sup> in questo senso, Sez. Un., n. 40986 del 19 luglio 2018, *Pittalà*, Sez. 2, n. 12991 del 19 febbraio 2013, Rv. 255197; Sez. 6, n. 32243 del 15 luglio 2014, Rv. 260326.

<sup>17</sup> Sul punto, cfr. Grande Chambre, *Scoppola (n. 2) c. Italia*, sentenza del 17 settembre 2009, nonché Sez. U, n. 18821 del 24 ottobre 2013 - dep. 2014, *Ercolano*, Rv. 25865.

<sup>18</sup> La necessità di conformare la sanzione al principio di legalità, nel caso di declaratoria di illegittimità costituzionale, quindi, non è limitata alla sola fase di *irrogazione* della pena, ma investe l'intera durata del rapporto esecutivo. Cfr. Sez. U, n. 18821 del 24 ottobre 2013 - dep. 2014, *Ercolano*, Rv. 25865, con nota di VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2014; Sez. U, n. 37107 del 26 febbraio 2015, *Marcon*, Rv. 264859. Si veda anche DI GERONIMO, GIORDANO, *La problematica individuazione dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 2016, 2514B.

*Quid iuris*, tuttavia, nel caso in cui il trattamento sanzionatorio migliorativo derivi non da una situazione patologica, quale la declaratoria di illegittimità costituzionale, ma fisiologica, quale il diverso fenomeno della successione di leggi nel tempo?<sup>19</sup> In questo caso, infatti, la norma conserva la sua validità fino al momento della sua abrogazione o modifica, in quanto l'emendamento è la normale espressione di un mutamento nella percezione del disvalore connesso al fatto da parte del legislatore, non di una incompatibilità con l'ordinamento costituzionale<sup>20</sup>.

Parte della giurisprudenza non ha mancato di estendere anche in questo senso la nozione di pena illegale. Le Sezioni Unite '*Della Fazio*', – che, come si è detto, avevano già statuito l'obbligo del giudice di cognizione di rilevare la *lex mitior* sulla scorta dell'art. 2 cod. pen. – avevano al contempo vagliato la possibilità di rilevare d'ufficio la mancata applicazione del trattamento sanzionatorio migliorativo sopravvenuto utilizzando come parametro il principio di legalità della pena. In particolare, avevano identificato come illegale la sanzione «*determinata sulla base di parametri completamente stravolti da una successiva modifica legislativa, ed applicata in modo incompatibile con la disciplina normativa successiva*».

La portata innovativa della pronuncia, tuttavia, era stata limitata dalle stesse Sezioni Unite che al concetto di pena illegale avevano contrapposto quello – del tutto originale – di 'pena ingiusta', ovvero sia di quella pena che, rimanendo nei margini edittali sopravvenuti, sarebbe irrogata con riferimento alla gravità di un fatto criminoso il cui disvalore sociale non sia mutato significativamente, ovvero entro limiti ragionevolmente commisurabili, in astratto, anche alla diversa gravità del fatto come previsto dalla nuova normativa, ovvero determinata in concreto con riferimento ad una gravità non significativamente diversa rispetto a quella del successivo e più favorevole trattamento e chiaramente commisurata ai criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.

Nel caso concreto che li occupava – relativo allo stravolgimento del quinto comma dell'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990, la cui forbice edittale veniva contratta nelle more del processo nella reclusione da sei mesi a quattro anni rispetto la previgente da uno a sei anni – le Sezioni Unite avevano ritenuto la pena oggetto di ricorso, determinata dal giudice di merito in anni due, *ingiusta* ma non *illegale*, e come tale non rilevabile d'ufficio sulla scorta di quel parametro, poiché «*in ipotesi, potrebbe essere legittimamente inflitta, con un'adeguata motivazione giustificatrice che tenga conto dell'innovazione normativa, anche in base alla nuova e più favorevole disciplina sanzionatoria*»<sup>21</sup>.

Pur alla luce di questi precedenti, la già citata Sez. 4, n. 6510/2021 aveva escluso che l'errata riduzione della pena finale per una contravvenzione, ridotta per l'accesso al rito abbreviato, potesse determinare l'illegalità della pena e, come tale, fosse rilevabile d'ufficio dal giudice di legittimità<sup>22</sup>. Infatti, abbracciando l'interpretazione tradizionale di pena illegale, la Corte escludeva che, nel caso di specie, si vertesse nel caso di una pena «*non prevista dalla legge per specie o quantità, né ricorresse l'errore nel computo aritmetico, quanto una determinazione operata in violazione del*

<sup>19</sup> Sul tema, cfr. Sez. Un., n. 42858 del 29 maggio 2014, *Gatto*.

<sup>20</sup> Sez. Un. n. 33040 del 26 febbraio 2015, *Jazouli*.

<sup>21</sup> Sez. Un., n. 46653 del 26 giugno 2015, *Della Fazio*.

