

ISSN 2974-7503

3/2023 Settembre - Dicembre

NULLUM CRIMEN

Direttore Scientifico: Alì Abukar Hayo

Direttore Responsabile: Antonio Ricca

DIRETTORE SCIENTIFICO E EDITORE: Ali Abukar Hayo

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Ricca

COMITATO SCIENTIFICO EDITORIALE: Luigi Cornacchia, Marco Gambardella, Carlo Longobardo, Giuseppe Losappio, Antonella Marandola, Sergio Moccia, Tullio Padovani, Francesco Petrelli, Giorgio Spangher, Mario Trapani

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

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

Nullum Crimen (www.nullumcrimen.it) è una Rivista online aggiornata quotidianamente e fascicolata ogni quattro mesi, ad accesso libero. La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

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

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di **Nullum Crimen**, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: iniziale del nome dell'Autore, cognome per esteso (in maiuscolo), titolo del contributo in corsivo, in *Null. crim.* (o NC), 1/2022, pp. 4 ss.

Peer review: **Nullum crimen** è una rivista scientifica *peer-reviewed*. Tutti i contributi, ad eccezione di quelli a firma del Direttore, sono sottoposti in forma anonima a revisione paritaria a singolo cieco (*single blind review*). La *peer review* è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista. I contributi che il Direttore ritiene di destinare alla pubblicazione sulla Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione, tra i membri del Comitato scientifico editoriale o del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il referaggio può anche essere affidato a un valutatore esterno, scelto dal Direttore. Quest'ultimo, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione.

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

Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista.

Iscrizione nel pubblico registro della stampa n. 148/2022 del 15.12.2022 - Tribunale di Roma.

ISSN 2974-7503



indirizzo e-mail: redazione@nullumcrimen.it



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

INDICE DEI CONTRIBUTI

ARTICOLI

- L. CORNACCHIA, Profili penali dell'attività degli amministratori di società commerciali 4
- D. BUZZELLI, Considerazioni "penalistiche" preliminari ad uno studio sull'invalidità dell'unione affettiva forzata..... 45
- A. PANTANELLA, Il delitto di falso in attestazioni e relazioni, tra legge fallimentare e nuovo codice della crisi di impresa..... 65
- M. PISAPIA, Riforma Gelli- Bianco: profili di responsabilità medica nell'emergenza pandemica 87
- S. SCIPPA, L'applicabilità dell'art. 649 c.p. questioni "controverse" al banco di prova.....101
- C. S. THUN HOHENSTEIN WELSPERG, Riflessioni sulla "mitosi" dei reati del curatore, fra statica normativa e dinamica del bene giuridico..... 112
- E. TOGNANA CECCHETTI, Il neo-introdotta art. 628 *bis* c.p.p.: tradizione ed innovazione 133
- G. STEA, La «marginalità» della maternità ristretta..... 155

NOTE A SENTENZA

- Y. PARZIALE, Lesioni stradali e fuga del conducente. Riflessioni a margine della sentenza 195/2023 della Corte costituzionale..... 178

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

PROFILI PENALI DELL'ATTIVITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ COMMERCIALI

Criminal law aspects of the activities of company directors

di

Luigi Cornacchia *

La responsabilità dei membri del consiglio di amministrazione di società commerciali rispetto alle delibere illecite assunte dall'organo collegiale consiste nell'uso deviato della propria funzione, che può avvenire in tre modi: per il voto espresso; per l'accordo finalizzato all'approvazione della delibera (collusione); per induzione degli altri membri. Va esclusa invece una responsabilità da omesso impedimento ex art. 40, co.2, c.p., in quanto gli amministratori non hanno poteri interdittivi o conformativi nei confronti delle condotte degli altri. Piuttosto il delegante ha il dovere di trasferire correttamente la funzione, quindi di organizzare correttamente la compliance. Fondamentali nella valutazione della responsabilità dei membri di organi collegiali sono i flussi informativi di cui ciascuno di essi dispone, specialmente nell'ambito delle organizzazioni complesse di grandi dimensioni. Le relazioni tra membri del consiglio d'amministrazione sono improntate alla regola intersoggettiva dell'affidamento: i componenti dell'organo collegiale possono riporre piena fiducia nell'informazione fornita dagli amministratori delegati.

The criminal responsibility of the members of the board of directors of commercial companies with respect to the illegal resolutions taken by the collegial body consists in the deviated use of their function, which can occur in three ways: by the vote expressed; by the agreement aimed at approving the resolution (collusion); by induction of the other members. However, liability for omitted impediment pursuant to art. 40, co. 2, c.p. must be excluded, as the directors have no interdiction or conformation powers with respect to the conduct of others.

*Ordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Bergamo

Rather, the delegating party has the duty to correctly transfer the function, therefore to correctly organize compliance. Fundamental in assessing the responsibility of members of collegial bodies are the informations that each of them has at their disposal, especially in the context of large complex organizations. The relationships between members of the board of directors are based on the intersubjective rule of trust: the members of the collegial body can place full trust in the information provided by the managing directors.

Sommario: 1. Le coordinate della responsabilità penale dei membri dell'organo collegiale di gestione. – 2. Il rilievo del differenziale informativo. – 3. Le dinamiche delle decisioni collegiali: centralità dell'affidamento. – 4. La diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze *ex art.* 2392. – 5. Amministratore dissenziente. – 6. Il criterio dell'agire informato come paradigma del ruolo di amministratore: obbligo di chiedere informazione e affidamento. – 7. Amministrazione collegiale: prerogative e obblighi. – 8. La responsabilità degli amministratori di società di capitali: la dimensione collegiale dei poteri degli amministratori non esecutivi. – 9. Identificazione di omessa vigilanza e omesso impedimento nell'interpretazione giurisprudenziale. – 10. La configurazione del concorso per omessa vigilanza come immagine speculare della partecipazione morale. – 11. Insussistenza di poteri interdittivi o conformativi connessi alla vigilanza collegiale. – 12. Responsabilità penale degli amministratori da deviazione funzionale. – 13. Reati dell'organo collegiale *versus* reati dei singoli amministratori. – 14. Dolo concorsuale dell'amministratore non esecutivo. – 15. Le conoscenze speciali dell'amministratore non operativo relative all'illiceità di operazioni oggetto di deliberazione. – 16. La responsabilità penale degli amministratori di fronte alla crisi d'impresa. – 17. Considerazioni conclusive: deviazioni funzionali nella prassi interpretativa giurisprudenziale.

1. Le coordinate della responsabilità penale dei membri dell'organo collegiale di gestione.

La responsabilità penale degli amministratori di società commerciali va analizzata nel contesto della struttura organizzativa collegiale in cui si svolge la

loro attività².

Innanzitutto va considerata la commissione di reati propri che prevedono la qualifica soggettiva di amministratore: così reati societari, dal momento che ai sensi dell'art. 135 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 le disposizioni contenute nel titolo XI del libro V del Codice civile si applicano anche "a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche", reati fallimentari (artt. 223-226 R.D. 16 marzo 1942, n. 267), abusi di mercato (artt. 184 ss. del TU finanza V, d.lgs 58/1998), nonché fattispecie che incriminano condotte di ostacolo a un corretto esercizio del controllo (da parte dei soci o di altri organi sociali, art. 2625 c.c.; rispetto alle funzioni attribuite alle autorità di pubblica vigilanza, art. 2638 c.c.).

Inoltre, possono essere abbozzati quattro schemi di responsabilità plurisoggettivo.

Il primo riguarda in generale l'ambito delle delibere d'impresa assunte dal consiglio d'amministrazione (o del consiglio di gestione *ex art. 2409-octies* e art. 2409-*novies* c.c. nel modello "dualistico", o del consiglio di amministrazione del modello "monistico" *ex art. 2409 sexiesdecies* c.c.): organo collegiale in cui l'attività del singolo amministratore di per sé si esplica attraverso il voto alla decisione, rispetto alla quale giocano un ruolo precipuo gli amministratori delegati o esecutivi. La condotta del singolo consigliere potrà integrare concorso doloso *ex art. 110* o cooperazione colposa *ex art. 113 c.p.* nell'illecito penale oggetto di delibera, che potrà essere un reato proprio (dello schema precedente), ma anche un reato comune attinente all'attività d'impresa (ad esempio contro l'ambiente, o la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro, o relativo alla messa in circolazione di prodotto pericoloso per i consumatori).

Il secondo è tipico delle decisioni collegiali, che sono spesso precedute da accordi di coalizione – di per sé legittimi ma – orientati a favorire il formarsi della maggioranza richiesta per l'approvazione della delibera illecita: la *collusione* è una peculiare situazione di concorso, una organizzazione che può essere modulata anche su condotte di voto dissenzienti di taluni di essi come "paravento". La collusione finalizzata all'approvazione della delibera illecita (o al rigetto di quella di revoca della precedente illecita) assume significato di organizzazione criminosa – distinta da quella collegiale, conforme all'ordinamento, che viene utilizzata in modo sviato – rispetto alla quale la singola

² Fatta salva la possibilità della commissione di specifici reati *uti singuli*: su questo profilo v. § 13.

condotta di voto si pone come strumentale. Inoltre, qualora il voto si inserisca in una organizzazione collusiva, rileverà evidentemente come contributo doloso³.

Il terzo è dato dall'attività di induzione rispetto all'adozione della delibera penalmente illecita: integra concorso morale la condotta dell'amministratore che induce gli altri consiglieri a votarla o rafforza il loro proposito – a prescindere dal fatto che anch'egli esprima il proprio voto a favore, o si astenga, o sia assente al momento della votazione – o che si adopera comunque affinché la medesima venga proposta e approvata, "organizzando" la collusione; in questo secondo caso, è possibile che i membri che detengono informazioni essenziali sulla questione oggetto di trattazione, o anche relativamente alle pratiche sociali dell'istituzione in cui operano, le sfruttino, in nome dell'efficienza stessa, per occultare attività realmente illecite ma difficili da identificare dall'esterno, servendosi della delibera per commettere reato.

Il quarto schema è pure plurisoggettivo, ma in virtù dell'applicazione della clausola generale di equivalenza dell'art. 40, co. 2, c.p., configura una responsabilità degli amministratori da omesso impedimento degli illeciti eventualmente deliberati dal consiglio di amministrazione con il voto degli altri membri, o addirittura commessi autonomamente da altri amministratori: presupposto imprescindibile di questo schema di addebito è che si ritenga sussistente un obbligo giuridico di impedimento, derivante da una posizione di garanzia – in particolare di controllo – in capo a ogni amministratore, anche non esecutivo. Ma, rispetto a questo meccanismo di imputazione, è altresì necessario che all'obbligo di impedire corrispondano effettivi poteri di impedimento: la prassi giurisprudenziale in realtà tende a dare per scontati obblighi di impedimento anche laddove la legge non pare assegnare reali poteri di questo tipo, come si dirà.

Prescindendo dal primo schema, che non presenta problemi particolari al di là dell'applicazione delle fattispecie incriminatrici che prevedono reati propri, occorre invece soffermarsi sulle due modalità plurisoggettive di responsabilità dell'amministratore.

Prima di entrare nel merito di tali questioni, pare opportuno soffermarsi su una premessa di carattere generale.

³ Sulla collusione v. L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino, 2021, 14 ss., 78, 81, 82, 97,

2. Il rilievo del differenziale informativo.

Una delle variabili fondamentali nella valutazione della responsabilità dei membri di organi collegiali è costituita dalla presenza, consistenza e qualità dei *flussi informativi* di cui ciascuno di essi dispone⁴, specialmente nell'ambito delle organizzazioni complesse di grandi dimensioni⁵.

La decisione individuale nel suo rapporto con la delibera collettiva si interfaccia continuamente con preferenze eterogenee, conflitti di interessi e, soprattutto, problemi connessi alla diffusione delle *informazioni* all'interno del gruppo⁶.

Nell'ambito delle organizzazioni l'imputazione dell'illecito ai singoli dipende pertanto fortemente dal livello di informazione condivisa o comunque attingibile per ciascun membro.

Si è rilevato come la progressiva trasformazione dell'impresa in dipendenza dalla globalizzazione si sia tradotta in un corrispondente mutamento della natura delle informazioni all'interno delle grandi organizzazioni complesse: la

⁴Una variabile radicata nell'idea secondo cui più soggetti, tutti razionali e in possesso di tutte le informazioni relative alle alternative strategiche e alle preferenze degli altri "giocatori", sono in grado di svolgere calcoli corretti e di compiere le scelte ottimali per ogni *set* di aspettative: si richiama il c.d. *equilibrio di Nash* della teoria dei giochi, secondo il quale per ogni gioco con un numero finito di giocatori esiste un equilibrio in strategie miste in relazione di interdipendenza (per cui il *pay-off* atteso da ciascuno dipende dal comportamento dell'altro): v. J. NASH, *The Essential John Nash*, Princeton University Press, 2002, trad. it. *Giochi non cooperativi e altri scritti*, a cura di H.W. Kuhn e S. Nasar, Zanichelli, Bologna, 2004, XIX ss., 1 ss., 67 ss., 117 ss.

⁵Il tema assume sempre più interesse nel dibattito penalistico: cfr. A. ALESSANDRI-S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, Volume I, I Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2018, 83 ss. In ambito civilistico v. ad es. G. BIANCHI, *I flussi informativi*, in M. IRRERA, *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Zanichelli, Bologna, 2016, 227 ss.; G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Cedam, Padova, 2012.

⁶Lo stesso concetto di organizzazione presuppone imprescindibilmente un certo livello di circolazione dell'informazione tra suoi sottogruppi, o attraverso comunicazione, o attraverso osservazione, che li renda capaci di reagire reciprocamente: R.L. ACKOFF, *Systeme, Organisation und interdisziplinäre Forschung*, in E. WITTE-A.L. THIMM, *Entscheidungstheorie*, Gabler, Wiesbaden, 1977, (274) 276 ss. (che individua quattro caratteri essenziali dell'organizzazione: sul piano del contenuto, la presenza di alcuni esseri viventi tra i suoi componenti; sul piano della struttura, l'imputazione a due o più individui o gruppi di individui; sul piano della comunicazione, appunto l'esistenza di un flusso informativo; sul piano del processo decisionale, la libertà di scelta dei mezzi e dei fini); rispetto alle organizzazioni collettive, si sottolinea l'importanza di elaborare un efficace sistema di comunicazione idoneo a fornire un'affidabile informazione sulle variabili esterne, sulle attività e preferenze dei membri, sull'interazione delle loro decisioni, nonché sui costi correlati: cfr. già J. MARSCHAK, *Elements for a Theory of Team*, in *Management Science*, vol. 1, n. 2, 1955, (127) 128 s.

valutazione del rischio, economico, finanziario, ambientale, per la sicurezza e la salute dei lavoratori, verso terzi, compito della *compliance* dell'azienda, riguarda, piuttosto che le operazioni individuali, il funzionamento e la qualità dell'assetto dei singoli specifici settori organizzativi⁷. Tra le articolazioni della struttura dell'impresa deputate all'espletamento di funzioni di *compliance*, proprio quelle orizzontali costituite dagli organi collegiali sono sempre più indirizzate dal legislatore in questa prospettiva.

All'interno del complessivo assetto organizzativo delle società commerciali, il sistema delle deleghe comporta la dislocazione a livello di specifici settori dell'organizzazione – nei quali appunto le informazioni circolano in modo capillare – anche dei controlli rispetto alla conformità delle attività alla legge e allo statuto, mentre i vertici – consiglio di amministrazione – e gli organi di controllo – collegio sindacale – sono deputati a sindacare l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili alla natura dell'impresa (art. 2381, co. 3, c.c. e art. 2403, co. 1, c.c.), ma non sono tenuti a sapere e a monitorare che cosa avviene specificamente all'interno delle singole unità⁸.

Rispetto agli organi collegiali, la regola intersoggettiva dell'affidamento sulle informazioni disponibili – ferma restando la possibilità dell'autonomo reperimento delle stesse ove si verificano le condizioni sostanziali e legali – limita anche lo spettro deliberativo attribuito alle prerogative del singolo componente.

Inoltre, va tenuto conto che, accanto all'informazione "ufficiale", rimane sempre un quoziente più o meno elevato di informazioni private non condivise – in assenza di obblighi specifici a riguardo – il mancato accesso al quale condiziona e limita fortemente le scelte decisionali di quei membri che ne sono esclusi⁹. E, in generale, la quantità e la qualità dell'informazione disponibile incide fortemente sul processo deliberativo, sia in termini di formazione del consenso, sia a livello di spostamento delle opinioni e preferenze individuali¹⁰.

⁷ A. ALESSANDRI-S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, Volume I, I Principi generali*, 85.

⁸ V. ad es. Cass., sez. V, 13.11.2015, n. 21702: "... ai fini della sussistenza della responsabilità penale degli amministratori senza delega e dei sindaci è necessaria la prova che gli stessi siano stati debitamente informati ...".

⁹ Cfr. T.J. FEDDERSEN-W. PESENDORFER, *Voting behaviour and information aggregation in elections with private information*, in *Econometrica*, 65/5, 1997, 1029 ss.

¹⁰ Cfr. D. SCHKADE-C.R. SUNSTEIN-R. HASTIE, *What Happened on Deliberation Day?*, in *California Law Review*, 95/3, 2007, 915 ss. (secondo cui la discussione tra persone di opinioni omogenee rafforza le posizioni di parte all'interno del gruppo in senso estremistico, riducendo significativamente le

3. Le dinamiche delle decisioni collegiali: centralità dell'affidamento.

L'importanza dell'informazione dovrebbe innanzitutto far riflettere sul grande "convitato di pietra" della prassi giurisprudenziale: l'*affidamento* nel comportamento degli altri attori, che non è null'altro che aspettativa – normativamente garantita – di conformità alle regole del loro comportamento. Eppure, la fiducia costituisce la condizione imprescindibile perché l'attività delle organizzazioni complesse possa dispiegarsi. Ma la fisiologia dei comportamenti economici (e professionali in generale) diventa patologia al cospetto dell'indagine sulla responsabilità da reato, venendo sistematicamente estromessa dal suo accertamento (in nome della tutela dei beni giuridici): chi riveste una posizione – un ruolo, ma la conversione in posizione di garanzia *ex art. 40, co. 2, c.p.* nella prassi giurisprudenziale è pressoché automatica – non può non sapere, non può riporre fiducia e deve sempre vigilare con la massima attenzione, tanto che, se si realizza il fatto illecito, la logica del senno di poi fa assurgere a evidenza che la dovuta sorveglianza non è stata tenuta.

Il paradigma della regolarità della fiducia sembra peraltro contraddetto dal modo in cui si produce il processo di formazione delle decisioni collettive: con riguardo all'organo collegiale di gestione, nessun rilievo viene riconosciuto all'affidamento riposto dagli amministratori non operativi – privi di deleghe – nel corretto operato dei loro colleghi, che in virtù di questo esprimono voto favorevole agli atti da questi predisposti.

Se il particolare tipo di responsabilità penale di cui ci si occupa si connota essenzialmente per lo *sviamento dalla funzione* per la quale si è chiamati a votare all'interno di un organo collegiale¹¹, non si può prescindere dalla considerazione delle molteplici complesse variabili che possono inficiare la decisione individuale e la regolarità della fiducia nell'agire altrui – in particolare, nelle informazioni fornite dagli amministratori delegati, specialmente per gli altri consiglieri che sono sprovvisti di autonomi poteri di indagine, come si vedrà – e in generale dell'implausibilità di una continua messa in discussione di quanto fatto da altri in nome delle proprie prerogative di ruolo. L'affidamento nel corretto comportamento degli amministratori delegati da parte dei deleganti, come si dirà di seguito, deve considerarsi generalmente la regola, fino a quando non sia

diversità interne).

¹¹ Per questa impostazione si rinvia a L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, 11 ss. e *passim*.

riconoscibile un'informazione infondata o addirittura ingannatoria.

Senza contare che nell'ambito delle amministrazioni delle società l'effettiva collegialità sovente cede il posto ad una prassi in cui le decisioni sono assunte da pochi membri del consiglio e solo formalmente condivise dagli altri amministratori, che talvolta accettano le cariche per puro prestigio.

Del resto, di questo aspetto ha tenuto conto anche il legislatore quando ha riformato l'art. 2392 c.c., prevedendo che gli amministratori debbano adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, e soprattutto l'art. 2381 c.c.

4. La diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze ex art. 2392.

Nella versione dell'art. 2392 introdotta dalla riforma del diritto societario – superata la responsabilità solidale strutturata sulla diligenza del mandatario (secondo il criterio del buon padre di famiglia) della versione originaria – gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la *diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*: l'endiadi prevista dal legislatore stabilisce un nesso di complementarità tale per cui l'incarico fa presumere le competenze, ma in tale relazione si esaurisce anche la sfera di responsabilità, con la conseguenza che l'amministratore potrà addurre a proprio discarico la mancata conoscenza *soltanto al di fuori delle sue competenze specifiche* (es. se esperto di finanza, non risponderà in funzione di conoscenze relative ai processi produttivi)¹². Il che

¹² In linea con quanto esplicitato dalla relazione di accompagnamento del decreto, secondo la quale il parametro di diligenza introdotto dal legislatore non va inteso nel senso che «gli amministratori debbono necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, non di irresponsabile o negligente improvvisazione»; nonché con lo *Schema di d.lgs. – Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della L. 366/2001 – Relazione*, che specifica: «La eliminazione dal precedente secondo comma dell'art. 2392 dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli artt. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili. Si tratta di un chiarimento interpretativo di notevole rilevanza, avuto

comporta anche che il componente non esecutivo del consiglio d'amministrazione, laddove sia a conoscenza per ragioni sue di informazioni che i delegati non hanno fornito, ma che siano fondamentali in quanto gli permettono di rappresentarsi l'illiceità di una certa operazione oggetto di deliberazione, non potrà limitarsi a esprimere voto contrario, ma dovrà anche condividere l'informazione con gli altri membri dell'organo collegiale, dal momento che essa rientra sicuramente nella sua sfera di competenza in ragione della funzione che egli è tenuto a svolgere nell'ambito dell'organo stesso.

Ovviamente, quanto più ampia ed estesa è la delega, tanto maggiori le competenze del delegato rispetto agli atti che egli compie disgiuntamente dagli altri amministratori, e quindi la responsabilità per gli atti stessi.

Con riguardo alle deliberazioni assunte nell'ambito degli organi collegiali sono individuabili soggetti che assumono un ruolo più rilevante (ad esempio, l'amministratore delegato della società per azioni che prepara il bilancio, o altra delibera, che poi sarà votata dai componenti del consiglio d'amministrazione).

L'attuale formulazione permette anche di risolvere la questione della eventuale rilevanza esimente dell'annotazione del dissenso espresso dall'amministratore secondo le modalità indicate dal co. 3 dell'art. 2392 c.c.

5. Amministratore dissenziente.

La disposizione dell'art. 2392, co. 3, c.c. prevede che all'amministratore dissenziente non si estende la "responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori": la dottrina già in passato ha discusso se l'espressione si riferisca alla pura e semplice inattività, ovvero a vere e proprie deliberazioni del consiglio d'amministrazione, tanto positive (atti), quanto negative (omissioni)¹³, intendendo con queste ultime le decisioni "di rigetto rispetto a proposte di compimento di atti doverosi, e che quindi di tali atti importino la omissione"¹⁴.

I presupposti per l'esclusione della responsabilità civile dell'amministratore

riguardo alle incertezze dell'attuale prevalente giurisprudenza». Sul tema generale v. N. MAZZACUVA-E. AMATI, *op. cit.*, 14 ss.; A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I. Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, 14^a ed., a cura di C.F. GROSSO, Giuffrè, Milano, 2013, 69 ss.; R. ZANNOTTI, *op. cit.*, 36 ss.

¹³ A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 521; C. PEDRAZZI, *I reati societari in regime di amministrazione collegiale*, in *Riv. soc.*, 1964, 18 ss.

¹⁴ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, 428. D'altronde, si può dissentire da una deliberazione, positiva o negativa, non da una non-deliberazione.

dissenziante presente a adunanza sono l'immunità da colpa, l'annotazione senza ritardo del dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio e l'immediata notizia scritta del dissenso al presidente del collegio sindacale.

Il criterio dell'immunità da colpa, da un lato, rimanda alla diligenza del co. 1, parametrata sulla natura dell'incarico e sulla specifica competenza; dall'altro, stabilisce una corrispondenza in positivo rispetto al co. 2, dovendosi considerare appunto immune da colpa chi, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, abbia fatto quanto poteva per impedirne il compimento od eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Come noto, secondo la Suprema Corte l'annotazione (e immediata comunicazione scritta al presidente del collegio sindacale) *ex art. 2392, co. 3, c.c.* farebbe venire meno la responsabilità penale in quanto «gesto di indubbio peso probatorio anche per il versante penale poiché l'amministratore avrebbe attestato l'interruzione del legame concorsuale con gli altri autori del reato»¹⁵: pertanto, nell'ipotesi in cui l'amministratore dissenziente osservasse quanto prescritto dalla norma civilistica, non potrebbe essere ritenuto responsabile dell'illecito penale eventualmente realizzato con la deliberazione dell'organo collegiale.

A prescindere dalla possibile natura "opportunistica" della richiesta di annotazione (in caso di voto a scrutinio segreto, il consigliere potrebbe votare a favore della decisione illecita e poi richiedere l'annotazione del proprio dissenso), si deve osservare innanzitutto che una condotta informata al rispetto dei principi civilistici non sembra possa dispiegare un automatico effetto liberatorio anche in sede penale; in secondo luogo, emerge la malcelata tendenza a preconstituire forme occulte di responsabilità di posizione, quasi che in mancanza di tale condotta (di solito dovuta a mera dimenticanza) si dovesse assumere automaticamente che si configuri un contributo di partecipazione da parte del membro dell'organo collegiale, gravando di fatto l'amministratore dell'incombenza di dimostrare la totale dissociazione dall'operato di quanti si sono resi direttamente responsabili della commissione di attività illecite; infine, è evidente che la manifestazione del dissenso – con annotazione e comunicazione – non ha alcuna idoneità a impedire il compimento dei fatti pregiudizievoli o eliminarne o attenuare le conseguenze dannose (assumerà più che altro valore probatorio), essendo oltretutto una condotta solamente reattiva, cronologicamente e logicamente posposta all'eventuale illecito posto in essere da altri componenti

¹⁵ Cass. pen., sez. V, 5.11.2008, n. 45513.

del collegio¹⁶. La logica dell'attuale disposizione dell'art. 2392, co. 1, c.c. sembra invece presupporre piuttosto una precisa delimitazione della responsabilità data dalle specifiche competenze, già in sé incompatibile con un'argomentazione pur implicitamente adagiata sul canone del *versari*.

6. Il criterio dell'agire informato come paradigma del ruolo di amministratore: obbligo di chiedere informazione e affidamento.

Ma è più ancora l'art. 2381, con particolare riguardo al criterio dell'agire informato introdotto quasi due decenni orsono e ai rapporti con la regola generale dell'affidamento, a scolpire i limiti della responsabilità del singolo amministratore nella dinamica della realtà della società di capitali¹⁷.

La riforma introdotta con d.lgs. 6/2003 cristallizzava una nitida delimitazione della responsabilità degli amministratori non operativi e dei sindaci, introducendo due criteri.

Il primo è quello dell'agire informato come paradigma del mandato gestorio previsto dall'art. 2381, ult. co., c.c., che sostituisce il precedente e generale "obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione" derivante dall'art. 2392, co. 2, c.c.¹⁸.

Il secondo principio individua nel presidente del consiglio di amministrazione¹⁹ e nell'amministratore delegato i soggetti obbligati ad adempiere in sede consiliare a precisi doveri di *reporting* sulla gestione della società²⁰: lo stesso art. 2381, ult. co., c.c. prevede che ciascun amministratore possa chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni

¹⁶ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, (641) 667.

¹⁷ Come riconosciuto chiaramente dalla giurisprudenza civile di legittimità: "La responsabilità degli amministratori di s.p.a. privi di delega non può ad oggi fondarsi su una generale omissione di vigilanza, tale da tramutarsi nei fatti in una responsabilità oggettiva, ma deve necessariamente riconnettersi alla violazione del dovere di agire informati, sia sulla base delle informazioni che a detti amministratori devono essere somministrate, sia sulla base di quelle che essi possono acquisire di propria iniziativa" (Cass. civ., sez. I, 31.8.2016, n. 17441).

¹⁸ F.M. DE MARTINO, *Considerazioni in tema di concorso degli amministratori non esecutivi nei reati societari*, in *Legisl. pen.*, 2020, 2.

¹⁹ Il quale ai sensi dell'art. 2381, co. 1, c.c., "provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri".

²⁰ Gli organi delegati "riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate" (art. 2381, co. 5, c.c.).

relative alla gestione della società, configurando un potere che peraltro, in linea con la dimensione collegiale delle attività degli amministratori, “sebbene sia espressamente configurato come *individuale*, ha come sbocco un *flusso informativo diretto al consiglio*”²¹.

Quindi l'obbligo di agire informato, di cui è gravato l'amministratore delegato nello svolgimento del suo mandato gestorio, con conseguente dovere di fornire adeguata notizia sul generale andamento della gestione, nonché l'obbligo di ragguglio informato periodico sulla generale gestione a carico tanto degli amministratori delegati quanto del presidente del consiglio d'amministrazione di società per azioni, comportano un notevole sgravio degli amministratori privi di delega, responsabili (civilmente) unicamente nei limiti delle loro attribuzioni.

Principi dai quali si evince come gli amministratori senza delega abbiano poteri di intervento estremamente ridotti, di fatto circoscritti al voto: invece essi non sono legittimati a procedere autonomamente a indagini per reperire *extra moenia* – al di fuori della dimensione collegiale cui sono vincolati – informazioni sulla gestione²².

Dunque, se l'amministratore delegato, contravvenendo l'obbligo di informare dettagliatamente l'organo collegiale, sottace informazioni rilevanti²³, il collegio non può essere considerato obbligato a richiedere ciò che i suoi membri non si sono rappresentati; e se risulta che il singolo amministratore privo di delega poteva eventualmente raffigurarsi la necessità di una certa informazione, l'addebito potrebbe essere soltanto per colpa²⁴.

Solitamente la giurisprudenza non distingue il ruolo del consiglio di amministrazione da quello del delegato²⁵. Così facendo, il comportamento tenuto da chi concretamente ha operato con i poteri attribuiti dalla delega viene

²¹ M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, Firenze, 2010, (382) 385.

²² N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, in *DPC Dir. pen. cont.* (online), 2015, 2.

²³ Informazioni che nella prassi si riducono alla lettura di un fascicolo illustrativo dei capi all'ordine del giorno da discutere che sono gli stessi amministratori esecutivi a fornire, magari poco prima dell'inizio della riunione: F. FOGLIA MANZILLO, *Collegi societari e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2012, 30.

²⁴ E soltanto laddove l'affidamento nel corretto comportamento del delegato sia mal riposto, come si dirà dappresso.

²⁵ Cfr. M. PAPPONE, *Amministratori non esecutivi e profili di responsabilità penale alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Arch. pen.* (online), 2018, n. 3, 1 ss.

esteso *sic et simpliciter* ai componenti del consiglio d'amministrazione, non informati circa l'incarico affidato. Questo automatismo oblitera che nelle società di capitali la gestione operativa si trova di fatto nelle mani dell'amministratore delegato o del comitato esecutivo (art. 2381, co. 2, c.c.); mentre il consiglio d'amministrazione ha funzioni di "supervisione, controllo, indirizzo politico e strategico della società, senza però essere un organo di gestione né amministrativa, né industriale, né commerciale"²⁶, oltre ad attribuzioni proprie in materia di bilancio (ad esempio, di approvazione dello stesso) e a quelle che eventualmente ad esso siano state riservate dallo statuto.

Le relazioni tra membri del consiglio d'amministrazione deleganti e amministratori delegati sono improntate al *principio di affidamento*: si può parlare infatti, in presenza di una delega autorizzata (dallo statuto o da deliberazione dell'assemblea dei soci), di un "sistema tipizzato e procedimentalizzato di flussi informativi e di controlli", tale per cui i componenti dell'organo collegiale possono appunto riporre piena fiducia nell'informazione fornita dagli amministratori delegati²⁷. Non solo, ma la ripartizione di ruoli che endemicamente caratterizza la struttura organizzativa comporta la normale individuazione di un relatore per ogni questione oggetto di trattazione da parte del collegio: l'affidamento da parte degli altri consiglieri nella correttezza della presentazione offerta dal relatore dipende allora non soltanto dalle capacità e conoscenza che si deve presumere egli possieda (e di cui gli altri invece sono sprovvisti), ma prima ancora dalla stessa compartimentazione in sfere di

²⁶ T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa University Press, Pisa, 2015, 62. Sul tema della responsabilità dei controllori, con riguardo ai componenti del consiglio di amministrazione, v. diffusamente F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009, 125 ss.

²⁷ *Contra*, nel senso che l'autonomia e indipendenza degli organi societari (degli amministratori non esecutivi, e così pure, *a fortiori*, dei sindaci e dei revisori) stabilita dalla disciplina extrapenale sono indici di consapevolezza dei possibili comportamenti opportunistici che facilmente possono essere adottati dagli organi esecutivi, e quindi presuppongono piuttosto relazioni tra sfere di competenza fondate sul reciproco sospetto più che sulla fiducia v. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press BUP, Bologna, 2009, 226 ss., 228. Ma questa considerazione sembra confondere il profilo fattuale – la realtà delle società di capitali e dei meccanismi che spesso si originano al loro interno, per i quali vengono predisposti sistemi di controllo – con quello normativo: l'affidamento implica semmai in questi ambiti una più ricorrente riconoscibilità dell'altrui condotta scorretta, che fa venir meno il legittimo affidamento stesso, ma non significa che ad esso si sostituisca in via di principio una sorta di regola di "normale sfiducia e sospetto".

competenze²⁸. È quindi possibile che il consiglio d'amministrazione, quale

²⁸ La regola – non positiva – dell'affidamento presuppone che le sfere di attività dei diversi soggetti che interagiscono siano, almeno in via di principio, autonome; per questo ciascuno può e anzi deve fare affidamento sul corretto comportamento altrui perché e nella misura in cui gli ambiti organizzativi in cui si esplica la libera azione di ciascuno sono *ab origine* divisi; e per questo di regola (appunto, secondo la regola dell'affidamento) sono esclusi obblighi rivolti al comportamento di terzi. Non basterà dunque che uno dei soggetti detenga di fatto una conoscenza personale rispetto all'altrui "inaffidabilità", fin tanto che di tale conoscenza non sia tenuto, secondo l'ordinamento, a fare uso (come accade ad esempio, istituzionalmente, per i membri del consiglio di amministrazione). La considerazione di sfere di competenza che si delimitano reciprocamente non è che la dimensione *statica* di ciò che il principio di affidamento esprime sul piano *dinamico*: viene meno quando sia riconoscibile l'altrui condotta non conforme alle aspettative normative connesse alla sua sfera di competenza, anche se è la vittima.

Rispetto a questa prospettiva di lettura (e implementazione) del principio di responsabilità penale per fatto proprio *ex art. 27 Cost.*, che si è suggerita negli anni in diversi contributi (a partire da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, 304 s., 330 ss., 343 ss., 350 ss., 421 ss., 430 ss.), pare opportuno fare alcune, sia pur sintetiche, puntualizzazioni.

Con riguardo al più volte paventato timore di una estensione delle responsabilità (v. già M. DONINI, "Teoria del reato", in *Dig. disc. pen.*, XIV, 1999, 66, A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, (581) 594), anziché di una sua delimitazione, alla luce della considerazione dell'aumento esponenziale delle strutture organizzative nelle quali si originano nuovi obblighi giuridici rivolti al comportamento altrui, che "innesca inevitabilmente ... fattori moltiplicativi dei centri di imputazione (A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, cit., 207, 224 ss.), va ribadito che le competenze possono essere molteplici (e sempre più in una società ad alto livello di complessità), ma implicano che ciascuno risponda solamente nei limiti della propria: i centri di imputazione, per quanto possano essere moltiplicati e sovrapposti dal concreto assetto della società o dalla realtà aziendale (e anzi proprio per questo), *devono essere previamente individuati sul piano normativo* (al di là di quanto può risultare da un'analisi del tessuto sociale). Quanto all'accusa di "formalistica e pericolosa semplificazione di un quadro ben più articolato e complesso, dominato dal costante intersecarsi di intere 'filiere' di posizioni di garanzia" (A. NISCO, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro. Note a margine delle Sezioni unite ThyssenKrupp*, in F. CURI (cur.), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bononia University Press BUP, Bologna, 2016, (163) 170, 175), non è certo un "codice cifrato di competenze" elaborato "in vitro" o a tavolino quello che si propone, ma piuttosto un'analisi, certo non sempre agevole, dell'organigramma aziendale: il che dovrebbe implicare pure la pretesa di una maggiore trasparenza nella struttura delle imprese e nella documentazione dei processi decisionali, anche attraverso meccanismi premiali e sanzionatori (cfr. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, 373 s.). Lungi dal "perdere di vista il carattere relazionale e interattivo della gestione organizzata ..." e "... trascurare la 'normale' sovrapposizione tra aree di competenza" (A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, (508) 536 s.), si tratta di recuperare le possibili relazioni ogni volta che venga meno la regola dell'affidamento.

Con riguardo poi alle due spinte contrastanti originate dalla specializzazione di competenze e funzioni in un'organizzazione complessa – a isolare sfere di responsabilità in corrispondenza di circoscritte aree di rischio e a vincolare e a coordinare competenze e prestazioni convergenti nella gestione di determinati rischi – evidenziate da V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione*

organo passivo rispetto alle informazioni che riceve dagli organi delegati, sia indotto in errore, e che adotti in buona fede una deliberazione illecita (ad esempio, di approvazione di un bilancio che contenga falsità, in ragione delle quali si integra un falso in bilancio, o una bancarotta documentale in conseguenza di dichiarazione di liquidazione giudiziale) in quanto suggestionato da una mendace relazione o da una fraudolenta esposizione delle condizioni della società da parte dell'amministratore esecutivo²⁹.

Ovviamente, l'affidamento non è invincibile.

Ai sensi della legislazione vigente, laddove sia riconoscibile la natura "inaffidabile" – "lacunosa, intempestiva, frammentaria, contraddittoria, palesemente inveritiera" – dell'informazione fornita dagli amministratori delegati, sorgerà in capo agli altri consiglieri l'obbligo di procedere a attività istruttorie o di intervento connesse al potere-dovere di agire informati di cui all'art. 2381, co. 6, c.c.³⁰.

Da tale potere-dovere discende altresì che ogni informazione relativa al rischio di cui l'amministratore, anche come singolo, sia in possesso, fonda un obbligo giuridico (a rilievo civilistico) di intervento: *ex art. 2392, co. 3, c.c.*, gli amministratori sono responsabili solidalmente dei danni cagionati alla società qualora, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze

della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione, in A.M. STILE-A. FIORELLA-V. MONGILLO (cur.), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla 'colpa' dell'ente*, Jovene, Napoli, 2014, (27) 29 ss., proprio per evitare letture statiche di fenomeni complessi occorre fare continuo riferimento al principio di affidamento e alla dinamica indotta dalla riconoscibilità di comportamenti devianti rispetto alle aspettative normative che le competenze comportano.

²⁹ A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 533; cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 74.

³⁰ F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, cit., 603, nt. 76. Cfr. ID., *Delega gestoria e disciplina dei "flussi informativi": poteri, doveri e responsabilità*, in A. GIOVANNINI-A. DI MARTINO-E. MARZADURI (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario. Diritto penale e processuale*, I, Giuffrè, Milano, 2016, 152; M. IRRERA (dir.), *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005, 251; G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Cedam, Padova, 2012, 169; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 387; P. SFAMENI, *Vigilanza, informazione e affidamento nella disciplina della delega amministrativa*, in *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti. Liber discipulorum*, Egea, Milano, 2011, 594 ss., 613; D. REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in M. CAMPOBASSO-M. CARIELLO-V. DI CATALDO-V. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI (dir.), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 2, Utet, Torino, 2014, 1146 s.

dannose. Del resto, sul piano civilistico, come noto, la responsabilità degli amministratori consegue alla violazione del dovere di fedeltà e del dovere di diligenza: anzi si può affermare che *'duty of loyalty'* unitamente al *'duty of care'* individuino il perimetro tipico della prestazione che connota l'ufficio gestorio e, più in generale, ogni gestione per conto altrui³¹.

Il criterio civilistico dell'art. 2392, co. 3, c.c. comporta, sul piano degli obblighi penalmente rilevanti, innanzitutto, quello di informare immediatamente ed esaustivamente gli altri componenti del *monitoring board*: l'obbligo di impedimento o di riduzione degli effetti lesivi assume rilievo anche penale nella misura in cui vi corrispondano adeguati poteri, che sembrano in realtà appannaggio piuttosto dell'organo collegiale.

Qualora però l'affidamento venga meno – perché emergono motivi che potrebbero indurre a dubitare della correttezza, coerenza, completezza delle affermazioni del relatore – l'eventuale inerzia degli altri membri dell'organo collegiale andrà qualificata come atteggiamento *negligente*, che potrà rilevare come contributo di partecipazione soltanto ai sensi della fattispecie di cooperazione colposa di cui all'art. 113 c.p. (rispetto a un reato colposo; a nostro avviso anche rispetto a reato doloso, nonostante i dubbi in dottrina, laddove il reato sia previsto dalla legge anche come colposo)³².

7. Amministrazione collegiale: prerogative e obblighi.

Il modello dell'amministrazione pluripersonale (art. 2380-bis, co. 3, c.c.), è il più diffuso nella prassi, e inoltre può dirsi ormai regime di *default* della funzione in oggetto, dal momento che rispetto a determinate situazioni (ad esempio, per le società quotate) è persino imposto dalla legge³³.

Il *plenum* dell'organo collegiale è titolare di un obbligo giuridico – non presidiato da sanzione penale – di auto-organizzazione, relativo alla funzione gestoria: questo consiste nel garantire che si inveri un assetto organizzativo

³¹ V. ad es. G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2014, 42 ss.; e già F. BARACHINI, *L'appropriazione delle corporate opportunities come fattispecie di infedeltà degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 2, Utet, Torino, 2006, (603) 605 ss.

³² Cfr. D. TERRACINA, *La responsabilità penale del cosiddetto «amministratore formale» nel reato di bancarotta fraudolenta*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, Padova University Press, Padova, 2015, (227) 268 s.

³³ F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, in *Giur. comm.*, 45-4, 2018, (576) 580 ss.

adeguato, che può essere adottato e concretamente conformato dagli stessi amministratori (nel qual caso ovviamente il loro potere di organizzazione sarà più incisivo) o può rientrare nelle competenze dei soci (con residui doveri e correlati poteri di *controllo* in capo agli amministratori). Quanto detto oggi, oltretutto, si pone in linea con la centralità assegnata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019 al dovere dell'imprenditore collettivo di "istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale", nonché di "attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale" secondo quanto previsto dal nuovo art. 2086, co. 2, c.c.³⁴.

Va sottolineato poi come sempre più frequentemente, in via interpretativa, si riconosca rilievo alla dimensione collegiale anche nel senso di richiedere al consiglio di amministrazione un'attività di controllo sulla propria struttura, quale potere-dovere di autovalutazione della propria composizione e del proprio funzionamento.

La dottrina commercialista ha analizzato la disciplina interna della funzione di amministrazione distinguendo tre tipi di regole: di competenza, di struttura, di condotta³⁵.

Con riguardo alle prime, riguardanti la ripartizione di funzioni all'interno dell'organo gestorio, è inderogabilmente attribuito alla collegialità (consiglio di amministrazione) la funzione gestoria di tipo politico-programmatico. Inoltre, sono di competenza del consiglio d'amministrazione in composizione collegiale le decisioni rispetto alle quali un componente sia portatore di un interesse, come nel caso, previsto dall'art. 2391, co. 1, c.c., in cui emerga una situazione di interesse per un amministratore delegato (obbligo di astenersi dal compiere

³⁴ Questo secondo comma è stato introdotto dall'art. 375 del d.lgs. 12.1.2019, n. 14, che ha derubricato l'articolo, significativamente, in "Gestione dell'impresa". Tale previsione "contribuisce a rendere ancor più netta la posizione di garanzia dell'amministratore, in un quadro di opportuna prevenzione della crisi" secondo A. ROSSI, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I 'riflessi' su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, (1153) 1184. Ma difficilmente, a nostro avviso, può fondare un potere di impedimento idoneo ai sensi dell'art. 40, co. 2, c.p.

³⁵ F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, cit., 580 ss.

l'operazione e di rimettere la decisione alla competenza dell'organo collegiale)³⁶. Il consiglio di amministrazione è titolare delle decisioni relative alla distribuzione interna delle competenze, potendo deliberare – a fronte di delega che sono i soci a dovere autorizzare (art. 2381, co. 2, c.c.) – il trasferimento, qualora lo statuto o l'assemblea lo consentano, di proprie attribuzioni a un comitato esecutivo o a uno più amministratori delegati, determinando “contenuti, limiti ed eventuali modalità di esercizio” della delega (art. 2381, co. 3, c.c.).

Sono invece tendenzialmente appannaggio degli amministratori delegati le scelte di gestione a carattere attuativo-esecutivo³⁷.

Le regole di struttura – relative alla composizione e al funzionamento del collegio – sono orientate a una chiara valorizzazione del ruolo collegiale.

La composizione mista del consiglio di amministrazione risponde innanzitutto all'esigenza di garantire la funzione del controllo sull'operato dell'organo stesso: è proprio l'esigenza di implementare tale funzione a spiegare la necessaria presenza, da un lato, di amministratori indipendenti – privi di legami con la società e i soci, e senza alcun rapporto di subordinazione anche rispetto ai soggetti che li hanno nominati, pertanto liberi da possibilità di influenza o condizionamento – che non hanno a che fare direttamente con la gestione e il comando, ma sono preposti al controllo della correttezza e trasparenza dell'operato degli amministratori esecutivi, anche in funzione della tutela dei soci di minoranza (nonché degli investitori in obbligazioni dell'impresa nelle società quotate in mercato regolamentato)³⁸; dall'altro, di amministratori espressione della minoranza (*ex art. 147-ter t.u.f.*).

La collegialità veicola inoltre il potere di autorganizzazione riconosciuto al consiglio di amministrazione, che consente l'adozione di tutte le regole strutturali non espressamente vietate dalla legge o dallo statuto. Così, per quanto riguarda la circolazione delle informazioni all'interno del consiglio d'amministrazione, questo può fissare una cadenza più breve dei sei mesi previsti dall'art. 2381, co. 5, c.c. come periodicità minima con cui gli organi delegati devono riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sul generale andamento della

³⁶ Cfr. S. CORSO, *Gli interessi “per conto di terzi” degli amministratori di società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 197 ss.

³⁷ In questo senso v. ad es. F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, cit., 584.

³⁸ Sul tema v. ad es. E. RIMINI, *Il comitato di amministratori indipendenti (e gli amministratori indipendenti)*, in M. IRRERA (dir.), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Zanichelli, Bologna, 2016, 349 ss.

gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

Nelle società quotate, poi, il dovere di rendicontazione periodica è ancora più pregnante in base all'art. 150 t.u.f., secondo cui "gli amministratori riferiscono tempestivamente, secondo le modalità stabilite dallo statuto e con periodicità almeno trimestrale, al collegio sindacale sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle società controllate; in particolare, riferiscono sulle operazioni nelle quali essi abbiano un interesse, per conto proprio o di terzi, o che siano influenzate dal soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento"³⁹.

Tra le prerogative del consiglio d'amministrazioni che incidono sulla "funzione di garanzia" per quanto riguarda la circolazione "endoconsiliare" del flusso delle informazioni, va menzionata anche quella *ex art. 2380-bis c.c.* di decidere sulla nomina del presidente dell'organo (laddove questi non sia nominato dall'assemblea dei soci) e sulla definizione dei suoi poteri: tale figura assume infatti il ruolo di tutore della sua correttezza e adeguatezza di detto flusso informativo⁴⁰.

Ora, si è detto che il potere di organizzazione della funzione gestoria degli amministratori è più pregnante laddove la legge riconosca agli stessi un potere decisionale sull'adozione e conformazione dell'assetto organizzativo; altrimenti, qualora lo stesso sia attribuito ai soci, in capo agli amministratori resterà la titolarità di doveri di controllo. Tuttavia, il potere e dovere di controllo caratterizza in generale la funzione del consiglio di amministrazione, che dovrà verificare comunque la permanente adeguatezza dell'assetto organizzativo.

³⁹ Cfr. G.D. MOSCO-S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2019/1, 117.

Inoltre, in virtù dell'art. 154-bis, co. 2, t.u.f., dato che è previsto che gli atti e le comunicazioni della società previste dalla legge o diffuse al mercato, contenenti informazioni e dati sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della stessa società, siano accompagnati da una dichiarazione scritta del direttore generale e del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, che ne attestino la corrispondenza alle risultanze documentali, ai libri e alle scritture contabili, è ipotizzabile un concorso tra i membri del consiglio di amministrazione e, appunto, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (A. ROSSI, in F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 83).

⁴⁰ F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, cit., 591 s.; G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Cedam, Padova, 2012, 172 ss.; recentemente, con riguardo al problema della rilevazione tempestiva dello stato di crisi, v. G. RACUGNO, *Il ruolo del presidente nel c.d.a. nel monitoraggio del rischio di crisi aziendale*, in *Giur. comm.*, 2021, 53 ss.

Sul piano delle regole di condotta, il controllo si estrinseca in obblighi di trasparenza diretti a far emergere e rendere noti eventuali interessi e di adeguata motivazione delle scelte (indicandone le ragioni e la convenienza), sempre nell'ottica di garantire la "tracciabilità" delle situazioni di interesse anche solo potenziali e quindi di prevenire il compimento di condotte infedeli (già allo stadio di pericolo). Sotto questo aspetto, al consiglio d'amministrazione spetta il compito della *vigilanza* sul rispetto delle regole che riguardano il *plenum* collegiale⁴¹.

L'organo gestorio nella sua composizione collegiale si trova dunque investito di doveri tanto di organizzazione, potendo concorrere alla determinazione delle regole che lo disciplinano, dotandosi di un adeguato regime organizzativo, quanto di verifica nel tempo della sua permanente adeguatezza e di vigilanza sulla loro osservanza. Questione che assume peculiare rilievo rispetto all'eventuale insorgenza di fatti penalmente illeciti, in quanto i *deficit* organizzativi – genetici o acquisiti – costituiscono una delle tipiche variabili che possono spostare il baricentro dell'attività d'impresa in direzione *mesocriminale*⁴².

8. La responsabilità degli amministratori di società di capitali: la dimensione collegiale dei poteri degli amministratori non esecutivi.

Proprio le regole – civilistiche – di condotta di cui si è fatta menzione rappresentano la base del ragionamento che conduce la prassi applicativa a configurare la responsabilità penale degli amministratori. L'obbligo di vigilanza che si desume dall'art. 2392, co. 2 e dall'art. 2381, co. 3, c.c. quale riflesso dell'obbligo – e correlato potere – di amministrazione del singolo in relazione al

⁴¹ Cfr. A. ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione*, in M. IRRERA (dir.), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Zanichelli, Bologna, 2016, (249) 250 ss.

⁴² Il concetto di *mesocriminalità* rimanda alle peculiari relazioni, tipiche del diritto penale d'impresa, tra attività individuali e struttura delle organizzazioni complesse, con le conseguenze che ne derivano sul piano dell'imputazione della responsabilità tanto delle persone fisiche, quanto dei soggetti meta-individuali: la struttura organizzativa dell'impresa o dell'ente costituisce situazione tipica – lecita – del nesso tra azione individuale del singolo componente e illecito collettivamente prodotto, nel senso che la condotta individuale rileva in stretta dipendenza dall'interazione con le attività degli altri soggetti, dalla struttura dell'ente collettivo e dalle dinamiche dell'organizzazione (v. L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, 8 ss.; cfr. anche H. Alwart, *Zurechnen und Verurteilen*, Boorberg, Stuttgart, 1998, 24 ss., 26; Id., *Sanktion und Verantwortung*, in *ZIS*, 3/2011, (173) 178; K. Mittelsdorf, *Unternehmensstrafrecht im Kontext*, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 2007, 36 ss., 52 ss.; K. Krämer, *Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, 264 ss.).

consiglio (collegialità virtuale) per la giurisprudenza varrebbe a fondare, anche per gli amministratori senza delega, un *obbligo di reciproca sorveglianza* tra amministratori: in tal modo i consiglieri di amministrazione non esecutivi delle società di capitali possono essere chiamati a rispondere per i reati posti in essere dagli amministratori delegati.

Lo schema di attribuzione del rimprovero si risolve, come noto, in una dilatazione dei confini semantici dell'obbligo giuridico attraverso il concetto evanescente di vigilanza, con riguardo a soggetti la cui funzione, come detto, si esplica eminentemente in forma collegiale⁴³: l'attività degli amministratori senza deleghe, privi di informazioni relative alla *governance* della società che non siano quelle selezionate e riferite dagli amministratori delegati⁴⁴, nelle quali devono fare affidamento, di fatto si esaurisce nell'esercizio del potere di voto, mentre nessun altro spazio è lasciato all'assunzione individuale di provvedimenti impeditivi⁴⁵.

Va anche ribadito, per quanto sia di palmare evidenza, che la collegialità non rappresenta oggetto di un comando, ma "la cornice tipica entro la quale la condotta di ciascun obbligato viene colta e valutata dalla norma"⁴⁶ e può integrare reato, non esistendo precetti penali a destinatario plurisoggettivo⁴⁷. Altrettanto indubitabile è che la collegialità implica un vincolo funzionale di interazione, tale per cui le azioni dei singoli – amministratori non esecutivi – assumono significato soltanto in quanto inscindibilmente connesse a quelle degli altri: un vincolo che appunto coincide con il perimetro della riunione collegiale. Va rilevato che sussistono determinati obblighi giuridici a garanzia dell'effettività di tale cornice cooperativa: sono obblighi preparatori e

⁴³ V. già A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1147 ss., che sottolineava come la regola della collegialità nell'attività del consiglio di amministrazione valga anche per il potere di vigilanza (*ibidem*, 1149), dal momento che l'amministratore non ha poteri di ispezione "di mano propria", ricevendo quindi informazioni "filtrate" dai delegati (A. ALESSANDRI-S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, Volume I, Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2018, 76; F.M. DE MARTINO, *op. cit.*, 9).

⁴⁴ L'art. 2381, ult. co., c.c. prevede l'obbligo di agire informato per gli amministratori, che possono, anche singolarmente, chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società, ma di fatto non sono dotati di poteri ispettivi coattivi.

⁴⁵ Cfr. ad es. N. MENARDO, *op. cit.*, 15 s.

⁴⁶ Così C. PEDRAZZI, *op. cit.*, (8) 19; "il precetto non comanda una cooperazione comunque organizzata, ma un'attività da realizzare con procedimento collegiale: soltanto in un contesto collegiale l'obbligo dei singoli amministratori assume concreto vigore, e può essere adempiuto" (*ibidem*, 20).

⁴⁷ R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1956, 49.

strumentali, incumbenti su singoli amministratori *uti singuli*, come quello del presidente, nei casi previsti dalla legge, di riunire il consiglio d'amministrazione perché deliberi la convocazione, quello di ogni consigliere di sollecitare la riunione, o di promuoverla egli stesso in caso di inerzia del presidente, ma anche di intervenire alla riunione regolarmente convocata (quantunque la violazione, quindi l'assenza ingiustificata del singolo, non necessariamente infici il *quorum* necessario ai fini della sua validità); ovvero obblighi coessenziali, come quello dell'organo collegiale di riunirsi in tempo utile per decidere la convocazione dell'assemblea⁴⁸. Obblighi privi di rilevanza penale: anche quello di convocare l'assemblea, la cui violazione oggi integra illecito amministrativo *ex art.* 2631 c.c.

9. Identificazione di omessa vigilanza e omesso impedimento nell'interpretazione giurisprudenziale.

La giurisprudenza configura di principio una responsabilità da omesso impedimento anche in capo agli amministratori senza delega, peraltro senza specificare in alcun modo quali poteri impeditivi essi possano attivare nell'esercizio delle loro funzioni: si tratta di un'operazione di trasmutazione del garante in un soggetto "onnipotente", che tutto può fare o avrebbe potuto fare per impedire l'evento⁴⁹, tanto più stereotipa quando l'argomentazione si radica nella pura e semplice posizione rivestita⁵⁰.

La tendenza a incardinare la responsabilità penale sul semplice ruolo di cui sono formalmente titolari gli amministratori non esecutivi non si è invertita nemmeno a seguito della riforma del diritto societario attuata con l. 6/2003, che pure ha prodotto un radicale mutamento degli obblighi degli amministratori non operativi, innovando l'art. 2381 c.c. in tema di poteri e doveri degli amministratori rispetto all'ampio e indefinito dovere di vigilanza sull'andamento della gestione precedente alla novella.

Di solito vengono richiamate come fonti dell'obbligo giuridico gli artt. 2381 e 2392 c.c. In particolare, la disposizione dell'art. 2392, co. 2, c.p., traslata *tout court* a fondamento del rimprovero penale, si converte in meccanismo duttile che permette di ritenere sussistente la violazione di un obbligo giuridico di

⁴⁸ Cfr. C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 20 s.

⁴⁹ Cfr. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 662.

⁵⁰ Cfr. Cass., sez. V, 2.4.2019, n. 37848, che esplicitamente afferma "... il dovere di vigilanza e di controllo contabile, direttamente derivante dalla qualifica di amministratore di diritto". Ma si tratta di orientamento non certo isolato: v. Cass., sez. V, 7.3.2014, n. 32352.

impedimento ogni volta che possa affermarsi in generale che l'amministratore *non ha fatto quanto poteva* per impedirne il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose di fatti pregiudizievoli, a prescindere dal risultato in termini di successo: la norma richiede comunque al singolo consigliere, ai fini dell'esclusione della responsabilità civile solidale, di esaurire tutte le sue possibilità di intervento, per quanto limitate, anche se lo sforzo comunque non sarebbe stato idoneo a impedire il compimento o neutralizzare/minimizzare gli effetti⁵¹.

L'operazione ermeneutica con la quale si travasa il criterio sancito dall'art. 2392, co. 2, c.c. all'ambito della responsabilità penale è evidentemente illegittima, dal momento che l'art. 40, co. 2, c.p., impone inderogabilmente un modello di imputazione edificato sul risultato: rileva solo il fatto di *non avere effettivamente impedito, non di avere attivato tutte le possibilità di impedimento disponibili*.

La realtà è che la condotta – evidentemente *attiva* – in cui si estrinseca l'unico potere istituzionalmente attribuito agli amministratori non esecutivi, appunto la partecipazione con voto favorevole alla delibera di organo collegiale, preclude ontologicamente che tale potere possa legittimare una responsabilità da omesso impedimento *ex art. 40, co. 2, c.p.*⁵². Al più si potrà ipotizzare un mero dovere di sorveglianza generica⁵³. A riguardo, peraltro, sono necessarie alcune precisazioni.

Nel contesto di una relazione orizzontale, come quella che intercorre tra i membri del consiglio di amministrazione, di principio non si dovrebbe configurare alcun obbligo di vigilanza in senso stretto (di ogni singolo consigliere privo di deleghe sul comportamento dell'amministratore delegato). Ancor meno un obbligo di impedimento di reati (che è comunque ben diverso e più pregnante rispetto a quello di vigilare).

Trattandosi di delega, piuttosto si può individuare un *dovere di trasferire*

⁵¹ Cfr. C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 25 s.

⁵² In senso contrario alla configurabilità della posizione di garante degli amministratori senza delega, *uti singuli* e come organo, per mancanza di poteri impeditivi v. F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, Jovene, Napoli, 2012, 283 ss.