<sup>22</sup> Sez. 4, n. 6510 del 27 gennaio 2021, Rv. 280946.



*criterio di riduzione, stabilito dalla legge processuale. In altri termini si trattava di una pena illegittima, non emendabile mediante lo strumento attivato dal condannato, che avrebbe dovuto chiederne la corretta commisurazione con gli ordinari mezzi di impugnazione»<sup>23</sup>.*

Nella pronuncia in commento, al contrario – posta la rilevabilità dell'errato trattamento sanzionatorio ex art. 609, comma 2, cod. proc. pen., sulla scorta dell'art. 2, comma 4, cod. pen., a prescindere quindi dalla riconducibilità o meno della questione in esame alla illegalità della pena – la Corte non può fare a meno di rilevare come «*la nozione di pena illegale, frutto di una lunga e progressiva elaborazione giurisprudenziale, sicuramente condizionata dalla spinta della Corte europea dei diritti dell'uomo (caso "Scoppola") e dalla Corte costituzionale (caso "Ercolano"), ricomprende oramai anche la pena quantificata in base a parametri edittali di riferimento che sono stati significativamente incisi dalla sopravvenienza di una modifica "migliorativa" del trattamento sanzionatorio, atteso che la finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.) ed il rispetto dei principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità del trattamento sanzionatorio al disvalore del fatto impongono di rivalutare la misura della sanzione, precedentemente individuata, sulla base dei parametri edittali modificati dal legislatore in termini di minore gravità»<sup>24</sup>. Il carattere estremamente determinato del novellato secondo comma dell'art. 442 cod. proc. pen., quindi, non lasciando margini di discrezionalità al giudice – che non potrebbe attraverso una adeguata motivazione comminare la medesima sanzione – implica l'illegalità della pena comminata sulla base della cornice edittale precedentemente vigente.*

In conclusione, quindi, i giudici hanno provveduto a rilevare *ex officio* il vizio, annullando senza rinvio la sentenza in punto di trattamento sanzionatorio e rideterminando la pena<sup>25</sup>.

#### 4. Un'interpretazione estensiva della nozione di 'pena illegale'.

Nella pronuncia in commento, quindi, la Corte dà una soluzione positiva al problema della rilevabilità d'ufficio del trattamento sanzionatorio corrisposto sulla base di una cornice edittale sfavorevole all'imputato tanto alla luce del principio di retroattività della *lex mitior* quanto di una nozione estesa di pena illegale.

Una conclusione quanto mai innovativa, se confrontata con la, già citata, Sez. 4, n. 6510/2021. Alla luce di quanto esposto, quest'ultima pronuncia è criticabile nella parte in cui, pur ammettendo la natura sostanziale delle norme che regolano la riduzione di pena connessa al giudizio abbreviato, e quindi partendo dalle stesse premesse della pronuncia in commento, non si interroga sul principio di prevalenza della *lex mitior* sopravvenuta ex art. 2 cod. pen., trascurando quanto già statuito sul punto dalle Sezioni Unite 'Della Fazio' e limitandosi a impostare il ragionamento adot-

<sup>23</sup> Sez. 1, n. 22313 del 8 luglio 2020, Rv. 279455; Sez. 1, n. 28252 del 11 giugno 2014, Rv. 261091

<sup>24</sup> Cfr. la pronuncia in commento, Sez. 4, 18 maggio 2021 (dep. 30 giugno 2021), n. 24897.

<sup>25</sup> In particolare, la pena finale veniva rideterminata in mesi tre di arresto ed euro 900 di ammenda, convertiti in 184 ore complessive di svolgimento di lavoro di utilità pubblica. I giudici di legittimità, pertanto, partivano dalla medesima pena base del giudice di prime cure, salvo ridurla non di un terzo ma della metà.



tando come unico parametro l'illegalità della pena. Se è vero che il secondo comma dell'art. 442 cod. proc. pen. è una previsione di carattere sostanziale, allora essa non può che essere sottoposta al principio di retroattività della *lex mitior*, il cui carattere imperativo impone al giudice di cognizione di rilevare d'ufficio il vizio del trattamento sanzionatorio. Non considerando la rilevanza del quarto comma dell'art. 2 cod. pen. nel caso di specie, quel collegio era arrivato ad una soluzione quanto meno affrettata della *quaestio*.

Allo stesso modo, nella parte in cui assume come parametro il concetto di pena illegale, Sez. 4, n. 6510/2021 si rifà ad un'interpretazione restrittiva della nozione che, per quanto rispettosa del carattere devolutivo dell'impugnazione di legittimità, non può che ritenersi ormai superata nell'ottica – più garantista – della giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

Nella pronuncia in commento, al contrario, la Corte non solo fa applicazione di quanto statuito dalle Sezioni Unite '*Della Fazio*' in tema di legalità della pena, ma sembra, a tratti, potenzialmente superarle. Infatti, se le Sezioni Unite ritenevano illegale la pena determinata sulla base di parametri "*completamente stravolti*" da una successiva modifica legislativa, ed applicata in modo "*incompatibile*" con la disciplina normativa successiva, la Corte definisce illegale la pena quantificata in base a parametri edittali di riferimento che sono stati "*significativamente incisi*" dalla sopravvenienza di una modifica migliorativa del trattamento sanzionatorio. Si tratta di una scelta linguistica diversa, meno stringente, che, a parere di chi scrive, non sembra essere dettata da una mera svista dei giudici di legittimità ma sottende una nuova sensibilità della Corte, ormai definitivamente orientata nell'estendere la nozione di illegalità della pena alla mancata applicazione della *lex mitior* sopravvenuta lasciandosi alle spalle quell'interpretazione restrittiva risalente, su cui pure si fondava la sentenza n. 6510/2021.

È interessante notare come, nell'argomentare la ormai innegabile estensione del concetto di pena illegale, la Corte si rifaccia a quei medesimi principi sottesi alla retroattività *in mitius*, quali finalità rieducativa e proporzionalità della pena.

La Corte, infatti, non può ignorare come il trattamento sanzionatorio, lungi dall'essere legato esclusivamente ad un'esigenza retributiva della pena, si ispiri anche a questi principi, i quali trovano un fondamento costituzionale agli artt. 27 e 3 Cost. La reintegrazione del condannato nella *societas*, intesa come percezione dell'errore commesso e riacquisizione dei valori basilari della convivenza, infatti, risulterebbe compromessa da una sanzione comminata sulla base di una cornice edittale che lo stesso legislatore, riformando, ha ritenuto non più adeguata per quella condotta. Allo stesso modo, in ossequio al principio di proporzionalità della pena, e altresì in un'ottica di prevenzione speciale, è necessario che il destinatario del trattamento punitivo avverta come giusta e proporzionata la sanzione, al fine di favorirne l'accettazione psicologica. Tale allora non può essere la pena stabilita sulla base di una valutazione che adegui il disvalore della condotta del reo al momento del fatto a parametri di riferimento non più attuali<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> In questo senso, Sez. Un., n. 46653 del 26 giugno 2015, *Della Fazio*. Sulla funzione rieducativa e la proporzionalità della pena si veda FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Settima edizione, 736 ss., MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Generale*, 2015, 723-730, MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*

Il giudice, non potendo prescindere dalla realizzazione di questi principi, non può che dichiarare illegale quella pena che manchi di applicare la *lex mitior* sopravvenuta. In quest'ottica, quindi, illegale non è più solo la pena che viene determinata sulla base di un parametro edittale completamente errato, perché non previsto dalla legge, ma anche quella che, corrisposta sulla base di una cornice sfavorevole all'imputato, viola la funzione stessa per la quale il trattamento sanzionatorio viene corrisposto dallo Stato nei suoi confronti. Attraverso un'interpretazione estesa della nozione di 'pena illegale', comprensiva della mancata applicazione della *lex mitior* sopravvenuta, il giudice di cognizione rafforza la tutela dell'intero apparato di principi connessi alla pena che, talvolta, tendono a disperdersi nei formalismi del processo. Inoltre, evidenziando come retroattività *in mitius* e illegalità della pena siano legate dai medesimi obiettivi di reintegrazione del condannato, la pronuncia riporta a coerenza un sistema processuale in cui, per assurdo, sulla base delle più recenti pronunce giurisprudenziali, l'errata riduzione del trattamento sanzionatorio in violazione della *lex mitior* avrebbe violato il principio di retroattività della norma favorevole ma non anche di legalità della pena.

Vale la pena evidenziare come, attraverso questa impostazione, la Corte superi anche quella parte di giurisprudenza, antecedente la riforma Orlando, che, in tema di errata riduzione della pena in seguito alla scelta del rito abbreviato, distingueva il mero errore di calcolo dall'errata applicazione della legge processuale. Nel primo caso, non incidendo l'errore matematico sul procedimento volitivo del giudice, questo potrebbe essere corretto, *ex officio*, in sede di legittimità, utilizzando lo strumento di cui all'art. 130 cod. proc. pen. e così ripristinando quella che era la – evidente – intenzione originaria del giudice<sup>27</sup>. Al contrario, laddove l'errata riduzione derivi dall'errata applicazione della legge processuale, allora è onere del ricorrente impugnare il vizio, *ex lett. c)* dell'art. 606 cod. proc. pen.<sup>28</sup>. In questo caso, infatti, non si verterebbe tanto in un'ipotesi di pena illegale, cioè non prevista dall'ordinamento, quanto di pena illegittima, cioè determinata in contrasto con i principi di legge per la sua quantificazione<sup>29</sup>. Diversamente opinando, sempre secondo questo filone giurisprudenziale, si sarebbe esteso il potere di rilievo del giudice di legittimità oltre i limiti prestabiliti dal legislatore, ammettendo i motivi nuovi e le doglianze non ritualmente sollevate in sede di merito.