⁵³ Per la distinzione tra obbligo di garanzia, obbligo di sorveglianza e obbligo di attivarsi, v. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999, 16 s., 161 ss., 371 ss., in ptc. 380 ss. (rientrerebbe tra gli obblighi di sorveglianza quello degli amministratori in generale); cfr. N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 832 ss.; ID., *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 123 ss.; E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 4^a ed., Zanichelli, Bologna, 2016, 109 ss.

correttamente la funzione: la questione può essere ricondotta a quella della *compliance*, nel senso che l'obbligo in questione si risolve nella valutazione di adeguatezza dell'assetto strutturale e, piuttosto, nella vigilanza (non sui comportamenti altrui, ma) sulla permanenza di tale adeguatezza. L'art. 2381, co. 3, c.c., in effetti, attribuisce all'organo collegiale la funzione di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, progettato e attuato dai delegati, rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa: ma sulla base delle informazioni ricevute (in particolare, della relazione degli organi delegati⁵⁴), dalle quali ovviamente dipende il giudizio che possono esprimere gli amministratori non esecutivi (oltre all'esame dei piani strategici, industriali e finanziari della società, quando elaborati). La stessa norma prevede che la valutazione sul generale andamento della gestione venga compiuta sulla base della relazione degli organi delegati. Obblighi, quello di "delegare adeguatamente" e di vigilare sulla permanente adeguatezza dell'assetto, che incombono comunque non sul singolo amministratore non operativo, ma sul consiglio d'amministrazione: la vigilanza è dunque tipica competenza *collegiale*. Pertanto, le carenze di vigilanza da parte del consiglio di amministrazione in quanto tale rivelano una inidoneità dell'assetto organizzativo strutturale adottato dall'impresa⁵⁵. In questa prospettiva, anche una disfunzione dell'organo collegiale – ad esempio, una delibera mancata che, data la situazione, era doverosa (ad es. una omessa delibera di bonifica *ex art. 452-terdecies* c.p.) – può permettere una condotta penalmente rilevante⁵⁶.

10. La configurazione del concorso per omessa vigilanza come immagine speculare della partecipazione morale.

Il modello della *compliance* (in senso lato) peraltro non consente di bypassare

⁵⁴ T. PADOVANI, *op. cit.*, 74.

⁵⁵ Cfr. N. MENARDO, *op. cit.*, 19, che propone la teoria del reato collegiale come base per un ripensamento del tema della responsabilità del *monitoring board* nell'ottica applicativa del d.lgs. 231/2001, ravvisandovi il soggetto gravato, nella sua dimensione collegiale, di una posizione di garanzia (*ibidem*, 17): questa prospettiva, esclusa ontologicamente almeno *de iure condito* una responsabilità penale dell'organo in quanto tale, ovviamente non permette di ritagliare una responsabilità penale dei singoli consiglieri, ma piuttosto di ritenere inidonei i *compliance programs*, con conseguente responsabilità da reato dell'impresa.

⁵⁶ In questo senso, pur rispetto a uno statuto societario per ragioni cronologiche ancora lontano dall'assimilazione di protocolli di *compliance*, cfr. il nesso di collegialità virtuale suggerito da C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 28 s.

la verifica della vigenza normativa di un *set* di poteri realmente impeditivi (e non semplicemente di contrasto), pur mediati dalla condotta altrui: poteri che, per poter legittimare una responsabilità *ex art. 40, co. 2, c.p.*, devono risultare “risolutivi”, ossia idonei ad attivare gli organi legittimati all'adozione dei provvedimenti impeditivi necessari, quindi a evitare, sia pur indirettamente, l'evento, ovvero a invalidare o inabilitare l'attività illecita altrui⁵⁷.

Sono ovviamente “disponibili” a tutti gli amministratori, anche non esecutivi, poteri di segnalazione, informazione (al presidente del consiglio di amministrazione), sollecitazione, dissuasione, diffida nei confronti del comportamento di altri soggetti, ovvero di segnalazione di profili di illiceità (ad es. di irregolarità contabili nella relazione sulla proposta di bilancio *ex art. 2429, co. 3, c.c.*): con disinvoltura queste possibilità – invero accessibili a chiunque, anche al di fuori del consiglio di amministrazione – vengono assunte dalla prassi applicativa come base del rimprovero per omesso impedimento. L'argomento probabilmente assorbe in maniera inespresa suggestioni derivanti dalla questione generale del contributo di concorso: dal momento che condotte di sollecitazione all'esecuzione criminosa, ove accolte e trasfuse nella stessa, possono integrare partecipazione (commissiva) morale nel reato⁵⁸, la mancata sollecitazione a tenere condotte conformi all'ordinamento induce a ipotizzare l'inadempimento di una condotta doverosa e ad inquadrarla nell'*art. 40, co. 2, c.p.*

A prescindere dalla sovrapposizione di categorie evidentemente non assimilabili, la generica facoltà di sollecitare o dissuadere gli altri amministratori potrà assumere significato ai sensi di una possibile responsabilità penale solo quando si traduca in un potere normativamente riconosciuto il cui esercizio sia obbligatorio, ovvero rientri in uno schema d'azione previsto da norme procedurali stabilite a tutela di beni giuridici, vale a dire, da norme che attribuiscono il potere giuridico ai fini della configurazione di obblighi penalmente rilevanti ai sensi dell'*art. 40, co. 2, c.p.*, dal momento che “il potere decodifica uno schema di azione coincidente con un segmento di una procedura nella quale il titolare del potere stesso è immesso”⁵⁹: schema d'azione che

⁵⁷ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 671.

⁵⁸ Ovviamente gli amministratori, anche non esecutivi, qualora istighino i delegati o agevolino la commissione di reati da parte loro, potranno essere chiamati a rispondere come concorrenti (F.M. DE MARTINO, *op. cit.*, 2).

⁵⁹ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, cit., 294.

costituisce la cornice entro la quale può effettuarsi la selezione dei comportamenti che integrano omesso impedimento, “e sempre che, s'intende, le norme procedurali in questione – dalle quali estraiano il potere – avessero di mira la tutela dei beni giuridici”⁶⁰.

Va inoltre comunque ribadito che l'organo legittimato, investito del potere di intervenire in conseguenza della sollecitazione o informazione, deve essere titolare del potere di impedire l'evento: direttamente, o a sua volta attraverso l'attività di altro organo dotato di tali poteri, immaginando una catena funzionale stabilita da norme procedurali. Non sono tali i poteri di denuncia, tanto endosocietaria quanto extrasocietaria, che normalmente la disciplina civilistica prevede come facoltativi, e comunque sono sempre reattivi e non preventivi⁶¹; né quello di convocazione dell'assemblea *ex art. 2367 c.c.*; né quello di impugnativa della delibera qualora assunta in difformità dalla legge o dallo statuto (*art. 2388, co. 4, c.c.*), dal momento che l'organo investito dell'annullamento non ha in realtà poteri inibitori⁶², e tenuto conto oltretutto che rispetto all'impugnazione della delibera è imprescindibile “una valutazione dell'esistenza dei presupposti e dell'opportunità di assumere l'iniziativa nell'interesse della società che non può essere lasciata al giudizio individuale dei singoli amministratori”⁶³.

Nessuna valenza impeditiva assume la stessa possibilità di informare il pubblico ministero, in vista della richiesta dei provvedimenti di cui all'*art. 2409 c.c.*: con la riforma del diritto societario si è ridotto notevolmente l'ambito di operatività dei poteri del pubblico ministero, il quale è ricompreso tra i soggetti legittimati ad avviare la procedura *ex art. 2409 c.c.* solo nei confronti delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (*art. 2409, co. 7, c.c.*); inoltre, il controllo giudiziario è stato notevolmente limitato sotto il profilo oggettivo, potendo essere avviato solo in presenza di gravi irregolarità che possano arrecare

⁶⁰ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, cit., 294.

⁶¹ Anche il potere – non obbligatorio – di denuncia della commissione di reati societari all'autorità giudiziaria (A. ALESSANDRI-S. SEMINARA, *op. cit.*, 80).

⁶² Cfr. N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, Milano, 2003, 226 ss.; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 672; *contra* A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, cit., 522 ss., 524, che lo interpreta come rimedio idoneo a eliminare o attenuare le conseguenze dannose della delibera.

⁶³ V. CALANDRA BONAURA, *L'Amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 156.

danno alla società o alle sue controllate.

Infine, per le società soggette al controllo di autorità di pubblica vigilanza, e solo limitatamente alle materie di competenza di queste ultime, è attribuito all'amministratore il potere di segnalare alle stesse eventuali irregolarità: segnalazione che, con tutta evidenza, è priva di qualsiasi idoneità impeditiva, dal momento che eventuali effetti dipenderanno soltanto dalla (non frequente) attivazione successiva dell'*Authority*.

11. Insussistenza di poteri interdittivi o conformativi connessi alla vigilanza collegiale.

Si tratta di valutare poi se nelle prerogative derivanti dalla funzione collegiale di vigilanza possa rientrare eventualmente un potere di blocco dell'attività illecita di terzi, che sia inquadrabile, come messo in luce dalla dottrina, tra le "potestà", cui sono correlati obblighi di soggezione o conformazione da parte dei destinatari⁶⁴.

Un potere di revoca e conseguente sostituzione dagli incarichi ricoperti degli amministratori nelle società per azioni spetta, di regola, nell'ambito del sistema di amministrazione tradizionale, all'assemblea (art. 2383, co. 3, c.c.), e il suo esercizio può avvenire in qualunque tempo, anche senza giusta causa (salvo il diritto dell'interessato al risarcimento del danno); ne è titolare invece il consiglio di amministrazione rispetto ai componenti del comitato del controllo sulla gestione nel sistema monistico (art. 2409-*octiesdecies*, co. 4, c.c.), e il consiglio di sorveglianza rispetto ai consiglieri di gestione in quello dualistico (art. 2409-*terdecies*, co. 1, lett. a), c.c.).

Al di fuori di queste ipotesi, non sembra che la disciplina vigente assegni ai nudi amministratori ulteriori poteri qualificabili come potestativi adeguati a integrare quelli di impedimento rilevanti ai sensi della fattispecie dell'art. 40, co. 2, c.p.

12. Responsabilità penale degli amministratori da deviazione funzionale.

La prerogativa precipua dei componenti del consiglio di amministrazione pare dunque l'espressione del proprio voto all'interno dell'organo collegiale quale

⁶⁴ N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 69 s., 82; F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 608; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 668 s.; R. ZANNOTTI, *op. cit.*, 40.

diritto correlato all'obbligo giuridico di prendere parte alle sedute dello stesso.

Si è suggerito di qualificare la responsabilità dei membri di organi collegiali in termini di uso deviato delle prerogative proprie della funzione di componente dell'organo⁶⁵.

Tale assunto permette di riprendere una classica distinzione rispetto agli illeciti penali che possono essere commessi all'interno dell'amministrazione pluripersonale⁶⁶.

La prima ipotesi riguarda reati che possono essere commessi da chiunque, quindi anche dagli amministratori di una società, che rispetto ad essi operano a titolo personale, eventualmente di comune accordo, magari anche nel corso di una riunione collegiale che tuttavia costituisce la semplice occasione per la compresenza di più persone e quindi il realizzarsi del concorso.

La seconda si iscrive invece nell'ambito del reato funzionalmente plurisoggettivo⁶⁷: si tratta di illeciti che impegnano le attribuzioni proprie dell'organo, l'azione del consiglio di amministrazione in quanto organo collegiale (e non dei singoli amministratori in quanto tali), in cui quindi si esplicano le funzioni degli amministratori (o dei direttori generali, o dei sindaci), dal momento che tali illeciti si radicano in un *abuso di poteri* o in *violazioni di doveri*

⁶⁵ V. L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, 21 ss.: deviazione funzionale, distorsione del ruolo assunto in veste di membro dell'organo, sviamento dal potere connesso alla propria legittimazione a partecipare come componente del collegio, sfruttamento della funzione – pubblica o privata, a seconda del tipo di organo collegiale, ma di per sé lecita e riconosciuta dall'ordinamento giuridico – a scopi privati delittuosi.

⁶⁶ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 9 ss.

⁶⁷ Si è suggerita questa espressione per inquadrare il fenomeno in questione (L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, 11 ss.): una forma di plurisoggettività eventuale, in cui però la relazione tra i concorrenti è innanzitutto di tipo funzionale, nel senso che rappresenta una dimensione della *funzione*, tanto di quella esplicata da ciascuno singolarmente, quanto di quella esercitata dall'entità collettiva cui ogni soggetto partecipa come membro, quest'ultima appunto funzione di organo e forma collegiale; inoltre, l'esecuzione plurisoggettiva si realizza nel contesto di una struttura organizzativa lecita e riconosciuta dal diritto, ossia la pluripersonalità del collegio, in sé conforme all'ordinamento giuridico, del tutto eterogenea rispetto a quella dell'esecuzione delittuosa concorsuale, in cui la presenza di più persone è teleologicamente orientata al fine penalmente illecito, antiggiuridica e anzi elemento tipico della fattispecie. La responsabilità per reato commesso da più membri di un organo collegiale va inquadrata quindi nell'ambito del concorso eventuale di persone, ma occorre tenere conto che la partecipazione è possibile solamente in una cornice di natura *istituzionale* – un'organizzazione strutturata, stabile, entità autonoma distinta dai suoi componenti e dotata di un assetto di norme e procedure (riconosciute dall'ordinamento giuridico) funzionali all'aggregazione delle individualità, alla razionalizzazione delle attività e al loro orientamento a scopi prefissati caratterizzanti – previa rispetto ad essa, senza la quale il contributo di concorso non potrebbe esistere.

strettamente inerenti alle funzioni dell'organo sociale. Caratteristico di queste esecuzioni plurisoggettive criminose è la riferibilità all'organo amministrativo – nella sua dimensione collegiale – quale *elemento essenziale della condotta tipica.* Quando poi la condotta rappresenta esecuzione di previa delibera collegiale, il passaggio attraverso il filtro dell'organo collegiale costituisce *presupposto* della condotta stessa.

La distinzione – tipica della responsabilità per illecito oggetto di decisione collegiale – tra fase della deliberazione e fase esecutiva implica, come detto, la partecipazione eventuale di soggetti diversi: a volte saranno gli stessi amministratori che daranno attuazione materiale alla delibera, come nel caso della concreta ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627 c.c.), o dell'indebita restituzione dei conferimenti fuori dei casi di legittima riduzione di capitale (art. 2626), o dell'acquisto o sottoscrizione di azioni o quote sociali della società che amministrano o emesse dalla società controllante (art. 2628 c.c.). Si tratta di operazioni che non richiedono necessariamente l'intervento del consiglio d'amministrazione, anzi, a volte l'esecutore materiale può essere anche un soggetto non qualificato, purché vi sia il concorso di almeno un amministratore; ma sono manifestazione e riflesso di un'attività collegiale previa, quella deliberativa, che emerge quindi non come modalità essenziale della condotta tipica ma, appunto, come suo presupposto.

La deviazione funzionale può consistere, a monte, in una semplice situazione di irregolarità: si pensi a vizi attinenti alla composizione del collegio (ad esempio, qualora il consiglio d'amministrazione deliberi in presenza di un numero di consiglieri inferiore al *quorum* richiesto); ad attività svolte in nome del collegio senza che questo sia stato convocato; a contesti in cui il potere esercitato da uno o alcuni amministratori sul resto degli appartenenti all'organo collegiale arriva al punto che i primi adottano decisioni a insaputa degli altri⁶⁸. Situazioni che, inficiando l'esistenza o la validità dell'atto collegiale, assumono rilievo rispetto a quelle fattispecie di reato di cui la deliberazione del consiglio d'amministrazione costituisce presupposto⁶⁹: così, rispetto al reato di formazione fittizia del capitale previsto dall'art. 2632 c.c., dal momento che nell'ipotesi di sopravvalutazione

⁶⁸ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 16 s.

⁶⁹ In tali casi "... ad integrare il reato non può bastare l'attività sparsa, o anche associata, di singoli amministratori: deve concorrere quel minimo di requisiti procedurali che condiziona la costituzione degli agenti in collegio e la formazione di una volontà collegiale" (C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 17 s.).

rilevante dei conferimenti di beni in natura occorre fare riferimento all'art. 2343, co. 3, c.c., ai sensi del quale gli amministratori devono, nel termine di centottanta giorni dalla iscrizione della società, controllare le valutazioni contenute nella relazione giurata dell'esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede la società, presentata da chi conferisce beni in natura – relazione contenente la descrizione dei beni o dei crediti conferiti, l'attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale soprapprezzo, e i criteri di valutazione seguiti – e, se sussistano fondati motivi, devono procedere alla revisione della stima, per il controllo e la eventuale revisione della stima⁷⁰ è imprescindibile ovviamente una delibera collegiale (non assumendo alcun rilievo l'opinione del singolo amministratore); così come pure rispetto all'art. 2440, ult. co., c.c., con riguardo alla ulteriore valutazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2343 c.c., che viene compiuta pure con delibera collegiale.

13. Reati dell'organo collegiale *versus* reati dei singoli amministratori.

Riprendendo una distinzione suggerita da illustre dottrina, i reati che si inseriscono negli "schemi organizzativi dell'amministrazione – amministrazione disgiuntiva, congiuntiva, collegiale – predisposti dalla legge o dagli statuti per coordinare la loro attività"⁷¹ sono da imputare all'organo collegiale, quindi comportano a certe condizioni la responsabilità penale di tutti gli amministratori. Perché si configuri la fattispecie plurisoggettiva, occorre insomma che l'amministratore dia vita a un comportamento che possa essere qualificato come deviazione funzionale, che però si iscriva in uno degli schemi organizzativi legalmente o statutariamente prefissati.

Invece quelli posti in essere da singoli amministratori al di fuori degli schemi organizzativi predetti – eludendo la vigilanza degli altri componenti del collegio e agendo a loro insaputa – non sono qualificabili alla stregua di atti di amministrazione, rappresentano una sorta di '*Regressverbot*', o limite alla partecipazione, che esclude l'imputazione agli altri amministratori: integrano infatti una "usurpazione delle competenze collegiali" che non assume rilevanza ai fini della responsabilità degli altri membri del collegio regolarmente funzionante, in quanto fondata sulla "clandestinità" e sulla sorpresa, a meno che

⁷⁰ Nonché la verifica *ex artt.* 2343-*quater* e 2440, co. 5, c.c.

⁷¹ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 29.

non vi sia stata un'inerzia antidoverosa del collegio⁷². Se infatti si tratta di iniziativa del singolo amministratore che usurpa le competenze collegiali, egli non risponderà dei reati societari – es. pagamento di utili, restituzione di conferimenti, etc. – ma di reati comuni come furto o appropriazione indebita⁷³.

14. Dolo concorsuale dell'amministratore non esecutivo.

La responsabilità concorsuale dell'amministratore non esecutivo nel fatto commesso dai delegati, tanto per il voto espresso all'interno dell'organo collegiale, quanto – qualora si ritenesse individuabile un potere interdittivo o conformativo adeguato a fondare un obbligo giuridico *ex art. 40, co. 2, c.p.* – per omesso impedimento, richiede, ai fini del dolo, la consapevolezza attuale del fatto stesso e la volontà di adesione al programma criminoso. L'eventuale rimprovero a titolo di colpa – rispetti a reati previsti dalla legge anche nella forma colposa (pur se commessi da taluno dei concorrenti, in particolare dal delegato, con dolo) – richiede invece, sul presupposto della prevedibilità derivante da segnali di rischi rilevabili dall'agente modello, la violazione di cautele doverose.

In particolare, l'intelaiatura normativa civilistica conferma ampiamente la stretta connessione tra rappresentazione effettiva del fatto e integrità, completezza e correttezza delle informazioni di cui si viene concretamente in possesso.

L'art. 2392, co. 2, c.c., con l'espressione "essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli", struttura le conoscenze degli amministratori su dati obiettivi, facendo chiaramente dipendere la responsabilità civile dalla effettività delle informazioni: l'intervento sull'andamento della gestione richiesto come impegno per l'impedimento del fatto pregiudizievole o per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dipende pertanto dall'informazione ottenuta attraverso la relazione degli organi delegati dell'art. 2381, co. 3, c.c.

Del resto, anche semplicemente dal criterio direttivo dell'agire informato dell'art. 2381, co. 6, c.c. si desume chiaramente come la responsabilità dell'amministratore senza delega si fondi sul puntuale accertamento di quali fossero le informazioni effettivamente ricevute dai delegati.

La formulazione dell'art. 2381, co. 3, c.c. risultante dalla riforma, segnando il passaggio dal criterio della diligenza del mandatario a quella richiesta dalla

⁷² C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 30.

⁷³ *Ibidem.*

natura dell'incarico e dalle specifiche competenze, nonché la delimitazione dell'obbligo di valutazione del generale andamento della gestione alle risultanze della relazione degli organi delegati, esclude quelle letture del dolo, notoriamente care alla giurisprudenza penale, ancorate a presunzioni che di fatto ne fanno un equivalente della colpa (in particolare della *culpa in vigilando*) con sostituzione della rappresentazione attuale con la mera conoscibilità⁷⁴: ci riferiamo ovviamente alla teoria dei "segnali d'allarme"⁷⁵, su cui, date le critiche contundenti che da tempo ha ricevuto dalla migliore dottrina⁷⁶, non vale la pena spendere ulteriori considerazioni.

Ci si limita a evidenziare come la percezione da parte del nudo amministratore di indici di rischio comporti un obbligo di attivazione che, ove disatteso, si tradurrà normalmente in addebito per colpa (salvo il caso di deliberato disprezzo o disinteresse nei confronti dell'andamento della gestione o addirittura di un'inerzia o "cecità" voluta e calcolata per favorire il progetto criminoso, espressiva di *collusione*). Ferma restando la regolare vigenza dell'affidamento nel

⁷⁴ Laddove invece "il non avere appreso ciò che si sarebbe potuto conoscere, se il dovere di vigilanza fosse stato adempiuto, fonda un addebito di colpa" (D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, 904). Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 77, che sottolinea come l'interpretazione giurisprudenziale che surroga la conoscenza effettiva con la mera rappresentabilità riproponga di fatto gli esiti del reato collegiale (*ibidem*, 71).

⁷⁵ Recepita in modo altalenante, tra presunzioni di rappresentazione di tali segnali e richieste di effettiva conoscenza degli stessi in capo agli amministratori non esecutivi: così, nella stessa pronuncia, si ritiene di fatto fungibile, ai fini della configurabilità del dolo eventuale, "la prova che (rispetto a reati di bancarotta fraudolenta per distrazione) gli amministratori di società per azioni, privi di deleghe gestorie siano stati informati delle distrazioni ovvero che delle stesse abbiano comunque avuto conoscenza", quella "che vi sia stata la presenza di segnali peculiari di distrazione aventi carattere di anormalità di questi sintomi per tali amministratori" e della loro concreta *conoscibilità* anche mediante l'attivazione del potere informativo di cui all'art. 2381, ult. co., c.c., salvo specificare l'esigenza della "condizione che sussistano, e siano stati *in concreto percepiti* da tali soggetti, segnali 'perspicui e peculiari' dell'evento illecito caratterizzati da un elevato grado di anormalità": Cass., sez. I, 9.3.2018, n. 14783, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2019, 350, con nota di E. PIETROCARLO, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta: alcune importanti precisazioni della Cassazione in punto di elemento soggettivo*, 359 ss.

⁷⁶ V., con riguardo alla famosa sentenza di primo grado sul caso Banco Ambrosiano (Trib. Milano, 16.4.1992, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1477), A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, (1147) 1150 ss., che critica l'interpretazione in chiave di '*actio libera in causa*' della "ferma determinazione a porsi in una situazione idonea a non percepire e valorizzare il significato dell'indicatore d'allarme" e l'equiparazione della "ragionevole possibilità" di rilevare l'altrui condotta illecita in "consapevolezza concretamente raggiunta".

corretto comportamento e nelle capacità ed esperienza dei colleghi delegati fino al punto in cui sia riconoscibile che la fiducia è infondata: e, laddove l'inaffidabilità non sia effettivamente riconosciuta, si tratterà appunto di colpa.

Bisogna anche tenere in debito conto la naturale tendenza umana al ragionamento intuitivo – basato su impressioni, disposizioni, associazioni immediate – rispetto a quello riflessivo: molte assunzioni sono assimilate, il comportamento spesso funziona per automatismi, magari sulla base di equivoci o errori sistematici divenuti abitudinari⁷⁷. Tale considerazione sul piano del dolo comporta che non si può presumere in via assoluta che gli elementi fattuali che con il senno di poi appaiono come sintomatici – appunto i c.c. segnali d'allarme – producano sempre un risveglio da questi meccanismi di natura intuitiva: mentre la giurisprudenza sembra supporre che comunque tali segnali *devono* produrlo, *rectius non possono non* produrlo, con trasposizione del senno di poi a livello di formazione del processo volitivo individuale. Si può supporre invece che siano tutt'altro che infrequenti condotte artificiose o comunque fraudolente degli amministratori esecutivi, "volte a schermare i segnali d'allarme o le informazioni e i fatti anche solo potenzialmente sintomatici di un reato in fieri"⁷⁸: specialmente quando i delegati, rispetto a qualche loro attività opaca da occultare, abbiano uno specifico interesse a giocare sulle impressioni da trasmettere agli altri membri del consiglio d'amministrazione.

Che poi l'accertamento del dolo non possa prescindere dal ricorso ad elementi sintomatici, specialmente nella valutazione di comportamenti collusivi e quindi di adesione al progetto criminoso, non significa stravolgere il significato dei sintomi stessi: non sono i segnali di allarme a indiziare la collusione, ma piuttosto la connotazione strategico-organizzativa del comportamento ad essi correlato (ad esempio, della astensione dal voto che permette comunque di raggiungere il *quorum* per la valida votazione, che porterà all'approvazione della delibera tramite i voti degli altri) a far apprezzare lo stesso come contributo concorsuale.

⁷⁷ Cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., Edisofer, Madrid, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, 257 ss. Oltretutto non va trascurato che la figura del membro indipendente del consiglio di amministrazione non si sottrae a fenomeni tipici della dinamica di gruppo, come l'adattamento alle idee della maggioranza (o, ad esempio, alle informazioni dell'amministratore delegato nelle società di capitali) e in generale i meccanismi deformativi del processo decisionale.

⁷⁸ N. MENARDO, *op. cit.*, 12.

15. Le conoscenze speciali dell'amministratore non operativo relative all'illiceità di operazioni oggetto di deliberazione.

Ora, ci si deve chiedere se, nel caso in cui un amministratore non operativo sia pienamente consapevole di informazioni fondamentali che gli sono state occultate dai delegati, in virtù delle quali si rappresenti positivamente e attualmente il fatto penalmente illecito conseguenza della deliberazione, oltre all'obbligo di esprimere voto contrario alla medesima, sia anche tenuto a rendere edotti gli altri membri dell'organo collegiale.

A nostro avviso si deve affermare la vigenza di tale obbligo, che rientra nella sfera di competenza dell'amministratore, esecutivo o meno che sia, in ragione della funzione che ricopre.

L'obbligo ha in realtà una duplice fonte. Da un lato costituisce corollario del dovere di contribuire alle delibere dell'organo: dovere che non si esaurisce nell'espressione del voto, ma anche nell'apporto dato a una decisione collegiale quanto più corretta e informata possibile. Dall'altro, non è che un risvolto normativo della stessa collegialità: in quanto componente dell'entità collegiale, l'amministratore ha l'obbligo di contribuire al suo corretto funzionamento, quindi di non ingenerare un affidamento mal riposto negli altri suoi colleghi occultando informazioni fondamentali ai fini dell'assunzione della decisione.

In caso di voto a favore della delibera da parte del componente dell'organo collegiale che possieda tali conoscenze, si configura una volontaria adesione al programma criminoso oggetto di delibera. Ma, in questa peculiare situazione, potrà integrare condotta di complicità anche l'assenza ingiustificata alla delibera (a meno che, beninteso, l'amministratore non abbia informato gli altri colleghi della connotazione illecita della delibera e poi si sia assentato); e così pure l'astensione. Si tratta dunque di un obbligo di informazione che, ove trasgredito, si riverbera su quello di presenziare alla seduta di votazione con voto contrario alla decisione criminosa. Per escludere la responsabilità penale dell'amministratore che detenga tali speciali conoscenze sarà imprescindibile la sua partecipazione alla votazione con espressione del voto contrario e inoltre l'adempimento dell'obbligo di previa corretta ed esaustiva informazione agli altri membri: peraltro, assume rilievo penale solamente tale dovere, che non si traduce comunque in un obbligo di impedimento, per mancanza di corrispondenti poteri (l'inottemperanza del dovere di fare tutto quanto in proprio potere per impedire il compimento di fatti pregiudizievoli o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose comporterà solamente

responsabilità civile *ex art. 2392, co. 2, c.c.*).

16. La responsabilità penale degli amministratori di fronte alla crisi d'impresa.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, introdotto con d.lgs. 12.1.2019, n. 14 contempla meccanismi orientati a favorire la continuità, il risanamento e la ristrutturazione dell'impresa in crisi, oltre al soddisfacimento dei creditori. Si è osservato come la duplice previsione, dapprima, di una procedura preventiva di allerta – deputata ad anticipare l'insorgere della crisi mediante approntamento di strumenti di sostegno –, e poi di un protocollo di composizione assistita della crisi – funzionale invece alla ricerca di un accordo con i creditori –, produca dinamiche gestorie dicotomiche rispetto alle scelte dell'organo amministrativo: dirette a sviluppare politiche di ristrutturazione dell'impresa sul piano tanto dell'assetto organizzativo, quanto della valorizzazione dei profili produttivi più redditizi nel contesto della prima fase (modello dinamico-gestorio); improntate invece a logiche di conservazione e immobilismo in vista della preservazione dell'attivo nella seconda, quella della liquidazione dell'azienda e delle procedure concorsuali di soddisfacimento delle ragioni creditorie (modello statico-liquidatorio)⁷⁹.

Ora, l'art. 14 d.lgs. 14/2019, che prevede una causa di esclusione della responsabilità civile solidale per gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione che – obbligati a verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa, la sussistenza dell'equilibrio economico finanziario e il prevedibile andamento della gestione – diano immediata segnalazione all'organo amministrativo stesso dell'esistenza di fondati indizi della crisi (di cui l'art. 13 fornisce gli indicatori), al contempo introduce in capo ai *gatekeepers* (sindaci e revisori) un peculiare potere di intervento: appunto, la *segnalazione* (all'organo amministrativo e, in caso di omessa o inadeguata risposta o adozione di contromisure, all'OCRI). Si discute se si tratti di un vero obbligo a carattere impeditivo, ovviamente limitatamente ai fatti da cui è emersa la crisi, con conseguente responsabilità da omesso impedimento del reato *ex art. 40, co. 2, c.p.* in caso di mancato tempestivo esercizio di tale dovere-potere⁸⁰; ovvero di un obbligo privo di rilievo penale, a meno che

⁷⁹ F. BELLAGAMBA, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Legisl. pen.*, 2020, 2 ss. (definizioni dei due modelli a p. 4).

⁸⁰ F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 6, nt. 23; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2020, 65 s.; viene rafforzata la posizione di garanzia dei sindaci secondo A.

non si configuri concorso con i comportamenti degli amministratori quale mancato impedimento degli stessi, ma solo se vi sia la prova del rilievo causale rispetto ad essi, ossia che l'adempimento dell'obbligo sarebbe stato concretamente idoneo a indurre l'organo amministrativo all'adozione di specifici provvedimenti di neutralizzare del rischio; inoltre, ove si tratti di partecipazione omissiva in reato doloso, anche il sindaco o revisore dovrà essere in dolo, quindi avere conoscenza effettiva ed attuale degli indizi di crisi⁸¹.

Il codice della crisi dell'impresa configura dunque un potere di intervento indubbiamente *proattivo* rispetto – all'insolvenza, e quindi – alla verifica dell'illecito penale: l'attività prescritta è mediata dal comportamento degli amministratori, con i quali pertanto potrà concorrere⁸².

Si tratta pertanto di un obbligo di intervento, in particolare di compiere una tempestiva prognosi sugli squilibri economici e finanziari e di conseguenza di allertare l'organo amministrativo, che peraltro, nonostante quanto affermato dalla giurisprudenza⁸³, non può essere identificato automaticamente con un obbligo di impedimento *ex art. 40, co. 2, c.p.* (nel caso di specie, in combinato disposto con l'art. 110 c.p.): tale qualificazione implica la verifica della concreta idoneità impeditiva del potere di cui dispongono gli organi di controllo, in considerazione della particolare situazione aziendale, della effettiva dislocazione dei poteri e delle modalità di circolazione delle informazioni, quindi, della misura in cui il sindaco o il revisore ne dispongano⁸⁴.

Anche laddove si possa dimostrare la sussistenza di poteri impeditivi idonei in capo agli organi di controllo o revisori, tuttavia la soluzione della responsabilità penale per concorso omissivo sembra inammissibile in

ROSSI, *op. cit.*, 1186; N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 28 s.

⁸¹ A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, (1815) 1840, che segnala i rischi di una curvatura in direzione di una forma di responsabilità di posizione laddove la disposizione venga interpretata nel senso di assegnare rilievo penale alla mera inosservanza dell'obbligo di segnalazione.

⁸² Cfr. F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, (317) 317 ss.

⁸³ Cfr. Cass. pen., 11.5.2018, n. 44107, secondo cui i poteri di impedimento non sono solo quelli capaci di evitare, in assoluto, la commissione dei reati da parte degli amministratori (atteso che non è demandato ai sindaci un controllo preventivo sugli atti di amministrazione), ma i poteri, senz'altro appartenenti al sindaco, di ricognizione e di segnalazione che stimolano la reattività dei soggetti legittimati ad agire per la tutela del patrimonio sociale (i soci e i creditori).

⁸⁴ *Op. e loc. ult. cit.*

considerazione del profilo del dolo.

Escluso che l'obbligo di intervento ricada sul sindaco *uti singulus*, la collegialità dell'attività sindacale comporta che sarà l'organo – come del resto esplicitamente da art. 14 – a dovere deliberare – eventualmente sulla base di indicazioni provenienti dai singoli membri – la segnalazione al consiglio di amministrazione laddove vengano ravvisati fondati indizi di crisi. E proprio perché l'iniziativa non sembra rimessa al singolo sindaco, ma all'organo collegiale, l'omessa segnalazione da parte di quest'ultimo, pienamente edotto degli indizi di squilibrio, normalmente integrerà un inadempimento volontario tale da indiziare una forma di *collusione* – tramite decisione di non esercitare i propri poteri di intervento – con l'organo apicale dell'impresa (in tal caso, l'evidenza di un concorso di persone prescinde dal richiamo dell'art. 40, co. 2, c.p.); mentre l'inerzia dovuta a negligenza (ad esempio quando la segnalazione venga ritardata) o la mancata rilevazione della situazione di crisi in presenza di indizi riconoscibili costituiranno condotte colpose, che potranno integrare l'art. 113 c.p. qualora il reato stesso sia colposo (così nel caso della bancarotta semplice)⁸⁵. Non potendo assumere rilievo penale la mera inottemperanza all'obbligo di segnalazione, non si riesce invece a intravedere uno spazio per una partecipazione nel reato degli amministratori mediante omesso impedimento doloso che non si traduca in un comportamento collusivo (rispetto al quale, come detto, l'inerzia, piuttosto che come violazione dell'obbligo giuridico *ex art. 40, co. 2, c.p.*, potrà essere considerata piuttosto alla stregua di mezzo di attuazione dell'accordo collusivo).

Complessa appare anche la questione dell'informazione tempestiva all'OCRI, da parte degli organi di controllo, dell'omessa o inadeguata risposta dell'organo amministrativo o della mancata adozione da parte di questo delle contromisure per fronteggiare la crisi: si tratta di un'attività che implica una previa valutazione con ampio margine di discrezionalità, ma che assume rilievo ai fini dell'esonero da responsabilità (solidale civile) dell'organo di controllo (con esiti di esenzione anche da responsabilità penale) di cui all'art. 14, co. 3.

⁸⁵ Per quanto riguarda l'annosa questione dell'ammissibilità della cooperazione colposa in reato doloso, la tesi favorevole pare giovare della considerazione per cui, rispetto a chi viola una cautela, il delitto è effettivamente colposo, a prescindere dal fatto che l'esecutore materiale lo abbia commesso con dolo: ma, ovviamente, il reato stesso deve comunque prevedere la punibilità per colpa (cfr., eventualmente, L. CORNACCHIA, *Cooperazione colposa (nel diritto penale contemporaneo)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 4^a ed., Aggiornamento, XI, Utet Giuridica, Milano, 2021, (1767) 193 s.).

In generale, il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza prevede incentivi, da un lato, all'emersione della crisi, dall'altro, alla sua composizione attraverso la previsione di un complesso sistema di misure premiali: nella prima prospettiva si insedia appunto la menzionata causa di esenzione da responsabilità solidale a favore dell'organo di controllo; la seconda ha invece come destinatario il debitore. La scelta compiuta dal legislatore – pur con una discutibile sovrapposizione di elementi lessicali da paradigma civilistico – è nel senso di far dipendere il rischio penale per i *gatekeepers* dalla decisione, in una fase prodromica rispetto all'insolvenza, di attivare i meccanismi di allerta nei confronti dell'organo di gestione, ma anche, in caso di insuccesso, nei confronti dell'OCRI, in vista della composizione della crisi.

La nuova disciplina orienta anche le decisioni dell'organo di gestione in ordine a una possibile situazione di crisi dell'impresa: per quanto riguarda gli amministratori delegati, si tratterà di adottare delibere di conservazione in senso statico del patrimonio sociale, nella prospettiva della liquidazione, ovvero di ristrutturazione in senso dinamico, nell'ottica della ricerca di soluzioni di risanamento; gli amministratori senza delega vedono implementato il loro obbligo di agire informati, e in particolare, in forma collegiale, le informazioni ottenute dagli esecutive veicolano le attività previste dall'art. 2381, co. 3, c.c. – ossia la valutazione sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, l'esame dei piani strategici, industriali e finanziari, quando elaborati, la valutazione, sulla base della relazione degli organi delegati, del generale andamento della gestione – in direzione della rapida individuazione delle criticità nella gestione⁸⁶.

Le decisioni collegiali del consiglio di amministrazione sono dunque variabili dipendenti dal costante monitoraggio sulla realtà aziendale da parte degli amministratori delegati nell'ottica di favorire la emersione di indici di crisi e l'adozione rapida di soluzioni adeguate di gestione, con obiettivi di garantire la continuità dell'azienda o il risanamento, e dalla circolazione effettiva della più completa e corretta informazione a riguardo – indirizzata agli amministratori senza deleghe, ma anche agli organi di controllo – in funzione degli incentivi premiali che la disciplina prevede per i soggetti che operano nell'impresa.

Gli amministratori che abbiano ricevuto la segnalazione sono obbligati ad

⁸⁶ F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 8 s., che, con riguardo alla figura dell'amministratore delegato, segnala le ripercussioni dell'impostazione del codice della crisi sul piano della responsabilità per colpa e per dolo eventuale (*ibidem*, 11 ss.).

adempiere entro il termine fissato *ex art. 14, co. 2* a una serie di attività, che comprende l'individuazione di soluzioni e l'intrapresa di iniziative, nonché, ove necessario, l'adozione entro sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi: del resto, si tratta di attività che costituiscono corollario o specificazione dell'obbligo – oggetto di valutazione da parte degli organi di controllo⁸⁷ – di adottare un assetto organizzativo adeguato e verificarne costantemente la permanente idoneità, assetto che dovrà permettere, appunto, la neutralizzazione del rischio di una crisi potenzialmente foriera di una situazione di insolvenza, a garanzia dell'implementazione e massimizzazione del valore aziendale e di valorizzazione degli assetti produttivi.

Si collocano nella seconda prospettiva di cui si è detto, quella della ricerca di una composizione della crisi, la causa di esclusione della punibilità per il debito con riguardo ai delitti di bancarotta di cui all'art. 25, co. 2, in caso di tempestiva presentazione di istanza all'OCRI o di domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, subordinata alla circostanza che il danno cagionato sia di speciale tenuità, nonché la circostanza attenuante obbligatoria a effetto speciale prevista dalla stessa norma nei casi ivi contemplati: figure che valorizzano iniziative in cui l'organo amministrativo viene chiamato a farsi elemento propulsivo della proposta di istanza o domanda.

17. Considerazioni conclusive: deviazioni funzionali nella prassi interpretativa giurisprudenziale.

La responsabilità dei singoli membri di organi collegiali “privati” – come quelli di società di capitali – per i reati esito della decisione collettiva da questi assunte va argomentata attraverso l'interpretazione della peculiare disciplina privatistica di settore: si tratta di regole dettate per altri scopi, che spesso la

⁸⁷ Dato che il collegio sindacale è chiamato a vigilare sulla costante valutazione da parte dell'organo amministrativo sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa, la dottrina si è interrogata sulla eventuale natura gestoria delle decisioni in tale materia, e quindi sulla possibilità di un controllo di merito da parte dell'organo sindacale: la questione della legittimità del sindacato da parte di quest'ultimo sul contenuto della decisione sugli assetti assume oggi peculiare importanza con riguardo all'entrata in vigore delle norme sulle misure di allerta. Allo stato attuale la dottrina commercialistica sembra orientata a mantenere fermo, come da tradizione, che la vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo da parte del collegio sindacale sia circoscritta ai soli aspetti procedurali relativi alla edificazione degli assetti da parte degli amministratori, esclusa una valutazione sul merito delle scelte gestionali (cfr. F. INNOCENTI, *Composizione e nuovi poteri/doveri dell'organo di controllo e del revisore nelle s.r.l., tra vecchi e nuovi interrogativi*, in *Giur. comm.*, 2021, (145) 175 s.).

giurisprudenza piega alle esigenze di una giustificazione retrospettiva dell'addebito penale, magari per compensare l'inadeguatezza del paradigma del concorso di persone di fronte a modelli di azione e tipi di criminalità che, pur strutturalmente plurisoggettivi, presentano peculiarità proprie, attraverso sovrapposizione di schemi ad esso estranei, come quello della solidarietà civilistica; o per surrogarlo direttamente tramite categorie assolutamente esorbitanti dalla stessa logica degli artt. 110 e 113 c.p. – come la posizione di garanzia, il non impedimento (doloso o colposo poco importa, trattandosi di etichetta che eventualmente viene “appiccicata” in via presuntiva) o addirittura la mancata minimizzazione del rischio della commissione del reato da parte degli altri partecipi – e semmai riconducibili a quella del reato omissivo improprio⁸⁸.

Orientamenti che insomma risolvono il complicato problema delle conseguenze penali della gestione del rischio sulla base di decisioni “pluraliste” tramite ben note tecniche di decurtazione dell'accertamento delle responsabilità penali, *in subiecta materia* facendo leva su norme del codice civile – o del t.u.f. – per realizzare una trasformazione morfologica della responsabilità penale in responsabilità omissiva generalizzata attraverso assimilazione indiscriminata di criteri civilistici.

La causalità – criterio certamente periclitante, in generale, rispetto all'individuazione del contributo minimo di concorso, e ancora più rispetto a delibere collettive – si modifica geneticamente fino a convertirsi nella mera possibilità teorica astratta di impedimento; l'accertamento del dolo passa attraverso euristiche modellate su “segnali d'allarme” – di solito dedotti secondo paradigmi di *hindsight bias* – e finisce per appiattirsi sulla colpa per omessa vigilanza⁸⁹, che a sua volta si dissolve nella posizione di garanzia⁹⁰.

In generale, decisioni che rappresentano già in sé il risultato di un complesso

⁸⁸ C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, (175) 198.

⁸⁹ Solo una responsabilità colposa può venire in questione di fronte a segnali di allarme, o precedenti casi di situazioni pregiudizievoli che diano motivo di preoccuparsi, per un comportamento di trascuratezza o negligenza con riguardo a tali segnali o situazioni, e comunque una colpa che va relazionata al fatto concreto: W. PERRON-J. EISELE, § 14, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., Beck, 2019, Rn. 19, 254 (con riguardo a ipotesi in cui la giurisprudenza italiana configura direttamente il dolo, per il quale invece occorre sempre la prova della conoscenza effettiva dei fatti); N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 5ª ed., Wolters Kluwer, Milano, 2020, 24 ss.

⁹⁰ Cfr. A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, (534) 545 ss.

procedimento fatto di segmenti preparatori, istruttori, e deliberativi – in cui un ruolo primario gioca la quantità e qualità delle informazioni disponibili⁹¹ – richiederebbero un'indagine accurata sui soggetti che hanno realmente detenuto, sfruttato e veicolato i flussi informativi di cui si è detto, per potere modulare su di essi l'imputazione dei fatti derivanti dalla delibera collegiale, o, prima ancora, semplicemente, per raggiungere una corretta comprensione di “come sono andate realmente le cose”: questo è il vero *punctum dolens* di un'applicazione stereotipa e non meditata dello schema plurisoggettivo alla tematica in oggetto, essendo “scarsa la capacità del modello penalistico concorsuale di accogliere razionalmente la formazione delle decisioni nelle organizzazioni complesse e la reale partecipazione nell'ambito degli organi collegiali”⁹².

Indagini che vengono completamente obliterate a fronte della tendenza a parificare aprioristicamente le responsabilità individuali nell'ambito di organi collegiali, cristallizzandole su posizioni di garanzia edificate indifferentemente in capo ad amministratori con e senza delega (nonché in capo ai sindaci) e sulla qualificazione in termini di dolo dell'atteggiamento *lato sensu* negligente degli amministratori non delegati (e dei sindaci), nell'indifferenza alle dinamiche e alle logiche organizzative reali⁹³.

⁹¹ Il “governo della «circolazione delle informazioni» verso i componenti dell'organo collegiale”: N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2018, 64.

⁹² A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, cit., 561.

⁹³ V. R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2017, 37 s. Così, nell'ambito della giurisprudenza di merito, sono stati chiamati a rispondere penalmente per bancarotta fraudolenta tutti gli amministratori e i sindaci di un istituto di credito sulla base di un omesso esercizio di quei poteri che, secondo l'orientamento in questo, sarebbero stati idonei a prevenire il perpetrarsi degli atti distrattivi del patrimonio sociale: “l'atteggiamento positivamente connivente degli amministratori si pone quale fatto oggettivamente collegato da adeguato nesso causale all'illecita attività dell'amministratore delegato, collocandosi alla serie causale produttiva dell'evento quale momento di rafforzamento della volontà criminosa del suddetto organo sociale” (Trib. Milano, 16.4.1992, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1477). Né tantomeno, sempre nel medesimo caso concreto, è andato esente da responsabilità penale l'amministratore assente alle riunioni di consiglio, a nulla rilevando che si trovasse all'oscuro di ciò che si stava deliberando all'interno dell'organo collegiale di appartenenza (in questi stessi termini v. Cass., sez. VI, 31.1.1989, in *Riv. pen.*, 1990, 882): profilo su cui si ritornerà.

CONSIDERAZIONI “PENALISTICHE” PRELIMINARI AD UNO STUDIO SULL’INVALIDITÀ DELL’UNIONE AFFETTIVA FORZATA

*Preliminary considerations of criminal law to a study on the invalidity of
forced affective union*

di

Dario Buzzelli *

La legge 19 luglio 2019, n. 69, dando attuazione alla Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica, ha introdotto nel nostro ordinamento il reato di costrizione o induzione al matrimonio o all’unione civile (art. 558-bis c.p.). Nessuna specifica misura è stata invece adottata per garantire che le unioni contratte con la forza possano essere annullate o sciolte, come pure imposto dall’art. 32 della predetta Convenzione. Si pone quindi il problema di individuare il giusto rimedio civilistico all’unione posta in essere per effetto delle condotte costrittive e induttive penalmente sanzionate. Funzionale alla soluzione della questione è la preliminare indagine sul piano penale volta a ricostruire la struttura e gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, nonché l’interesse da essa presidiato.

Law 19 July 2019, n. 69, implementing the Istanbul Convention against violence against women and domestic violence, introduced into our legal system the crime of coercion or induction into marriage or civil union (art. 558-bis of the criminal code). However, no specific measure has been adopted to guarantee that unions contracted by force can be annulled or dissolved, as also required by the art. 32 of the aforementioned Convention. The problem therefore arises of identifying the right civil remedy for the union created as a result of the coercive and inductive conduct criminally sanctioned. Functional to the resolution of the issue is the preliminary criminal investigation aimed at reconstructing the structure and constituent elements of the incriminating case, as well as the interest covered by it.

*Associato di Diritto privato nell’Università G. Fortunato di Benevento

Sommario: 1. Il delitto di “costrizione o induzione al matrimonio” e il problema delle conseguenze civili. 2. I riflessi dell’antigiuridicità penale sulla validità privatistica dell’atto. Precisazione e circoscrizione del tema dell’indagine. 3. La struttura del reato e le condotte incriminate. A) La costrizione. 4. *Segue.* B) L’induzione. 5. L’interesse protetto dalla norma penale. 6. Considerazioni conclusive.

1. Il delitto di “costrizione o induzione al matrimonio” e il problema delle conseguenze civili.

L’art. 32 (“Conseguenze civili dei matrimoni forzati”) della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica – adottata a Istanbul l’11 maggio 2011, sottoscritta dall’Italia il 27 settembre 2012, ratificata con la legge 27 giugno 2013, n. 77 ed entrata in vigore l’1 agosto 2014² – impone alle Parti aderenti di adottare le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che i matrimoni contratti con la forza possano essere invalidati, annullati o sciolti. Il successivo art. 37 (“Matrimonio forzato”) obbliga, altresì, ad adottare gli strumenti necessari per “penalizzare” le relative condotte costrittive o induttive.

In attuazione di quest’ultimo obbligo, il nostro Paese, con la l. 19 luglio 2019, n.69 (c.d. Codice rosso), ha introdotto l’art. 558-bis c.p., che reca il nuovo reato di “Costrizione o induzione al matrimonio”, con il quale viene punito chiunque, con violenza o minaccia, «costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile» (comma 1)³; e chi, «approfittando delle condizioni di vulnerabilità o inferiorità psichica o di necessità di una persona, con abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell’autorità derivate dall’affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia, la induce a contrarre matrimonio o unione civile» (comma 2).

² Sugli aspetti di rilevanza penalistica della Convenzione, cfr. T. VITTARELLI-E. LA ROSA, *L’attuazione della Convenzione di Istanbul nell’ordinamento italiano: profili di rilevanza penale (Italian implementation of the Istanbul Convention: an analysis under a criminal law perspective)*, in OIDU (Ordine Internazionale e Diritti Umani), 2019, 17 ss.; per i profili civilistici, v. R. SENIGAGLIA, *La Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica, tra ordini di protezione e responsabilità civile endofamiliare*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 111 s..

³ Per comodità espositiva si è scelto di adoperare, a partire dal titolo, l’espressione omnicomprensiva “unione affettiva”.

Nessuna espressa disposizione è stata invece adottata, in attuazione della previsione dettata nel richiamato art. 32 della Convenzione, per quanto riguarda la disciplina civilistica del matrimonio forzato.

Indipendentemente da tale circostanza e dalle ragioni che hanno indotto il legislatore italiano, diversamente da altri Paesi aderenti⁴, a scegliere un tale percorso e dalle possibili opzioni all’uopo disponibili⁵, il civilista è chiamato a verificare, sulla base del vigente sistema normativo, i riflessi del nuovo reato sulla disciplina dell’invalidità matrimoniale⁶. In particolare, si tratta di stabilire se il matrimonio posto in essere per effetto delle condotte costrittive o induttive penalmente sanzionate debba considerarsi invalido o, al contrario, se, nonostante l’antigiuridicità penale, esso sia civilmente valido ed efficace.

È del tutto evidente, infatti, che la mancata introduzione nel nostro ordinamento di una disposizione di legge attuativa del predetto obbligo – e, dunque, la mancata previsione di una specifica disposizione che preveda l’invalidità del matrimonio forzato ovvero la possibilità di ottenerne, da parte della vittima, lo scioglimento – non autorizza certo a ritenere che detto vincolo debba essere considerato perciò solo immune o refrattario ad ogni forma di invalidità o di scioglimento. Spetta, infatti, pur sempre all’interprete il compito di verificare se il sistema ordinamentale vigente, anche alla luce della

⁴ Per una sintetica, ma puntuale, rassegna delle iniziative assunte, anche sul fronte civilistico, dagli altri Stati europei per prevenire e contrastare il fenomeno dei matrimoni forzati, nonché sulla diversità ed eterogeneità dei relativi approcci, si rinvia a G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di “costrizione o induzione al matrimonio previsto dall’art. 558-bis c.p.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1321 s.

⁵ Si prova ad individuarle G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali*, cit., 1320, a giudizio del quale il legislatore avrebbe potuto «1) introdurre nella Sezione VI, Capo III, Titolo VI, Libro 1, c.c. (artt. 117 ss.) una disposizione che espressamente sancisse la radicale nullità o la mera annullabilità del matrimonio “concluso con la forza” ovvero 2) inserire il reato di cui all’art. 558-bis nell’elenco (contenuto nell’art. 3, n. 1, l. n. 898/70) dei reati il cui accertamento legittima il coniuge che ne sia stato vittima, una volta passata in giudicato la relativa sentenza penale di condanna, a proporre domanda giudiziale di scioglimento del matrimonio direttamente, senza essere gravato dall’onere di promuovere previamente un procedimento di separazione legale (e di attendere il decorso di 6 o 12 mesi dalla data di comparizione dei coniugi davanti al presidente del Tribunale per la prima udienza del processo di separazione per poter proporre domanda giudiziale di divorzio)»

⁶ Esula, invece, dalla delineata prospettiva di indagine l’analisi delle conseguenze civilistiche di natura risarcitoria, correlate alla qualifica “illecita” del fatto integrante la condotta di costruzione o induzione al matrimonio. Per un riferimento a tali riflessi, v. G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali*, cit., 1343.

disposizione contenuta nell'art. 32 Conv. Istanbul, non offra già un valido rimedio al riguardo.

2. I riflessi dell'antigiuridicità penale sulla validità privatistica dell'atto. Precisazione e circoscrizione del tema dell'indagine.

Il quesito posto rientra a pieno merito nella questione, più generale, tante volte esplorata anche se senza risultati univoci ed appaganti, dei riflessi dell'antigiuridicità penale sulla validità civilistica del negozio giuridico⁷.

Più in particolare, il problema che si pone è quello di stabilire se l'atto, la cui stipulazione costituisce reato, o a cui si sia dato vita per il tramite di condotte penalmente illecite, sia dall'ordinamento considerato invalido o, al contrario, risulti valido e produttivo di effetti⁸.

⁷ Hanno affrontato il tema, nella più recente dottrina, tra gli altri, F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, 467; M. MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, 72; A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 1992; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 42 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, 1999, t. 2, 126; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, *Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, 2 ss.; A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 2 ss., e 35 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 153; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, Napoli, 2003, 106 ss., 121 ss.; E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Tratt. del contratto* a cura di Roppo, *Rimedi-I*, a cura di Gentili, Milano, 2006, 180 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale. Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *I contratti*, 2009, 732; G. D'AMICO, voce "Nullità non testuale", in *Enc. Dir. Annali IV*, Milano, 2011, 805; D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, *Jovene*, 2012, 24 ss.; S. POLIDORI, *Illiceità della funzione negoziale e reato*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 510; P. PERLINGIERI, *Considerazioni conclusive*, in A. Flamini e L. Ruggeri (a cura di), *Contratto e reato*, Napoli, 2014, 335 ss.; A. SPATUZZI, *Norma imperativa e sua violazione. Interferenze ed effetti civili dell'infrazione della norma penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1014 s..

⁸ La dottrina penalistica ha in proposito individuato fondamentalmente due categorie di reati: reati-contratto, che ricomprendono quelle fattispecie nelle quali è la stessa stipulazione del contratto ad integrare il reato; e reati in contratto, costituita invece da quei reati nei quali ciò che risulta punito non è la stipulazione del contratto, ma il comportamento illecito tenuto da uno dei contraenti ai danni dell'altro nella conclusione del contratto. Cfr., per questa classificazione, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 37 ss. e 277 ss.; nonché I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 997; ID., *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, *passim*.. Utilizzano la denominazione di 'reato contratto' anche F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1950, 156, 236 ss.; G.D. PISAPIA, *Unità e pluralità di soggetti attivi nella struttura del reato*, in *Studi di diritto penale*, Padova, 1956, 350, n. 17; G. VASSALLI, *Accordo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, I, 302.

Nonostante siano diverse e variegata le soluzioni che si prospettano e che vanno dall'affermazione dell'automatica nullità del contratto penalmente illecito a quella, opposta, della validità come effetto dell'irrilevanza sul piano civilistico del disvalore penale⁹, costituisce un dato sufficientemente condiviso quello secondo cui l'antigiuridicità penale non si riflette di per sé sulla validità privatistica e che quindi anche un contratto punito può essere valido ed efficace¹⁰.

L'invalidità non è una conseguenza del negozio vietato dalla norma penale¹¹, ma costituisce il risultato di una qualificazione dell'atto da effettuarsi sul piano civile, sicché su tale piano va valutata anche la sua antigiuridicità penale.

A livello metodologico occorre quindi prendere le mosse dalla disciplina penale, per poi analizzare, nel quadro del fenomeno del concorso di norme e, più precisamente, della convergenza tra norme incriminatrici e normativa negoziale¹², quella civilistica concorrente e, all'esito della loro comparazione,

⁹ Per una compiuta illustrazione dei vari orientamenti susseguitisi nel tempo, si v., in particolare, M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., 2 ss.; A. DI AMATO, *Contratto e reato*, cit., 2 ss., e 35 ss.; I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, cit., 373 ss..

¹⁰ Cfr., in questo senso, F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Napoli, 2022, 23 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 34 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, 115 ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 156, 236 ss.; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Napoli, 2014, 148 ss.; G. OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Riv. dir. comm.*, Padova, 1963, 176; G. SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, in *Giur. it.*, 1948, 49 ss.; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione economica*, 1978/79, Milano, 1981, 247; FR. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, cit., 469.

Devono ritenersi quindi superate le opinioni di quegli Autori che escludono la compatibilità degli effetti penali e di quelli negoziali: tra i penalisti in questo senso v. E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1934, 335; G. FOSCHINI, *Delitto e contratto*, in *Arch. Pen.*, 1953, 72; R. DOLCE, *Considerazioni sul contratto penalmente illecito*, in *La Scuola positiva*, 1959, 226 ss.; tra i civilisti v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Tomo III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987, 582 ss..

¹¹ Come già osservava F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., 23, «Quando il negozio giuridico costituisce una violazione della legge penale, esso riceve una sanzione dal diritto punitivo. Ma la natura del negozio non cangia perciò poiché la pena è un momento accessorio ed esterno che si aggiunge ad esso, senza però immutarne la natura. È un qualche cosa di estraneo al concetto del negozio, che viene a cumularsi ed a pesar su di esso, ma che non ha alcuna relazione intima colla sua struttura». Sul punto v. anche G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 42 ss., secondo il quale per valutare le conseguenze della violazione di una norma imperativa che preveda una sanzione penale, ed in particolare, per valutare se da questa violazione derivi la nullità del contratto, non si deve guardare all'elemento estrinseco della sanzione concorrente, ma al fondamento della norma per poi verificare se la sanzione riesca da sola a realizzare l'esigenza di tutela perseguita.

¹² Cfr. sul punto, ampiamente, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 37 ss. e 277 ss.; nonché più di recente I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, cit., 997 ss.; ID., *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, cit., 2006, *passim*.

individuare i rimedi civilistici esperibili avverso il contratto penalmente rilevante¹³.

Seguendo questa impostazione, con riferimento specifico alla fattispecie in esame, carattere preliminare riveste l'analisi della struttura del reato previsto dall'art. 558-bis c.p. e la ricostruzione delle condotte incriminate.