In quest'ottica, quindi, la deroga al principio devolutivo veniva ammessa esclusivamente nel quadro di un mero errore del giudice di merito. Tuttavia, al di là delle evidenti difficoltà nell'individuare in che tipo di errore il giudice di merito sia concretamente incorso, spesso sulla base di motivazioni quanto mai scarse in punto di trattamento sanzionatorio, poco importa, come evidenzia la Corte, che l'errata riduzione derivi da un errore del giudice o dall'errata applicazione della legge processuale, poiché l'*outcome* processuale per l'imputato rimane il medesimo: una pena che non rispecchia il disvalore dato dal legislatore al fatto al momento della condanna. In caso di successione di leggi, allora, in un ipotetico giudizio di bilanciamento, quindi, sarà

---

di diritto penale, Parte Generale, Terza Edizione, 5-14.

<sup>27</sup> Sez. 1, n. 28252 del 11 giugno 2014, Rv. 261091.

<sup>28</sup> In questo senso: Sez. 3, n. 38474 del 31 maggio 2019, Rv. 276760.

<sup>29</sup> Sez. 1, n. 28252 del 11 giugno 2014, Rv. 261091.

il principio devolutivo che sorregge il sistema delle impugnazioni a cedere rispetto esigenze più pressanti perché legate al rispetto dei diritti fondamentali della persona, quali la funzione rieducativa e la proporzionalità della pena e, soprattutto, la libertà personale dell'individuo.

La pronuncia potrebbe quindi essere massimata come segue: «*La diminuzione per il rito abbreviato, applicata nella misura di un terzo anziché della metà per le contravvenzioni, introdotta dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, attesi gli effetti sostanziali della stessa, pur se non dedotta con i motivi d'appello, deve essere rilevata d'ufficio dal giudice di cassazione, essendo l'art. 2, comma quarto, cod. pen. divenuto strumento interno di attuazione del principio sovranazionale della retroattività della lex mitior, nonché essendo ormai la nozione di illegalità della pena estesa alla pena quantificata in base a parametri edittali di riferimento che sono stati significativamente incisi dalla sopravvenienza di una modifica in melius del trattamento sanzionatorio*».

## 5. La rilevabilità della *lex mitior* da parte del giudice dell'esecuzione e i due volti del giudicato.

Che si utilizzi il parametro della retroattività della *lex mitior* ovvero quello della illegalità della pena, la giurisprudenza è pressoché univoca nell'individuare nel passaggio in giudicato della sentenza il limite invalicabile oltre il quale il giudice non ha potere di rilevare la *lex mitior* sopravvenuta, non costituendo la retroattività *in mitius* un valore 'assoluto' nel nostro ordinamento, ma una regola suscettibile di limitazioni e deroghe, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli nonché dalla necessità di preservare interessi di analogo rilievo, quali il giudicato<sup>30</sup>.

All'interno del nostro ordinamento, il principio del giudicato ha da sempre rivestito un ruolo fondamentale, non solo in quanto funzionale a dare certezza ai rapporti giuridici, ma anche in quanto espressione della *auctoritas* dello Stato<sup>31</sup>. È tuttavia noto come esso sia oggetto, negli ultimi anni, di un vero e proprio processo di flessibilizzazione da parte di numerose pronunce delle Corti nazionali ed europee volte a limitarne l'estensione ed evitare che prevarichi sui diritti costituzionali della persona. Proprio in quest'ottica, si è già detto come la giurisprudenza di legittimità sia ormai orientata nel ritenere rilevabile *ex officio* la pena divenuta illegale a seguito di una declaratoria di illegittimità costituzionale o convenzionale, in cui l'accertata violazione dei diritti della persona determina la nullità *ex tunc* della norma incriminatrice ovvero sanzionatoria è idonea a travolgere anche le sentenze passate in giudicato. Al contrario, nel caso della 'semplice' successione di leggi, non essendo leso nessun diritto fondamentale della persona ma solo mutata la percezione del disvalore del fatto da parte del legislatore, non vi sarebbe una ragione giustificatrice sufficiente per il giudice dell'esecuzione per prevaricare il limite dell'irrevocabilità della sentenza. Anche nella pronuncia in commento, in accordo con quanto già statuito da Sez. 1, n. 22313/2020<sup>32</sup>, la Corte conferma come la rilevabilità della *lex mitior* sopravvenuta sia

<sup>30</sup> Corte cost., n. 236 del 19 luglio 2011.

<sup>31</sup> RUGGERI, voce *Giudicato penale*, in *Enc. Dir.*, *Annali III*, 2010, Milano, 433-468.