A questa indagine vogliono essere dedicate le considerazioni che seguono, giustificando sin d'ora l'"invasione di campo" con l'oggettiva necessità di essa. L'obiettivo che ci si propone è innanzitutto quello di acquisire gli elementi necessari per indagare il rapporto tra le condotte descritte nella fattispecie delittuosa e la disciplina civilistica concorrente o che si presenta ad essa affine. Disciplina che, mette subito conto rilevare, non riguarda solo quella specificamente dettata dagli artt. 117 e segg. c.c., per l'invalidità del matrimonio, ma ricomprende anche quella prevista dall'art. 1418, c.c., ed in particolare quella prevista dal comma 1, a tenore del quale il contratto contrario a norme imperative è nullo salvo che la legge non disponga diversamente. Non potendo nell'economia di questo scritto preliminare dar conto compiutamente di questo assunto, ci limitiamo a rilevare che quest'ultima disposizione, benché dettata per l'invalidità del contratto, contiene un principio generale valido per ogni atto negoziale e quindi si applica anche agli atti negoziali unilaterali o bilaterali a contenuto prevalentemente non patrimoniale, come il matrimonio o, più in generale, i negozi di diritto di famiglia¹⁴.

L'indagine dovrà poi essere rivolta all'individuazione dell'interesse sostanziale che domina la fattispecie incriminatrice. La valutazione dell'interesse avuto di mira con la proibizione contenuta nella norma penale si rivela, infatti, assai utile perché consente di individuare con maggiore aderenza all'interesse protetto quello che meglio soddisfa la tutela civilistica e, dunque, l'individuazione del «giusto rimedio». L'attenzione al profilo funzionale e assiologico permette, infatti, di rifuggire da soluzioni basate unicamente sulla natura o sulla qualifica della norma che si assume violata, ovvero sul principio di non interferenza tra regole di validità e regole di responsabilità¹⁵, ovvero,

¹³ Per più ampie considerazioni, al riguardo sia consentito il rinvio a D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, cit., 24 ss..

¹⁴ In questo senso v. anche G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali*, cit., 1357.

¹⁵ Per un convincente riesame critico di tale principio, cfr., G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

ancora, su di una rigida e formale demarcazione tra nullità e annullabilità. Invero, l'impostazione più moderna ha adeguatamente posto in luce come il sistema rimediabile vada ripensato in prospettiva funzionale, alla luce dei principi di proporzionalità ed effettività, nonché dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza¹⁶.

3. La struttura del reato e le condotte incriminate. A) La costrizione.

In linea con le premesse e gli obiettivi sopraesposti, l'indagine sulla disciplina penale del matrimonio forzato, prende necessariamente avvio dall'esame della struttura del reato e dei suoi elementi costitutivi.

Come già accennato, il reato di "costruzione o induzione al matrimonio" previsto dall'art. 558-bis c.p., si articola in due fattispecie diverse fra loro quanto ad alcuni degli elementi costitutivi di ciascuna di esse. La prima, contemplata nel comma 1 della richiamata norma, punisce con la reclusione da uno a cinque anni «chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile». La seconda fattispecie, prevista nel successivo comma 2, punisce con la stessa pena «chiunque, approfittando delle condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità di una persona, con abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia, la induce a contrarre matrimonio o unione civile».

Le due fattispecie sono in parte diverse, giacché, mentre la prima si fonda sulla specifica condotta materiale costituita dal costringere, con violenza o minaccia, una persona a contrarre matrimonio o unione civile, la seconda fa riferimento ad una condotta più articolata, indirizzata allo stesso fine, e realizzata attraverso l'approfittamento delle condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o delle necessità di una persona e con abuso delle relazioni familiari domestiche lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione, educazione, vigilanza o custodia.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 144: «Non è l'interesse a strutturarsi attorno al rimedio, ma il rimedio a trovare modulazione in funzione degli interessi da tutelare»; ID., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 1 ss. e spec. 5 ss., ove anche valutazioni critiche in ordine alla posizione che muove dalla concessione di un rimedio per desumere l'esistenza di un interesse protetto, oppure reputa "qualificati" i bisogni di tutela soltanto se raccordabili a interessi giustiziabili.

Si tratta allora di analizzare partitamente le condotte che vengono in rilievo nelle due diverse fattispecie.

La condotta di costrizione, mediante violenza o minaccia, se, per un verso, rispecchia largamente l’indicazione contenuta nell’art. 37, 1° comma, della Conv. di Istanbul¹⁷, riguardata alla luce del sistema penale domestico, sembra ricalcare lo schema del delitto di violenza privata di cui all’art. 610 c.p., in cui la violenza e minaccia assume la speciale connotazione finalistica della coartazione del consenso matrimoniale¹⁸.

In effetti, la condotta prefigurata dalla norma sanziona in maniera incondizionata e senza distinzione alcuna qualsiasi costrizione realizzata tramite violenza o minaccia¹⁹.

È tuttavia necessario approfondire l’esatta portata di questa condotta al fine di individuare il confine con quella di induzione contemplata nel 2° comma della norma.

La prima modalità che può assumere la condotta costringitiva è costituita dalla violenza. Al riguardo, mentre appare condiviso l’assunto che essa ricomprenda ogni aggressione fisica idonea a coartare la volontà del soggetto passivo, è invece discusso se anche una coercizione non fisica possa qualificarsi come condotta violenta e quindi costringitiva²⁰.

Una parte della dottrina²¹ e la prevalente giurisprudenza²², ritengono infatti che la violenza ricomprenda non solo quella realizzata con l’impiego dell’energia fisica (la cosiddetta *vis corporis data*), ma anche quella impropria,

¹⁷ A tenore della quale gli Stati firmatari sono tenuti ad adottare le misure legislative o di altro tipo necessarie a perseguire penalmente «l’atto intenzionale di costringere un adulto o un bambino a contrarre matrimonio».

¹⁸ In questo senso, tra i civilisti, v. G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali*, cit., 1338 s.; tra i penalisti, T. PADOVANI, *L’assenza di carenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida al diritto*, 2019, n. 37, 52: «Si tratta, all’evidenza di una ipotesi speciale di violenza privata (articolo 610 del C.P.) qualificata esclusivamente dalla natura del fatto imposto: il matrimonio o l’unione civile». Negli stessi termini, cfr., inoltre, la Relazione del 27 ottobre 2019, dell’Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione sulla L. 19 luglio 2018, n. 69, 13.

¹⁹ Così si esprime ancora la citata Relazione del 27 ottobre 2019 dell’Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione; cfr., inoltre, V. P. D’AGOSTINO, *Delitti contro il matrimonio*, in L. Della Ragione, P. Di Marzio, F.A. Genovese, A. Manna, A. Morace Pinelli (a cura di), *Responsabilità civile e penale della famiglia*, Wolters Kluwer, 2022, 774.

²⁰ Sulla difficoltà di definizione del concetto di violenza, si v. G. DE SIMONE, *Violenza*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 881 s.

²¹ Cfr., per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, II, I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, 208 ss.

²² Cfr., Cass. 5 settembre 2017, n. 40221, in *www.onelegale.it*

perpetrata, cioè, con ogni mezzo idoneo a privare coattivamente il soggetto della libertà di determinazione e azione²³.

Indipendentemente dall'adesione all'una ovvero all'altra prospettazione, poiché nella fattispecie in esame la condotta costrittiva ricomprende oltre la violenza anche la minaccia, la questione finisce per rivelarsi priva di concreta rilevanza, dovendo comunque considerarsi lo stesso concetto di minaccia come limite alla portata estensiva di una nozione di violenza intesa come coercizione non necessariamente fisica²⁴.

Con riferimento specifico alla modalità costrittiva della minaccia, essa è costituita, secondo una diffusa concezione, dalla prospettazione di un male futuro e ingiusto, il cui verificarsi è rimesso alla volontà del soggetto in tal modo coatto²⁵. In particolare, secondo la giurisprudenza, la minaccia deve porre il soggetto davanti alla scelta se aderire all'imposizione dell'agente oppure sottostare al male minacciato, assumendo rilevanza «qualsiasi comportamento o atteggiamento idoneo a incutere timore o a suscitare la preoccupazione di un danno ingiusto al fine di ottenere che (...) il soggetto passivo sia indotto a fare, tollerare od omettere qualcosa»²⁶.

Applicando questi principi alla fattispecie in esame ne deriva che la condotta di condizionamento psichico o di pressione suscettibile di integrare la costrizione sanzionata dall'art. 558-bis c.p. è quella diretta a coartare, mediante la prospettazione di un male ingiusto, il consenso della vittima a contrarre l'unione affettiva²⁷.

Può dunque affermarsi che la fattispecie costrittiva è strutturata seguendo lo schema del reato commissivo, a forma vincolata, di evento: la condotta di costrizione può realizzarsi mediante violenza o minaccia e tra tale condotta e il comportamento della vittima deve sussistere un nesso di causalità, nel senso che il consenso al matrimonio deve essere conseguenza diretta della violenza e della minaccia adoperata dall'agente²⁸. Il reato si consuma nel

²³ Sui rischi correlati ad un eccessivo ampliamento dei confini del concetto di violenza, si v. F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, I. *L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, 141 ss.; A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, 89 ss.

²⁴ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 208.

²⁵ Per un'ampia disamina del concetto di minaccia si rinvia a G. L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, *passim*.

²⁶ Cass., 27 febbraio 2006, n. 7214, in *Riv. Pen.*, 2007, 1, 130.

²⁷ Conclusioni non diverse in A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio"*, cit., 34.

²⁸ A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio"*, cit., 20, 34 s.

momento e nel luogo in cui la vittima contrae matrimonio contro la propria volontà²⁹.

4. Segue. B) L'induzione.

Certamente più articolata è la condotta di induzione prevista nel 2° comma dell'art. 558-bis c.p.. Essa, stando al dato normativo, postula innanzitutto la sussistenza di una relazione qualificata tra l'autore del reato e la vittima, e precisamente: una «relazione familiare, domestica o lavorativa», ovvero un affidamento per «ragioni di cura, istruzione, educazione, vigilanza o custodia». È inoltre richiesta l'esistenza di una situazione di particolare debolezza della vittima, determinata da «condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità».

L'induzione è prefigurata alla stregua di una articolata dinamica, costituita dall'approfittamento delle predette condizioni di debolezza della vittima, nonché dall'abuso della relazione familiare, domestica o lavorativa, che lega l'agente alla vittima, oppure dell'autorità che gli deriva dall'affidamento della stessa per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia.

Approfittamento e abuso sono elementi non già alternativi, bensì cumulativi e devono quindi ricorrere entrambi perché sia configurabile la fattispecie di induzione al matrimonio³⁰.

Sul piano della qualificazione, poiché per l'integrazione del reato è richiesto che l'agente rivesta una particolare qualifica che gli deriva dall'aver con la vittima una delle relazioni descritte dalla norma, il reato non può tecnicamente definirsi "reato comune", come invece lascia intendere il lessico utilizzato ("chiunque")³¹. Inoltre, poiché costituisce reato solo l'induzione perpetrata nei confronti di un soggetto che sia nelle condizioni di vulnerabilità, inferiorità psichica o necessità indicate dalla norma, esso si configura come «reato proprio esclusivo qualificato anche dal soggetto passivo»³².

²⁹ A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio"*, cit., 21.

³⁰ Cfr., G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali*, cit., 1339; A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio"*, cit., 21.

³¹ Così A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio"*, cit., 21

³² Così, ancora, A. SBARRO, op. loc. cit..

L'ampiezza e la peculiare natura degli elementi costitutivi della fattispecie³³ non consentono un'agevole qualificazione della condotta di induzione svincolata dalla considerazione del caso concreto. Sembra tuttavia possibile affermare che la dinamica delittuosa prefigurata nella fattispecie alluda a forme di coercizione nelle quali il consenso della vittima sia estorto mediante violenze psicologiche più sottili (condotte approfittatrici e abusive), perpetrate nell'ambito di relazioni tipizzate che vedono il soggetto passivo in una posizione di debolezza rispetto all'agente³⁴.

In definitiva, la fattispecie induttiva, per quanto diversa e non sovrapponibile a quella costrittiva, si fonda al pari di questa, su di un condizionamento della vittima, che pregiudica l'integrità e la pienezza della libera autodeterminazione del nubendo. La precisa qualificazione della condotta, come costrittiva (mediante minaccia) ovvero induttiva, diviene rilevante in quelle ipotesi nelle quali tra agente e vittima non intercorra alcuna delle relazioni tipizzate nella fattispecie di induzione, giacché in questi casi solo una condotta costrittiva potrebbe assumere una rilevanza penale³⁵.

5. L'interesse protetto della norma penale.

Dall'indagine sin qui svolta è risultato che entrambe le condotte criminose punite dall'art. 558-bis c.p., nelle varie forme che esse possono assumere, si caratterizzano per ciò che comportano sempre una coartazione del consenso all'unione affettiva³⁶. La libertà del consenso matrimoniale costituisce un diritto fondamentale dell'uomo ed assurge a diritto della personalità³⁷. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 stabilisce, infatti, che «Il matrimonio può essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi» (art. 16). La previsione è perfettamente consonante con quella contenuta nell'art. 2 della nostra Carta fondamentale, dove è stabilito che «La Repubblica riconosce

³³ Ne traccia un quadro G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali*, cit., 1341 s.

³⁴ Sul tema v. le ampie considerazioni di A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio"*, cit., 21 e part. 35 s.. Si v. inoltre V. P. D'AGOSTINO, *Delitti contro il matrimonio*, cit., 774.

³⁵ A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio"*, cit., 38.

³⁶ Il che ne giustifica l'equiparazione sotto il profilo sanzionatorio, trattandosi di fattispecie «il cui disvalore è senza dubbio, in linea di principio equiparabile»: così T. PADOVANI, *L'assenza di carenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 53

³⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, Milano, 2014, 34 ss..

e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità». Il principio della libertà di contrarre matrimonio è contenuto in molte altre fonti e documenti di rilevanza internazionale³⁸. La ricomprensione della libera esplicazione del consenso all’unione affettiva tra i diritti fondamentali della persona corrisponde, d’altro canto, all’evoluzione del costume e della cultura nei rapporti interpersonali³⁹.

Il matrimonio forzato, in quanto concluso senza il libero consenso di entrambi gli interessati, lede il diritto fondamentale ed irrinunciabile della persona alla esplicazione di un consenso matrimoniale libero da ogni imposizione o costrizione. La tutela realizzata con l’incriminazione del matrimonio forzato afferisce dunque alla protezione di questo fondamentale diritto della persona.

Se è vero che il matrimonio forzato riguarda indifferentemente sia l’uomo che la donna, è altrettanto vero che il fenomeno incriminato vede in assoluta prevalenza come vittima la donna, costituendo, quindi, espressione di violenza di genere. Un fenomeno, questo, a sua volta frutto di regole e convinzioni sociali e culturali che tollerano, se non incoraggino, tali forme di violenza. In particolare, il dato statistico e casistico evidenzia come assai spesso alla base del fenomeno vi siano motivazioni culturali. E, tuttavia, l’inserimento della fattispecie delittuosa di cui all’art. 558-bis c.p. nel novero di c.d. “reati

³⁸ E così, in particolare, nella Risoluzione 2018 (XX) dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite su *Consent to Marriage, Minimum Age of Marriage and Registration of Marriage* del 1 novembre 1965 (UN Doc. A/6014) ove è previsto che, qualora non esista già una normativa *ad hoc*, ogni Stato membro faccia i passi necessari, in osservanza dei procedimenti costituzionali e delle pratiche tradizionali e religiose, al fine di adottare le misure appropriate per dare attuazione, fra gli altri, al seguente principio: che non si possa contrarre matrimonio senza il pieno e libero consenso di entrambe le parti; consenso che va espresso di persona (con gli adattamenti necessari nei casi di matrimoni per procura), dopo congrua pubblicità e in presenza dell’autorità competente e di testimoni. In sede ONU nell’art. 16 della *Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (CEDAW) del 1979 è statuito che «1. Gli Stati parte devono prendere tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione contro le donne in tutte le questioni relative al matrimonio e ai rapporti familiari e in particolare devono garantire, su una base di uguaglianza tra uomini e donne: a. lo stesso diritto di contrarre matrimonio; b. lo stesso diritto di scegliere liberamente il coniuge e di contrarre matrimonio soltanto con libero e pieno consenso; [...]. 2. I fidanzamenti ed i matrimoni tra minori non avranno effetto giuridico e saranno prese tutte le misure necessarie, comprese le disposizioni legislative, per stabilire un’età minima per il matrimonio e rendere obbligatoria l’iscrizione del matrimonio su un registro ufficiale». Per ulteriori riferimenti si rinvia all’accurata rassegna di E. LANZA, *Il matrimonio forzato fra problemi definitivi e obbligo di penalizzazione*, in *Indice pen.*, 2016, 308 s..

³⁹ E. LANZA, *Il matrimonio forzato fra problemi definitivi e obbligo di penalizzazione*, cit., 296.

culturalmente motivati”⁴⁰, di per sé, non esclude la rilevanza penale delle condotte sanzionate. Al movente culturale e ai suoi possibili riflessi sulla “giustificabilità delle condotte”, la Convenzione di Istanbul dedica un’apposita disposizione nella quale è previsto che «le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che nei procedimenti penali intentati a seguito della commissione di qualsiasi atto di violenza che rientra nel campo di applicazione della presente Convenzione, la cultura, gli usi e costumi, la religione, le tradizioni o il cosiddetto “onore” non possano essere addotti come scusa per giustificare tali atti. Rientrano in tale ambito, in particolare, le accuse secondo le quali la vittima avrebbe trasgredito norme o costumi culturali, religiosi, sociali o tradizionali riguardanti un comportamento appropriato» (art. 42).

La natura del fenomeno e le sottese esigenze di politica criminale spiegano perché nella stessa Convenzione il matrimonio forzato sia ricompreso tra quelle condotte violente e discriminatorie sistematicamente perpetrate nei confronti delle donne, quali soggetti deboli del gruppo familiare e comunitario. La Convenzione, più specificamente, qualifica la violenza sulle donne «in termini di violazione dei diritti umani e di forma di discriminazione, comprendenti tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali fatti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà» (art. 3, lett. a). In particolare, nel capitolo V della Convenzione, tra le condotte da incriminare, oltre al matrimonio forzato, vengono ricomprese la violenza psicologica (art. 33), gli atti persecutori (art. 34), la violenza fisica (art. 35), la violenza sessuale (art. 36), le mutilazioni genitali femminili (art. 38), l’aborto forzato e la sterilizzazione forzata (art. 39), le molestie sessuali (art. 40)⁴¹.

In coerenza con quanto sin qui rilevato, nel corso dei lavori preparatori che hanno preceduto l’introduzione del nuovo art. 558-bis c.p., era stato proposto

⁴⁰ Sul tema si rinvia a F. BASILE, *I reati c.d. “culturalmente motivati” commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Quest. G.*, I, 2017, 126; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 30; M. GAMBARDELLA, *Norme culturali e diritto penale, Diritto e Religioni*, XI n. 2 del 2016, secondo il quale più che di reati culturali dovrebbe parlarsi di norme culturali, capaci di entrare nel dibattito penalistico in forma di scriminanti o di esimenti, dato che queste non sono soggette alla riserva di legge in materia penale. In tal senso, allora, potrà aversi incidenza con riferimento ad altri elementi strutturali del reato ovvero in sede di determinazione del trattamento sanzionatorio.

⁴¹ Cfr., Convenzione di Istanbul, Cap. V.

di inserire la fattispecie incriminatrice di nuovo conio nel Libro II, Titolo XII (“Dei delitti contro le persone”), Capo III (“Dei delitti contro la libertà individuale”), Sezione II (“Dei delitti contro la libertà personale”) del codice penale, sotto l’art. 609-*terdieces* c.p.⁴². Una tale collocazione, peraltro in linea con quella adottata in altri Paesi che hanno ratificato la Convenzione di Istanbul⁴³, sarebbe stata più coerente con la natura del fenomeno incriminato ed avrebbe consentito di inquadrare immediatamente il bene giuridico tutelato nella libertà personale del soggetto passivo⁴⁴.

Il legislatore ha invece inserito la nuova disposizione dell’art. 558-*bis* c.p. nel Titolo XI (“Dei delitti contro la famiglia”), Libro II, c.p., e segnatamente all’interno del Capo I (“Dei delitti contro il matrimonio”), accanto alle disposizioni incriminatrici del reato di bigamia (art. 556) e del reato di induzione al matrimonio mediante inganno (art. 558), le quali sanzionano, rispettivamente, condotte che, sul piano civilistico, si sostanziano in una causa di invalidità matrimoniale (art. 556) o comunque postulano l’invalidità del matrimonio (e la pronuncia della relativa sentenza di annullamento) (art. 558)⁴⁵.

Non ci sembra, tuttavia, che una tale collocazione dell’art. 558-*bis* c.p., o, più in generale, la geografia normativa della materia, possa condurre ad individuare il bene giuridico tutelato dall’art. 558-*bis* c.p. nel matrimonio come fondamento della famiglia.

Tralasciando la tesi, non più attuale, che la tutela delle fattispecie incriminatrici previste nel Titolo XI del Libro II del Codice possa individuarsi nella famiglia intesa come nucleo istituzionale titolare dei propri interessi distinti da quelli dei suoi componenti, si osserva che l’entrata in vigore della Costituzione e le riforme della materia, oltre a comportare il definitivo superamento della concezione “istituzionalistica” della famiglia a favore di una concezione marcatamente personalistica, incentrata cioè sulla posizione dei singoli

⁴² Si vedano i disegni di legge n. 174 e 662, presentati nella XVIII legislatura, poi confluiti con modifiche nel d.d.l.s. 1200.

⁴³ Come, ad es., la Germania, l’Austria, i Paesi Bassi, la Svizzera e la Francia.

⁴⁴ Così, A. SBARRO, *Il delitto di “costrizione o induzione al matrimonio”*, cit., 13, il quale aggiunge che «Ancora più opportuno, forse, sarebbe stato inserire la nuova fattispecie nella Sezione III (“Dei delitti contro la libertà morale”): si sarebbe così stigmatizzato, già a livello sistematico, il matrimonio forzato quale forma di violenza (non solo fisica ma anche e soprattutto psicologica) nei confronti della libertà dell’individuo di autodeterminarsi tanto nella scelta di accedere all’unione matrimoniale quanto nell’individuazione del proprio *partner*». Al riguardo, v. anche A. POLICE-C. CUPELLI, *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, Milano, 2020.

⁴⁵ G. DE CRISTOFARO *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali*, cit., 1338.

componenti del nucleo familiare⁴⁶, hanno determinato un’evoluzione dell’intero settore del diritto penale familiare, a cominciare dal concetto stesso di famiglia⁴⁷. Attenta dottrina ha da tempo evidenziato che nessun valore e valenza scientifica può essere accordata alla sistematica del Codice in materia familiare, con la conseguenza che ai fini della interpretazione delle disposizioni ivi contenute, è necessario indagare la *ratio* delle singole disposizioni piuttosto che affidarsi a criteri sistematici dalla dubbia utilità⁴⁸.

In adesione all’autorevole indicazione metodologica appena richiamata, si possono svolgere ulteriori considerazioni a sostegno dell’assunto che l’oggetto specifico della tutela realizzata dalla norma incriminatrice è la protezione di quella peculiare libertà individuale che è la libertà matrimoniale, intesa come libertà di dar vita ad una unione affettiva libera e non forzata⁴⁹.

Si è già ricordata la scaturigine sovranazionale della nuova fattispecie incriminatrice. Va ora precisato che anche la Direttiva 2012/29/UE, che contiene norme in materia di diritti all’assistenza, informazione, interpretazione e

⁴⁶ T. DELOGU, *Dei delitti contro la famiglia*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, XII, Padova, 1995, 13; A.M. RUFFO, *La tutela penale della famiglia. Prospettive dottrinarie e di politica criminale*, Napoli, 1998, 50 ss.

⁴⁷ Conduce un’indagine sull’evoluzione del diritto penale della famiglia sulla base dei profondi mutamenti dello stesso concetto di famiglia, R. BARTOLI, *La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo*, in *www.legislazionepenale.eu*, 23.3.2021.

⁴⁸ G.D. PISAPIA, *Oggetto del reato e oggetto della tutela penale nei delitti contro la famiglia*, in *Jus*, 1952, 202 ss.

⁴⁹ Nel senso che «oggetto della tutela è la sola libertà del nubendo di autodeterminarsi in relazione al se e con chi contrarre matrimonio, non anche la famiglia e l’istituto matrimoniale in sé e per sé considerati», v. A. SBARRO, *Il delitto di “costrizione o induzione al matrimonio”*, cit., 16 (corsivo dell’Autore). Cfr., inoltre, V. P. D’AGOSTINO, *Delitti contro il matrimonio*, cit., 773: «La *ratio* dell’art. 558-bis c.p., mira (...) a tutelare l’unione matrimoniale come libero consenso delle parti contro un matrimonio forzato o indotto mediante pressioni, che possono essere sia fisiche che psicologiche». Secondo G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali*, cit., 1343, la disposizione contenuta nell’art. 558-bis c.p., riveste «il ruolo e la funzione (...) di sanzione penale posta a presidio generale della integrità e della pienezza della libertà e della spontaneità del consenso matrimoniale, beni la cui tutela risulta imprescindibilmente imposta dalla speciale natura, dalla fondamentale funzione e dagli importanti effetti giuridici del matrimonio (e dell’unione civile)». Parzialmente diversa sembra la posizione di V. ZAMBRANO, *Diritto al consenso nuziale e invalidità del matrimonio forzato*, in *Fam. dir.*, 2023, 778, secondo la quale «il delitto di costrizione o induzione al matrimonio, di cui all’art. 558-bis c.p., come quello di bigamia (che viola il principio della libertà di stato di cui all’art. 86 c.c.), è annoverato tra i “reati contro il matrimonio” poiché colpisce irreversibilmente il fondamento della istituzione famiglia, di cui all’art. 29 Cost., in spregio al principio della piena e incondizionata libertà del consenso matrimoniale sia quale diritto individuale della personalità (...), sia in termini di interesse collettivo (...)».

traduzione, nonché protezione nei confronti di tutte le vittime di reato, nel considerando n. 17), include nella violenza di genere quella posta in essere nelle relazioni strette e i c.d. matrimoni forzati. Su questa linea si indirizza la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica dell'8.3.2022 [COM (2022) 105 final 2022/0066 (COD)].

Questi dati, in aggiunta a quelli già in precedenza richiamati, confermano che l'introduzione del nuovo art. 558-*bis* c.p. è funzionale alla precisa esigenza di colmare un vuoto normativo, sanzionando condotte che nell'assetto previgente non trovavano una tutela specifica⁵⁰, come dimostra il fatto che rispetto ad esse si ipotizzava, nella ricorrenza dei relativi elementi costitutivi, la configurabilità di differenti ipotesi di reato, come quella prevista dagli artt. 558 c.p. (induzione al matrimonio mediante inganno), 573 c.p. (sottrazione consensuale di minorenni), 574 c.p. (sottrazione di persone incapaci), 605 c.p. (sequestro di persona), 574-*bis* c.p. (sottrazione e trattenimento di minore all'estero), 600 c.p. (riduzione in schiavitù) e 610 c.p. (violenza privata).

Il matrimonio, o più in generale l'unione affettiva, in quanto fondato sul libero, pieno, e reciproco consenso delle parti, e la comunità familiare cui essa dà vita, restano certamente toccati dal fatto delittuoso, in quanto si determina la nascita di un'unione in cui difetta il necessario consenso. Ma l'azione dell'autore del reato non è, di per sé, diretta contro il matrimonio e neppure contro la famiglia. La nascita di un'unione forzata è piuttosto un effetto indiretto della lesione della libertà di autodeterminazione dei coniugi. È dunque quest'ultimo l'interesse direttamente tutelato dalla norma incriminatrice.

Né, a diverse conclusioni può condurre la circostanza che la nuova fattispecie di "Costrizione o induzione al matrimonio" è stata inserita subito dopo quella di "Induzione al matrimonio mediante inganno" prevista dall'art. 558 c.p.. La dottrina ha infatti posto in luce che anche in questa ultima fattispecie l'interesse tutelato non è il matrimonio che nasce viziato, ma è invece la libertà di

⁵⁰ Nell'indicata prospettiva si inquadra anche la previsione di una specifica deroga al principio di territorialità del diritto penale (art. 6, comma 1, c.p.), estendendosi la punibilità quando il reato sia commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia (art. 558-*bis*, comma 5, c.p.). Lo scopo è evidentemente quello di reprimere i matrimoni forzati, in una prospettiva transnazionale, quando cioè il reato si realizza all'estero, ai danni di cittadini italiani: A. BONFANTI, *Matrimoni forzati, infantili e precari e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato*, in *Genius*, 2020, 2, 1 ss..

autodeterminazione del coniuge in buona fede, il quale deve poter prestare un consenso al matrimonio consapevole e non viziato⁵¹.

Il confronto con questa fattispecie, ad un più attento esame, consente anzi di meglio evidenziare la peculiare condotta incriminata nel matrimonio forzato e dunque lo specifico interesse tutelato. Mentre nella fattispecie dell'induzione al matrimonio mediante inganno un consenso, ancorché viziato, in quanto frutto di frode, è pur sempre configurabile, nel matrimonio forzato, invece, il consenso non è sostenuto da un corrispondente intento, poiché, come si è visto, la dichiarazione è unicamente frutto della coartazione, nell'ipotesi di costrizione; e dell'induzione della persona debole o vulnerabile, nella fattispecie prevista dal 2° comma dell'art. 558-bis c.p.. Più in particolare, l'art. 558 c.p. incrimina la condotta di chi contragga matrimonio occultando all'altro coniuge, con mezzi fraudolenti, l'esistenza di un impedimento diverso da quello derivante da un precedente matrimonio. Ad essere incriminato non è, quindi, come potrebbe far intendere la rubrica dell'articolo, l'induzione, bensì l'occultamento⁵².

Si tratta, dunque, di situazioni diverse che originano da condotte diverse: l'artificio o l'inganno nel caso del reato di cui all'art. 558 c.p.; la coartazione nell'ipotesi del matrimonio forzato. Alla diversità delle condotte e degli strumenti utilizzati consegue una incidenza diversa, per caratteristiche, intensità e gravità, sul consenso matrimoniale.

6. Considerazioni conclusive.

Possiamo a questo punto trarre alcune considerazioni conclusive. Il reato di costrizione o induzione al matrimonio risulta strutturato in due diverse fattispecie. La prima, fondata sulla condotta costrittiva con la quale attraverso la violenza o la minaccia, viene coartato il consenso matrimoniale della vittima. La seconda è invece costituita da condotte induttive consistenti in approfittamenti ed abusi perpetrati nell'ambito di determinati contesti fattuali e relazionali, parimenti diretti ad estorcere il consenso matrimoniale.

⁵¹ G. D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, 1953, 494; R. BORSARI, *Induzione al matrimonio mediante inganno*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, IV, *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, Milano, 2011, 410.

⁵² A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio"*, cit., 21.

In entrambe le fattispecie l’unione affettiva non è voluta e il consenso della vittima è soltanto l’effetto della violenza, della minaccia, ovvero di altre forme di abusi psicologici che inducono la vittima a contrarre matrimonio.

La concezione del matrimonio forzato così delineata risulta conforme alla nozione che ricorre nella rubrica e nel testo dell’art. 37 della Convenzione di Istanbul che impone alle parti contraenti di adottare le misure legislative o di altro tipo necessarie per sanzionare penalmente «l’atto intenzionale di costringere un adulto o un bambino a contrarre matrimonio (comma 1°)», nonché «il fatto di attirare intenzionalmente con l’inganno un adulto o un bambino sul territorio di una Parte o di uno Stato diverso da quello in cui risiede, allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio (comma 2°)». Nell’*Explanatory Report* (par. 196) della Convenzione, con specifico riferimento alla prima delle due condotte ipotizzate, si afferma che il termine “forzare/costringere” si riferisce alla *psysical and psychological force where coercion or duress is employed*. Chiarendosi, altresì, che, ai fini della sussistenza del reato è necessario e sufficiente che sia stato celebrato un matrimonio al quale uno dei coniugi abbia acconsentito non volontariamente in quanto vittima della condotta descritta nella disposizione⁵³. Relativamente alla seconda condotta, si precisa invece che a dover essere colpito da sanzione penale è il comportamento consistente nell’attrarre con l’inganno la vittima nel territorio di uno Stato diverso da quello in cui risiede al fine precipuo di forzarla a contrarre matrimonio contro la sua volontà, non essendo ulteriormente necessario, ai fini del perfezionamento del reato che la condotta così tenuta sia poi effettivamente sfociata nella celebrazione (all’estero), da parte della vittima di un matrimonio (par. 197).

Anche alla luce di questa precisazione, la disciplina penalistica contenuta nell’art. 558-*bis* c.p., appare, per un verso, più ampia e, per l’altro, più ristretta rispetto a quella dettata nella Convenzione. Più ampia, perché la previsione contenuta nel comma 2° dell’art. 558-*bis* c.p. estende l’ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice anche a condotte diverse da quelle che l’art. 37, comma 1, Conv. Istanbul, impone di perseguire penalmente. Più ristretta, poiché il comma 5° dell’art. 558-*bis* c.p., nel prevedere che le disposizioni contenute nei

⁵³ Anche nel Regno Unito la fattispecie del matrimonio forzato si incentra proprio sulla circostanza che uno o entrambi i coniugi non vi acconsentano. Nella formulazione che ne dà la *Forced Marriage Unit* il matrimonio forzato è infatti «un matrimonio in cui uno o entrambi gli sposi non acconsentono e viene esercitata una costrizione. La costrizione può includere la pressione fisica, psicologica, finanziaria, sessuale ed emotiva».

primi due commi trovano applicazione anche se i fatti in esse contemplati vengono posti in essere al di fuori del territorio dello Stato italiano, non sembra dare piena attuazione alla previsione del comma 2°, dell’art. 37 Conv. Istanbul, la quale impone l’assunzione di misure volte a sanzionare penalmente «il fatto di attirare intenzionalmente con l’inganno un adulto o un bambino nel territorio di una Parte o di uno Stato diverso da quello in cui risiede, allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio»⁵⁴.

L’oggetto specifico della tutela penale realizzata con la norma incriminatrice, contenuta nell’art. 558-bis c.p., consiste nella protezione di quella peculiare libertà individuale che è la libertà matrimoniale, intesa come libertà di dar vita ad una unione affettiva libera e non imposta. Il matrimonio forzato, in quanto concluso senza il libero consenso di entrambi gli interessati, lede l’interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice.

La sanzione penale, tuttavia, copre solo una parte dell’esigenza di tutela, quella cioè preventiva-repressiva propria dello strumento penale⁵⁵. Non riesce, invece, a realizzare la tutela dell’interesse della vittima ad ottenere l’annullamento o lo scioglimento dell’unione affettiva.

Le considerazioni sviluppate offrono delle prime parziali indicazioni in ordine alla direzione da imprimere alla ricerca del rimedio civilistico al matrimonio forzato.

Rispetto alla fattispecie costrittiva, la modalità della condotta si prospetta quanto meno sovrapponibile a quella che nel sistema dell’invalidità del matrimonio è presa in considerazione dall’art. 122 c.c., comma 1, ove è previsto che «Il matrimonio possa essere impugnato da quello dei coniugi il cui consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne allo sposo».

Relativamente alla condotta di induzione, la “situazione di vulnerabilità, inferiorità psicologica o necessità” – il cui approfittamento costituisce uno degli elementi costitutivi del reato – si profila teoricamente rilevante in rapporto alla nozione civilistica di “incapacità di intendere e di volere” al momento della manifestazione del consenso matrimoniale, che l’art. 120 c.c. prevede quale causa di invalidità del matrimonio. Al riguardo, occorrerà tuttavia considerare che l’art.

⁵⁴ G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali*, cit., 1342 s.

⁵⁵ Sui limiti dell’intervento operato con la norma di cui all’art. 558-bis c.p. e sulle difficoltà di applicazione delle relative fattispecie delittuose, v. T. PADOVANI, *L’assenza di carenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 53.

558-bis, 2° comma, c.p., non richiede una situazione soggettiva di deficienza od infermità psichica del soggetto passivo, e quindi un accertamento di piena incapacità di intendere e di volere. È invece sufficiente che questi versi in una condizione di fragilità psichica, ovvero di necessità, anche correlata alle dinamiche relazionali con il soggetto agente, che consenta a quest'ultimo l'opera di pressione e dell'induzione al matrimonio⁵⁶. Sicché risulta compatibile con il perfezionamento della fattispecie incriminatrice che il soggetto passivo si rappresenti cognitivamente di non volere il matrimonio e che tuttavia non riesca a sottrarsi per i fattori soggettivi sopra indicati alla sua conclusione a causa dell'altrui induzione.

Ma è soprattutto la prospettiva della considerazione dell'interesse presidiato, l'elemento che, conformemente alla indicazione metodologica più sopra richiamata e al rilievo che anche nella fattispecie in esame assume il principio della nullità virtuale di cui all'art. 1418, 1° comma, c.c., appare foriero di maggiori e più fecondi sviluppi nell'individuazione del rimedio civilistico. Il diritto fondamentale alla libera esplicazione all'unione affettiva, che costituisce il bersaglio offensivo delle fattispecie delittuose contemplate dall'art. 558-bis c.p., rappresenta infatti il principale parametro per individuare il rimedio più appropriato alla tutela dell'interesse della vittima, nel rispetto dei principi di proporzionalità ed effettività, nonché dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza.

⁵⁶ Sull'accertamento delle condizioni di invalidità, inferiorità fisica e necessità, v. le considerazioni di A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio"*, cit., 35.

IL DELITTO DI FALSO IN ATTESTAZIONI E RELAZIONI,
TRA LEGGE FALLIMENTARE E NUOVO CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA

*The crime of forgery in certificates and reports, between bankruptcy law
and the new crisis code*

di

Andrea Pantanella *

Il contributo si pone l'obiettivo di analizzare il delitto di falso in attestazioni e relazioni, sia in ottica sincronica sia in ottica diacronica. Inoltre, vengono messe in rilievo le modifiche che sono state apportate dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

The contribution aims to analyze the Crime of Forgery in Attestations and Reports, both from a synchronic and diachronic perspective. Furthermore, the changes that have been made by the Crisis and Insolvency Code are highlighted.

Sommario: 1. Esordio – 2. Un “nuovo” protagonista in ambito penale: il professionista attestatore – 3. La fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 236-bis l. fall. – 4. Il delitto di falso in attestazioni e relazioni nella dimensione temporale – 5. Il delitto di falso in attestazioni e relazioni nella dimensione spaziale: in particolare i rapporti con il delitto di cui all'art. 236, co. 1 l. fall. – 6. L'introduzione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: cronaca di una (illegittima) *abolitio criminis* parziale.

1. Esordio

I reati collegati alla crisi e all'insolvenza aziendali, ormai da anni, presentano innumerevoli problematiche, posto che, come noto, sono costruiti attraverso modelli di incriminazione vetusti e non più attuali²; modelli che mal si conciliano

*Assegnista di ricerca in diritto penale presso Sapienza Università di Roma.

² Cfr. C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984, vol. II, p. 1111 ss., il quale ha definito con l'espressione “L'enigma della bancarotta” tale delicata, quanto irta d'asperità, disciplina. E prosegue affermando che “con Giacomo Delitala, la dottrina della bancarotta volta pagina: le costruzioni presuntive, che

con il mutato diritto della crisi dell'impresa, che da anni ha cambiato rotta, attraverso una serie di riforme, culminate con l'entrata in vigore del nuovo "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza"³. Proprio all'interno delle varie figure delittuose, una delle principali fattispecie incriminatrici è rappresentata dal reato di falso in attestazioni e relazioni, commesso dal professionista chiamato pronunciarsi sulla regolarità del piano proposto dall'imprenditore che intende accedere al concordato preventivo, di cui all'art. 236-bis della legge fallimentare e all'art. 342 del Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza.

Un'attenta analisi di tale disciplina è imposta tanto dall'attuale realtà socio-economica, quanto dai recenti mutamenti legislativi. Sotto il primo punto di vista, giova ricordare come il momento storico in cui ci si trova sia profondamente cambiato: la crisi economica appare procedere spedita, aggravata pesantemente dalla situazione scaturita dalla emergenza sanitaria collegata alla diffusione del c.d. Covid-19, e dagli attuali conflitti bellici. Con riferimento, invece, al secondo punto di vista, a causa delle recenti modifiche imposte dalla "Direttiva *Insolvency*" (Direttiva UE 2019/1023), tanto al testo della legge fallimentare (si pensi al d.l. n. 118 del 2021 – conv. nella l. n. 147 del 2021), quanto al testo del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (si pensi al d. lgs n. 83 del 2022).

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

tramandavano la contaminazione plurisecolare di fallimento e reato, vengono definitivamente archiviate; l'indocile provincia viene saldata al dominio penalistico". G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, ristampato in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, 1976, vol. II, p. 723, il quale asserisce che "contro queste dottrine, noi invece assumiamo che il reato di bancarotta non è affatto figura abnorme e ripugnante alle teorie generali della nostra scienza". Tuttavia, ormai, tali parole dei citati grandi Maestri, sembrano non essere più attuali.

³ In ottica comparata, con riferimento al diritto penale dell'economia, si veda, M. REIMANN- R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2019. Per quanto riguarda l'ordinamento francese, invece, M. DELMAS-MARTY – G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit des affaires*, Editions Dalloz, 2000; J. LARGUIER-P. CONTE, *Droit penal des affaires*, Armand Colin, 2004; M. VERON-G. BEAUSSONIE, *Droit penal des affaires*, Editions Dalloz, 2019. Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, si veda H. KUDLICH-M. T. OGLAKCIOGLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, 2020; K. TIEDRMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Vahlen, 2017. Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, si veda M. BAJO-S. BACIGALUPO, *Derecho penal economico*, [Editorial Universitaria Ramón Areces](#), 2010; M. BIDASOLO-V. MARTIN, *Derecho penal economico y de la empresa*, [Editorial Tirant lo Blanch](#), 2020; C. MARTINEZ-B. PEREZ, *Derecho penal economico y de la empresa*, [Editorial Tirant lo Blanch](#), 2022; TIEDEMANN, *Derecho penal economico*, TIEDERMAN, *Derecho penal economico*, 2010.

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

D'altra parte, come noto, con riferimento generale al diritto penale della crisi d'impresa, si deve chiarire come le disposizioni siano costruite con scelte e tecniche normative che ormai risultano lacunose e scoordinate tra di loro. Un apparato legislativo nobile e con una lunga storia, che necessiterebbe, tuttavia, un profondo rinnovamento: ogni singola norma deve essere rimessa in discussione sotto tutti i punti di vista, in un'ottica di omogeneità e coordinamento complessivo. I pochi interventi legislativi che si sono avvicinati, infatti, non hanno sortito l'effetto presuntivamente sperato, risultando anzi parziali, sporadici e confusi.

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

Ebbene, le problematiche del sistema sin qui tratteggiato si estendono quasi in ogni campo della materia penalistica e l'introduzione del codice della crisi d'impresa (incidendo quasi solo esclusivamente sul versante civilistico della disciplina) non ha fatto altro che peggiorare lo *status quo ante*. Ecco, dunque, che, nel contesto sinora indicato, assume particolare interesse la figura del reato di false attestazioni del professionista: la quale, da un lato, ha un rilevante ruolo con riferimento alla corretta esecuzione della procedura del concordato preventivo; dall'altro, ha subito modifiche, per mezzo dell'introduzione del citato codice della crisi, pur in assenza di qualsivoglia indicazione nella legge di delega.

2. Un nuovo protagonista in ambito penale: il professionista attestatore

All'interno del rinnovamento del diritto fallimentare, una delle principali direttrici è rappresentata dalla rilevanza che è stata accordata all'autonomia privata nel quadro della risoluzione concordata della crisi⁴. Tale fenomeno di privatizzazione si riverbera anzitutto sul piano del controllo dei comportamenti dei soggetti che agiscono nell'ambito di situazioni di crisi aziendale: il Legislatore, a partire dalla legge n. 80 del 2015, ha stabilito di sostituire il tradizionale controllo di natura pubblica svolto dal Tribunale con quello di soggetti privati, che detengono una particolare competenza tecnica⁵. Proprio l'elevato grado di perizia professionale che possono garantire tali figure costituisce la ragione per cui il Legislatore ha deciso di permettere a tali figure di svolgere un ruolo così importante. Tuttavia, la coperta è corta. Se da un lato, infatti, si "guadagna terreno" sul piano della competenza tecnica, dall'altro il rischio che si pone è rappresentato dal pericolo di una perdita sul piano dell'imparzialità.

Lungo siffatto crinale, si è cercato di costruire la disciplina attinente al professionista attestatore, in modo che sia garantito un certo equilibrio tra i citati fattori. A tal proposito, occorre indicare come la disciplina concernente i requisiti che deve possedere il professionista attestatore sia attualmente prevista all'art. 67, co. 3, lett. d) della legge fallimentare, così come modificato dal "Decreto sviluppo" del 2012 (d.l. 22 giugno 2012, n. 83)⁶. In particolare, la figura del professionista "qualificato" è stata costruita su due principali poli: da un lato, il requisito della professionalità; dall'altro, quello dell'indipendenza⁷.

⁴ Cfr. A. Jorio, *Orizzonti prevedibili e orizzonti improbabili del diritto concorsuale*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. JORIO - B. N. SASSANI, vol. V, Giuffrè, 2017, p. 1321 ss.; si veda, più in generale, anche G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 545 ss.

⁵ Sul tema si veda in particolare F. CONSULICH, *Nolo conoscere, il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole". Spunti a partire dal nuovo 236 – bis L. fall.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 3/2012, p. 615 ss., il quale fa riferimento alla categoria dei *gatekeepers*, ovvero soggetti estranei alla gestione dell'organizzazione complessa, che svolgono invece funzioni strategiche di controllo in condizioni di teorica indipendenza.

⁶ Sul tema del c.d. statuto del professionista attestatore, così come previsto a partire dal "Decreto sviluppo" del 2012, si veda, *ex multis*, N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 157 ss.

⁷ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 287 ss.

Per quanto riguarda il primo, la norma richiede che il professionista sia iscritto nel registro dei revisori legali e che sia in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. *a)* e *b)*.

L'iscrizione nel registro dei revisori, in via riassuntiva, è condizionata, in primo luogo, al precedente conseguimento di un diploma di laurea in materie aziendali, economiche o giuridiche, che abbia comportato un percorso di studio universitario di almeno tre anni; in secondo luogo, è richiesta una abilitazione professionale ottenuta mediante un esame indetto dal Ministero dell'economia e delle finanze d'intesa con il Ministero della giustizia.

I requisiti previsti dal citato art. 28, lett. *a)* consistono, invece, nel possedere una particolare qualifica professionale che viene richiesta per poter svolgere il ruolo di curatore fallimentare, segnatamente quella di avvocato, di dottore commercialista, di ragioniere e di ragioniere contabile. È, inoltre, possibile che il soggetto sia dotato di personalità giuridica: la lettera *b)* dell'art. 28 prevede che può essere nominato curatore fallimentare anche uno studio professionale associato o una società tra professionisti, purché i soci abbiano i requisiti di cui alla lettera *a)*⁸.

Da quanto, pur brevemente, riportato può agevolmente evincersi come il livello di professionalità dell'attestatore sia particolarmente elevato, in modo da garantire che il soggetto che gioca un ruolo ormai centrale all'interno del sistema di risoluzione concordata della crisi d'impresa possieda la massima competenza tecnica possibile. Centrale, e delicato, è il requisito dell'indipendenza, ancor di più se si consideri che il professionista viene nominato designato dal debitore stesso: tale aspetto unito alla menzionata rilevanza della funzione di controllo ha causato, in passato, forti incertezze interpretative.

A spazzare via ogni dubbio, è intervenuto il Legislatore del 2012 il quale ha specificato i caratteri del requisito in parola, segnatamente all'art. 67, co. 3, lett. *d)* l. fall.⁹:

i) in primo luogo, il professionista attestatore non deve avere rapporti di natura professionale con l'impresa; inoltre, non deve avere nemmeno alcun tipo di relazione personale o familiare;

⁸ In merito ai requisiti professionali del professionista, si veda L. ZOCCA, *La relazione del professionista e sue responsabilità*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. IV, diretto da Chia-Piccininni-Severini, Utet, 2011, p. 325 ss.

⁹ Per una completa disamina sul requisito dell'indipendenza del professionista attestatore, si veda N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 158 ss.

ii) in secondo luogo, deve rispettare le regole dettate dall'art. 2399 del codice civile, che elenca una serie di cause di ineleggibilità e di decadenza rivolte ai sindaci;

iii) in terzo luogo, non deve aver svolto negli ultimi cinque anni attività lavorativa a favore del debitore, sia in forma subordinata sia in forma autonoma, così come non deve aver partecipato agli organi di amministrazione o di controllo dell'impresa.

Più in generale, il professionista svolge essenzialmente un duplice ruolo di garanzia, per mezzo della propria attestazione: ovvero assicura, da un lato, che i dati forniti dal debitore siano veritieri, dall'altro, invece, che le proposte e i programmi dello stesso siano in grado di soddisfare gli interessi in gioco¹⁰. In particolare, il parere sulla veridicità dei dati viene in rilievo come antecedente logico del parere sulla fattibilità, il quale ovviamente risulterebbe falsato in partenza, nel caso in cui i dati reali fossero alterati o comunque non rispondenti a realtà. Inoltre, si deve considerare che il controllo debba riguardare solamente quei dati che attengono al progetto che viene proposto per permettere all'impresa di uscire dalla crisi in cui versa; conseguentemente non deve abbracciare qualsiasi dato contabile aziendale.

Chiaramente anche in questo caso bisogna fare attenzione al concetto di "vero" che deve essere utilizzato per il controllo in parola. Il bilancio si basa un metodo convenzionale di rappresentazione numerica dei dati riguardanti l'azienda; la maggior parte dei numeri si riferisce non a grandezze certe, ma stimate: il bilancio, dunque, deve essere considerato un documento dal contenuto tendenzialmente valutativo¹¹.

Ecco che, quindi, necessita far riferimento al concetto di "vero legale": i dati risultano veritieri se conformi alle regole dettate dal legislatore, segnatamente agli artt. 2423 ss. c.c., i quali disciplinano i parametri attraverso i quali si deve redigere il bilancio aziendale.

¹⁰ In questo senso, cfr. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 289; cfr. anche A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Il mulino, 2014, p. 375 ss.; oppure E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 403 ss.

¹¹ Testualmente cfr. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 121; Cfr. anche A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il mulino, 2010, p. 280; C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIII, Utet, 1997, p. 335; V. NAPOLEONI, *I reati societari*, vol. III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e aggio taggio societario*, Giuffrè, 1996, p. 174 ss.; C. SANTORIELLO, *La disciplina penale dell'economia*, vol. I, Giappichelli, 2008, p. 36.

La valutazione sulla fattibilità, dal canto suo, rappresenta un giudizio prognostico, una valutazione *ex ante*, per mezzo della quale il professionista attesta che il piano proposto dall'imprenditore abbia la probabilità di risollevarla la situazione dell'impresa, in modo da superare lo stato di crisi, tenuto conto dei dati accertati nel precedente controllo¹².

In questo senso, risulta evidente come una simile prognosi presenti lampanti elementi di incertezza, a causa della tipica aleatorietà dell'attività d'impresa e, di conseguenza, non potrà mai essere sanzionato per il fatto che il progetto non abbia avuto il successo sperato, a patto che non si voglia vanificare la *ratio* e l'utilizzo stesso dei nuovi procedimenti di risoluzione della crisi d'impresa. Occorre, invero, indicare che l'attestatore è ormai chiamato a svolgere la propria opera all'interno di una moltitudine di strumenti; tuttavia, a causa della loro eterogeneità, la sua attività è destinata a variare in base alla situazione in cui si ritrova¹³.

Nello specifico, benché senza pretesa di esaustività, con riferimento al concordato preventivo, l'attestazione si sostanzia in un giudizio di veridicità dei dati e di fattibilità del piano; simile è il discorso attinente agli accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182-bis l. fall.*, dove deve essere espresso un giudizio di veridicità dei dati aziendali e di attuabilità dell'accordo; per quanto concerne, invece, la domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, l'*art. 182-quinquies, co. 1, l. fall.* prevede che l'attestazione giudichi come funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori i finanziamenti contratti dal debitore; sempre con riguardo alla domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, l'*art. 182-quinquies, co. 5, l. fall.* prevede, dal canto suo, che la relazione del professionista consideri che il pagamento di crediti anteriori per prestazione di beni e servizi siano fondamentali ai fini della prosecuzione dell'attività d'impresa e che siano funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori; nella convenzione di moratoria *ex art. 182-septies l. fall.*, infine, se si vuole produrre effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti, il

¹² Sul punto, si veda D. PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, fasc. 3-4, p. 367 ss.

¹³ Per uno sguardo completo sulle varie ipotesi in cui il professionista attestatore è chiamato a svolgere il suo compito, si veda M. GAMBARDILLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 289.

professionista deve attestare che vi sia omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici tra i creditori interessati alla moratoria.

3. La fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 236 bis l. fall.

Dopo aver rapidamente individuato la disciplina predisposta per il professionista attestatore, si ritiene interessante analizzare i tratti fondamentali dell'ipotesi criminosa che il Legislatore del 2012 ha introdotto¹⁴. Si badi bene però: una simile disamina non è concepita, staticamente, come fine a se stessa, bensì allo scopo di permetterne l'indagine, sia in ottica diacronica sia in ottica sincronica. Solo stabilendo, con precisione, la fattispecie astratta è possibile chiarire le relazioni con i reati, che sono entrati in rapporto nel tempo e nello spazio con la fattispecie incriminatrice in parola.

Il punto di partenza, pertanto, non può che essere il bene giuridico tutelato dalla norma¹⁵. Da questo punto di vista, sembra riduttivo limitare il discorso al solo interesse della fede pubblica. Se ci si fermasse a considerare unicamente questo elemento, si rischierebbe di limitarsi a "guardare" solo la superficie, senza "vedere" la reale profondità e consistenza del bene protetto; e, conseguentemente, senza rispettare l'intero impianto offensivo.

E allora, ciò che effettivamente si vuole tutelare è l'interesse dei creditori a ricevere informazioni corrette, così da poter valutare, nella maniera più consapevole possibile, la convenienza rispetto alla proposta effettuata dall'imprenditore in crisi¹⁶.

¹⁴ In tema di falso in attestazioni e relazioni di cui all'art. 236-bis l. fall., si vedano M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 287 ss.; N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 137 ss.; F. CONSULICH, *Nolo cognoscere, il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole". Spunti a partire dal nuovo 236 – bis L. fall.*, cit., p. 613 ss.; N. PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, Il mulino, 2018, p. 140 ss.; A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 131 ss.; E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 400 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, cit., p. 374 ss.; S. BRUNO-G. M. CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Diritto penale dell'economia*, tomo II, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Utet, 2017, p. 2239 ss.; N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 271 ss.

¹⁵ Sul punto, *ex multis*, si veda N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Cedam, 2018, p. 273 ss.; si veda anche S. BRUNO-G. M. CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Diritto penale dell'economia*, tomo II, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Utet, 2017, p. 2254 ss.

¹⁶ In tal senso, si veda A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 94 ss.; si veda anche M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 287.

Ecco, dunque, che tale interesse viene ad essere tutelato attraverso la strumentale protezione della fede pubblica, segnatamente l'affidamento di cui devono godere le relazioni e le attestazioni del professionista nell'ottica del corretto funzionamento delle procedure concorsuali. Per quanto concerne, invece, il piano della tipicità oggettiva, risulta di agevole riconoscimento il fatto che ci si trovi di fronte ad un reato c.d. proprio. La norma, infatti, individua il soggetto attivo nella figura del professionista, nominato dal debitore per redigere le citate attestazioni e relazioni¹⁷. Lungo siffatto crinale, occorre adesso affrontare quello che costituisce, forse, il punto più delicato della fattispecie criminosa in parola, ovvero il piano delle condotte tipiche.

Ad un primo, superficiale, sguardo, la costruzione dei comportamenti vietati apparirebbe relativamente lineare: sulla falsa riga del delitto di false comunicazioni sociali, infatti, anche il reato *de quo* viene posto sulla tradizionale bipartizione tra condotta commissiva, ovvero esporre informazioni false, e condotta omissiva – più precisamente, una falsità per reticenza –, ovvero omettere di riferire informazioni rilevanti¹⁸. Tuttavia, solo approfondendo l'analisi su tali punti, si può giungere alla migliore interpretazione del delitto di cui all'art. 236-bis l. fall., e, specificamente, del modello di incriminazione impiegato dal Legislatore. A tal proposito, tutto, o quasi, ruota attorno ai concetti di "informazione" e di "rilevanza".

Ebbene, nonostante il lodevole mancato impiego di formule oscure, come quella di "fatti non rispondenti al vero" recentemente impiegata in ambito penal-societario, il Legislatore non sembra aver perfettamente rispettato il principio di determinatezza, corollario del principio di legalità che ormai ha assunto la massima rilevanza. Così l'impiego dell'espressione "informazioni false" ha suscitato incertezze interpretative e diversità di vedute, che occorre quantomeno accennare¹⁹.

¹⁷ Sul tema cfr. F. CONSULICH, *Nolo conoscere, il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole". Spunti a partire dal nuovo 236 – bis L. fall.*, cit., p. 612, il quale qualifica il reato come "iperproprio", in quanto, a differenza della maggior parte delle incriminazioni in materia di diritto penale societario o diritto penale fallimentare, sembrerebbe esclusa la possibilità di estensione della punibilità a soggetti di fatto.

¹⁸ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 288.

¹⁹ Sul punto, *ex multis*, si veda F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, a cura di Grosso, cit., p. 376 ss.; si veda anche E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 403 ss.

Proprio in maniera simile a quanto avvenuto con la questione del “falso valutativo”, all’indomani della Riforma del 2012 in tema di falso in bilancio, anche nel caso di cui ci si occupa il dibattito si è sviluppato in merito al problema se far rientrare all’interno dell’area penalmente rilevante solo le “informazioni” che si limitano a rappresentare direttamente dati oppure anche quelle che esprimano dei giudizi di natura valutativa.

Problema la cui soluzione risulta centrale, posto che, come si è detto, l’attività principale che svolge il professionista attestatore consiste proprio in un giudizio di fattibilità del piano proposto, ovvero in una valutazione prognostica. Da un lato, parte della dottrina ritiene che il termine “informazione” faccia riferimento solo a quelle rappresentazioni che espongono dati oggettivi, con la consistente conseguenza di escludere dalla punibilità la falsa attestazione della fattibilità di un piano, che si caratterizzerebbe come un mero giudizio di natura congetturale²⁰. Dall’altro, altra parte della dottrina ritiene, al contrario, che escludendo la rilevanza del giudizio di fattibilità sostanzialmente si esautorerebbe la norma²¹. Tuttavia, una simile conclusione non intende consentire al giudice di effettuare un accertamento *ex post* sulla valutazione del professionista, la quale – si deve sottolineare – consiste in un giudizio pur sempre prognostico, sulla cui base il progetto presentato dal debitore viene ritenuto idoneo a superare la crisi. La valutazione del giudice deve necessariamente essere posta in ottica *ex ante*, dovendo stabilire che vi sia stato, all’interno del parere tecnico svolto dal professionista, un procedimento logico coerente e ragionevole rispetto ai dati attestati e ai vari parametri empirici e razionali (si pensi, a tal riguardo, all’andamento del mercato o ai tassi d’interesse) da questi utilizzati.

Pertanto, sembra ragionevole considerare come, nonostante la disposizione incriminatrice in parola non faccia espresso riferimento ai giudizi di veridicità e di fattibilità, tuttavia, essa sia “eterointegrata” dalla disciplina civilista, in maniera tale da poter ritenere entrambi rilevanti anche sotto il profilo della responsabilità penale²².

²⁰ In questo senso, si veda, *ex multis*, A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell’impresa e altri reati fallimentari*, Giappichelli, 2014, p.135 ss.

²¹ Sul punto si veda N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 184 ss., il quale, invero, afferma che in questo caso non si debba adoperare il criterio del “vero legale”, in quanto il professionista attestatore ne risulta sprovvisto; più utile apparirebbe l’utilizzo dei dati che si possono trarre dalla scienza aziendalistica.

²² Sul tema dell’integrazione delle norme incriminatrici, ampiamente, si veda G. L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme penali incriminatrici: teoria e prassi*, Giuffrè, 2008.

A questo punto, per altro verso, occorre indagare il tema del modello di incriminazione, che viene a legarsi all'altro termine sopramenzionato, ovvero l'aggettivo "rilevante".

Il delitto di falso in attestazioni e relazioni del professionista *ex art. 236-bis l. fall.*, infatti, è stato impostato sullo schema dei reati di pericolo e di condotta, come dimostra il fatto che l'evento-danno (il danno patrimoniale per i creditori) entra esplicitamente in gioco, nel comma terzo, quale circostanza aggravante specifica a effetto speciale (pena aumentata fino alla metà)

Il riferimento al requisito della rilevanza – che per questioni di chiara ragionevolezza deve appartenere, nonostante la lettera della disposizione *de qua*, tanto alla condotta attiva quanto a quella omissiva – introduce il concetto della *materiality*, di matrice anglosassone, e ha la funzione di selezionare solo quelle informazioni che possiedono un carattere di significatività tale da influenzare la scelta dei destinatari²³. In questo senso, si deve senza dubbio qualificare il delitto in parola come vero e proprio reato di pericolo concreto, in quanto l'informazione falsa (o omessa) deve essere concretamente idonea ad alterare il processo decisionale dei creditori²⁴.

In maniera decisamente meno complessa si presenta, viceversa, il lato del versante psicologico. Invero, la figura base punisce il soggetto attivo a titolo di dolo generico: serve pertanto la coscienza e volontà, da parte del professionista attestatore, di esporre informazioni (rilevanti) false o di ometterle²⁵.

Non è richiesta, dunque, alcuna ulteriore finalità, a differenza della forma aggravata di cui al secondo comma, il quale prevede appunto una circostanza aggravante specifica ad effetto comune (pena aumentata fino ad un terzo), nel caso in cui il professionista abbia agito allo scopo di conseguire un profitto ingiusto per sé o per altri.

4. Il delitto di falso in attestazioni e relazioni nella dimensione temporale

Aspetto centrale che può ricavarsi dalla sentenza in commento è, senza dubbio, il tema del delitto di falso in attestazioni e relazioni nel tempo.

²³ Sul punto, cfr. A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 96.

²⁴ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 288.

²⁵ Cfr. S. BRUNO-G. M. CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Diritto penale dell'economia*, tomo II, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Utet, 2017, p. 2263 ss.

Fin da quando la figura del professionista attestatore ha visto la luce, nel 2005, l'ordinamento penale non gli ha mai concesso spazi di impunità, potendosi ricorrere ad altri modelli di incriminazione predisposti dal sistema penale, come l'apparato dei reati di falso o attraverso l'utilizzo della clausola di estensione della responsabilità penale di cui al secondo comma dell'art. 40 c.p.²⁶. In ogni caso, le soluzioni che dottrina e giurisprudenza, nelle poche pronunce emesse, hanno escogitato risultavano piuttosto forzate, con la conseguenza di alimentare oscurità interpretative e incertezze applicative.

Solo con l'introduzione dell'art. 236-bis l. fall., per mezzo del d.l. n. 83 del 2012, il quadro ha trovato certezza e stabilità. Tuttavia, come per ogni intervento legislativo in materia di reati, centrale appare l'indagine temporale, volta a stabilire se ci si trovi in presenza di una nuova incriminazione oppure di una mera modificazione normativa.

Si badi bene, un simile discorso non si riduce ad un mero vaniloquio privo di aspetti pratici; al contrario, anzi, permetterebbe di risolvere rilevanti problemi concreti che si possono agevolmente palesare nella prassi giudiziaria: si pensi, a tal riguardo, ai fatti commessi dai professionisti prima del 2012, i quali rischierebbero di non essere puniti proprio in virtù del divieto di applicazione retroattiva di una norma incriminatrice. Perciò, necessita fare un passo indietro e passare in rassegna le varie ricostruzioni escogitate prima del "Decreto sviluppo" del 2012, in modo da individuare il primo fondamentale polo dell'eventuale rapporto giuridico-temporale che si intende disvelare²⁷. Da un lato, come si è anticipato, una delle possibili strade che venne battuta nel tentativo di costruire un modello di incriminazione volto a sanzionare penalmente il professionista attestatore fu quella di considerare quest'ultimo quale vero e proprio garante rispetto ai reati che possono essere commessi nell'elaborazione del piano²⁸. Conseguentemente, la responsabilità del tecnico attestatore si fonderebbe sul mancato impedimento di un evento che aveva l'obbligo giuridico di evitare; obbligo giuridico che traeva la propria fonte nel mandato professionale assegnato dall'imprenditore.

²⁶ Sul tema si veda, *ex multis*, E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 401 ss.

²⁷ Per una rassegna completa sulle varie soluzioni che vennero proposte nel periodo *ante* riforma 2012, si veda N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 141 ss.

²⁸ In questo senso G. SCHIAVANO, *Il professionista "attestatore" nelle soluzioni concordate della crisi di impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. tri. dir. pen. econ.*, 1-2/2010, p. 275 ss.

Dall'altro, invece, gli interpreti hanno massicciamente fatto uso della disciplina dei reati di falso ideologico. Si deve, però, affinare il discorso: le ipotesi avanzate furono essenzialmente di un triplice ordine, sulla base della qualifica che doveva essere attribuita al professionista.

i) Una prima ipotesi attribuiva a tale soggetto la qualifica di "pubblico ufficiale" e, coerentemente, venivano chiamati in causa i reati di cui agli artt. 479 e 480 c.p., ovvero "falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici" e "falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative"²⁹. In via di estrema sintesi, la ragione alla base di una simile ricostruzione era rappresentata dal fatto che, in ogni caso, possedendo la procedura concorsuale essenzialmente carattere pubblicistico, altrettanto dovrebbe dirsi con riferimento al professionista, il quale è chiamato a svolgere un ruolo centrale per il corretto svolgimento della stessa procedura.

ii) Altra ipotesi avanzata dalla dottrina è quella, all'opposto, che attribuiva al professionista natura di "soggetto privato", con conseguente applicazione dell'ipotesi criminosa di cui all'art. 483 c.p., ovvero "falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico"³⁰. In questo caso, le motivazioni avanzate dai fautori della posizione consisterebbero nella considerazione che l'attestazione del professionista fosse riferibile solamente ad un privato e non ad un qualsiasi ente pubblico³¹. Inoltre, nello svolgimento della propria attività l'attestatore si avvarrebbe solamente di poteri privatistici, possedendo una competenza tecnica al servizio degli interessi privati dell'imprenditore.

iii) Tuttavia, la tesi che ha riscontrato maggior successo, sia in dottrina sia in giurisprudenza, pur nelle pochissime pronunce di cui disponiamo, risulta essere quella che intravede nell'attestatore una "persona esercente un servizio di pubblica necessità", di modo che si potesse applicare il reato di "falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità" di cui all'art. 481 c.p.³². In effetti, appare maggiormente rigorosa la ricostruzione in

²⁹ Così C. CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. ec.*, 2009, p. 769 ss.

³⁰ In questo senso si veda su tutti A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 131 ss.

³¹ In tema di qualifiche soggettive, si veda, *ex multis*, A. FIORELLA, voce *Ufficiale pubblico*, in *Enc. dir.*, XLV, Giuffrè, 1992, p. 568 ss.

³² In tal senso, per quanto concerne la dottrina, si veda, *ex multis*, M. ZINCANI, *Il nuovo 217-bis l. f.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, p. 527; per quanto concerne invece la giurisprudenza, si veda Trib. Rovereto, 12 gennaio 2012, con nota di Tetto, *Le false o fraudolente*

parola, posto che sembrerebbe corretto far rientrare all'interno dello schema di cui all'art. 359 n. 1) c.p. l'attività, svolta da un soggetto dotato di speciale competenza tecnica, di attestare al Tribunale fallimentare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario proposto dall'imprenditore³³.

Tale, seppur analizzato in via di estrema sintesi, risulta essere il quadro vigente nel periodo antecedente all'entrata in vigore del delitto di falso in attestazioni e relazioni, con la conseguenza che si dimostra necessario stabilire con precisione i rapporti di natura temporale tra la disposizione di cui all'art. 481 c.p. e la disposizione di cui all'art. 236-bis l. fall.

In questo senso, occorre avvisare che, quando si devono indagare i profili temporali di una norma incriminatrice, il punto di partenza deve individuarsi non solo nell'art. 2, co. 1, del codice penale, bensì anche, e primariamente, nell'art. 25, co. 2, della Costituzione.

Tale precisazione risulta tutt'altro che banale e pleonastica, posto che è necessario riconoscere come tali fondamentali disposizioni, oltre che divergere sui piani gerarchico e cronologico, divergono anche su quello contenutistico: l'art. 25, co. 2, della Costituzione prescinde dall'evenienza che il fatto storico fosse penalmente lecito nel momento in cui è stato commesso³⁴. In altre parole, il principio costituzionale di irretroattività sfavorevole impone di non punire un fatto concreto anche se già penalmente illecito sulla base di una norma non vigente o non applicabile nel momento in cui il fatto storico è stato realizzato. Tuttavia, bisogna considerare che nel caso di cui ci si occupa è stata effettivamente introdotta una nuova incriminazione, ma ciò è avvenuto su uno spazio già penalmente "coperto" da un'altra norma incriminatrice, la quale, peraltro, non è stata "espunta" dal sistema penale.

Conseguentemente, il successivo passo interpretativo è rappresentato dalla comparazione astratta delle due norme in esame, segnatamente l'art. 481 c.p. e l'art. 236-bis l. fall., le quali – lo si ribadisce – si trovano a coesistere

attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3 l.f.: alla ricerca di una evanescente tipicità penalmente rilevante, in Fall., 2012, p. 842 ss.

³³ In questi termini si esprime la sentenza che si commenta, la quale fa espresso riferimento alla natura di pubblica utilità che deve essere riconosciuta all'esercizio svolto in un simile ambito da un dottore commercialista.

³⁴ Sul tema dei rapporti tra l'art. 25, co. 2 della Costituzione e l'art. 2 del codice penale, si veda, *ex multis*, M. GAMBARELLA, *L'art. 2 del codice penale, tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successioni di leggi nel tempo*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2009, fasc. 3, Giuffrè, p. 1200 ss.

nell'ordinamento penale. In questo senso, la comparazione è tesa a stabilire se sussiste una "continuità normativa" tra le incriminazioni in questione e ciò si verifica se sussiste un rapporto di genere a specie tra le stesse. Occorre, dunque, valutare, da un punto di vista formale, se le fattispecie astratte presentino elementi strutturali talmente eterogenei da escludere qualsivoglia rapporto di specialità. Per quanto concerne, anzitutto, il bene giuridico tutelato del delitto di falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità, trattasi di un delitto posto a protezione della pubblica fede. D'altro canto, tale bene viene considerato da molti uno strumento posto a garanzia di interessi ulteriori che vengono di volta in volta lesi dalla falsificazione di un documento³⁵. In questo senso ben si potrebbe sostenere che l'art. 481 c.p. tutelando la fede pubblica, senza dubbio si presterebbe a tutelare l'interesse dei creditori ad ottenere corrette e veritiere informazioni in merito alla proposta avanzata dall'imprenditore. Inoltre, si può riconoscere una convergenza tra le norme in rapporto sincronico sia con riferimento ai modelli di incriminazione utilizzati sia con riferimento al piano della tipicità. In entrambi i casi, invero, gli schemi utilizzati dal Legislatore sarebbero quelli dei reati di condotta e di pericolo concreto. Ancora. Per quanto concerne il piano tipico, come si è visto, il "professionista attestatore" deve essere considerato a pieno titolo una "persona esercente un servizio di pubblica necessità".

Con riguardo, invece, alla condotta punita, l'art. 481 c.p. sanziona il comportamento di "attestare falsamente, in un certificato, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità". Sembra, a tal proposito, che la condotta di attestare il falso possa ricomprendere il comportamento punito dalla disposizione penal-fallimentare, ovvero l'esposizione di informazioni false o l'omissione di informazioni rilevanti.

Più delicato, viceversa, si presenta il discorso attinente all'oggetto materiale: segnatamente, occorre chiarire se le attestazioni e le relazioni che devono essere redatte dal professionista possano rientrare all'interno del concetto di "certificato"³⁶.

³⁵ Per una completa disamina sui reati contro la pubblica fede, si veda N. PISANI, *I Reati contro la fede pubblica*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di Fiorella, Giappichelli, 2013, p. 505 ss.

³⁶ Sul punto si veda, *ex multis*, N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 153 ss.

In linea di massima, infatti, tale concetto difficilmente si presterebbe a ricomprendere dichiarazioni composte da valutazioni e giudizi personali. Ciò nonostante, non sarebbe errato ritenere possibile che una valutazione tecnica possa manifestarsi come ideologicamente falsa, proprio in virtù della natura di simile dichiarazione, la quale comunque deve seguire dei parametri tecnici; e, conseguentemente, con riferimento a questi ben può essere verificata ed accertata nella sua correttezza³⁷.

Pertanto, da quanto sin qui affermato, sembra potersi concludere che, sulla base di un confronto formale e astratto, le norme incriminatrici non presentano elementi eterogenei tali da farne desumere una discontinuità normativa. Al contrario, si ritiene ragionevole ravvisare come la più recente fattispecie incriminatrice di cui all'art. 236-bis l. fall. sia speciale rispetto alla più generale fattispecie di cui all'art. 481 c.p., quantomeno con riferimento alla condotta rilevante e all'oggetto materiale. Più in particolare, si deve parlare di "rapporto di specialità sincronica", rilevante ai sensi dell'art. 15 c.p. Come si è visto, infatti, le norme incriminatrici, che si trovano in un rapporto di genere a specie, tuttora coesistono all'interno del sistema penale³⁸. Ancora. Il citato rapporto deve essere ulteriormente precisato: la specialità sincronica risulta infatti "sopravvenuta": la norma "speciale" si è venuta ad innestare sulla "generale", senza che questa fosse abrogata. In pratica, la norma speciale successiva restringe il campo di applicazione della norma generale antecedente, derogandola.

Coerentemente, si può concludere, come, alla luce di un raffronto logico-strutturale delle fattispecie astratte, tra le norme incriminatrici in parola sembrerebbe venire in rilievo un "rapporto di specialità sincronica sopravvenuta", dando luogo, dunque, ad un semplice fenomeno di successione di norme penali modificative³⁹.

³⁷ Cfr. Sez. V, 7 dicembre 2007, n. 2895,

³⁸ Sul punto si veda M. GAMBARDILLA, *L'art. 2 del codice penale, tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successioni di leggi nel tempo*, cit., p. 1224 ss.

³⁹ Cfr. M. GAMBARDILLA, *L'art. 2 del codice penale, tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successioni di leggi nel tempo*, cit., p. 1225, il quale intravede proprio un rapporto di specialità sincronica sopravvenuta con riferimento all'introduzione del delitto di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.

5. Il delitto di falso in attestazioni e relazioni nella dimensione spaziale: in particolare i rapporti con il delitto di cui all'art. 236 co. 1 l. fall.

Altro argomento centrale da trattare è certamente rappresentato dal rapporto tra il reato di falso in attestazioni e relazioni con gli altri reati, segnatamente fallimentari. Nello specifico, particolare interesse desta il rapporto con il delitto di cui all'art. 236, co. 1, l. fall., rubricato come "Concordato preventivo e accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria". A tal proposito, l'aspetto che si intende indagare è se i delitti in parola possano concorrere tra di loro oppure, al contrario, se venga in rilievo un concorso apparente di reati⁴⁰. In questo senso sembra potersi fin da subito notare come sia assente qualsivoglia clausola di riserva, così come sembra non sussistere alcun rapporto di sussidiarietà tra le norme incriminatrici⁴¹.

Allo stesso modo, non è dato riscontrarsi nemmeno l'altro fondamentale "criterio di valore", ovvero il c.d. rapporto di consunzione, in quanto non si può sostenere che una fattispecie sia sostanzialmente assorbita nell'altra⁴². Invero, anche sulla scorta della giurisprudenza delle Sezioni unite, l'unico criterio che potrebbe "spiegare" un eventuale concorso apparente di norme, in modo da escludere un concorso formale di reati, potrebbe essere il principio, di natura logico-formale, della specialità, di cui all'art. 15 c.p.⁴³.

Ebbene, trattandosi di un criterio logico-formale, occorre effettuare una comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore⁴⁴.

Conseguentemente, si deve mettere in evidenza, quantomeno nei suoi tratti essenziali, la figura delittuosa prevista all'art. 236, co. 1, l. fall., in modo da

⁴⁰ In tema di concorso di reati, si veda, *ex multis*, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 695 ss.; si veda anche G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2018, p. 540 ss.; oppure T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2019, p. 469 ss.

⁴¹ In merito al principio di sussidiarietà, si veda F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Giuffrè, 1952, p. 416 ss; si veda anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2017, p. 467 ss.

⁴² Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 722 ss.

⁴³ Sul criterio di specialità in diritto generale, si veda, *ex multis*, R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2014, p. 295 ss.; in giurisprudenza si veda, *ex multis*, S.U., 28 ottobre 2010, n. 1235, in *C.E.D. Cass.*, n. 248865; si veda anche S.U., 23 febbraio 2017, n. 20664, in , secondo cui nella materia del concorso apparente di norme non operano criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art.15 c.p., che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore.

⁴⁴ Sez. U, 23 febbraio 2017, n. 20664, in *C.E.D. Cass.*, n. 269668.

poterla raffrontare astrattamente con quella di cui all'art. 236-bis l. fall.⁴⁵. Tale fattispecie incriminatrice consiste nel commettere un falso al fine di ottenere l'ammissione al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria⁴⁶.

Il bene giuridico tutelato, tradizionalmente, è sempre stato considerato il corretto svolgimento dell'amministrazione della giustizia; non sembra peregrino, tuttavia, ipotizzare anche in questo caso come la tutela sia tesa, in via strumentale, a proteggere l'interesse dei creditori⁴⁷. Per quanto concerne il piano della tipicità, anche il reato in questione si configura come proprio, in quanto il soggetto attivo è, per espressa previsione legislativa, l'imprenditore. Trattasi, invero, di reato di pericolo: le condotte rilevanti sono quella di attribuirsi attività inesistenti oppure quella di simulare crediti in tutto o in parte inesistenti per influire sulla formazione delle maggioranze. Con riferimento, invece, al versante soggettivo è richiesto, dunque, il dolo specifico, consistente nello scopo di falsare la formazione delle maggioranze. A questo punto si può, dunque, procedere al raffronto logico-formale delle fattispecie astratte.

Simile comparazione, innegabilmente, porta, ad una prima analisi, a riconoscere una certa somiglianza, se non coincidenza, delle condotte rilevanti: in effetti, il comportamento di attribuzione di attività inesistenti o di simulazione di crediti altrettanto inesistenti potrebbe rientrare nella condotta di falso rilevante ai sensi dell'art. 236-bis l. fall.

Più complesso è il discorso concernente il bene giuridico tutelato⁴⁸. Se si seguissero le impostazioni tradizionali, gli interessi protetti sembrerebbero allontanarsi, assestandosi verso la tutela dell'amministrazione della giustizia l'uno, verso la fede pubblica l'altro. Se, al contrario, si andasse ad adottare una visuale "maggiormente sostanziale" potrebbe osservarsi come i beni giuridici si avvicinino nettamente, per convergere verso la difesa dell'interesse dei creditori⁴⁹. Tuttavia, si deve mettere in evidenza come esistano anche degli

⁴⁵ In merito alla figura criminosa di cui all'art. 236 l. fall., si veda, *ex multis*, M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 279 ss.

⁴⁶ Cfr. G. G. SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, Giuffrè, 1990, p. 369 ss.

⁴⁷ In merito al bene giuridico del delitto di cui all'art. 236, co. 1, l. fall., si veda, *ex multis*, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, 1955, p. 187 ss., il quale ritiene che esso debba identificarsi nell'amministrazione della giustizia.

⁴⁸ Per una completa analisi comparativa sui beni giuridici tutelati, si veda, *ex multis*, N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Cedam, 2018, p. 273 ss.

⁴⁹ In questo senso A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p. 95.

elementi differenziali che potrebbero risultare decisivi ai fini del discorso che si sta sviluppando.

Anzitutto, le disposizioni sono indirizzate a soggetti diversi: mentre il delitto di falsità per conseguire l'ammissione al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ovvero alla convenzione di moratoria incrimina l'imprenditore – nemmeno l'amministratore –, il falso in attestazioni e relazioni incrimina, come si è visto, il professionista attestatore.

Inoltre, non coincidenti appaiono neppure le operazioni e le procedure prese in considerazione dalle norme: infatti, l'art. 236 l. fall. fa riferimento al concordato preventivo (art. 160 ss. l. fall.), all'accordo di ristrutturazione del debito con intermediari finanziari (art. 182 *septies* l. fall.) e alla convenzione di moratoria (art. 182 *septies* l. fall.); dal canto suo l'art. 236-bis l. fall. fa riferimento, oltre che al concordato preventivo e alla convenzione di moratoria, anche al piano di risanamento (art. 67, co. 3, lett. d) l. fall.), all'accordo di ristrutturazione del debito (art. 182 *bis* l. fall.) e alla domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale (art. 182 *quinquies* l. fall.). Di conseguenza, si deve riconoscere come le norme incriminatrici in questione presentino caratteri di eterogeneità tali da escludere un corretto rapporto di specialità rilevante ai sensi dell'art. 15 c.p.

Al massimo può parlarsi di specialità parziale bilaterale: in pratica, i campi di applicazione delle due norme si intersecano, ma solo parzialmente⁵⁰. Nello specifico, i campi di applicazione si sovrappongono con riferimento ai modelli di incriminazione e, soprattutto, alle condotte (oltre che, verosimilmente ai beni giuridici tutelati), ma divergono con riferimento ai soggetti attivi e alle operazioni coinvolte⁵¹. Coerentemente appare opportuno concludere nel senso di escludere che le norme considerate si trovino in una posizione di conflitto apparente, ben potendo concorrere formalmente e materialmente tra di loro.

6. L'introduzione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: cronaca di una (illegittima) *abolitio criminis* parziale

A questo punto, si deve andare ad analizzare quali conseguenze abbia provocato l'introduzione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza con

⁵⁰ In tema di specialità parziale bilaterale, si veda R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 297 ss.

⁵¹ Parla di rapporto di specialità bilaterale o reciproca N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, cit., p. 202.

riferimento al delitto di falso in attestazioni e relazioni, disciplinato dall'art. 342 c.c.i.⁵².

Come si è anticipato, il legislatore delegante aveva posto l'obiettivo di non modificare le fattispecie criminose, salvo gli adattamenti necessari per le modifiche alle procedure concorsuali. Ebbene, tale proposito non sembra affatto rispettato se si prende in considerazione il citato nuovo art. 342 c.c.i., all'interno del quale si possono intravedere addirittura potenziali spazi abolitivi, oltre all'aggiunta di nuovi casi rilevanti.

Come si è visto, l'art. 236-bis l.fall. non esplicita, a differenza di quanto avviene all'interno dell'art. 161. n. 3 del 2012, quali siano le tipologie di attestazioni che rilevano sul piano penalistico. In particolare, tale mancata precisazione ha tradizionalmente portato a ritenere che il professionista potesse essere incriminato del delitto di falso in attestazioni e relazioni allorquando la condotta rilevante abbia avuto come oggetto tanto il parere di veridicità dei dati quanto il parere di fattibilità economica⁵³. In altri termini, la disciplina civilistica, segnatamente l'art. 67, co. 2 lett. b) l. fall., sembrerebbe "eterointegrare" la norma incriminatrice, in modo da far rientrare all'interno della rilevanza penale entrambi i citati pareri attestatori.

Nondimeno, di fronte ad un sistema così ricostruito, il nuovo codice della crisi è intervenuto, modificando la disciplina penalistica, in particolare aggiungendo una porzione di enunciato all'art. 342 c.c.i. Rispetto alla lettera dell'attuale art. 236-bis della legge fallimentare, infatti, il Legislatore – all'art. 342 c.c.i. – ha deciso di connotare maggiormente la condotta incriminata prevedendo la punibilità del professionista attestatore nel caso in cui ometta di riferire informazioni rilevanti ovvero esponga informazioni false "in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad essa allegati".

Tale nuova formulazione della fattispecie incriminatrice, pertanto, limiterebbe la condotta tipica solamente al giudizio di veridicità, escludendo dall'area penalmente rilevante il giudizio di fattibilità economica; in altre parole, sembrerebbe provocarsi una vera e propria *abolitio criminis* parziale, con conseguente applicazione dell'art. 2, co. 2, c.p.

⁵² Sul punto, si veda P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le società*, 4/2019, p. 445 ss.

⁵³ In tal senso, *ex multis*, M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 289; oppure A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi di imprese*, cit., p. 375. In senso critico, A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, cit., p. 134 ss.

Tale scelta legislativa appare netta e precisa e la *ratio* può risiedere nella consapevolezza che il parere di fattibilità costituisce un vero e proprio enunciato valutativo e, come tale, a differenza dell'opposta categoria degli enunciati descrittivi, non può essere considerato strettamente né falso né vero. Pertanto, complice l'assenza di una disciplina normativa in grado di rappresentare un parametro di riferimento al fine di poter valutare i giudizi di fattibilità almeno alla stregua del c.d. "vero legale", il legislatore ha ritenuto opportuno escludere queste tipologie di attestazioni dalla responsabilità penale.

Si badi bene però. Siffatta consapevole decisione legislativa, nonostante si presenti come "astrattamente" ragionevole, non può che considerarsi "concretamente" illegittima da un punto di vista costituzionale: la legge delega, infatti, nulla disponeva a tal proposito e, conseguentemente, possono senza dubbio essere mosse censure in termini di eccesso di delega. Per altro verso, dal raffronto tra "vecchie" attestazioni e relazioni contenute nell'art. 236-bis l. fall. e "nuove" contenute nell'art. 342 c.c.i., si evince come non vi sia perfetta corrispondenza, con la conseguente verifica di molteplici aggiunte di nuovi casi. In questo senso, infatti, alcune figure, che non venivano contemplate dalla legge fallimentare, vengono, invece, previste dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Si pensi, ad esempio, all'attestazione relativa, in tema di concordato preventivo, ai crediti fiscali e previdenziali nella transazione fiscale (art. 88, co. 1-2, c.c.i.); oppure all'attestazione per rendere inammissibile le proposte di concordato concorrenti (art. 90, co. 5, c.c.i.); o, infine, le attestazioni che riguardano modifiche sostanziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti, prima e dopo l'omologazione (art. 58, co. 1-2 c.c.i.)⁵⁴. Conseguentemente, qualora si riconoscesse come tali nuovi casi siano in grado di integrare la fattispecie incriminatrice, ci si troverebbe innanzi a fenomeni di nuove incriminazioni⁵⁵.

Da ultimo, non può non farsi riferimento all'istituzione di una Commissione di riforma del versante penalistico, segnatamente il "Commissione Bricchetti", alla quale è stato assegnato l'arduo compito di adeguare la disciplina penale della crisi di impresa a quella civile⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. R. BRICCHETTI, *Il Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge penale*, in www.penalecontemporaneo.it, cit., p. 84 ss.

⁵⁵ In senso affermativo, si veda R. BRICCHETTI, *ibidem*, p. 84 ss.

⁵⁶ Costituita dal D. M. 13 ottobre 2021. In generale sulle proposte avanzate dalla Commissione Bricchetti, si veda F. MUCCIARELLI, *Proposta di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione Bricchetti*, in www.sistema.penale.it, 07/07/2022; *Id.*, *Crisi d'impresa e insolvenza: verso un*

Tale Commissione ha predisposto un primo articolato di modifica, che però non ha avuto un seguito legislativo definitivo, tanto da essere stata istituita nuovamente dal nuovo Ministro. Per quanto concerne i lavori della Prima Commissione Bricchetti, occorre chiarire che i mutamenti con riferimento al reato in analisi sono stati contenuti: l'unico cambiamento ha riguardato le figure aggravate (nel caso in cui si commetta il fatto al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto o nel caso in cui si determini un danno per i creditori), le quali vengono accorpate in un unico comma e impostate come circostanze aggravanti speciali ad effetto speciale (il cui aumento di pena è fino alla metà).

nuovo assetto della disciplina penale, in Dir. pen. proc., 2022, 1001; M. SCHIAVO, Le proposte della Commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria, in Leg. Pen., 20/03/2023.

RIFORMA GELLI-BIANCO: PROFILI DI RESPONSABILITÀ MEDICA NELL'EMERGENZA PANDEMICA

The Gelli-Bianco Reform: medical liability profiles in the pandemic emergency

di

Marina Pisapia *

La pandemia da Covid-19 ha messo a dura prova il sistema sanitario, acuendo le difficoltà legate alla responsabilità penale del personale medico. Le diverse critiche ed i profondi dubbi interpretativi relativi alla Legge Gelli-Bianco del 2017 sono diventati ancor più incisivi con l'avvento dell'emergenza pandemica, che ha svelato l'inadeguatezza del nostro sistema normativo. Il legislatore è intervenuto più volte in materia di responsabilità sanitaria, segno di una chiara insoddisfazione dei precedenti interventi normativi: da una parte, il frequente ricorso del personale medico a pratiche di medicina difensiva adottate a fini cautelativi e, dall'altra parte, la proliferazione di procedimenti penali a carico degli esercenti la professione sanitaria, ha richiesto l'introduzione di una riforma nazionale. L'imprevedibile scenario pandemico, che ha sconvolto il campo della scienza, ha turbato le strutture sanitarie ed il personale privo di ogni conoscenza scientifica e risorsa idonea a fronteggiarlo. Ciò ha fatto emergere l'inadeguatezza del sistema sanitario riformato dal legislatore ed ha richiesto un intervento normativo *ad hoc*, al fine di limitare l'area del penalmente rilevante del personale medico, non in grado di gestire gli effetti della pandemia. Tuttavia, si discute ancor oggi sulla innovazione o mera duplicazione del c.d. scudo penale introdotto nel contesto emergenziale.

The Covid-19 pandemic has put the healthcare system to the test, increasing the difficulties linked to the criminal liability of medical personnel. The various criticisms and profound interpretative doubts relating to the 2017 Gelli-Bianco Law have become even more incisive with the advent of the pandemic emergency, which revealed the inadequacy of our regulatory system. The legislator has intervened several times on the subject of healthcare

* Cultore della materia in Diritto penale

liability, a sign of clear dissatisfaction with previous regulatory interventions: on the one hand, the frequent recourse by medical personnel to defensive medicine practices adopted for precautionary purposes and, on the other hand, the proliferation of criminal proceedings against healthcare professionals, has required the introduction of a national reform. The unpredictable pandemic context, which has upset the field of science, has put healthcare facilities and staff to the test, lacking any scientific knowledge and resources suitable for dealing with it. This highlighted the inadequacy of the healthcare system reformed by the legislator and required ad hoc regulatory intervention, in order to limit the criminally relevant area of medical personnel, who are not capable of managing the effects of the pandemic. However, there is still discussion today about the innovation or mere duplication of the so-called criminal shield introduced in the emergency context.

Sommario: 1. Legge Gelli-Bianco: la riforma del settore sanitario. – 1.1 Profili di responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria. – 1.2 Profili di responsabilità penale del medico alla luce della riforma. – 2. La responsabilità penale del personale sanitario nel contesto pandemico. – 2.1. Le tappe verso l'introduzione del c.d. "scudo penale": l'inadeguatezza della legge Gelli-Bianco nell'emergenza da Covid-19. – 2.2. La nuova responsabilità colposa in ambito sanitario durante l'emergenza pandemica. – 3. Considerazioni conclusive.

1. Legge Gelli-Bianco: la riforma del settore sanitario.

Dopo alcuni anni dall'approvazione del decreto Balduzzi n. 158 del 2012, il legislatore nazionale è intervenuto nuovamente in materia di responsabilità medica, segno di una insoddisfazione nei confronti del precedente intervento normativo.

La riforma sanitaria - attuata con la legge 8 marzo 2017, n. 24, c.d. "Legge Gelli-Bianco", dal nome dei parlamentari relatori delle due Camere - costituisce un intervento ad ampio spettro, posto che incide su molteplici profili riguardanti l'ambito della sicurezza delle cure e della persona assistita, impattando sia sulla responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria sia sulla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria. Numerosi sono i fattori che hanno inciso significativamente nell'ambito sanitario, tanto da determinarne una sostanziale modifica.

Ciò che ha indotto il legislatore del 2017 ad intervenire è stato innanzitutto il frequente ricorso, da parte degli esercenti la professione sanitaria, a pratiche di c.d. medicina difensiva adottate a fini cautelativi.

La medicina difensiva nasceva dal timore del medico - nonché della struttura sanitaria - di incorrere in qualsiasi conseguenza sanzionatoria ovvero risarcitoria per il solo fatto di aver posto in essere una determinata condotta. L'eventuale instaurazione di un procedimento penale spingeva il medico, da una parte, a prescrivere trattamenti, farmaci ovvero consultazioni specialistiche non indispensabili e, dall'altra parte, ad evitare di prendere in carico pazienti con patologie particolarmente complesse con conseguente pregiudizio per la salute degli stessi². Il medico, al fine di evitare una sua eventuale esposizione giudiziaria, preferiva tralasciare, dunque, gli effetti negativi generati dalla sua condotta in relazione allo stato di salute dei pazienti, senza operare alcun bilanciamento tra rischi e benefici. Pertanto, la *ratio* dell'intervento può ravvisarsi certamente nella *voluntas* del legislatore di porre fine al proliferare di tale prassi difensiva, in continua espansione al seguito dei molteplici procedimenti penali instaurati a carico degli operatori sanitari per i fatti commessi nell'esercizio dell'attività medica.

Ulteriore fattore che ha determinato l'entrata in vigore della normativa in oggetto è stata la crescita esponenziale dei processi penali relativi alla responsabilità medica³. All'uopo, occorre evidenziare che il vertiginoso aumento del contezioso giudiziario ha rinvenuto il suo fondamento in svariati elementi. Innanzitutto, la parte civile - e, dunque, il paziente - mirava ad ottenere il risarcimento del danno subito tramite l'instaurazione del processo penale, ritenuto più incisivo e meno oneroso. In secondo luogo, i progressi compiuti nel campo della medicina, se da una parte avessero condotto all'aumento dei casi di guarigione dei pazienti, dall'altra avrebbero incrementato inevitabilmente la prospettiva - talvolta utopistica - di miglioramento dello stato di salute e, di conseguenza, una difficoltà ad accettare esiti infausti⁴. Il cambiamento socio-culturale ha rappresentato un ulteriore elemento da cui è derivato l'aumento dei

² A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, ETS, Pisa, 2014; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012; R. BARTOLI, *I costi economico-penalistici della medicina difensiva*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011.

³ F. BASILE, P.F. POLI, *La responsabilità per "colpa medica" a cinque anni dalla legge Gelli Bianco*, in *Sistema Penale*, 2022.

⁴ F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Diritto penale e processo*, 2009.

processi: il paziente, allontanandosi progressivamente dalla figura del sanitario quale soggetto infallibile, è divenuto maggiormente predisposto a contestare l'operato del personale medico, tramite l'attivazione del processo penale. In particolare, dall'analisi effettuata a livello nazionale è emerso che la prassi difensiva dei medici ha inciso significativamente sulla spesa pubblica per un importo pari a circa 9-10 miliardi di euro all'anno, con un impatto di circa il 10,5% della spesa sanitaria nazionale⁵, frenando altresì il regolare adempimento della prestazione sanitaria. Questo scenario ha condotto il legislatore a modificare l'assetto normativo, tentando di indirizzare le richieste risarcitorie, non più verso l'esercente la professione sanitaria, piuttosto verso la struttura sanitaria, al fine di affrancare il medico dalla veste di "ambita preda risarcitoria"⁶ che sovente egli riveste nelle vicende giudiziarie aventi ad oggetto l'accertamento di profili di responsabilità.

1.1. Profili di responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria.

Il perno della riforma è contenuto negli artt. 5-7 della legge Gelli-Bianco, che enunciano i presupposti alla stregua dei quali il verificarsi di episodi di responsabilità del medico può provocare l'insorgere della responsabilità della struttura sanitaria, oltre che la pronuncia di una condanna civile e/o penale nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.

Come è noto, la responsabilità del medico è stata da sempre al centro di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale. A partire dalla nota sentenza del 1999⁷, la prevalente giurisprudenza accoglieva espressamente la tesi contrattualistica della responsabilità del medico, specificando che si trattasse di una responsabilità da contatto sociale: in particolare, si poneva l'accento sul fatto che il legame tra medico e paziente creasse un rapporto qualificato in quanto la prestazione sanitaria implicava automaticamente, da una parte, un obbligo di protezione del medico verso il paziente e, dall'altra parte, un affidamento del paziente nella prestazione erogata dall'esercente la professione sanitaria. Si trattava, dunque, di una relazione che - sebbene non espressamente prevista dalla legge né formalizzata attraverso la stipula di un contratto - dava luogo ad un affidamento

⁵ Agenas, *Medicina difensiva: quanto ci costa?*, in www.agenas.gov.it/ricerca-e-sviluppo/508-medicina-difensiva-quanto-ci-costa, 2020.

⁶ E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 1/2017, p. 30.

⁷ Cass. Pen., III Sez., 22 gennaio 1999, n. 589.

qualificato del paziente, e dalla quale nasceva un'aspettativa qualificata in termini di prestazione sanitaria, a cui corrispondeva un obbligo di comportamento positivo del medico che si traduceva in un'obbligazione di protezione e di sicurezza. La responsabilità medica veniva ricondotta, dunque, al paradigma di cui all'art. 1218 c.c.: pertanto, sul paziente-creditore gravava il mero onere di provare il contratto intercorso con la struttura e/o con il sanitario ed allegare il relativo inadempimento, non essendo tenuto a provare nulla in merito alla colpa del medico e/o della struttura sanitaria.

La strada spianata dalla giurisprudenza in ordine al risarcimento del danno in ambito civilistico è perdurata fino all'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco nel 2017, la quale ha modificato l'assetto risarcitorio, mettendo fine alla teoria del contratto da contatto sociale. Quanto alla responsabilità della struttura sanitaria - pubblica o privata -, il comma 1 dell'art. 7 della legge Gelli la qualifica quale responsabilità contrattuale: dunque, la struttura sanitaria risponderà delle condotte dolose o colpose degli esercenti la professione sanitaria ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c. Il paziente che si rivolgerà alla struttura per ottenere il risarcimento del danno patito, altro non dovrà fare che provare il contatto.

Quanto alla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria all'interno della struttura - c.d. intramoenia -, il legislatore non lascia dubbi interpretativi in quanto al comma 3 dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco la inserisce nell'ambito della responsabilità extracontrattuale: dunque, il medico che esercita la professione nella struttura sanitaria risponderà del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c. Il paziente che si rivolgerà direttamente al medico per ottenere il risarcimento del danno subito, dovrà dimostrare il danno patito, la condotta colposa o dolosa del sanitario ed il nesso di causale tra il danno e la condotta tenuta dal medico. Pertanto, a differenza di quanto avveniva nel regime anteriore al 2017, sul paziente oggi grava un onere della prova più gravoso posto che quest'ultimo non potrà più limitarsi a provare soltanto il rapporto qualificato con il medico. All'uopo, si evidenzia che la condotta professionale, pur sottratta all'applicazione della disciplina dell'obbligazione contrattuale, dovrà uniformarsi alla diligenza imposta dall'esercizio della professione medica e, dunque, all'art. 1176, comma 2, c.c. Dalla riconduzione della responsabilità del medico all'art. 2043 c.c. discendono, quali conseguenze favorevoli per il debitore-medico, l'applicazione del termine di prescrizione quinquennale della pretesa risarcitoria e la ricaduta in capo al creditore-paziente dell'onere della prova.

In conclusione, dalla lettura dell'art. 7 della Legge del 2017, si desume che, se da una parte permane il rapporto di tipo contrattuale tra il paziente e la struttura sanitaria, dall'altra parte lo stesso cessa tra il paziente e l'esercente la professione sanitaria: si costituisce, dunque, un doppio binario di responsabilità e di risarcimento. Tuttavia, pur essendo stato modificato il titolo di responsabilità del medico in quello più favorevole extracontrattuale, rimane ferma la solidarietà tra i due condebitori: medico e struttura sanitaria. Ne deriva che, qualora il paziente danneggiato riesca ad assolvere all'onere della prova soltanto nei confronti della struttura sanitaria e non anche nei confronti del medico, l'operatore esercente la professione sanitaria non potrà essere esentato dall'obbligo risarcitorio⁸.

1.2 Profili di responsabilità penale del medico alla luce della riforma.

Con l'avvento della riforma del 2017, contenente nuove disposizioni in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, il legislatore ha inteso tutelare maggiormente la professione medica, abrogando il 1° comma dell'art. 3 del decreto Balduzzi, superando la questione del grado della colpa, *“salvo casi concreti in cui la legge Balduzzi possa configurarsi come disposizione più favorevole per i reati consumatisi sotto la sua vigenza coinvolgenti profili di negligenza e imprudenza qualificati da colpa lieve”* nonché limitando l'applicazione del nuovo art. 590-*sexies* c.p. *“alle sole situazioni astrattamente riconducibili all'imperizia”*⁹ ai sensi dell'art. 6 della legge Gelli.

Rispetto alla precedente normativa, nella legge Gelli-Bianco manca qualsiasi riferimento alla colpa lieve, protagonista indiscutibile dell'art. 3 del decreto n. 158 del 2012. Al riguardo, l'art. 6 della nuova normativa - che ha introdotto l'art. 590-*sexies* c.p. - ha previsto che ove i reati di omicidio colposo e lesioni colpose siano commessi nell'esercizio della professione sanitaria, il medico non risponderà per imperizia qualora abbia adottato le raccomandazioni previste dalle linee guida ovvero le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le predette raccomandazioni risultino adeguate al caso concreto. Pertanto, il professionista è tenuto a valutare la situazione clinica del paziente, indagarne le difficoltà sottese nonché individuare le *best practices* necessarie per risolverle.

⁸ M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Responsabilità medica*, n. 1/2017, p. 10.

⁹ Cass. Pen., 31 ottobre 2017, n. 50078, in *www.iusexplorer.com*.

Le novità della riforma hanno generato dubbi interpretativi relativi al rapporto tra colpa professionale e linee guida nonché alla distinzione tra colpa per imperizia, negligenza ovvero imprudenza.

All'uopo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione - con la nota sentenza n. 8770 del 2017 c.d. sentenza Mariotti - hanno evidenziato il ruolo preponderante giocato dalle linee guida ed affermato che il medico risponde per morte ovvero lesioni personali derivanti dall'esercizio dell'attività medica qualora l'evento si sia verificato: per colpa, anche lieve, se il danno derivi da negligenza o imprudenza; per colpa, anche lieve, se il danno derivi da imperizia nell'ipotesi in cui il caso concreto non sia retto da linee guida o da buone pratiche clinico-assistenziali ovvero qualora l'imperizia sia riconducibile ad un errore del medico nella scelta delle linee guida o delle buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate; infine, per colpa grave se il danno derivi da imperizia nell'esecuzione delle linee guida o delle buone pratiche adeguate al caso concreto¹⁰. Secondo tale interpretazione, l'imperizia del medico sarebbe idonea a scriminare durante la fase esecutiva soltanto qualora quest'ultimo abbia correttamente individuato le linee guida e le buone pratiche adeguate al caso concreto ed abbia operato nel rispetto delle stesse; una responsabilità del medico si configurerebbe qualora abbia commesso un errore nella fase di scelta ed individuazione delle linee guida non adeguate al caso¹¹. In definitiva, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto di escludere la punibilità del personale medico limitatamente alle ipotesi di colpa lieve per imperizia nella fase esecutiva ovvero attuativa del trattamento sanitario.

Come noto, l'attribuzione della responsabilità penale presuppone l'accertamento del nesso di causalità tra la condotta del soggetto agente e l'evento realizzatosi, che si sostanzia nella relazione tra due eventi in cui l'uno è conseguenza dell'altro. L'insegnamento della giurisprudenza, sul punto, è chiaro: qualora, alla stregua del giudizio controfattuale eseguito sulla base delle

¹⁰ R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, n. 5/2018, p. 233; R. BORSARI, *La responsabilità penale del sanitario nella motivazione delle Sezioni Unite. Considerazioni rapsodiche*, in *Responsabilità medica - Diritto e pratica clinica*, 2018, p. 189; C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Cassazione Penale*, 2018, p. 1470; D. CENCI, *Le Sezioni Unite Mariotti: tra prospettive e criticità aperte*, in *Penale Diritto e Procedura*, 13 gennaio 2021.

¹¹ E. BIRITTERI, *Un'analisi critica delle SS.UU. "Mariotti" in tema di responsabilità medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2019, p. 51.

leggi scientifiche, il nesso eziologico è escluso, allora l'esercente la professione sanitaria è assolto perché il fatto non sussiste. Il giudice è tenuto a condurre un giudizio probabilistico, aggiungendo il comportamento ritenuto doveroso per il sanitario al fine di stabilire se l'evento nefasto si sarebbe realizzato ugualmente. La giurisprudenza nazionale, nell'ambito della colpa medica, evidenzia l'obbligo da parte di chi esercita l'attività sanitaria di osservare, durante la propria attività professionale, le leggi dell'arte essendo titolare di una posizione di garanzia verso il paziente. Nello specifico, si osserva che il giudice di merito - chiamato a decidere sulla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria - qualora ritenga configurabile la condotta colposa del medico è tenuto a verificare se il caso concreto sia regolato da linee guida ovvero se, in mancanza di queste, siano applicabili buone pratiche cliniche assistenziali; il giudice è tenuto altresì a specificare la natura della colpa e, in particolare, il grado. Pertanto, le linee guida rappresentano uno strumento indispensabile per il giudice per comprendere se il professionista abbia operato correttamente o meno: da qui ne deriva l'importanza di codificare non tanto le linee guida per le quali l'art. 5 della legge Gelli-Bianco prevede una base ministeriale quanto le buone pratiche cliniche e assistenziali.

Alla luce del quadro delineato, emerge chiaramente che la scelta del legislatore di rinunciare a sanzionare il medico deve essere interpretata in un'ottica di prevenzione alla medicina difensiva, al fine di assicurare maggiore certezza agli esercenti la professione sanitaria, prevenendo così il rischio di nascondersi a danno della salute dei pazienti, con conseguente violazione dell'art. 32 Cost.¹².

2. La responsabilità penale del personale sanitario nel contesto pandemico.

La pandemia ha messo in crisi il campo della scienza medica, trattandosi di un fenomeno straordinario, caratterizzato dalla carenza di studi scientifici volti a regolare il suo trattamento: l'insufficiente bagaglio di conoscenze e di strumenti idonei a fronteggiare l'emergenza, la mancanza di risorse umane, la necessità di arginare l'espansione del contagio hanno indotto il personale e le strutture sanitarie ad impiegare ogni risorsa possibile.

¹²M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione*, in *Danno e Responsabilità*, n. 1/2017, p. 75.

Con l'emergenza pandemica, se da una parte gli esercenti la professione sanitaria hanno assunto un ruolo preminente nella tutela della salute collettiva, dall'altra parte le aree di responsabilità penale del personale medico sono vertiginosamente aumentate in virtù dei molteplici eventi dannosi realizzatisi all'esito del contagio da virus Covid-19¹³. In particolare, si sono registrate innumerevoli querele e denunce - con conseguente apertura di inchieste giudiziarie - a carico del personale medico, con riferimento non soltanto ai reati di omicidio e lesioni colpose ex artt. 589 e 590 c.p. bensì anche ai reati di epidemia colposa ex artt. 438 e 452 c.p., rifiuto di atti d'ufficio per ragioni di sanità ex art. 328 c.p. nonché morte o lesioni come conseguenza di altro delitto ex art. 586 c.p.¹⁴. Alla luce delle difficoltà connesse all'emergenza pandemica, gli effetti pregiudizievoli sorti in capo al personale sanitario hanno raggiunto un punto di non ritorno con la campagna vaccinale da Covid-19: difatti, la somministrazione delle dosi vaccinali da cui ne è scaturita la morte di numerosi pazienti ha determinato l'apertura di ulteriori inchieste ed iscrizioni nel registro degli indagati a carico degli esercenti la professione sanitaria.

In questo peculiare quadro emergenziale, si è reso necessario approntare una tutela maggiore alle strutture sanitarie ed al personale medico nell'ambito della responsabilità penale, ricorrendo ai rimedi interni al sistema ed alla introduzione di una normativa *ad hoc*.

2.1. Le tappe verso l'introduzione del c.d. "scudo penale": l'inadeguatezza della legge Gelli-Bianco nell'emergenza da Covid-19.

Prima dell'intervento del legislatore nel 2021, nell'eccezionale scenario causato dalla pandemia, la possibilità di escludere profili di responsabilità penale in capo al personale sanitario era del tutto esclusa, posto che un eventuale esonero di punibilità non avrebbe trovato alcun fondamento ragionevole. Tuttavia, occorre fare i conti con un nuovo contesto in cui le drammatiche scelte degli operatori sanitari tra chi ricoverare e chi lasciare fuori nonché i rischi di incorrere in errori sanitari derivavano da un fenomeno ignoto alla scienza medica.

¹³ G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sistema Penale*, n. 5/2020, p. 17.

¹⁴ J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, in *Sistema Penale*, n. 12/2021, p. 9.

Al fine di scongiurare l'instaurazione di processi penali relativi a condotte poste in essere dal personale medico durante il nuovo contesto pandemico, iniziò a farsi avanti l'ipotesi di concedere una amnistia per gli errori colposi cagionati dall'esercente la professione sanitaria nella gestione dell'emergenza: tuttavia, ciò avrebbe inevitabilmente indotto a ritenere che taluni errori altamente frequenti andassero scriminati¹⁵.

A ben vedere, le problematiche maggiori sorgevano con riferimento alla fase di *triage* durante la quale il personale sanitario aveva il compito di fissare l'ordine di accesso sulla base della gravità dei sintomi e delle condizioni di salute dei pazienti contagiati. Si trattava di una tragica scelta che avrebbe finito per escludere dal trattamento alcuni pazienti: basti pensare allo scenario in cui più soggetti malati da Covid-19 necessitavano nello stesso momento e presso la stessa struttura di un ricovero in terapia intensiva ma non vi fosse un numero di ventilatori sufficienti. Sul personale medico gravava, dunque, la scelta del chi curare e chi no¹⁶. Nello scenario descritto, il sistema ricorreva - seppure con inevitabili dubbi interpretativi - alla figura dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. inteso nella sua natura di scusante, ponendo l'accento sul turbamento del personale sanitario preposto a tale decisione nell'ipotesi in cui si trovava dinanzi a più soggetti bisognosi del trattamento sanitario d'urgenza. Come noto, lo stato di necessità si concepisce come causa di giustificazione, operando sul piano dell'antigiuridicità; tuttavia, nel caso del *triage*, lo stato di necessità viene concepito - secondo le opinioni prevalenti¹⁷ - come scusante, in quanto dall'esercente la professione sanitaria non sarebbe stato possibile esigere una condotta diversa da quella posta in essere che portasse ad un esito più vantaggioso salvando uno dei due pazienti.

Al di fuori di questa singolare ipotesi, si richiedeva la necessità di un intervento legislativo che introducesse una disciplina idonea a tutelare i soggetti esercenti la professione sanitaria, oltrepassando il dettato del comma 2 dell'art. 590-*sexies* c.p., oggetto di continui dubbi interpretativi nonostante l'intervento delle Sezioni Unite Mariotti. L'esclusione di responsabilità introdotta dal dettato

¹⁵ M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2/2020, p. 503.

¹⁶ G.M. CALETTI, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷ M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *La legislazione penale*, 22 giugno 2020, p. 5; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020.

normativo entrato in vigore con la legge Gelli-Bianco risultava difficilmente applicabile agli errori commessi dagli operatori sanitari durante l'emergenza pandemica¹⁸. In primo luogo, il comma 2 dell'art. 590-*sexies* c.p. richiamava raccomandazioni, linee guida accreditate e buone pratiche riconosciute: elementi che non potevano rinvenirsi durante il periodo pandemico. In secondo luogo, l'emergenza è stata qualificata quale epidemia colposa, fattispecie di reato non rientrante nell'alveo della clausola *de quo*, che invece limita la responsabilità penale unicamente alle ipotesi di omicidio e lesioni personali colpose. Infine, il comma 2 dell'art. 590-*sexies* c.p. permetteva di scriminare solo ipotesi di imperizia e non anche imprudenza o negligenza, che venivano in rilievo nell'emergenza pandemica.

Sulla base di siffatte criticità, parte della dottrina aveva evocato una eventuale riformulazione dell'art. 590-*sexies* c. 2 c.p.; tuttavia tali istanze rimasero inattuata. Le molteplici richieste avanzate dalla categoria sanitaria, connesse all'aumento del contezioso giudiziario ed alle continue difficoltà di gestione dell'emergenza da parte degli esercenti la professione sanitaria, hanno condotto all'introduzione del D.L. n. 44 del 1° aprile 2021 in tema di responsabilità colposa nel contesto pandemico. La normativa, entrata in vigore nel tentativo di tutelare il personale sanitario, ha introdotto il c.d. "scudo penale"¹⁹ per le ipotesi di morte o lesioni personali commesse in ambito sanitario durante lo stato emergenziale.

2.2. La nuova responsabilità colposa in ambito sanitario durante l'emergenza pandemica.

Il decreto n. 44 del 2021, da una parte ha inserito una tutela *ad hoc* per il personale medico coinvolto nella pandemia da Covid-19, e dall'altra parte ha disciplinato le ipotesi di responsabilità dei medici vaccinatori. Con riferimento al primo scenario, si osserva come la normativa fa espresso riferimento alla colpa grave, seppure non ne offre una precisa definizione: nello specifico, l'art. 3 bis prevede che i fatti commessi dal personale sanitario durante il periodo emergenziale,

¹⁸ C. CUPELLI, *Note a prima lettura sugli articoli 3 e 3-bis del d.l. 44/2021, convertito dalla l. 28 maggio 2021, n. 76 (in G.U. n. 128 del 31 maggio 2021)*, in *Sistema Penale*, 2021, par. 5.

¹⁹ G. AMATO, *Covid-19, Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi*, in *Guida al diritto*, n. 16/2021; E. PENCO, *"Norma-scudo" o "norma-placebo"? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Sistema penale*, 13 aprile 2021; P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti durante l'emergenza pandemica*, in *Sistema penale*, 1 giugno 2021.

integranti i reati di morte e lesioni colpose ex artt. 589 e 590 c.p., siano punibili solo in caso di colpa grave; il comma 2 del medesimo articolo dispone che il giudice, nel valutare il grado di colpa dell'esercente la professione sanitaria, è tenuto a considerare tra gli elementi idonei ad escluderne la gravità, la scarsità delle nozioni scientifiche esistenti al momento del fatto commesso relative alle patologie da Covid-19 ed ai trattamenti idonei, la mancanza di risorse utili in proporzione al numero dei casi da fronteggiare, il minor grado di esperienza e conoscenza posseduta dal personale medico per far contrastare l'emergenza²⁰. Il legislatore, esplicitando i presupposti per la valutazione della colpa grave, ne ha consentito in tal modo un accertamento uniforme in sede giudiziale.

Dunque, il legislatore ha esteso la non punibilità del personale medico - oltre ai casi di cui all'art. 590-*sexies* c.p. nell'ipotesi di omicidio colposo e lesioni personali colpose qualora l'evento fosse causato da imperizia nel rispetto delle raccomandazioni inserite nelle linee guida adeguate al caso concreto - ai casi di omicidio colposo e lesioni personali colpose commesse con colpa lieve dal personale impiegato nell'emergenza pandemica, per imperizia, imprudenza o negligenza. Alla luce del quadro delineato, l'esclusione della gravità della colpa nel contesto emergenziale sembra ricondursi alla mancanza di colpevolezza dell'esercente la professione sanitario: si tratterebbe, dunque, di una scusante connessa al principio di inesigibilità di un comportamento diverso da quello attuato nel caso concreto. Relativamente a tale contesto, se da una parte la fattispecie di reato non potrà dirsi configurata, dall'altra parte l'illecito continuerà ad assumere rilevanza sul piano giuridico ai fini civilistici e, pertanto, nell'alveo del risarcimento del danno.

Il secondo scenario, invece, fa riferimento allo scudo penale garantito al medico somministratore del vaccino per la prevenzione da Covid-19 effettuato nel corso della campagna straordinaria. Il legislatore prevede la non punibilità per i fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. verificatisi a causa della somministrazione del vaccino, sempre che quest'ultimo sia conforme alle indicazioni elaborate dalle competenti autorità. Quanto ai requisiti necessari per l'esonero di responsabilità dei vaccinatori, l'art. 3 richiede la verifica dell'evento morte o lesioni, un rapporto di causalità tra la condotta del medico somministratore e l'evento nefasto e la conformità dell'utilizzo del vaccino alle regole cautelari, che, nel caso di specie, sono costituite dalle indicazioni inserite dai soggetti specializzati e dal

²⁰ P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sistema penale*, 2022.

Ministro della salute. Tale scudo penale non esclude, tuttavia, la punibilità nelle ipotesi di imprudenza, imperizia o negligenza del personale sanitario che - ad esempio - non abbia conservato correttamente il vaccino, nel rispetto delle indicazioni relative alla temperatura, ovvero errata anamnesi antecedente alla vaccinazione.

La norma, che sembra configurare una ipotesi di esclusione della colpevolezza del sanitario, costituisce *lex specialis* - più favorevole e, dunque, retroattiva ai sensi dell'art. 2 c.p. - rispetto all'art. 590-*sexies* comma 2 c.p., posto che estende il proprio ambito applicativo alle ipotesi di imprudenza e negligenza, esclude ogni riferimento alla "adeguatezza specificità del caso concreto" e, infine, tralascia qualsiasi accertamento su regole cautelari diverse da quelle espressamente indicate²¹.

In questo contesto, occorre evidenziare la indiscussa rilevanza dell'entrata in vigore della norma in esame: difatti, il legislatore ha inteso mettere al riparo i medici che, timorosi di un addebito di responsabilità per un eventuale effetto avverso del vaccino, erano portati sempre più ad astenersi dalla propria attività a fini cautelativi. Dunque, la previsione è stata introdotta al fine di generare certezza e minore differenza nei confronti della campagna vaccinale.

3. Considerazioni conclusive.

Alla luce del quadro analizzato, occorre chiedersi se la novella in questione abbia rappresentato una innovazione rispetto alle disposizioni introdotte dalla legge Gelli-Bianco e quelle già presenti nel nostro ordinamento ovvero se sia stata un inutile duplicato di concetti ormai consolidati nel mondo del diritto sanitario. A seguito dell'introduzione del c.d. scudo penale nell'emergenza pandemica, si è diffusa l'idea secondo cui tale normativa attribuiva un ingiusto beneficio a medici che, a fronte delle condotte poste in essere, risultavano in realtà colpevoli. All'uopo, la dottrina ha evidenziato che - piuttosto che di ingiustizia - può parlarsi di una norma "*di buon senso e di garanzia*"²² posta a tutela di soggetti che hanno operato in condizioni problematiche, connotate da incertezza scientifica e dalla necessità di proteggere un bene superiore, quale è la salute pubblica.

²¹ C. CUPELLI, *Note a prima lettura sugli articoli 3 e 3-bis del d.l. 44/2021, convertito dalla l. 28 maggio 2021, n. 76 (in G.U. n. 128 del 31 maggio 2021)*, cit., par. 2.3.

²² C. CUPELLI, *Note a prima lettura sugli articoli 3 e 3-bis del d.l. 44/2021, convertito dalla l. 28 maggio 2021, n. 76 (in G.U. n. 128 del 31 maggio 2021)*, cit., par. 7.