<sup>32</sup> Sez. 1, n. 22313 del 08 luglio 2020, Rv. 279455.

preclusa in sede di incidente di esecuzione, posto il limite del passaggio in giudicato della sentenza di cui al quarto comma dell'art. 2 cod. pen.

Si noti tuttavia quanto segue. Secondo la recente giurisprudenza, la funzione principale assolta dal giudicato è costituita dall'evitare il *bis in idem*, ovvero sia che la persona possa subire nuovamente un procedimento penale per i medesimi fatti, tuttavia, sottolineano le Sezioni Unite 'Gatto', ciò non implica l'immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna nei casi in cui la pena debba subire modificazioni necessarie imposte dal sistema a tutela dei diritti primari della persona<sup>33</sup>. Parte della dottrina ha quindi evidenziato come emergano due volti del giudicato penale: l'uno relativo all'accertamento del fatto, intangibile in quanto posto a garanzia del reo, l'altro riferibile alla determinazione della pena, funzionale alla certezza dei rapporti giuridici ma flessibile ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio *in bonam partem*, in quanto esposto al bilanciamento con altri principi costituzionali e convenzionali<sup>34</sup>.

A parere di chi scrive, anche alla luce delle considerazioni della giurisprudenza in commento, che individua nella funzione rieducativa e nella proporzionalità della pena un *fil rouge* che lega retroattività *in mitius* della norma e illegalità della pena, risulta quanto mai limitante la possibilità di rilevare la *lex mitior* esclusivamente durante la fase di cognizione del giudizio e non anche durante la fase di esecuzione della pena. D'altronde, come specificano le Sezioni Unite 'Gatto', il rapporto esecutivo tra lo Stato e il condannato nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena medesima. Ne consegue che, fino a quando l'esecuzione della sanzione è in corso, il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e l'eventuale illegalità della pena va rimossa.

Al contempo, le Sezioni Unite 'Ercolano' specificano come «la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, e 25, comma secondo, Cost.) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost.». Se è vero che tali profili vengono sicuramente vanificati da una declaratoria d'incostituzionalità, non diversamente, si è visto, la finalità rieducativa della pena risulta fortemente compromessa dall'applicazione nei confronti dell'imputato di una pena la cui cornice edittale non rispecchia più il disvalore dato dal legislatore alla fattispecie.

Sulla scia di questo ragionamento, sarebbe auspicabile una rinnovazione del dibattito - giurisprudenziale e dottrinale - in materia, che solleciti una pronuncia interpretativa della Corte costituzionale che circoscriva il limite dell'irrevocabilità della sentenza alla irrevocabilità dei fatti come accertati nel procedimento ed ammetta la rilevabilità del vizio del trattamento sanzionatorio per sopravvenienza di una *lex mitior* anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza.

---

<sup>33</sup> Sez. Un., n. 42858 del 29 maggio 2014, *Gatto*, con nota di ROMEO, *Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di una pena "incostituzionale"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014, e di RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona. Una breve riflessione su norma, giudicato e ordinamento a margine di Cass. pen., sez. un., sent. 29 maggio 2014 n. 42858*, *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2014.

<sup>34</sup> Cfr. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2015, 1-27.

# IL GIUDICE ROBOT

Ervin Rupnik\*

Si immagina questa scena: un'aula di Tribunale, un processo penale, in cui è presente un solo uomo in carne ed ossa, l'imputato. Perché giudice, pubblico ministero e l'avvocato sono dei robot, con una toga sulle spalle forse, per dar loro una sembianza umana, ma pur sempre dei robot.

L'imputato legge su un monitor i capi di imputazione a suo carico, così come su uno schermo scorrono le domande e le risposte dell'esame e del contro esame dei testimoni, accanto a una cifra percentuale che, mutando, indica il grado di probabilità che venga assolto o condannato e la quantificazione della pena che gli può essere inflitta.

Poi tocca a lui esporre le sue ragioni: legge sullo schermo le domande, risponde, cerca di dare la sua versione dei fatti, spiega il perché e il per come del suo agire, e nel farlo si emoziona, come è giusto che sia.

Volge infine lo sguardo al giudice per capire se le sue parole hanno fatto breccia, ma la risposta gliela dà il monitor, in cui la percentuale di assoluzione/condanna si trasforma in certezza e, nel secondo caso, viene anche quantificata la pena.

Il processo è finito, allo Stato non è costato nulla (se non la corrente elettrica per alimentare i robot) ed è stato velocissimo.

Scenario da Grande Fratello orwelliano o da Città del Sole di Campanella? Ma, soprattutto, ne siamo così lontani?

## **Il robot-pubblico ministero cinese è già al lavoro**

Lo scorso 26 dicembre il South China Morning Post, una testata di Hong Kong, ha riferito che la Procura del Popolo di Shanghai Pudong ha elaborato un algoritmo di Intelligenza Artificiale in grado di esaminare fascicoli ed elaborare capi di imputazione.