Dunque, la norma introdotta nell'emergenza pandemica è servita piuttosto a garantire l'uguaglianza, al fine di non trattare analogamente situazioni tra loro diverse. Secondo altra dottrina, invece, la novella avrebbe introdotto concetti già noti nel nostro ordinamento: secondo alcuni, si sarebbe potuto invocare l'art. 2236 c.c. - quale regola di esperienza -, configurando una responsabilità penale del medico in caso di colpa grave per fronteggiare casi connotati da una speciale difficoltà ovvero da una situazione emergenziale²³; secondo altri, le disposizioni speciali in tema di pandemia da Covid-19 si sarebbero potute evitare utilizzando correttamente le categorie generali della colpa e della causalità²⁴.

In definitiva, lo scudo penale introdotto dal legislatore per tutelare il personale sanitario nel contesto pandemico risulterebbe inutile e persino svantaggioso in quanto circoscritto all'emergenza da Covid-19. Occorre, dunque, pensare ad una revisione dell'art. 590-sexies c.p. che circoscriva la punibilità del personale sanitario alle ipotesi di colpa grave.

²³ P. PIRAS, *op. cit.*, par. 4.

²⁴ P. VENEZIANI, *op. cit.*, par. 7.

L'APPLICABILITÀ DELL'ART. 649 C.P. QUESTIONI "CONTROVERSE" AL BANCO DI PROVA

The applicability of articol 649 c.p. "controversial issues" on the test bench"

di
Serena Scippa *

L'articolo 649 c.p. prevede una disciplina di favore rispetto a fatti commessi contro il patrimonio dove autore e vittima sono legati da una relazione *latu sensu* familiare. Non pochi sono stati i contrasti sorti in giurisprudenza in ordine alla corretta interpretazione della norma, la cui formulazione lascia irrisolti diversi quesiti. La protezione dell'istituzione familiare, anche a discapito del singolo componente, pone, sovente, problemi di plausibilità e legittimità, non consentendo una tutela penale nei confronti di chi, nel caso concreto, abbia interesse alla punizione del colpevole.

Article 649 c.p. provides for favorable discipline with respect to acts committed against property where the perpetrator and victim are linked by a family relationship. Not a few there have been conflicts that have arisen in jurisprudence regarding the correct interpretation of the law, the formulation of which leaves several questions unresolved. The protection of the family institution even to the detriment of the individual member often poses problems of plausibility and legitimacy, not allowing criminal protection against those who, in the specific case, have an interest in punishing the guilty party.

Sommario:– 1. Il regime delle cause di non punibilità: inquadramento dommatico. – 2. Le cause di non punibilità e la rilevanza dell'errore. - 3. Natura giuridica dell'art. 649 c.p.: ipotesi controverse. - 4. La speciale causa di non punibilità di cui all'art. 649 c.p.: fondamento politico – criminale. 5. Limiti di operatività della norma e questioni al vaglio della Corte costituzionale. - 6. Causa di non punibilità ai danni dei prossimi congiunti tra tentativo e consumazione. - 7. Considerazioni conclusive.

* Dottoressa di Ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Roma "Unicusano

1. Il regime delle cause di non punibilità: inquadramento dommatico

Siamo soliti, nel discorrere intorno alle cause di non punibilità, soffermarci su quelle che vengono definite cause di non punibilità² in senso stretto: il soggetto ha commesso un fatto che è reato, antiggiuridico e colpevole, che però non viene punito per l'esistenza di una causa di non punibilità.

Tuttavia, all'interno di tale categoria è possibile individuare una suddivisione tra le cause sopravvenute di non punibilità e le cause originarie di non punibilità.

Nella prima categoria vi rientrano quelle speciali disposizioni che prescrivono una non punibilità, in virtù di un istante logico in cui il soggetto, dapprima punibile, in un secondo momento, per effetto di una sopravvenienza, non lo è più. È il caso della ritrattazione di cui all'articolo 376 c.p., ove il colpevole soggiace ad una esenzione della punibilità, allorquando prima che sia pronunciata una sentenza definitiva sulla domanda pregiudiziale, ritratti il falso o manifesti il vero. Parimenti, l'articolo 56 c.p., 3 co. con riguardo alla desistenza volontaria, prevede la non punibilità del soggetto nel caso in cui volontariamente desista dall'azione.

Con riguardo alle cause originarie di non punibilità, la prima ipotesi che entra in gioco è l'articolo 649 c.p. ossia un istituto che, pacificamente, è qualificato come causa di non punibilità in senso stretto, perché non entra in gioco un evento che sopravviene, ma entra in gioco un evento che preesiste (rapporto di parentela).

La dottrina è divisa in merito all'individuazione della natura giuridica dell'istituto in esame. C'è chi confuta l'articolo 649 c.p. alla stregua di una scusante ovvero di una causa di giustificazione.

Le scusanti, secondo la tesi prevalente, sono quelle situazioni che rendono inesigibile il rispetto del precetto, cioè in presenza di una situazione l'ordinamento ritiene che non sia esigibile il rispetto della regola penale, perché il motivo a delinquere, che ha indotto il soggetto a commettere quel reato, è un motivo talmente rilevante per cui non è possibile rimproverare quel soggetto.

² Per lineamenti generali sull'esimente v. A. LAMBERTI, *L'esimente*; v. I. MERENDA, *Brevi note sui rapporti di famiglia come "causa di non punibilità" nei delitti contro il patrimonio*, in *Cass. Pen.* 2009, p. 2400; vd. V. MILITELLO, *voce Patrimonio*, cit. 30; v. anche G.D. PISAPIA, *Delitti*, cit., p. 156.

Ma, facendo un passo indietro, è d'uopo interrogarsi sulla distinzione tra le cause di non punibilità e le cause di esclusione della colpevolezza. Secondo una prima tesi, la linea di confine tra le norme sarebbe avvalorata sulla base di un criterio letterale, che consentirebbe di capire nella situazione di fatto, quando il legislatore abbia davvero voluto far riferimento a quella motivazione o meno. L'esempio più noto è l'articolo 384 c.p. che viene qualificato come scusante. Il soggetto si deve rappresentare questa situazione fattuale e deve venire a trovarsi in questa situazione, quale l'aver commesso un delitto contro l'amministrazione della giustizia, per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà e nell'onore. Ancora, pacificamente qualificata come scusante è l'articolo 599 c.p. ossia la provocazione. Ma, *funditus*, le fattispecie più interessanti in cui si coglie il rapporto tra le due prefate macrocategorie sono l'articolo 307 terzo comma sull'assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata e 418 terzo comma c.p., che punisce il reato di assistenza agli associati. Queste sono cause di non punibilità al pari dell'articolo 649 c.p. oppure si tratta di scusanti?

Sul punto si sono alternate due tesi: da un lato sono considerate cause di non punibilità al pari dell'articolo 649 c.p. perché, se si confrontano le fattispecie, la legge si limita a dare rilevanza al mero legame di parentela; dall'altro sono delle scusanti, perché l'ordinamento ritiene inesigibile il rispetto di questa regola penale ed è evidente che il legislatore dia rilevanza a questi turbamenti interiori che spingono i soggetti a delinquere o comunque i motivi che impedirebbero di muovere un rimprovero per colpa. Dunque, mentre le cause di non punibilità elidono solo la punibilità, le scusanti elidono la colpevolezza, perché rendono non rimproverabile quel soggetto per quel determinato fatto e quindi, si tratterà ad ogni modo di un fatto tipico e antigiuridico, ma non colpevole. Ancora, non può non indagarsi sulla distinzione tra le cause di non punibilità e le cause di giustificazioni. Come si fa a dire che la legittima difesa è una causa di giustificazione³ e l'articolo 649 c.p. una causa di non punibilità? In effetti, se riflettiamo sulle cause di giustificazione, esse presuppongono a monte un bilanciamento di interessi e perseguono un interesse che il legislatore apprezza e valuta positivamente, essendo normalmente collegate a comportamenti leciti,

³ F. CHIAROTTI, *Le cause di non punibilità*, Bussola, 1946, 29; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Priulla, 1947, p. 39; D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Jovene, 1961, p. 135.

alla stregua dell'intero ordinamento giuridico; non può dirsi, altrettanto, per quanto concerne le cause di non punibilità, essendo mosse da una esigenza di opportunità che inducono il legislatore a non punire.

Nell'ampio ventaglio di soluzioni prospettate dalla dottrina si è parlato, in proposito, di causa di incapacità penale, parziale e relativa⁴ ovvero di una causa di inesistenza del reato e ciò in virtù della necessaria correlazione tra precetto e sanzione che verrebbe meno in questi casi⁵.

In termini opposti si pone quella dottrina che ravvisa nell'articolo 649 c.p. una causa personale di esenzione della pena, che non toglierebbe al fatto la sua rilevanza penale, ma paralizzerebbe in concreto solo l'applicazione della pena, fermi restando, tra gli altri, la responsabilità di partecipanti eventuali al delitto nonché gli effetti civilistici del reato⁶.

2. Le cause di non punibilità e la rilevanza dell'errore

Il vero *punctum dolens* riguarda le cause originarie di non punibilità rispetto alla rilevanza dell'errore. In particolare, si fanno gli esempi della ignoranza, da parte dell'agente, del rapporto familiare che lo lega al soggetto passivo, ovvero dell'erroneo convincimento che il bene aggredito appartenga ad uno dei soggetti di cui all'articolo 649 c.p., mentre in realtà è di un terzo estraneo. La regola è l'applicabilità dell'articolo 59 primo comma c.p. che si applica alle cause di non punibilità originarie anche se il soggetto non si è rappresentato il fatto. La norma testualmente prevede che le circostanze che aggravano ovvero attenuano o escludono la pena, anche se dall'agente non conosciute ovvero ritenute per errore inesistenti si pongono a suo carico.

Il vero caso discusso è la supposizione erronea. Rileva quando abbiamo a che fare con le cause di non punibilità? Si può applicare l'articolo 59 comma 4 c.p.?

⁴ G. MARNI, *Delitti*, cit. pag 38; A. PAGLIARO, *Principi*, p.s., III, p. 36.

⁵ Cfr. F. ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Giuffrè, 1938, p. 3; A. DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, Jovene, 1951, p. 231; in senso conforme, si v. I. MERENDA, *Brevi note*, cit., p. 2408; sul punto anche C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, Giuffrè, 1970, p. 128.

⁶Cfr. G. LATTANZI – E. LUPO, *I delitti contro il patrimonio*, Libro II, artt. 624 – 649 c.p., Giuffrè, 2016; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto*, p.s., II,2,42; v. sul tema anche *Manuale Antolisei*, p.s., I, 442; v. A. LAMBERTI, *L'esimente*, p.100; V. MILITELLO, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. D. pen.*, Utet, 1995, vol. IX, 303; v. anche G.D. PISAPIA, *Delitti*, cit., 52; G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità* in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1960, vol. VI, p. 531.

L'interpretazione letterale dell'articolo 59 co.4 recita *se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.*

Sul punto, la tesi prevalente ritiene che l'articolo 59 co.4 c. p. non possa applicarsi alle cause di non punibilità e, ciò perché il putativo non prevale sul reale, quindi il soggetto non avrà diritto alla causa di non punibilità e, pertanto, sarà punito agli effetti della legge penale⁷.

Le argomentazioni a sostegno di tale interpretazione ruotano attorno ad una esigenza di protezione, *rectius* di non punibilità, derivante dal fatto che il bene oggetto del fatto di reato è legato ad un familiare. Se si arrivasse ad applicare l'articolo 59 co.4 c.p. si darebbe la stura ad un corto circuito in punto di dolo, perché applicare il 59 quarto comma sarebbe, a tutti gli effetti, incongruo.

Una tesi minoritaria, sul punto, afferma che l'articolo 59 comma 4 cod. pen possa applicarsi anche alle cause di non punibilità e ciò sulla base di una interpretazione letterale della disposizione in esame, in cui mancherebbe l'espressa menzione alle cause di giustificazione, così come nel 4 comma della medesima norma, ma indicherebbe le sole circostanze che escludono la pena e, dunque, una locuzione così ampia che potrebbe contenere sia le cause di giustificazione che le cause di non punibilità.

3. Natura giuridica dell'articolo 649 c.p.: ipotesi controverse

La natura giuridica dell'articolo 649 c.p. è soggettiva, essendo incentrata la struttura di questa causa di non punibilità su rapporti di carattere strettamente personale; *ergo* non è mai estensibile al concorrente e soggiace alla regola sancita dall'articolo 119, comma 1 c.p.. Da tali premesse si evince che è esclusa l'applicazione analogica a figure familiari non inquadrabili specificamente in quelle individuate dalla norma.

La norma prevede un doppio regime, ossia quello di non punibilità e punibilità a querela di parte. Nei confronti del coniuge non legalmente separato, di ascendenti o discendenti, affini in linea retta, adottanti o adottati, fratelli o sorelle conviventi, la scelta dell'intervento penale è stata fatta a monte dal legislatore, privando la persona "offesa" dal reato della possibilità di valutare o meno l'indizione di un procedimento penale.

⁷ Per queste considerazioni V. MILITELLO, *voce Patrimonio*, cit. p. 302;

Tale preventiva determinazione soffre una deroga rispetto alla possibilità di procedere ad una punibilità a querela di parte nei casi in cui i rapporti familiari risultino meno intensi, come nel caso di zii, nipoti o affini di secondo grado conviventi con il soggetto attivo del reato.

Le opinioni sono, dunque, concordi nel riconoscere la mancanza di querela come ipotesi di improcedibilità, sia sul piano processuale che sostanziale⁸. Particolarmente controverso appare l'applicabilità della norma *de qua* al convivente di fatto. La questione è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

In un primo momento essa era stata considerata manifestamente infondata, perché l'esimente accordata sarebbe radicata nello speciale *status* familiare riservato al coniuge non legalmente separato.

Della questione è stata investita la Corte costituzionale che con sentenza n° 352 del 2000 ha stigmatizzato la non irrazionalità della mancata parificazione del convivente *more uxorio* rispetto al coniuge, circa il profilo della disparità di trattamento. Il *dictum* della Corte ritiene che non possa ritenersi effettuata una completa parificazione dei regimi della famiglia fondata sul matrimonio e quella di fatto, mancando la seconda dei caratteri della stabilità e certezza proprio del vincolo coniugale e basandosi, per lo più, sull'*affectio* quotidiana, libera e in ogni momento revocabile.

Un isolato precedente della Suprema Corte di Cassazione è stato quello del 2015 n° 39280, in ordine all'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p. nei delitti contro il patrimonio nei confronti del convivente *more uxorio*, prevedendo che il furto commesso in danno del convivente *more uxorio* lo è a querela dell'offeso.

Tale statuizione si fonda su una nozione di famiglia e di coniugio in linea con i mutamenti sociali, al passo con l'entrata in vigore della Legge Cirinnà 76/2016 sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto, caratterizzata da una assistenza reciproca e da una convivenza fondata su comuni ideali e stili di vita.

A sostegno di tale equiparazione interviene il diritto europeo che all'articolo 8 CEDU prevede «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza».

⁸V. MILITELLO, *voce Patrimonio*, cit. p. 301; anche, A. CARMONA, *Tutela*, cit. p. 219.

Tale interpretazione si fonda su una visione onnicomprensiva fatta propria dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in cui si accoglie la nozione di rapporti di fatto⁹.

Infatti, ai sensi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il diritto a sposarsi ed il diritto a fondare una famiglia sono complementari ma distinti (art. 9); ed è la famiglia in generale, e non il matrimonio, ad essere titolare del diritto di protezione previsto dall'articolo 33¹⁰.

A sostegno di tale prospettazione militano: da un lato, l'introduzione dell'articolo 574 ter all'interno del Codice penale prescrivendo che *agli effetti della legge penale il termine matrimonio si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Quando la legge penale considera la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato essa si intende riferita anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso*; dall'altro il dlgs. del 19 gennaio 2017, n° 6 ha introdotto all'articolo 649, co.1 un nuovo comma *1 bis*, estendendo l'ambito applicativo della causa di esclusione della punibilità a favore di chi commette un delitto contro il patrimonio ai danni della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, al fine di comportare una equiparazione della posizione rispetto a quella del coniuge, non prescrivendo alcunché per le unioni civili rette da persone di sesso diverso¹¹.

4. La speciale causa di non punibilità: fondamento politico - criminale

I delitti contro il patrimonio sono caratterizzati dalla presenza di una speciale causa di non punibilità, quella di cui all'art. 649 c.p., relativa ai delitti commessi in danno di prossimi congiunti.

La *ratio* della disposizione è ascrivibile ad un duplice ordine di profili: da un lato, secondo quanto previsto dalla Relazione al Codice, rilevano le peculiari caratteristiche dei rapporti familiari, all'interno dei quali si rinviene una

⁹ In tal senso, si v. sent. 13 giugno 1979 *Marckx vs Belgio* e sent. 13 dicembre 2007, *Emonet ed altri contro Svizzera*.

¹⁰ In tal senso, M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.* 2008, 572; per ulteriori rilievi critici nei confronti della impostazione adottata dalla Corte costituzionale, v. V. SCORDAMAGLIA, *Prospettive*, cit., p. 336; anche G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto, p.s.*, II, t.2, p. 40; S. BELTRANI, *La (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Cass. Pen.* 2008, n. 2860.

¹¹ Sul tema di recente la giurisprudenza con sentenza n° 37873 del 2019 ha affermato, in maniera non equivoca, la non applicazione della suddetta causa di esclusione della punibilità per i reati contro il patrimonio commessi in danno del coniuge e dei congiunti.

“confusione di sostanze, una comune destinazione dei beni per piena comunicazione dei diritti, per continuazione di personalità, per necessaria società di vita¹²”; dall’altro, non possono essere trascurati gli effetti pratici e pregiudizievoli che una determinata causa di non punibilità, in termini di turbamenti creati da intromissioni della giurisdizione penale, potrebbe comportare in ordine ai rapporti familiari, alla loro stabilità e alla loro evoluzione¹³.

Non si discute sul disvalore penale della condotta posto in essere, ma si esclude la mera punibilità per la salvaguardia di interessi preminenti, quali la stabilità dell’assetto familiare.

Già nel codice Zanardelli all’art. 433 era disposta la non procedibilità ovvero la procedibilità a querela della persona offesa per alcuni delitti contro il patrimonio¹⁴ commessi a danno dei propri congiunti. Si tratta, dunque, di una norma che si pone in linea di continuità rispetto alle previsioni precedenti all’attuale Codice penale e che viene, comunemente, individuata nel riconoscimento della famiglia, quale struttura sociale tendenzialmente autonoma. Secondo altra prospettiva, si è detto che alla base della previsione vi è “una ragione essenzialmente personalistica, attinente all’autore ed alla sua (ridotta o assente) pericolosità soggettiva¹⁵”.

¹² V. MILITELLO, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. D. pen.*, Utet, 1995, vol. IX, 299; v. sul tema anche *Manuale Antolisei*, p.s., I, 441; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto*, p.s., II, 2, 39; F. MANTOVANI, *Diritto, p.s. patrimonio*, 55; V. SCORDAMAGLIA, *Prospettive di una nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1991, p. 366.

¹³ A. CARMONA, *Tutela penale del patrimonio*, Mulino, 1996, p. 222; A. LAMBERTI, *L’esimente dei rapporti di famiglia nei delitti contro il patrimonio*, Boccia, 1982, p. 81; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, p. 452.

¹⁴ Molti autori si sono soffermati sul carattere della norma in esame, in quanto frutto di concezioni sociali ormai obsolete; hanno, inoltre, osservato che analoghe norme sono state recentemente espunte dai codici di altri Paesi con tradizioni di codificazione vicine al nostro, G. LATTANZI – E. LUPO, *I delitti contro il patrimonio*, Libro II, artt. 624 – 649 c.p., *Giuffrè*, 2016; vd. V. MILITELLO, voce *Patrimonio*, cit., 304; v. anche A. CARMONA, *ibidem*, p. 223; v. F. FIERRO CENDERELLI, voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, in *Dig. D. pen.*, Utet, 1991; *contra* per la giusta affermazione della causa di non punibilità in esame, G. MARNI, *Delitti contro il patrimonio*, Giappichelli, 1999, p. 39).

¹⁵ F. SGUBBI, voce *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, *Giuffrè*, 1992, vol. XXXII, p. 382; v. G. BATTAGLIANI, *La querela*, Utet, 1958, p. 28).

5. Limiti di operatività della norma e questioni al vaglio della Corte costituzionale

L'attenta lettura della norma mostra come al secondo comma non vi rientrino fattispecie di delitti previsti dal capo dei delitti contro il patrimonio commesso con violenza alle persone.

Il 649 cod. pen. esclude espressamente di far rientrare sotto l'alea della non punibilità i delitti di rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo di estorsione.

Riprendendo quanto sopra esposto le valutazioni di opportunità circa la non applicazione della sanzione penale ovvero l'applicazione sottoposta alla querela della persona offesa cedono il passo di fronte ad una condotta lesiva esorbitante rispetto alla sfera meramente patrimoniale. È questo il caso dell'utilizzo della violenza nei reati esclusi.

Circa il fondamento di tale esclusione, in dottrina, si è affermato che *il limite preciso sul piano sostanziale dei beni in gioco la portata del riconoscimento dello Stato all'autonomia della famiglia: ciò è ammesso solo per i rapporti esclusivamente patrimoniali e non invece per quelli coinvolgenti ad esempio beni personali anche se pur sempre di titolarità di membri della famiglia*¹⁶.

L'espressa esclusione della rapina, dell'estorsione e del sequestro di persona è poi giustificata dalla necessità di reprimere l'impiego della violenza fisica o psichica contro le persone. *Quid iuris* per la minaccia ovvero per la violenza meramente morale?

Il silenzio della legge potrebbe far propendere per l'applicabilità della norma rispetto ai soli casi di minaccia, come nel caso del delitto di cui all'articolo 628 c.p. commesso per il solo tramite di un *metus* verbale e non anche fisico, in quanto opinando mediante argomentazioni di segno opposto si arriverebbe ad una abrogazione di fatto della distinzione tra le modalità delle violenze e della minaccia menzionate autonomamente dalla legge¹⁷. Tuttavia, appare maggioritaria la tesi che propende per una parificazione della violenza e della minaccia, costituendo quest'ultima una coazione psichica o morale, così come affiancata nella intestazione del capo I del Titolo XIII¹⁸.

¹⁶V. MILITELLO, voce *Patrimonio*, cit. p. 300.

¹⁷ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto*, p.s., II, t.2, p.42.

¹⁸ Sul punto si vd. F. MANTOVANI, *Diritto, p.s.patrimonio*, p. 56.

Non pochi dubbi ha comportato la netta definizione dei reati esclusi dall'ambito di operatività della norma di cui al 649 c.p. In particolare, è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale circa l'applicabilità di siffatta norma all'usura, eccedendo la violazione dell'articolo 3 della Costituzione. L'indicazione tassativa delle fattispecie per le quali è esclusa l'applicazione dell'esimente di cui al 649 c.p. impedirebbe una estensione di tal fatta. La Corte costituzionale con sentenza n° 258 del 2012, evitando di pronunciarsi nel merito della questione, ne ha dichiarato la manifesta inammissibilità. La questione avrebbe, in concreto, comportato l'introduzione di una nuova ipotesi di esclusione della causa di non punibilità prevista dall'articolo 649 cod. pen., con un effetto peggiorativo sul trattamento penale previsto nel caso di commissione di usura a danno dei congiunti. Si potrebbe, altresì, rilevare che un accoglimento avrebbe dato vita ad un sindacato con effetti in malam partem, precluso alla Corte, dato la stringente applicazione del principio della riserva di legge assoluto di cui all'articolo 25, 2 co. Cost.

6. Causa di non punibilità ai danni dei prossimi congiunti tra tentativo e consumazione

Tale causa di non punibilità, seppure tassativamente prevista e ben delineata, fa sorgere dubbi interpretativi in merito alla sua applicazione, con esclusivo riguardo al profilo della consumazione del reato. Non può certo revocarsi in dubbio la chiarezza espositiva della norma *de qua* nell'applicazione alle ipotesi di fattispecie consumate, vale a dire quelle in cui il fatto di reato ha raggiunto la sua massima gravità. E per le fattispecie tentate? Si potrebbe applicare una causa di esclusione della punibilità nel caso di fattispecie rimasta allo stadio del tentativo e non consumate?

L'evidente problema interpretativo farebbe discendere non poche conseguenze in termini di intervento penale. Ragionando sulla base delle categorie del diritto penale, avallate anche dalla giurisprudenza maggioritaria, si sarebbe indotti a negare l'estensione della esimente alle ipotesi tentate, argomentando sulla autonomia del delitto tentato nonché sul principio di tassatività del diritto penale, in ossequio al noto brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

La norma della legge è abbastanza chiara nell'escludere la sua applicabilità *per ogni delitto contro il patrimonio che sia stato commesso con violenza alle persone*. In questo caso, tale formulazione consentirebbe di ritenere integrato

qualsiasi delitto contro il patrimonio, anche in forma tentata. Con sentenza n° 43341 del 2014 la Corte, su una vicenda di tentata estorsione commessa con violenza ai danni della madre, ha ribadito il divieto di estendere l'esclusione prevista all'ultimo comma per i reati di cui agli artt. 628, 629 e 630 cod. pen anche alle ipotesi tentate, sulla base di quanto detto in precedenza. L'orientamento dominante in giurisprudenza ribadisce che il primo comma dell'articolo 649 c.p. è limitato alle sole ipotesi di delitti consumati di rapina, estorsione e sequestro a scopo di estorsione. Altresì, in ordine alla formula onnicomprensiva adottata dalla seconda parte dell'ultimo comma, che limita l'applicazione della norma prevista dall'art. 649 cod. pen ad *ogni altro delitto contro il patrimonio, che sia stato commesso con violenza alle persone*, deve ritenersi che essa trovi applicazione anche per le ipotesi tentate, che siano state realizzate mediante l'impiego della violenza sulle persone.

Dunque, ragionando mediante un procedimento di eliminazione mentale rispetto a quanto espressamente statuito, ne deriva che rientrano nel regime di applicazione della causa di non punibilità prevista dal primo comma o della procedibilità a querela prevista dal secondo comma, tutte quelle ipotesi tentate di delitti contro il patrimonio, che non siano commessi con violenza sulle persone, stante la diversità normativa e ontologica tra violenza e minaccia¹⁹.

7. Considerazioni conclusive

Di recente, si è discusso in ordine all'adeguatezza della attuale disciplina dell'articolo 649 c.p., il quale prevede una causa di esclusione della punibilità per i reati commessi in danno dei prossimi congiunti.

Si tratta di una norma che, in virtù della rilevanza attribuita alla famiglia e al valore costituzionale che riconosce, dovrebbe necessariamente tenere il passo rispetto all'evoluzione della visione personalistica della Costituzione.

Si potrebbe ritenere necessario un adeguamento della esimente rispetto ai tempi e alle mutevolezze che pervadono i diritti dei singoli, anche nei luoghi ove si svolge la propria personalità, quale la famiglia, ben potendovi essere situazioni nelle quali un soggetto che subisce un delitto abbia interesse alla sua repressione. L'automatica esclusione della punibilità, intesa nel senso di cui si è discusso, potrebbe creare delle aporie rispetto a quei soggetti avvinti da un forte senso di giustizia che ha la meglio rispetto al rapporto familiare.

¹⁹ Cass., sez. II, 27 febbraio 2009, n° 12403; Cass. Sez. II, 15 marzo 2005.

RIFLESSIONI SULLA “MITOSI” DEI REATI DEL CURATORE, FRA STATICA NORMATIVA E DINAMICA DEL BENE GIURIDICO

*On the 'mitosis' of the offenses committed by the (bankruptcy) trustee,
between static normativity and the dynamics of legal goods*

di

Christoph Simon Thun Hohenstein Welsperg *

Questo contributo mira ad analizzare luci e ombre dei “nuovi” reati del curatore contenuti nel Codice della crisi, che convivono con le fattispecie “matri” rinvenibili nella l. fall.. Più nel dettaglio, considerato che, salvo alcuni profili di discontinuità, non si sono verificati significativi mutamenti a livello di formulazione delle fattispecie, si tenterà di rileggere lo statuto penale del curatore della liquidazione giudiziale ponendo al centro l’interesse dei creditori a vedere soddisfatti i propri diritti, in un’ottica, quindi, monoffensiva.

This paper aims to analyse the strengths and weaknesses of the “new” offenses of the (bankruptcy) trustee contained in the “Codice della crisi” (d.lgs. 14/2019), coexisting with the “parent” offenses that can still be found in the “legge fallimentare” (R.D. 267/1942). More specifically, considering that, except for some aspects of discontinuity, there have been no significant changes in the formulation of the offenses, an attempt will be made to re-examine the penal offenses of the trustee, focusing on the creditors’ interest in having their rights satisfied.

Sommario: 1. Introduzione – 2. Interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale (art. 334) – 2.1. Bene giuridico – 2.2. Fatto tipico – 2.3. Rapporti fra norme e prospettive di riforma – 3. Accettazione di retribuzione non dovuta (art. 335) – 3.1. Fatto tipico – 3.2. Conseguenze sanzionatorie e prospettive di riforma – 4. Omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale (art. 336) – 4.1. Fatto tipico – 4.2. Rapporti fra norme e prospettive di riforma – 5. I reati dei coadiutori del curatore (art. 337).

* Dottorando di ricerca in diritto penale nell’Università di Trento

1. Introduzione.

Il 15 luglio 2022 sono entrati in vigore i “nuovi” reati del curatore della liquidazione giudiziale e dei suoi coadiutori, accolti dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII, d.lgs 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155).

Non ci si dilungherà troppo su questioni “pacifiche” relative ai reati in esame: lo scopo del presente articolo è infatti quello di analizzare luci ed ombre dei nuovi reati del curatore, approfondendo altresì i profili di continuità e discontinuità fra le diverse norme.

Come si può leggere nella relazione sulla legge fallimentare (Regio decreto del 16 marzo 1942 n. 267), con l'introduzione della (allora) nuova disciplina del fallimento la responsabilità del curatore riceveva una sistemazione molto più ampia di quella che le assicurava il codice del commercio, che la concentrava in una fattispecie di malversazione, definita «poliedrica e spesso incerta».

Il legislatore dell'epoca, pur optando in generale per la riconduzione della responsabilità del curatore ai singoli reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – con l'unica eccezione dell'art. 228 legge fallimentare, oggi affiancato dall'art. 334 CCII –, reputando superflua a fini pratici (nonché dannosa a fini di sistema) la formulazione di fattispecie specifiche solo perché soggetto ne sarebbe stato un pubblico ufficiale determinato (il curatore), si riservò di individuare due (allora) nuove figure di reato, che non avevano un preciso corrispondente nello statuto dei pubblici ufficiali. Si tratta dell'accettazione di retribuzione non dovuta e dell'omessa consegna o deposito di cose del fallimento (artt. 229 e 230 legge fallimentare, oggi affiancati dagli artt. 335 e 336 CCII).

Allora come ora, lo studio dei reati del curatore non è, quindi, lo studio di una disciplina che corre parallela a quella dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ma quello di un “microsistema” che vive, in larga parte, di vita autonoma.

Si precisa, a livello generale, che con l'entrata in vigore del CCII le norme si ritrovano ‘bonificate’ dalla terminologia tipica del fallimento, che lascia il posto al più ‘neutro’ riferimento alla liquidazione giudiziale. Si tratta di una modifica fondamentale nel disegno della riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza. Significativo è, infatti, che la legge 19 ottobre 2017, n. 155 contenesse già all'art. 2, co. 1, lett. a), il principio generale, cui si sarebbe dovuto attenere il legislatore delegato, di «sostituire il termine “fallimento” e i suoi derivati con l'espressione “liquidazione giudiziale”, adeguando dal punto di

vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose».

Dalla relazione illustrativa del disegno di legge delega si desume che la proposta di abbandonare la «pur tradizionale espressione di “fallimento” (e quelle da essa derivate), in conformità a una tendenza già manifestatasi nei principali ordinamenti europei di *civil law* (tra cui quelli di Francia, Germania e Spagna), [è] volta a evitare l’aura di negatività e di discredito, anche personale, che storicamente a quella parola si accompagna; negatività e discredito non necessariamente giustificati dal mero fatto che un’attività d’impresa, cui sempre inerisce un corrispondente rischio, abbia avuto un esito sfortunato. Anche un diverso approccio lessicale può quindi meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell’insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un’impresa, da prevenire ed eventualmente regolare nel modo migliore, ma non da esorcizzare».

Da ultimo, si precisa che i rapporti delle “nuove” fattispecie con le norme “madri e gemelle” tutt’ora contenute nella legge fallimentare sono regolati dall’art. 390, co. 3, CCII, il quale stabilisce che «[q]uando, in relazione alle procedure di cui ai commi 1 e 2, sono commessi i fatti puniti dalle disposizioni penali del titolo sesto [della legge fallimentare] ai medesimi fatti si applicano le predette disposizioni». Le procedure di cui al co. 1 sono quelle che concernono ricorsi per dichiarazione di fallimento, proposte di concordato *et similia* depositati prima dell’entrata in vigore del CCII; le procedure di cui al co. 2 sono invece le procedure di fallimento e le altre procedure di cui al co. 1 pendenti alla data di entrata in vigore del CCII, nonché le procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al medesimo comma.

2. Interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale (art. 334).

La fattispecie che apre il microsistema oggetto di questa trattazione è quella che punisce l’interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale. Essa ricalca il contenuto dell’art. 228 legge fallimentare. Quest’ultima norma fu introdotta dal legislatore del 1942 essenzialmente per inasprire la pena prevista dall’art. 324 c.p. (interesse privato in atti di ufficio, abrogato dalla l. 26 aprile 1990, n. 86) con la contestuale previsione della pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici.

In seguito all'abrogazione della fattispecie 'gemella' dell'art. 324 c.p. ad opera della legge 26 aprile 1990, n. 86 è stato ipotizzato un contrasto dell'art. 228 legge fallimentare con l'art. 3 Cost. in base al rilievo che si sarebbe determinata una disparità di trattamento fra il curatore e gli altri pubblici ufficiali, non più minacciati dalla scure dell'art. 324 c.p.

La sent. Corte cost. 414/1994 ha negato il contrasto con l'art. 3 Cost. sul duplice rilievo: *a)* che il legislatore ha dotato di autonomia strutturale ed editale la fattispecie in commento, la quale è quindi disomogenea rispetto all'art. 324 c.p.; *b)* che non si è determinata una indiscriminata *abolitio criminis* delle condotte del pubblico ufficiale già qualificabili come fatti di interesse privato in atti di ufficio, essendo queste state ricondotte a nuove fattispecie (artt. 323 e 326 c.p.).

In seguito alla modifica dell'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio) operata dalla l. 16 luglio 1997, n. 234 per porre un argine al proliferare di procedimenti penali a carico di pubblici amministratori per il reato di abuso d'ufficio intentati in relazione a scelte e comportamenti rientranti nella sfera della discrezionalità amministrativa, l'art. 228 legge fallimentare è stato nuovamente oggetto di un giudizio di costituzionalità.

La Corte, nella sent. 69/1999, ha tuttavia dichiarato infondate tutte le censure: *a)* quanto all'art. 3 Cost., perché la scelta del legislatore di mantenere la specifica disciplina dell'art. 228 legge fallimentare anche nei confronti del nuovo delitto di abuso d'ufficio «rappresenta esercizio di discrezionalità legislativa non censurabile in sede di scrutinio di costituzionalità». Infatti, l'autonoma fattispecie incriminatrice di cui all'art. 228 legge fallimentare assoggetta a sanzione condotte «per loro natura non suscettibili di rigida schematizzazione formale, che, pur lesive [...] degli interessi tutelati dalle diverse procedure, sfuggirebbero tuttavia alla previsione dell'art. 323 cod. pen., non comportando – per l'ampia discrezionalità propria dell'attività gestoria svolta dai pubblici ufficiali considerati – la diretta violazione di una norma di legge o di regolamento»; *b)* quanto all'art. 25, co. 2, Cost., perché è possibile (nonché diffusa nella giurisprudenza di merito) una interpretazione in senso restrittivo della norma, in quanto tale aderente ai principi costituzionali.

2.1. Bene giuridico.

Molti autori hanno sostenuto che l'art. 228 legge fallimentare tutela beni giuridici di carattere eminentemente pubblicistico e, segnatamente,

l'amministrazione della giustizia², quale *species* del *genus* pubblica amministrazione (ovvero, in alcuni particolari casi, la pubblica amministrazione in senso stretto)³. È stato quindi relegato in secondo piano il riferimento all'interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti⁴, tenuto in maggiore considerazione dalla giurisprudenza⁵, sia pure in chiave plurioffensiva. Sembra però opportuno considerare assorbente (in chiave, quindi, monoffensiva) la tutela di quest'ultimo bene (interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti) in quanto: *a)* *raison d'être* della procedura di liquidazione giudiziale è proprio la tutela dei diritti dei creditori; *b)* l'interesse dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti è “trasversale” e caratterizzante ogni tipo di procedura concorsuale, ciò a differenza di quanto potrebbe dirsi rispetto ai soggetti che si occupano di “gestire” le procedure presidiate dalla norma in commento: si consideri, infatti, che alcune di esse fanno capo, più che alla giustizia concorsuale, alla p.a.. Se si ritenesse tutelato un bene di carattere pubblicistico, si priverebbe quindi di unitarietà l'oggettività giuridica della fattispecie in commento, da individuare, in base al soggetto attivo, o nell'amministrazione della giustizia o nella p.a.

La norma sembra esprimere una tutela esasperatamente anticipata del bene giuridico, perché non richiede nemmeno la messa in pericolo dell'interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti; anche senza richiedere un danno, occorre però comunque insistere sull'esigenza di riscontrare in modo rigoroso, in omaggio al principio di offensività, per lo meno un pericolo di tipo concreto per il bene tutelato⁶.

² P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 331.

³ A. CADOPPI, *I reati del curatore e dei suoi ausiliari*, in F. Bricola, F. Galgano, G. Santini (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1984, 76-79. Per una recente riflessione sul bene giuridico tutelato dalla norma in commento si rinvia a L. PELLEGRINI, *L'interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Cass. Pen.*, Vol. 3, 2022, pp. 1265-1267.

⁴ L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1991, 376-377; A. ROSSI, *Reati fallimentari*, in F. Antolisei [Grosso (a cura di)], *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, XIV ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 311.

⁵ C. SANTORIELLO, *I reati del curatore fallimentare*, CEDAM, Padova, 2002, p. 173.

⁶ N. SELVAGGI, *Le altre fattispecie di reati fallimentari*, in F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 1015.

L'interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale può quindi essere descritto come un reato di pericolo concreto⁷, contrariamente a quanto sostiene quella giurisprudenza di Cassazione che ritiene sufficiente, ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 228 legge fallimentare, che si determini una situazione di conflitto fra interesse privato del curatore e finalità della procedura, indipendentemente dal fatto che si verifichino effetti in concreto pregiudizievoli per i creditori (Cass. pen., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 46802).

Sono invece apprezzabili le argomentazioni spese dalla Suprema Corte in Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2000, n. 4043, in cui si sostiene che è sufficiente (ma anche necessario) che la presa di interesse privato da parte del curatore negli atti del fallimento (oggi: liquidazione giudiziale) comporti, in relazione all'interesse della procedura, un risultato di minore consistenza (in senso qualitativo o quantitativo) rispetto a quello che si sarebbe ottenuto in mancanza dell'ingerenza profittrice.

2.2. Fatto tipico.

Sono soggetti attivi: *a*) il curatore della liquidazione giudiziale; *b*) i coadiutori del curatore (art. 337 CCII); *c*) il commissario del concordato preventivo (art. 341, co. 2, lett. c) CCII); *d*) il commissario liquidatore nel caso di liquidazione coatta amministrativa (art. 343, co. 2, CCII); *e*) il commissario speciale di cui all'art. 37 d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, e le persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della procedura (art. 343, co. 3, CCII).

Non rileva, ai fini dell'integrazione della norma in commento, il possesso (o meno) da parte del curatore della qualifica di pubblico ufficiale al momento della condotta. Tuttavia, questo dato, sul quale in questa sede non ci si soffermerà⁸, riacquista spessore nell'ambito dell'operatività della clausola di sussidiarietà espressa.

La norma incriminatrice gravita attorno alla condotta del *prendere interesse privato* in qualsiasi atto della liquidazione giudiziale *direttamente o per interposta persona o con atti simulati*. Nonostante essa precisi che il curatore può essere punito laddove tenga la condotta "direttamente o per interposta persona o con atti simulati", il reato rimane a forma libera, dato l'ampissimo spettro di condotte che astrattamente potrebbero integrare la fattispecie del "prendere interesse".

⁷ *Contra*, nel senso del reato di pericolo presunto, A. ROSSI, *op. cit.*, p. 318.

⁸ Si rinvia, per una approfondita trattazione di questo punto, a L. PELLEGRINI, *op. cit.*, pp. 1267-1272.

Fondamentale per determinare la latitudine della locuzione “prendere interesse privato” è la sent. Corte cost., 69/1999 intervenuta (per vero) sulla fattispecie “madre e gemella” dell’art. 228 legge fallimentare.

Secondo la Consulta, «per la sussistenza del reato non è sufficiente la mera coincidenza o coesistenza di un interesse privato convergente o compatibile con l’interesse pubblico, né, tantomeno, la mera violazione di un obbligo di astensione».

Come l’art. 228 legge fallimentare, anche la norma in commento va infatti interpretata nel senso, costituzionalmente orientato, che restano «estraneie all’area della rilevanza penale tutte quelle ipotesi in cui si realizzi una mera coincidenza tra i vantaggi privati e gli interessi dell’ufficio o in cui comunque l’interesse privato del pubblico ufficiale non risulti, in concreto, rivolto a perseguire un vantaggio personale che si ponga in contrasto con le finalità delle procedure concorsuali [...]» (Corte cost., sent. 69/1999). Il curatore deve, in altre parole, perseguire un interesse particolaristico, estraneo e contrastante con le finalità della procedura concorsuale, cioè sfruttare l’ufficio in funzione di un tornaconto personale⁹. Inoltre, la presa di interesse deve consistere in una “effettiva ingerenza profittatrice”¹⁰, con correlativa strumentalizzazione dell’atto pubblico ad un fine privato, contrario o confliggente con l’interesse della procedura concorsuale.

Secondo parte della giurisprudenza, il delitto in commento sarebbe integrato anche nel caso di “comportamento acquiescente ad iniziative illecite di terzi” o di “volontaria abdicazione all’esercizio delle prerogative funzionali” in favore di soggetti che versino in una situazione di conflitto di interessi rispetto alle finalità della procedura, non richiedendo che si verifichino effetti in concreto pregiudizievoli per i creditori (Cass. pen., sez. V, 12 marzo 2019, n. 28032).

Questa interpretazione è criticabile perché: *a*) tende a ritenere configurabile la fattispecie anche in forma omissiva, laddove il dato testuale (*prendere* interesse, più pregnante di *avere* interesse) sembra precludere una simile interpretazione¹¹; *b*) non si cimenta con il problema del concorso di persone nel reato, istituto che potrebbe evitare forzature del dato testuale.

⁹ P. NUVOLONE, *op. cit.*, p. 334.

¹⁰ A. ROSSI, *op. cit.*, p. 318.

¹¹ *Contra*, da ult., L. PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 1274.

Si segnala, infine, che la giurisprudenza tende ad interpretare estensivamente il concetto di “atto della liquidazione giudiziale”, anche in forza del dettato normativo, che peraltro fa riferimento a *qualsiasi* atto della liquidazione giudiziale. Il reato può quindi configurarsi anche in relazione ad un atto che non sia di stretta competenza della curatela¹². Sembra, da ultimo, doversi escludere la configurabilità del tentativo, che si risolverebbe nella punizione di un pericolo di pericolo, in contrasto con il principio di offensività¹³.

2.3. Rapporti fra norme e prospettive di riforma.

Già nella sent. Corte cost. 414/1994 veniva richiamata l’attenzione del legislatore «sull’esigenza di coordinamento del vigente art. 228 della legge fallimentare con le modifiche introdotte per i reati commessi da pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ad alcuni dei quali detto articolo [...] rinvia presupponendo situazioni normative oggi abrogate o sostituite». Nemmeno l’entrata in vigore del CCII è riuscita ad allinearsi al monito lanciato dalla Corte quasi trent’anni fa.

Da ultimo, è necessario riportare che la relazione finale depositata dalla Commissione ministeriale sui reati fallimentari, istituita con D.M. 13 ottobre 2021, propone «l’abrogazione integrale di questa disposizione incriminatrice, così da rendere le ipotesi di responsabilità penale del curatore e delle persone che lo coadiuvano nell’amministrazione della liquidazione giudiziale integralmente ricondotte allo statuto penale dei pubblici ufficiali in generale, anche in considerazione del fatto che le norme di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 321, 322 e 323 del codice penale vengono a coprire integralmente ogni possibile azione penalmente illecita posta in essere dal curatore e dalle persone che lo coadiuvano nell’amministrazione della liquidazione giudiziale nell’esercizio delle loro funzioni».

Si segnala che, per lo meno quanto alla norma in commento, quest’ultimo rilievo non sembra cogliere nel segno. Infatti, anche solo la storia delle questioni di costituzionalità sollevate in relazione all’art. 228 legge fallimentare dimostra che la norma, in astratto, punisce una serie più ampia di condotte.

¹² Cass. pen., sez. V, 22 febbraio 1994, n. 4173; in dottrina A. ROSSI, *op. cit.*, 318; G.G. SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta. Il ruolo del curatore nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 98.

¹³ *Contra* A. ROSSI, *op. cit.*, p. 319; L. CONTI, *op. cit.*, p. 379.

Ciò non toglie che sia del tutto condivisibile la proposta di abrogazione della fattispecie o, in alternativa, un suo ammodernamento in chiave di coordinamento sistematico e di precisazione tassativizzante dei contenuti.

3. Accettazione di retribuzione non dovuta (art. 335).

Il nuovo art. 335 ricalca il contenuto dell'art. 229 legge fallimentare e affianca alla sanzione civile della nullità, comminata dal menzionato art. 137, co. 4¹⁴, seconda parte, la sanzione penale. Nella relazione sulla legge fallimentare del 1942 si precisa che questa fattispecie «non può confondersi con la corruzione, mirando a colpire la venalità del curatore che riceva o pattuisca più di quanto gli sia dovuto per gli atti della sua gestione».

Si è sostenuto che la *ratio* della tutela penale della fattispecie in commento sarebbe la difesa dell'interesse dell'amministrazione fallimentare e dei creditori, nonché del prestigio del curatore¹⁵, o comunque che il bene giuridico tutelato sarebbe la regolare amministrazione della procedura fallimentare¹⁶. Sembra tuttavia opportuno, per le stesse ragioni che si sono già elencate trattando dell'art. 334 CCII, considerare prevalente e assorbente (in chiave, quindi, monoffensiva) la tutela dell'interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti. Si è infatti affermato che questo interesse potrebbe essere esposto «a pericolo nel caso in cui il curatore avendo acquisito una retribuzione si collochi nell'oggettiva situazione incompatibile con la posizione d'imparzialità richiestagli dalla legge»¹⁷. Anche in questo caso la norma sembra esprimere una tutela anticipata del bene giuridico, perché non richiede testualmente che siano danneggiati o messi in pericolo gli interessi della massa dei creditori. Tuttavia, è fondamentale ribadire la necessità di verificare, in conformità al principio di offensività, almeno la presenza di un pericolo concreto per il bene salvaguardato.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 137, co. 4, CCII, "[n]essun compenso, oltre quello liquidato dal tribunale, può essere preteso dal curatore, nemmeno per rimborso di spese. Le promesse e i pagamenti fatti contro questo divieto sono nulli ed è sempre ammessa la ripetizione di ciò che è stato pagato, indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale".

¹⁵ A. ROSSI, *op. cit.*, p. 320.

¹⁶ G. MANCA, *sub artt. 229-231*, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, in F.C. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2007, p. 1292.

¹⁷ N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 1017.

3.1. Fatto tipico.

Sono soggetti attivi: *a)* il curatore della liquidazione giudiziale; *b)* i coadiutori del curatore (art. 337 CCII); *c)* il commissario del concordato preventivo (art. 341, co. 2, lett. c) CCII); *d)* il commissario liquidatore nel caso di liquidazione coatta amministrativa (art. 343, co. 2, CCII); *e)* il commissario speciale di cui all'art. 37 d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, e le persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della procedura (art. 343, co. 3, CCII).

La norma punisce il curatore della liquidazione giudiziale che *riceve o pattuisce una retribuzione, in danaro o in altra forma, in aggiunta di quella liquidata in suo favore dal tribunale o dal giudice delegato*, contemplando, quindi, due fattispecie (*ricevere una retribuzione o pattuire una retribuzione*), tanto che si potrebbe parlare di “reato a duplice schema”, punite allo stesso modo¹⁸ e collocate in ordine di progressione *a minore ad maius* quanto alla lesione del bene giuridico tutelato.

La condotta di pattuizione si colloca su un piano di minore gravità, mentre quella di ricezione si colloca (progressivamente) su un piano di maggiore gravità. Pertanto, la pattuizione che preceda la ricezione, pur essendo astrattamente sufficiente a fondare la punibilità ai sensi della norma in commento, rappresenterebbe un antefatto non punibile, costituendo essa il normale antecedente della condotta di ricezione¹⁹.

La fattispecie di *pattuizione* di retribuzione non dovuta rappresenta un tipico caso di reato-contratto perché: *a)* la condotta tipica è plasmata sul modello del negozio; *b)* la condotta sembra venire in rilievo indipendentemente dall'effettivo adempimento delle prestazioni pattuite (cui la norma non fa nemmeno riferimento).

Ciononostante, il concetto stesso di “pattuizione” (antecedente fenomenologico di uno scambio), prim'ancora che il principio di offensività, impone di considerare punibili solamente quelle pattuizioni idonee a provocare una successiva *ricezione* di una retribuzione da parte del curatore.

¹⁸ L. CONTI, *op. cit.*, p. 381.

¹⁹ Secondo un'altra tesi, invece, in questa ipotesi priva di rilevanza penale sarebbe la ricezione: G.L. PERDONÒ, *I reati commessi dal curatore fallimentare*, in G. Chia, C. Piccininni, L. Severini (diretta da), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Utet, Torino, 2012, p. 273.

La fattispecie di ricezione di retribuzione assorbe o ricomprende in sé la condotta di pattuizione. La assorbe nel caso in cui la pattuizione preceda di un lasso di tempo significativo la ricezione; la ricomprende nel caso in cui la pattuizione sia contestuale alla ricezione e quindi ad essa sottesa²⁰.

La norma punisce la *pattuizione* o la *ricezione* di qualsivoglia tipo di *retribuzione, in danaro o in altra forma, in aggiunta di quella liquidata* in favore del curatore *dal tribunale o dal giudice delegato*. Significativo è il fatto che il legislatore abbia punito la ricezione o la pattuizione non già di qualunque tipo di utilità, ma di una *retribuzione*.

La retribuzione è un compenso corrisposto in rapporto a un merito o a una prestazione di lavoro. Pertanto, esorbitano dal concetto di retribuzione quelle pattuizioni o ricezioni di denaro che non abbiano il carattere della *corrispettività* rispetto a delle condotte (attive o omissive) che il curatore abbia tenuto, stia tenendo o debba tenere²¹. Non solo: il concetto stesso di *corrispettività* impone l'ulteriore valutazione della *idoneità* della retribuzione a provocare o a ricompensare la condotta (attiva o omissiva) del curatore²². Anche il principio di offensività impone di punire solamente quelle condotte (di pattuizione o di ricezione di retribuzione) che ledano o per lo meno pongano in concreto pericolo il bene giuridico tutelato. Dato che il bene giuridico non è lesa o posto in pericolo solamente dalla pattuizione o dalla ricezione in quanto tali, ma soprattutto dalla condotta del curatore oggetto di mercimonio, è necessario valutare la *idoneità* della pattuizione o della ricezione di retribuzione a provocare una condotta lesiva per il bene giuridico tutelato dalla fattispecie.

3.2. Conseguenze sanzionatorie e prospettive di riforma.

A norma del co. 2, «nei casi più gravi alla condanna può aggiungersi l'inabilitazione temporanea all'ufficio di amministratore per la durata non inferiore a due anni».

È necessario, in primo luogo, interrogarsi sulla natura giuridica della sanzione comminata. Sul punto, sembra potersi accostare l'inabilitazione temporanea all'ufficio di amministratore alla pena accessoria della interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, disciplinata dall'art. 32-bis c.p. Non essendo l'elenco delle pene accessorie di cui all'art. 19 c.p.

²⁰ A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 185.

²¹ G.G. SANDRELLI, *op. cit.*, p. 115 e p. 119; N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 1018.

²² A. CADOPPI, *op. cit.*, 181-182; G.L. PERDONÒ, *op. cit.*, 273, *contra* G.G. SANDRELLI, *op. cit.*, p. 117.

tassativo, sembra quindi potersi concludere per la natura di pena accessoria speciale, sia pure assimilabile a quella poc'anzi menzionata. Proprio questa conclusione getta tuttavia una serie di ombre sulla disposizione, difficili da dileguare in via ermeneutica: *a)* l'aumento di pena non è determinato nel massimo; *b)* esso, inoltre, è discrezionale²³ (il giudice “può” aggiungere alla condanna l'inabilitazione); *c)* il concetto di “casi più gravi” è vago.

Partendo dal fondo, sembra improbabile un salvataggio della norma rinviando il giudice all'utilizzo dei parametri di cui all'art. 133 c.p.²⁴, operazione che non farebbe che moltiplicare problemi di coordinamento e diseguaglianze sostanziali. Si pone pertanto, già sotto il profilo dell'indeterminatezza del concetto di “casi più gravi”, un serio dubbio di contrasto di questa disposizione con il principio di determinatezza²⁵. Non fa che aggravare i summentovati dubbi di costituzionalità il fatto che la norma rimetta al giudice, anche laddove si sia in presenza di uno dei casi più gravi, la valutazione circa l'opportunità di irrogare la sanzione. Si tratta di un margine di discrezionalità difficilmente giustificabile, se non del tutto irragionevole.

Un ultimo profilo problematico è quello del *quantum* della sanzione, che nella norma non ha un limite massimo. Questo profilo, sia pure temperato dal riferimento all'art. 37 c.p., sembra aprire un ulteriore fronte di contrasto della disposizione in commento con molti dei basilari principi costituzionali e convenzionali (art. 7 CEDU) in materia penale.

Da ultimo, si segnala che la relazione finale depositata dalla Commissione ministeriale sui reati fallimentari, istituita con D.M. 13 ottobre 2021, propone «l'abrogazione integrale di questa disposizione incriminatrice».

4. Omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale (art. 336).

Questa norma ricalca il contenuto dell'art. 230 l. fall²⁶. Si è correttamente sostenuto che questo reato completa la tutela degli interessi patrimoniali dagli

²³ A. ROSSI, *op. cit.*, 322; L. CONTI, *op. cit.*, p. 382

²⁴ *Contra* G.G. SANDRELLI, *op. cit.*, p. 128.

²⁵ *Contra* A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 190.

²⁶ Nella relazione sulla legge fallimentare del 1942 si precisa che la fattispecie in commento «non può confondersi con la malversazione, propriamente detta, del curatore, consistendo non nella appropriazione o distrazione delle attività fallimentari, ma nella disobbedienza all'ordine del giudice di consegnarle o depositarle, ordine che implica quindi di volta in volta l'assegnazione, dalla legge o dal giudice stesso, di un termine per eseguirlo».

eventuali abusi del curatore²⁷. Sembra infatti opportuno, per le ragioni già chiarite, considerare assorbente (in chiave, quindi, monoffensiva) la tutela dell'interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti, nonostante vari autori abbiano sostenuto che la fattispecie tuteli beni giuridici di carattere eminentemente pubblicistico²⁸.

La norma non richiede testualmente un danno o una messa in pericolo degli interessi della massa dei creditori. Sembra però opportuno considerare integrato il reato solamente laddove il bene finale tutelato dalla fattispecie (interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti) sia stato per lo meno posto in concreto pericolo²⁹.

4.1. Fatto tipico.

Sono soggetti attivi: *a)* il curatore della liquidazione giudiziale; *b)* il commissario liquidatore nel caso di liquidazione coatta amministrativa (art. 343, co. 2, CCII); *c)* il commissario speciale di cui all'art. 37 d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, e le persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della procedura (art. 343, co. 3, CCII). Non sono soggetti attivi i coadiutori del curatore, non rinviando l'art. 337 CCII all'articolo in commento. Il mancato riferimento all'art. 336 CCII rappresenta una svista del legislatore non emendabile in via ermeneutica³⁰.

La norma punisce il curatore *che non ottempera all'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altra cosa della liquidazione giudiziale, ch'egli detiene a causa del suo ufficio*. Prima di ricostruire la condotta penalmente rilevante, è necessario muovere dall'analisi dei suoi due presupposti: la detenzione da parte del curatore di somme o altra cosa della liquidazione giudiziale³¹ e l'ordine del giudice.

La locuzione “somme o altra cosa della liquidazione giudiziale” è un elemento normativo che rinvia a tutta una serie di norme (c.d. parametri) che disciplinano i modi di acquisizione di somme (o di altre cose) alla liquidazione giudiziale.

Ai fini dell'integrazione della fattispecie in commento non rileva la condotta tenuta in relazione a qualunque somma o altra cosa della liquidazione giudiziale,

²⁷ N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 1018.

²⁸ A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 192; C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 231.

²⁹ N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 1017.

³⁰ V. *infra*, § p. 5.

³¹ P. NUVOLONE, *op. cit.*, 322; G. MANCA, *op. cit.*, p. 1295.

ma solo a quelle che il curatore detiene a causa del suo ufficio³². Questo ulteriore dato impone di selezionare, fra le “cose della liquidazione giudiziale”, quelle che siano oggettivamente e funzionalmente destinate alla custodia (e, quindi, alla detenzione) del curatore.

Come si è visto, la norma consiste in un reato omissivo proprio che sanziona l'inosservanza dell'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altre cose della liquidazione giudiziale, così dotando l'ordine stesso, ulteriore presupposto della condotta³³, di particolare vincolatività.

Assumeranno rilevanza ai fini della integrazione della fattispecie in commento solamente quegli atti del giudice che siano qualificabili come *ordini* (e che, quindi si rivolgano in modo diretto al curatore), aventi un contenuto specifico: *consegnare o depositare somme o altra cosa della liquidazione giudiziale*, che il curatore detiene a causa del suo ufficio.

Come già rilevato nella menzionata relazione sulla legge fallimentare del 1942, l'ordine deve contenere «l'assegnazione, dalla legge o dal giudice stesso, di un termine per eseguirlo». Questo è, forse, l'aspetto più problematico della norma in commento.

La dottrina si è molto interrogata sulla indispensabilità³⁴ o meno³⁵ della fissazione di un termine nel provvedimento del giudice. Va senz'altro accolta la tesi della indispensabilità della fissazione del termine, con alcune precisazioni.

Laddove il legislatore punisca un omettere dev'essere previsto un termine (anche non puntuale, ad es: senza ritardo o immediatamente) entro cui il soggetto deve agire per evitare di incorrere nella sanzione penale³⁶. In molti casi, però, la legge penale e le disposizioni del CCII non prevedono un termine entro cui il curatore deve adempiere all'ordine del giudice.

Deve quindi concludersi che la norma in commento è una norma penale (parzialmente) in bianco. Infatti, è rimessa alla disciplina normativa dell'ordine o a un provvedimento di un'autorità non legislativa l'individuazione del termine entro cui il curatore deve ottemperare all'ordine del giudice.

³² A. ROSSI, *op. cit.*, p. 323.

³³ C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 246.

³⁴ P. NUVOLONE, *op. cit.*, 322; A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 202.

³⁵ A. ROSSI, *op. cit.*, p. 325, in base all'osservazione che *quod sine die debetur, statim debetur*; L. CONTI, *op. cit.*, p. 383.

³⁶ A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 203.

Nel nostro ordinamento, le norme penali in bianco sono ammissibili solo quando una legge statale (non importa se la norma incriminatrice o altra norma) indichi “con sufficiente specificazione” i caratteri, i presupposti, il contenuto e i limiti dei provvedimenti della autorità non legislativa ai quali la legge affida la descrizione del precetto penalmente sanzionato³⁷.

Considerato che il termine entro cui il curatore deve ottemperare all’ordine del giudice assume rilevanza primaria ai fini del *discrimen* fra penale rilevanza e penale irrilevanza della condotta punita, è necessario interpretare la norma in commento nel senso che essa sanziona solamente l’inottemperanza ad ordini rispetto a cui sia la legge a prestabilire il termine entro cui ottemperarvi.

Ritenere applicabile la fattispecie incriminatrice anche al mancato rispetto di termini stabiliti unicamente dal giudice contrasterebbe con il principio di legalità (nella sua articolazione della riserva di legge), dato che sarebbe il giudice stesso a tracciare discrezionalmente i confini di una fattispecie penale.

Pertanto, non è condivisibile l’orientamento giurisprudenziale secondo cui il reato di omessa consegna o deposito di cose del fallimento (oggi della liquidazione giudiziale) di cui all’art. 230 legge fallimentare si consuma con la scadenza del termine, assegnato al curatore dal giudice delegato, per ottemperare alla consegna (Cass. pen., sez. V, 18 marzo 2016, n. 22534), indipendentemente dal fatto che il termine assegnato fosse o meno determinato o determinabile in forza di una legge o di un atto avente forza di legge³⁸.

Si precisa che all’omissione è parificato il ritardo nell’ottemperare al provvedimento del giudice. Anzi, nella maggior parte dei casi, alla luce della peculiare interferenza di questa fattispecie con quella di peculato³⁹, l’omissione rilevante ai fini di questa fattispecie è proprio quella da ritardo.

Rileva, inoltre, che il curatore, per essere punibile, deve avere avuto la possibilità di tenere la condotta doverosa, trovandosi nelle condizioni di potere

³⁷ *Ex multis*, Corte cost., sent. 282/1990.

³⁸ La norma potrebbe trovare applicazione, ad es., nel caso in cui il giudice ordini al curatore di depositare entro il termine massimo di dieci giorni sul conto corrente intestato alla procedura di liquidazione somme da lui riscosse a causa del suo ufficio. Il termine massimo di dieci giorni è, infatti, stabilito, sia pure ad altri fini, dall’art. 131 CCII. L’ordine del giudice, sia pure intervenendo in un contesto verosimilmente patologico (inosservanza del “primo” termine da parte del curatore), non farebbe altro che incorporare e reiterare un precetto legislativamente predeterminato.

³⁹ V. *infra*, 4.2.

adempiere all'ordine del giudice entro il termine prefissato normativamente, giacché *ad impossibilia nemo tenetur*⁴⁰.

Ancora, il curatore sarà punibile solamente nel caso in cui altri non abbia provveduto ad ottemperare all'ordine in sua vece.

Infine, il principio di offensività impone di considerare punibili solamente quelle omissioni che si traducano in un danno o in una messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla fattispecie (interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti). Il co. 2 punisce il curatore che, per colpa, non ottempera all'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altra cosa della liquidazione giudiziale, ch'egli detiene a causa del suo ufficio. Si tratta di un reato omissivo proprio punito a titolo di colpa.

Rinviando per il resto alle osservazioni poc'anzi spese in relazione alla condotta dolosa, si precisa che l'ordine del giudice non può essere foriero di una regola di cautela rispetto alla sua stessa osservanza. La colpa si manifesterà quindi, nella maggior parte dei casi, nella forma della colpa generica, e mirerà a sanzionare il curatore che *a)* non avendo adottato le cautele imposte dall'importanza del suo ufficio, non abbia riconosciuto per colpa la situazione tipica, *i.e.* l'insieme dei presupposti che avrebbero fatto nascere il suo obbligo di attivarsi fra i quali, segnatamente, l'ordine del giudice⁴¹; *b)* pur avendo riconosciuto la situazione tipica, abbia omesso, per negligenza, imprudenza o imperizia, di ottemperare all'ordine del giudice⁴².

Quanto al primo caso, si pensi al curatore che non acceda alla propria casella di posta elettronica certificata per tre mesi, in spregio alla regola cautelare consistente nell'obbligo, per un professionista qualificato qual è il curatore, di verificare regolarmente la propria corrispondenza.

Quanto al secondo caso, si pensi al curatore che abbia ricevuto l'ordine del giudice senza però calendarizzare, per negligenza, la relativa scadenza e che, per questo motivo, non abbia ottemperato al medesimo.

4.2. Rapporti fra norme e prospettive di riforma.

In giurisprudenza si sono verificati molti casi di interferenza fra il reato in commento e la fattispecie di peculato di cui all'art. 314 c.p. La differenza tra il reato di peculato e il reato di omessa consegna o deposito di cose del fallimento,

⁴⁰ G.L. PERDONÒ, *op. cit.*, p. 275.

⁴¹ A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 206; *contra* C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 255.

⁴² C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 255.

di cui all'art. 230 legge fallimentare (oggi affiancato dall'articolo 336 CCII), sta sostanzialmente nel fatto che, nel secondo caso, elemento costitutivo del reato è il *ritardo* nel versare le somme o altra cosa del fallimento a seguito dell'ordine del giudice (senza che le somme o le cose siano entrate a fare parte del patrimonio del curatore); nel primo caso, invece, le somme o le cose sono entrate a fare parte del patrimonio di tale soggetto (Cass. pen., sez. VI, 3 febbraio 2000, n. 4472). In dottrina si afferma quindi che «se sussiste peculato, il delitto in esame ne resterà assorbito»⁴³.

Si segnala, da ultimo, che la relazione finale depositata dalla Commissione ministeriale sui reati fallimentari, istituita con D.M. 13 ottobre 2021, propone «l'abrogazione integrale di questa disposizione incriminatrice». La Commissione propone altresì l'abrogazione della fattispecie di cui al co. 2, «anche in ragione del fatto che con il presente intervento si intende circoscrivere l'area di responsabilità penale alle più gravi condotte a matrice dolosa».

5. I reati dei coadiutori del curatore (art. 337).

La norma in commento, anch'essa entrata in vigore il 15 luglio 2022, si occupa di estendere la tipicità di alcune fattispecie che la precedono a categorie di soggetti attivi diverse dal curatore fallimentare.

Già il legislatore del 1882, approvando con legge 2 aprile 1882, n. 681 il Codice di commercio per il regno d'Italia, si preoccupò, all'art. 853, di precisare che la disposizione su cui si fondava la responsabilità penale del curatore fallimentare «si applica anche ai coadiutori ed incaricati del curatore, nell'esecuzione delle operazioni del fallimento». Questa norma venne poi mantenuta tale e quale nella versione definitiva del Codice di commercio, approvata (pochi mesi dopo) con R.D. 31 ottobre 1882, n. 1062 (all'art. 864, co. 3).

L'entrata in vigore della legge fallimentare modificò leggermente il testo della (pur mantenuta) disposizione. L'art. 231 legge fallimentare (Coadiutori del curatore), diretto antecedente (nonché 'convivente') della norma in commento, stabilisce infatti che le disposizioni degli artt. 228 (interesse privato del curatore negli atti del fallimento), 229 (accettazione di retribuzione non dovuta) e 230 (omessa consegna o deposito di cose del fallimento) si applicano anche alle persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione del fallimento. Viene quindi eliso il riferimento agli "incaricati del curatore", e viene sostituita la

⁴³ A. ROSSI, *op. cit.*, p. 323.

locuzione “esecuzione delle operazioni” con la locuzione “amministrazione del fallimento”⁴⁴.

Più nel dettaglio, questo articolo estende l’area della tipicità degli artt. 334 e 335 CCII. Il riferimento all’art. 333 CCII (che a sua volta fa rinvio agli articoli 322, 323, 325 e 327 CCII) non è foriero di alcuna estensione dell’area di punibilità della menzionata fattispecie perché: *a*) è frutto di una svista del legislatore; *b*) un’estensione dei reati dell’instutore ai coadiutori del curatore senza che sia prevista la punibilità del curatore stesso è un *nonsense* giuridico, facilmente emendabile in via ermeneutica considerando *tamquam non esset* il riferimento al relativo articolo; *c*) una simile estensione contrasterebbe, in ogni caso, con i principi generali cui doveva attenersi il legislatore delegato (mero adeguamento lessicale con continuità delle fattispecie criminose).

Il mancato riferimento all’art. 336 CCII rappresenta un’ulteriore svista del legislatore (simmetrico-negativa rispetto a quella poc’anzi mentovata), perché è tanto insensato estendere la sfera di punibilità della fattispecie di cui all’art. 333 ai coadiutori del curatore, quanto omettere il riferimento all’art. 336, fattispecie “di competenza” del curatore (omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale).

A questo proposito, è necessario interrogarsi sulla possibilità di correggere l’errore in cui è incorso il legislatore, recuperando in via ermeneutica il riferimento all’art. 336. Si potrebbe ipotizzare il recupero della punibilità dei coadiutori del curatore per i fatti di omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale *a*) per il tramite dell’art. 110 c.p. o *b*) *sic et simpliciter*, aggiungendo in via interpretativa il rinvio all’art. 336.

Nessuna delle due vie pare, però, concretamente praticabile. Quanto alla prima (recupero tramite l’art. 110 c.p.), l’articolo in commento non rappresenta un semplice duplicato della disciplina dell’art. 110 c.p. L’eventuale riferimento *expressis verbis* all’art. 336 permetterebbe infatti di punire anche il coadiutore del curatore che agisse “in solitaria” e non in concorso con il curatore stesso. Non si può quindi ricondurre nell’alveo dell’art. 110 c.p. la punibilità dei coadiutori del

⁴⁴ Proprio la lettura dell’art. 231 legge fallimentare permette di additare un clamoroso difetto di coordinamento in cui è caduto il legislatore del CCII. L’articolo in commento fa erroneo rinvio all’art. 333 (reati dell’instutore), mentre omette (altrettanto erroneamente) il rinvio all’art. 336 (omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale). Si approfondirà poche righe sotto questo punto.

curatore che si macchino “in solitaria” di fatti di omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale.

Quanto alla seconda via prospettata, un’aggiunta in via ermeneutica contrasterebbe con il fondamentale principio di legalità in materia penale nella sua declinazione della riserva di legge, che trova il proprio fondamento, fra gli altri, anche nel principio della separazione dei poteri legislativo e giudiziario. Sembra quindi necessario un intervento correttivo del legislatore⁴⁵.

La disposizione in commento riveste quindi un ruolo *accessorio* rispetto agli artt. 334 e 335 CCII, in quanto può essere intesa e interpretata solamente in combinato disposto con le norme cui rimanda.

Come detto, l’art. 337 estende l’area della tipicità degli artt. 334 e 335 CCII ampliando il novero dei soggetti attivi “alle persone che coadiuvano il curatore nell’amministrazione della liquidazione giudiziale”. Lo fa, però, con un linguaggio generico, che rischia di porsi in contrasto con il principio di determinatezza (art. 25, co. 2, Cost.). Infatti, la locuzione “persone che coadiuvano il curatore nell’amministrazione della liquidazione giudiziale” potrebbe ricomprendere, oltre a professionisti che operano a stretto contatto con il curatore nell’amministrazione della liquidazione giudiziale, anche ad es. il personale di segreteria del curatore stesso, con evidenti rischi di dilatazione della responsabilità penale al di là delle intenzioni del legislatore.

Sussiste quindi il rischio che questa norma, più che ampliare la tipicità delle menzionate fattispecie, arrivi a “snaturarle”, trasformandole da reati propri in reati comuni.

Questo si porrebbe in contrasto con il principio di proporzionalità della pena, giacché verrebbe scardinato il delicato equilibrio fra restringimento della tipicità ad una ben determinata cerchia di soggetti attivi e calibrata proporzionalità del rimprovero personale.

Proprio questo rischio impone di interpretare in senso stretto la disposizione in commento, e quindi di considerare “persona che *coadiuva* il curatore nell’amministrazione della liquidazione giudiziale” un elemento normativo.

Più nel dettaglio, si tratta di un elemento normativo giuridico, perché il parametro cui rinvia la norma incriminatrice è rappresentato da un insieme di

⁴⁵ In questo senso anche F. CAMPLANI, *I reati nella gestione dell’impresa in crisi*, in E. Napoletano (a cura di), *Diritto penale d’impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 773.

norme giuridiche ben individuabili. Il riferimento va all'art. 129, co. 2, CCII, ai sensi del quale “[i]l curatore può essere autorizzato dal comitato dei creditori a farsi *coadiuvare* da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il debitore e gli amministratori della società o dell'ente in liquidazione giudiziale, sotto la sua responsabilità”, nonché all'art. 193, co. 3, del CCII, ai sensi del quale “[s]e i beni o le cose si trovano in più luoghi e non è agevole l'immediato completamento delle operazioni, il giudice delegato può autorizzare il curatore ad avvalersi di uno o più *coadiutori*”.

Così interpretato, l'articolo in commento estende la sfera di punibilità di reati che rimangono, pur sempre, reati propri, in quanto anche per acquisire la qualifica di “coadiutore” è necessaria una formale investitura⁴⁶.

Il riferimento va, segnatamente, alla nomina del coadiutore del curatore (di competenza del curatore stesso, su autorizzazione del comitato dei creditori ai sensi dell'art. 129, co. 2, CCII o del giudice delegato ai sensi dell'art. 193, co. 3, CCII).

Pertanto, per le condotte di cui agli artt. 334 e 335, come rispettivamente richiamate dall'art. 337, *a*) sarà punibile il coadiutore nominato senza la necessaria autorizzazione perché, se l'atto di nomina non è stato reclamato ai sensi degli artt. 123, co. 1, lett. e) e 133 CCII, esso conserva piena efficacia; *b*) non sarà, di norma, punibile il soggetto che coadiuva il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale senza essere stato nominato tale; rimane ferma la punibilità a titolo di concorso con il curatore nei menzionati reati, ai sensi dell'art. 110 c.p. o 117 c.p., se ne ricorrono tutti i presupposti, oppure in forza di ulteriori e diversi reati.

La norma in commento non risulta essere ancora stata applicata dalla giurisprudenza di legittimità che, peraltro, si è espressa rarissime volte anche riguardo all'art. 231 legge fallimentare. Spicca, a questo proposito, la recente sentenza Cass. pen., sez. VI, 5 maggio 2022, n. 18031, con cui la sesta sezione ha confermato l'irrilevanza di una nomina formale da parte del curatore fallimentare ai fini dell'assunzione della qualifica di coadiutore e, quindi, la fondatezza di una condanna per peculato di quest'ultimo anche in assenza di una simile nomina, ritenendo sufficiente a tal fine il fatto che questi avesse inequivocabilmente assunto per fatti concludenti, ed in concreto esercitato, i

⁴⁶ P. NUVOLONE, *op. cit.*, p. 332; G. MANCA, *op. cit.*, p. 1296.

compiti propriamente riconducibili al ruolo e alle funzioni dell'ausiliario del curatore nell'ambito della relativa procedura.

La sentenza si pone nel solco della consolidata giurisprudenza di Cassazione (cfr. Cass. pen., sez. V, 26 luglio 2012, n. 30715) che ritiene che le persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione del fallimento rivestano, nell'esercizio delle loro funzioni, la qualifica di pubblico ufficiale.

Questo tipo di ragionamento non è però condivisibile perché *a)* se una disposizione del CCII attribuisce espressamente la qualifica di pubblico ufficiale al curatore della liquidazione giudiziale (art. 127 CCII, ai sensi del quale il curatore, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, è pubblico ufficiale), una simile norma non esiste per i coadiutori del curatore. Pertanto, l'art. 127 CCII non può essere interpretato analogicamente, poiché *ubi lex noluit tacuit*; *b)* in ogni caso, l'estensione della qualifica di pubblico ufficiale ai coadiutori del curatore violerebbe il divieto di analogia *in malam partem*.

Ovviamente, l'eventuale errore sull'elemento normativo giuridico “coadiutore” è disciplinato dall'art. 47, co. 3, c.p., ai sensi del quale l'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato.

La relazione finale depositata dalla Commissione ministeriale sui reati fallimentari, istituita con D.M. 13 ottobre 2021, propone di modificare il testo della norma nel seguente: «Le persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale rivestono, nell'esercizio delle loro funzioni, la qualifica di pubblico ufficiale».

La *ratio* della proposta modifica, come espressamente enunciato nella relazione, è quella di chiarire “in maniera espressa – in aderenza alla giurisprudenza della Corte di Cassazione – che le persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale rivestono, nell'esercizio delle loro funzioni, la qualifica di pubblico ufficiale”.

La stessa relazione propone di abrogare gli artt. 334, 335 e 336 CCII al fine di ricondurre le ipotesi di responsabilità penale del curatore e delle persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della liquidazione allo statuto penale dei pubblici ufficiali in generale.

IL NEO-INTRODOTTO ART. 628 BIS C.P.P.: TRADIZIONE ED INNOVAZIONE

The new Article 628 bis of the Code of Criminal Procedure: tradition and innovation

di

Elisa Tognana Cecchetti *

Il Decreto Legislativo 150/2022 ha introdotto nel codice di procedura penale l'art. 628 bis, il quale si pone quale soluzione all'annosa questione relativa all'esecuzione delle sentenze definitive della Corte EDU. Il contributo si prefigge lo scopo di esaminare il nuovo istituto ripercorrendo le proposte normative, gli strumenti pretori elaborati fino alla revisione europea. Si valuta, infine, quali potrebbero essere le modifiche derivanti dalla ratifica del Protocollo n. 16 della C.E.D.U.

The Legislative Decree 150/2022 implementation of enabling law introduced article 628 bis into the Code of Criminal Procedure, which is a solution to the long-standing issue relating to the execution of final judgments of the ECtHR. The aim of this paper is to examine the new institute by retracing the legislative proposals, the praetor instruments developed up to the European revision. Finally, the changes resulting from the ratification of Protocol No. 16 of the ECtHR are evaluated.

Sommario: 1. La giurisdizione della Corte E.D.U. – 1.1 Proposte di legge per dare esecuzione alle sentenze sovranazionali – 1.2 Interventi pretori – 1.3 Revisione europea – 2. La nuova impugnazione straordinaria – 2.1 Soggetti legittimati – 2.2 Forma, termini e procedimento – 2.3 La sospensione dell'esecuzione della pena – 2.4 Diritto transitorio – 2.5 Prospettive di applicazione del Protocollo 16 C.E.D.U.

1 La giurisdizione della Corte E.D.U.

Il legislatore delegato, con il recente D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 ², affronta l'annosa questione relativa all'esecuzione delle decisioni della Corte di Strasburgo, e in particolare, l'art. 36³ del provvedimento richiamato prevede l'inserimento nel Libro IX nel codice di procedura penale dell'art. 628 bis, rubricato "Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali".

*Dottoressa in Giurisprudenza. Diplomata presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli Studi di Roma Niccolò Cusano.

² In attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei

La Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali è una norma pattizia⁴ che stabilisce obblighi per gli Stati contraenti

procedimenti giudiziari”, in *G.U., Serie generale*, n. 245, 19 ottobre 2022, *Suppl. straord.* n. 5, p. 342; cfr. art 1, comma 13, lett. o) della legge delega cit., in www.normattiva.it «introdurre un nuovo mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio»; per un esame della Legge delega v., tra gli altri, M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 02 novembre 2022, G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, in www.sistemapenale.it, 15 ottobre 2021. Sulla scelta dello strumento della legge delega cfr. R.M. GERACI, *Un'attesa lunga vent'anni, il ricorso straordinario per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Proc. Pen giust.* 2022, p. 189, nota 5, la «delicatezza dell'intervento, avente ad oggetto materie assistite da riserva di legge, piuttosto che quello della legge delega, onde consentire il pieno confronto parlamentare sulle diverse problematiche messe in luce dalla proposta normativa. Tuttavia, l'ultranovenale inerzia legislativa e l'inadeguatezza delle soluzioni approntate a livello pretorio hanno reso opportuno il ricorso alla delega legislativa».

³ M. GIALUZ, *op. cit.*, in www.sistemapenale.it, p. 119, nel quale l'autore ritiene che «sulla base di un suggerimento della Commissione Lattanzi, la legge delega aveva inserito un apposito criterio di delega (art. 1, comma 13, lett. o), che è stato sviluppato in modo molto equilibrato e puntuale dall'art. 36 d.lgs. n. 150».

⁴ Con le sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 la Corte costituzionale ha attribuito alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali natura di parametro costituzionale interposto. Il carattere pattizio della Convenzione ha escluso che le sue norme possano rientrare nell'ambito di operatività dell'art. 10, co. 1, Cost. Nel testo i Padri costituenti inserirono la locuzione “norme del diritto internazionale generalmente riconosciute” riferendosi alle norme consuetudinarie per le quali vi è l'adattamento automatico dell'ordinamento giuridico italiano nel quale non rientrano le norme pattizie. Il Giudice delle leggi ha altresì escluso l'applicazione dell'art. 11 Cost., in quanto non vi è stata alcuna limitazione di sovranità da parte dello Stato derivante dall'adesione alla Convenzione. Ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost., introdotto nell'ordinamento dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, si condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali compresi quelli convenzionali. Il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma ordinaria contrastante con la norma convenzionale ma deve sollevare questione di illegittimità costituzionale. Sul punto F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, www.archiviopenale.it, gennaio – aprile 2013, fascicolo 1 anno LXV, pp. 13 ss.; R. GAROFOLI, *Diritto penale, parte generale*, Nel diritto Editore, 2021 – 2022, pp. 11 ss.; P. TONINI, C. CONTI, *Manuale breve di diritto processuale penale*, Giuffrè Francis Lefabvre S.p.A. Milano – 2023, pag. 28, nel quale gli autori evidenziano che il riferimento al giudizio di costituzionalità assicura il vantaggio dell'uniformità di interpretazione delle norme, che in se stesso è un valore essenziale in un ordinamento democratico. A seguire è d'obbligo richiamare la sentenza n. 80/2011 la Corte costituzionale ha affermato che spetta al giudice comune interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale e qualora non sia possibile, in considerazione della non diretta disapplicazione della norma interna da parte del giudice, questi deve sollevare questione di legittimità costituzionale. Il Giudice delle Leggi deve verificare se le norme C.E.D.U. collocate pur sempre a un livello sub-costituzionale siano in conflitto con altre norme della Costituzione. Nel caso di contrasto la Corte costituzionale provvederà ad espungerla dall'ordinamento italiano considerando la norma pattizia non idonea ad integrare il parametro di legittimità. Sul punto Corte cost. sent. 80/2011, www.cortecostituzionale.it.

oltre a costruire un “ordine pubblico europeo”⁵. La Convenzione frutto del Consiglio d’Europa venne firmata a Roma nel 1950, ratificata e resa esecutiva in Italia con la Legge 4 agosto 1955, n. 848⁶.

La Corte E.D.U., che è un autonomo organo giurisdizionale con sede a Strasburgo, venne istituita, successivamente, nel 1959 e la sua disciplina si rinviene nel titolo II della Convenzione medesima e, all’art. 32 in particolare, è individuata la competenza attribuitale riguardante l’interpretazione e l’applicazione della stessa e dei suoi protocolli. Evidenzia l’importanza assunta dalle sentenze della Corte la locuzione “*umanesimo processuale*”⁷ la quale rappresenta la capacità delle stesse di influenzare il diritto processuale penale degli Stati aderenti.

Alla Corte si riconoscono due ruoli, di giudice del caso concreto e di interprete ufficiale della Convenzione. Tale binomio non consente di comprendere quando la stessa formuli regole di principio e quando sia il precipitato di scelte modellate su una particolare vicenda giudiziaria.⁸ La Corte E.D.U. è l’unico organo che decide in relazione alla violazione della Convenzione non vi è un organo legislativo che possa incidere sull’interpretazione fornita dalla Corte stessa.

Si caratterizza poi per la non vincolatività della sua decisione bensì per la sua persuasività, dotata di forza di convincimento, razionalità e autorevolezza. Le sentenze della Corte hanno natura dichiarativa e, ai sensi dell’art. 46 C.E.D.U., è onere degli Stati aderenti individuare e predisporre gli strumenti più consoni a dare loro esecuzione.⁹ È utile specificare che si registra una vincolatività solo verticale nel rapporto tra la giurisprudenza della Grande Camera e quella della Camera.¹⁰

⁵ P. TONINI, C. CONTI, *op. cit.*, p. 27, nel quale si ritiene che gli obblighi nascenti dalla C.E.D.U. abbiano natura oggettiva e i diritti sono tutelati da una garanzia collettiva.

⁶ A. PULVIRENTI, *Il rimedio per l’esecuzione delle pronunce della Corte Edu*, in A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 973.

⁷ F. GIUNCHEDI, *op. cit.*, www.archiviopenale.it, gennaio – aprile 2013, fascicolo 1 anno LXV, p. 6.

⁸ Così G. DE AMICIS, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia – 8 Prime riflessioni sulla nuova “revisione europea”*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023.

⁹ M. FIORI, *L’esecuzione delle sentenze nel sistema convenzionale: profili teorici e pratici*, in F. Buffa e M.G. Civinini (a cura di) *La Corte di Strasburgo*, www.questionegiustizia.it, aprile 2019, p. 161.

¹⁰ Sul punto M. G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in F. Buffa e M. G. Civinini (a cura di) *La Corte di Strasburgo*, www.questionegiustizia.it, aprile 2019, p. 127 ss.

Altro aspetto da considerare nella disamina della Corte E.D.U. è la qualificazione riconosciutale a seguito del ricorso. La dottrina si è interrogata su tale aspetto segnatamente al ruolo di giudice di quarta istanza.¹¹

L'art. 35 della Convenzione europea in esame dispone che per adire la Corte E.D.U. sia necessario avere esperito i tre gradi di giudizio interno c.d. esaurimento verticale¹², il termine previsto per procedere è individuato in quattro mesi dalla definitività della decisione interna. Tale presupposto non comporta una continuità tra le pronunce degli organi giurisdizionali interni e sovranazionale, il ricorrente che adisce la Corte E.D.U. chiede si accerti la violazione dei diritti umani e non un controllo sulla pronuncia del Giudice *a quo*. Si evince, pertanto, la differenza tra la Corte di cassazione che può essere definita giudice delle regole e la Corte alsaziana quale giudice dei diritti umani.¹³ Quest'ultima, accertata l'iniquità della sentenza, stabilirà la riapertura del processo. Altra differenza che si evince tra il giudizio interno e quello dinanzi la Corte sovranazionale riguarda il mutare della posizione del "protagonista": nel processo interno riveste il ruolo di imputato mentre nel processo sovranazionale è parte lesa.

Fatta questa breve introduzione è opportuno esaminare le disposizioni della C.E.D.U. relative al ricorso giurisdizionale. Ai sensi dell'art. 34 i soggetti legittimati a presentare ricorso alla Corte E.D.U. sono sia le persone fisiche, che le organizzazioni non governative o, ancora, gruppi di individui che ritengano di essere vittima di una violazione della Convenzione da parte di uno degli Stati contraenti.

Peculiarità di non poco momento si rinviene nella circostanza che il ricorrente già nei gradi di giudizio interno deve aver sollevato le stesse censure inserite, poi, nell'atto depositato alla Corte di Strasburgo: si tratta del principio dell'esaurimento di sostanza.¹⁴

Come anticipato la Corte strasburghese viene adita al fine di verificare l'eventuale violazione dei diritti convenzionali e non per effettuare un controllo sulla sentenza della Corte di cassazione. La Corte non è competente in relazione all'esecuzione delle proprie sentenze.

L'art. 46 citato, individua tra i protagonisti di tale fase, il Comitato dei Ministri europeo al quale è attribuito il compito di sorvegliare l'esecuzione delle sentenze

¹¹ Sul tema F. GIUNCHEDI, *op. cit.* pp. 27 ss; M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 3312 ss.

¹² V. PETRALIA, *"Problemi sistematici nei rapporti tra Corte di cassazione, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo"*, in <http://www.europeanrights.eu>, p. 12.

¹³ Cfr F. GIUNCHEDI, *op. cit.*, www.archiviopenale.it, gennaio – aprile 2013, fascicolo 1 anno LXV, p. 27.

¹⁴ V. PETRALIA, *op. cit.*, in <http://www.europeanrights.eu>, p. 12.

emesse dall'organo sovranazionale.¹⁵ Tale articolo è nodale nella questione ivi esaminata in quanto gli Stati contraenti, tra i quali rientra l'Italia, si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie di cui sono parte. È interessante evidenziare che le sentenze della Corte europea divengono definitive con tempistiche differenti a seconda dell'organo decidente. Le pronunce del comitato composto da tre giudici e della Grande Camera sono immediatamente definitive mentre le decisioni assunte da una Camera di sette giudici, lo diventeranno solo se le parti dichiareranno di non adire la Grande Camera, oppure se, trascorsi tre mesi dalla pronuncia, il rinvio non sia stato richiesto o, infine, se la Grande Camera dovesse rigettare il rinvio proposto.¹⁶

Di precipua importanza è stata l'adozione del Protocollo n. 11, dell'11 maggio 1994 e ratificato dall'Italia con la Legge 28 agosto 1997, n. 296 con il quale è stato rafforzato tale obbligo giuridico.

1.1 Proposte di legge per dare esecuzione alle sentenze sovranazionali.

Nell'ordinamento italiano prima dell'introduzione dell'art. 628 bis c.p.p., a cura dell'art. 36 del D. Lgs 150/2022, vi era un vuoto normativo che già a partire dal 1998, con diversi disegni di legge e successivamente con pronunce della Consulta, si era cercato di colmare pervenendo alla revisione europea.

Per adempiere alla previsione convenzionale, che all'art. 46 prevede l'obbligo di esecuzione delle pronunce del Giudice alsaziano, negli anni vennero presentati diversi disegni di legge i quali si caratterizzarono per due impostazioni: gli uni proponevano di aggiungere una nuova ipotesi di revisione¹⁷, altri, invece, rifacendosi al modello adottato da altri Stati aderenti alla C.E.D.U., segnatamente Francia e Belgio¹⁸, proponevano un'autonoma forma di revisione rubricata

¹⁵ M. GIALUZ, *Casi di revisione*, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2176.

¹⁶ M. FIORI, *op. cit.*, in F. Buffa e M.G. Civinini (a cura di) *La Corte di Strasburgo*, in *www.questionegiustizia.it*, aprile 2019, p. 161.

¹⁷ M. GIALUZ, *op. cit.*, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2174. Si ricordano le proposte S-3168, del 24.3.1998, C-1447, del 31.7.2001, C-1992, del 20.11.2001, SA-3354, del 22.3.2005, C-323, del 2.5.2006, C-917, del 26.5.2006

¹⁸ Sul tema si rinvia a *www.giustizia.it*, la Francia con la legge n. 516, del 2000, ha ottemperato alla previsione convenzionale contenuta nell'art. 46 ed ha attribuito ad una *Commission de réexamen*, composta da sette magistrati della Suprema Corte, la valutazione dell'ammissibilità dell'istanza di revisione del processo a seguito della decisione della Corte di Strasburgo che abbia accertato l'iniquinà del processo. I soggetti legittimati a presentare l'istanza entro un anno dalla pronuncia delle Corte europea, sono il Ministro della giustizia, il Procuratore generale presso la Cassazione, il condannato o il legale rappresentante o gli aventi diritto. La *Commission* può sospendere l'esecuzione della condanna. La legge belga del 9 maggio 2007, rubricata «*Loi modifiant le Code*

“Revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”. Tra le proposte elaborate dalla Commissione Riccio, in particolare emergono diverse soluzioni tra le quali “prevedere di un apposito rimedio diverso dalla revisione [...]”¹⁹ qualora la violazione convenzionale sia accertata dalla Corte europea, ancora individuare il giudice competente in base a criteri predeterminati e attribuire allo stesso la valutazione della “congruità della violazione rispetto all’effettiva incidenza della stessa sull’esito del giudizio e di sospendere il titolo esecutivo”.²⁰

Nello specifico con il disegno di Legge 24 marzo 1998, n. 3168, appartenente al primo gruppo, si propose di intervenire sul testo dell’art. 630 c.p.p., prevedendo l’introduzione nel comma 1, della lettera d-bis) al fine di consentire l’applicazione della revisione qualora la Corte europea dei diritti dell’uomo avesse accertato con sentenza la violazione dell’articolo 6, paragrafo 3, lettere c)²¹ e d)²², della Convenzione ratificata con la legge 4 agosto 1955, n. 848²³.

Nella relazione al disegno di legge citato, emerge come nel codice processuale penale previgente, R.D. 19 ottobre 1930, n. 1399, all’art. 557 c.p.p. rubricato “Istanza per revisione”, la competenza fosse attribuita alla Corte di cassazione mentre l’attuale disciplina contenuta nel codice riformato con il D.P.R. 447/1988, l’art. 633 c.p.p., prevede che l’autorità giudiziaria alla quale è attribuita la decisione sulla revisione, sia la Corte di Appello individuata secondo i criteri di cui all’art. 11 c.p.p.²⁴

L’immobilità di alcuni Stati firmatari tra i quali l’Italia, in merito alla predisposizione di uno strumento attagliato alle esigenze previste dall’art. 46 della

d’instruction criminelle en vue de la réouverture de la procédure en matière pénale», prevede la riapertura dei procedimenti penali giudicati iniqui dalla Corte Edu. L’istanza deve essere presentata nel termine di sei mesi dalla data in cui è divenuta definitiva la sentenza della Corte europea e la valutazione è attribuita alla Corte di cassazione che provvede ad annullare la precedente decisione a fronte di una nuova pronuncia ovvero rinviando il caso alla giurisdizione.

¹⁹ Per il testo completo si rinvia a www.giustizia.it *Bozza di delega legislativa al governo della repubblica per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale.*

²⁰ www.giustizia.it *Bozza di delega legislativa al governo della repubblica per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale.*

²¹ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Art. 6, paragrafo 3 lett. c) “*Difendersi personalmente o con l’assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per pagare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia*”.

²² Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Art. 6, paragrafo 3 lett. d) “*interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la citazione e l’interrogatorio dei testimoni a discarico a pari condizioni dei testimoni a carico*”.

²³ Relazione al disegno di legge S-3168 del 24 marzo 1998, consultabile in www.senato.it

²⁴ L. RAPISARDA “*Il nuovo art. 628 – bis c.p.p.: l’ordinamento italiano dispone finalmente di un istituto per l’esecuzione dei provvedimenti della Corte di Strasburgo*”, in www.giurisprudenzapenale.com, p. 7 ss. La parte della proposta di legge relativa all’inserimento nell’art. 630 c.p.p., della lett. d-bis), confluisce nel progetto n. 3168-bis e non venne discusso.

C.E.D.U., è stata rilevata dal Comitato dei Ministri europeo i quali, con la Raccomandazione del 19 gennaio 2000, R(2000)2, esortavano gli stessi al riesame o alla riapertura di casi nazionali censurati dalla Corte europea²⁵ con celebrazione di un nuovo processo qualora la violazione della norma processuale dovesse apparire di tale gravità da aver condizionato l'esito del processo.²⁶

Successivamente con il disegno di legge n. 1797 del 2007, appartenente al secondo gruppo di disegni di legge richiamati che miravano ad una disciplina autonoma, si rinnovava l'esigenza di inserire nel codice processuale penale uno strumento idoneo a conformarsi al portato dell'art. 46 della C.E.D.U. La relazione al citato disegno di legge riprendeva anche quanto stabilito dalla Corte di cassazione nella sentenza Dorigo del 1° dicembre 2006 nella quale la stessa statuiva che «... la prolungata inerzia dell'Italia corrisponde alla trasgressione dell'obbligo previsto dall'articolo 46 della Convenzione di conformarsi alla sentenza definitiva della Corte europea e, quindi, costituisce una condotta dello Stato italiano qualificabile come flagrante diniego di giustizia».²⁷ La Corte di cassazione in tale sentenza sanciva il principio di diritto per il quale «*Il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'articolo 670 del codice di procedura penale, l'ineseguibilità del giudicato, quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'articolo 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo*».²⁸

L'intervento legislativo si proponeva di introdurre nel Libro IX, il titolo VI-bis, gli articoli 647 bis – 647 octies c.p.p. L'art. 647 bis avrebbe previsto la revisione della sentenza di condanna qualora la Corte E.D.U. avesse accertato, con sentenza definitiva, la violazione di taluna delle disposizioni di cui all'art. 6, paragrafo 3, della Convenzione. Il comma 2 ne avrebbe disposto l'applicazione in presenza di due condizioni tra loro cumulative: la violazione riscontrata dalla Corte avesse

²⁵ Relazione al d.d.l. n. 1797 depositato il 18 settembre 2007. Il testo della proposta di legge è consultabile in www.senato.it; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 19 maggio 2011.

²⁶ M. GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2009, p. 1844.

²⁷ Relazione al d.d.l. n. 1797 depositato il 18 settembre 2007, p. 5. Il testo della proposta di legge è consultabile in www.senato.it.

²⁸ Relazione al d.d.l. cit., p. 6. Il testo della proposta di legge è consultabile in www.senato.it.

inciso in modo determinante sull'esito del procedimento e il condannato, al momento della presentazione della richiesta di revisione, fosse in stato di detenzione ovvero posto in esecuzione di misura alternativa alla detenzione diversa dalla pena pecuniaria. Proseguendo nella disamina dell'istituto, l'art. 647 ter avrebbe individuato nel condannato o nella persona che esercita l'autorità tutoria e nel Procuratore generale presso la Corte di cassazione i soggetti legittimati ad avviare la procedura di revisione. Ai sensi dell'art. 647 ter c.p.p., a pena di inammissibilità, la richiesta avrebbe dovuto essere presentata nella cancelleria della Corte di cassazione entro tre mesi dalla data in cui la sentenza della Corte E.D.U. fosse divenuta definitiva. Il ruolo della Suprema Corte sarebbe stato specificato nell'art. 647 *quinquies*, co. 3, nel quale si sarebbe prevista la competenza della Corte di cassazione in relazione al vaglio di ammissibilità e, in caso di esito positivo, con ordinanza, la trasmissione degli atti alla Corte di appello individuata tramite il sistema tabellare ex art. 11 c.p.p. Il disegno di legge ivi analizzato prevedeva, altresì, di modificare le disposizioni attuative del codice di procedura penale attraverso l'inserimento dell'art. 201 *bis* nel quale si sarebbe previsto che la Presidenza del Consiglio dei ministri, ricevuta una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo, avrebbe provveduto a trasmettere la stessa al Ministero della giustizia il quale, previa traduzione in italiano, l'avrebbe trasmessa al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione.²⁹

1.2 Interventi pretori

In considerazione delle sterili formulazioni delle proposte legislative, la Corte di cassazione³⁰ e successivamente la Corte costituzionale, al fine di pervenire all'adempimento delle richieste convenzionali, effettuarono una ricostruzione sistematica e interpretativa degli istituti all'epoca vigenti individuando i rimedi più acconci.

Un primo strumento elaborato dalla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea nel caso di inosservanza del diritto ad un equo processo, è l'incidente di esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p., finalizzato ad ottenere l'ineseguitabilità del giudicato. Tale strumento venne applicato, in particolare, nel caso *Dorigo vs Italia* nel quale l'imputato, condannato per associazione a delinquere aggravata dalle finalità terroristiche oltre che per altri reati fine, ricorreva alla Corte alsaziana adducendo esservi stata violazione dell'art. 6 della C.E.D.U. in quanto il processo si era svolto in maniera non equa,

²⁹ S. LONATI, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'Uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p.*, in www.sistemapenale.it, p. 14.

³⁰ Per un approfondimento sul tema di rinvia a M. GIALUZ, *op. cit.*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.4, 2009, p. 1844.

essendo lo stesso stato condannato sulla base di dichiarazioni rese durante le indagini da tre coimputati i quali, nel corso del processo, avvalendosi della facoltà di non rispondere, non consentirono una piena difesa del Dorigo. La Corte strasburghese aveva riconosciuto che il ricorrente era stato condannato in violazione dell'art. 6, par. 3, lett. d) della Convenzione e il Supremo organo della nomofilachia con la sentenza Dorigo del 2006³¹, ha ritenuto che, ai sensi dell'art. 670 c.p.p., il giudice dell'esecuzione dovesse dichiarare l'ineseguibilità del giudicato dinanzi al riconoscimento della violazione sull'equo processo da parte della Corte.³²

Nel caso *Cat Berro vs Italia* la Corte di cassazione non aveva considerato provato il legittimo impedimento a comparire dell'imputato detenuto all'estero ed aveva considerato valida la notifica del decreto di citazione effettuata *brevi manu* alla madre del prevenuto. La Corte E.D.U. adita aveva riconosciuto la violazione dell'art. 6 della Convenzione per non essere stato riconosciuto il diritto dell'imputato di difendersi personalmente. Con la sentenza Cat Berro del 15 novembre 2006 la Suprema Corte ha affermato che il condannato a seguito di giudizio contumaciale ritenuto non equo dalla Corte E.D.U., possa avvalersi, per la rinnovazione del giudizio, dell'istituto della rimessione in termini ex art. 175, co. 2 e 2 bis c.p.p.³³.

Altra pronuncia della Cassazione che ha individuato un ulteriore rimedio per sopperire alla *lacuna legis* è stata la sentenza *Drassich vs Italia*³⁴ del 12 novembre 2008, con la quale si è ritenuto applicabile alla fattispecie il ricorso straordinario per errore di fatto ex art. 625 bis c.p.p.³⁵. Il ricorrente, magistrato del Tribunale di Pordenone era stato condannato in Italia tra gli altri reati per corruzione ex art. 319 c.p., ma a seguito del ricorso in Cassazione, il Giudice di nomofilachia riquilificava *in peius* l'imputazione senza rispettare però il diritto di difesa dell'imputato e violando le garanzie processuali ex art. 6, par. 3, lett. a) e b) in

³¹ Sul punto F. GIUNCHEDI, *op. cit.*, www.archiviopenale.it, p. 21 – 22; A. PULVIRENTI, *op. cit.*, in A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, p. 974; G. DE AMICIS, *op.cit.*, www.giustiziainsieme.it, 5 maggio 2023.

³² Sul tema E. APRILE, *I meccanismi di adeguamento delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, *Cass. Pen.*, fascicolo 9, pag. 3216B.

³³ E. APRILE, *op. cit.*, *Cass. Pen.*, fascicolo 9, pag. 3216B.

³⁴ Sul punto F. GIUNCHEDI, *op. cit.*, www.archiviopenale.it, p.11; A. PULVIRENTI, *op. cit.*, in A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, p.974; G. DE AMICIS, *op.cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023.

³⁵ Articolo inserito nel codice di procedura penale a cura della L. 26 marzo 2001, n. 128.

ordine alla mancanza di informazione nel più breve tempo possibile oltre che l'assenza del tempo necessario per predisporre la difesa³⁶.

La Cassazione con la sentenza richiamata individua un ulteriore strumento per consentire ad una sentenza della C.ED.U. di varcare la frontiera dell'ordinamento giuridico ed è il ricorso straordinario per cassazione per errore di fatto.

1.3 Revisione europea

La Consulta con la sentenza additiva 07 aprile 2011, n. 113, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non contemplava un caso di revisione ulteriore rispetto a quelli ivi individuati.³⁷ La Corte costituzionale con tale pronuncia ha introdotto la c.d. "revisione europea"³⁸, trattasi di un *escamotage* attraverso il quale si poteva applicare l'istituto dell'impugnazione straordinaria ex artt. 630 ss. c.p.p.³⁹, al fine di consentire la riapertura del processo e adempiere alla previsione dell'art. 46 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

³⁶ A. PAOLETTI, *Caso Drassich 2: differenza tra riqualificazione del fatto reato e riconsiderazione dell'addebito*, Diritto.it, 2018-06-07, p. 4 ss.

³⁷ P. TONINI, C. CONTI, *op. cit.*, Giuffè editore, 2023, p. 872.

³⁸ Sul punto la massima n. 35542 contenuta nella sentenza n. 113/2011. «E' costituzionalmente illegittimo, per la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione e dell'art. 46 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, sancito a carico delle Parti contraenti, comporta infatti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo. Né può ritenersi contraria a Costituzione pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza, accertate dalla Corte di Strasburgo, delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost.»

³⁹ C. cost. 113/2011: «Il giudice a quo ha, per altro verso, non ingiustificatamente individuato nell'art. 630 cod. proc. pen. la sede dell'intervento additivo richiesto: la revisione, infatti – comportando, quale mezzo straordinario di impugnazione a carattere generale, la riapertura del processo, che implica una ripresa delle attività processuali in sede di cognizione, estesa anche all'assunzione delle prove – costituisce l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato». Sul punto R.M. GERACI, *op. cit.*, Proc. pen. e giust, 1/2022, p. 190.

quindi dare esecuzione ad una sentenza definitiva della Corte E.D.U.⁴⁰ Era un rimedio processuale finalizzato alla riapertura dei procedimenti penali interni conclusi con una sentenza passata in giudicato, qualora la Corte E.D.U. successivamente adita avesse accertato una violazione convenzionale in una fase del procedimento dinanzi al Giudice nazionale.⁴¹ I presupposti per l'applicazione della "revisione europea" erano una sentenza di condanna interna ed una sentenza della Corte E.D.U. per la cui esecuzione fosse stato necessario riaprire il processo interno.

La scelta degli Ermellini di valersi di un procedimento di impugnazione straordinario qual è l'art. 630 c.p.p., notoriamente attivato per superare la definizione irrevocabile di una sentenza⁴², dimostrando i presupposti per l'assoluzione e rendendo insufficienti e contraddittorie le ragioni della condanna, altera l'istituto in esame. L'ipotesi di riapertura a seguito della sentenza sovranazionale risulta eterogenea rispetto alle fattispecie tassative individuate nell'art. 630 c.p.p., inoltre, per valutare la necessità di riaprire il processo si devono considerare sia la natura oggettiva della violazione accertata che le indicazioni contenute nella sentenza della Corte di Strasburgo.⁴³

Con la pronuncia il Giudice delle Leggi ha affermato che l'interessato deve essere posto «nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della lesione».

2 La nuova impugnazione straordinaria

Il Legislatore con il D.Lgs. 150/2022 ha introdotto nel libro IX del codice di procedura penale, il titolo III *bis*, di cui fa parte l'art. 628 *bis*.⁴⁴ Trattasi di un mezzo di impugnazione straordinario che può essere adito dal condannato o dalla persona sottoposta a misura di sicurezza, i quali: «possono richiedere alla Corte di

⁴⁰ F. GALLUZZO, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, pp. 657 ss.

⁴¹ F. GIUNCHEDI, *op. cit.*, *Archivio Penale*, gennaio – aprile 2013, fascicolo 1 anno LXV, pp. 27 ss.

⁴² C. cost. 113/2011: «[...] l'ipotesi della riapertura del processo collegata al vincolo scaturente dalla CEDU risulti eterogenea rispetto agli altri casi di revisione attualmente contemplati dalla norma censurata, sia perché fuoriesce dalla logica, a questi sottesa, della composizione dello iato tra "verità processuale" e "verità storica", emergente da elementi "esterni" al processo già celebrato [...]"

⁴³ Corte cost. 113/2011, "porre l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata, e non già rimediare a un difettoso apprezzamento del fatto da parte del giudice, risultante da elementi esterni al giudicato».

⁴⁴ Sul punto F. GALLUZZO, *op. cit.*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, p. 659, "[...] diversamente da quanto proposto dalla Commissione Lattanzi che suggeriva di disciplinarlo in un [...]"

cassazione di revocare la sentenza penale o il decreto penale di condanna pronunciati nei loro confronti, di disporre la riapertura del procedimento o, comunque, di adottare i provvedimenti necessari per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quando hanno proposto ricorso per l'accertamento di una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dai Protocolli addizionali alla Convenzione e la Corte europea ha accolto il ricorso con decisione definitiva, oppure ha disposto la cancellazione dal ruolo del ricorso ai sensi dell'articolo 37 della Convenzione a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato».⁴⁵ Tale rimedio sostituisce quello elaborato dalla Corte costituzionale con la richiamata sentenza n. 113/2011.

Le differenze che si rinvengono tra la nuova disciplina e la revisione riguardano la funzione e la competenza. Il secondo istituto è strumentale al proscioglimento dell'imputato in presenza dei tassativi presupposti ex art. 630 c.p.p., e la competenza è attribuita alla Corte di appello mentre con il nuovo istituto spetta alla Suprema Corte di cassazione.⁴⁶

La funzione del nuovo istituto si esplica nella revoca dei provvedimenti passati in giudicato e nell'individuazione del provvedimento più congruo per dare esecuzione alla pronuncia del giudice alsaziano e per eliminare gli effetti pregiudizievoli. Tale compito è stato attribuito alla Corte di cassazione⁴⁷ la quale dapprima accerterà la fondatezza del ricorso e, successivamente, sulla base della natura della violazione convenzionale individuerà il provvedimento più congruo per eliminare gli effetti pregiudizievoli.

La Suprema Corte di nomofilachia potrà disporre la revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, trasmettere gli atti al giudice dell'esecuzione o,

⁴⁵ Sul tema si rinvia a G. DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023; M.S. MORI, *Revisione europea e dichiarazione unilaterale del Governo: una pronuncia innovativa della Cassazione*, www.giurisprudenzapenale.com, 4 maggio 2022, p. 1ss.

⁴⁶ Sul punto F. GALLUZZO, *op. cit.*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, p. 659.

⁴⁷ Nella Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, si chiarisce che: "Circa la competenza della Corte di cassazione, non si è ritenuto necessario precisare che il procedimento debba essere assegnato a una sezione diversa da quella che ha eventualmente definito i ricorsi interni, trattandosi di riparto interno alla Corte che, in quanto tale, potrà essere disciplinato in sede tabellare [...]". in Supplemento straordinario n. 5 alla Gazzetta Ufficiale Serie generale - n. 245, 19/10/2022, «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, p. 343.

infine, disporre la riapertura del processo. Alla stessa è affidato, altresì, il compito di decidere quali atti compiuti nel processo precedente conservino efficacia.⁴⁸

2.1 Soggetti legittimati

La legittimazione soggettiva ad esperire il rimedio introdotto con l'art. 628 bis c.p.p., è riconosciuta al condannato e alla persona sottoposta a misura di sicurezza che abbia impugnato un provvedimento interno di condanna per l'accertamento di una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. Ottenuta una pronuncia favorevole dalla Corte europea, ovvero la cancellazione dal ruolo, il ricorrente potrà adire la Corte di cassazione affinché attivi il provvedimento più acconcio ad eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione convenzionale.

Nondimeno in caso di decesso dell'interessato, è legittimato a presentare l'istanza in parola, un suo congiunto per il tramite di un difensore munito di procura speciale. In ogni caso, sia che provveda personalmente l'interessato che nella seconda ipotesi, il congiunto, questi devono esercitare il diritto per il tramite di un difensore munito di procura speciale e, ai sensi dell'art. 613 c.p.p., iscritto nell'Albo speciale degli avvocati abilitati a patrocinare dinanzi alle giurisdizioni superiori.⁴⁹

L'azione da parte del congiunto del condannato sembra esperibile sia nel caso in cui quest'ultimo sia deceduto dopo il riconoscimento della violazione da parte della Corte europea, sia nell'ipotesi in cui il primo sia subentrato nel procedimento dinanzi al giudice alsaziano. Si ritiene che il medesimo potere dovrebbe essere riconosciuto all'erede anche se non è richiamato nella norma.⁵⁰ Si ritiene più consono procedere con un'esegesi più attenta ai precetti europei e riservare l'impugnazione straordinaria ai congiunti o all'erede che siano subentrati nel procedimento dinanzi alla Corte E.D.U. e siano, pertanto, destinatari della sentenza. La Raccomandazione del Comitato dei Ministri europei (2000), condiziona la riapertura del giudizio alla "*persistente attualità delle conseguenze*

⁴⁸ G. DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023, A. CABIALE, *op. cit.*, in A. Giarda E G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2126, 2127; A. Pulvirenti, *op. cit.*, in A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 977, 978; M. GIALUZ, *op. cit.*, www.sistemapenale.it, p. 119 ss.

⁴⁹ A. PULVIRENTI, *op. cit.*, in A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 982.

⁵⁰ S. LONATI, *op. cit.*, www.sistemapenale.it, p. 12.

gravemente negative” sofferte, tale precisazione sembrerebbe escludere sia il congiunto che l’erede in quanto costoro non subiscono ripercussioni dalla lesione delle garanzie convenzionali.

La Corte europea, invece, quando il decesso della vittima sia avvenuto *in fieri*, si è pronunciata in loro favore, subordinando la prosecuzione della causa alla dimostrazione di un interesse legittimo.⁵¹

Interessante evidenziare come la scelta dei soggetti ai quali è attribuito tale diritto siano individuati in base all’art. 1, comma 13, lett. o), Legge 27 settembre 2021, n. 134 nel quale è indicato il “soggetto che abbia presentato il ricorso”.⁵² È altresì doveroso evidenziare come il Legislatore della riforma non abbia inserito tra i soggetti legittimati il Procuratore Generale presso la Corte di cassazione. Sul punto si richiama quanto già disposto in precedenza nel disegno di legge del 2007 e quanto tale istituto si differenzi dalla revisione ex art. 630 c.p.p. In quest’ultima, infatti, ai sensi dell’art. 632 c.p.p., è riconosciuto il diritto di esperire tale mezzo di impugnazione oltre che al condannato, al suo prossimo congiunto, al tutore e in caso di decesso del condannato all’erede o ad un prossimo congiunto, al Procuratore generale presso la Corte di Appello.⁵³

Sono esclusi dalla presentazione dell’istanza il ricorrente prosciolti anche per particolare tenuità del fatto, per perdono giudiziale o, ancora, per estinzione del reato.⁵⁴

Non è attribuita tale possibilità ai cosiddetti “fratelli minori”⁵⁵, soggetti che soffrono una situazione analoga a quella definita da un precedente ricorso alla Corte di Strasburgo nel quale sia stata riconosciuta una violazione convenzionale.

Inoltre, tra i soggetti non legittimati ad esperire la nuova impugnazione straordinaria, si devono annoverare la persona offesa⁵⁶ dal reato e la parte civile la quale abbia ottenuto l’accertamento di una violazione di una norma

⁵¹ R.M. GERACI, *op. cit.*, *Proc. pen. e giust.*, p. 195; S. LONATI, *op. cit.*, *www.sistemapenale.it*, p. 12 ss.

⁵² S. LONATI, *op. cit.*, *www.sistemapenale.it*, p. 9.

⁵³ F. GALLUZZO, *op. cit.*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, p. 661.

⁵⁴ S. LONATI, *op. cit.*, *www.sistemapenale.it*, p. 9.

⁵⁵ Denominati anche “parenti”, “cugini”, in tal senso M. GIALUZ, *cit.*, SP, 120, A. SCALFATI, *cit.*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 979; R. MAGI, *Le novità in tema di giudizio di legittimità. Cenni sulla revisione europea*, in *www.questionegiustizia.it*, 13 marzo 2023.

⁵⁶ La dottrina sosteneva che la legittimazione attiva dovesse essere riconosciuta anche alla persona offesa. In tal senso R.M. GERACI, *op. cit.*, *Proc. Pen. e Giust.*, n. 1/2022, p. 194, nel quale l’autrice afferma: “La legittimazione primaria alla proposizione del nuovo ricorso straordinario spetterà, dunque, alla vittima della violazione convenzionale, come tale riconosciuta in sede europea, la quale non necessariamente sarà il condannato, potendo anche essere la persona offesa dal reato”.

convenzionale. Tale possibilità non era stata esclusa dalla legge delega ed anzi, era caldeggiata dalla dottrina.⁵⁷

2.2 Forma, termini e procedimento.

L'organo giudiziario al quale l'istanza deve essere rivolta è la Corte di cassazione. Il deposito deve avvenire nelle forme dell'art 582 c.p.p., il quale rinvia al deposito telematico neo-introdotto all'art. 111 *bis* c.p.p. La presentazione deve essere effettuata nella cancelleria del Giudice che ha emesso la sentenza o il decreto penale di condanna, nel termine perentorio⁵⁸ di novanta giorni che decorre, alternativamente, dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione dei giudici di Strasburgo, oppure, dalla cancellazione del ricorso dal ruolo.⁵⁹ In queste righe inserite nei primi due commi dell'articolo 628 *bis* c.p.p., emerge una discrasia rispetto alla disciplina della revisione ex art. 633 c.p.p., e rubricato "Forme della richiesta". In quest'ultima si prevede, infatti, che l'istanza di revisione debba essere presentata nella cancelleria della Corte di Appello individuata secondo i criteri dell'art. 11 c.p.p.

L'ammissibilità del ricorso è subordinata al soddisfacimento di due condizioni indefettibili. Innanzitutto, deve essere presentato da un soggetto all'uopo legittimato e l'istanza deve essere rispondente ai requisiti previsti nella prima parte del comma 2, dell'art. 628 *bis* del codice processuale penale. Pertanto, oltre al soggetto al quale sia attribuito il diritto ad esperire il rimedio in esame, devono essere rispettati il termine e le forme prefate. Il ricorso deve essere specificamente motivato, attraverso l'indicazione puntuale della tipologia e delle caratteristiche delle violazioni convenzionali e le ragioni della loro incidenza sull'esito del processo.⁶⁰ A pena di inammissibilità, quindi, la richiesta indirizzata alla Suprema Corte, deve essere depositata dai soggetti legittimati in precedenza individuati, nei termini e nelle forme prefate e deve essere specificamente motivata, attraverso l'indicazione puntuale della tipologia e delle caratteristiche delle violazioni convenzionali e le ragioni della loro incidenza sull'esito del processo.⁶¹

⁵⁷ Sul punto F. GALLUZZO, *op. cit.*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, p. 660, A. CABIALE, *op. cit.*, in A. Giarda - G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2127, G. DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustizainsieme.it, 20 febbraio 2023.

⁵⁸ R.M. GERACI, *op. cit.*, *Proc. Pen. e Giust.*, n. 1/2022, p. 188.

⁵⁹ A. CABIALE, *op. cit.*, in A. Giarda E G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2128.

⁶⁰ G. DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustizainsieme.it, 20 febbraio 2023.

⁶¹ *Ibidem*

Vi è un onere di allegazione relativo al deposito della sentenza o del decreto penale di condanna, della decisione emessa dalla Corte europea e di eventuali ulteriori atti e documenti. L'eventuale mancata tempestiva presentazione di questi ultimi non comporta l'inammissibilità della domanda in quanto si è ritenuto che tali documenti possano essere prodotti successivamente senza che ciò pregiudichi l'impugnazione straordinaria.⁶²

L'altro presupposto per l'ammissibilità del ricorso è rappresentato dalla verifica dell'effettiva incidenza che la violazione convenzionale ha avuto sulla sentenza o sul decreto penale di condanna ed è attribuita all'organo di nomofilachia.

Il ricorso è deciso dalla Corte di cassazione con rito camerale non partecipato ex art. 611, comma 1 c.p.p., e si riconoscono sia al Procuratore generale che ai difensori, il diritto di presentare motivi nuovi e memorie fino a quindici giorni prima dell'udienza e la facoltà di presentare memorie di replica fino a cinque giorni prima.⁶³ Il Giudice di legittimità procede quindi in camera di consiglio, in assenza del Procuratore Generale e dei difensori, sulla base di un contraddittorio cartolare, alla valutazione del soddisfacimento dei requisiti prefati, al fine di escludere l'inammissibilità della richiesta.

Si evidenzia che il rinvio operato dall'art. 628, comma 4 c.p.p., all'art. 611 «sembra avere carattere generale e non esclude, pertanto, la possibilità di richiedere, o disporre d'ufficio, la trattazione del procedimento in pubblica udienza [...]».⁶⁴

L'impugnazione straordinaria in oggetto è finalizzata ad ottenere la revoca del giudizio definitivo disponendo la riapertura del procedimento o, ancora, adottare i provvedimenti necessari per rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata dalla Corte E.D.U.