Non si tratta di un robot con le fattezze umane ma, come detto, di un algoritmo caricabile su qualunque computer in commercio che, attraverso l'esame dei verbali di polizia e degli altri documenti presenti nel fascicolo, opera una selezione tra ciò che è rilevante e ciò che non lo è, esamina il materiale non scartato, ed effettua una valu-

---

\* Avvocato del Foro di Roma.

tazione dei punti chiave, quali gli elementi indiziari, per giungere ad una conclusione e formulare un vero e proprio capo di imputazione.

Secondo il professor Shi Yong, direttore dell'Accademia cinese delle Scienze dei "Big Data" e capo del team di sviluppatori, l'algoritmo prenderebbe in considerazione più di 1.000 potenziali elementi tra loro concordanti o discordanti (testimonianze, verbali, rilievi, transazioni bancarie etc.), in ciò basandosi sui dati di oltre 17.000 casi giudiziari realmente avvenuti nel periodo 2015-2020, e arriverebbe a formulare imputazioni "corrette" nel 97% dei casi.

Pur limitandosi per il momento a sole 8 diverse fattispecie di reato (frode con carta di credito, scommesse clandestine, guida spericolata, violenza intenzionale, intralcio all'attività pubblica, furto e frode generica), il software promette grandi sviluppi per l'immediato futuro, soprattutto in considerazione della mole di lavoro che può far risparmiare ai pubblici ministeri in carne ed ossa i quali, viene precisato, restano comunque gli ultimi responsabili delle decisioni, potendosi essi ben discostare da quelle assunte dall'algoritmo accusatore.

### **Tanto rumore per nulla?**

La notizia ha impressionato e ha fatto di corsa il giro del mondo, accompagnata sovente da immagini di un androide con il martelletto da giudice in mano. Ma è davvero così sconvolgente?

Se si guarda alla realtà quotidiana, bisogna riconoscere che l'Intelligenza Artificiale è ormai presente ovunque: dai navigatori che calcolano il percorso meno trafficato per giungere alla destinazione prescelta, al nostro smartphone che prevede quale sarà la prossima parola che inseriremo nel testo che stiamo scrivendo, all'algoritmo che suggerisce l'operazione di borsa potenzialmente più vantaggiosa, al software dell'Agenzia delle Entrate che incrocia gli elementi indicatori del tenore di vita con i redditi del contribuente per valutarne la compatibilità.

E che dire dei social network che selezionano i post per noi potenzialmente più interessanti dopo aver esaminato e tracciato la nostra navigazione, o del Braking Assistance System, montato sui veicoli di nuova produzione, che aziona da solo i freni della nostra macchina se le telecamere avvistano un oggetto fermo innanzi a noi, così come degli altri innumerevoli servizi di assistenza alla guida che usiamo ormai senza nemmeno accorgerci e che ci porteranno a breve a salire su autoveicoli a guida completamente autonoma?

Perché allora la notizia dell'introduzione dell'Intelligenza Artificiale nel sistema della Giustizia ha fatto sobbalzare molti, compreso chi scrive? Perché la macchina, sotto certi profili, spaventa. A maggior ragione se invade un settore umano, troppo umano, qual è appunto quello della Giustizia, in particolare quella penale.

### **Potenziali pericoli**

Una prima fonte di inquietudine è legata al possibile abuso che l'uomo può fare, a proprio vantaggio, della macchina.

I media occidentali che hanno ripreso la notizia del "procuratore robot" cinese hanno subito evidenziato che tra le fattispecie criminose di cui questo si può occupare rientra anche un reato di natura potenzialmente "politica", quello rubricato come "Intralcio all'attività pubblica".

L'aumento di efficienza nel perseguire questo reato, derivante dall'implementazione dell'algoritmo accusatore, potrebbe portare non solo a una maggiore capacità del regime governativo di reprimere condotte di dissenso politico, ma altresì a una sorta di deresponsabilizzazione dell'apparato giudiziario che, soprattutto ove il processo di automazione si estendesse anche alla decisione del giudice, potrebbe invocare l'infallibilità della macchina (per ora stimata non si sa bene come dagli scienziati al 97%) per sostenere la correttezza di qualsiasi provvedimento giudiziario.

In realtà, non occorre vivere in Cina per inquietarsi di ciò, perché reati di matrice "politica" o "ideologica" sono presenti negli ordinamenti di ogni paese del mondo, compresi quelli a regime cosiddetto "democratico", compreso il nostro.

Sotto altro profilo, preoccupa la fallibilità della macchina, vale a dire la potenziale "stupidità" dell'Intelligenza Artificiale, che in alcuni casi può avere conseguenze tragiche.