L'ammissibilità del ricorso, come anticipato, è subordinato al soddisfacimento di due condizioni indefettibili. Innanzitutto, deve essere presentato da un soggetto all'uopo legittimato e l'istanza deve essere rispondente ai requisiti previsti nella prima parte del comma 2, dell'art. 628 bis del codice processuale penale. L'altro

⁶² Sul tema G. DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023; F. GALLUZZO, *op. cit.*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, pag. 663. 664; A. CABIALE, *op. cit.*, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2128.

⁶³ Sul punto A. PULVIRENTI, *op. cit.*, in A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 983.

⁶⁴ Così DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023; A. PULVIRENTI, *op. cit.*, in A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 983.

presupposto per l'ammissibilità del ricorso è rappresentato dalla verifica, effettuata dalla Suprema Corte, del nesso di causalità tra la violazione convenzionale e l'epilogo del processo.⁶⁵

Si specifica, infatti, al comma 5 dell'art. 628 bis, che non tutte le violazioni della Convenzione sovranazionale comportino una riapertura del processo penale. La disposizione prevede che oltre alle ipotesi di inammissibilità dell'istanza, la Suprema Corte non accolga le richieste per le quali la Corte di Strasburgo abbia accertato una violazione della Convenzione che non abbia avuto "incidenza effettiva" sulla sentenza o sul decreto penale di condanna⁶⁶. La violazione per essere oggetto di ricorso deve aver influito sull'esito del processo.

La Suprema Corte, valutata la gravità della violazione convenzionale accertata dalla Corte europea, muta il modello riparatorio cui attingere per riparare il danno causato alla vittima, infatti, ammesso il ricorso, assume i provvedimenti idonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione. Gli scenari possibili sono revocare la sentenza o il decreto penale di condanna, adottando essa stessa i provvedimenti più opportuni, trasmettere gli atti al giudice dell'esecuzione o, infine, disporre la riapertura del processo nel grado e nella fase nel quale si procedeva al momento in cui si verificava la violazione.

Nel primo caso prospettato, ossia di intervento diretto della Corte di cassazione, peraltro caso residuale, si procede con un mero ricalcolo aritmetico della pena o si procede con altre purgazioni della sentenza o del decreto penale di condanna che esulino da valutazioni di merito.

Gli atti sarebbero trasmessi al giudice dell'esecuzione «per una rivisitazione dei profili sanzionatori»⁶⁷, che comporterebbero valutazioni di merito.

La riapertura del processo, come anticipato, avviene dinanzi al giudice della cognizione nel grado e nella fase in cui si è verificata la violazione contestata e appurata.⁶⁸ La Corte di legittimità provvede alla trasmissione degli atti al giudice

⁶⁵ DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023.

⁶⁶ F. GALLUZZO, *op. cit.*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, p. 665; A. CABIALE, *op. cit.*, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2128; S. LONATI, *op. cit.*, www.sistemapenale.it, p. 23.

⁶⁷ Questa la locuzione utilizzata dall'autore per descrivere l'attività espletata dal giudice dell'esecuzione. A. CABIALE, *op. cit.*, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2129.

⁶⁸ F. GALLUZZO, *op. cit.*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, p. 664 ss; A. CABIALE, *op. cit.*, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2129 ss.

che ha emesso la sentenza, non si tratta, tuttavia, dello stesso giudice persona fisica che lo aveva trattato in precedenza⁶⁹, e stabilisce, altresì, quali atti compiuti nel precedente processo conservino efficacia.⁷⁰ Non si assiste alla rinnovazione automatica dell'intero processo, in quanto, la stessa può essere limitata ai singoli atti in precedenza affetti da vizi lesivi delle garanzie convenzionali.⁷¹ Il giudice di merito nell'operare dovrà attenersi al principio fissato all'esito della fase rescindente il quale sarà, a sua volta, afferente alla pronuncia della Corte E.D.U.⁷²

Si può ritenere che in considerazione del procedimento camerale nel quale la Corte si pronuncia in relazione alla riapertura del processo, il provvedimento emesso dal giudice di legittimità sia un'ordinanza.

La revoca della sentenza è attribuita, a lettera del 5° comma richiamato, alla Suprema Corte e non è riconosciuto un potere analogo al giudice di merito al quale si rinviano gli atti a seguito della riapertura del processo. In buona sostanza, si deve ritenere che la riapertura del processo sia preceduta dalla revoca della sentenza definitiva che investe, inoltre, la pena o la misura di sicurezza comminate.⁷³

La riapertura del processo comporta degli effetti. Innanzitutto, a norma dell'art. 60, co. 3 c.p.p., il ricorrente riassume lo *status* di imputato.⁷⁴ Se interviene dinanzi al giudice di primo grado, riprende vigore il corso della prescrizione ex art. 161 *bis* c.p.⁷⁵, corso della quale era cessato per la sopravvenienza della sentenza di primo grado. Qualora la riapertura del processo dovesse verificarsi davanti la Corte di Appello, si dovrà rispettare il termine di durata massima del processo disposto dall'art. 344 *bis*⁷⁶ c.p.p. e la cui violazione comporta l'improcedibilità dell'azione penale.⁷⁷

⁶⁹ S. LONATI, *op. cit.*, www.sistemapenale.it, p. 29.

⁷⁰ *Ibidem* p. 26.

⁷¹ DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023.

⁷² *Ibidem*

⁷³ A. CABIALE, *op. cit.*, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2129; S. LONATI, *op. cit.*, www.sistemapenale.it, p. 29.

⁷⁴ DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023; F. GALLUZZO, *op. cit.*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, p. 664.

⁷⁵ Disposizione introdotta dall'art. 2, comma 1, lett. c), della legge 27 settembre 2021, n. 134, rubricata "Cessazione del corso della prescrizione".

⁷⁶ Disposizione introdotta dall'art. 2, comma 1, lett. c), della legge 27 settembre 2021, n. 134, rubricata *Improcedibilità per il superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*.

⁷⁷ A. CABIALE, *op. cit.*, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2129, 2130; F. GALLUZZO, *op. cit.*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, p. 666 ss; A. Pulvirenti, *Op. Cit.*, In A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A.

2.3 La sospensione dell'esecuzione della pena

Al ricorrere dei presupposti, alla Corte di legittimità è attribuito il potere di disporre la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza. Si tratta di una valutazione discrezionale della Corte e non opera automaticamente alla proposizione della domanda. Il comma 4 dell'art. 628 bis c.p.p., richiama l'art. 635 c.p.p., il quale riconosce alla Corte il potere di disporre la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza e l'eventuale applicazione di una delle misure coercitive previste nel Libro IV, titolo I, capo II, e segnatamente quelle previste agli artt. 281, 282, 283 e 284.⁷⁸ Nello stesso senso si sostiene che in virtù del richiamo citato, l'art. 635 c.p.p. sia trasposto nel nuovo istituto e attribuisca alla Suprema Corte, oltre al potere di sospendere l'esecuzione del provvedimento di condanna, anche di emettere una misura cautelare coercitiva.⁷⁹

Parte della dottrina⁸⁰ ritiene che il rinvio all'art. 635 c.p.p., sia limitato alla sospensione dell'esecuzione in quanto all'organo di nomofilachia non è riconosciuto il potere di applicare le misure cautelari, in particolare le misure coercitive. Tali misure potranno essere applicate nel corso dell'eventuale giudizio di cognizione, nella fase rescissoria del procedimento, a seguito della riapertura dello stesso.

In relazione alla sospensione dell'esecuzione della pena la giurisprudenza si è pronunciata statuendo che «La sospensione dell'esecuzione della pena prevista dall'art. 635 è un istituto di carattere eccezionale, poiché deroga al principio di obbligatorietà dell'esecuzione, e presuppone l'esistenza di situazioni in cui appaia verosimile l'accoglimento della domanda e la conseguente revoca della condanna, non essendo a tal fine sufficiente la positiva delibazione sull'ammissibilità dell'istanza».⁸¹

Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 983;.

⁷⁸ S. LONATI, *op. cit.*, www.sitemapenale.it, p. 19.

⁷⁹ In tal senso F. GALLUZZO, *op. cit.*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, p. 666; A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Riforma Cartabia: i nuovi rimedi per l'esecuzione delle decisioni CEDU*, www.diritto.it, 03 febbraio 2023, p. 6; si riporta anche quanto affermato dall'Ufficio del Massimario presso la Corte di cassazione, Ufficio penale, Relazione su novità normativa, la "riforma Cartabia", Rel. n. 2/23, 5 gennaio 2023, p. 179: "In via preliminare, (l'art. 628-bis, comma 4, rinvia all'art. 635 cod. proc. pen.) dovrà essere valutata la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, sospensione che potrà accompagnarsi all'applicazione di misure cautelari coercitive, analogamente a quanto è previsto per il procedimento di revisione."

⁸⁰ Così G. DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023.

⁸¹ Cass., sez I, 27 novembre 2020 – 15 dicembre 2020, n. 35873, CED 280096.

Il comma 2 dell'art. 635 c.p.p., prevede che contro l'ordinanza che dispone le misure coercitive e sulla loro revoca possano ricorrere per Cassazione sia il pubblico ministero che il condannato. Nell'ambito della nuova impugnazione straordinaria, la decisione su tale questione sarà attribuita ad altra sezione della Suprema Corte diversa da quella che abbia emesso il provvedimento impugnato.⁸²

2.4 Diritto transitorio.

Il D.lgs. 150/2022 di attuazione della Legge delega 134/2021, ha previsto all'art. 91, una disciplina transitoria. In particolare, si è stabilito che nel caso in cui la pronuncia definitiva con la quale la Corte E.D.U. accerti la violazione convenzionale, ovvero, a seguito di riconoscimento unilaterale da parte dello Stato della violazione sia stata disposta la cancellazione dal ruolo, dovesse intervenire prima dell'entrata in vigore del citato decreto, quindi fino al 29 dicembre 2022, la decorrenza del termine di novanta giorni per la presentazione del ricorso straordinario ex art. 628 bis c.p.p., sarà computata dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del summenzionato decreto.⁸³

In relazione alla prescrizione, si è stabilito altresì che per i reati commessi in data anteriore al 01 gennaio 2020⁸⁴, la prescrizione riprende a decorrere nel caso in cui la Corte di cassazione disponga la riapertura del processo ancorché non disposta dinanzi a giudice di primo grado.⁸⁵

2.5 Prospettive di applicazione del Protocollo 16 C.E.D.U

La disciplina introdotta all'art. 628 bis c.p.p., a cura del D. lgs. 150/2022, ha consentito di ripristinare la legalità processuale. La giurisprudenza nel passato, al fine di ottemperare alle previsioni convenzionali di esecuzione delle sentenze della Corte europea, ha cercato di sopperire alla carenza normativa derivante dalla sterile proposizione di disegni di legge e composizione di Commissioni all'uopo nominate, attraverso l'uso strumentale degli istituti processuali esistenti. Tali operazioni definite

⁸² F. GALLUZZO, *op. cit.*, in G. Spangher, (a cura di) *La riforma Cartabia, Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, 2022, p. 666.

⁸³ G. DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023; A. CABIALE, *op. cit.*, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2131.

⁸⁴ La legge 9 gennaio 2019, n. 3, ha introdotto nel codice penale il cd "blocco" della prescrizione alla pronuncia della sentenza di primo grado, attualmente la disciplina è contenuta nell'art. 161 bis c.p., inserita dal art. 2, comma 1, lett. c), L. 27 settembre 2021, n. 134.

⁸⁵ G. DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023; A. CABIALE, *op. cit.*, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolters Kluwer, p. 2131.

“uso manipolativo dello strumentario processuale”, che denotava “fantasia processuale” e forme di “lassismo concettuale”⁸⁶, ledevano il principio di legalità processuale.

L'intervento legislativo oggetto di analisi nel presente contributo ha riconosciuto il ruolo primario rivestito dalla Corte di cassazione alla quale è attribuito il compito di verificare quale sia lo strumento più idoneo per consentire l'esecuzione delle sentenze definitive della Corte E.D.U.

Al Supremo organo di nomofilachia potrebbe essere affidato un preventivo canale di dialogo con la Corte europea, infatti, il Protocollo n. 16 addizionale alla C.E.D.U.⁸⁷, firmato a Strasburgo il 2 ottobre 2013 ed entrato in vigore il 1° agosto 2018, ha introdotto un nuovo strumento di consultazione preventiva finalizzato a richiedere alla Corte europea dei diritti dell'uomo pareri non vincolanti su questioni di principio relativi all'interpretazione dei principi convenzionali in procedimenti pendenti dinanzi al giudice nazionale.⁸⁸

L'art 34 della C.E.D.U. prevede che il ricorso alla Corte sovranazionale avvenga ad opera dei singoli che ritengano di essere stati lesi dalla violazione di una norma convenzionale e, ai sensi dell'art. 35 della medesima, che siano stati preventivamente esperiti i mezzi di impugnazione interna.

Alla funzione consultiva attribuita alla Corte E.D.U., si può riconoscere sia una funzione di rafforzamento dell'interazione fra la Corte e le autorità nazionali, come indicato espressamente nel preambolo del Protocollo n. 16 C.E.D.U., sia una funzione deflattiva in quanto potrebbe comportare una diminuzione dei singoli ricorsi alla stessa Corte.⁸⁹

Il Protocollo citato prevede che la relazione dialogica intervenga tra le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte Contraente e Corte europea, la quale potrà essere interpellata con finalità consultive inerenti “questioni di principio relative

⁸⁶ R.M. GERACI, *op. cit.*, in *Proc. Pen giust.* 2022, p. 197. Le espressioni in corsivo dell'autore evidenziano l'utilizzo non ortodosso degli istituti processuali al fine di perseguire un obiettivo in altro modo difficilmente raggiungibile *rebus sic stantibus*.

⁸⁷ È un Protocollo entrato in vigore il 1° agosto 2018 e vigente per gli Stati che hanno provveduto alla sua ratifica. Attualmente è stato ratificato da Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Belgio, Bosnia Erzegovina, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Montenegro, Paesi Bassi, Nord Macedonia, Repubblica di Moldavia, Romania, San Marino, Repubblica Slovacchia, Slovenia, Ucraina. www.coe.int

⁸⁸ R.M. GERACI, *op. cit.*, in *Proc. Pen giust.* 2022, p. 198; G. DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023; F. BUFFA, *Il parere consultivo nel Protocollo n. 16*, in F. Buffa e M.G. Civinini (a cura di) *La Corte di Strasburgo*, www.questionegiustizia.it, aprile 2019, p. 219.

⁸⁹ R.M. GERACI, *op. cit.*, in *Proc. Pen giust.* 2022, p. 198; G. DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023; F. BUFFA, *op. cit.* in F. Buffa e M.G. Civinini (a cura di) *La Corte di Strasburgo*, www.questionegiustizia.it, aprile 2019, p. 219.

all'interpretazione o applicazione dei diritti e delle libertà definiti nella Convenzione o nei suoi protocolli"⁹⁰.

Il parere in commento può essere richiesto solo in relazione ad un giudizio pendente dinanzi alla Corte che formula la relativa istanza debitamente motivata e nella quale devono essere rappresentati sia l'aspetto fattuale che giuridico del caso.

Protagonisti europei in questa fase sono dapprima un collegio, composto da cinque giudici della Grande Camera, al quale è attribuito il compito di esprimersi sulla ricevibilità della richiesta di parere consultivo pervenuta dall'organo giurisdizionale nazionale e, successivamente, nel caso in cui il vaglio preventivo si fosse concluso positivamente, il parere verrà formulato dalla *Grande Chambre*. Si tratta di un atto solenne ed oneroso, al quale partecipano diciassette giudici di diversi Stati aderenti. Interessante notare come la previsione convenzionale includa sia nel collegio quanto nella Grande Camera decidente, il giudice eletto dell'Alta Parte contraente cui appartiene il giudice richiedente il parere consultivo.⁹¹

Sono riconosciuti sia al Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa che all'Alta Parte contraente cui appartiene il giudice richiedente, il diritto di presentare osservazioni e partecipare alle udienze.

Il parere consultivo è motivato ed è pubblicato. Tale parere non è vincolante, pertanto, è garantita l'autonomia decisionale del giudice nazionale ed il soggetto legittimato a presentare ricorso alla Corte alsaziana, potrà procedervi ai sensi degli articoli 34 e 35 della C.E.D.U.⁹²

Il Protocollo n. 16 addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali può rappresentare la realizzazione di un sistema votato alla tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Ad oggi il Protocollo n. 16 non è stato ratificato dall'Italia.

⁹⁰ Art. 1, par. 1. Prot. N. 16 C.E.D.U. www.echr.coe.int.

⁹¹ F. BUFFA, *op. cit.*, in F. Buffa e M.G. Civinini (a cura di) *La Corte di Strasburgo*, www.questionegiustizia.it, aprile 2019, p. 219.

⁹² G. DE AMICIS, *op. cit.*, www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023.

LA «MARGINALITÀ» DELLA MATERNITÀ RISTRETTA *

The «marginality» of incarcerated motherhood

di

Gaetano Stea **

La marginalità della maternità ristretta, sotto i profili numerico, organizzativo e normativo, confermano, più in generale, l'incapacità del sistema penitenziario di saper restituire il detenuto alla socialità democratica. Il contributo, sotto forma di relazione convegno, intende riflettere sulla tendenza generale, in cui si evidenziano alcune eccezioni, ma che rimangono tali.

The marginality of incarcerated maternity care, from a numerical, organizational and regulatory point of view, confirms, more generally, the inability of the penitentiary system to be able to return the prisoner to democratic sociality. The contribution, in the form of a conference report, aims to reflect on the general trend, in which some exceptions are highlighted, but which remain so.

Sommario: 1. Premessa – 2. La marginalità numerica – 3. La marginalità organizzativa – 4. La marginalità normativa – 5. Considerazioni conclusive sull'incidenza della marginalità sull'inveramento del fine della pena

1. Premessa.

L'intervento è suddiviso idealmente in tre parti³. Dapprima, si metterà a fuoco il dato statistico delle madri detenute rispetto all'intera popolazione carceraria,

* Testo, con aggiunta di note bibliografiche, della relazione tenuta, a Lecce, in data 30 novembre 2023, alla Conferenza "Donne detenute, madri dalle mani legate. Le relazioni familiari nel contesto carcerario" organizzato da Associazione Donne Giuriste Italia, con la collaborazione di Università del Salento, Avvocati Diritti Umani e Ordine degli Avvocati di Lecce.

** Ricercatore di diritto penale nell'Università degli Studi di Bergamo.

³ Le riflessioni qui proposte rappresentano il frutto della condivisione degli approfonditi studi svolti dalla prof.ssa Anna Lorenzetti (associata di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bergamo), con cui condivido l'affidamento dell'insegnamento di Diritto Penitenziario nel Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza nell'Università orobica. Tra i più significativi scritti utilizzati per questo lavoro, cfr. A. LORENZETTI, *Genere e detenzione. Le aporie costituzionali di fronte a una "doppia reclusione"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, pp. 139 ss.

da cui si trarranno un paio di considerazioni in merito al riflesso concreto del dato numerico nella gestione penitenziaria delle madri ristrette; poi, si farà un breve affresco del sistema complessivo, non sempre coerente, dei mezzi che oggi l'ordinamento offre per salvaguardare la maternità e l'infanzia nel caso di donne in conflitto con la giustizia penale, nel cui ambito si accennerà al quadro comparativo o, meglio, sovranazionale. Ed infine, nell'ultima parte, si cercherà di esprimere qualche riflessione in tema di rieducazione, come finalità della pena nella fase espiativa, allargando lo sguardo alla questione di genere nel mondo carcerario.

Il *file rouge* è la marginalità della maternità ristretta, sotto i profili numerico, organizzativo e normativo, che confermano, più in generale, l'incapacità del sistema penitenziario di saper restituire il detenuto alla socialità democratica. È una riflessione sulla tendenza generale, in cui si evidenziano alcune eccezioni, ma che rimangono tali. L'espressione «marginalità» è intesa nel significato semantico-spaziale di «emarginazione», di collocazione delle madri ristrette, più delle altre donne e ancor più degli uomini detenuti, sul confine estremo della socialità, così segnando quella «marginalizzazione» dal contesto democratico che evidenzia le disparità di genere ancora oggi presenti nella società.

2. La marginalità numerica.

La popolazione detenuta femminile ha da sempre seguito, con aritmetica precisione, l'andamento della popolazione detenuta generale. I dati più recenti (ultimo dato ministeriale disponibile del 30.11.2023)⁴, mostrano che le donne detenute sono 2.549 su 60.116 del totale della popolazione trattenuta, ovvero, confermando la media dal 1991, si attestano intorno a poco più del 4,2 %.

Da ciò, si ricavano due considerazioni. La prima è quella della marginalità della popolazione detenuta femminile. Statisticamente possiamo parlare di una vera e propria sotto-rappresentazione delle donne in carcere. Basti pensare infatti che, secondo i dati Istat, nel 2022 in Italia vivevano 30,6 milioni di donne, pari al 51,5% della popolazione totale (59 milioni). Se, dunque, la popolazione libera è equamente divisa tra uomini e donne, la popolazione detenuta è formata quasi esclusivamente da uomini.

⁴ https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST449575

La seconda considerazione conduce all'interrogativo – certamente criminologico⁵ – sulle possibili ragioni di una simile differenza⁶. Se la questione può porsi interrogandosi sul perché le donne commettano meno crimini degli uomini, con una operazione di controcampo, ci si potrebbe piuttosto domandare quali siano le ragioni per le quali gli uomini commettono reati in una quantità nettamente superiore a quella delle donne⁷. È una risposta che fornirebbe un'indicazione – fra le altre – per la prevenzione del crimine e, dunque, una più ragionata gestione degli interventi normativi.

Tornando al dato numerico che, come detto, sottolinea la marginalità del fenomeno della carcerazione femminile, va ulteriormente evidenziato che ancora più insignificante (numericamente) è il dato relativo alle madri detenute che, secondo l'ultimo monitoraggio ministeriale⁸, è di 22 madri con 22 figli. Le madri straniere detenute, ad oggi, sono 11 con 11 figli. È un dato da tenere presente anche per l'approccio culturale alla gestione del fenomeno che si sta osservando.

3. La marginalità organizzativa.

La marginalità (numerica) delle madri detenute si riflette sulla gestione penitenziaria (reale) del relativo fenomeno che pregiudica indubbiamente

⁵ Tra i tanti, L. RAVAGNINI, C.A. ROMANO, *Women in Prison. Indagine sulla detenzione femminile in Italia*, Lecce, 2013; N. GANDUS, C. TONELLI (a cura di), *Doppia pena. Il carcere delle donne*, Milano-Udine, 2019; C. PECORELLA, C. JUANATEY DORADO, *Madres con hijos en prision: una vision comparada de los sistemas penitenciarios espanol e italiano*, in C. Juanatey Dorado, N. Sanchez-Moraleda Vilches (a cura di), *Derechos de condenado y necesidad de pena*, Aranzadi, 2018, pp. 311-341; ID., *Donne in carcere. Una ricerca empirica tra le donne detenute nella II Casa di Reclusione di Milano-Bollate*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Vol. II, Milano, 2018, pp. 663-689.

⁶ Per un dettagliato profilo, G. MAROTTA, L. CORNACCHIA, *Criminologia. Storia, teorie, metodi*, Padova, 2021, pp. 395 ss.

⁷ Così, A. LORENZETTI, *Genere e detenzione. Le aporie costituzionali di fronte a una "doppia reclusione"*, cit., p. 146. Peraltro, S. CIUFFOLETTI, *Le politiche legislative sulla detenzione femminile in Italia. Tra effettività e propaganda*, in *Studi sulla questione criminale*, IX, 3, 2014, p. 49, ricorda come la questione della criminalità femminile nella prospettiva del basso tasso di devianza è stata al centro del dibattito sociologico e come si possano oramai ritenere consolidati gli studi criminologici che però appaiono satellitari rispetto a quelli modulati al maschile. Richiama inoltre la dottrina che ha ipotizzato le ragioni dei bassi di criminalità femminile, riferendosi ad esempio alla maggiore tolleranza con cui l'ordinamento giuridico e sociale osserva la donna deviante, ma anche ai modelli comportamentali che vedrebbero le donne più protette dalla famiglia o ancora in dipendenza dall'ineguale condizione donna-uomo nella società che anche in questo ambito vede il dominio maschile.

⁸ https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST449574

l'efficacia concreta delle diverse tutele che, sul piano normativo e giurisprudenziale, sono predisposte, anche se il percorso di progressivo ampliamento delle garanzie non possa dirsi concluso: si pensi, ad esempio, alla condizione della madre detenuta in ragione di una misura cautelare che è a oggi sprovvista della possibilità di accedere agli istituti di protezione.

Dando uno sguardo veloce, sulla base dell'età e delle condizioni della prole, alla madre che stia espiando una pena, l'ordinamento – rafforzato anche dal copioso intervento della giurisprudenza costituzionale – riconosce alcuni benefici, come il rinvio della pena, la preferenza per misure di privazione della libertà personale diverse dalla detenzione, quali la detenzione domiciliare, l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori, la possibilità di tenere con sé la prole o di espiare la pena presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (c.d. I.C.A.M.)⁹.

Ora, come accennato, va ammesso come le tutele abbiano manifestato una difficoltà di concretizzazione, ad esempio circa la garanzia di una appropriata organizzazione degli spazi che dovrebbero accogliere il bambino detenuto insieme alla madre, nonché di progetti idonei per il corretto sviluppo cognitivo ed emotivo del minore, coinvolto in contesti decisamente poco adatti a una serena e armoniosa crescita. Per quanto tali luoghi siano caratterizzati da sistemi di sicurezza “non invasivi”, non riconoscibili dai bambini, volti a ricreare un'atmosfera quanto più simile a un ambiente familiare, con uno sforzo di “nascondere” i segni e l'esteriorità della reclusione, essi manifestano comunque quei meccanismi oppressivi tipici delle istituzioni totali, che gravemente impattano sulla crescita del minore, come efficacemente messo in evidenza dalla dottrina.

Pertanto, alla marginalità numerica della madre detenuta consegue il difetto organizzativo, per cui, piuttosto che investire nel corretto adeguamento degli edifici penitenziari o nella costruzione di ulteriori strutture *ad hoc* (gli istituti femminili in Italia sono solo quattro), si è preferito ritagliare “sezioni” (una

⁹ G. MANTOVANI, *La marginalizzazione del carcere in funzione di tutela della relazione madre-figlio*, in Id. (a cura di), *Donne ristrette*, Memorie del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino, Milano, 2018, pp. 198-393; J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, Memorie del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino, cit., p. 10; L. LOMBARDI, *Maternità in carcere. Una ricerca sulla salute riproduttiva delle donne negli Istituti a custodia attenuata per madri detenute (ICAM)*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, p. 157; G. DI ROSA, *La detenzione delle donne con figli minori e l'Istituto a custodia attenuata per madri (I.C.A.M.) di Milano*, in *Cass. pen.*, 12/2009, p. 4899 ss.

cinquantina) degli istituti nati per la gestione e per le esigenze della popolazione carceraria maschile.

4. La marginalità normativa.

La marginalità della tutela della madre detenuta si rileva anche dal punto di vista normativo¹⁰. Nella Relazione al Re predisposta dal Guardasigilli Rocco, in relazione alla previsione di rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena per le condannate in stato di gravidanza o appena partorienti, così come allora previsto, si evidenziava l'esigenza nella tutela del nascituro o del neonato¹¹. Tale profilo di tutela, invero, si è profondamente consolidato.

Nella considerazione speciale della donna in conflitto con la giustizia penale come madre si riflette la centralità riconosciuta – a livello nazionale e sovranazionale – al cosiddetto “*superiore interesse del minore*”, che evidentemente conferma l'attenzione tutoria della dimensione dell'innocenza del figlio, rispetto alle esigenze di tutela della madre condannata.

A livello sovranazionale¹², è sollecitata la residualità della carcerazione materna e, tuttavia, in quei casi in cui il figlio minore segua la donna in carcere, a lui deve essere assicurato un ambiente in grado di tenere conto delle sue esigenze in modo appropriato. Lo ha ricordato il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, occupandosi di detenzione femminile (2018)¹³. La medesima linea ha ispirato la Raccomandazione (2018) adottata dal Comitato dei Ministri e concernente i figli minorenni di persone detenute, riconosciuti come soggetti particolarmente vulnerabili nell'ambito della *Stratégie du Conseil de l'Europe pour les droits de l'enfant*

¹⁰ S. GIACOMINI, *Donne e carcere, è un fatto di relazione! Aspetti e prospettive della detenzione femminile, che i numeri non raccontano*, in *Antigone*, 2013, p. 145

¹¹ *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, p. I, pag. 196*, in *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, Roma, 1930, p. 145

¹² Ripercorre le possibili vicende del rapporto di filiazione a seguito della carcerazione della madre, J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., pp. 120 ss.; O. ROBERTSON, *Collateral Convicts: Children of incarcerated parents. Recommendations and good practice from the UN Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion 2011*, Quaker United Nations Office, Human Rights & Refugees Publications, March 2012.

¹³ Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, CPT/Inf (2017) 23, reperibile in [hudoc.cpt.coe.int/eng#{"CPTSectionID":\["p-ita-20160408-en-28"\]}](http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{)

(2016-2021). Devono essere ricordate, come punto di riferimento sovranazionale, le c.d. “Regole di Bangkok” delle Nazioni Unite¹⁴, specificamente dedicate al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato: esse esigono che il trattamento della popolazione femminile ristretta sia adeguato alle esigenze della gravidanza, dell’allattamento e della cura dei figli al seguito (reg. 48 ss.), ma nel contempo sanciscono l’opportunità «che gli Stati membri adottino [...] misure di *diversion*, misure alternative alla custodia cautelare in carcere e pene alternative espressamente concepite per le donne autrici di reato, tenendo conto [...] delle responsabilità collegate al loro ruolo genitoriale» (reg. 57).

All’interno dell’Unione Europea la ricezione delle indicazioni internazionali e le relative legislazioni nazionali differiscono di Paese in Paese, a partire dal limite di età fissato per poter restare con la madre fino ai servizi da realizzare per ogni minore. In tutti i Paesi europei, al di fuori di Norvegia e Repubblica Slovacca, i minori hanno il diritto di seguire le proprie madri all’interno degli Istituti. Le differenze si notano per quanto riguarda l’età massima entro cui è possibile mantenere questo legame, questa infatti varia da 1 fino a 6 anni, requisito che comunque può risultare non esclusivo in base alla legislazione nazionale, valutabile quindi caso per caso. Nella maggior parte dei Paesi il limite è fissato ai 3 anni, in linea con le indicazioni mediche che descrivono i primi anni di vita come i più importanti per quanto riguarda la relazione con la madre¹⁵.

Appare evidente, anche sotto il profilo normativo di ispirazione sovranazionale, la marginalità della tutela della maternità *ex se*, rilevando, piuttosto, il solo interesse del figlio innocente. È quanto emerge, non solo, dal dato normativo per cui, ad esempio, il beneficio del differimento dell’esecuzione della pena è condizionato dal difetto dei provvedimenti relativi alla responsabilità genitoriale o per eventi che colpiscono tragicamente il figlio, ma anche sfogliando le decisioni della Corte Costituzionale si evidenzia la necessità

¹⁴ Per un’ampia disamina delle Regole di Bangkok e sulla loro implementazione negli ordinamenti nazionali, recentemente, M. KRABBE, P.H. VAN KEMPEN, *Women in prison: a transnational perspective*, in ID. (a cura di), *Women in prison. The Bangkok Rules and Beyond*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2017, pp. 3 ss.; C.A. ROMANO, L. RAVAGNANI, *La detenzione femminile in prospettiva sovranazionale*, in D. Pajardi, R. Adorno, C.M. Lendaro, C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, Milano, 2018, pp. 267 ss.

¹⁵ A. MENGHINI, *Report sulla disciplina relativa alle detenute madri. Sollecitazioni sovranazionali e cenni sulla normativa di altri ordinamenti (Stati generali dell’esecuzione penale 2015-2016 – Tavolo 14)*, in www.giustizia.it/resources/cms/documents/SGEP_tavolo14_allegato7.pdf

di salvaguardia dell'interesse del minore, a fronte delle contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali la difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena.

Si badi, non si intende affatto disconoscere la primazia dell'interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano, in nome dei *best interests of the child*¹⁶, quanto piuttosto porre in evidenza come non possa parlarsi di tutele pensate “per la donna”. Piuttosto, si tratta di disposizioni il cui obiettivo, quanto meno dichiarato, è tutelare la prole per la particolare fragilità vissuta in ragione della detenzione della madre, sulla quale si suppone ricadano le funzioni di cura, così da mitigare l'impatto di una vicenda in cui il minore si ritrova incolpevolmente coinvolto, senza invece proteggere la maternità come condizione *ex se* e, dunque, la specificità della condizione femminile reclusa.

Non è vero che la tutela dell'interesse del figlio si riflette sulla madre, poiché vi sono situazioni vissute dalla donna-madre che si possono riflettere sulla cura del figlio, pregiudicandola, se non ricevono adeguata attenzione nel sistema carcerario. Si pensi, alle difficoltà di gestione della genitorialità nel contesto detentivo o, allargando il campo, si pensi alle particolari esigenze igieniche, di salute o solo di cura del corpo, che in parte rappresentano una dimensione identitaria dell'universo femminile, come ben indicate dall'Associazione Antigone nell'ultimo rapporto pubblicato¹⁷.

5. Considerazioni conclusive sull'incidenza della marginalità sull'inveramento del fine della pena.

Proprio allargando la prospettiva all'intero spettro della popolazione carceraria femminile, è possibile assumere alcune considerazioni difficilmente contestabili. Si è cercato di evidenziare ciò che, come ben messo in risalto dagli studi della prof.ssa Anna Lorenzetti, è implicito nel sistema, per cui il femminile viene pensato e tutelato quasi esclusivamente, laddove intrecci gravidanza e maternità. E se è vero che queste esprimono l'irriducibile diversità corporea di donne e uomini, è altrettanto vero che non esauriscono l'universo femminile, per

¹⁶ E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; L. LENTI, “Best interest of the child” o “best interest of the children”, in *N. Giur. Civ. Comm.*, 2010, n. 3, II, pp.1157 ss.

¹⁷ <https://www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/>

cui è necessario adottare una prospettiva di genere¹⁸, al fine di essenzializzare le differenze e predisporre un sistema detentivo compatibile con le esigenze del mondo femminile¹⁹.

L'ultima riforma penitenziaria si muove con grande prudenza e interviene solo genericamente. Il nuovo art. 14 o.p. affronta, per la prima volta nella legislazione penitenziaria, il tema dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale: l'assegnazione delle persone detenute deve tenere conto anche di questi elementi e avvenire «*per categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale previo consenso degli interessati i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie*». Una questione sottovalutata e che fino ad oggi ha costretto l'Amministrazione penitenziaria ad elaborare soluzioni disorganiche, estemporanee, affidandosi a fonti secondarie spesso contraddittorie.

Sotto il profilo strettamente penalistico, non è possibile non evidenziare che il difetto di specificità del trattamento delle detenute o, meglio, l'assenza di un'effettiva analisi di genere per la gestione del trattamento penitenziario – pure auspicata dagli Stati generali sull'esecuzione penale e dalle Regole penitenziarie europee²⁰ –, pregiudica la finalità della pena, così come plasmata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Proprio in ragione dei suoi caratteri costituzionalmente fissati, la pena è necessariamente da limitare alla misura minima indispensabile perché integri l'obiettivo assegnato dal terzo comma dell'articolo 27 Cost. che, negli anni, il giudice delle leggi ha inteso in chiave di recupero della persona, riconciliazione, reinserimento sociale e riparazione²¹. Al di là delle affermazioni di principio, è

¹⁸ F. MEOLA, *Detenzione e questioni di genere: a proposito della condizione carceraria femminile*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, 4, pp. 117-154; J.T. MESSING, J.W. HEEREN, *Gendered Justice: Domestic Homicide and the Death Penalty*, in *Feminist Criminology*, 2009, 4, 2, pp. 170-188; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1, pp. 86-108

¹⁹ A risultare doppiamente tradito è il sistema per come appare incapace di adeguarsi alla diversità di genere in ogni sua prospettiva, inclusiva dell'identità di genere, e dunque rispetto alla condizione delle persone transgenere, e dell'orientamento sessuale, o meglio degli orientamenti sessuali "minoritari".

²⁰ Per un'ampia panoramica, M. TIRELLI, *La tutela della dignità del detenuto nelle Regole Penitenziarie europee*, in G. Bellantoni, D. Vigoni (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, III, Piacenza, 2010, pp. 99 ss.

²¹ Anche la giurisprudenza convenzionale ha riconosciuto nella pena un obiettivo multiplo nei termini di "punishment, deterrence, public protection and rehabilitation", così, A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole Note a margine della sentenza n. 18 del 2020*, in *AIC*, 3, 2020, p.641.

l'inveramento della funzione costituzionale della pena a non poter sfuggire da uno schietto confronto con il dato empirico delle modalità dell'espiazione. Pertanto, se è vero che il carcere serve a rieducare alla società, a una socialità che è (quantomeno) duale (uomini e donne), allora è proprio nel carattere duale che deve ancorarsi il trattamento penitenziario, con la predisposizione di misure e strutture differenziate tra uomini e donne, ma senza ignorare – con cautela²² – l'opzione di comunità carceraria mista «modellata in funzione di quella rieducazione alle modalità della vita quotidiana a cui si sarà restituiti»²³.

A prescindere da quest'ultima proposta, allo stato, poco praticabile, va detto che, prendendo in prestito la distinzione nel mondo anglosassone, tra *Justice Model* (istituti standardizzati per uomini e donne) e *Care Model* (istituti attenti alle esigenze di genere), va detto che, in Italia, i due modelli convivono, anche se, come visto, costretti dalla marginalità numerica del fenomeno carcerario femminile (solo quattro istituti femminili), che si proietta sul profilo normativo (che presta attenzione all'interesse del figlio della madre detenuta, ignorando la maternità *ex se*), andando a sacrificare, non solo, la finalità della pena (che pretende la cura del detenuto per la completa e sana restituzione sociale), ma anche la dignità della donna *in vinculis* (che riguarda l'attenzione alle esigenze della sua specificità di genere, non solo come madre).

Un'ultima considerazione. La Corte Costituzionale ha, da un certo tempo a questa parte, intrapreso una giurisprudenza volta all'eliminazione di qualsiasi automatismo normativo in tema di trattamento penale in genere, affidando alla valutazione «caso per caso» la gestione della persona (soprattutto) detenuta, in perfetta applicazione dei principi personalistici ispirati dall'art. 27 Cost.. Tuttavia,

²² Il CPT chiarisce che bisogna preferire il modello della rigida separazione tra donne e uomini, per evitare sopraffazioni sessuali e violenze, pur incoraggiando esperimenti di convivenza, ma solo se svolti con attenzione e all'interno di specifici programmi. Le attività formative ed educative invece dovrebbero essere condivise, nell'ottica di far assomigliare il più possibile il mondo "dentro" a quello esterno.

²³ B. PEZZINI, nella *Relazione Introduttiva* al convegno *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario. Il punto sullo stato dell'arte*, svoltosi presso l'Università degli Studi di Bergamo, il 21 giugno, in A. ALBANO, F. PICOZZI, A. LORENZETTI, *Il problema "irrisolvibile". Sovraffollamento carcerario e crisi del sistema penitenziario*, Torino, 2021, ha anche ricordato come la finalità rieducativa e il significato costituzionale della pena non siano da limitare alla sola esecuzione, piuttosto comprendendo la previsione astratta da parte del legislatore, la commisurazione a opera del giudice della cognizione, l'applicazione da parte del giudice della sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria e persino l'eventuale commutazione ed estinzione, mediante provvedimenti clemenziali collettivi (amnistia e indulto) e individuali (grazia) a opera del Presidente della Repubblica.

un tale percorso, smantellando criteri selettivi normativi *rigidi*, potrebbe mettere in pericolo l'osservanza del principio di uguaglianza – che deve essere garantita dalla «legge» – in difetto dell'effettiva implementazione di un sistema interdisciplinare della gestione dell'esecuzione penitenziaria, ancora essenzialmente affidato all'«intuizione» e sensibilità personale della magistratura di sorveglianza²⁴.

²⁴ Per una proposta di nuova gestione dell'applicazione della pena, a partire dalla stessa commisurazione, sia consentito il rinvio a G. STEA, *Contributo alla descrizione del significato intrinseco della pena tra solidarietà comunitaria e dignità individuale*, in *Archivio Penale*, 2/2021 (web), pp. 1-34

CORTE COST. – SENTENZA – (UD. 10.10.2023) 27.10.2023 - N. 195/2023 – PRES. SCIARRA – RED. ANTONINI - (G.U. 1[^] SERIE SPECIALE, N. 44 DEL 02.11.2023)

LESIONI PERSONALI STRADALI – FUGA DEL CONDUCENTE - TRATTAMENTO SANZIONATORIO – PENE FISSE – PRINCIPIO DI LEGALITÀ – PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA
NORME IMPUGNATE: ART. 590 TER CODICE PENALE.

Ritenuto in fatto

Omissis

Considerato in diritto

1.– *Con le ordinanze di rimessione indicate in epigrafe (reg. ord. n. 128 del 2022 e reg. ord. n. 73 del 2023), il Tribunale ordinario di Milano, undicesima sezione penale, in composizione monocratica, e il Tribunale ordinario di Monza, sezione penale, in composizione monocratica, hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, Cost., questioni di legittimità costituzionale dell'art. 590-ter cod. pen. nella parte in cui, dopo aver stabilito «se il conducente si dà alla fuga, la pena è aumentata da un terzo a due terzi», prevede anche per le lesioni personali stradali gravi di cui all'art. 590-bis, primo comma, cod. pen., che la pena «comunque non può essere inferiore a tre anni». I rimettenti quindi rilevano che, per le lesioni gravi, il giudice non potrebbe che infliggere una pena fissa di tre anni di reclusione, quale unico sbocco sanzionatorio della disposizione oggetto di censura. Infatti, l'applicazione del richiamato aumento proporzionale alle pene previste dal primo comma dell'art. 590-bis cod. pen. per le lesioni personali stradali gravi – la reclusione da tre mesi a un anno – individuerrebbe, ma solo sul piano astratto, una cornice edittale per la condotta della fuga compresa tra il minimo di quattro mesi e il massimo di un anno e otto mesi, in realtà sempre superata dalla soglia minima stabilita dalla norma censurata. Per i rimettenti, dunque, la previsione di una pena fissa e la conseguente impossibilità di parametrare la sanzione tra un minimo e un massimo, adeguandola alla concreta gravità del fatto, violerebbero gli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, Cost., contrastando con i principi di uguaglianza, di ragionevolezza e di proporzionalità della pena, anche in relazione alla sua finalità rieducativa. Inoltre, il Tribunale di Monza, in riferimento alla violazione del principio di eguaglianza, deduce che l'art. 590-ter cod. pen.: a) punirebbe in modo identico fatti di disvalore diverso, dal momento che la pena coinciderebbe nella misura minima di tre anni per le lesioni personali stradali aggravate dalla fuga, siano esse gravi o gravissime; b) precluderebbe al giudice di differenziare la sanzione per fatti*

diversi nelle fattispecie di minore disvalore delle lesioni personali stradali gravi, mentre ciò sarebbe ammesso nel caso delle lesioni gravissime.

2.– In entrambi i giudizi è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano rigettate in ragione della loro non fondatezza. Si è costituito l'imputato nel giudizio principale innanzi al Tribunale di Milano, concludendo invece per l'accoglimento delle questioni medesime.

3.– Le due ordinanze censurano la stessa disposizione in termini in larga parte coincidenti, sicché i relativi giudizi vanno riuniti ai fini della decisione.

4.– L'eccezione di inammissibilità formulata dalla difesa dello Stato solo nel giudizio iscritto al reg. ord. n. 73 del 2023 non può essere accolta, in quanto totalmente priva di motivazione. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate sono quindi ammissibili: in entrambi i giudizi a quibus è, infatti, contestata la commissione di un fatto di lesioni personali stradali gravi, aggravato dalla fuga del conducente, e le ordinanze di rimessione censurano proprio la norma che per tale condotta stabilisce il trattamento sanzionatorio minimo di tre anni di reclusione.

4.1.– Peraltro, dalle stesse ordinanze emerge che nei due giudizi la decisione a quibus nel merito delle imputazioni ivi contestate non risulta ostacolata dalla entrata in vigore, a decorrere dal 30 dicembre 2022, della disposizione di cui al nono comma dell'art. 590-bis, cod. pen. – aggiunta dall'art. 2, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 (Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari) – ai sensi della quale «[i]l delitto è punibile a querela della persona offesa se non ricorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dal presente articolo». L'ordinanza del Tribunale di Monza, pur non citando la suddetta previsione (già vigente), fa comunque implicito riferimento al suo contenuto segnalando la presenza della valida querela della persona offesa. Quella del Tribunale di Milano, benché anteriore alla menzionata modifica dell'art. 590-bis cod. pen., descrive tuttavia compiutamente la imputazione per cui si procede, chiarendo che questa è aggravata anche ai sensi del sesto comma della citata disposizione. Si deve perciò escludere, nella specie, ogni possibilità di incidenza del citato ius superveniens e, quindi, che gli atti vadano restituiti al giudice rimettente perché rivaluti la rilevanza della questione sollevata (in questo senso, sentenza n. 43 del 2018).

5.– Preliminare all'esame del merito delle questioni è una sintetica ricognizione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, in cui si colloca la disposizione censurata.

5.1.– Anzitutto, il codice della strada disciplina, all'art. 189, il «[c]omportamento in caso di incidente», prescrivendo al comma 1 che «[l]'utente della strada, in caso di incidente comunque ricollegabile al suo comportamento, ha l'obbligo di fermarsi e di prestare l'assistenza occorrente a coloro che, eventualmente, abbiano subito danno alla persona». Il duplice obbligo così sancito si pone in sostanziale continuità con le previgenti disposizioni che da lungo tempo hanno governato la materia: dapprima l'art. 34 (Sanzioni per il caso di investimento) del regio decreto 8 dicembre 1933, n. 1740 (Testo unico di norme per la tutela delle strade e per la circolazione); successivamente, l'art. 133 (Obblighi del conducente in caso di investimento) del d.P.R. 15 giugno 1959, n. 393 (Testo unico delle norme sulla circolazione stradale). Il suddetto art. 189 si conforma, inoltre, alle puntuali disposizioni contenute nell'art. 31 (Comportamento in caso di incidente) della Convenzione sulla circolazione stradale firmata a Vienna l'8 novembre 1968, integrata dall'Accordo europeo sulla circolazione firmato a Ginevra il 1° maggio 1971; atti oggetto, rispettivamente, di ratifica, esecuzione e adesione da parte dell'Italia con legge 5 luglio 1995, n. 308 (Ratifica ed esecuzione delle convenzioni, con annessi, firmate a Vienna l'8 novembre 1968, sulla circolazione e sulla segnaletica stradale, ed adesione agli accordi europei, con annessi, firmati a Ginevra il 1 maggio 1971, sulle stesse materie ed al protocollo, con annessi, firmato a Ginevra il 1 marzo 1973, sui segnali stradali e loro esecuzione). Nei successivi commi il menzionato art. 189 prevede alcune prescrizioni accessorie (commi 2, 3 e 4) nonché, per quanto qui rileva, le sanzioni per la violazione dei due fondamentali obblighi di cui al comma 1, così declinate:

- a) sanzione amministrativa del pagamento della somma da euro 302 a euro 1.208 per «[c]hiunque, nelle condizioni di cui al comma 1, non ottempera all'obbligo di fermarsi in caso di incidente, con danno alle sole cose» (comma 5);
- b) reclusione da sei mesi a tre anni per «[c]hiunque, nelle condizioni di cui al comma 1, in caso di incidente con danno alle persone, non ottempera all'obbligo di fermarsi» (comma 6);
- c) reclusione da un anno a tre anni per «[c]hiunque, nelle condizioni di cui al comma 1, non ottempera all'obbligo di prestare l'assistenza occorrente alle persone ferite» (comma 7).

L'elemento materiale del reato omissivo previsto dal comma 6 e usualmente indicato

come “di fuga” «consiste nell’allontanarsi dal luogo dell’investimento così da impedire o anche solo da ostacolare l’accertamento della propria identità personale, l’individuazione del veicolo investitore e la ricostruzione delle modalità dell’incidente» (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 9 dicembre 2021-14 marzo 2022, n. 8431). Quanto all’elemento soggettivo, il dolo richiesto «deve investire essenzialmente l’inosservanza dell’obbligo di fermarsi in relazione all’evento dell’incidente concretamente idoneo a produrre ripercussioni lesive alle persone, e non anche l’esistenza di un effettivo danno per le stesse» (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 15 febbraio-16 giugno 2023, n. 26012).

5.2.– Laddove dall’incidente derivi effettivamente un esito lesivo per l’incolumità individuale o, persino, per la vita delle persone coinvolte, vengono in rilievo anche le fattispecie di reato poste dal codice penale a tutela di tali beni. In particolare, con riferimento alle lesioni personali, fino all’entrata in vigore della legge n. 41 del 2016 trovava applicazione la complessiva disciplina dell’art. 590 cod. pen., relativo alla condotta di chi ne cagionasse «ad altri per colpa». Il primo comma di tale disposizione, per le lesioni semplici, stabilisce la reclusione fino a tre mesi o la multa fino a euro 309; i successivi commi secondo e terzo ricomprendevano, tra l’altro, le lesioni gravi e gravissime causate «con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale», prevedendo per le prime la reclusione da tre mesi a un anno o la multa da euro 500 a euro 2.000.

5.3.– L’acuirsi del fenomeno delle “vittime della strada” ha in seguito indotto il legislatore a determinarsi, con la richiamata legge n. 41 del 2016, verso un vero e proprio «salto di livello» (sentenza n.88 del 2019) nel trattamento sanzionatorio di una categoria di reati ritenuti di particolare allarme sociale. Il quadro appena descritto è stato quindi modificato sotto più profili. È stata infatti abbandonata la fattispecie del reato circostanziato, nel cui ambito avevano continuato a muoversi altri precedenti interventi di aggravamento dei trattamenti sanzionatori, e sono stati introdotti due nuovi reati speciali: l’omicidio stradale di cui all’art. 589- cod. pen. e, per quanto bis qui specificamente interessa, le lesioni personali stradali gravi e gravissime, di cui all’art. 590-bis cod. pen. Nelle more della pubblicazione della presente sentenza si segnala, da ultimo, l’entrata in vigore della legge 26 settembre 2023, n. 138 (Introduzione del reato di omicidio nautico e del reato di lesioni personali nautiche), senza che, peraltro, le modifiche apportate, tra cui la sostituzione del citato art. 590-bis, incidano sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate.

Il suddetto art. 590-bis, nella versione antecedente alla modifica ora richiamata, stabiliva, nel primo comma, che «[c]hiunque cagioni per colpa ad altri una lesione personale con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale è punito con la reclusione da tre mesi a un anno per le lesioni gravi e da uno a tre anni per le lesioni gravissime».

Nei commi successivi, sono state altresì introdotte plurime (e parallele a quelle stabilite per il reato di omicidio stradale) circostanze aggravanti che considerano la guida in stato di ebbrezza alcolica oltre una certa soglia di tasso alcolemico o sotto l'effetto di stupefacenti (ai commi secondo e terzo), nonché la violazione di specifiche regole cautelari sintomatiche di maggiore pericolosità della condotta (ai commi quarto, quinto e sesto). In particolare, va considerato che i commi secondo e terzo hanno stabilito, per chi causa lesioni guidando in tali condizioni, particolarmente caratterizzate dalla temeraria assunzione di «rischi irragionevoli» (sentenza n. 248 del 2020), un forte aggravamento della pena rispetto a quella prevista dalla disciplina precedente, determinandola nella reclusione da tre a cinque anni per le lesioni gravi, e da quattro a sette anni per le lesioni gravissime. Le dette circostanze, inoltre, sono risultate «“privilegiate” in quanto presidiate dalla clausola di esclusione della comparazione con le attenuanti (art. 590-quater cod. pen.)» (sentenza n. 88 del 2019). L'altra significativa modifica apportata dalla legge n. 41 del 2016 – e sulla quale si incentrano gli odierni giudizi – è stata la previsione di un'ulteriore circostanza aggravante di ciascun reato di nuovo conio (anch'essa “privilegiata” ai sensi del successivo art. 590-quater), tipizzata nelle due simmetriche disposizioni di cui all'art. 589-ter cod. pen. (Fuga del conducente in caso di omicidio stradale) e all'art. 590-ter cod. pen. (Fuga del conducente in caso di lesioni personali stradali). Strutturate in maniera analoga, queste ultime stabiliscono che, «se il conducente si dà alla fuga», la pena per il reato commesso «è aumentata da un terzo a due terzi, e comunque non può essere inferiore» a cinque anni, nel caso di omicidio stradale, e a tre anni, nel caso di lesioni personali stradali gravi e gravissime.

5.3.1.– Va infine precisato che alla condotta di «fuga» oggetto delle circostanze aggravanti appena descritte la giurisprudenza ha dato un'interpretazione in continuità con l'orientamento già formatosi in relazione alla fattispecie prevista dall'art. 189, comma 6, cod. strada, conseguentemente affermando, in particolare, che quest'ultima è «assorbita nella nuova fattispecie complessa risultante dal combinato degli artt. 589-bis e 589-ter cod. pen.» (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 28 giugno-27

luglio 2023, n. 32669), «secondo il paradigma del reato complesso di cui all'art. 84 c.p.» (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 21 aprile-5 luglio 2023, n. 28785; nello stesso senso, Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 7 luglio-7 ottobre 2022, n. 38015, relativa specificamente al combinato degli artt. 590-bis e 590-ter cod. pen.).

6.– Le questioni sollevate da entrambe le ordinanze di rimessione si collocano nel descritto contesto normativo e si appuntano – sostenendone il contrasto con gli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, Cost. – sulla disciplina sanzionatoria dell'art. 590-ter cod. pen. nella parte in cui, esigendo che la pena «comunque non può essere inferiore a tre anni», porta il giudice, in riferimento alla condotta del primo comma dell'art. 590-bis, cod. pen., a irrogare una pena invariabilmente fissa. L'aumento proporzionale «da un terzo a due terzi», previsto dal censurato art. 590-ter, applicato alle pene per le lesioni gravi di cui al primo comma dell'art. 590-bis, che sono punite con la reclusione da tre mesi a un anno, dovrebbe condurre, infatti, in caso di fuga del conducente a una forbice edittale variabile da quattro mesi a un anno e otto mesi. Questa però risulta, in realtà, sempre inoperante, perché al di sotto della pena di tre anni che lo stesso art. 590-ter vuole sia comunque applicata. In definitiva, per l'ipotesi delle lesioni gravi di cui al primo comma, il pur previsto incremento proporzionale si rivela *tamquam non esset*, risultando sempre sterilizzato dalla previsione del minimo di tre anni.

6.1.– Le questioni di legittimità costituzionale non sono fondate. È pur vero che il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella quantificazione delle pene; al contempo, però, nell'esercizio di tale funzione, è tenuto a conformarsi all'indefettibile tutela di principi e diritti costituzionali. Al riguardo questa Corte non può quindi che ribadire, innanzitutto, la propria giurisprudenza secondo cui l'individualizzazione della pena, che si ottiene con la previsione di una forbice edittale rivolta a consentire al giudice di determinarla in base alle specificità della fattispecie concreta, costituisce «naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale» (da ultimo, sentenza n. 40 del 2023, che richiama la sentenza n.50 del 1980). Da ciò discende che, in via di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il volto costituzionale del sistema penale, risultando «“indiziate” di illegittimità costituzionale» (sentenza n. 266 del 2022). Il relativo dubbio, pertanto, potrà «essere superato, caso per caso, solo “a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente

‘proporzionata’ rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato” (sentenza n. 222 del 2018, punto 7.1. del , e ivi riferimenti alla Considerato in diritto sentenza n. 50 del 1980)» (sentenza n. 266 del 2022). In altre parole, occorre quindi che, a seguito di uno scrutinio di proporzionalità della «peculiare struttura della fattispecie» (sentenza n. 194 del 2023), emerga che la pena fissa viene a considerare adeguatamente una gamma di comportamenti accumulati da un contenuto di offensività e da un disvalore soggettivo sostanzialmente analoghi.

7.– Il censurato art. 590-ter cod. pen. punisce la condotta di fuga realizzata da un conducente responsabile di gravi lesioni personali seguite a un incidente stradale. La scelta legislativa si struttura secondo il modello del reato complesso (come rilevato dalla giurisprudenza in precedenza richiamata), unendo in una stessa figura criminosa più condotte già autonomamente punite. La combinazione di tali elementi comporta un trattamento sanzionatorio diverso rispetto a quello che sarebbe applicabile in base al cumulo delle figure componenti. Nella specie, la differenza si manifesta anche nella previsione di un duplice meccanismo di determinazione della pena, l’uno basato sul criterio proporzionale (che aumenta da un terzo a due terzi quelle previste dal precedente art. 590-bis), l’altro, quello censurato, che ne prescinde stabilendo la soglia minima di tre anni. Questa seconda modalità, rideterminando indefettibilmente il trattamento sanzionatorio, fa acquisire alla circostanza un significato senza dubbio peculiare, prendendo in considerazione una condotta, la fuga del conducente, che essa sanziona come di per sé connotata da un disvalore intrinseco grave, tale da meritare in ogni caso una pena minima (per un caso simile, in riferimento a «una sanzione di importo minimo», sentenza n. 212 del 2019). In tal modo il legislatore ha configurato una nuova fattispecie astratta che descrive due condotte strettamente connesse, le lesioni gravi e la fuga, la seconda delle quali, essendo dettata unicamente dall’intento del soggetto di conseguire l’impunità per il primo comportamento, è idonea a imprimere, in realtà, uno speciale disvalore all’intera vicenda.

8.– È ben vero che la misura dell’aumento, data la soglia minima di tre anni, risulta essere pari a dodici volte il minimo edittale previsto dal primo comma dell’art. 590- cod. pen. per l’ipotesi base delle lesioni personali stradali (tre mesi di reclusione); ma non si può omettere di considerare che nella fattispecie di fuga si realizza, dal punto di vista soggettivo, un salto di qualità rispetto a quella delle lesioni. È tale considerazione a risultare dirimente nella valutazione della proporzionalità: quello di lesioni personali gravi è un reato colposo, mentre la condotta di fuga è dolosa, sicché il pur elevato iato

non può ritenersi sconfinare nell'ambito della manifesta irragionevolezza. La condotta dolosa che il conducente, dandosi alla fuga, pone in essere dopo l'incidente, esprime, del resto, la cosciente determinazione di non volersi assumere la responsabilità dei propri comportamenti. L'opzione così prescelta, in un lasso di tempo di regola breve, è dunque sintomatica del carattere di fondo della condotta di fuga, che «mostra estrema determinazione nel tentativo di sottrarsi alle conseguenze della propria azione» (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 28 dicembre 2015-13 aprile 2016, n. 15322), essendo finalizzata a evitare le «proprie responsabilità» (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 3 novembre 2011-13 agosto 2012, n. 32426). Nel violare l'obbligo di fermarsi e trattenersi sul posto, espressamente previsto dal codice della strada a tutela della esigenza che vengano accertate le modalità di un incidente e identificati tutti i soggetti coinvolti, anche, peraltro, in vista del risarcimento del danno alle vittime, il conducente che fugge decide scientemente di fare prevalere su tutto la propria impunità (per una responsabilità ancora da accertare) a scapito dell'interesse immediato delle persone coinvolte nell'incidente. In questo elemento si concretizza il tratto comune, in termini di offensività, rinvenibile nel darsi alla fuga: quale che sia la circostanza (ad esempio fuggire in pieno giorno, nel centro di una città, con la quasi certezza di essere identificato, o di notte, in una strada di campagna non illuminata), in ogni caso, l'allontanarsi volontariamente dal luogo del sinistro sta a significare la prevalenza del calcolo egoistico finalizzato a evitare ogni coinvolgimento personale nell'evento accaduto. Infatti, per quanto necessariamente consapevole che la sua condotta correlata al sinistro è idonea a recare danno alle persone, chi si dà alla fuga decide di abbandonare il luogo dell'incidente, accettando di farlo, peraltro, sotto un "velo di ignoranza" quanto alle conseguenze prodotte dalla propria azione e amplificando il pericolo per l'incolumità fisica e la vita delle altre persone coinvolte. Del resto, se correttamente, da un lato, la giurisprudenza di legittimità mantiene distinti i reati di fuga, di cui al comma 6 dell'art. 189 cod. strada, e di omessa assistenza, di cui al successivo comma 7, in quanto lesivi di beni giuridici diversi, dall'altro, la stessa afferma che fra questi «ricorrono molti elementi e presupposti comuni» (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 15 gennaio-8 febbraio 2008, n. 6306; nello stesso senso, Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 12 marzo-6 maggio 2019, n. 18784, e Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 10 ottobre 2014-27 gennaio 2015, n. 3783).