Un esempio: a fine 2018 e inizio 2019 un nuovo modello di aereo della Boeing, il 737 Max 8, fu oggetto di due strani incidenti: due velivoli precipitarono, senza ragione, subito dopo il decollo. Dall'esame delle scatole nere si appurò che entrambi gli aerei, per un difetto del software di navigazione che credeva erroneamente che l'aereo avesse un angolo di inclinazione troppo verticale, effettuavano in automatico il "*trim down*", cioè ne abbassavano il muso, provocandone la successiva caduta, senza che i piloti potessero manualmente intervenire per correggere l'errore dell'Intelligenza Artificiale.

A seguito dei due incidenti, avvenuti in Indonesia e in Etiopia, in cui sono perite 346 persone, è stata aperta un'inchiesta a carico della Boeing, che ha appurato che il software dell'aereo era stato appaltato a lavoratori indiani, privi della necessaria esperienza in materia e sottopagati.

La vicenda in questione chiarisce abbastanza bene come l'Intelligenza Artificiale, a conti fatti, non sempre sia così intelligente, poiché il suo livello dipende in gran parte dalla qualità dei suoi creatori (responsabili del sistema di ragionamento artificiale) e dalla correttezza dei dati immessi, che verranno utilizzati come del funzionamento dell'IA stessa.

Di più: questa vicenda, ma si potrebbero fare mille e mille altri esempi, chiarisce anche che, quando l'Intelligenza Artificiale sbaglia, lo fa in modo clamoroso, per il semplice fatto che si blocca e difficilmente è in grado di aggirare il problema come farebbe, o almeno tenterebbe di fare, un cervello umano.

Il che non stupisce giacché, in fondo, i computer si limitano a eseguire calcoli nel vero senso della parola, mentre il funzionamento del nostro organo pensante è diverso e molto più complesso. Ma anche limitandoci alla potenza, secondo due ricercatori delle università di Berkeley e Carnegie Mellon, che hanno effettuato un raffronto tra la velocità con cui un computer sposta le informazioni all'interno del suo sistema e la frequenza con cui i nostri neuroni emettono i segnali elettrici, il cervello è ancora circa 30 volte più veloce dei più potenti supercomputer del mondo.

### **Potenziali rimedi**

Questi ed altri rischi sono ben presenti agli occhi della comunità scientifica, che deve averne messo a parte quella politica, visto che l'UE nell'aprile del 2019 (seguita

a ruota dalla Cina) ha elaborato e adottato delle *Linee Guida Etiche sull'intelligenza artificiale*, elaborate da un Gruppo di Esperti incaricati dalla Commissione Europea.

A queste ha fatto seguito l'approvazione da parte del Parlamento Europeo, il 20 gennaio 2021, di una risoluzione che, per quanto riguarda il settore della Giustizia, prevede che *"l'uso delle tecnologie dell'IA può contribuire ad accelerare i procedimenti e a prendere decisioni più razionali, ma le decisioni finali dei tribunali devono essere prese da esseri umani, rigorosamente verificate da una persona e sottoposte ad un giusto processo"*.

Come accennato, anche la Cina ha adottato propri principi etici per un uso corretto dell'Intelligenza Artificiale, pubblicando il 25 maggio 2019 un documento denominato *"Consenso dell'intelligenza artificiale di Pechino"*, contenente per la verità un elenco di petizioni di principio abbastanza generiche, mentre dal lato U.S.A. solo il colosso privato Google ha individuato e reso note norme etiche interne in materia, se possibile ancora più generiche di quelle cinesi.

### **Condannati (o assolti) dai robot?**

Quali sono dunque in concreto, se non per oggi per un domani non troppo lontano, le probabilità che si avveri lo scenario descritto all'inizio di questo articolo, con un imputato umano circondato da soli robot? E quali sarebbero i rischi di una simile eventualità?

A modesto parere di chi scrive, in un futuro abbastanza prossimo tutto ciò potrebbe divenire realtà. Magari senza la sceneggiata degli androidi in aula con la toga sulle spalle, magari semplicemente per via telematica, stando davanti a un monitor.

Il processo telematico, sia quello civile che quello penale, sebbene quest'ultimo in forma ben più limitata, sono ormai una realtà.

Se è pur vero che l'algoritmo di Shanghai al momento formula solo capi di imputazioni e non sentenze, è anche vero che il valutare se procedere o meno contro qualcuno per un reato e fissare l'accusa, descrivendo le condotte che si assumono integrare gli elementi di una fattispecie criminosa prevista e punita dalla legge, è un già processo decisionale, aggiungo di notevole rilevanza processuale.

Da qui ad affidare ad un algoritmo di Intelligenza Artificiale anche l'atto decisionale proprio del giudice il passo non è troppo complesso, anzi, a ben vedere si tratterebbe di un'operazione concettualmente analoga.

Del resto, l'invio di avvisi di accertamento e addirittura l'irrogazione di sanzioni attraverso sistemi automatizzati in materia amministrativa (ad es. multe per autovelox o per accesso in zona a traffico limitato) o tributaria (incrocio dei dati bancari/red-ditali e delle relative dichiarazioni al fisco) è già da parecchi anni una realtà, e nulla vieta, almeno sul piano concettuale, che ciò possa essere esteso anche al settore della Giustizia penale, eventualmente accompagnando il tutto con sistemi di verifica umana preventivi o successivi.