8.1.– Un ulteriore elemento di omogeneità, che connota l'intera gamma dei comportamenti ai quali consegue la pena di tre anni di reclusione, è ravvisabile nella

necessità che gli esiti definitivi dell'incidente sulla incolumità personale assumano almeno la consistenza di lesioni gravi, qualificazione che, ai sensi dell'art. 583 cod. pen., di regola è integrata da una malattia o da una incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni della persona per più di quaranta giorni. Il criterio che seleziona la categoria delle lesioni vale dunque a unificare le condotte punite dalla disposizione censurata all'interno di un perimetro segnato all'ingresso da un evento comunque di significativa entità, al cui definitivo assestamento non è estranea la scelta del conducente di allontanarsi dal luogo dell'incidente, essendo molto spesso unita a quella di omettere l'attivazione di un tempestivo soccorso, che sarebbe idoneo a contenere il processo causale lesivo già in atto nella persona offesa. D'altro canto se, invece, dalla condotta colposa di guida conseguono lesioni di entità inferiore, la vicenda complessiva non sarà più disciplinata dalla disposizione censurata ma, quanto alle lesioni, dalla più mite fattispecie generale prevista dall'art. 590, primo comma, cod. pen., mentre il successivo comportamento di fuga sarà sanzionato in maniera autonoma ai sensi dell'art. 189, comma 6, cod. strada.

8.2.– Su un diverso, ma connesso piano, occorre poi ulteriormente considerare che anche nelle situazioni in cui l'art. 590- cod. pen. richiede di irrogare una pena sostanzialmente "fissa" nella misura ter di tre anni di reclusione, non è comunque preclusa al giudice – sia pure nel rispetto del regime dell'art. 590-quater cod. pen. – la possibilità di applicare l'apparato di circostanze attenuanti che possono meglio descrivere la concreta vicenda oggetto del giudizio penale. Tali sono quella comune prevista dall'art. 62, numero 6), cod. pen. per l'avvenuto integrale risarcimento del danno – nella specie, sintomo evidente della respiscenza dell'imputato rispetto all'iniziale comportamento di disinteresse per le conseguenze della condotta che ha cagionato le lesioni – e, in ultima analisi, le attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis cod. pen., la cui applicazione discrezionale e motivata non può certo escludersi. Va anche considerato il settimo comma dell'art. 590-bis cod. pen. (così come la simmetrica previsione contenuta nell'art. 589-bis cod. pen.) ai sensi del quale «[n]elle ipotesi di cui ai commi precedenti, qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole, la pena è diminuita fino alla metà». Questa Corte ha già avuto modo di rilevare che si tratta di «un'inedita attenuante ad effetto speciale del tutto particolare perché attiene all'efficienza causale», consapevolmente introdotta dalla legge n. 41 del 2016 «[p]er moderare il notevole maggior rigore della risposta sanzionatoria» che nel complesso connota la riforma, dando rilievo a «condotte che, seppur legate con nesso di causalità all'evento dannoso (sia morte, sia lesioni gravi o gravissime), possono in concreto avere

un'efficienza causale non esclusiva» (sentenza n. 88 del 2019). Inoltre, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha riconosciuto alla suddetta circostanza un ampio spazio di operatività, essendo questa configurabile nel caso in cui sia accertato il concorso di colpa, per quanto minimo, della vittima e, più in generale, una qualunque concorrente causa esterna, anche non costituita da condotta umana, al di fuori delle ipotesi di caso fortuito o forza maggiore. L'ampia formulazione letterale della circostanza attenuante vale infatti «a ricomprendere una pluralità di situazioni nelle quali il disvalore della condotta colposa dell'autore del reato si ritiene minore per essere stato determinato l'evento» anche da concomitanti fattori (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 9 febbraio-7 marzo 2023, n. 9464 e precedenti ivi richiamati). L'attenuante di cui al settimo comma degli artt. 589-bis e 590-bis cod. pen. è ritenuta applicabile anche in caso di fuga del conducente (Corte di cassazione, sentenza n. 46668 del 2022 e sezione quarta penale, sentenza 11 settembre 2019-9 marzo 2020, n. 9205, nonché, nello stesso senso, Corte di cassazione, sentenza n. 28785 del 2023 e sezione quarta penale, sentenza 12 novembre-7 dicembre 2020, n. 34748). Pertanto, pur considerando il peculiare meccanismo stabilito dall'art. 590-quater cod. pen., l'attenuante in discorso, come le altre ricordate, concorre all'opera, necessariamente spettante al giudice, di adeguamento della risposta sanzionatoria alle concrete manifestazioni del singolo fatto punito, in una direzione, in potenza, senz'altro mitigatrice. In conclusione, la censurata "fissità" della pena si rivela non assoluta: infatti, il giudice è tenuto, al ricorrere dei presupposti di applicazione delle suddette circostanze attenuanti, a irrogare in concreto una pena inferiore a quella di tre anni, adeguando così la rigidità del trattamento sanzionatorio alla specifica vicenda sottoposta al suo esame, con particolare riguardo alle modalità di causazione delle lesioni non ricollegabili alla condotta del colpevole e al comportamento da questo tenuto successivamente al reato. Anche sotto il profilo esaminato, dunque, la pena prevista dalla norma censurata si differenzia da quella fissa, richiamata da entrambi i rimettenti, dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 222 del 2018 perché, tra gli altri motivi, «resta[va], altresì, insensibile all'eventuale sussistenza delle circostanze aggravanti o attenuanti» considerate dalla disposizione dalla quale essa dipendeva.

8.3.– In definitiva, alla luce delle esposte considerazioni, la pena di tre anni di reclusione che la norma censurata richiede rigidamente di applicare non può non essere riconosciuta ragionevolmente proporzionata, anche perché non suscettibile di condurre, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori palesemente eccessivi rispetto alla gravità dell'illecito commesso (sentenze n. 185 del 2021 e n. 112 del 2019).

9.– Sotto un ulteriore profilo occorre anche considerare che la scelta di approntare una soglia minima di tre anni da applicare alla fuga del conducente trova una giustificazione in termini sistematici nel quadro del complessivo intervento realizzato dalla legge n. 41 del 2016, volto, come detto, a inasprire il trattamento sanzionatorio per le condotte che, attraverso la violazione delle regole della circolazione stradale, offendono l'incolumità personale e la vita. In particolare, in tale intervento il disvalore della condotta in violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale è stato articolato secondo una forte graduazione, con un netto divario tra le ipotesi base del primo comma dell'art. 590- cod. pen. e le condotte, sanzionate con la pena più elevata, rientranti nel secondo e nel terzo comma di tale disposizione. Infatti, la «pena prevista ove ricorrano tali aggravanti privilegiate è marcatamente più elevata della pena base, come risulta in particolare dal fatto che i minimi di pena delle fattispecie circostanziate sono sensibilmente incrementati» (sentenza n. 88 del 2019). In questo contesto normativo, una volta inserito il comportamento di fuga quale elemento circostanziale della nuova fattispecie di reato, il legislatore ha pertanto ritenuto insufficiente sanzionarlo ricorrendo al solo criterio dell'aumento proporzionale da un terzo a due terzi rispetto alle pene (da tre mesi a un anno) per l'ipotesi base delle lesioni personali stradali gravi. In mancanza della soglia minima dei tre anni, infatti, il calcolo di convenienza potrebbe indurre il conducente a scegliere la fuga, sia nella fattispecie base delle lesioni (perché a fronte del modesto aumento di pena si sarebbe evitato il coinvolgimento nella causazione dell'incidente), sia, a maggior ragione, laddove le lesioni risultino cagionate in presenza delle circostanze sintomatiche di un maggior grado di colpa. In altre parole, la pena massima, un anno e otto mesi, irrogabile per le lesioni gravi seguite dalla fuga, risulterebbe, infatti, decisamente inferiore al minimo della pena, tre anni, che, per effetto della riforma del 2016, è stata prevista nelle ipotesi, disciplinate dai commi secondo e terzo dell'art. 590-bis, di lesioni gravi causate in caso di guida in stato di ebbrezza alcolica (oltre una certa soglia di tasso alcolemico) o sotto l'effetto di stupefacenti. In difetto, pertanto, della punizione minima di tre anni per la fuga, per il conducente che versa in tali condizioni, in base a un mero calcolo utilitaristico, sarebbe sempre più conveniente fuggire, perché potrebbe contare sulla probabilità di essere individuato solo dopo un certo lasso di tempo, funzionale a ridurre o smaltire l'effetto dell'alcool o degli stupefacenti. È significativo, a questo riguardo, considerare che l'inserimento della soglia minima dei tre anni è stato esplicitamente considerato nel corso dei lavori preparatori come «una clausola di chiusura» funzionale a «limitare il rischio di incentivare la fuga a causa dell'entità delle pene previste per i predetti reati» di omicidio stradale e di lesioni personali stradali gravi e gravissime (così la relatrice al progetto di

legge, illustrando l'emendamento da lei presentato nella seduta del 20 ottobre 2015 delle Commissioni riunite II e IX della Camera dei deputati).

10.– Va peraltro, a margine, considerato che la valutazione di speciale disvalore della fuga del conducente, anche quando questa si riferisca alla fattispecie base delle lesioni personali stradali di cui all'art. 590- , primo comma, cod. pen., risulta confermata dal legislatore in occasione della recente bis modifica alla procedibilità del suddetto reato. L'art. 1, comma 15, della legge 27 settembre 2021, n. 134 (Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari) contiene, tra gli altri, il criterio direttivo di «prevedere la procedibilità a querela della persona offesa per il reato di lesioni personali gravi o gravissime previsto dall'articolo 590-bis, primo comma, del codice penale», attuato dall'art. 2, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 150 del 2022, in precedenza richiamato (punto 4.1.). Il legislatore ha, dunque, limitato la modifica alla sola condotta prevista dal primo comma della disposizione in esame, implicitamente considerando che laddove ricorra una circostanza aggravante (come appunto la fuga del conducente) permanga il prevalente interesse alla procedibilità d'ufficio. D'altro canto, ove si fosse inteso prevedere la procedibilità a querela per le lesioni personali stradali di cui al primo comma dell'art. 590-bis cod. pen., aggravate dalla sola fuga del conducente, sarebbe stata necessaria una espressa deroga alla regola generale fissata dall'art. 131 cod. pen., per il quale «[n]ei casi preveduti dall'articolo 84, per il reato complesso si procede sempre di ufficio, se per taluno dei reati, che ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti, si deve procedere di ufficio» come, per l'appunto, per l'art. 189, comma 6, cod. strada.

11.– Le considerazioni fin qui svolte portano a concludere che, se è sicuramente preferibile consentire al giudice di calibrare il trattamento punitivo al caso concreto, nella specie l'indizio di illegittimità costituzionale che grava sulla norma censurata non vale a far concludere nel senso della fondatezza delle questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, Cost.

12.– Le motivazioni che precedono conducono a ritenere non fondate anche le due censure formulate dal solo Tribunale di Monza con riferimento specifico all'art. 3 Cost., violato perché l'art. 590-ter cod. pen.: a) punirebbe in modo identico fatti di disvalore diverso (dal momento che la pena coinciderebbe nella misura minima di tre anni per le lesioni personali stradali aggravate dalla fuga, siano esse gravi o gravissime); b) precluderebbe al giudice di differenziare la sanzione per fatti diversi, nelle fattispecie di

minor disvalore delle lesioni personali stradali gravi, mentre lo ammetterebbe per quelle gravissime. Quanto alla prima, l'assunto del rimettente non è corretto, dal momento che il trattamento punitivo non può dirsi identico tra lesioni gravi e gravissime sol perché la pena di tre anni coinciderebbe nella misura minima. Se è vero che, per le lesioni gravi, l'art. 590-ter cod. pen. non consente altro sbocco sanzionatorio che non quello di tre anni (ciò che fonda la diversa censura di "fissità", già esclusa), per le lesioni gravissime la stessa previsione individua comunque una forbice di trattamento sanzionatorio che dal limite minimo di tre anni giunge al massimo nella misura di cinque anni, ottenuto dall'aumento di due terzi della pena massima (tre anni) per esse stabilita dal primo comma dell'art. 590-bis cod. pen. In altri termini, il principio di uguaglianza non risulta leso solo perché tra le due fattispecie di diverso disvalore vi è identità (unicamente) del trattamento sanzionatorio minimo: nel loro complesso, infatti, le pene astrattamente previste per le lesioni gravissime sono più severe di quella associata alle lesioni gravi e riflettono così la maggiore entità lesiva del primo evento rispetto all'altro. La seconda censura, invece, non considera la già richiamata esigenza, avuta di mira dal legislatore, di introdurre, per le lesioni gravi, un limite di pena minima comunque da irrogare, dato l'elevato disvalore della condotta di fuga e l'intento di disincentivare comportamenti egoistici. Tale soglia vale ad assicurare, anche nella fattispecie base delle lesioni personali stradali gravi seguite dalla fuga del conducente, un trattamento sanzionatorio unitario di tali condotte, in una misura ritenuta adeguata al disvalore attribuito alla seconda, una volta divenuta circostanza aggravante del nuovo reato complesso. La doglianza del rimettente si rivela dunque non fondata dovendosi escludere la lamentata irragionevolezza del trattamento differenziato tra le due categorie di lesioni.

Per questi motivi

La Corte costituzionale

riuniti i giudizi, dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 590-ter del codice penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Milano, undicesima sezione penale, in composizione monocratica, e dal Tribunale ordinario di Monza, sezione penale, in composizione monocratica, con le ordinanze indicate in epigrafe. Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 10 ottobre 2023.

Con nota di

Ylenia Parziale *

**LESIONI STRADALI GRAVI E FUGA DEL CONDUCENTE.
RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA 195/2023
DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 195 del 2023, ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dai Tribunale di Milano e di Monza, dell'art. 590 *ter* c.p. nella parte in cui stabilisce che, in caso di lesioni personali stradali gravi, se il conducente si dà alla fuga, la pena non può essere inferiore a tre anni di reclusione. L'Autrice, dopo una breve digressione in ordine al più generale tema della illegittimità dei regimi sanzionatori fissi, evidenzia i punti critici della recente sentenza alla luce dei principi costituzionali di proporzionalità e individualizzazione della pena.

The Constitutional Court, in judgment No. 195 of 2023, declared unfounded the questions of constitutional legitimacy raised by the Tribunals of Milan and Monza regarding Article 590 ter of the Criminal Code, insofar as it establishes that, in the case of serious road personal injuries, if the driver flees, the penalty cannot be less than three years of imprisonment. The author, after a brief digression on the more general theme of the illegitimacy of fixed sanction regimes, highlights the critical points of the recent judgment in light of constitutional principles of proportionality and individualization of punishment.

Sommario: 1. La “infondata” questione di legittimità costituzionale – 2. Pene sproporzionate e principi costituzionali – 3. I precedenti arresti della Corte costituzionale in materia di pene fisse – 4. La pena prevista in caso di fuga del conducente nelle ipotesi di omicidio e lesioni stradali – 5. Considerazioni conclusive

*Docente a contratto di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma “Unicusano”

1. La “infondata” questione di legittimità costituzionale

Con le ordinanze del 22 settembre 2022 e del 28 aprile 2023, i Tribunali di Milano² e di Monza³ hanno sollevato una questione di legittimità costituzionale dell’art. 590 *ter* c.p. nella parte in cui stabilisce che, nel caso di lesioni personali stradali gravi, se il conducente si dà alla fuga, la pena non può essere inferiore a tre anni di reclusione. In particolare, secondo il Tribunale di Milano, la previsione di una pena fissa impedirebbe al giudice di adeguare la sanzione alla concreta gravità del fatto, «in violazione non solo del principio di uguaglianza, ma anche delle finalità di rieducazione del condannato e del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, che ricomprirebbe la possibilità di trattamenti sanzionatori individualizzati e proporzionali». Similmente, ad avviso del Tribunale di Monza, l’impossibilità di adeguare la pena tra un minimo e un massimo «contrasterebbe con il principio di uguaglianza [...] e di ragionevolezza della pena, in funzione rieducativa». Infatti, «solo la possibilità di adeguare la risposta punitiva ai casi concreti contribuirebbe a rendere quanto più possibile personale la responsabilità penale [...] e, nello stesso tempo, consentirebbe una determinazione della pena quanto più possibile “finalizzata” agli scopi perseguiti dal terzo comma dell’art. 27 Cost.». In sostanza i Giudici *a quibus* hanno rilevato che l’applicazione del criterio dell’aumento proporzionale da un terzo a due terzi delle pene previste dal primo comma dell’art. 590 *bis* c.p. per le lesioni personali stradali gravi - reclusione da 3 mesi a 1 anno - individuerrebbe, sul piano astratto, una cornice edittale per la condotta della fuga compresa tra il minimo di 4 mesi e il massimo di 1 anno e 8 mesi, che viene, tuttavia, superata dalla soglia minima stabilita dalla norma censurata. Ne deriva che la previsione di una pena fissa e la conseguente impossibilità di parametrare la sanzione tra un minimo e un massimo, adeguandola alla

² Trib. Milano, Sez. pen., ord. 22 settembre 2022 (G.U. n.45 del 9 novembre 2022), Giud. Trovato, con nota di S. TARANTINO, *Lesioni personali stradali gravi aggravate dalla fuga del conducente: sollevata questione di legittimità costituzionale dell’art. 590 ter cod. pen. in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in *Giur. Pen. web*, 11/2023.

³ Trib. Monza, Sez. pen., ord. 28 aprile 2023 (G.U. n. 23 del 7 giugno 23), Giud. Polastri, con nota di F.E. MANFRIN, *Compatibilità costituzionale delle pene fisse: il Tribunale di Monza solleva una questione con riferimento alle lesioni stradali gravi aggravate dalla fuga del conducente ex art. 590 ter c.p.*, in *Sist. pen.*, web, 2023, 05.08.2023 e di V. MINERVINI, *La pena fissa di tre anni, di cui all’art. 590 ter c.p., alla luce delle recenti questioni di legittimità costituzionali sollevate, verrà considerata dalla Corte (ancora) proporzionata e adeguata?*, in *Giur. Pen. web*, 7-8/2023.

concreta gravità del fatto, contrastano, a detta dei Rimettenti, con gli artt. 3 e 27 della Costituzione.

La Corte costituzionale, con la sentenza in commento⁴, ha ritenuto le questioni ammissibili ma non fondate nel merito. In primo luogo, la stessa ha riconosciuto che l'aumento della pena previsto dall'art. 590 *ter* c.p. da un terzo a due terzi conduce ad una forbice edittale sempre inoperante e che il previsto incremento «si rivela *tamquam non esset*, risultando sempre sterilizzato dalla previsione del minimo di tre anni». La Corte ha anche ribadito la propria giurisprudenza in punto di individualizzazione della pena, osservando come «in via di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il volto costituzionale del sistema penale, risultando "indiziate" di illegittimità costituzionale». Ha tuttavia aggiunto che tale presunzione di illegittimità impone uno scrutinio di proporzionalità e che, nondimeno, può essere superata le volte che «per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente 'proporzionata' rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili al tipo di reato». In altri termini, se emerge che i fatti sussumibili nella fattispecie assistita da pena fissa abbiano «contenuto di offensività e disvalore soggettivo analoghi», allora la presunzione di illegittimità costituzionale può essere vinta. Secondo la Corte, la condotta di allontanamento dal luogo del sinistro è «connotata da un disvalore intrinseco grave, tale da meritare in ogni caso una pena minima» e da giustificare un aumento pari a dodici volte il minimo edittale delle lesioni stradali gravi⁵. Ed infatti, posto che la fuga costituisce una circostanza dolosa che si innesta su una fattispecie colposa, ad avviso della Corte, essa è «dettata unicamente dall'intento del soggetto di conseguire l'impunità per il primo comportamento». In altri termini, il conducente che fugge «decide scientemente di far prevalere su tutto la propria impunità». Si legge in motivazione che l'intera gamma dei fatti sussumibili trova adeguata sanzione nella previsione censurata dai giudici *a quibus* anche perché «quale che sia la circostanza (ad esempio fuggire in pieno giorno, nel centro di una città, con la quasi certezza di essere identificato, o di notte, in una strada di campagna non illuminata), in ogni caso, l'allontanarsi volontariamente dal luogo del sinistro sta a significare

⁴ Corte Cost. sent., 27.10.2023 (ud. 10.10.2023) n. 195, Pres. Sciarra, Est. Antonini, pubblicazione in G. U. 02/11/2023 n. 44

⁵ Corte Cost. sent., 27.10.2023 (ud. 10.10.2023) n. 195, cit., § 7.

la prevalenza del calcolo egoistico»⁶. Inoltre, si tratta di una circostanza che aggrava un'offesa omogenea, vale a dire quella connotante le lesioni gravi.

Ad ogni buon conto, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, appare decisivo un aspetto: la pena censurata è solo apparentemente fissa dal momento che il giudice di merito ha la possibilità di applicare le circostanze attenuanti (tra queste, artt. 62 n.6, 62 *bis*, 590 *bis*, co. 7 c.p.). Vi è di più. Secondo la motivazione della Corte, la soglia minima di tre anni «trova una giustificazione in termini sistematici nel quadro del complessivo intervento realizzato dalla legge n. 41 del 2016» e, in particolare, è coerente con la volontà di divaricare le ipotesi base da quelle aggravate⁷. Infine, l'identità tra la misura minima della pena applicabile alle lesioni gravissime e la misura fissa della pena prevista per le lesioni gravi non vulnererebbe il principio di eguaglianza giacché per la condotta maggiormente offensiva sarebbe pur sempre comminabile una pena superiore al minimo edittale. In mancanza della soglia minima dei tre anni, infatti, «il calcolo di convenienza potrebbe indurre il conducente a scegliere la fuga», sia nella fattispecie base delle lesioni (perché a fronte del modesto aumento di pena si sarebbe evitato il coinvolgimento nella causazione dell'incidente), sia nell'ipotesi di lesioni gravi causate da guida in stato di ebbrezza alcolica (oltre una certa soglia di tasso alcolemico) o sotto l'effetto di stupefacenti⁸. Queste, dunque, sono le motivazioni che hanno portato il Giudice delle Leggi a dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 590 *ter* del Codice penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, della Costituzione.

Come vedremo a breve, non è la prima volta che la Consulta è chiamata a pronunciarsi su una questione concernente la legittimità costituzionale delle pene fisse: per cogliere il rilievo di questa decisione e le eventuali criticità sembra dunque opportuno fare un passo indietro, inquadrando i problemi di ordine costituzionale posti dalle pene fisse e dalle difficoltà per il Giudice delle Leggi di operare un sindacato pieno.

⁶ Corte Cost. sent., 27.10.2023 (ud. 10.10.2023) n. 195, cit., § 8.

⁷ Corte Cost. sent., 27.10.2023 (ud. 10.10.2023) n. 195, cit., § 9.

⁸ Corte Cost. sent., 27.10.2023 (ud. 10.10.2023) n. 195, cit., § 9.

2. Pene sproporzionate e principi costituzionali

La misura della pena, come sostenuto da Illustre dottrina, è fra i problemi cruciali del diritto penale, principalmente perché la Costituzione non dà indicazioni dirette sui termini della cornice edittale e, di conseguenza, la determinazione della pena rientra nella discrezionalità politica del legislatore⁹.

Il principio del *nulla poena sine lege*, nella sua *ratio* storica, pretende che al Parlamento venga attribuita una prerogativa esclusiva nell'esercizio delle scelte discrezionali afferenti al tipo, al contenuto e al *quantum* di pena. Ciononostante, vi sono dei parametri costituzionali sostanziali che vincolano lo stesso legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità in materia sanzionatoria¹⁰. Uno di questi vincoli è certamente rappresentato dal principio di proporzionalità della pena, che vieta (al legislatore) di stabilire un trattamento sanzionatorio irragionevolmente sproporzionato rispetto al disvalore della fattispecie astratta incriminata (artt. 3, 27 co. 2, Cost.).¹¹ Invero, lo strumento ordinario adoperato dall'organo legislativo per evitare l'inflizione di pene sproporzionate consiste nella previsione di pene proporzionali, ossia pene che siano commisurate tra un minimo ed un massimo edittale in modo che, nel passaggio dalla fattispecie astratta a quella concreta, il giudice possa determinare il *quantum* di pena in base alla gravità che presenta il fatto delittuoso.¹² Al principio di proporzionalità è strettamente connesso un ulteriore principio, ossia quello di individualizzazione della pena. Tratto

⁹D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, p. 49.

¹⁰Cfr. E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2019, p. 14; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, Bologna, 2019, 86; F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale*, Parte Generale, Torino, 2023, pp. 538-539;

¹¹Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, X edizione, Padova, Cedam, 2017, p. 193 ss., in cui l'Autore ritiene che la protezione dei beni costituzionalmente rilevanti costituisce la direttiva fondamentale per il legislatore penale, sia nella scelta delle condotte da sanzionare con pena criminale, sia nella determinazione dei limiti edittali, i quali dovrebbero essere proporzionati alla diversa importanza dei valori.

¹²In generale, sul tema della proporzionalità della pena, intesa quale criterio limitativo della discrezionalità legislativa nella determinazione dell'entità delle sanzioni, si veda F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021. Si veda anche G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, *Dir. pen. cont.* (online), 22.12.2017; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 127 ss. e bibliografia ivi citata; C. VALENTE, *Principio di legalità della pena con particolare riferimento alla legittimità costituzionale delle pene fisse*, in *Salvois iuribus.it*, 20.05.2023.

dall'art. 27, comma 3 della Costituzione e indirizzato esclusivamente al giudice, quest'ultimo principio impone che il trattamento sanzionatorio in concreto applicato al reo sia adeguato al reale disvalore oggettivo e soggettivo del fatto commesso integrante reato (c.d. proporzionalità in concreto)¹³. Tale principio, pertanto, presuppone che il giudice possa esercitare una certa discrezionalità nell'individuazione del trattamento sanzionatorio da riservare al reo con riferimento alle singole vicende concrete, con un evidente rischio di incostituzionalità della tecnica legislativa di individuazione della pena in modo fisso.¹⁴

Dunque, il trattamento sanzionatorio, per regola generale, si presenta come avente il carattere della mobilità ed il giudice, oltre ai criteri prima precisati, dovrà calibrare la pena ai sensi degli artt. 133 e 133 *bis* c.p. Appare chiara l'incompatibilità di tale approccio rispetto ai meccanismi di automatismo sanzionatorio tipico delle pene fisse. Quei casi, cioè, in cui il legislatore fa meccanicamente discendere da una fattispecie-presupposto nitidamente delineata una conseguenza giuridica insuscettibile di qualsivoglia modulazione (l'erogazione, appunto, di una sanzione invariabile sotto il profilo della durata o dell'entità). Ciò che viene a mancare è dunque quell'apporto valutativo individualizzato che, nel sistema penale, viene invece ordinariamente assegnato al giudice, appunto a funzione del soddisfacimento di basilari principi.¹⁵ Ed è per questo motivo che le pene fisse hanno da sempre alimentato, e continuano ad alimentare, notevoli dubbi di legittimità costituzionale in quanto espressive di una automaticità che stride tanto con la

¹³Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, Bologna, 2019, 86; E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 1, 14.

¹⁴Nondimeno, sul senso o funzione della pena, il dettato costituzionale specifica che *"devono tendere alla rieducazione del condannato"* nell'art. 27, 3° comma. La rilevanza dell'idea rieducativa per tutte le scelte relative alla pena – anche per il legislatore, non solo per l'esecuzione della pena – è stata chiaramente affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 313 del 1990. Altre finalità della pena non autorizzano alcun *"pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione"*: l'individuo non può essere strumentalizzato per fini di politica criminale, *"in uno Stato evoluto la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alle funzioni stesse della pena"*. Non estranea, dunque, ai problemi di misura della pena, anche a livello legislativo. In questi termini si è espresso D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali* cit., p. 50. Per un'analisi dei casi in cui la Corte ha valorizzato (o mancato di valorizzare) il principio rieducativo, cfr. anche G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca-Pizzorusso, 1991, p. 330 s..

¹⁵S. LEONE, *Illegittima la pena accessoria fissa per il resto di bancarotta fraudolenta. Una decisione "a rime possibili"*, in *Rass. dir. e proc. pen.*, 2019.

finalità di rieducazione del reo (art. 27, comma 3, Cost.) tanto col criterio di proporzionalità che ne è indispensabile corollario (art. 3 Cost.).

3. I precedenti arresti della Corte costituzionale in materia di pene fisse

Nella giurisprudenza costituzionale in materia di proporzionalità della pena, un primo riferimento importante è la sentenza n. 67 del 1963¹⁶, nella quale il Giudice delle leggi, pur avendo rigettato la questione prospettata, aveva chiaramente espresso il favore della Costituzione per le pene mobili, ritenendolo lo “strumento meglio idoneo” a consentire un adeguamento della risposta punitiva statutale alle particolari condizioni oggettive e soggettive del caso; aveva inoltre salvato la disciplina scrutinata in considerazione del fatto che una graduazione in sede giurisdizionale sarebbe stata in quel caso possibile grazie all’applicazione delle circostanze¹⁷. Ciò nonostante, la pronuncia, ritenuta “ancora immatura” per la stagione in cui veniva emanata, non ha considerato pienamente il principio rieducativo della pena, limitandosi a trattarlo solo nella fase successiva, quando la pena cioè è già stata inflitta¹⁸.

Ha segnato un notevole passo in avanti sul piano della consapevolezza della potenziale illegittimità dei regimi sanzionatori fissi la successiva sentenza n. 50 del 1980¹⁹. Cruciale il passaggio nel quale si afferma che l’individualizzazione della pena «si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali» e che l’art. 3 Cost. trova in questo senso dei «concreti punti di riferimento» nei commi 1 e 3 dell’art. 27 Cost., giacché un adattamento della pena ai casi concreti, possibile grazie alla previsione di una cornice edittale entro la quale il giudice possa fare esercizio di discrezionalità, contribuisce a renderla quanto più possibile “personale” e “finalizzata”, nella prospettiva tracciata dalla Costituzione. Ne consegue che le sanzioni rigide si pongono in rapporto di coerenza rispetto al quadro costituzionale tratteggiato solo alla

¹⁶Corte Cost. sent., 15.05.1963 (ud. 08.05.1963) n. 67, Pres. Ambrosini.

¹⁷In realtà già nella sentenza n. 15 del 1962, e, successivamente, in quella n. 25 del 1967, la Corte aveva affermato che un’adeguata corrispondenza tra sanzione e fatto illecito si ha proprio quando essa consente una valutazione concreta dello specifico caso tramite l’esercizio di una “regolata discrezionalità” da parte del giudice.

¹⁸S. LEONE, *Illegittima la pena accessoria fissa per il resto di bancarotta fraudolenta. Una decisione “a rime possibili”*, cit., p.3.

¹⁹Corte Cost., sent. 14.04.1980 (ud. 02.04.1980), n. 50, Pres. Amadei, Rel. Malagugini, pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del 23.04.1980 n. 112. Con nota di C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 726 ss.

condizione che «per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato». Sulle pene fisse, in altri termini, grava un sospetto di incostituzionalità, che può essere vinto solo laddove sia dimostrata una coerente relazione tra la loro entità e la carica offensiva insita in ciascuna delle condotte sussumibili nella fattispecie.

In conclusione, a detta della Consulta la determinazione della pena, pur riservata alla discrezionalità del legislatore, deve pur sempre rientrare entro i limiti della ragionevolezza connessa alla proporzione rispetto alla gravità del fatto, generalmente garantita dalla previsione di un minimo e un massimo sui quali il giudice effettua la sua valutazione sulla base dei parametri indicati dagli artt. 133 e 133 *bis* c.p., potendo viceversa applicarsi pene fisse solo a fattispecie di reato non graduabili che, per la loro peculiare struttura, siano da considerarsi sempre espressivi del medesimo livello di gravità.

Fra le sentenze degli anni successivi, particolare rilievo assumono in materia di fissità delle pene accessorie per i reati di bancarotta fraudolenta, la sentenza n. 134 del 2012 e, ancora più recentemente la sentenza n. 222 del 2018. Pur trattandosi di un ambito ristretto del diritto penale, l'importanza di queste decisioni è stata tale che la loro influenza si è ragionevolmente estesa oltre lo specifico settore del diritto penale del fallimento. Con la sentenza n. 134 del 2012²⁰ la Corte costituzionale non entrava nel merito delle opposte tesi in ragione della dichiarata inammissibilità delle questioni sollevate, derivante dallo specifico *petitum* formulato dai giudici rimettenti e riguardante il divieto di esercizio di impresa commerciale o di assunzione di uffici direttivi presso qualsiasi impresa per un periodo fisso pari a dieci anni, quale sanzione accessoria conseguente all'accertamento dei fatti di bancarotta delineati agli artt. 216 (Bancarotta fraudolenta) e 223 (Fatti di bancarotta fraudolenta) R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (da qui Legge fallimentare).

Il Giudice delle leggi – pur sottolineando la difficoltà di conciliare le pene accessorie con i principi costituzionali ed in particolare l'art. 27 comma 3 Cost. – riteneva che la sentenza additiva nei termini richiesti non fosse l'unica «*soluzione logicamente necessitata ed implicita nel contesto normativo*» per riportare la disciplina in esame nel binario tracciato dalla Costituzione, potendosi in

²⁰ C. Cost., sent. 31.05.2012 (ud. 21.05.2012) n. 134, pres. Quaranta.

astratto immaginare differenti opzioni idonee a scongiurare la denunciata contrarietà al dettato costituzionale dell'art. 216 ultimo comma l. fall. (ad es. inserendo una cornice edittale alle pene accessorie). In sostanza, secondo quella decisione della Corte, l'impossibilità di precedere per rime obbligate decretava l'inammissibilità della questione sollevata, in quanto tendente a far sconfinare il Giudice delle leggi nel terreno della discrezionalità legislativa propria del solo parlamento.²¹

Al contrario, con la già menzionata sentenza n. 222/2018²², la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 216 della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), nella parte in cui determina la durata delle pene accessorie della bancarotta nella *misura fissa di dieci anni* (invece che "*fino a dieci anni*"), ravvisando nell'automatismo applicativo in parola un contrasto con i principi costituzionali in materia di pena, e, in particolare, con quelli di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio²³. Più specificamente il Giudice delle leggi, delimitato

²¹Si esprime in termini di «*creatività del petitum*» V. MANES, *L'intervento richiesto eccede i poteri della Consulta e implica scelte discrezionali riservate al legislatore*, in *GD*, 2012, 27, 72; per una completa analisi della sentenza della Consulta cfr. A. ROSSI, *Pene accessorie interdittive fisse nel reato di bancarotta fraudolenta e sindacato di costituzionalità: problemi attuali e prospettive*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. L. Gatta (a cura di) *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano 2018, 1135 ss. Successivamente, il tema della quantificazione della pena accessoria per la bancarotta fraudolenta è stato affrontato dalla Cassazione in diverse occasioni – Cass. sez. V, 19.09.2014 n. 51095, in *GD*, 2015, 6, 79; Cass. 18.11.2014, n. 5590, in *GD*, 2015, 11, 102; Cass. 5.02.2015 n. 15638, in *DeJure*; Cass. 30.04.2015 n. 34366, in *RP*, 2015, 859; Cass. 15.05.2015 n. 45190, in *GD*, 2016, 10, 64 e Cass. 15.04.2016 n. 25633, in *DeJure* – ed il Supremo Collegio si è costantemente espresso nel senso più rigoroso. Secondo la Cassazione, la pronuncia della Consulta rappresenta un argomento a favore dell'interpretazione dell'art. 216 comma 4 l. fall. come contenente una pena fissa ed inderogabile: il fatto che la Corte costituzionale non abbia rigettato la questione di legittimità costituirebbe una conferma implicita della tesi in base alla quale l'indicazione della durata delle pene accessorie è stata chiaramente effettuata anche nel quantum dal legislatore fallimentare.

²²C. Cost., sent. 05.12.2018 (ud. 25.09.2018) n. 222, pres. Lattanzi, est. Viganò. Pubblicazione in *G. U.* 12.12.2018 n. 49.

²³Per un commento alla sentenza E. APRILE, *Con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta "inaugura" un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie* in *CP*, 2019, 1004 ss.; F. BARBERO, *Determinazione delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta, l'intervento della Consulta e delle Sezioni Unite*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 02.08. 2019; R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *GC*, 2018, 2566 ss.; P. CHIARAVIGLIO, *Passato, presente e (possibile) futuro delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta*, in *Leg. pen.* (online), 23.06.2020; A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*; S. LEONE, *Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *RIDPP*, 2019, 593 ss.; P. PISA, *Pene*

il *petitum* della questione alla fissità del *quantum* di pena e non alla sua obbligatorietà, richiama i principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio, stabilendo che, sulla base di quanto già ribadito sin dalla sentenza n.50/1980, la determinazione della pena, pur riservata alla discrezionalità del legislatore, deve pur sempre rientrare entro i limiti della ragionevolezza connessa alla proporzione rispetto alla gravità del fatto, generalmente garantita dalla previsione di un minimo e un massimo sui quali il giudice effettua la sua valutazione sulla base dei parametri indicati dagli artt. 133e 133 *bis* c.p., potendo viceversa applicarsi pene fisse solo a fattispecie di reato non graduabili che, per la loro peculiare struttura, siano da considerarsi sempre espressivi del medesimo livello di gravità²⁴. In particolare, secondo la Corte, l'invariabile durata di dieci anni delle pene accessorie non può ritenersi "ragionevolmente proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili alla bancarotta, che – tanto sul piano astratto, quanto su quello concreto – manifestano un'ampia varietà di gradi di disvalore.

Quanto ai limiti del suo intervento connessi alla mancanza di soluzioni costituzionalmente vincolate, riprendendo la regola affermata in materia di alterazione di stato (art. 567 c.p.) con la sentenza 236/2016²⁵, la Corte ribadisce il potere di sostituire il trattamento sanzionatorio sproporzionato qualora esistano precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo, intesi quali soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza. Assunto, questo, che ha consentito al Giudice delle Leggi di accogliere l'illustrata questione di costituzionalità offrendo una soluzione diversa da quella prospettata dal rimettente, il quale suggeriva di eliminare

accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale in DPP, 2019, 216 ss.; M. ROMANO, Forme di automatismo nell'applicazione delle sanzioni interdittive, in Arch. penale web, 2020, n. 1.

²⁴ In questi termini, D. PIVA, *L'illegittimità delle pene accessorie fissedel delitto di bancarotta fraudolenta –Corte cost. n. 222 del 2018*, in *Archivio penale online*, 2018.

²⁵ Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236, pres. Grossi, rel. Zanon, con nota di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, 61 ss. L'Autore commenta favorevolmente il nuovo approccio assunto dalla Consulta della sentenza citata: «Se questo nuovo approccio dovesse essere confermato in futuro, sarà possibile dimostrare il difetto di proporzionalità non solo evidenziando che la pena prevista per il reato A è ingiustificatamente più severa di quella prevista per il reato B, ma anche che la pena prevista per il reato A è sproporzionatamente severa in termini assoluti, in quanto implicante una limitazione dei diritti fondamentali del condannato eccessiva rispetto alle finalità perseguite dalla norma incriminatrice».

dall'ultimo comma dell'art. 216 l. fall. la locuzione *“per la durata di anni dieci”*, con conseguente – automatica – operatività della regola generale di cui all'art. 37 c.p., in virtù della quale, in assenza di una predeterminazione legale, *“la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta”*. Sostiene, infatti, la Corte, che anche in considerazione della diversa finalità che le due tipologie di sanzione perseguono (quella accessoria rivestirebbe una funzione *“marcatamente orientata alla prevenzione speciale negativa”*, determinando *“l'interdizione del condannato da quelle attività che gli hanno fornito l'occasione per commettere gravi reati”*), la soluzione prospettata dai giudici rimettenti, *“ancorando meccanicamente”* la durata delle pene accessorie a quella della pena detentiva concretamente inflitta, frustrerebbe indebitamente il legittimo scopo perseguito dalla disposizione impugnata. Perciò, proprio come accade in relazione alla durata delle pene principali, anche sulle pene accessorie deve consentirsi una valutazione giudiziale *“caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva”*, sulla scorta dei criteri individuati dall'art. 133 c.p.²⁶.

Da questo excursus dei più importanti arresti della Corte costituzionale in materia di pene fisse, è possibile estrapolare due punti fermi: a) l'applicazione della pena deve seguire il principio di proporzionalità e individualizzazione, ossia deve avere un suo grado di dettaglio e precisione a seconda del singolo caso concreto oggetto di giudizio, parametrandosi a tutte le differenti circostanze che possano venire in rilievo nella prassi, b) le previsioni legislative che comportano automatismo sanzionatorio non risultano pienamente in linea

²⁶Tale soluzione, nello specifico caso in esame, ha portato alla necessità di analizzare un ulteriore dubbio interpretativo che è stato successivamente risolto dalle SS.UU. della Cassazione a cui è stato chiesto di risolvere la questione sull'interpretazione della disposizione relativa alle pene accessorie di cui all'ultimo comma del 216 della legge fallimentare. Precisamente se tali pene accessorie, dopo la pronuncia della Corte costituzionale del 2018, dovessero considerarsi come non aventi una durata predeterminata, quindi, ricadendo nella regola di cui all'articolo 37 c.p., con conseguente applicazione della medesima durata della pena principale inflitta, ovvero se le pene accessorie debbano considerarsi come predeterminate rispetto alla medesima soglia che è stata dichiarata incostituzionale ma interpretata nel senso compatibile ai valori costituzionali, ossia *“fino”* ad un massimo di 10 anni, con conseguente garanzia di mobilità e proporzionalità della pena. La soluzione accolta dalla Corte di cassazione è stata la seconda, considerata come più incline al dato letterale, oltre che maggiormente confacente al principio di individualizzazione della pena, proporzionalità ed adeguatezza interni al più generale principio di legalità. (Cass., Sez. un., sent. 28 febbraio 2019 (dep. 3 luglio 2019), n. 28910, Pres. Carcano, Est. Boni). Con nota di S.FINOCCHIARO, *Le sezioni unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.* (online), 15.07.2019.

con il “volto costituzionale” del sistema, ma da ciò non sarebbe possibile dedurre che qualsiasi pena fissa, di per sé, risulta a priori costituzionalmente illegittima.

4. La pena prevista in caso di fuga del conducente nelle ipotesi di omicidio e lesioni stradali

Gli articoli 589 *ter* e 590 *ter* c.p., introdotti con la legge 41/2016²⁷, disciplinano le ipotesi di fuga del conducente, rispettivamente, in caso di omicidio stradale e di lesioni personali stradali, prevedendo un aumento delle pene delle fattispecie basi (589 *bis* e 590 *bis* c.p.) da un terzo a due terzi. È altresì previsto - ed è questo il profilo certamente meritevole di maggiore attenzione, anche alla luce della recente sentenza della Corte costituzionale - un limite minimo in virtù del quale la pena in concreto irrogabile in caso di fuga non può essere inferiore a cinque anni per omicidio colposo stradale e tre anni per lesioni personali stradali. Concentrando l'attenzione su quest'ultimo reato, sul quale è stata chiamata a pronunciarsi la Consulta con la sentenza in commento, ma può farsi analogo discorso anche per la fattispecie di omicidio stradale, l'art. 590 *bis* c.p. prevede come pena base la reclusione da un minimo di tre mesi a un massimo di un anno; per effetto dell'applicazione della circostanza aggravante prevista dall'art. 590 *ter* c.p. viene individuata una cornice edittale compresa tra quattro mesi di reclusione nel minimo (aumento di un terzo) e un anno e otto mesi di reclusione nel massimo (aumento di due terzi). Ciò nonostante, la pena «comunque non può essere inferiore a tre anni», che rappresenta una soglia ben al di fuori del *range* edittale. Si comprende agevolmente che la sanzione astrattamente irrogabile

²⁷Nel corso della XVII legislatura il Parlamento ha approvato la legge 23 marzo 2016, n. 41, volta a introdurre nel codice penale i delitti di omicidio stradale e di lesioni personali stradali, puniti entrambi a titolo di colpa. Il provvedimento è entrato in vigore il 25 marzo 2016. In argomento cfr. in dottrina R. BARTOLI – M. PELISSERO – S. SEMINARA, *Diritto Penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, p. 63 ss.; S. BALZANI - A. TRINCI, *I reati in materia di circolazione stradale*, CEDAM, 2016; D. D'AURIA, *Omicidio stradale: prime osservazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 432 ss.; N. DE FEO, *Diritto penale della circolazione stradale*, Rimini, 2002; C. PASQUARIELLO, voce *Circolazione stradale* (disposizioni penali in materia di), in *Dig. disc. pen.*, Agg., II, Torino, 2004, p. 56 ss.; F. PICCIONI, *I reati stradali*, Milano, 2017; C. PIERGALLINI, *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli self restraint e imbarazzati silenzi*, in *disCrimen*, 10 gennaio 2020; E. RECCIA, *La criminalità stradale. Alterazione da sostanze alcoliche e principio di colpevolezza*, Torino, 2014; G. RUGGIERO, *L'omicidio stradale*, in A. Manna-V. Plantamura (a cura di), *I reati di omicidio tra teoria e prassi*, PisaUniversity Press, 2017, p. 49-65.

all'imputato, in caso di condanna, è predeterminata dal legislatore nella misura fissa di anni tre di reclusione, senza alcuna facoltà di dosimetria giudiziale. Così disponendo, tale circostanza aggravante si espone a critiche sotto il profilo della compatibilità con il dettato costituzionale.

In primo luogo, infatti, come rilevato da attenta dottrina già all'indomani dell'introduzione dell'ipotesi di reato, una siffatta previsione rischierebbe di produrre un vistoso aumento di pena soprattutto nei casi di minore gravità (lesioni personali gravi); un aggravamento di pena che potrebbe rivelarsi irragionevole rispetto a quello destinato ad operare nelle ipotesi più gravi di lesioni personali gravissime o di omicidio stradale, ponendosi, quindi, in contrasto con l'art. 3 Cost.²⁸ Basti la considerazione che, ove il soggetto attivo cagioni con colpa una lesione personale grave violando le norme sulla disciplina della circolazione stradale e poi si dia alla fuga, non potrà essere applicata una pena inferiore a tre anni di reclusione, sebbene l'art. 590 *bis*, comma 1, c.p. fissi una soglia edittale minima pari a tre mesi di reclusione. Qualora, invece, il conducente si sia reso responsabile di più gravi violazioni di regole cautelari (si pensi, ad esempio, alle ipotesi contemplate dai co. 2, 3, 4 e 5 dell'art. 589 *bis* c.p.) e, in seguito, fugga, il ritocco della pena verso l'alto potrebbe risultare meno vistoso.

Problematico, inoltre, risulta il coordinamento della circostanza in esame con alcune fattispecie previste dal codice della strada che disciplinano proprio il comportamento da tenere nelle ipotesi di incidente. Ed infatti, l'art. 189, comma 6, del Codice della Strada punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni l'utente della strada che, in caso di incidente ricollegabile al suo comportamento, con danno alle persone, non ottempera all'obbligo di fermarsi. Ed il contiguo comma 7 dello stesso articolo prevede che si applichi la pena della reclusione da un anno a tre anni nei confronti di colui che, nelle condizioni sopra descritte, non ottemperi all'obbligo di prestare l'assistenza occorrente alle persone ferite. Le due fattispecie dolose, secondo l'opinione dottrinale e giurisprudenziale prevalente, sono poste a presidio di due diversi beni giuridici

²⁸Evidenzia l'irragionevolezza della circostanza aggravante in relazione alla ipotesi prevista dall'art. 589 *bis*, 1° co., c.p. E. SQUILLACI, *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in *Dir. pen. cont.* (online), 18.04.2016, p. 27.

e, pertanto, possono concorrere²⁹. Si ritiene, infatti, che la prima è volta a garantire l'identificazione dei soggetti coinvolti nell'incidente e la ricostruzione delle modalità del sinistro mentre la seconda è finalizzata ad assicurare che le persone ferite non restino prive dell'assistenza necessaria³⁰. Appurato che vi sono evidenti punti di contatto tra l'art. 589 *ter* c.p., e, quindi anche tra l'art. 590 *ter* c.p., e l'art. 189, commi 6 e 7 C.d.S., bisogna comprendere quali rapporti siano astrattamente configurabili tra le fattispecie. Così, per una corrente di pensiero, l'art. 589 *ter* c.p., costituirebbe un'ipotesi speciale rispetto alle figure previste dal codice della strada³¹. Da qui, l'applicabilità della sola circostanza aggravante contenuta nel Codice penale, in quanto, appunto, norma speciale.

Altri, tuttavia, rilevano che occorre domandarsi se la specialità operi sia nei confronti della fuga (art. 189, comma 6 C.d.S.) sia nei riguardi della omessa assistenza (art. 189, comma 7, C.d.S.). E, privilegiando la lettera della legge, non escludono la possibilità di applicare il reato contemplato dall'art. 189, comma 7, C.d.S. unitamente alla circostanza aggravante prevista dall'art. 589 *ter* c.p.³² Stesso discorso si può fare con riferimento all'art. 590 *ter* c.p., essendo le due fattispecie formulate in maniera identica ad eccezione della soglia minima di pena.

La giurisprudenza più recente, peraltro richiamata dalla Consulta nella sentenza in commento, è del parere che l'art. 189, comma 6, C.d.S. è assorbito nella nuova fattispecie risultante dal combinato disposto degli artt. 590 *bis* e 590 *ter* c.p. secondo il modello del reato complesso di cui all'art. 84 c.p., unendo così

²⁹M. GIARRUSSO- R.TITO, *La circolazione stradale. Illeciti penali* ², cit., 321; ID., «Circolazione stradale (illeciti in materia di)», in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 266. Per quanto attiene all'elemento soggettivo, da notare che, secondo Cass. pen., sez. IV, 9-5-2012, n. 17220, AGCSS, 2012, p. 1021, il reato di fuga previsto dall'art. 189 c. str. può essere integrato anche dal dolo eventuale, ossia dalla consapevolezza del verificarsi di un incidente riconducibile al proprio comportamento, idoneo in concreto a produrre un evento lesivo, non essendo, invece, necessaria l'esistenza di un effettivo danno alle persone.

³⁰D. M.SCHIRÒ, *Omicidio e lesioni personali stradali*, in A. Gaito, B. Romano, M. Ronco, G. Spangher (a cura di), *Digesto delle Discipline Penalistiche*, X Aggiornamento (pp. 497-515). Utet Giuridica, 2018.

³¹Così G. AMATO, *L'obbligo di fermarsi aggrava la posizione di chi si dà alla fuga*, in *Guida al Diritto*, 2016, n. 16, 72-73, il quale precisa che la disciplina in materia contenuta nel codice della strada potrà essere applicata in relazione alle ipotesi non ricomprese nell'ambito di operatività degli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p.: appunto, nei casi di lesioni personali lievi o lievissime. Più in generale, sulle ipotesi di concorso nel diritto penale cfr. I. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino, 2022.

³²Sul punto, A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *Dir. pen. cont.*, 20.05.2016, 21-22.

in una stessa figura criminosa più condotte già autonomamente punite³³. La combinazione di tali elementi, si legge nella decisione *de quo*, «comporta un trattamento sanzionatorio diverso rispetto a quello che sarebbe applicabile in base al cumulo delle figure componenti. Nella specie, la differenza si manifesta anche nella previsione di un duplice meccanismo di determinazione della pena, l'uno basato sul criterio proporzionale (che aumenta da un terzo a due terzi quelle previste dal precedente art. 590 *bis*), l'altro, quello censurato, che ne prescinde stabilendo la soglia minima di tre anni. Questa seconda modalità, rideterminando indefettibilmente il trattamento sanzionatorio, fa acquisire alla circostanza un significato senza dubbio peculiare, prendendo in considerazione una condotta, la fuga del conducente, che essa sanziona come di per sé connotata da un disvalore intrinseco grave, tale da meritare in ogni caso una pena minima (per un caso simile, in riferimento a «una sanzione di importo minimo», sentenza n. 212 del 2019). In tal modo, continua la Corte «il legislatore ha configurato una nuova fattispecie astratta che descrive due condotte strettamente connesse, le lesioni gravi e la fuga, la seconda delle quali, essendo dettata unicamente dall'intento del soggetto di conseguire l'impunità per il primo comportamento, è idonea a imprimere, in realtà, uno speciale disvalore all'intera vicenda»³⁴. Dunque, il complesso meccanismo di determinazione della pena previsto dal legislatore nell'art. 590 *ter* c.p., ossia un aumento proporzionale congiunto alla fissazione di una soglia minima, per la Consulta sarebbe frutto di una scelta deliberata del legislatore il quale «ha ritenuto insufficiente il ricorso al solo criterio dell'aumento proporzionale». Questo aspetto merita qualche riflessione.

In primo luogo, ferma restando la volontà legislativa di inasprire il trattamento sanzionatorio in caso di fuga del conducente, non sembra ragionevole la previsione di un aumento frazionario smentita e resa inoperante dalla proposizione immediatamente successiva. Quello che, a detta della Consulta, trattasi di un «duplice meccanismo di determinazione della pena, l'uno basato sul criterio proporzionale (che aumenta da un terzo a due terzi quelle previste dal precedente art. 590 *bis*), l'altro, quello censurato, che ne prescinde stabilendo la soglia minima di tre anni», sembrerebbe piuttosto il

³³In questo senso Cass. pen., sez. IV, 05.07.2023 (ud. 21.04. 2023), n. 28785; Cass. pen.,sez. IV,07.10.2022 (07.07.2022), n. 38015, relativa specificamente al combinato degli artt. 590 *bis* e 590 *ter* cod. pen.).

³⁴Corte Cost. sent., 27.10.2023 (ud. 10.10.2023) n. 195,cit., § 10

frutto di un errore materiale³⁵. Invero, l'art. 590 *ter* si occupa della fuga in modo unitario, rinviando sia alle lesioni gravi che alle gravissime, ma, mentre per queste ultime la soglia minima di tre anni si colloca all'interno della cornice edittale aggravata, ed è quindi coerente, per quelle gravi risulta inadeguata poiché supera grandemente il massimo della pena applicabile pari a un anno e otto mesi. Al verificarsi dell'aggravante, dunque, appare proporzionalmente annullata la discrezionalità del giudice nella quantificazione dell'aumento di pena.

Ergo, ciò che si contesta al legislatore non è tanto il *quantum* dell'aggravamento, ma il fatto che abbia previsto un aumento su base frazionaria e che poi lo abbia privato di efficacia normativa rendendolo, come scrive la stessa Corte, *tamquam non esset*.

Inoltre, e sotto diverso profilo, se è vero che il trattamento sanzionatorio del tutto anelastico in commento riguarda fatti ascrivibili al medesimo titolo di reato di cui all'art. 590 *bis* c.p., è altresì vero che non può essere certamente l'elemento della fuga del conducente a rendere meritevoli della medesima pena classi di comportamento naturalisticamente eterogenee. A tal proposito, al fine di rendere quanto più evidente la varietà di casi suscettibili di essere puniti con la medesima sanzione fissa di tre anni di reclusione, solo in ragione dell'elemento aggravatore della fuga, è possibile dare rilievo a diversi elementi. Si può pensare, ad esempio, al luogo in cui si è consumato il reato, essendo in astratto connotata da maggior disvalore la fuga di un conducente realizzata in una strada isolata e poco frequentata, rispetto a quella posta in essere da altro soggetto in un viale popolato da diversi astanti, potenzialmente in grado di prestare soccorso alla vittima. Ancora, si può fare riferimento anche alla «gravità del danno», in relazione alla diversità, anche notevole, che può sussistere nel numero di giorni necessari a guarire la lesione personale procurata da un conducente poi fuggito³⁶.

Con queste osservazioni non si vuole certo minimizzare la gravità di una simile condotta la quale, giova precisarlo, è senz'altro offensiva e meritevole

³⁵S. TARANTINO, *Lesioni personali stradali gravi aggravate dalla fuga del conducente: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 590-ter cod. pen. in relazione agli artt. 3 e 27 Cost*, cit., p.8.

³⁶ Compatibilità costituzionale delle pene fisse: il Tribunale di Monza solleva una questione con riferimento alle lesioni stradali gravi aggravate dalla fuga del conducente ex art. 590 *ter* c.p., F.E. Manfrin, *Sistema penale*, fasc. 7/8 2023, p. 3ss.

della reazione penale aggravata. Diversamente, non convincono le motivazioni della Corte secondo cui parrebbe che tutti gli scenari possibili siano parimenti omogenei e meritevoli della stessa sanzione, oltretutto dodici volte più grave della pena base.

5. Considerazioni conclusive

È evidente che il nodo tematico delle sanzioni fisse, e più in generale degli automatismi sanzionatori, costituisce sempre più frequentemente l'oggetto dello scrutinio di legittimità da parte della Corte costituzionale, che si tratti di una pena principale, accessoria o di una sanzione amministrativa "punitiva".

Il Giudice delle Leggi, nonostante abbia assunto nel tempo un orientamento piuttosto ondivago in tema di fissità delle pene, ha tratto l'indicazione che in linea di principio previsioni sanzionatorie rigide (che cioè non lasciano spazio a scelte discrezionali) non sono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale; tuttavia, potrebbero essere non illegittime «a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato».³⁷

Nel caso di specie, però, per i motivi detti, la configurazione (art. 590 *ter* c.p.) di una "super-aggravante"³⁸ che prevede un incremento fino a due terzi delle pene contemplate dall'art. 590 *bis* c.p., abbinata alla predisposizione di "limiti minimi", astrattamente inderogabili, non sembra essere né ragionevole, né proporzionata.

Ma al di là degli eventuali limiti del sindacato dei giudici della Consulta, i problemi di misura e struttura delle pene edittali comunque interpellano il legislatore, e hanno a che fare con punti nodali del sistema sanzionatorio³⁹.

Appare quindi opportuno continuare a confrontarsi sul tema del confine tra discrezionalità legislativa e discrezionalità giurisdizionale nonché sulle correlazioni tra offensività concreta e reazione sanzionatoria: nel caso in cui la graduabilità dell'offesa è coesistente al reato, allora la possibilità di un

³⁷ La riflessione sulla dimensione etico-politica delle scelte sanzionatorie cfr. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, p. 55 ss.

³⁸ Così definita da F. MACRÌ, *L'omicidio stradale a cinque anni dalla l. N. 41/2016*, in *Criminalia* 2020, p. 159.

³⁹ D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, p. 55 ss.

trattamento astrattamente proporzionato ma concretamente non graduabile potrebbe risultare ormai estinta.

A questo proposito gli scenari auspicabili potrebbero essere due:

- la Corte potrebbe mutare il proprio orientamento con riferimento alla previsione di cui all'art. 590 *ter* in relazione all'art. 590 *bis*, co. 1, prima parte, così come in passato ha fatto con art. 216 ult. Co della Legge fallimentare, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo dopo che, con sentenza 134/2012, aveva ritenuto la questione inammissibile;
- il legislatore, in *re melius perpensa*, potrebbe avvedersi dell'errore e individuare un tipo di risposta sanzionatoria adeguata al reato de quo, assegnando magari al giudice di merito un arco edittale coerente e proporzionato al caso specifico.