Un primo caso di applicazione della Giustizia governata dall'Intelligenza Artificiale potrebbe essere costituito dal procedimento per decreto, dove già ora la condanna avviene senza né processo né alcuna forma di contraddittorio tra accusa e difesa, salvo prevederne la revocabilità e la riconduzione alle forme ordinarie di accertamento della responsabilità in un'aula di tribunale davanti a un giudice, un pubblico ministero, un difensore, dei testimoni etc., solo in caso di opposizione al decreto stesso.



Ma i quali sono i pericoli, nell'ipotesi di processo penale interamente affidato agli algoritmi? A mio giudizio tanti, troppi, anche in presenza dell'ipotesi in cui l'Intelligenza Artificiale resti sotto il potenziale controllo umano.

Ne balza in mente subito uno: qualche imputato, soprattutto se facoltoso, potrebbe ricorrere ad *hacker* professionisti per condizionare l'algoritmo della Pubblica Accusa o del Tribunale e ottenere archiviazioni o addirittura sentenze di proscioglimento. Così come, al contrario, si potrebbe alterare il funzionamento del giudice-software per incriminare e poi far condannare innocenti.

Si tratta di un rischio contenibile attraverso il controllo umano sul provvedimento emanato dalla macchina, tuttavia è un rischio grave.

Che dire poi dei possibili (e più che probabili) errori di inserimento dei dati e di programmazione del sistema di giudizio, i cui meccanismi operativi sarebbero di difficilissima verifica, soprattutto da parte dei non addetti ai lavori?

Ma al di là di tutto ciò, è proprio il fatto che la macchina giudichi l'uomo che non convince né potrà mai convincere.

Come può una fredda Intelligenza Artificiale valutare una testimonianza? Non solo per la coerenza interna ed esterna del contenuto delle dichiarazioni, ma anche per quel che concerne le pause, i cambiamenti nel tono della voce, i gesti e le mimiche facciali del testimone.

Come può valutare la gravità, la precisione e la concordanza degli indizi a carico dell'imputato (art. 192, comma 2 c.p.p.), e giungere a stabilire se l'accertamento della responsabilità sia avvenuto o meno "*al di là di ogni ragionevole dubbio*" (art. 533, comma 1 c.p.p.)?

E i criteri per stabilire la gravità del fatto e la capacità a delinquere elencati all'art. 133 del codice penale di cui il giudice deve tenere conto per stabilire la pena da applicare, li può valutare una macchina?

Qualora l'Intelligenza Artificiale raggiungesse un elevatissimo livello di capacità di elaborazione e venisse munita di un database contenente tutte le disposizioni di legge dell'ordinamento, accompagnate dai relativi precedenti giurisprudenziali, in teoria i quesiti di cui sopra potrebbero essere risolti anche da una macchina, in alcuni casi forse anche meglio di come vengono affrontati e decisi dagli attuali giudici in carne ossa. Eppure...

### **Umani, troppo umani**

... Eppure l'idea che un essere umano, il suo agire, venga giudicato non da un suo simile ma da un algoritmo inquieta non poco. Perché?

Perché, al di là e, soprattutto, al di sopra della Legge e del Diritto, vi è l'*Aequitas*, intesa come esigenza di adeguamento del diritto a sentimenti di Giustizia, concetto sfuggente agli stessi uomini - figurarsi alle macchine - ma la cui assenza non è tollerabile nelle aule di tribunale, soprattutto in quelle dove si celebrano i processi penali.

Ben può essere che in un non tanto remoto futuro saranno gli algoritmi a valutare, in pochi secondi e anche più correttamente degli esseri umani, quali siano le norme applicabili, il grado di attendibilità delle prove, la gravità della condotta e la personalità dell'imputato, e quindi a decidere della sua vita. Sarebbe il trionfo di ciò che gli antichi esprimevano con la formula *dura lex, sed lex*.

Ma accanto e in contrapposizione a questa, da Cicerone (*De Officiis* I, 10) in poi, esiste anche il brocardo *summum ius, summa iniuria*: la fredda applicazione della norma produce sovente la più grande ingiustizia. Arriverà mai una macchina a comprendere ciò?

E infine, dettaglio da non trascurare, la Giustizia è amministrata “*In nome del Popolo*” perché, chi è imputato, è accusato di aver commesso un reato, cioè di aver posto in essere una condotta talmente grave da aver leso *in primis* gli interessi della comunità in cui vive, comunità che lo giudica e, se del caso, lo punisce attraverso suoi rappresentanti, i giudici appunto.

Potrà mai il popolo delegare questa funzione a un algoritmo? Al lettore la risposta. Anzi, la sentenza!